

VOL. 15 / 2024

No. 1

JOURNAL ON EUROPEAN HISTORY OF LAW



JOURNAL



ETS
SCIENCE CENTRE



JOURNAL ON EUROPEAN HISTORY OF LAW



JOURNAL

VOL. 15 / 2024 NO. 1

Editorial staff

JOURNAL ON EUROPEAN HISTORY OF LAW:

- Prof. Dr. Christian Baldus**
Faculty of Law, Heidelberg University, Germany
JUDr. PhDr. Stanislav Balík, Ph.D.
Faculty of Law, Westbohemia University, Plzeň, Czech Republic
- Prof. Dr. Barna Mezey**
Faculty of Law, Eötvös-Loránd-University Budapest, Hungary
Prof. JUDr. Jozef Beňa, CSc.
Faculty of Law, Comenius University in Bratislava, Slovak Republic
- Doc. JUDr. PhDr. Jiří Bílý, CSc.**
Metropole – University Prague, Czech Republic
Daniela Buccomino, Ph.D.
University of Milan, Italy
dr hab. Piotr Fiedorczyk
Faculty of Law, University of Białystok, Poland
Alberto Iglesias Garzón, Ph.D.
Charles III University of Madrid, Spain
Prof. Dr.iur. Dr.phil. Thomas Gergen, MA
Institut Supérieur de l'Économie, ISEC Université Luxembourg
Prof. Dr. Gábor Hamza
Faculty of Law, Eötvös-Loránd-University Budapest, Hungary
Doc. JUDr. Vilém Knoll, Ph.D.
Faculty of Law, Westbohemia University, Plzeň, Czech Republic
- JUDr. David Kolumber, Ph.D.**
Faculty of Law, Masaryk University, Brno, Czech Republic
izv. prof. dr. sc. Ivan Kosnica
Faculty of Law, University of Zagreb, Croatia
izv. prof. dr. sc. Mirela Krešić
Faculty of Law, University of Zagreb, Croatia
Prof. zw. dr hab. Adam Lityński
Faculty of Law, Humanitas University in Sosnowiec, Poland
Doc. Dr. Olga Lysenko
Faculty of Law, Lomonosov Moscow State University, Russia
- Tony Murphy**
Department of Law & Criminology, Sheffield Hallam University, UK
ao. Univ. Prof. Dr.jur. Christian Neuschwara
Faculty of Law, University of Vienna, Austria
Prof. Dr. Dmitry Poldnikov
Faculty of Law, National Research University, Higher School of Economics, Moscow, Russia
Dr Dr Guido Rossi
Edinburgh Law School – University of Edinburgh, UK
Doc. JUDr. Karel Schelle, CSc.
Attorney at Law, Brno, Czech Republic
Dr. Gábor Schweitzer, Ph.D.
Institute for Legal Studies of the Hungarian Academy of Sciences, Hungary
Adw. Ewa Stawicka
Poland
Dr. Magdolna Szűcs, Ph.D.
Faculty of Law, University of Novi Sad, Serbia
Doc. JUDr. Bc. Jaromír Tauchen, Ph.D., LL.M.
Faculty of Law, Masaryk University, Brno, Czech Republic
Dr. Norbert Varga
Faculty of Law, University of Szeged, Hungary
Prof. Dr. Wulf Eckart Voß
Faculty of Law, University of Osnabrück, Germany

TABLE OF CONTENTS

<i>Miriam Gassner</i> : The Distaff Side? – Hans Kelsen's Viennese Female Students	2
<i>Detlev Fischer</i> : Karlsruhe – Residenz des Rechts	11
<i>Carlos Sardinha</i> : Die letzte Periode der römischen Verfassungsgeschichte: Das spätromische Reich und der Dominat oder Periode der Absoluten Monarchie	26
<i>Carmen Lázaro Guillamón</i> : Women and Criminal Law in the Furs de València of King James I (1208–1276)	34
<i>Konrad Graczyk</i> : Postwar Convictions of Nazi Judges and Prosecutors for Their Activities in the Occupied Polish Territories (1939–1945)	47
<i>Michał Glück</i> : Equality of Rights in the Work of the Codification Commission of the Republic of Poland on Drafts of Matrimonial Property Law	57
<i>Štećová Adriana, Gergel Peter</i> : Die Rückfallerbfolge als ewiger Evergreen der gesetzlichen Erbfolge aus rechtshistorischer und linguistischer Sicht im geltenden Recht in der Slowakei bis 1950	65
<i>Ondřej Horák, Bence Zsolt Kovács</i> : Die Rolle des ungarischen Zivilrechts bei der Rechtsvereinheitlichung in der Tschechoslowakei in den Jahren 1918–1948 (unter besonderer Berücksichtigung des Erbrechts)	79
<i>István László Mészáros</i> : Elements Establishing the Principle of the Rule of Law in the Vetus Testamentum and the Novum Testamentum	93
<i>Péter Bónis</i> : War of Conquest and Defensive War in the Hungarian Thirteenth Century Legislation and the European Ius Commune	104
<i>András Biczó</i> : „Die doppelgesichtigen Gerichte“ – Einige charakteristische Merkmale der neuen untergeordneten Gerichte (iudicia subalterna) in Ungarn und Siebenbürgen (1787–1790)	113
<i>Zsolt Pfeffer</i> : From Banknotes to Central Banks. The Formation and Models of Central Banks in a Comparative Legal Perspective	127
<i>Gergely Gosztanyi</i> : Freedoms in the Hungarian April Laws of 1848	138
<i>Kristóf Szívós</i> : Die Rolle der Prozessaufnahmeverhandlung der ersten ungarischen Zivilprozessordnung	143
<i>András Tóglási</i> : Historical Development of the Constitutional Social Rights in the Hungarian Constitutional System in the 20 th Century	150
<i>József Pullo</i> : Military Criminal Sanctions and the Peculiarities Related to their Execution in Hungary (1930–1948)	158
<i>Balázs Sallai</i> : Service Pragmatics as a Tool for State Crisis Management Examples from German, French, Austrian and Hungarian Legal History	166
<i>Szilvia Köbel</i> : Neutral State, Christian State. Reflections on the 7th (2018) and 9th (2020) Amendment of the Fundamental Law of Hungary with Historical Context	173
<i>Jakub Švec</i> : On the Historical Development of Lex Naturalis and Ius Naturale in the Context of Contract Theories of the Selected Authors of Early Liberalism. (Analysis, Comparison, and the Criticism of Selected Concepts)	181
<i>Tomáš Mach</i> : Legal History and the Development of Rights of Inhabitants of the West Bank since 1948 pursuant to International Law	190
<i>Jiří Bílý</i> : The Role of Democratic Law and Theory of Society in the Work of J. A. Schumpeter. To the 140 th Anniversary of Birth of Worlds Famous Economist, Lawyer, Historian, Politician, Social Philosopher and Humanist	202

BOOK REVIEWS

<i>René Brouwer</i> : Law and Philosophy in the Late Roman Republic	209
<i>Wolfram Buchwitz, Matthias Elmer (eds.)</i> : Ciceros Topica und sein Programm De iure civili in artem redigendo	212
<i>Balázs Landi</i> : A jogellenesség eszme- és forrástörténete a magyar magánjogban	213
<i>Reiner Möckelmann</i> : Transit Istanbul – Palästina. Juden auf der Flucht aus Südosteuropa	218
<i>Susanne Lang (Hg.)</i> : Jesuiten am Oberrhein	219
<i>Dieter Miosge</i> : Leipziger Reichsrichter jüdischer Herkunft	220
<i>Rainer Walther</i> : Gesetzliche und vertragliche Eskalationsmodelle im privatrechtlichen Bauwesen (Bauvertrag)	221
<i>Peter Florian Eder</i> : Rechtskonformes postakquisitorisches Vorstandshandeln mit Fallbeispielen aus der Unternehmenspraxis	225

REPORTS FROM HISTORY OF LAW

<i>Christian Baldus</i> : Möglichkeiten eines Moments. Zum Handbuch des Römischen Privatrechts	230
<i>Zala Breclj, Teja Benčić, Neli Dobnikar Klepac, Izabela Franetič, Domen Bogdan</i> : Report from the International Memorial Course Marko Petrak: Roman Legal Tradition and Contemporary Legal Systems	236
<i>Thomas Gergen</i> : Bemerkungen aus Landes- und Rechtsgeschichte zur Fotoausstellung „Glaubens- und Lebenswelt der Bergleute: Glück auf, Glück auf, den kreutzbraven Leut!“ (Püttlingen/Saar, Oktober bis Dezember 2023)	239
Instructions for Authors	248

JOURNAL ON EUROPEAN HISTORY OF LAW

This issue was sent to press on June 15, 2024. It is published twice a year. Published by:

STS Science Centre Ltd
20-22 Wenlock Road, N1 7GU, London, England
<https://www.sts-books.co.uk/>

The European Society for History of Law
Foltýnova 1020/2, 635 00 Brno, Czech Republic
<http://www.historyoflaw.eu/>

All manuscripts/papers are subject to peer review. The journal is indexed in SCOPUS and ERIH PLUS.

<https://journaloneuropeanhistoryoflaw.eu/>

All rights reserved. Neither this publication nor any part of it may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording, or otherwise, without the prior permission of STS Science Centre Ltd or The European Society for History of Law. "Journal on European History of Law" is a trademark of STS Science Centre Ltd and The European Society for History of Law. Printed in the EU.

ISSN 2042-6402

The Distaff Side? – Hans Kelsen’s Viennese Female Students*

Miriam Gassner**

Abstract

The paper aims at shedding light on the role played by female scholars within the „Vienna School“ in the 1920 s in general and in the development of Kelsen’s Pure Theory of Law in particular. In addition to the question of who the women were belonging to the Vienna Kelsen Circle, the essay explores the question of whether their contribution was underestimated because of their gender.

Keywords: Vienna School; Hans Kelsen; Pure Theory of Law; Adolf Merkl; Alfred Verdross; Elisabeth Ephrussi; Friedrike Mann (Fleischer); Margit Kraft-Fuchs; Henda Silberpfennig (Helen Silving); Gisela Rohatyn; Rose Rand.

1. Introduction

Within the framework of the new scientific paradigm of *Viennese modernism*, exemplified in the political and legal sciences by Hans Kelsen and his Pure Theory of Law, the road was paved to a “democratization of society”. After World War I this gave women equal rights in most sectors of public life, including science – at least in theory.

The key role (equal) access to education played in the implementation of a democratic society was becoming increasingly clear in the early twentieth century. This was acknowledged also by Hans Kelsen. In his 1913 essay “Politische Weltanschauung und Erziehung”¹ [Political worldview and education], he maintained – I paraphrase – that only those who were familiar with social facts and had an insight into their scientific, provable relationships were protected against the alluring slogans of one or the other political party peddling a tendentiously coloured image of the state.² Kelsen’s 1913 essay follows contemporary usage in that he uses masculine language throughout to refer to people regardless of their gender. While it would be going too far to claim that this essay contains a plea for female equality, it

may be said that Kelsen’s ideas of democracy are far more compatible with a society based on equality than with one based on subordination. While Kelsen never formally advocated the equality of men and women, equality was for him an implicit precondition for the implementation of the “full democratization of the state” he so often proclaimed.³

Both Kelsen’s democracy-political ideas and his views regarding the question whether women should be admitted to institutions of tertiary education were shaped by his commitment to further education. By 1911 he gave lectures to mixed audiences at the Volksheim in Wien-Ottakring, and by 1912 he regularly delivered lectures in the context of the *Volksthümliche Universitätsvorträge*, organized in cooperation with the University of Vienna and therefore comparable to today’s *Science Programm* of Vienna’s *Volkshochschulen*. “Unlike the majority of the Monarchy’s higher education institutions, most institutions of further education were equally accessible for women and for men. Women were represented at those institutions both as members of the audience and of the faculty”, writes Tamara Ehs,⁴ who has done research on Vienna’s institutions of further education and on Kelsen’s involvement in them. Lecturers included

* For her research on the The Distaff Side of Kelsen’s Pure Theory of Law, the author was granted the Theodor-Körner-Preis 2023. (<https://theodor-koernerfonds.at>) The prize in question enabled the author to do the research for this paper. This paper is partly identical with the author’s paper published under the title „Jüdisch, weiblich, vergessen? Die Frauen des Wiener Kelsen-Kreises und ihr Beitrag zu Hans Kelsens Rechts- und Demokratietheorie.“ In: JABLONER, C. / OLECHOWSKI, T. / ZELENY, K. (ed.) Hans Kelsen und die österreichische Wissenschaftskultur (=Schriftenreihe des Hans Kelsen Instituts, Vol. 43) (in print).

** Dr. Miriam Gassner, LL.M., Senior Research Fellow at the University of Freiburg i.B., Germany and lecturer at the Department of Constitutional and Legal History, Faculty of Law, University of Vienna, Austria, email: miriam.gassner-olechowski@univie.ac.at / ORCID 0000-0003-3719-5537.

¹ KELSEN, H., Politische Weltanschauung und Erziehung. In: JESTAEDT, M. (ed.), *Veröffentlichte Schriften 1911-1917*. (=HKW 3) Tübingen, 2010, p. 112-146.

² For more details, see: EHS T., Erziehung zur Demokratie: Hans Kelsen als Volksbildner. In: JABLONER, C. et al. (ed.), *Hans Kelsen: Leben-Werk-Wirksamkeit* (=Schriftenreihe des HKI 32) Wien, 2009, p. 81-97 (81).

³ KELSEN, H., *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (re-printed in: JESTAEDT, M. / LEPSIUS, O. (ed.), *Verteidigung der Demokratie*, Tübingen, 2006, p. 229-237.

⁴ EHS, T., Erziehung zur Demokratie, p. 83.

pedagogue, social reformer and women's rights activist Eugenie Schwarzwald⁵. Kelsen was on friendly terms with her and taught courses at her "Schwarzwaldschule" in Vienna during World War I that went under the name of "Fortbildungskurse", courses in further education.⁶ As women were at that time not yet eligible to study at the Departments of Law and Political Science of Austria's universities, Schwarzwald, together with Kelsen's former teacher, the former Rector, Senator and long-term Dean of the Department of Law Edmund Bernatzik,⁷ founded a *Rechtsakademie für Frauen* [Legal Academy for Women] in November 1917, which included Kelsen not only as a lecturer but also as a member of the "executive board".⁸ To what extent, if any, Hans Kelsen was motivated by career considerations in his commitment to female empowerment at this Legal Academy for Women is of course impossible to decide.⁹

The Legal Academy for Women was operative for only two years. From the summer term in 1919, women were entitled to enrol at the Department of Law and a new Department of Political Science (*Staatswissenschaften*) was set up,¹⁰ which was

likewise accessible to women.¹¹ This allowed Kelsen to teach women at the university as regular students. Kelsen's popularity among female audiences was frequently remarked upon,¹² but this should not trigger premature conclusions: "popularity" is notoriously difficult to measure. An analysis of the assessments of doctoral theses in political science¹³ submitted between 1920 and 1930 throws some light on the matter, even though the preservation of the material is patchy, as not all assessments have come down to us.¹⁴ 198 assessments in all have been preserved, of which 50, more than 25%, were submitted by female PhD students. By far the greatest number of assessments, 65, were written by Kelsen, eleven of which, around 17%, were submitted by female LLD students. Adolf Menzel,¹⁵ by comparison, is the author of 34 assessments, five of which were submitted by women (15%); Othmar Spann¹⁶ is the author of another 34 assessments, fourteen of which are for theses submitted by women (41%). The highest share of theses submitted by women (50%) belonged to Friedrich Wieser,¹⁷ with seven male and seven female candidates.

⁵ Women's rights activist and salonnière Eugenie "Genia" Schwarzwald (b. 1872 in Polupanowka, Galicia, d. 1940 in Zürich) is well known as a pioneer in the education of girls. From 1901 she operated a lyceum for girls at the Franziskanerplatz in Vienna („Schwarzwaldschule“). For Eugenie Schwarzwald, see also: WOLFSBERGER, M., Schwarzwald, Eugenie. In: KEINTZEL, B. / KOROTIN, I. (ed.), *Wissenschaftlerinnen in und aus Österreich*, Wien/Köln/Weimar, 2002, p. 671-674 and HOLMES, D., *Langeweile ist Gift. Das Leben der Eugenie Schwarzwald*, St.Pölten, 2012.

⁶ HOLMES, D., Die Schwarzwaldschule und Hans Kelsen. In: JABLONER, C. (et al.), *Hans Kelsen: Leben-Werk-Wirksamkeit* (=Schriftenreihe des HKI Vol.32) Wien, 2009, p. 97-109 (99).

⁷ Edmund Bernatzik (b. 1854 in Mistelbach, d. 1919 in Vienna) was appointed Professor of Constitutional and Administrative Law at the University of Vienna and a judge at the German-Austrian Constitutional Court in 1894. Bernatzik is frequently credited with having introduced the juristic methodology into German-speaking administrative science and with having contributed substantially to the transformation of the old Austrian police state into a constitutional state. For Edmund Bernatzik, see also: KALB, H., Edmund Bernatzik (1854–1919). In: HÄBERLE, P. / KILIAN, M. / WOLFF, H. (ed.), *Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts*. Berlin/Boston, 2018, p. 89-105. On the relationship between Bernatzik and his successor as a constitutional judge, Hans Kelsen, see: OLECHOWSKI, T., *Hans Kelsen-Biographie eines Rechtswissenschaftlers*. Tübingen, 2021, p. 71-75; p. 255-256.

⁸ HOLMES, D., Die Schwarzwaldschule, p.104.

⁹ Hans Kelsen himself mentions in his *Autobiographie* that, upon his graduation, Bernatzik had told him quite frankly that his prospects of an academic career were poor. Bernatzik had given clear precedence to other participants in his seminar (KELSEN, H., *Selbstzeugnis* (re-printed in: JESTAEDT, M. (ed.), *Selbstzeugnis* (Sonderdruck). Tübingen, 2007, p. 41). Nor was Bernatzik very helpful when Kelsen submitted his habilitation thesis. Kelsen suspected in his *Autobiographie* many years later that Bernatzik had not even bothered to read his thesis (ibid. 44). Even though after his habilitation Kelsen managed to persuade Bernatzik to serve as one of the co-editors of the *Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht (ZÖR)*, the relationship between the two men seems to have remained fairly distant until Bernatzik's death in 1919. This raises the question whether, at a time when Kelsen was still active in the Ministry of War and did not yet hold a tenured position at the University of Vienna, he used that project so dear to Bernatzik's heart, the *Rechtsakademie für Frauen*, to ingratiate himself with Bernatzik to make sure of his support.

¹⁰ *Staatswissenschaften* was a precursor of today's political sciences. There was an option in this course to choose an economic focus, which made *Staatswissenschaften* a kind of surrogate for economics at the University of Vienna, at a time when economics was only taught at the *Hochschule für Welthandel* (until October 1919 *Exportakademie*, today: WU). See EHS, T., Die Staatswissenschaften: Historische Fakten zum Thema "Billigdoktorate" und „Frauen und Ausländerstudien“. In: *Zeitgeschichte*, Vol. 37, Nr. 4, 2010, p. 238-256.

¹¹ The executive decree of 22 April 1919, StGBI Nr 250 entitled women to study law and political science, to sit the theoretical state exams and to be awarded a doctorate in law and political science at Austria's universities. Concurrently, an independent course in political science was set up at the Department of Law and Political Science of the University of Vienna in the summer term of 1919 so that there were two courses of study at the same department, both accessible to women.

¹² Helen Silving, among others, mentions in her memoir that Kelsen was literally "idolized" [*angehimmelt*] by (female) students and that one had to be in the lecture hall up to an hour before the lecture was due to begin if one wanted to make sure of a seat (SILVING, H., *Memoirs*. New York, 1988, p. 75; p. 89).

¹³ Up until 1978 law students in Austria were not required to submit a doctoral thesis to obtain a doctorate.

¹⁴ The assessments of doctoral dissertations were retrieved by Thomas Olechowski, Tamara Ehs, and Kamila Staudigl-Ciechowicz as part of the FWF project „Die Wiener Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät 1918-1938“, FWF-Projekt Nr. 21280-G16.

¹⁵ Adolf Menzel (b. 1857 in Reichenberg [Liberec, Czech Republic], d. 1938 in Vienna) held the second chair of constitutional law at the University of Vienna alongside Kelsen until his retirement in 1928. Even though Menzel belonged to the antipositivist school, Kelsen regarded him as a „paternal friend“ (OLECHOWSKI, T. / EHS T. / STAUDIGL-CIECHOWICZ, K., *Die Wiener Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät 1918-1938*, (= Schriften des Archivs der Universität Wien 20). Göttingen, 2014, p. 500).

¹⁶ Othmar Spann (b. 1878 in Vienna, d. 1950 in Neustift) was Full Professor of Political Economy and Sociology at the University of Vienna between 1919 and 1938. His doctrine of the authoritarian corporatist state (*Universalismus*) made him one of the ideological trailblazers of Austrofascism, and his call to the University of Vienna was supposed to constitute a dedicated philosophical counterweight to Austromarxism.

¹⁷ Friedrich Wieser (b. 1851 in Vienna, d. 1926 in St. Gilgen) was appointed Chair of Political Economy at the University of Vienna in 1903 and, together with Carl Menger and Eugen von Böhm-Bawerk, is considered the founder of the Austrian School of Economics.

These figures do not corroborate the suggestion that Kelsen was partial to female LLD candidates or that he was more popular among them than other professors.

2. Kelsen's Female Students in Vienna

2.1 Kelsen's Private Seminar as a Training Ground for a New Generation of Scholars

Kelsen's private seminar, which presumably went on stream between the second half of 1912 and fall 1913,¹⁸ was a fixture between 1912/13 and 1930 – presumably with war-related interruptions¹⁹ – and took place once a month on Sunday²⁰ afternoon in Kelsen's private apartment.²¹ These meetings of up-and-coming legal experts with a common interest in the theory of law were in no way related to Kelsen's activities at the University of Vienna and/or at the *Exportakademie*. Instead, the Wickenburggasse provided a venue for the discussion of problems of legal theory in a “protected environment”.²² Confined before World War I to a handful of legal scholars with a penchant for legal theory,²³ the circle gradually expanded

during the war,²⁴ turning by the time of Kelsen's call to the University of Vienna into a regular “elite meeting” of up-and-coming (young) scholars. That the composition of the circle changed in the 1920s was, as Thomas Olechowski notes, no coincidence since several former “Kelsen disciples” of the first generation such as Merkl, Verdross, and Sander as well as Fritz Schreier and Felix Kaufmann, who did not join until later, had habilitated in the meantime or had turned their back on Kelsen and his Pure Theory of Law, as was the case with Fritz Sander and Alfred Verdross.²⁵ From the mid-1920s an increasing “internationalization” of the Vienna School of Legal Theory took place²⁶ and, in a different development, Kelsen's private seminar was increasingly frequented by women.

While in Verdross's and Pitamic's reports of the private seminar in its initial phase the meeting took place behind closed doors in Kelsen's study, Helen Silving, who began to attend in the winter term of 1926-27, reports that while in this considerably later phase the seminar still took place in Kelsen's study, the door to the adjacent dining room was always open, thus allowing participants to move about in those two rooms.²⁷

¹⁸ Having married Magarete Bondi in May 1912, Kelsen set up a home for his family at Wickenburggasse 23 in Vienna's 8th district in the fall of 1912 (OLECHOWSKI, T., *Hans Kelsen*, p. 119). Kelsen did not become active as a lecturer at the University of Vienna until after he had habilitated in 1911 and, as he notes in his *Autobiographie*, it was only after his habilitation that he began “[...] to assemble a few young people who had attended his lectures between 1911 and 1914 for a private seminar at his apartment in the Wickenburggasse” (KELSEN, *Autobiographie*, p. 58). It is therefore likely that Kelsen's private seminar went on stream between fall 1912 and fall 1913, since it was only after fall 1912 that he had a venue at his disposal where to hold a “private seminar”. As opposed to today, neither professors nor university lecturers were provided with offices. Kelsen was offered an office neither at the University of Vienna nor at the *Exportakademie*, where he was a lecturer at that time. Between winter 1912 and summer 1913, both Adolf Merkl, who had begun attending Kelsen's lectures in the winter semester 1911 and was instrumental in Kelsen meeting Alfred Verdross, and Verdross had all but completed their legal studies (both were awarded their Dr.iur [LLD] in May 1913), and Leonid Pitamic and Fritz Sander were both working on their habilitation theses (OLECHOWSKI, *Hans Kelsen*, p. 145-147). Verdross' remark that Kelsen had invited him to his private seminar soon after his graduation (VERDROSS A., Radio interview 8. 5. 1973, printed in: *Schriftenreihe des HKI*, Vol. 24, p. 91-93(92)) allows the conclusion that Kelsen's private seminar was already operative in 1913. The beginnings of Kelsen's private seminar are sometimes rather summarily dated to 1914-15 (as in KORB, A., *Kelsens Kritiker*. Tübingen, 2010, p. 74), which in my view is difficult to accept.

¹⁹ Adolf A. Metall claims in his Kelsen biography that the private seminar took place also during World War I (METALL, A., *Hans Kelsen*. Wien, 1969, p. 29).

²⁰ Citing Hugo Huppert (HUPPERT, H., *Die angelehnte Tür*. Halle, 1976, p. 445), Axel Korb (KORB, A., *Kelsens Kritiker*, p. 74) mentions a “Wednesday circle” [*Mittwochskreis*] and a “tea party” [*Jausengesellschaft*], a terminology that was adopted by some authors (such as PAZ, R. A forgotten Kelsenian? The story of Helen Silving-Ryu (1906-1993) In: *EJLL*, Vol. 25, Nr. 4, 2014, p. 1123-1146 (1134). Korb and Huppert may have confused Kelsen's private seminar with Freud's Wednesday Psychoanalytical Society, which is all the more probable since almost all other reports relating to Kelsen's private seminar agree that Kelsen's private seminar took place once a month on Sundays. (Cf. the Ö1 radio interview with Professor Alfred Verdross, printed in: WALTER, R. / JABLONER, C. / ZELENY, K. (ed.), *30 Jahre Hans Kelsen Institut* (= *Schriftenreihe HKI* Vol. 24). Wien, 2003, p.91-93 (92).

²¹ ZELENY, K., Wickenburggasse 23. In: *Ausstellungskatalog des Bezirksmuseums Josefstadt*, 2009, p. 41-42.

²² METALL, A., *Hans Kelsen*, p. 29.

²³ The first generation of Kelsen “disciples” comprised Adolf Merkl (from 1920-21 Associate Professor and from 1932 Full Professor of Constitutional and Administrative Law at the University of Vienna), Alfred Verdross-Droßberg (from 1924 Associate Professor and from 1925 Full Professor of International Law, Legal Philosophy and International Private Law at the University of Vienna), Leonid Pitamic (founder of the Law Department of the University of Ljubljana and in 1919 its first Dean), Fritz Sander (from 1921 Associate Professor and from 1926 Full Professor at the *Deutsche Technische Hochschule*, later the Deutsche Universität Prag) and Walter Heinrich. See also: OLECHOWSKI, T., *Hans Kelsen*, p.145-150. For problems concerning the term “disciple”, see: WALTER, R. / JABLONER, C. / ZELENY, K., *Der Kreis um Hans Kelsen* (= *Schriftenreihe des HKI* Vol. 30) Wien, 2008, Einleitung.

²⁴ Hugo Huppert, who attended Kelsen's private seminar before 1920 mentions twelve or so participants (HUPPERT, H., *Die angelehnte Tür*, p. 445)

²⁵ OLECHOWSKI, T., *Hans Kelsen*, p. 390.

²⁶ In 1924-25, the assistant of the “foremost German sociologist” Franz Oppenheimer, Julius Kraft, studied in Vienna. In the company of Dane Alf Ross und Estonian born Artur-Tõleleid Kliimann, who was to be appointed professor at the University of Tartu, he attended Kelsen's private seminar. In 1926 and 1927 Frenchman Charles Eisenmann, who translated several of Kelsen's works into French, spent some time in Vienna as part of his LLD course and frequented Vienna's “Kelsen-Kreis” in the Wickenburggasse together with Dutchman Marinus Maurits van Praag and Guatemalan-born Spanish legal scholar Luis Recasens Siches. Even legal scholars from Japan such as Shiro Kiyoumiya, Kisaburo Yokota, and Satoru Kuroda came to Vienna in the second half of the 1920s to get to know the Pure Theory of Law and its creator (Olechowski, *Hans Kelsen*, 390-393; DONHAUSER, E., Julius Kraft. In: WALTER, R. / JABLONER, C. / ZELENY, K., *Der Kreis um Hans Kelsen* (= *Schriftenreihe des HKI* Vol. 30). Wien, 2008, p. 217-226; GASSNER, M., Vienna in the Golden 20s. In: BRATHAGEN / IKONOMOU / RASMUSSEN (ed.), *Nordic jurists*, (in print), GASSNER, M., *Der Kreis um Hans Kelsen in Südamerika*. In: *BRGÖ*, Vol. 4, 2024, p. 64.

²⁷ SILVING, H., *Memoirs*, p. 90.

Silving's description highlights how much the number of the participants in the private seminar had increased over the years. As far as the agenda of the seminar is concerned, the conversation appears to have been free-flowing in the initial phase. As the number of participants grew, a certain formality was introduced. Witness accounts suggest that after World War I Kelsen tended to ask individual participants to make a presentation at a future meeting.²⁸

What obviously survived from the early days over the years was the ritual of the coffee break, for which the intense conversation was interrupted.²⁹ Verdross mentions an electrically lit sign attached on the outside to the door of Kelsen's study, which was switched off when Kelsen was ready for the coffee break.³⁰ In the initial phase of the private seminar coffee was served by Kelsen's wife, Grete; when Helen Silving attended the meetings in the mid-1920s, this task had been devolved to the Kelsens' maid.³¹ What distinguished the "Kelsen seminar" from similar events, which were a characteristic feature of the intellectual milieu of Vienna's "modernity", was the fact that it was frequented by many people who were experts not in legal theory, but in neighbouring disciplines such as sociology or philosophy. These "outsiders" contributed fresh ideas to be discussed in a climate of intellectual freedom. No pressure of any kind was exerted on the participants to agree with Kelsen's views and Kelsen's "disciples" were no sworn brotherhood. They were highly individualistic personalities, as was noted by Brno legal scholar František Weyr, one of Kelsen's lifelong friends.³² In the Preface to the first edition of the Pure Theory of Law Kelsen himself calls his "circle" a school "only in so far [...] as everyone here tries to learn from the others without therefore waiving the right to go their own way".³³

The *Zeitschrift für öffentliches Recht* [ZÖR, Journal of Public Law], founded by Hans Kelsen in 1914, provided Vienna's Kelsen Circle with "their own" print product,³⁴ which published research results of several members of the Circle and of lecturers at Kelsen's private seminar.³⁵ In around 1923 the ZÖR went through a bad patch financially, which led to it pausing its annual publication for several years. When Volume IV was published in 1925, Kelsen was still editor-in-chief but the front matter now included a *Schriftleiter*, Alfred Verdross, who was obviously meant to breathe new life into the journal. At that stage, Verdross had repudiated Kelsen's Pure Theory of Law. From

that point onward, the ZÖR's authors included many scholars who were not members of Vienna's Kelsen Circle. "His" journal increasingly seemed to slip from Kelsen's control – not least owing to its switch to a new publisher, Springer in Germany, in 1926: Olechowski notes in this context that Kelsen increasingly lost interest in "his" journal,³⁶ which may have been one reason why he co-founded a new journal in 1926, the *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts/Revue internationale de la théorie du droit* [IZTHR, International Journal of Legal Theory].³⁷ The mere fact that the editors of the IZTHR included the most significant representative of the Bordeaux School, Frenchman Léon Duguit,³⁸ in addition to Kelsen and František Weyr, meant that the journal was not exclusively the "Medium der Rechtstheoretischen Schule", the function the ZÖR had served at one stage. Nevertheless, between 1926 and 1930 some Kelsen "disciples" had papers published by it.

2.2 The Women of Vienna's Kelsen Circle

It is impossible to say with any certainty when the first women began to frequent Vienna's Kelsen Circle and especially the "Sunday Society" in Kelsen's Wickenburggasse apartment as no records or minutes were kept of individual meetings and – apart from a mere handful of more detailed accounts – research findings hinge on casual remarks in letters and on other *trouvailles*. A significant indicator of belonging to Vienna's Kelsen Circle is the conjunction of writing a doctoral thesis in the field of political science (co-)supervised by Kelsen and the publication of a paper, often related to such a thesis, in ZÖR and/or IZTHR in the period between 1920 and 1930-31. Similarly, the publication of a monograph in the series "Wiener Staats- und Rechtswissenschaftliche Studien" co-edited by Kelsen may indicate closeness to the Kelsen Circle, as is demonstrated by the case of Alf Ross.³⁹ With help from preliminary work and the results of research undertaken by Clemens Jabloner,⁴⁰ all female authors of ZÖR and IZTHR in the period in question were identified in a first step and their connection to Hans Kelsen was evaluated. For this, it was necessary to check the *Nationalen* of the female ZÖR and/or IZTHR authors, which are kept in the archive of the University of Vienna and allow the identification not only of the examiners and the assessors of the doctorate theses but also the lecture courses the students attended at any given time.⁴¹ In a second step (even if no

²⁸ Ibid.

²⁹ ZELNY, K. Wickenburggasse 23, p. 42, who cites a report by Albert Fuchs.

³⁰ Radio interview with Alfred Verdross, p. 92-93.

³¹ SILVING, H., *Memoirs*, p. 90.

³² WEYR, F., "Geleitwort". In: EBENSTEIN, W., *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*. Prag, 1938, introduction.

³³ KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*. Wien, 1934, "Vorwort".

³⁴ Ute Spörg calls ZÖR a "Medium der Wiener Schule" (SPÖRG, U., *Die Zeitschrift für öffentliches Recht (ZÖR) als Medium der Wiener Schule zwischen 1914 und 1944*. In: WALTER, R. / OGRIS, W. / OLECHOWSKI, T., *Hans Kelsen*. Wien, 2009, p. 571-599).

³⁵ See also: JESTAEDT, M., *Kelsens Zeitschrift*. In: ZÖR, 2014, p. 655-683.

³⁶ OLECHOWSKI, *Hans Kelsen*, 396.

³⁷ On IZTHR, see also: ZIEMANN, S., *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts*. In: *Rechtstheorie*, Vol. 38, 2007, p.169-195.

³⁸ In his works on legal theory, Duguit sought to combine legal positivism with the sociological methodology developed by Émile Durkheim. See also: GASSNER, M., Book review: Schuett, Hans Kelsen's Political Realism, In: *ZaöRV*, Vol. 83, 2023, p. 355-359).

³⁹ Siehe also GASSNER, M., *Vienna in the „Golden 20s“* (in print).

⁴⁰ JABLONER, C., *Frühe Autorinnen der Zeitschrift für öffentliches Recht*. In: ZÖR, 2014, p. 637-654.

⁴¹ After World War I, attendance of any lecture or seminar at the University of Vienna required the payment of a fee. It was impossible to attend teaching events on the spur of the moment and anyone wanting to attend had to enrol at the beginning of the term.

evidence was found in the *Nationale* to link a given person to Hans Kelsen or if the person in question had not enrolled at the University of Vienna),⁴² the Kelsen Papers at the Hans Kelsen Institut Wien were combed through (such as an exchange of letters, for example) for any link to Hans Kelsen. If such a link was found in the period in question, letters in the Kelsen Papers were checked for clues referring to the participation in Kelsen's private seminar. Admittedly, even this procedure, painstaking though it is, cannot claim total reliability as far as establishing a person's belonging to Vienna's Kelsen Circle is concerned, as is demonstrated by the case of Henda Silberpfennig⁴³ (later: Helen Silving). Still, it is the only way to capture at least traces of the presence of women in the Kelsen Circle.

Even though Kelsen had already committed himself to further education and to female education by 1911, it is unlikely on the whole that any women other than Margarete, his wife, took part in his private seminar in the Wickenburggasse prior to the Executive Decree of 22 April 1919, which entitled women to study law and political science at the University of Vienna. To what extent Grete Kelsen was involved in Kelsen's scientific work already in his years in Vienna, whether she already served as his translator and assistant as she did later in Geneva and Berkeley is impossible to tell. Verdross only mentions in this context that Grete served refreshments during the heated debates in the "first phase" of Kelsen's "private seminar".⁴⁴

a) Elisabeth Ephrussi

The first woman⁴⁵ in Vienna's Kelsen Circle was arguably Elisabeth Ephrussi⁴⁶ (later: Elisabeth de Waal), who had first enrolled at the Department of Philosophy in the winter term

1918-19 and had switched to the Department of Legal Studies as soon as women were eligible to do so.⁴⁷ Even before women were formally entitled to study law and political science Elisabeth Ephrussi had attended Kelsen's course on "Allgemeine Staatsrechtslehre" and, in the winter term of 1919-20, Ludwig von Mises' seminar.⁴⁸ In the summer term of 1921 she attended another course held by Kelsen,⁴⁹ and it was presumably in this context that Kelsen first took notice of her. In February 1923 she completed her legal studies⁵⁰ and may have begun attending Kelsen's private seminar soon afterwards. It appears from the correspondence⁵¹ between Ephrussi and Kelsen's "disciple" Eric Voegelin⁵² that the two first met at Kelsen's private seminar. Eric Voegelin was Kelsen's assistant for a short time in the fall of 1923⁵³ and in 1924 he went to the USA for two years as the recipient of a Rockefeller bursary.⁵⁴ This allows the conclusion that by the fall of 1923 Ephrussi was already a member of Kelsen's private seminar; Voegelin and she remained in touch via correspondence during his stay in the United States.⁵⁵ As early as 1925 Ephrussi published her paper on "Interpretation und Analogie"⁵⁶ in "Kelsen's" *ZÖR*. Clemens Jabloner has noted that this paper probably took shape in the "ambience of the Kelsen seminar" between 1923 and 1925.⁵⁷ Whether Ephrussi gave a presentation on the topic in Kelsen's private seminar is again impossible to decide but it appears from her correspondence with Voegelin that in 1925 she gave a presentation on "democracy", which presumably served as a prototype for her paper on "Demokratie in Amerika",⁵⁸ which she published in the *Zeitschrift für Politik*. As far as Ephrussi's essay "Interpretation und Analogie" is concerned, it is not so much an attempt to deal with Kelsen's doctrine of interpretation, which in any case

⁴² Alf Ross, for example, never formally enrolled at the University of Vienna, but it is well attested by several sources that during his stay in Vienna he attended both lectures delivered by Kelsen and Kelsen's private seminar (GASSNER, M., *Vienna in the Golden 20s* [in print]).

⁴³ Silving never contributed a paper to the relevant media, but she still belonged to Vienna's Kelsen Circle.

⁴⁴ Verdross, radio interview, p. 92.

⁴⁵ It is possible that Rita Willfort joined Vienna's Kelsen Circle at the same time as Elisabeth Ephrussi. Little information concerning Rita Willfort has come to light. Günther Winkler mentions her in his "Geleitwort" to Felix Kaufmann's *Methodenlehre der Sozialwissenschaften*. What we do know is that she translated a great number of papers on constitutional law from the Russian between 1925 and 1930 and that she published a book review in the *ZÖR* 1925 (*ZÖR*, Vol. 4, 1925, p. 623).

⁴⁶ Elisabeth Ephrussi (1899-1991), who tried her hand as a poet and novelist in her new home Great Britain, belonged to the very first cohort of women who studied law at the University of Vienna. She soon took up a highly critical stance towards Kelsen's Pure Theory of Law. In her essay on "Interpretation und Analogie", she singled out Merkl's doctrine of interpretation for critique. For Elisabeth Ephrussi see also: JABLONER, C., *Frühe Autorinnen*, p. 640-646.

⁴⁷ *Nationale* Elisabeth Ephrussi, Philosophische Fakultät, WS 1918/19, Archiv der Universität Wien.

⁴⁸ JABLONER, C., *Frühe Autorinnen*, p. 640.

⁴⁹ *Nationale* Elisabeth Ephrussi, SS 1921, Rechtswissenschaften, Archiv der Universität Wien, according to which Ephrussi attended Kelsen's course on "Allgemeines und österreichisches Staatsrecht" in the summer term of 1921.

⁵⁰ Graduation certificate [*Promotionsurkunde*] of 8 February 1923, Archiv der Universität Wien.

⁵¹ The correspondence between Eric Voegelin and Elisabeth Ephrussi is to be found in the *Voegelin papers* at the Hoover Institution Library & Archives, Stanford University, USA, Box 110.

⁵² Eric Voegelin (b. 1901 in Cologne, d. 1985 in Palo Alto, USA) studied constitutional law under Hans Kelsen and Othmar Spann. A supporter of the Austrian corporatist state, Voegelin emigrated to the United States after the Anschluss. At the latest since the publication of *The New Science of Politics* he was considered one of the leading political scientists of his time. (See also VAN OOOYEN, *Totalitarismustheorie gegen Kelsen und Schmitt*, p. 56-82).

⁵³ WINKLER, G., "Geleitwort". In: VOEGELIN, E., *Der autoritäre Staat*, 1997/1936, V-XXXII.

⁵⁴ ARNOLD, E., Eric Voegelin. In: WALTER, R. / JABLONER, C. / ZELENY, K. (ed.), *Der Kreis um Hans Kelsen* (=Schriftenreihe des HKI Vol. 30). Wien, 2008, p. 514.

⁵⁵ Eric Voegelin papers, box 110, Folder 14 (cited in: JABLONER, C., *Frühe Autorinnen*, p. 645.)

⁵⁶ EPHRUSSI, E., Interpretation und Analogie. In: *ZÖR*, Vol. 4, 1925, p. 132-159.

⁵⁷ JABLONER, C., *Frühe Autorinnen*, p. 641.

⁵⁸ EPHRUSSI, E., Demokratie in Amerika. In: *Zeitschrift für Politik*, Vol. 17, 1928, p. 296-308.

only took shape gradually from 1929⁵⁹ and was first presented in the first edition of the Pure Theory of Law, as it is a critique of Merkl's 1915 paper "Zum Interpretationsproblem".⁶⁰ In it, it seems like Merkl gave precedence to a grammatical-logical approach over other methods of interpretation. Ephrussi rejected singling out any one method of interpretation at the expense of others and pointed out that Merkl justified restricting the interpreter to the grammatical-logical approach not, as he himself postulated, by a reference to science, but to law. She herself postulated that legal interpretation make use of all relevant tools of cognizance, thus allowing it to move in a direction "that took into account the views and values of the interpreter".⁶¹ For Ephrussi the theory of interpretation was not a matter to be decided by reference to law or legislation but to science per se. Jabloner is spot-on in his diagnosis that such a postulate is clearly antithetical to the legal reasoning of the Vienna School of Legal Theory, which decidedly rejects any "actuality of understanding".⁶² The idea endorsed by the Vienna School of Legal Theory that every judicial decision amounted to a concretization of the law and generated "legal norms" of a lower order also met with vehement opposition from Ephrussi, for whom "the law remains undetermined, however determined the decision may be".⁶³ The decision generated a "concrete" legal consequence, but it did so because it was a "decision", not because it concretized the law.⁶⁴

While Ephrussi belonged to Vienna's Kelsen Circle in the first half of the 1920s, she cannot, for the reasons outlined above, be called a "Kelsenian", as she rejected key elements of the Pure Theory of Law. More to the point is Jan Schröder's classification of her,⁶⁵ who called her the „first juristic hermeneutician”.

b) From Margit Kraft-Fuchs via Henda Silberpfennig to Gisela Rohatyn

Slightly later than Elisabeth Ephrussi, Hungarian-born Margit Fuchs⁶⁶ (after her marriage to sociologist Julius Kraft: Margit Kraft-Fuchs) and Vienna-born Friederike Mann⁶⁷ (after her marriage to Hans Kelsen's student Georg Fleischer:⁶⁸ Friedrike Fleischer) began to frequent Kelsen's private seminar in 1925. Having completed her legal studies and a second course of studies, Friedrike Mann practiced as a lawyer in Vienna until her emigration to the United States in 1938.⁶⁹ Margit Fuchs, on the other hand, sought to gain a foothold in the University and published a total of eight book reviews and two papers mainly in Kelsen's *ZÖR*.⁷⁰ While Kraft-Fuchs had graduated on 20 July 1925 with a political science thesis entitled "Anarchismus, Etatismus und Gesellschaft", which had been supervised by Kelsen,⁷¹ she continued to attend Kelsen's lectures regularly even after the end of her legal studies, as Helen Silving notes in her memoirs.⁷² Kelsen commented on Margit Fuchs' doctoral thesis in the Rigorosa file that it "was one of the very best doctoral theses I have ever come across." After her marriage to Julius Kraft on 27 March 1929, her husband, who had accepted the position of private lecturer at Franz Oppenheimer's Department of Theoretical National Economy in Frankfurt, and she moved to Frankfurt, where they were on the outer fringes of the Kelsen Circle, which was still going strong at that time.

Two essays by Kraft-Fuchs, "Prinzipielle Bemerkungen zu Carl Schmitts Verfassungslehre" [Principal remarks on Carl Schmitt's Constitutional Theory] and "Kelsens Staatstheorie und die Soziologie des Staates" [Kelsen's theory of the state and the sociology of the state] presumably took shape, at least in outline, during her years in Vienna, but both papers were

⁵⁹ Kelsen, H., Juristischer Formalismus. In: *Juristische Wochenschrift*, 1929, p. 1723-1742.

⁶⁰ Merkl, A., Zum Interpretationsproblem. In: Klecatsky/Marcic/Schambeck (ed.), *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*. Wien, 2010, p. 867.

⁶¹ Ephrussi, E., Interpretation und Analogie, p.134ff.

⁶² Jabloner, C., *Frühe Autorinnen*, p. 645.

⁶³ Ephrussi, *Interpretation und Analogie*, p.141.

⁶⁴ *Ibid.*, 150ff. See also: Schröder, J., Elisabeth Ephrussi – die erste Hermeneutikerin. In: Madona, L., *Naturalistische Hermeneutik*. Würzburg, 2013, p. 93-112 (100).

⁶⁵ Schröder, J., *Elisabeth Ephrussi*, p. 93-112.

⁶⁶ Margit Fuchs (b. 1902 in Transylvania, d. 1994 in New York) began her studies of political science at the University of Vienna in the winter term 1921-22 and graduated in 1925. Her doctoral thesis, entitled "Anarchismus, Etatismus und Gesellschaft", was supervised by Hans Kelsen (Archiv der Universität Wien, Staatswissenschaften, *Nationale Margit Fuchs*). In Kelsen's private seminar she met her later husband, Julius Kraft, with whom she moved to Frankfurt in 1929. Owing to their Jewish descent the Kraft-Fuchs were forced to emigrate in 1939 to the United States, where Margit-Kraft Fuchs worked as a librarian at Queens College in New York until her retirement. She did not resume her scientific work after her emigration. (See also: Stolleis M., Margit Kraft-Fuchs. In: Walter, R. / Jabloner, C. / Zeleny, K. (ed.), *Der Kreis um Hans Kelsen (=Schriftenreihe des HKI Vol. 30)*. Wien, 2008, p. 227-241.)

⁶⁷ Friedrike Fleischer, née Mann (b. 1901 in Wien, d. unknown) was awarded her Dr. iur [LLD] on 21 December 1925 by the University of Vienna. It is unclear whether she frequented the Kelsen Circle before her marriage or whether she did so in the company of her husband after the two had got married in 1927. While Friedrike Fleischer attended lectures by Hans Kelsen as part of her course of studies, she is not among the contributors to either of the two Kelsen journals and, as far as we know, she did not do any other scientific work.

⁶⁸ Georg Fleischer (b. 1904 in Vienna, d. 1953 Washington, D.C.) studied law under Hans Kelsen from 1922 to 1927. He claimed to have been Kelsen's (unpaid) private assistant between 1927 and 1929. Between 1934 and 1938 he organized the *Wissenschaftlicher Salon*, an informal discussion group attended by scientists, social workers and legal experts also known as the "Fleischer Kreis", which continued the tradition of semiprivate scientific discussion groups typical of the intellectual climate of Vienna's modernity. (See also: Jabloner, C., Georg Fleischer. In: Walter, R. / Jabloner, C. / Zeleny, K. (ed.), *Der Kreis um Hans Kelsen (=Schriftenreihe des HKI Vol. 30)*. Wien, 2008, p. 99-113.)

⁶⁹ That Friedrike Mann and Georg Fleischer met in Kelsen's private seminar is doubtful. Georg Fleischer did not begin to frequent the Kelsen Circle until 1927; the two got married as early as July 1927. (See also: Sauer, B. / Reiter-Zatloukal, I., *Advokaten 1938*. Wien, 2010, „Fleischer“)

⁷⁰ They included: Kraft-Fuchs, M., "Prinzipielle Bemerkungen zu Carl Schmitts Verfassungslehre". In: *ZÖR*, Vol. 9, 1930, p. 511-54; Kraft-Fuchs, M., Kelsens Staatssoziologie und die Soziologie des Staates. In: *ZÖR*, Vol. 10, 1931, p. 402-415.

⁷¹ *Nationale Margit Fuchs*, Rigorosenprotokoll, 20. July 1925, Archiv der Universität.

⁷² Silving, H., *Memoirs*, p. 89.

only published in the *ZÖR* after she had left Vienna. In the “Prinzipielle Bemerkungen” (1930), she systematically lists all the objections against Schmitt’s constitutional theory that the Pure Theory of Law can marshal, without in the least deviating from the latter.⁷³ In “Kelsens Staatstheorie” (1931) she sides, arguably under the influence of her husband, Julius Kraft, with those of Kelsen’s former students such as Leonid Pitamic, who critiqued a view they attributed to Kelsen that a sociology of the state was impossible and demanded that “the neglected factual aspect of the state be allowed leeway again”.⁷⁴ What Margit Kraft-Fuchs was in effect striving for in her paper was the rehabilitation of the sociological aspect of the state. Kelsen himself refrained from commenting on Kraft-Fuchs’ paper. Stolleis has suggested that “his student’s text passed muster with him because he approved of its intellectual stringency”.⁷⁵

In the winter semester of 1926–27 Henryka (Henda or Hendl) Silberpfennig⁷⁶ (later Helen Silving and, after her marriage, Helen Silving-Ryu), then a 20-year old student from Tarnów, a town not far from Karków in what used to be Galicia in the times of the Hapsburgs, began to attend Hans Kelsen’s private seminar.⁷⁷ At that stage, her doctoral thesis was in all probability still in its infancy. This raises the question why Kelsen invited a student who had not yet progressed beyond the fifth semester to his private seminar, which was normally attended only by graduate students (“absolvierte Hörer”), professors, and private lecturers, never by “mere students”.⁷⁸

As far as science was concerned, Silving had not yet left her mark at that stage, apart from a short seminar paper she probably wrote under Kelsen’s supervision in the summer semester of 1926.⁷⁹ What is particularly noteworthy in this context is the fact that Silving, as opposed to Ephrussi, Kraft-Fuchs or

Rohatyn, did not publish anything in either the *ZÖR* or in any other Kelsen journal even after the publication of her doctoral thesis.⁸⁰ Did Kelsen rank Silving’s scientific work below that of his other female students?⁸¹ If this should have been the case, this begs the question all the more why he invited a 20-year old to his private seminar and – presumably in the summer semester of 1927 – asked her to present her thesis there?⁸² We simply do not know. Even if Silving’s thesis was not without its scientific merits and was comparable in its scientific standing to the theses of Margit Kraft-Fuchs or Gisela Rohatyn, one cannot help forming the impression that it was primarily personal motives that persuaded Kelsen to introduce Silving to his circle. This seems to be corroborated by Silving’s own assessment in her memoirs. She reports that Verdross was said to have remarked once about her participation in the private seminar that Kelsen “savoured her presence” (sich in ihr sonne).⁸³ “I do believe Verdross was right”, she wrote in her autobiography, published fifteen years after Kelsen’s death. “Kelsen felt sympathy and a lasting sense of human attachment towards me”.⁸⁴ Similarly, we can only speculate about the role – if any – Silving’s mother, Salomea Silberpfennig, who was also in contact with Kelsen, may have played in the context of Silving’s elevation to Kelsen’s private seminar. Did Kelsen want to do Silving’s mother a favour by accepting her in his circle? We do not know.

Presumably between 1928 and 1930, shortly before Kelsen himself left Vienna, Gisela Rohatyn⁸⁵ joined the Kelsen Circle and arguably also Kelsen’s private seminar. Rohatyn had begun her study of political science in the winter term of 1925–26 and had attended the first lecture delivered by Hans Kelsen in the summer term of 1926.⁸⁶ In May 1928 she submitted her political-science doctoral thesis entitled “Das Problem des

⁷³ STOLLEIS, M., Kritikerin von Carl Schmitt: Margit Kraft-Fuchs. In: *ZÖR*, Vol. 53, 1998, p. 107–118.

⁷⁴ STOLLEIS, M., Margit Kraft-Fuchs, p. 238.

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ It was only after the emigration to the United States around 1942 that she changed her name to Helen Silving at Hans Kelsen’s advice. (SILVING, H., *Memoirs*, p. 276.) For the sake of clarity she is referred to as Helen Silving throughout.

⁷⁷ As Silving recounts in her *Memoirs*, she was invited to attend his private seminar when she was a student in one of Kelsen’s *Proseminare* (SILVING, H., *Memoirs*, p. 91). In the winter semester 1926/27 Silving attended Kelsen’s course on *Allgemeine Staatsrechtslehre* (General Doctrine of Constitutional Law), which came in tandem with a *Proseminar*. (Vorlesungsverzeichnis Rechts- und Staatswissenschaften Wintersemester 1926/27, 11: Allgemeine Staatslehre, verbunden mit Proseminar, 4 st., Do., Fr.11–12, Sa 11–1.Hs.28; see *Nationale Henryka* (Henda) Silberpfennig, Staatswissenschaften, Wintersemester 1927/28, Archive of the University of Vienna).

⁷⁸ Radio interview with Professor Alfred Verdross, p.92. See also: SILVING, H., *Memoirs*, p. 91.

⁷⁹ „Vorlesungsverzeichnis“ Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät, Sommersemester 1926: Hans Kelsen, Sem. für allgemeine Staatslehre; see *Nationale Henda Silberpfennig*, Staatswissenschaften, Sommersemester 1926, Archive of the University of Vienna.

⁸⁰ Silving’s first publication dates to 1942, when she was already resident in the United States.

⁸¹ An argument in favour of this hypothesis is the fact that Kelsen never quoted from any of her works – much to her disappointment, as she notes in her memoirs.

⁸² It is impossible to decide whether Silving presented her doctoral thesis in Kelsen’s private seminar in the summer or the winter semester 1927–28. Silving makes hardly any reference to dates in her memoirs and when she does reference dates these are extremely vague. (Cf SILVING, H., *Memoirs*, p. 92–93.)

⁸³ Ibid., 94.

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ Gisela Rohatyn (b. 1906 in Lemberg [Lviv, Ukraine], d. ca. 1960 Belfast) studied political science at the University of Vienna from 1925–26 together with her brother Bruder Sigmund and was awarded a Dr. rer. pol. in May 1929. Like Margit Kraft-Fuchs, she had her first papers published by the *ZÖR* at the time of her graduation. Later papers were published in the *Juristische Blätter*, the *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts* and the *Zeitschrift für soziales Recht*. Owing to her Jewish descent she was forced in 1938 to flee to Belfast, where no trace of her can be found. (See also: EBNER, W., Gisela Rohatyn. In: WALTER, R. / JABLONER, C. / ZELENY, K. (ed.), *Der Kreis um Hans Kelsen* (=Schriftenreihe des HKI Vol. 30). Wien, 2008, p. 395–400.

⁸⁶ *Nationale Gisela Rohatyn*, Rechts- und Staatswissenschaften, SS 1926. In the summer term of 1926 she attended Kelsen’s course of lecture on “Die politischen Hauptströmungen” [Main political movements]. In the winter term of 1926–27 she attended his course of lectures on “Allgemeine Staatsrechtslehre” [General doctrine political science] by Kelsen and in the summer term of 1927 she was a member of his seminar on “Allgemeine Staatsrechtslehre”.

Rechtsstaates” [The problem of the constitutional state], which had been supervised by Kelsen. In it, she focused on the formal-juristic side of the constitutional state. It may be assumed that she attended Kelsen’s private seminar in the second half of 1928. Her paper on “Rechtsstaat und Polizeistaat” [Constitutional state and police state], published by *ZÖR* in 1931, is an abbreviated version of her doctoral thesis.⁸⁷ Strictly toeing the line of the Pure Theory of Law, Rohatyn advanced the thesis in her dissertation that every state was necessarily a constitutional state and pointed out the uselessness of the political concept of the constitutional state. In this, she went even further than Kelsen, who did acknowledge an – admittedly secondary – concept of the constitutional state in the material sense.⁸⁸ In 1929, the year of her graduation, Rohatyn published no less than two papers, “Das Naturrecht des Stärkeren. Kritische Bemerkungen zu Horvaths ‘Idee der Gerechtigkeit’”⁸⁹ [The natural law of the strongest. Critical notes on Horvath’s “Idee der Gerechtigkeit”] in Kelsen’s *ZÖR* and a review of Kelsen’s *Vom Wesen und Wert der Demokratie* in the *Zeitschrift für soziales Recht*.⁹⁰ In “Das Naturrecht des Stärkeren”, Rohatyn addresses the critique of Kelsen’s legal positivism (“Kelsenianism”) advanced by Hungarian legal philosopher Barna Horvath by rebutting the objections Horvath marshals against the Pure Theory of Law – that it simplified the material at the cost of problem impoverishment, that Kelsen’s relativism led to the repression of problems, etc. Rohatyn’s argumentation cannot claim great originality, but it shows that she was completely familiar with Kelsen’s standard arguments with which he used to rebut attacks on his legal theory and had internalized them. In 1931, Rohatyn was the only Viennese female student of Kelsen who published in the *IZTHR*, which was co-edited by him. In the essay she wrote in French she addresses the relationship between responsibility and the state in different forms of state and government.⁹¹

One of the few female authors⁹² to be published by the *IZTHR*, admittedly at a much later stage, in 1939, was the Lviv-born logician Rose Rand.⁹³ While it is conceivable at a stretch of the imagination that Kelsen and Rand first met in Vienna through “links” (such as Felix Kaufmann) between the *Wiener Kreis* and the Kelsen Circle, it is rather unlikely that Rand ever attended Kelsen’s private seminar.

Mention should finally be made of the wives of some of Kelsen’s former students. Even though they themselves had not

graduated either from the Department of Political Science or from that of Legal Studies, they were still free to accompany their husbands to the private seminar. In addition to Grete Kelsen this is certainly true of the wife of Kelsen’s confidant Rudolf A. Métall, Margarethe Johanna Resch, who among other things translated Charles Eisenmann’s article into German for *ZÖR* in 1931.⁹⁴

3. Kelsen’s “watchdogs” or independent thinkers?

In essence, two groups of female members of the Kelsen Circle emerge from what has been said so far:

1. The up-and-coming female scholars, who had completed courses at the Department of Law and/or Political Science of the University of Vienna between 1919 and 1930 and had caught Kelsen’s attention because they had written an above-average dissertation (or, in the case of Legal Studies, an above-average seminar paper) supervised by him and who had shown an interest in scientific work: This is true for Ephrussi; Kraft-Fuchs; Rohatyn. These three women were supported by Kelsen, gave presentations after their graduation in Kelsen’s private seminar and had papers published in Kelsen’s *ZÖR* (or, in Rohatyn’s case, in both “Kelsen journals”, in the *ZÖR* and in the *IZTHR*). Helen Silving does not wholly belong to this first group. She had begun to attend Kelsen’s private seminar in all probability in the winter term of 1926-27 and gave presentation there when she was still a student and had not even properly started out on her dissertation. Unlike Ephrussi, Kraft-Fuchs, and Rohatyn, she had no articles published in either of the two Kelsen journals and her doctoral thesis remained unpublished.

This first group may be subdivided along content-based criteria. While Ephrussi was already an “independent thinker” when she first attended Kelsen’s private seminar – she openly rejected certain aspects of the Vienna School of Legal Theory (such as the doctrine of interpretation) and engaged autonomously in work on topics she had chosen herself –, it is obvious that other students of Kelsen’s, such as Kraft-Fuchs, Silving and Rohatyn were “assigned” dissertation topics by Kelsen, which were designed to defend his legal doctrine against external critique. Margit Kraft-Fuchs’ doctoral thesis, “Anarchismus, Etatismus und Gesellschaft” formed the basis for her later article

⁸⁷ ROHATYN, G., Rechtsstaat und Polizeistaat. In: *ZÖR*, Vol. 11, 1931, p. 429-436.

⁸⁸ Jabloner, Frühe Autorinnen, p.652.

⁸⁹ ROHATYN, G., Das Naturrecht des Stärkeren. Kritische Bemerkungen zu Horvaths Idee der Gerechtigkeit. In: *ZÖR*, Vol. 8, 1929, p. 593.

⁹⁰ ROHATYN, G., Book review: Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie.

⁹¹ ROHATYN, G., La responsabilité en ses rapports avec les différents formes de gouvernement. In: *IZTHR*, Vol. 8, 1931/1932, p. 243-258.

⁹² In the period between the foundation of the *IZTHR* in 1926 and its provisional end in 1939 only three female authors had papers published by the *IZTHR*: 1931/32 Gisela Rohatyn as the very first female author (“La responsabilité en ses rapports avec les différentes formes de gouvernement”); 1932/33 Else Buddeberg (“Thomas Hobbes und das Naturrecht”), and, in 1939, Rose Rand (“Logik der Forderungssätze”). Given a total number of papers of 181, female authors therefore contributed 1.66%. By comparison, the *ZÖR* in the 1920s had a female quota of 2.2%, in the 1930s of 3.4%, both of which were higher than in the *IZTHR*.

⁹³ Rose Rand (b. 1903 in Lemberg [Lviv, Ukraine], d. 1980 in Princeton, USA) studied philosophy from 1924 under Moritz Schlick, Karl Bühler, Robert Reininger, Heinrich Gomperz and Rudolf Carnap. As a PhD student between 1930 and 1933 she kept the minutes of the sessions of the *Wiener Kreis* (Schlick-Zirkel). (See also: HAMACHER-HERMES, A., Rose Rand In: STADLER, F. (ed.), *The Vienna Circle and Logical Empiricism*. Dordrecht/London/Boston, 2003, p. 365-380.)

⁹⁴ EISENMANN, C., Die Theorie von der ‘délégation législative’. In: *ZÖR*, Vol. 11, 1931, p. 334-353.

“Prinzipielle Bemerkungen zu Carl Schmitts Verfassungslehre”, in which she defended Kelsen’s Pure Theory of Law against Carl Schmitt. Something similar applies to Helen Silving and Gisela Rohayn: her doctoral thesis on “Das Problem des Rechtsstaates” was published in an abbreviated version in the *ZÖR* and was the prototype of her later essay “Das Naturrecht des Stärkeren”. In this essay Rohatyn dealt with the critique Hungarian legal philosopher Barna Horvath levelled at Kelsen’s legal positivism (“Kelsenianism”) and sought to defend Kelsen against this attack. Barna Horvath replied with an essay entitled “Gerechtigkeit und Wahrheit”⁹⁵ [Justice and truth], which was published in the *IZTHR*.

All this goes to show that Kelsen, as Clemens Jabloner puts it, “may occasionally have delegated [to others] the task of rebutting criticism levelled against the Pure Theory of Law. Rohatyn for example played the same role against Horvath that Kraft-Fuchs played against Schmitt.”⁹⁶

2. All those women who frequented the Kelsen seminar in the company of their husbands (or were “brought along” by acquaintances). Here, too, a distinction may be made: while lawyer Friedrike Fleischer had completed her legal studies under Kelsen and was committed to the scientific aspects of the meetings, as was Magarethe Métall, who served as a translator, things were different for some of those spouses who from the mid-1920s accompanied their husbands to

Kelsen’s private seminar out of social considerations, without sharing their husbands’s interest in legal science.⁹⁷

It may generally be said that what has here been designated as the first group, Kelsen’s female students were a much more homogenous group than his male students ever were. What all of Kelsen’s female students had in common was their Jewish descent; they were all in their mid-20s when they began to frequent Kelsen’s private seminar – the exception here is Helen Silving; they had come to Vienna from non-Austrian parts of the Habsburg Monarchy to study there (only Ephrussi had been born in Vienna); they came from an upper-middle-class or even wealthy background; and they left Austria at the latest in the context of the Anschluss in 1938. Whether they were „watch-dogs“ or independent thinkers, who emancipated from Kelsen right at the start (Ephrussi), with some delay (Kraft-Fuchs) or at a even later state (Silving), what they also had in common was that at Kelsen’s departure from Vienna they turned to other topics (Rohatyn; Kraft-Fuchs) or turned their back on the Pure Theory of Law (Silving). With the exception of Helen Silving, none of them did any more work in the field of legal science in their new home. Silving claims – not only in this respect – a special place in the circle of “Vienna’s female Kelsen students” in that, as far as we can see, she was the only one of the lot to launch an academic career.

⁹⁵ HORVATH, B., *Gerechtigkeit und Wahrheit*. In: *IZTHR*, Vol. 4, 1929/30, p. 1-54.

⁹⁶ JABLONER, C., *Frühe Autorinnen*, p. 651.

⁹⁷ It appears from the correspondence between Hans Kelsen and Alf Ross that, during his stay in Vienna, the latter used to attend Kelsen’s private seminar in the company of his wife. (Alf Ross papers, Royal Danish Library, Kopenhagen, folder Korrespondenz Kelsen–Ross.)

Karlsruhe – Residenz des Rechts*

(Karlsruhe – German Residence of Law)

Detlev Fischer**

Abstract

On 26 July 1950, the German Bundestag finally decided in an animated session, to move the seat of the new Federal Court of Justice (the Court of Justice for Civil and Criminal Matters) to Karlsruhe. This decision by the legislature was the founding act for Karlsruhe, the former state capital of Baden, to become the seat of law. With the law of 4 May 1951, the Bundestag then also designated Karlsruhe as the (provisional) seat of the Federal Constitutional Court. The article sheds light on this process and then highlights key decisions and personalities to show the development of Karlsruhe as the seat of the Federal Constitutional Court, the Federal Court of Justice and the Federal Public Prosecutor's Office with a focus on the first three decades.

Keywords: Federal Court of Justice; Federal Constitutional Court; Federal Public Prosecutor General; seat of the Courts; court key decisions; development of the law by judges; Karlsruhe; Germany.

1. Vorbemerkung

Am 26. Juli 1950 entschied sich der Deutsche Bundestag in einer mehr als lebhaften Sitzung endgültig dafür, den Sitz des neu zu errichtenden Bundesgerichtshofs, also des Gerichtshofs für Zivil- und Strafrechtspflege, nach Karlsruhe zu legen. Diese abschließende Entscheidung des Gesetzgebers war gewissermaßen der Gründungsakt für die alsbald als Residenz des Rechts bezeichnete ehemalige badische Landeshauptstadt. Mit Gesetz vom 4. Mai 1951 bestimmte der Bundestag dann auch Karlsruhe als (vorläufigen) Sitz des Bundesverfassungsgerichts.

Bevor nun der damit verbundene Entscheidungsprozess nachgezeichnet und anschließend anhand markanter Entscheidungen und Persönlichkeiten die Entwicklung des Rechtsstandorts Karlsruhe als Sitz des Bundesverfassungsgerichts, des Bundesgerichtshofs und der Bundesanwaltschaft aufgezeigt wird, ist kurz auf die *Vorzeit der Residenz des Rechts* einzugehen, mithin Beachtenswertes aus der Rechtsgeschichte der langjährigen Landeshauptstadt Karlsruhe hervorzuheben.

1715 wurde Karlsruhe als Planstadt gegründet. Bereits der erste Privilegienbrief des damaligen Markgrafen und Stadtgrün-

ders Karl Wilhelm (1679–1738) sah neben der Gewährung von Freiheitsrechten zum Schutze der Neubürger die Errichtung eines erstinstanzlichen Gerichts für Karlsruhe vor.¹ Seither sind Recht und Gericht untrennbar mit der Stadtgeschichte verbunden. Herausragende Juristenpersönlichkeiten haben in der Stadt als Richter, Rechtsanwälte und Verwaltungsbeamte gewirkt.² Spätestens 1879 mit der Reichsjustizreform war die Stadt auch als prominenter Gerichtsstandort hervorgetreten: Amtsgericht, Landgericht und Oberlandesgericht erhielten in der Residenzstadt ihren Sitz, zudem war der bereits 1864 eröffnete Verwaltungsgerichtshof, das erste Verwaltungsgericht in ganz Deutschland überhaupt, hier ansässig.³ Hierauf kann aus Zeitgründen nicht im Einzelnen eingegangen werden. Hervorzuheben sind aber Johann Georg Schlosser⁴ (1739-1799), als Schwager Goethes weithin bekannt, sowie Friedrich Brauer⁵ (1754-1813), als badischer Universaljurist unermüdlich tätig.

Auf Anregung von Schlosser, zuvor erfolgreich Oberamtmann im badischen Emmendingen, wurde 1790 das Hofgericht aus dem Hofrat ausgegliedert und verselbständigt. Gleichzeitig wurde ihm, Schlosser, das neu geschaffene Amt des Hofgerichtsdirektors übertragen. Bereits wenige Jahre später erwies er

* Erweiterte und mit Fußnoten versehene Fassung des Eröffnungsvortrags anlässlich der 42. Jahrestagung der Deutsch-Brasilianischen Juristenvereinigung in Karlsruhe am 20. 10. 2023.

** Dr. Detlev Fischer, Richter am Bundesgerichtshof a. D. und Vorsitzender des Vereins Rechtshistorisches Museum e.V., Karlsruhe, Deutschland, E-Mail: vorsitzender@rechtshistorisches-museum.de / ORCID: 0009-0008-0134-1276.

¹ FISCHER, D., *Rechtshistorische Rundgänge durch Karlsruhe, Residenz des Rechts*, Schriftenreihe des Rechtshistorischen Museums, Heft 10, 3. Aufl., Karlsruhe, 2017, S. 16 f.

² Hierzu FISCHER, D., *Juristenportraits aus der Vorzeit der Residenz des Rechts*, Schriftenreihe des Rechtshistorischen Museums, Heft 9, Karlsruhe, 2004.

³ Hierzu BAUER, I., Die Entstehung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Baden. In: *Verwaltungsblätter*, Sonderbeilage Oktober 2013, S. 4-13.

⁴ Hierzu FISCHER, D., *Juristenportraits aus der Vorzeit der Residenz des Rechts*, Schriftenreihe des Rechtshistorischen Museums, Heft 9, Karlsruhe, 2004, S. 7-12; ders., Bemerkungen zur Justiz- und Rechtsgeschichte der Stadt Freiburg i. Br. In: *Journal der Juristischen Zeitgeschichte*, 2023, S. 99-100.

⁵ WÜRTZ, CHR., *Johann Niklas Friedrich Brauer 1754-1813, Badischer Reformator in napoleonischer Zeit*. Stuttgart, 2005.

sich als unabhängiger Richter: Aus Protest gegen Eingriffe des Markgrafen Karl Friedrich (1728–1811) in ein abgeschlossenes Gerichtsverfahren legte er sein Richteramt nieder und schied aus dem badischen Staatsdienst aus.⁶

Mit der Erhebung Badens zum Kurfürstentum (1803) und zum Großherzogtum (1806) galt es, eine einheitliche Gerichts- und Rechtsordnung für das nun vom Main bis zum Bodensee reichende Territorium zu schaffen. In dieser Zeit bewährte sich der vielseitige Brauer als Gesetzgeber Badens. Zahlreiche Gesetze, wie etwa die Organisations- und Konstitutionsedikte, wurden von ihm verfasst. Seine letzte große Kodifikation war das 1810 in Kraft getretene Badische Landrecht⁷, eine Übersetzung des französischen Code civil von 1804. Dem Gesetzestext fügte er 500 auf die badischen Verhältnisse bezogene Zusätze an, wodurch ein modernes, überaus volkstümliches Zivilgesetzbuch entstand, das bis zum Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches zum 1. Januar 1900 fort galt.

Wir sehen, die Residenz des Rechts steht auf einem soliden badischen Fundament.⁸ Ich beginne nun mit meinem Streifzug durch die juristische Zeitgeschichte, der sich insbesondere mit den ersten drei Jahrzehnten befassen wird.

2. Standortwahl

Mit der Verabschiedung des Grundgesetzes am 23. Mai 1949 war der Auftrag verbunden die Verfassungsorgane des neuen Staates auf Bundesebene zu errichten und das staatliche Leben auf der neuen Verfassungsgrundlage zu gestalten. Art. 96 des Grundgesetzes in seiner ursprünglichen Fassung ordnete an, für bestimmte Rechtsgebiete obere Bundesgerichte zu errichten. Mit der ordentlichen Gerichtsbarkeit war die Zivil- und Strafrechtspflege angesprochen, die damals wie auch heute den überwiegenden Teil der anhängigen Rechtsstreitigkeiten zu entscheiden hat. Zuständig für die Ausführung des Verfassungsauftrags, die oberen Bundesgerichte einzurichten und hierfür die gesetzlichen Grundlagen zu entwerfen, war die Bundesregierung.⁹

2.1 Standort des Bundesfinanzhofs

Das erste obere Bundesgericht, dessen Grundlagen auf diesem Weg geschaffen wurden, war der Bundesfinanzhof.¹⁰ Er

wurde mit Bundesgesetz vom 29. Juni 1950¹¹ gebildet. Allerdings wurde er erst wenige Wochen nach der zum 1. Oktober 1950 vollzogenen Errichtung des Bundesgerichtshofs am 21. Oktober 1950 in München feierlich eröffnet. Hier gab es keine Probleme mit der Standortwahl. Das Gericht bezog das sog. Fleischerschlosschen in München-Bogenhausen.¹² In diesem Gebäude war bereits der zum 1. Oktober 1918 errichtete Reichsfinanzhof untergebracht gewesen. Nach Ende des Zweiten Weltkriegs wurde es Amtssitz des für die amerikanische Besatzungszone zuständigen Obersten Finanzgerichtshofs.

2.2 Standortwahl für den Bundesgerichtshof

Für die Spitze der Zivil- und Strafrechtspflege sollte sich der Entscheidungsprozess dagegen wesentlich schwieriger gestalten. Bis April 1945 war hierfür das 1879 in Leipzig errichtete Reichsgericht zuständig gewesen, das seit 1895 in einem eigenen, sehr repräsentativen Gebäude judizierte.¹³ Am 18. April 1945 wurde die Reichsgerichtsstadt von amerikanischen Kampfverbänden besetzt. Wären nicht diese Truppen Anfang Juli 1945 aus Leipzig abgezogen und Westsachsen sowie Thüringen der Sowjetunion als weiterer Besatzungsbereich zugewiesen worden, wäre wohl der Bundesgerichtshof im nur leicht beschädigten Reichsgerichtsgebäude eröffnet worden.

a) Auswahlkriterien

Als bald nach Konstituierung der Bundesregierung im September 1949 befasste sich das Bundesjustizministerium mit den erforderlichen Planungen. Zahlreiche Städte bewarben sich um den Sitz des zukünftigen Zentralgerichts: Berlin, Braunschweig, Hamburg, Frankfurt am Main, Kassel, Wiesbaden, Bamberg, Göttingen und selbst Wetzlar, einst mehr als 100 Jahre Sitz des alten Reichskammergerichts, warfen ihren Hut in den Ring;¹⁴ daneben aber auch Köln¹⁵ und Karlsruhe¹⁶. Zwischenzeitlich stellte das Ministerium sachliche Kriterien für den Standort auf: Insbesondere der Raumbedarf für das Gerichtsgebäude – 120 Arbeitsräume und 5 Sitzungssäle – und die Bereitstellung von Wohnungen für die Richterschaft und die übrigen Justizbediensteten, im zerstörten Nachkriegsdeutschland eine nicht leicht zu erfüllende Bedingung, waren die maßgeblichen Vor-

⁶ FISCHER, D., *Juristenportraits aus der Vorzeit der Residenz des Rechts*, Schriftenreihe des Rechtshistorischen Museums, Heft 9, Karlsruhe, 2004, S. 7, 10 ff.

⁷ Hierzu HATTENHAUER, Chr. / SCHROEDER, K.-P. (Hrsg.), *200 Jahre Badisches Landrecht von 1809/1810*. Frankfurt a. M., 2011; STURM, F., *200 Jahre Badisches Landrecht*, Schriftenreihe des Rechtshistorischen Museums, Heft 23, Karlsruhe, 2011.

⁸ Vgl. hierzu die auch heute noch lesenswerten Beiträge in der *Festschrift zur Eröffnung des Bundesgerichtshofs in Karlsruhe, 8. Oktober 1950*, Karlsruhe, 1950, insbesondere J. Federer, *Recht und Juristen im alten Baden*, S. 49-70; E. Walz, *Verwaltungsrechtspflege in Karlsruhe*, S. 71-85; K. Jordan, *Karlsruher Richterbilder*, S. 99-108.

⁹ FISCHER, D., *Die Judikative im Gewaltenteilungssystem der Bundesrepublik Deutschland*. In: MEYER, T. / WEINACHT, P. -L. (Hrsg.), *Gewaltenteilung, Grundsätzliches – Historisches – Aktuelles*. Stuttgart, 2021, S. 163, 167.

¹⁰ FISCHER, D., *Das Ende des Obersten Bundesgerichts im Jahre 1968 – 50 Jahre einheitliche Rechtsprechung der Obersten Gerichtshöfe des Bundes*. In: *Journal der Juristischen Zeitgeschichte*, 2021, S. 1 f.

¹¹ BGBl I S. 257.

¹² KLEMMER, K. – WASSERMANN, R. – WESSEL, TH. M., *Deutsche Gerichtsgebäude. Von der Dorflinde über den Justizpalast zum Haus des Rechts*. München, 1993, S. 59-61.

¹³ Hierzu LIMPERG, B. – RENNERT, K. (Hrsg.), *Symposium 120 Jahre Reichsgerichtsgebäude*. München, 2016.

¹⁴ PFEIFFER, G., *Karlsruhe auf dem Weg zur Residenz des Rechts*, Anhang Dokumentation, Schriftenreihe des Rechtshistorischen Museums, Heft 7, Karlsruhe, 1990, S. 79.

¹⁵ MAASSEN, H. – HUCKO, E., *Thomas Dehler, der erster Bundesminister der Justiz*, Köln, 1977, S. 81.

¹⁶ PFEIFFER, G., *Karlsruhe auf dem Weg zur Residenz des Rechts*, Anhang Dokumentation, Schriftenreihe des Rechtshistorischen Museums, Heft 7, Karlsruhe, 1990, S. 79.

gaben. Ferner sollte der Standort eine Universität aufweisen, damit für die Anfangszeit auch auf die dortigen Bücherbestände zurückgegriffen werden konnte.¹⁷

b) Ringen zwischen Köln und Karlsruhe

Das Ringen zwischen Köln, Sitz des Obersten Gerichtshofs für die Britischen Zone¹⁸ und nordwestdeutscher Funktionsnachfolger des Reichsgerichts, und Karlsruhe um den Sitz des Bundesgerichtshofs wurde nicht zuletzt mit justizgeschichtlichen Erwägungen geführt. Immer wieder wurden die Verhältnisse bei Errichtung des Reichsgerichts als Maßstab herangezogen.¹⁹ Leipzig oder Berlin, das war 1877/79 die Frage gewesen, wobei bezogen auf Leipzig der Besitzstand – Sitz des bisherigen Reichsoberhandelsgerichts, das personell und sachlich in das neugeschaffene Reichsgericht aufging – für diese Stadt sprach.²⁰ Gleiches konnte 1949/50 für Köln angeführt werden. Der 1947 errichtete Oberste Gerichtshof nahm nach der Konstituierung der Bundesrepublik der Sache nach als partielles Bundesgericht für die Länder der Britischen Besatzungszone die Aufgaben eines obersten Gerichts der Zivil- und Strafrechtspflege wahr.²¹ Untergebracht wurde der Gerichtshof im zweiten Obergeschoss des Kölner Oberlandesgerichtsgebäudes am Reichenspergerplatz, 1907 erstellt, damals der größte preußische Gerichtsbaus.²²

Sein territorialer Zuständigkeitsbereich war nun auf die amerikanische und französische Besatzungszone zu erweitern. Bereits bei der Errichtung dieses Gerichts wurde dessen Sitz in Köln gerade auch unter dem Gesichtspunkt einer späteren Erweiterung auf die süddeutschen Länder ausgewählt.²³ Später sind dann auch viele am Gerichtshof tätige Richter in den Bun-

desgerichtshof gewechselt. Die bei Schließung des Gerichts am 30. September 1950 noch offenen Verfahren gingen unmittelbar auf den Bundesgerichtshof über und wurden dort zu Ende geführt.²⁴ Deshalb sprach der Sache nach vieles dafür, den Bundesgerichtshof in Köln zu errichten. Hierauf wies nicht nur die Stadt Köln, sondern auch die Rechtsanwaltskammer bei dem Obersten Gerichtshof²⁵, sowie der namhafte Kölner Rechtslehrer Hans Carl Nipperdey²⁶ (1895-1968)²⁷, später erster Präsident des Bundesarbeitsgerichts, hin.²⁸

Die zwischen Bundeskanzler Konrad Adenauer und Bundesjustizminister Thomas Dehler ausgetragene Auseinandersetzung war konfliktreich und wurde nicht im Sinne des Kanzlers gelöst. Für ihn kam – nicht zuletzt als langjährigen ehemaligen Kölner Oberbürgermeister – nur die Römerstadt als Gerichtssitz in Betracht. Seine Vorstellung, die Sitzfrage im Rahmen einer Regierungsverordnung zu entscheiden, scheiterte am erfolgreichen Widerstand des Bundesjustizministers. Dieser wies auf die Verhältnisse bei der Errichtung des Reichsgerichts hin.²⁹ Die Sitzfrage wurde damals nicht, wie zunächst vorgesehen, durch eine kaiserliche Verordnung, sondern in parlamentarischer Abstimmung durch den Reichstag und das Votum des Bundesrats entschieden. Beide Gesetzgebungskörperschaften stimmten bekanntlich gegen Berlin und für Leipzig.³⁰

c) Entscheidungsfindung im Deutschen Bundestag

Diesem Traditionsverständnis musste sich auch der Bundeskanzler beugen und die Entscheidung den parlamentarischen Gremien überlassen. Das Bundeskabinett votierte zwar zunächst unter Gegenstimme von Thomas Dehler für Köln.³¹ Der

¹⁷ Die endgültigen Richtlinien erstellte der Rechtsausschuss des Bundestages, ein von ihm eingerichteter Unterausschuss prüfte die einzelnen Bewerbungen anhand dieser Kriterien und gelangte zum Ergebnis, dass nur die Städte Karlsruhe, Kassel und Braunschweig diesen Anforderungen entsprachen, hierzu PFEIFFER, G., *Karlsruhe auf dem Weg zur Residenz des Rechts*, Anhang Dokumentation, Schriftenreihe des Rechtshistorischen Museums, Heft 7, Karlsruhe, 1990, S. 81.

¹⁸ Hierzu RÜPING, H., Hüter des Rechts und der Rechtseinheit. In: *Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte*, Bd. 1, 1999/2000, S. 88-122; GRIESS, M., „Im Namen des Rechts“. *Der Oberste Gerichtshof für die Britische Zone als Höchstgericht in Zivilsachen zwischen Tradition und Neubeginn*. Tübingen, 2015; OHLENROTH, J., *Der Oberste Gerichtshof für die Britische Zone und die Aufarbeitung von NS-Unrecht*. Tübingen, 2020.

¹⁹ Vgl. hierzu die von der Rechtsanwaltskammer bei dem Obersten Gerichtshof zusammengestellten Materialien, wiedergegeben bei MAASEN, H. / HUCKO, E., *Thomas Dehler, der erste Bundesminister der Justiz*, Köln, 1977, S. 107ff. sowie PFEIFFER, G., *Karlsruhe auf dem Weg zur Residenz des Rechts*, Anhang Dokumentation, Schriftenreihe des Rechtshistorischen Museums, Heft 7, Karlsruhe, 1990, S. 39 ff.

²⁰ FOTH, E., Aus der Frühzeit des Reichsgerichts. In: FALK, U. u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Detlev Fischer*, 2018, S. 109-110.

²¹ FISCHER, D., Zur Geschichte der höchstrichterlichen Rechtsprechung in Deutschland. In: *Juristenzeitung*, 2010, S. 1077-1086.

²² GRIESS, M., „Im Namen des Rechts“, *Der Oberste Gerichtshof für die Britische Zone als Höchstgericht in Zivilsachen zwischen Tradition und Neubeginn*, Tübingen, 2015, S. 94 f.; zum Gebäude KLEMMER, K. / WASSERMANN, R. / WESSEL, TH. M. *Deutsche Gerichtsgebäude, Von der Dorfllinde über den Justizpalast zum Haus des Rechts*, 1993, S. 48-50.

²³ GRIESS, M., „Im Namen des Rechts“, *Der Oberste Gerichtshof für die Britische Zone als Höchstgericht in Zivilsachen zwischen Tradition und Neubeginn*, Tübingen, 2015, S. 100.

²⁴ FISCHER, D., Zur Geschichte der höchstrichterlichen Rechtsprechung in Deutschland. In: *Juristenzeitung*, 2010, 1077, 1086.

²⁵ Die Kammer legte eine eindrucksvolle Dokumentation Historische Materialien für die Beratungen über den Sitz des Bundesgerichtshofs vor, vgl. PFEIFFER, G., *Karlsruhe auf dem Weg zur Residenz des Rechts*, Schriftenreihe des Rechtshistorischen Museums, Heft 7, Karlsruhe, 1990, S. 39 ff.

²⁶ Hierzu HOLLSTEIN, T. *Die Verfassung als allgemeiner Teil: Privatrechtsmethode und Privatrechtskonzeption bei Hans Carl Nipperdey (1895-1968)*, 2007; ferner ADOMEIT, K., Hans Carl Nipperdey als Anreger für die Neubegründung des juristischen Denkens. In: GRUNDMANN, S. / RIESENHUBER, K. (Hrsg.), *Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler – eine Ideengeschichte. Einzeldarstellungen*, Bd. 1, 2007, S. 149.

²⁷ Er verfasste die Schrift *Der Sitz der Bundesgerichte*, vgl. PFEIFFER, G., *Karlsruhe auf dem Weg zur Residenz des Rechts*, Anhang Dokumentation, Schriftenreihe des Rechtshistorischen Museums, Heft 7, Karlsruhe, 1990, S. 47 ff.

²⁸ GRIESS, M., „Im Namen des Rechts“, *Der Oberste Gerichtshof für die Britische Zone als Höchstgericht in Zivilsachen zwischen Tradition und Neubeginn*. Tübingen, 2015, S. 339f.

²⁹ Vermerk vom 3. 5. 1950, wiedergegeben bei MAASEN, H. / HUCKO, E., *Thomas Dehler, der erste Bundesminister der Justiz*, Köln, 1977, S. 127-129.

³⁰ FOTH, E., Aus der Frühzeit des Reichsgerichts. In: FALK, U. u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Detlev Fischer*. Karlsruhe, 2018, S. 109-110.

³¹ Vgl. Note des Bundesjustizministers vom 12. 5. 1950 sowie Schreiben des Bundeskanzlers vom 1. 6. 1950 an den Deutschen Bundestag, jeweils wiedergegeben bei MAASEN, H. / HUCKO, E., *Thomas Dehler, der erste Bundesminister der Justiz*, Köln, 1977, S. 131, 133 f.

Rechts- und Verfassungsausschuss des Bundestages, der für die zu treffende Entscheidung einen Unterausschuss einrichtete, entschied sich allerdings wenig später eindeutig für Karlsruhe.³² Obwohl das Profil der Bewerberstädte, was den Maßstab Leipzig angeht, eher für Köln als Universitätsstadt sprach, wurden die übrigen Kriterien, Gerichts-Gebäude, Ausbaufähigkeit des dazugehörigen Areals sowie ausreichende Anzahl von Wohnungen für die Gerichtsangehörigen nur von Karlsruhe hinreichend erfüllt.³³ Trotz entsprechender Interventionen aus Köln hielt der Ausschuss an seiner Ansicht fest. Kurz vor der abschließenden Entscheidung im Bundestag am 26. Juli 1950 schaltete sich sogar der Präsident des Obersten Gerichtshofs, Ernst Wolff³⁴ (1877-1959), ein, um eine Änderung der Sitzfrage zu Gunsten von Köln zu erreichen.³⁵ Auch dies vergebens. In einem spannenden Abstimmungsmarathon, bei dem wiederum viele der übrigen Bewerberstädte als Alternative zum Vorschlag Karlsruhe im Raum standen, und hinsichtlich des Abstimmungspunkts Hamburg sogar der parlamentarische „Hammelsprung“ bemüht werden musste, konnte sich Karlsruhe durchsetzen.³⁶

Inwieweit bei der Entscheidung für Karlsruhe auch der Gesichtspunkt eine tragende Rolle spielte, die Stadt für ihren Verlust als Landeshauptstadt zu beschädigen, lässt sich nicht eindeutig belegen.³⁷ Die Karlsruher Stadtverwaltung wies in ihrer an die Bundesregierung gerichteten Denkschrift vom 24. Februar 1950³⁸ hierauf besonders hin. Auch das starke Eintreten der damaligen württemberg-badischen Landesregierung für eine Errichtung des Bundesgerichtshofs in der einstigen badischen Residenz spricht hierfür.³⁹ Nicht ganz unwesentlich dürfte gewesen sein, dass im Bundestag sowohl der Generalberichterstatter – Wilhelm Laforet (1877-1959), Würzburg, CSU – als auch der Berichterstatter – Friedrich Maier, Freiburg i. Br., SPD – süddeutsche Bundestagsabgeordnete waren.⁴⁰ Maier war gebürtiger Karlsruher, Laforet wurde in Edenkoben in der Pfalz, wenige Kilometer von Karlsruhe entfernt, geboren.⁴¹ Von entscheidendem Gewicht wird aber wohl das starke Engagement

des Bundesjustizministers Thomas Dehler gewesen sein, der alles daran setzte, seinen Favorit Karlsruhe durchzubekommen.⁴²

d) Umsetzung des Bundestagsbeschlusses

Bereits am 6. Januar 1950 besichtigte eine Delegation des Bundesjustizministeriums mit Dehler an der Spitze in Karlsruhe verschiedene Objekte, die als Standort für das neue Gericht in Betracht gezogen werden konnten.⁴³ Hierunter befanden sich das Oberlandesgerichtsgebäude in der Hoffstraße, ferner das ehemalige Finanzministerium am Schlossplatz sowie das Erbgroßherzogliche Palais in der Herrenstraße. Letzteres gefiel am besten, nicht nur im Hinblick auf das dortige große (Park-) Areal und die damit verbundenen Ausbaumöglichkeiten, von denen später auch reichlich Gebrauch gemacht werden sollte.⁴⁴ Da die Eröffnung des Gerichtshofs bereits zum 1. Oktober 1950 erfolgen sollte, war nun, was die endgültige Fertigstellung des Palais als Gerichtsgebäude angeht, eine fast unlösbare Aufgabe zu bewältigen. Dort wurde eine Bauleitung Bundesgerichtshof eingerichtet, die durch eine vorzügliche Koordination der oft bis zu 500 Arbeitskräfte den Innenausbau des Gebäudes nach den neuen Vorgaben ausführte.⁴⁵

Angesichts des Umstands, dass nach der Anordnung des Grundgesetzes insgesamt fünf obere Bundesgerichte zu errichten waren, ergab sich noch ein besonderes Problem, was die Bezeichnung des für die ordentliche Gerichtsbarkeit zuständigen Zentralgerichts betraf. Der naheliegenden Benennung des Gerichts als Bundesgericht in Anlehnung an die Bezeichnung Reichsgericht, als dessen Nachfolgeeinrichtung der neue Gerichtshof nahezu einhellig angesehen wurde, stand entgegen, dass eine Bezeichnung gefunden werden musste, die das Karlsruher Gericht deutlich von den anderen Gerichten, dem Bundesarbeitsgericht, dem Bundesverwaltungsgericht, dem Bundessozialgericht sowie dem Bundesfinanzhof unterschied. Wohl auf Anregung des damals im Bundesjustizministerium für die Gesetzgebungsarbeiten zuständigen Referatsleiters Willi

³² 18 Stimmen bei vier Enthaltungen, vgl. PFEIFFER, G., *Karlsruhe auf dem Weg zur Residenz des Rechts*, Anhang Dokumentation, Schriftenreihe des Rechtshistorischen Museums, Heft 7, Karlsruhe, 1990, S. 81.

³³ FISCHER, D., *Karlsruhe wird Residenz des Rechts*, Badische Heimat. Freiburg i.Br., 2015, 49, S. 50.

³⁴ Hierzu MAIER-REIMER, G., Erich Wolf (1877-1959), Führender Anwalt und Oberster Richter. In: HEINRICH, H. u. a. (Hrsg.), *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft*. München, 1993, S. 643-654.

³⁵ GRIESS, M., „Im Namen des Rechts“, *Der Oberste Gerichtshof für die Britische Zone als Höchstgericht in Zivilsachen zwischen Tradition und Neubeginn*. Tübingen, 2015, S. 342.

³⁶ PFEIFFER, G., *Karlsruhe auf dem Weg zur Residenz des Rechts*, Anhang Dokumentation, Schriftenreihe des Rechtshistorischen Museums, Heft 7, Karlsruhe, 1990, S. 85.

³⁷ GILBERT, R., *Der Weg zur Residenz des Rechts*, *Zeitschrift für die Geschichte des Oberrheins*, Bd. 162, Stuttgart, 2014, S. 459, 469; FISCHER, D., *Karlsruhe wird Residenz des Rechts*, Badische Heimat. Freiburg i.Br., 2015, 49, S. 51.

³⁸ PFEIFER, G., *Karlsruhe auf dem Weg zur Residenz des Rechts*, Anhang Dokumentation, Schriftenreihe des Rechtshistorischen Museums, Heft 7, Karlsruhe, 1990, S. 57 ff.

³⁹ Hierzu PFEIFER, G., *Karlsruhe auf dem Weg zur Residenz des Rechts*, Schriftenreihe des Rechtshistorischen Museums, Heft 7, Karlsruhe, 1990, S. 15; GILBERT, R., *Der Weg zur Residenz des Rechts*, *Zeitschrift für die Geschichte des Oberrheins*, Bd. 162, Stuttgart, 2014, S. 459, 464.

⁴⁰ Vgl. PFEIFER, G., *Karlsruhe auf dem Weg zur Residenz des Rechts*, Anhang Dokumentation, Schriftenreihe des Rechtshistorischen Museums, Heft 7, Karlsruhe, 1990, S. 78, 81.

⁴¹ FISCHER, D., *Karlsruhe wird Residenz des Rechts*, Badische Heimat. Freiburg i.Br., 2015, S. 49, 51.

⁴² GRIESS, M., „Im Namen des Rechts“, *Der Oberste Gerichtshof für die Britische Zone als Höchstgericht in Zivilsachen zwischen Tradition und Neubeginn*. Tübingen, 2015, S. 340.

⁴³ PFEIFER, G., *Karlsruhe auf dem Weg zur Residenz des Rechts*, Schriftenreihe des Rechtshistorischen Museums, Heft 7, Karlsruhe, 1990, S. 15.

⁴⁴ FISCHER, D., *Karlsruhe wird Residenz des Rechts*, Badische Heimat. Freiburg i.Br., 2015, S. 49, 51.

⁴⁵ FISCHER, D., *Rechtshistorische Rundgänge durch Karlsruhe*, Residenz des Rechts, Schriftenreihe des Rechtshistorischen Museums, Heft 10, 3. Aufl., Karlsruhe, 2017, S. 167.

Geiger⁴⁶ (1909-1994), später Richter des Bundesverfassungsgerichts und bis 1961 zudem Vorsitzender des III. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs, wurde als Bezeichnung auf den „alt-deutschen“ Begriff Gerichtshof zurückgegriffen.⁴⁷

3. Eröffnung und Ausbau des Bundesgerichtshofs

Am 2. Oktober 1950, einem Montag, nahm der Bundesgerichtshof im Erbgroßherzoglichen Palais in der Karlsruher Innenstadt seine Tätigkeit auf. Bereits um 10 Uhr empfing Präsident Hermann Weinkauff⁴⁸ (1894-1981) die ersten beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwälte und unterstrich damit die Bedeutung der in Zivilsachen tätigen Anwälte für die Arbeit des Gerichtshofs.⁴⁹ Der Gesetzgeber hatte sich entschieden, wie einst beim Reichsgericht eine eigenständige Rechtsanwaltschaft zu schaffen und damit auf ein seit 1879 bewährtes, auch auf französischem Verfahrensrecht beruhendes Justizmodell zurückzugreifen.⁵⁰ Alleine sieben Rechtsanwälte, unter ihnen Philipp Möhring⁵¹ (1900-1975), kamen aus Köln von der dort beim Obersten Gerichtshof eingerichteten Rechtsanwaltskammer.⁵²

Am darauffolgenden Sonntag, dem 8. Oktober 1950, fand die feierliche Eröffnung des Gerichtshofs statt. Bundespräsident Theodor Heuss betonte in seiner Ansprache, dass die Autonomie der Rechtsfindung und der Rechtsentscheidung aus dem Einwirkungsvermögen der Besatzungsmächte vollends ausgeklammert werde und auch bleibe.⁵³ Bundesjustizminister Thomas Dehler vereidigte Hermann Weinkauff als neuen Präsidenten und Carlo Wiechmann als Oberbundesanwalt.⁵⁴ Damit war der Auftrag des Grundgesetzes, für den auf Westdeutschland beschränkten Geltungsbereich ein oberes Bundesgericht für die ordentliche Gerichtsbarkeit zu schaffen, auf den Weg gebracht.

3.1 Zuständigkeit

Mit dem Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiete der Gerichtsverfassung, der Bürgerlichen Rechts-

pflege, des Strafverfahrens und des Kostenrechts vom 12. September 1950⁵⁵ wurden die organisatorischen Grundlagen für den Bundesgerichtshof geschaffen.⁵⁶ In sachlicher Hinsicht wurde an dem vom Gerichtsverfassungsgesetz vorgegebenen und als bewährt angesehenen Modell eines Revisionsgerichts festgehalten. Danach war der Bundesgerichtshof, was die Zivilsachen angeht, für Revisionen, die sich gegen Berufungen der Oberlandesgerichte richteten, zuständig. In Strafsachen führten dagegen nur Revisionen gegen erstinstanzliche Urteile der Landgerichte zum Bundesgerichtshof, also nur aus dem Bereich der Schwerekriminalität.

Für die Straftatbestände des Hochverrats (zunächst Art. 143 GG aF) und der Parlamentssprengung bestand eine erst- und zugleich letztinstanzliche Zuständigkeit, die es einschloss, dass der Bundesgerichtshof insoweit auch als mit der Beweiserhebung befasstes Tatgericht tätig werden sollte. Hierbei handelte es sich aber mangels tatsächlicher Fälle nur um eine Zuständigkeit auf dem Papier.⁵⁷ Dies änderte sich grundlegend, als infolge der zunehmenden Spannungen im Ost-Westkonflikt, der mit dem Fortführung des Korea-Kriegs weiter vertieft wurde, und der wachsenden Spionagetätigkeit östlicher Geheimdienste mit dem Strafrechtsänderungsgesetz vom 30. August 1951 ein eigenes deutsches Staatsschutzstrafrecht geschaffen wurde, das auch den Landesverrat, mithin Spionage für einen fremden Staat, unter Strafe stellte und weitere Staatsschutztatbestände mit sich brachte.⁵⁸ Die meisten dieser Verfahren fielen in die erst- und letztinstanzliche Zuständigkeit des Bundesgerichtshofs.⁵⁹

Am 11. Oktober 1950 fasste das Präsidium des Bundesgerichtshofs seinen ersten Geschäftsverteilungsbeschluss und entschied sich hinsichtlich der endgültigen Verteilung der Verfahren, an den vom Reichsgericht praktizierten Grundsätzen – insbesondere bezüglich der Zuständigkeit der einzelnen Senate – festzuhalten.⁶⁰ Dies bedeutete, dass den Zivilsenaten bestimmte Rechtsmaterien zugewiesen wurden (sog. Fachsenatsprinzip), während sich die Zuständigkeit der Strafsenate

⁴⁶ Hierzu FROMME, F. K., Ein ungewöhnlicher Richter, Das Wirken Willi Geigers am Bundesverfassungsgericht, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, Neue Folge, Bd. 32, Tübingen, 1983, S. 83-70; LEY, R., Willi Geiger, *Neue Juristische Wochenschrift*. München, 1994, S. 1050-1051.

⁴⁷ FISCHER, D., *Rechtshistorische Rundgänge durch Karlsruhe*, Residenz des Rechts, Schriftenreihe des Rechtshistorischen Museums, Heft 10, 3. Aufl., Karlsruhe, 2017, S. 168 f.

⁴⁸ Hierzu HERBE, D., *Hermann Weinkauff (1894–1981) – Der erste Präsident des Bundesgerichtshofs*, Tübingen, 2008; ERNREUTHER, J., Hermann Weinkauff. In: *Festschrift 200 Jahre Appellationsgericht/ Oberlandesgericht Bamberg*. München, 2009, S. 196-214; FISCHER, D., Zwischen Leipzig und Karlsruhe, rechtshistorische Reminiszenzen und Wechselwirkungen. In: *Journal der Juristischen Zeitgeschichte*, 2015, S.103-104.

⁴⁹ Hierzu GROSS, N., Die Anwaltschaft beim Bundesgerichtshof – Neuanfang, Funktion, Bestand. In: *Anwälte und ihre Geschichte*. Tübingen, 2011, S. 369-392.

⁵⁰ NASSALL, W., Die Rechtsanwaltschaft beim BGH aus rechtshistorischer Sicht. In: *Juristenzeitung*, 2009, S. 1077, 1091; GROSS, N., Die Anwaltschaft am Reichsgericht – Herkunft, Entwicklung, Untergang. In: *Anwälte und ihre Geschichte*. Tübingen, 2011, S. 141, 144, 149.

⁵¹ Hierzu NICOLINI, K., *Philipp Möhring. Juristen im Portrait, Verlag und Autoren in 4 Jahrzehnten*. München, 1988, S. 584-591; GROSS, N. – CHARAKTERKÖPFE, Z., Die ersten Rechtsanwälte beim Bundesgerichtshof. In: *Festschrift für Uwe H. Schneider*. Köln, 2011, S. 363, 376.

⁵² Hierzu GROSS, N., Die Anwaltschaft beim Bundesgerichtshof – Neuanfang, Funktion, Bestand. In: *Anwälte und ihre Geschichte*. Tübingen, 2011, S. 369, 370 f.

⁵³ HEUSS, TH., *Ansprachen zur Eröffnung des Bundesgerichtshofes in Karlsruhe am 8. Oktober 1950*. Karlsruhe, 1950, S. 7, 8.

⁵⁴ DEHLER, TH., *Ansprachen zur Eröffnung des Bundesgerichtshofes in Karlsruhe am 8. Oktober 1950*. Karlsruhe, 1950, S. 12, 16, 17.

⁵⁵ BGBl. I, S. 455.

⁵⁶ SCHUBERT, W., GLÖCKNER, H. P., Vom Reichsgericht zum Bundesgerichtshof. In: *Neue Juristische Wochenschrift*, 2000, S. 2971, 2973.

⁵⁷ WAGNER, W., WILLMS, G., Der 6. Strafsenat – Legende und Wirklichkeit. In: KRÜGER-NIELAND, G. (Hrsg.), *25 Jahre Bundesgerichtshof am 1. Oktober 1975*. München, 1975, S. 265, 266.

⁵⁸ GÖRTENMAKER, M., SAFFERLING, Ch., *Die Akte Rosenberg, das Bundesministerium der Justiz und die NS-Zeit*. München, 2016, S. 380 ff.

⁵⁹ WAGNER, W., WILLMS, G., Der 6. Strafsenat – Legende und Wirklichkeit. In: KRÜGER-NIELAND, G. (Hrsg.), *25 Jahre Bundesgerichtshof am 1. Oktober 1975*. München, 1975, S. 265, 266; zur Rechtsprechung vgl. auch die Entscheidungssammlung Hochverrat und Staatsgefährdung, 2 Bde, 1957.

⁶⁰ FISCHER, D., Zur Geschichte der höchstrichterlichen Rechtsprechung in Deutschland. In: *Juristenzeitung*, 2010, S. 1077, 1083.

im Wesentlichen nach Oberlandesgerichtsbezirke ausgerichtete (Regionalprinzip). Errichtet wurden fünf Zivilsenate und vier Strafsenate; dieses nahezu gleichstarke Verhältnis sollte sich zunächst noch weiter annähern: 1952 kam der 5. Strafsenat mit Sitz in Berlin (West)⁶¹, seit 1997 in Leipzig, und kurzfristig noch ein sechster Strafsenat⁶² hinzu. Wenig später wurden weitere Zivilsenate gebildet: Der Geschäftsanfall machte alsbald zwei Drittel Zivil- und ein Drittel Strafsachen aus, was auch heute noch gilt: Es bestehen neuerdings 13 Zivilsenate und sechs Strafsenate.⁶³

3.2 Richterschaft

Bei der Eröffnung des Bundesgerichtshofs am 2. Oktober 1950 – auch der Eröffnungszeitpunkt war eine historische Reminiszenz: zum 1. Oktober 1879 wurde das Reichsgericht eröffnet –, waren erst 12 Richter von den vorgesehenen 64 Richterstellen besetzt. Unter den Richtern der allerersten Stunde waren alleine vier Männer, die das NS-Regime aus rassistischen Gründen verfolgt hatte:⁶⁴ Walther Ascher⁶⁵ (1900-1980), Martin Heidenhain⁶⁶ (1880-1957), Karl Selowsky⁶⁷ (1889-1960) und Günther Wilde⁶⁸ (1900-1980). Gegen Jahresende waren immerhin 42 Bundesrichter in Karlsruhe eingetroffen.⁶⁹

Die altersmäßige Zusammensetzung der Richterschaft war wegen der damaligen Zeitumstände völlig unausgewogen: Der jüngste Bundesrichter war gerade 39 Jahre alt.⁷⁰ Viele Richter waren über der heutigen Altersgrenze von 66 Jahren; in der Anfangszeit war das Dienstalder auf 72 Jahre angehoben worden. Die Zahl der zwischen 50 und 60 Jahre alten Richter war mit 32% relativ gering; heute ist dies die Altersgruppe, die den stärksten Anteil an der Richterschaft bildet. Die Zahl der unter 50-jährigen war mit 36% unverhältnismäßig hoch; gleiches

gilt für die über 60 Jahre alten Richter.⁷¹ Lediglich drei Frauen wurden zu Beginn in den Bundesgerichtshof berufen: Elisabeth Krumme⁷² (1987-1984), Else Koffka⁷³ (1901-1994) sowie Gerda Krüger-Nieland⁷⁴ (1910-2000), auf die später noch näher einzugehen ist.

Der eigentliche Aufbau des Bundesgerichtshofs zog sich bis zum 30. Juni 1953 hin.⁷⁵ In diesem Zeitraum wurden insgesamt 100 Bundesrichter ernannt, der überwiegende Teil von ihnen war bereits während der NS-Zeit in der Justiz tätig gewesen. Von der damaligen Richterschaft waren etwa 40% Mitglieder der NSDAP gewesen, der überwiegende Teil war ab 1937 in die Partei eingetreten.⁷⁶ 13% der Richterschaft waren aus rassistischen Gründen NS-Verfolgungsmaßnahmen ausgesetzt.⁷⁷ Neun Richter, die bereits beim Obersten Gerichtshof in Köln tätig waren, wechselten zum Bundesgerichtshof über.⁷⁸ Nur Fünf der neu ernannten Bundesrichter hatten bereits dem Reichsgericht angehört. Zwei weitere Bundesrichter waren ehemalige Rechtsanwältinnen beim Reichsgericht. Schließlich kamen vier Richter aus dem Kreis der Rechtsanwaltschaft beim Reichsgericht.⁷⁹

3.3 Entscheidungen

Die Rechtsprechung der ersten Jahre hatte sich insbesondere mit den Folgen des Krieges sowie der NS-Diktatur zu befassen. So spielten beispielsweise eine nicht unerhebliche Rolle Verfahren, die sich auf Unfälle in den zahlreich noch bewohnten Trümmergrundstücken bezogen. Ferner sind hier Haftungsfälle zu nennen, die sich aus dem zerstörten Straßen- und Eisenbahnnetz ergaben.⁸⁰ Im Zusammenhang mit der Währungsreform und der zunehmenden Teilung Deutschlands ergaben sich weitere zeitbedingte Rechtsfragen. Aus dem Strafrecht ist die damals schon im Gericht äußerst umstrittene Kuppelei-Ent-

⁶¹ Hierzu BASDORF, C., Der 5. (Leipziger) Strafsenat des Bundesgerichtshofs. In: DENCKER, F. u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Klaus Tolkdorf*. Köln, 2014, S. 189, 190 ff.

⁶² Hierzu WAGNER, W., WILLMS, G., Der 6. Strafsenat – Legende und Wirklichkeit. In: KRÜGER-NIELAND, G. (Hrsg.), *25 Jahre Bundesgerichtshof am 1. Oktober 1975*. München, 1975, S. 265-272.

⁶³ Internetauftritt des Bundesgerichtshofs, dort auch Angaben zu den weiteren Spezialsenaten.

⁶⁴ GODAU-SCHÜTTKE, K.-D., *Der Bundesgerichtshof*, 2. Aufl. Berlin, 2006, S. 153.

⁶⁵ GODAU-SCHÜTTKE, K.-D., *Der Bundesgerichtshof*, 2. Aufl. Berlin, 2006, S. 295-297.

⁶⁶ Hierzu FISCHER, D., Zwischen Leipzig und Karlsruhe, rechtshistorische Reminiszenzen und Wechselwirkungen. In: *Journal der Juristischen Zeitgeschichte*. Berlin, 2015, S. 93, 103.

⁶⁷ Hierzu FISCHER, D., Bemerkungen zur Justiz- und Rechtsgeschichte der Stadt Freiburg i. Br. In: *Journal der Juristischen Zeitgeschichte*, 2023, S. 99, 108.

⁶⁸ Hierzu OPPENHOFF, W., Günter Wilde. In: *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*. München, 1980, S. 978.

⁶⁹ Vgl. hierzu die statistischen Angaben zur Richterschaft. In: KRÜGER-NIELAND, G. (Hrsg.), *25 Jahre Bundesgerichtshof am 1. Oktober 1975*. München, 1975, S. 353 f.

⁷⁰ Robert Fischer (1911-1983), von 1968 bis 1977 Präsident des Bundesgerichtshofs, Vater des Autors.

⁷¹ FISCHER, R., *Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs*, Karlsruhe, 1960, S. 6 f.

⁷² Hierzu biographische Kurznotizen. In: KRÜGER-NIELAND, G. (Hrsg.), *25 Jahre Bundesgerichtshof am 1. Oktober 1975*. München, 1975, S. 360.

⁷³ Hierzu Koffka, Else. In: RÖWEKAMP, M. (Hrsg.), *Juristinnen, Lexikon zu Leben und Werk*, 2005, S. 187-189.

⁷⁴ Hierzu Krüger-Nieland, Gerd. In: M. RÖWEKAMP, M. (Hrsg.), *Juristinnen, Lexikon zu Leben und Werk*, 2005, S. 211-213; BORNKAMM, J. – DANCKWERTS, R., Eine große Richterpersönlichkeit: Gerda Krüger-Nieland. In: *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 2010, S. 761-766; FISCHER, D., Gerda Krüger-Nieland. In: *Blick in die Geschichte, Karlsruher stadthistorische Beiträge*, Nr. 125 vom 6. Dezember 2019, S. 1.

⁷⁵ Die Richter des Bundesgerichtshofs. In: *Deutsche Richterzeitung*, 1960, S. 394.

⁷⁶ GODAU-SCHÜTTKE, K.-D., *Der Bundesgerichtshof*, 2. Aufl. Berlin, 2006, S. 289.

⁷⁷ GODAU-SCHÜTTKE, K.-D., *Der Bundesgerichtshof*, 2. Aufl. Berlin, 2006, S. 288.

⁷⁸ GRIESS, M., „Im Namen des Rechts“, *Der Oberste Gerichtshof für die Britische Zone als Höchstgericht in Zivilsachen zwischen Tradition und Neubeginn*, Tübingen, 2015, S. 352 f., sowie zwei weitere Personen, die am Obersten Gerichtshof als sog. Hilfsrichter tätig waren.

⁷⁹ FISCHER, Chr., Bundesgerichtshof als Reichsgericht? In: FISCHER, Chr. – PAULY, W., *Höchststrichterliche Rechtsprechung in der frühen Bundesrepublik*, Tübingen, 2015, S. 43, 56 f.

⁸⁰ FISCHER, R., *Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs*, Karlsruhe, 1960, S. 7 f.; W. Schlick, Frühe Urteile des III. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs. In: FISCHER, D. – OBERT, M. (Hrsg.), *Festschrift für Dietrich Pannier*. München, 2010, S. 153.

scheidung des Großen Strafsenats anzuführen.⁸¹ Mit diesem Beschluss wurde die Strafbarkeit einer Mutter bejaht, welche ihrer erwachsenen Tochter das Zusammenleben mit ihrem Verlobten in der gemeinsamen Wohnung nicht verwehrte. Zum Thema elterliche Züchtigungsbefugnis mag der Leitsatz eines Urteils aus dem Jahre 1952 genannt werden: „Eltern, die ihre 16-jährige sittlich verdorbene Tochter durch Kurzschneiden der Haare und Festbinden an Bett und Stuhl bestrafen, überschreiten nicht das elterliche Züchtigungsrecht.“⁸²

a) Verhängnisvolle Entscheidungen

An dieser Stelle müssen aber auch Entscheidungen genannt werden, die nicht nur aus heutiger Sicht als verhängnisvoll und unverständlich anzusehen sind. Beispielhaft sind hier auf Judikate, jeweils aus dem Strafrecht und dem Zivilrecht, zu zwei Themenbereiche, einzugehen.

Zum einen die Rechtsprechung des I. Strafsenats zu den SS-Standgerichtsverfahren, mit denen in den letzten Kriegstagen auf Befehl Hitlers mehrere bereits längere Zeit inhaftierte Widerstandskämpfer, unter ihnen Admiral Wilhelm Canaris, Reichsgerichtsrat Hans von Dohnanyi und Pfarrer Dietrich Bonhoeffer, ohne Verteidiger und ohne, dass sie der SS-Standgerichtsbarkeit unterstanden, zum Tode verurteilt wurden und anschließend schändlichst ums Leben gebracht wurden.⁸³ Der Bundesgerichtshof hatte sich dreimal mit diesen Ereignissen befasst. Zuletzt hat er in Abkehr von den beiden früheren Entscheidungen mit Urteil vom 19. Juni 1956⁸⁴ ausgeführt, die Widerstandskämpfer hätten „nach den damals geltenden und in ihrer rechtlichen Wirksamkeit an sich nicht bestreitbaren Gesetze“ Landes- und Hochverrat begangen. Die von der Vorinstanz wegen Beihilfe zum Mord verhängten hohen Zuchthausstrafen wurden aufgehoben und der damalige Gerichtsvorsitzende freigesprochen. Demgegenüber wurden in den vorausgegangenen Entscheidungen des I. Strafsenats, in anderer Besetzung freilich,⁸⁵ noch ausdrücklich betont, „daß Gesetze, die die Gerechtigkeit nicht einmal anstreben und allen Kulturvölkern gemeinsame Rechtsüberzeugungen von Wert und

Würde der menschlichen Persönlichkeit gröblich mißachten, kein Recht schaffen, und ein solchen Gesetzen entsprechendes Verhalten Unrecht bleibt.“⁸⁶ Die Folgen dieser Entscheidung von 1956 hat der spätere Präsident des Bundesgerichtshofs, Günter Hirsch, anlässlich einer Feierstunde zum 100. Geburtstag von Reichsgerichtsrat Hans von Dohnanyi⁸⁷ (1902-1945) am 8. März 2002 im Bundesgerichtshof treffend als verheerend bezeichnet.⁸⁸ Kein einziger Richter, kein Staatsanwalt wurde in der Bundesrepublik wegen der Justizverbrechen der NS-Diktatur verurteilt. 1995 hat sich der Bundesgerichtshof von dieser Rechtsprechung in seinem Grundsatzurteil zur Strafbarkeit von ehemaligen Richtern der DDR ausdrücklich distanziert.⁸⁹

Zum anderen sind in diesem Zusammenhang die Urteile des IV. Zivilsenats vom 7. Januar 1956⁹⁰ zu nennen. Mit ihnen wurden Entschädigungsansprüche von deutschen Sinti und Roma wegen ihrer im Mai 1940 erfolgten Verschleppung durch NS-Polizeioorgane in Lager im besetzten Polen, wo sie widerrechtlich festgehalten wurden, unter Aufhebung der anderslautenden Berufungsurteile abgewiesen.⁹¹ Die Deportationen hatte das NS-Reichssicherheitshauptamt in Berlin organisiert und wurden im westlichen Grenzgebiet, auch hier in Karlsruhe, durchgeführt. Dass diese Deportationen aus rassistischen Gründen und demnach entschädigungspflichtig waren, verneinte der Senat und ging davon aus, dass hierfür polizeiliche Vorbeugungs- und Sicherungserwägungen maßgeblich gewesen wären. Erst Ende 1963 hat der Bundesgerichtshof seine Judikatur aufgehoben und Entschädigungen seit dem Deportationszeitpunkt zugesprochen.⁹² Die Urteile vom 7. Januar 1956 wurden anlässlich eines Symposiums im Bundesgerichtshof am 17. Februar 2016 als krasse Fehlurteile eingestuft.⁹³ Nicht nur wegen ihrer antiziganistischen Diktion wurden sie von der Präsidentin des Bundesgerichtshofs Bettina Limperg zu Recht als beschämend bezeichnet.⁹⁴

b) Richterliche Rechtsfortbildung

Wo viel Schatten ist, da ist auch Licht. In die Anfangszeit des Bundesgerichtshofs fallen auch Grundsatzentscheidungen,

⁸¹ BGH, Beschl. v. 17. 2. 1954 – GSSt 3/53, BGHSt 6, 46, 52 ff., hierzu FISCHER, R., Das Entscheidungsmaterial in seiner Bedeutung für die höchstrichterliche Rechtsprechung. In: FISCHER, R. u. a. (Hrsg.), *Das Entscheidungsmaterial der höchstrichterlichen Rechtsprechung*, 1976, S. 11, 12.

⁸² BGH, Ur. v. 25. 9. 1952 – 3 StR 742/51, Neue Juristische Wochenschrift 1953, 1440; hierzu VORMBAUM, Th., *Journal der Juristischen Zeitgeschichte*, 2010, S. 60, 61.

⁸³ Hierzu WOLF, M., *Das Verfahren gegen Walter Huppenkothen und Otto Thorbeck*, 2021; JÄHNKE, B., Aufräumen und Neubeginnen. In: FISCHER, Chr. – PAULY, W., *Höchststrichterliche Rechtsprechung in der frühen Bundesrepublik*. Tübingen, 2015, S. 129, 141 f.

⁸⁴ BGH, Ur. v. 19. 6. 1956 – 1 StR 50/56, Neue Strafrechtszeitschrift 1996, 485.

⁸⁵ Die jeweiligen Senatsbesetzungen sind bei GODAU-SCHÜTTKE, K.-D., *Der Bundesgerichtshof*, 2. Aufl. Berlin, 2006, S. 328 aufgeführt.

⁸⁶ BGH, Ur. v. 12. 2. 1952 – 1 StR 658/51, BGHSt 2, 173, 177.

⁸⁷ Hierzu CHOWANIEC, E., *Der „Fall Dohnanyi“ 1943–1945, Widerstand, Militärjustiz, SS-Willkür*, 1991; MOHR, P., Hans von Dohnanyi (1902-1945) – ein Jurist im Widerstand gegen Hitler. In: *Neue juristische Wochenschrift*, 1995, S. 1259-1267; MEYER, W., Hans von Dohnanyi (1902-1945), Reichsgerichtsrat in Leipzig/Berlin. In: MAAS, H. (Hrsg.), *Furchtlose Juristen, Richter und Staatsanwälte gegen das NS-Unrecht*, München, 2017, S. 54-68.

⁸⁸ HIRSCH, G., Ansprache. In: LIMBACH, J. u. a. (Hrsg.) *Erinnerung an Hans von Dohnanyi*. Berlin, 2003, S. 13, 15. Die damalige Ansprache ist auch im Internetauftritt des Bundesgerichtshofs, Präsident Günter Hirsch, Reden, eingestellt.

⁸⁹ BGH, Ur. v. 16. 11. 1995 – 5 StR 747/94, BGHSt 41, 317, 339 f.

⁹⁰ BGH, Ur. v. 7. 1. 1956 – IV ZR 211/55, Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, § 1 BEG 1953 Nr. 16; Ur. v. 7. 1. 1956 – IV ZR 273/55, BeckRS 2015, 1922.

⁹¹ Hierzu FISCHER, D., Die Urteile des Bundesgerichtshofs vom 7. Januar 1956 – Entscheidung, Vorgeschichte und Entwicklung. In: *Doppeltes Unrecht – eine späte Entschuldigung*. Karlsruhe, 2016, S. 25-40.

⁹² BGH, Ur. v. 18. 12. 1963 – IV ZR 108/63, Rechtsprechung zum Wiedergutmachungsrecht 1964, 209.

⁹³ FISCHER, D., Die Urteile des Bundesgerichtshofs vom 7. Januar 1956 – Entscheidung, Vorgeschichte und Entwicklung. In: *Doppeltes Unrecht – eine späte Entschuldigung*. Karlsruhe, 2016, S. 25.

⁹⁴ LIMPERG, B. In: *Doppeltes Unrecht – eine späte Entschuldigung*. Karlsruhe, 2016, S. 5, 6.

die als gegläuckte richterliche Rechtsfortbildung⁹⁵ oder wie der Freiburger Rechtslehrer Ernst von Caemmerer anlässlich der 25 Jahr-Feier des Bundesgerichtshofs am 3. Oktober 1975 in Karlsruhe hervorgehoben hatte, als große Rechtsprechung in Anlehnung an den französischen Begriff „grands arrêts“ bezeichnet werden können.⁹⁶

Hierzu gehört die Judikatur zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht.⁹⁷ Diese Rechtsfigur ist eine Neuschöpfung des jungen Bundesgerichtshofs und gewährt nicht nur Schutz gegen staatliche Gewalt, sondern in erster Linie im Verhältnis der Bürger untereinander. So wurde beispielsweise eine heimliche Tonbandaufnahme als Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts bewertet.⁹⁸ Weitere Fälle betrafen die nicht genehmigte Verwendung von Fotografien für Reklamezwecke.⁹⁹ Dass aus dem Persönlichkeitsrecht nicht nur allgemeine Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche abgeleitet werden konnten, sondern auch Geldentschädigungsansprüche, war auf den ersten Blick eine Rechtsprechung *contra legem*; bei näherem Zusehen wurde aber deutlich, dass ein wirksamer Rechtsschutz ohne diese Sanktion nicht hätte erzielt werden können.¹⁰⁰ Diese Judikatur wurde anfänglich vom I. Zivilsenat entwickelt. Bemerkenswert ist, dass die Anerkennung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 1 GG (Menschenwürde) und Art. 2 GG (Recht auf Entfaltung der Persönlichkeit) abgeleitet wurde, und zwar noch vor dem wegweisenden Lüth-Urteil des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 1958.¹⁰¹ Die ersten maßgeblichen Entscheidungen stammten aus der Feder von Bundesrichterin Krüger-Nieland als zuständige Berichterstatterin. Krüger-Nieland gehört zu den großen Richterpersönlichkeiten der Anfangsjahre des Bundesgerichtshofs und stand von 1965 bis zu ihrer Pensionierung im Jahre 1978 an der Spitze des I. Zivilsenats. Den damals gegen diese Entscheidungen erhobenen Vorwurf der Verfassungswidrigkeit hat das Bundesverfassungsgericht nach einer Verfahrensdauer von immerhin acht Jahren zu Recht als unzutreffend zurückgewiesen.¹⁰² Heute besteht

allgemeines Einverständnis, dass der neu begründete Anspruch auf Geldentschädigung unmittelbar aus dem Grundrecht des Art. 2 Grundgesetz abzuleiten ist.¹⁰³

Auch der Herausbildung eines eigenständigen Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), das den Missbrauch einseitiger Vertragsgewalt eindrucksvoll in die Schranken verwies, kommt herausragende Bedeutung zu.¹⁰⁴ Die hierzu Schritt für Schritt entwickelte höchstrichterliche Judikatur mündete 1976 als kodifizierte Rechtsprechung in das AGB-Gesetz ein und fand schließlich 2002 durch die Schuldrechtsmodernisierung unmittelbar Eingang in das Bürgerliche Gesetzbuch.¹⁰⁵ Weitere Beispiele für eine kodifizierte Rechtsprechung finden sich im Urheberrecht, Wettbewerbsrecht, Gesellschaftsrecht, Baurecht, Arzthaftungsrecht, ja in fast allen Teilbereichen des Zivilrechts. Sie sind ein eindrucksvolles Zeichen des guten Verhältnisses zwischen Legislative und Judikative im demokratischen Deutschland.¹⁰⁶

Stand im ersten Jahrzehnt des Bundesgerichtshofs unter der Präsidentschaft von Hermann Weinkauff die Rückbesinnung auf die Tradition des Reichsgerichts im Vordergrund, so wurde dies im Laufe der nachfolgenden Jahrzehnte immer schwächer. Anlässlich des 50. Jahrestags der Errichtung des Bundesgerichtshofs im Jahre 2000 äußerte sich der damalige Präsident Karlmann Geiß sehr eingehend zu diesem Wandel und stellte fest, nunmehr lebe der Bundesgerichtshof nicht mehr aus alter, sondern aus neuer, eigener Wurzel. Fundament und Schwerpunkt des heutigen richterlichen Amts- und Traditionsverständnisses liege in der Wertordnung der freiheitlichen Demokratie und des sozialen Rechtsstaats des Grundgesetzes.¹⁰⁷

4. Bundesverfassungsgericht

4.1 Standortwahl und Eröffnung des Gerichts

Knapp ein Jahr nach der Eröffnung des Bundesgerichtshofs nahm das Bundesverfassungsgericht im September 1951 seine

⁹⁵ LARENZ, K., *Kennzeichen gegläuckter richterlicher Rechtsfortbildung*. Karlsruhe, 1965.

⁹⁶ CAEMMERER, E. von, Verwirklichung und Fortbildung des Rechts durch den Bundesgerichtshof. In: *Ansprachen aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesgerichtshofs am 3. Oktober 1975*. Karlsruhe, 1975, S. 21, 25 ff.

⁹⁷ Hierzu BORNKAMM, J. – DANCKWERTS, R., Eine große Richterpersönlichkeit: Gerda Krüger-Nieland. In: *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 2010, S. 761-766; ALEXANDER, Chr., Der Einfluss des Verfassungsrechts auf die zivilrechtliche Rechtsfindung und -fortbildung am Beispiel des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts. In: FISCHER, Chr. – PAULY, W., *Höchststrichterliche Rechtsprechung in der frühen Bundesrepublik*. Tübingen, 2015, S. 65-82; ferner FISCHER, D., Rechtsschöpfung im Bundesgerichtshof: Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Zivilrecht, Blick in die Geschichte, *Karlsruher stadthistorische Beiträge*, Nr. 124 v. 24. 9. 2019, 2019, S. 2-3.

⁹⁸ BGH, Urt. v. 20. 5. 1958 – VI ZR 104/57, BGHZ 27, 284, 287, 288.

⁹⁹ BGH, Urt. v. 8. 5. 1956 – I ZR 62/54, BGHZ 20, 345 – Paul Dahlke; Urt. v. 14. 2. 1958 – I ZR 151/56, BGHZ 26, 349 – Herrenreiter.

¹⁰⁰ BGH, Urt. v. 14. 2. 1958 – I ZR 151/56, BGHZ 26, 349, 354ff – Herrenreiter; Urt. v. 19. 9. 1961 – VI ZR 259/60, BGHZ 35, 363 – Ginsengwurzel; Urt. v. 5. 3. 1963 – VI ZR 55/62, BGHZ 39, 124 – Fernsehansagerin.

¹⁰¹ Hierauf weisen aus heutiger Sicht zu Recht KRÄMER, A., Aus der Frühzeit der Zivilrechtsprechung des Bundesgerichtshofs. In: HERRMANN, D. – KRÄMER, A. (Hrsg.), *Festschrift für Christian Kirchberg*. Stuttgart, 2017, S. 591, 595, 598; ALEXANDER, Chr., Der Einfluss des Verfassungsrechts auf die zivilrechtliche Rechtsfindung und -fortbildung am Beispiel des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts. In: FISCHER, Chr. – PAULY, W., *Höchststrichterliche Rechtsprechung in der frühen Bundesrepublik*. Tübingen, 2015, S. 65, 72 f., sowie WESEL, U., *Rechtsgeschichte der Bundesrepublik Deutschland*. München, 2019, S. 88 hin.

¹⁰² BVerfG, Beschl. v. 14. 2. 1973 – I BvR 112/65, BVerfGE 34, 269 – Soraya.

¹⁰³ BGH, Urt. v. 15. 11. 1994 – VI ZR 56/94, BGHZ 128, 1 – Caroline von Monaco I.

¹⁰⁴ Grundlegend BGH, Urt. v. 29. 10. 1956 – II ZR 79/55, BGHZ 22, 90, 97 ff.

¹⁰⁵ Zur Entwicklung im Einzelnen Historisch-kritischer Kommentar zum BGB/S. Hofer, Bd. II, Tübingen, 2007, § 305-310 BGB Rn. 20-34.

¹⁰⁶ FISCHER, D., Die Judikative im Gewaltenteilungssystem der Bundesrepublik Deutschland. In: MEYER, T. – WEINACHT, P. -L. (Hrsg.), *Gewaltenteilung, Grundsätzliches – Historisches – Aktuelles*. Stuttgart, 2021, S. 163, 174.

¹⁰⁷ GEISS, K., Vortrag 50 Jahre Bundesgerichtshof. In: GEISS, K. – LANGE, H., *100 Jahre Bürgerliches Gesetzbuch, 50 Jahre Bundesgerichtshof*. Heidelberg, 2001, S. 15, 21.

Arbeit auf. Im Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12. März 1951 konnte wegen bestehender Uneinigkeit in den gesetzgeberischen Gremien die Sitzfrage noch nicht abschließend geklärt werden; hier hieß es nur, der Sitz werde durch Gesetz geregelt. Dies geschah mit weiterem Gesetz vom 4. Mai 1951, das anordnete: Das Bundesverfassungsgericht hat seinen Sitz *vorerst* in Karlsruhe.¹⁰⁸ Den Vorstellungen der Bundesregierung, das Bundesverfassungsgericht am Sitz des Bundesgerichtshofs zu errichten, verschloss sich der Bundestag nicht und verwarf entsprechende Anträge der Opposition, das Gericht in Berlin anzusiedeln. Mit Gesetz vom 21. Dezember 1970 wurde die vorläufige Bestimmung des Gerichtssitzes abschließend geregelt und in § 1 Abs. 2 BVerfGG angeordnet, der Sitz des Bundesverfassungsgerichts ist Karlsruhe. Diese Bestimmung sollte als endgültige Regelung gelten und hatte auch nach der Wiedervereinigung Bestand.

Für die Vergabe nach Karlsruhe führte die Begründung des Regierungsentwurfs insbesondere organisatorische und finanzielle Erwägungen an und erwähnte in diesem Zusammenhang ausdrücklich „die Mitbenutzung der Sitzungssäle, der Bücherei, der Druckerei und der Kasse“.¹⁰⁹ Dazu ist es bekanntlich nicht gekommen. Eine Gesamtbibliothek wurde nicht näher ins Auge gefasst; spätere Erhebungen haben auch gezeigt, dass die Bestände der beiden Bibliotheken ganz unterschiedlich angelegt sind.¹¹⁰ Andere organisatorische Verknüpfungen, wie etwa eine Unterbringung des Bundesverfassungsgerichts im Erbgroßherzoglichen Palais, unterblieben aus nahe liegenden Gründen. Zum eigenen Amtsgebäude wurde das Prinz-Max-Palais in der Karlsruher Innenstadt bestimmt, das sich von Anfang an als zu klein erwies.¹¹¹

Doch mit der Verabschiedung des Gesetzes vom 4. Mai 1951 konnte die Errichtung des Bundesverfassungsgerichts noch nicht vollzogen werden. Nun waren es Uneinigheiten über die zu wählenden 24 Bundesverfassungsrichter, zuletzt, wer Präsident des Gerichts werden sollte. Wäre da nicht die bereits im Mai 1951 nach Karlsruhe versandte Klageschrift der Badischen Staatsregierung aus Freiburg und der für den 16. September 1951 vorgesehene Termin zur Abstimmung über die Bildung des Südweststaates – das heutige Baden-Württemberg – gewesen, hätte sich die Eröffnung des Bundesverfassungsgerichts

wohl noch weiter hinausgezögert. So wurden die Richterwahlen am 4. und am 8. September 1951 abgehalten,¹¹² und das Gericht konnte nach Vereidigung der Richter am 8. September 1951 seine Tätigkeit aufnehmen.¹¹³

Am 28. September 1951 fand die feierliche Eröffnung des neuen Gerichtshofs im Karlsruher Schauspielhaus im Beisein des Bundespräsidenten Theodor Heuss statt. Der zum Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts berufene Bundestagsabgeordnete Hermann Höpker Aschoff¹¹⁴ (1883-1954) hob in seiner Ansprache die Aufgabe des Gerichts als Hüter der Verfassung hervor.

4.2 Zuständigkeit

Im Gegensatz zum Bundesgerichtshof handelte es sich bei der Errichtung des Bundesverfassungsgerichts um eine Neuschöpfung im deutschen Verfassungs- und Gerichtswesen. Die Paulskirchenverfassung hatte zwar schon eine breit angelegte Verfassungsgerichtsbarkeit einschließlich einer Verfassungsbeschwerde vorgesehen,¹¹⁵ sie konnte aber bekanntlich nicht umgesetzt werden. In der Reichsverfassung vom 16. April 1871 lassen sich auf Reichsebene nur kleinste Spuren verfassungsgerichtlicher Aufgaben ausmachen, wofür kein Gericht zuständig war, sondern der Bundesrat.¹¹⁶ In der Weimarer Republik gab es zwar einen Staatsgerichtshof, aber dessen Zuständigkeitsbereich war nur auf bestimmte, festumrissene Organstreitigkeiten zwischen Reich und Länder sowie innerhalb der Länder beschränkt.¹¹⁷ Zudem war dieses Gericht nicht verselbständigt, sondern dem Reichsgericht in Leipzig organisatorisch angegliedert. An der Spitze des Staatsgerichtshofs stand der Präsident des Reichsgerichts; auch gehörten dem Staatsgerichtshof neben anderen Mitgliedern weitere Richter des Reichsgerichts an. Im Parlamentarischen Rat nahmen die Beratungen zur Struktur eines neuen Verfassungsgerichtshofs breiten Raum ein. Einigkeit bestand darin, ein eigenständiges Verfassungsgericht zu schaffen mit möglichst vielen Kompetenzen, so der abstrakten und konkreten Normenkontrolle mit der Maßgabe, dass das damit verbundene richterliche Prüfungsrecht über die Verfassungsgemäßheit von Gesetzen ausschließlich dem Verfassungsgericht zustand, Organstreitigkeiten zwischen obersten Bundesorganen sowie im Verhältnis Bund und Länder, ferner die ausschließ-

¹⁰⁸ KLEIN, H. H., *Vor- und Entstehungsgeschichte des Bundesverfassungsgerichts*, Schriftenreihe des Rechtshistorischen Museums, Heft 34, Karlsruhe, 2018, S. 23.

¹⁰⁹ PFEIFER, G., *Karlsruhe auf dem Weg zur Residenz des Rechts*, Anhang Dokumentation, Schriftenreihe des Rechtshistorischen Museums, Heft 7, Karlsruhe, 1990, S. 90.

¹¹⁰ KIRCHNER, H., Die Bibliothek des Bundesgerichtshofs. In: KRÜGER-NIELAND, G. (Hrsg.), *25 Jahre Bundesgerichtshof am 1. Oktober 1975*. München, 1975, S. 341, 344 f.

¹¹¹ FISCHER, D., *Rechtshistorische Rundgänge durch Karlsruhe*, Residenz des Rechts, Schriftenreihe des Rechtshistorischen Museums, Heft 10, 3. Aufl. Karlsruhe, 2017, S. 138-144.

¹¹² PAULY, W., Der unaufhaltsame Aufstieg des Bundesverfassungsgerichts, In: FISCHER, Chr. – PAULY, W. (Hrsg.), *Höchstrichterliche Rechtsprechung in der frühen Bundesrepublik*. Tübingen, 2015, S. 1.

¹¹³ BVerfG, Beschl. v. 9. 9. 1951 – 2 BvQ 1/51, BVerfGE 1, 1, 2.

¹¹⁴ Hierzu RITTERSBACH, Th., Hermann Höpker Aschoff, Der erste Präsident des Bundesverfassungsgerichts, In: *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Neue Folge, Bd. 32, 1983, S. 55-62.

¹¹⁵ KLEIN, H. H., *Vor- und Entstehungsgeschichte des Bundesverfassungsgerichts*, Schriftenreihe des Rechtshistorischen Museums, Heft 34, Karlsruhe, 2018, S. 14.

¹¹⁶ E. R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Bd. III, Bismarck und das Reich, Nachdruck 2. Aufl. Stuttgart, 1978, S. 1064 ff.

¹¹⁷ KLEIN, H. H., *Vor- und Entstehungsgeschichte des Bundesverfassungsgerichts*, Schriftenreihe des Rechtshistorischen Museums, Heft 34, Karlsruhe, 2018, S. 15.

liche Zuständigkeit auf Antrag verfassungswidrige Parteien zu verbieten.¹¹⁸

Wesentliche Einzelheiten blieben aber offen und wurden erst im Gesetz über das Bundesverfassungsgericht abschließend geregelt. Eine der wichtigsten Änderungen war die Einführung der Verfassungsbeschwerde (§ 90 BVerfGG), mit der Jedermann mit der Behauptung, durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte oder Verfahrensgrundrechten verletzt zu sein, das Bundesverfassungsgericht anrufen kann. 1969 wurde das Recht der Verfassungsbeschwerde unmittelbar im grundgesetzlichen Zuständigkeitskatalog verankert.¹¹⁹

4.3 Richterschaft

Die Anzahl der Richter wurde im Gesetz vom 21. März 1951 unmittelbar geregelt und auf 24 Mitglieder festgesetzt, ebenso die Anzahl der Senate, die auf zwei beschränkt wurde (Zwillingengericht). Die beiden Senate wurden jeweils besetzt mit 12 Richtern, deren Senats-Zugehörigkeit ebenfalls durch die Wahl bestimmt wurde.¹²⁰ Ein Drittel der Richterschaft musste, wie auch heute noch, aus den Oberen Bundesgerichten kommen; damit sollte das berufsrichterliche Element gestärkt werden. Für die Erstbesetzung waren dies überwiegend Richter aus dem Bundesgerichtshof. Zu ihnen zählte auch Willi Geiger, der am 26. Oktober 1950 zum Bundesrichter ernannt wurde,¹²¹ aber weiterhin im Wege der Abordnung im Bundesjustizministerium verblieb. Er arbeitete dort den Regierungsentwurf zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz aus.¹²² Bei den ersten Richterwahlen am 6. September 1951 wurde er zum Bundesverfassungsrichter gewählt. Außergewöhnlich war, dass er auch die Tätigkeit als Bundesrichter aufnahm. Von dieser Berechtigung machte außer ihm nur Anton Henneka¹²³ (1900-1984) Gebrauch, der allerdings Ende 1953 seine Tätigkeit beim Bundesgerichtshof wieder aufgab.¹²⁴ Geiger dagegen versah das Doppelamt wesentlich länger. Er arbeitete im III. Zivilsenat, dem er seit 15. Mai 1953 als Senatsvorsitzender vorstand. Erst § 70 des Deutschen Richtergesetzes vom 8. September 1961, der eine Doppelbetätigung als Bundesverfassungsrichter und Bundesrichter ausschloss und

als Lex Geiger bezeichnet wird, führte dazu, dass Geiger sein Vorsitzendenamt im Bundesgerichtshof aufgeben musste.¹²⁵ 1977 schied er aus dem Verfassungsgericht aus.

Mit Ausnahme des aus Freiburg stammenden Bundesverfassungsrichters Julius Federer (1911-1984) hatte keiner der übrigen Richter eine verfassungsrichterliche „Vorbefassung“.¹²⁶ Viele Mitglieder der Erstbesetzung hatten auch keine richterliche Erfahrung.¹²⁷ Dies galt aber nicht für Erna Scheffler¹²⁸ (1893-1983), der einzigen Frau unter der Richterschaft der ersten Stunde. Sie war vor ihrer Berufung nach Karlsruhe zuletzt Verwaltungsgerichtsdirektorin in Düsseldorf, also Vorsitzende einer Kammer beim dortigen Verwaltungsgericht und nicht, wie es mitunter in neueren Darstellungen heißt, Direktorin des Verwaltungsgerichts.¹²⁹ Zuvor war sie als Richterin am Landgericht Berlin tätig.¹³⁰ Insbesondere die Grundsatzentscheidungen zur Gleichberechtigung im Familien- und Ehegattensteuerrecht hat sie als Berichterstatterin maßgeblich mitgestaltet. Erwähnt sei in diesem Zusammenhang die wichtige Entscheidung vom 29. Juli 1959, wonach der sogenannte Stichentscheid des Vaters bei Uneinigkeit der Eltern über die Ausübung der elterlichen Sorge gegen das Gleichberechtigungsgebot verstößt. In einem Nachruf, der sie als leidenschaftlich engagiert und zugleich damenhaft und mütterlich beschrieb, hieß es treffend, sie zähle zu den großen Juristinnen der Bundesrepublik.¹³¹ Unter den 24 berufenen Richtern waren neben ihr weitere acht Personen, die nationalsozialistischer Verfolgung ausgesetzt waren.¹³²

4.4 Entscheidungen

Bereits einen Tag nach dem Zusammentreten des Gerichts hatte der Zweite Senat im Verfassungsrechtsstreit betreffend das Bundesgesetz über die Neugliederung in den Ländern Baden, Württemberg-Baden und Württemberg-Hohenzollern auf Antrag der Badischen Landesregierung im Rahmen einer einstweiligen Anordnung die auf 16. September 1951 angesetzte Abstimmung aufgehoben und die Festsetzung eines neuen Abstimmungstages der Entscheidung im Hauptsacheverfahren vorbehalten. „Das Hauptsacheverfahren wurde mit Urteil vom

¹¹⁸ FISCHER, D., Die Judikative im Gewaltenteilungssystem der Bundesrepublik Deutschland. In: MEYER, T. – WEINACHT, P. -L. (Hrsg.), *Gewaltenteilung, Grundsätzliches – Historisches – Aktuelles*, Stuttgart, 2021, S. 163, 166 f.

¹¹⁹ KLEIN, H. H., *Vor- und Entstehungsgeschichte des Bundesverfassungsgerichts*, Schriftenreihe des Rechtshistorischen Museums, Heft 34, Karlsruhe, 2018, S. 23.

¹²⁰ Zu den weiteren Einzelheiten D. Fischer, Die Judikative im Gewaltenteilungssystem der Bundesrepublik Deutschland, In: MEYER, T. – WEINACHT, P. -L. (Hrsg.), *Gewaltenteilung, Grundsätzliches – Historisches – Aktuelles*, Stuttgart, 2021, S. 163, 169.

¹²¹ KRÜGER-NIELAND, G. (Hrsg.), *25 Jahre Bundesgerichtshof am 1. Oktober 1975*. München, 1975, S. 360.

¹²² GODAU-SCHÜTTKE, K.-D., *Der Bundesgerichtshof*, 2. Aufl., 2006, S. 356.

¹²³ Hierzu Kurzbiographie Henneka. In: *Das Bundesverfassungsgericht 1951-1971*. Karlsruhe, 1971, S. 226.

¹²⁴ FALLER, H. J., Bundesverfassungsgericht und Bundesgerichtshof. In: *Archiv für öffentliches Recht*, 1990, S. 185, 193.

¹²⁵ GODAU-SCHÜTTKE, K.-D., *Der Bundesgerichtshof*, 2. Aufl. Berlin, 2006, S. 360.

¹²⁶ HOLLERBACH, A., *Julius Federer (1911-1984): Verfassungsrichter und Rechtshistoriker*, Schriftenreihe des Rechtshistorischen Museums, Heft 13, Karlsruhe, 2007, S. 16.

¹²⁷ Zur politischen Ausrichtung der Erstbesetzung FRANK, H., Die „neutralen“ Richter des Bundesverfassungsgerichts. In: FÜRST, W. u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Wolfgang Zeidler*, Bd. 1, Berlin, 1987, S. 163 ff.

¹²⁸ Hierzu HANSEN, M., *Erna Scheffler (1893-1983), Erste Richterin am Bundesverfassungsgericht und Wegbereiterin einer geschlechtergerechten Gesellschaft*. Tübingen, 2019.

¹²⁹ So aber GÖRTENMAKER, M. – SAFFERLING, Ch., *Die Akte Rosenberg, das Bundesministerium der Justiz und die NS-Zeit*. München, 2016, S. 290.

¹³⁰ Kurzbiographie Scheffler. In: *Das Bundesverfassungsgericht 1951-1971*, 1971, S. 240.

¹³¹ LEY, R., Erna Scheffler. In: *Neue Juristische Wochenschrift*, 1983, S. 1653, 1654.

¹³² GÖRTENMAKER, M. – SAFFERLING, CH., *Die Akte Rosenberg, das Bundesministerium der Justiz und die NS-Zeit*. München, 2016, S. 297.

23. Oktober 1951¹³³ entschieden. Da im Senat Stimmengleichheit herrschte, wurde die Klage des Landes (Süd-)Baden als unbegründet zurückgewiesen. 1956 entschied allerdings der Zweite Senat auf Antrag des Heimatbundes Badenerland, der das satzungsgemäße Ziel einer Wiederherstellung des Freistaats Baden in den Grenzen von 1933 verfolgte, dass der Abstimmungsmodus von 1951, nach dem eine Mehrheit in drei der vier Abstimmungsbezirke ausreichen sollte, zur Majorisierung des Willens der badischen Bevölkerung führen und daher nicht hingenommen werden könnte. Mit Urteil vom 30. Mai 1956¹³⁴ wurde angeordnet, das vom Heimatbund beim Bundesinnenminister beantragte und zunächst abgelehnte Volksbegehren auf dem Gebiet des früheren Freistaats Baden durchzuführen. Eine besondere Fristsetzung zur Abhaltung des Volksbegehrens erschien dem Senat allerdings entbehrlich. Dies führte bekanntlich dazu, dass das Begehren erst im Jahre 1970 anberaumt wurde und nunmehr die normative Kraft des Faktischen zu Gunsten des Südweststaats entschied.

Keine Gerichtsentscheidung, aber eine Entschliebung von großer Tragweite war die Entscheidung des Plenums des Gerichts über dessen Status. Die Frage, ob dem Bundesverfassungsgericht der Rang eines Verfassungsorgans zukommt, hatte der Parlamentarische Rat im Gegensatz zum Herrenchiemseer Verfassungskonvent im Grundgesetz noch offengelassen.¹³⁵ Das Bundesverfassungsgericht erhielt dort keinen gesonderten Abschnitt wie die übrigen Verfassungsorgane, sondern rangierte als erstes der im Abschnitt Rechtsprechung genannten Gerichte. Wenige Monate nach der Errichtung des Bundesverfassungsgerichts wurde Gerhard Leibholz¹³⁶ (1902-1983), Mitglied des Zweiten Senats bis 1971 und Inhaber eines öffentlich-rechtlichen Lehrstuhls an der Universität Göttingen, vom Plenum des Verfassungsgerichts beauftragt, zum Status des Gerichts ein Gutachten zu erstellen.

Zum damaligen Zeitpunkt herrschten hierzu ganz unterschiedliche Auffassungen vor. Einen eigenständigen Titel im Haushaltsplan des Bundes war für das Gericht nicht vorgesehen, sondern es wurde als Untertitel im Zuständigkeitsbereich des Bundesjustizministeriums vermerkt. Dies stieß auf Unverständnis seitens der Richter des Bundesverfassungsgerichts. Auch ging der Bundesjustizminister davon aus, das Bundesverfassungsgericht unterliege, jedenfalls, was die Verwaltungs-

angelegenheiten angehe, seiner Dienstaufsicht. So soll Dehler äußerst ungehalten gewesen sein, als Bundesverfassungsrichter Kurt Zweigert¹³⁷ (1886-1967) nach seiner Wahl zum Präsidenten des Oberverwaltungsgerichts in Berlin (West) im Februar 1952 seine Rücktrittserklärung als Bundesverfassungsrichter nicht an das Bundesjustizministerium, sondern an den Bundespräsidenten und den Präsidenten des Bundestags gerichtet hatte.¹³⁸ Am 21. März 1952 legte Leibholz sein umfangreiches Gutachten¹³⁹ vor, das insbesondere herausarbeitete, dass das Bundesverfassungsgericht nicht nur Oberster Gerichtshof des Bundes, sondern neben Bundespräsidenten, Bundestag und Bundesrat sowie der Bundesregierung ein eigenständiges Verfassungsorgan ist. Wesentliche Gedanken des Berichterstatters Leibholz übernahm das Gerichtsplenum in seiner Status-Denkschrift vom 27. Juni 1952,¹⁴⁰ die an die vorstehend genannten vier übrigen Verfassungsorgane adressiert wurde.

Gänzlich unumstritten war die Statusberichterstattung im Bundesverfassungsgericht nicht. Präsident Höpker Aschoff sprach sich ebenso dagegen aus wie der einstige Referent des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes Verfassungsrichter Geiger.¹⁴¹ Bundesjustizminister Dehler, dessen Dienstherreneigenschaft über Richter und Bedienstete des Bundesverfassungsgerichts im Plenarbeschluss abgesprochen wurde, reagierte besonders scharf und nannte den Beschluss völlig rechtlos und im Widerspruch zum Grundgesetz stehend. Auch wenn sich ihm nicht wenige Staatsrechtler der damaligen Zeit der Sache nach anschlossen, setzte sich das Gericht mit seinem Selbstverständnis durch und avancierte so zum fünften Verfassungsorgan des Grundgesetzes.

Die Verhandlungen des Ersten Senats in den gegen die Sozialistische Reichspartei (1952) und die Kommunistische Partei Deutschlands (1952-1955) gerichteten Parteiverbotsverfahren haben jeweils zur Auflösung der Parteien unter Einzug ihres Vermögens zu gemeinnützigen Zwecken geführt. Der Grundsatz der wehrhaften Demokratie wurde hierdurch eindrucksvoll unter Beweis gestellt. Auch andere wegweisende Entscheidungen ergingen bereits in den ersten Jahren des Bestehens des Gerichts. Von grundlegender Bedeutung für die öffentlichen Auseinandersetzungen in der jungen Bundesrepublik war schließlich das Lüth-Urteil¹⁴² aus dem Jahre 1958, mit dem das Grundrecht der Meinungsfreiheit auch in der Rechtsbeziehung zwischen Bürgern untereinander direkte Geltung erhielt.

¹³³ BVerfG, Urt. v. 23. 10. 1951 – 2 BvG 1/51, BVerfGE 1, 14.

¹³⁴ BVerfG, Urt. v. 30. 5. 1956 – 2 BvP 1/56, BVerfGE 5, 34.

¹³⁵ KLEIN, H. H., *Vor- und Entstehungsgeschichte des Bundesverfassungsgerichts*, Schriftenreihe des Rechtshistorischen Museums, Heft 34, Karlsruhe, 2018, S. 19.

¹³⁶ Hierzu KLEIN, H. H., Gerhard Leibholz (1901-1982), Theoretiker der Parteidemokratie und politischer Denker – ein Leben zwischen den Zeiten. In: LOOS, F. (Hrsg.), *Rechtswissenschaft in Göttingen, Göttinger Juristen aus 250 Jahren*. Göttingen, 1987, S. 528-547; WIEGANDT, M. H., *Norm und Wirklichkeit, Gerhard Leibholz (1901-1982) – Leben, Werk und Richteramt*. Baden-Baden, 1995; STARCK, CHR., Gerhard Leibholz (1901-1982). In: HÄBERLE, P. u. a. (Hrsg.), *Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts*, 2. Aufl., Berlin, 2018, S. 678-691.

¹³⁷ Hierzu Kurzbiographie Kurt Zweigert. In: *Das Bundesverfassungsgericht 1951-1971*, 1971, S. 254.

¹³⁸ PAULY, W., Der unaufhaltsame Aufstieg des Bundesverfassungsgerichts. In: FISCHER, Chr. – PAULY, W. (Hrsg.), *Höchststrichterliche Rechtsprechung in der frühen Bundesrepublik*. Tübingen, 2015, S. 1, 3.

¹³⁹ Wiedergegeben in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts, Neue Folge*, Bd. 6 (1957), S. 120-137.

¹⁴⁰ Wiedergegeben in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts, Neue Folge*, Bd. 6 (1957), S. 144-148.

¹⁴¹ KLEIN, H. H., *Vor- und Entstehungsgeschichte des Bundesverfassungsgerichts*, Schriftenreihe des Rechtshistorischen Museums, Heft 34, Karlsruhe, 2018, S. 22.

¹⁴² BVerfG, Urt. v. 15. 1. 1958 – 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198, hierzu HENNE, TH. – RIEDLINGER, A. (Hrsg.), *Das Lüthurteil aus (rechts-)historischer Sicht. Die Konflikte um Veit Herlan und die Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts*, Berlin, 2005.

4.5 Nachträgliche Strukturänderungen

Konnte der Bundesgerichtshof auf gesicherte Verfahrensprinzipien und bewährte Justizstrukturen zurückgreifen, waren die Startbedingungen des Bundesverfassungsgerichts gänzlich anders gelagert. Als neu geschaffene Institution hatte es zwar den unbelasteten Neubeginn, die Arbeitsbedingungen waren dagegen völlig unerprobt.¹⁴³ So war aufgrund der anfänglichen, im Bundesverfassungsgerichtsgesetz unmittelbar geregelten Geschäftsverteilung der Erste Senat mit unzähligen Verfahren belastet, während der Zweite Senat ganz geringe Geschäftszahlen aufwies.¹⁴⁴ Erst 1956 konnte die gesetzliche Grundlage für eine Änderung der Geschäftsverteilung herbeigeführt werden. Bis dahin hatte der Erste Senat 2893 Verfahren zugeteilt erhalten, der Zweite dagegen lediglich 29.¹⁴⁵

Auch weitere gesetzliche Abänderungen mussten erfolgen. So wurde die Anzahl der Richter von anfänglich 24 Mitgliedern auf 20 und schließlich auf 16 abgesenkt.¹⁴⁶ Die unterschiedlichen Dienstzeiten der Richter, für Bundesrichter bis 68 Jahre, für die übrigen Richter beschränkte Amtszeiten von vier oder acht Jahren mit der Möglichkeit der Wiederwahl, wurden auf eine einmalige zwölfjährige Amtszeit, längstens bis zur Altersgrenze von 68 Jahren, vereinheitlicht.¹⁴⁷ Zu den nachträglichen Änderungen von maßgeblichem Gewicht gehörte auch die Einführung der Möglichkeit, dass bei der Entscheidung überstimmte Richter ihre abweichende Meinung veröffentlichten konnten und zwar als Anhang zur jeweiligen Entscheidung. Beide zuletzt eingeführten Änderungen, die teilweise im Sachzusammenhang gesehen wurden, erfolgten 1971. Die Einführung von Sondervoten wurde bereits bei Ausarbeitung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes umfangreich erörtert,¹⁴⁸ dann aber davon abgesehen. Die Möglichkeit einer internen, zur Akte gegebenen abweichenden Meinung war allerdings im

Gericht, wie übrigens auch beim Bundesgerichtshof, von Anfang an, gegeben.¹⁴⁹

Die im Bundesverfassungsgerichtsgesetz aufgenommene Bestimmung, Rechtsgutachten auf Antrag des Bundespräsidenten oder auf gemeinsamen Antrag der übrigen Verfassungsorgane durch das Plenum des Gerichts zu erstellen,¹⁵⁰ wurde wieder gestrichen.¹⁵¹ In der Debatte um den Wehrbeitrag, d.h. die Wiederaufstellung deutscher Streitkräfte, hatte das Plenum mit Beschluss vom 8. Dezember 1952¹⁵² hinsichtlich des vom Bundespräsidenten in Auftrag gegebenen Gutachtens grundsätzlich festgelegt, dass ein vom ihm erstelltes Gutachten die Senate in nachfolgenden Streitverfahren binde.¹⁵³ Diese Entscheidung führte zu einer schweren Krise zwischen Bundesverfassungsgericht und Bundesjustizminister Dehler, der den Richterspruch mit unqualifizierten Angriffen kritisierte.¹⁵⁴ So führte Dehler aus, das Bundesverfassungsgericht sei in erschütternder Weise vom Wege des Rechts abgewichen, im März 1953 steigerte er sich noch im Bundestag zu dem Ausspruch, ihm, Dehler, obliege es, die Rechtsprechung, mithin das Bundesverfassungsgericht, zu überwachen.¹⁵⁵

Mit großer Entschiedenheit wies daraufhin Präsident Höpker Aschoff in einer eindrucksvollen Rundfunkansprache am 14. März 1953 diese Missachtung des Obersten Verfassungsgerichts zurück.¹⁵⁶ Höpker Aschoff, vor dem Ersten Weltkrieg preußischer Amtsrichter in Westfalen und in der Weimarer Republik preußischer Finanzminister, konfrontierte den Bundesjustizminister mit dem schlichten Hinweis, kein königlicher preußischer Justizminister hätte sich im Jahre 1913 einem westfälischen Amtsrichter gegenüber eine derartige Urteilschelte erlaubt.¹⁵⁷ Dehlers haltlose Angriffe hatten auch noch eine gewisse Fernwirkung. Dem zweiten Kabinett Adenauer gehörte Bundesjustizminister Dehler nicht mehr an.¹⁵⁸ Am 15. Januar

¹⁴³ FISCHER, D., *Karlsruhe wird Residenz des Rechts*, Badische Heimat. Freiburg i.Br., 2015, S. 49, 56.

¹⁴⁴ FALLER, H. J., Bundesverfassungsgericht und Bundesgerichtshof. In: *Archiv für öffentliches Recht*, 1990, S. 185, 193; KLEIN, H. H., *Vor- und Entstehungsgeschichte des Bundesverfassungsgerichts*, Heft 34 der Schriftenreihe des Rechtshistorischen Museums Karlsruhe. Karlsruhe, 2018, S. 29 f.

¹⁴⁵ FALLER, H. J., Bundesverfassungsgericht und Bundesgerichtshof. In: *Archiv für öffentliches Recht*, 1990, S. 185, 193; KLEIN, H. H., *Vor- und Entstehungsgeschichte des Bundesverfassungsgerichts*, Heft 34 der Schriftenreihe des Rechtshistorischen Museums Karlsruhe. Karlsruhe, 2018, S. 31.

¹⁴⁶ FRANK, H., Die „neutralen“ Richter des Bundesverfassungsgerichts. In: FÜRST, W. u. a. (Hrsg.), *Festschrift für Wolfgang Zeidler*, Bd. 1. Berlin, 1987, S. 163, 167.

¹⁴⁷ FEDERER, J., Aufbau, Zuständigkeit und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts. In: *Das Bundesverfassungsgericht 1951-1971*, 1971, S. 59, 62.

¹⁴⁸ So etwa Julius Federer als Mitglied des Badischen Staatsgerichtshofs in einer Stellungnahme im März 1950, hierzu HOLLERBACH, A., *Julius Federer (1911-1984): Rechtshistoriker und Verfassungsrichter*, Schriftenreihe des Rechtshistorischen Museums, Heft 13, Karlsruhe, 2007, S. 19.

¹⁴⁹ FEDERER, J., Aufbau, Zuständigkeit und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts. In: *Das Bundesverfassungsgericht 1951-1971*, 1971, S. 59, 80.

¹⁵⁰ § 97 BVerfGG a. F., hierzu GEIGER, W., *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*, München, 1952, § 97.

¹⁵¹ Gesetz v. 21. 7. 1956, BGBl. I, S. 662, vgl. KLEIN, H. H., *Vor- und Entstehungsgeschichte des Bundesverfassungsgerichts*, Heft 34 der Schriftenreihe des Rechtshistorischen Museums Karlsruhe, Karlsruhe 2018, S. 45.

¹⁵² BVerfG, Beschl. v. 8. 12. 1952 – 1 PBvV 1/52, BVerfGE 2, 79.

¹⁵³ W. Geiger hatte dagegen in seinem Kommentar zum BVerfGG noch ausgeführt, das Gutachten binde nicht die Senate des Gerichts in nachfolgenden Verfahren, GEIGER, W., *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*, 1952, § 97 Anm. 6.

¹⁵⁴ PAULY, W., Der unaufhaltsame Aufstieg des Bundesverfassungsgerichts. In: FISCHER, Chr. – PAULY, W. (Hrsg.), *Höchststrichterliche Rechtsprechung in der frühen Bundesrepublik*, 2015, Tübingen, S. 12 ff.

¹⁵⁵ KLEIN, H. H., *Vor- und Entstehungsgeschichte des Bundesverfassungsgerichts*, Schriftenreihe des Rechtshistorischen Museums, Heft 34, Karlsruhe, 2018, S. 45.

¹⁵⁶ KLEIN, H. H., *Vor- und Entstehungsgeschichte des Bundesverfassungsgerichts*, Schriftenreihe des Rechtshistorischen Museums, Heft 34, Karlsruhe, 2018, S. 35.

¹⁵⁷ KLEIN, H. H., *Vor- und Entstehungsgeschichte des Bundesverfassungsgerichts*, Schriftenreihe des Rechtshistorischen Museums, Heft 34, Karlsruhe, 2018, S. 35.

¹⁵⁸ Hierzu PAULY, W., Der unaufhaltsame Aufstieg des Bundesverfassungsgerichts. In: FISCHER Chr. – PAULY, W. (Hrsg.), *Höchststrichterliche Rechtsprechung in der frühen Bundesrepublik*. Tübingen, 2015, S. 16.

1954 ist Höpker Aschoff während seiner aktiven Zeit als Bundesverfassungsrichter in Karlsruhe verstorben.

Die allerersten Jahre des Bundesverfassungsgerichts hat der Bundesrichter und spätere Bundesverfassungsrichter Hans Joachim Fallner im Rückblick als Zeit des Abwägens und Abtastens bezeichnet.¹⁵⁹ Tatsächlich waren es nicht nur stürmische Jahre, sondern eine Zeit, in der der Vorrang des Bundesverfassungsgerichts als Hüter der Verfassung im staatliche Gefüge des Grundgesetzes begründet und gefestigt wurde.¹⁶⁰ Von Seiten der Wissenschaft wurde in diesem Zusammenhang von einem Versuch mit zunächst noch nicht vorauszusehendem Ergebnis gesprochen.¹⁶¹ Aber schon das erste Jahrzehnt zeigte, dass sich mit der Etablierung der beiden Bundesgerichte in Karlsruhe für Deutschland ein neuer Weg zum Rechtsstaat eröffnet hatte.¹⁶²

5. Die Bundesanwaltschaft

Neben dem Bundesverfassungsgericht und dem Bundesgerichtshof kommt der Bundesanwaltschaft, der Staatsanwaltschaft des Bundes, in der Karlsruher Residenz prägende Bedeutung zu.¹⁶³ Viele Jahrzehnte war die Justizbehörde auf dem Areal des Bundesgerichtshofs angesiedelt. Der Leiter der Bundesanwaltschaft, der Generalbundesanwalt, hatte sein Dienstzimmer im Erdgeschoß des Palais mit Blick auf das Dienstgebäude der Bundesanwaltschaft, dort wo heute sich das Bibliotheksgebäude des Bundesgerichtshofs befindet.¹⁶⁴ Zuständig war die Bundesanwaltschaft für die Vertretung in den allgemeinen Revisionsachen vor den Strafsenaten sowie als Ermittlungs- und Anklagebehörde in den erstinstanzlichen Staatsschutzstrafsachen.

Max Güde¹⁶⁵ (1902-1984) wurde im Oktober 1950 als Bundesanwalt in die neuerrichtete Bundesanwaltschaft berufen. Der politisch unbelastete Jurist kam aus dem badischen Justizdienst und war zuletzt Leiter der Staatsanwaltschaft Konstanz. 1955 übernahm er als Senatspräsident den Vorsitz im Verkehrsstrafsenat des Bundesgerichtshofs. Im April 1956 wurde er als

Nachfolger von Carlo Wiechmann¹⁶⁶ (1886-1959) zum Leiter der Bundesanwaltschaft berufen, an deren Spitze er bis Oktober 1961 stand. Auch in seinem Amt als oberster Ankläger der Bundesrepublik blieb Güde seiner liberalen Grundeinstellung treu. Nicht selten lagen seine Anträge unterhalb der vom Bundesgerichtshof damals in erster und letzter Instanz verhängten Strafen in Landesverratsprozessen. Hieraus ergaben sich Differenzen und erhebliche Spannungen zwischen ihm und der auf harter Linie fahrenden Rechtsprechung des für Staatsschutzdelikte zuständigen 3. Strafsenats des Bundesgerichtshofs. Bereinigungsversuche, selbst unter Einschaltung des Bundesjustizministeriums, schlugen fehl.¹⁶⁷ Dieser Hintergrund spielte wohl eine nicht unwesentliche Rolle, als sich der damals 59jährige Güde entschied, freiwillig sein Amt aufzugeben, um im Herbst 1961 in den neugewählten Bundestag als CDU-Abgeordneter für Karlsruhe einzuziehen.¹⁶⁸ Bleibende Verdienste erwarb er sich als Vorsitzender des Sonderausschusses für die Große Strafrechtsreform, die schließlich 1968/69 im Bundestag verabschiedet werden konnte.

Das Ausscheiden Güdes war für die Bundesanwaltschaft ein großer Verlust, nicht zuletzt auch deswegen, weil sich die Suche nach einem geeigneten Nachfolger als äußerst problematisch erwies. Nach vielen auswärtigen Absagen, unter ihnen auch Professor Karl S. Bader¹⁶⁹, nach dem Zweiten Weltkrieg Generalstaatsanwalt in Freiburg i. Br. und später Professor in Zürich, wurde aus der Bundesanwaltschaft der damals dienstälteste Bundesanwalt, Wolfgang Fränkel¹⁷⁰ (1905-2010), der vertretungsweise bereits an der Spitze der Bundesanwaltschaft stand, zum Generalbundesanwalt ernannt. Jedoch nach nur drei Monaten, als das ganze Ausmaß seiner Tätigkeit als Mitarbeiter der Reichsanwaltschaft, wo er in mehreren Dutzend Fällen die Todesstrafe beantragt hatte, bekannt wurde, musste er in den einstweiligen Ruhestand versetzt werden. In dieser Vakanz war mehrfach davon die Rede, Güde werde sein eigener Nachfolger. Schließlich wurde 1963 Bundesrichter Ludwig Martin¹⁷¹

¹⁵⁹ FALLER, H. J., Bundesverfassungsgericht und Bundesgerichtshof. In: *Archiv für öffentliches Recht*, 1990, S. 185, 188.

¹⁶⁰ FISCHER, D., Die Judikative im Gewaltenteilungssystem der Bundesrepublik Deutschland. In: MAYER, T. – WEINACHT, P. -L. (Hrsg.), *Gewaltenteilung, Grundsätzliches – Historisches – Aktuelles*. Stuttgart, 2021, S. 163, 173.

¹⁶¹ SMEND, R., Festvortrag zur Feier des zehnjährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts am 26. Januar 1962. In: *Das Bundesverfassungsgericht 1951-1971*, 1971, S. 15.

¹⁶² FISCHER, D., *Karlsruhe wird Residenz des Rechts*, Badische Heimat. Freiburg i.Br., 2015, S. 49, 56.

¹⁶³ Hierzu KISSLING, F. – SAFFERLING, Chr., *Staatsschutz im Kalten Krieg, die Bundesanwaltschaft zwischen NS-Vergangenheit, Spiegel-Affäre und RAF*, München, 2021; GÜDE, W., Max Güde (1902-1984): Zugleich ein kleiner Beitrag zur Geschichte der Bundesanwaltschaft in den Fünfziger Jahren. In: FISCHER, D. – OBERT, M. (Hrsg.), *Festschrift für Dietrich Pannier*. Köln, 2010, S. 63-73.

¹⁶⁴ FISCHER, D., *Rechtshistorische Rundgänge durch Karlsruhe – Residenz des Rechts*, Schriftenreihe des Rechtshistorischen Museums, Heft 10, 3. Aufl., Karlsruhe, 2017, S. 190.

¹⁶⁵ Hierzu TAUSCH, V., *Max Güde (1902-1984), Generalbundesanwalt und Rechtspolitiker*, 2002; GÜDE, W., *Max Güde (1902-1984), Ein Juristenleben im 20. Jahrhundert*, Schriftenreihe des Rechtshistorischen Museums, Heft 36, Karlsruhe, 2019.

¹⁶⁶ Hierzu GÖRTENMAKER, M. – SAFFERLING, Ch., *Die Akte Rosenburg, das Bundesministerium der Justiz und die NS-Zeit*, 2. Aufl. München, 2016, S. 281.

¹⁶⁷ GÖRTENMAKER, M. – SAFFERLING, Ch., *Die Akte Rosenburg, das Bundesministerium der Justiz und die NS-Zeit*, 2. Aufl. München, 2016, S. 384.

¹⁶⁸ GÖRTENMAKER, M. – SAFFERLING, Ch., *Die Akte Rosenburg, das Bundesministerium der Justiz und die NS-Zeit*, München, 2016, S. 283.

¹⁶⁹ Hierzu SCHOTT, C. D., Karl Siegfried Bader (1905–1998). In: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung*, Bd. 119, 2002, S. 1-14; HOLLERBACH, A., Karl Siegfried Bader in Freiburg. In: Ders., *Jurisprudenz in Freiburg, Beiträge zur Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität, Tübingen*, 2007, S. 373–396; ferner FISCHER, D., Bemerkungen zur Justiz- und Rechtsgeschichte der Stadt Freiburg i. Br. In: *Journal der Juristischen Zeitgeschichte*, 2023, S. 99, 106.

¹⁷⁰ Hierzu GÖRTENMAKER, M. – SAFFERLING, CH., *Die Akte Rosenburg, das Bundesministerium der Justiz und die NS-Zeit*. München, 2016, S. 284-286.

¹⁷¹ Hierzu GÖRTENMAKER, M. – SAFFERLING, CH., *Die Akte Rosenburg, das Bundesministerium der Justiz und die NS-Zeit*. München, 2016, S. 286-287; KISSLING, F. – SAFFERLING, Chr., *Staatsschutz im Kalten Krieg, die Bundesanwaltschaft zwischen NS-Vergangenheit, Spiegel-Affäre und RAF*. München, 2021, S. 175-185.

(1909-2010) mit diesem wichtigen Amt betraut. Zum 30. April 1974 schied er mit Erreichen des Ruhestandsalters aus der Bundesanwaltschaft aus. Zu seinem Nachfolger wurde Bundesanwalt Siegfried Buback¹⁷² (1920-1977) ernannt, der am 7. April 1977 in Karlsruhe auf offener Straße von linksextremistischen Straftätern ermordet wurde. Zuvor war bereits 1972 auf den Ermittlungsrichter des Bundesgerichtshofs, Wolfgang Buddenberg (1911-1997), aus demselben Täterkreis ein Mordanschlag verübt worden, der glücklicherweise fehlschlug. Gleiches gilt für den im August 1977 erfolgten Raketenwerfer-Anschlag auf das Gebäude der Bundesanwaltschaft. Seither ist das Areal des Bundesgerichtshofs aus Sicherheitsgründen hermetisch durch einen Doppelzaun befestigt.¹⁷³

6. Gesetzesreformen 1968/1969

6.1 Zwei Instanzen für Staatsschutz-Strafsachen

Im Saalbau des Bundesgerichtshofs, anlässlich der 10-Jahresfeier des Bundesgerichtshofs am 15. Oktober 1960 offiziell in Betrieb genommen und heute als authentischer Gerichtsort im Zusammenhang mit dem Forum Recht im Gespräch, wurden seither neben anderen Prozessen die erst- und letztinstanzlichen Staatsschutzstrafverfahren verhandelt. Hierzu gehörten etwa die publikumswirksamen Landesverratsverfahren gegen den SPD-Bundestagsabgeordneten Alfred Frenzel,¹⁷⁴ tätig für den tschechoslowakischen Geheimdienst, den BND-Angehörigen Heinz Felfe, tätig für den sowjetischen Geheimdienst sowie zuletzt gegen den Unternehmer Hansheinz Porst, Inhaber eines Parteibuches der FDP und der SED, tätig für den DDR-Geheimdienst, der Stasi.

Auch für Staatsschutz-Strafverfahren zwei Instanzen einzuführen, stieß auf Schwierigkeiten, weil es sich hierbei um eine originäre Gerichtsbarkeit des Bundes handelt. Der naheliegende Gedanke, hierfür ein Bundesstrafgericht erster Instanz zu bilden, wurde aus allgemein-politischen Gründen verworfen, um keine Verbindung zur NS-Justiz anklingen zu lassen.¹⁷⁵ Dabei hatte diesen Weg der Bundesgesetzgeber mit der Errichtung des Bundespatentgerichts im Jahre 1961, das dem Rang eines Oberlandesgerichts gleichgestellt war, bereits erfolgreich beschritten. Verwirklicht wurde dann eine hybride Lösung, wie sie bis heute Bestand hat: Zuständig in erster Instanz sind be-

stimmte Oberlandesgerichte, nämlich diejenigen, in deren Gerichtsbezirk die jeweilige Landesregierung ihren Sitz hat. Sie üben im Wege der Organleihe die Gerichtsbarkeit des Bundes aus. Der sachlich gerechtfertigte Vorschlag der Bundesregierung, im Rahmen einer mit den Ländern zu treffenden Vereinbarung nur vier Oberlandesgerichte¹⁷⁶ hierfür zu bestimmen, konnte sich nicht durchsetzen. Als Ermittlungs- und Anklagebehörde fungiert weiterhin die Bundesanwaltschaft. Die erforderlichen ermittlungsrichterlichen Aufgaben werden von Richtern des Bundesgerichtshofs wahrgenommen.

6.2 Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes

Nach langem parlamentarischen Vorlauf¹⁷⁷ wurden im Bundestag im Mai 1968 beschlossen, die Bestimmung über das Oberste Bundesgericht im Grundgesetz zu streichen und an dessen Stelle einen Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes zu errichten, der über Divergenzen in der Rechtsprechung der fünf Bundesgerichte entscheiden sollte. Als Sitz des Gemeinsamen Senats wurde Karlsruhe bestimmt. Die Geschäftsstelle des Senats befindet sich im Bundesgerichtshof.¹⁷⁸ Wie bereits in den langjährigen Gesetzesberatungen vorhergesehen, ergeben sich nur selten Abweichungsfälle in der Judikatur der obersten Bundesgerichte. So trat der Gemeinsame Senat erst drei Jahre nach seiner Errichtung erstmals zusammen. Am 19. Oktober 1971 fand die erste mündliche Verhandlung des Gemeinsamen Senats im Saalbau des Bundesgerichtshofs statt.¹⁷⁹

7. Wiedervereinigung und Beibehaltung der Residenz des Rechts

Mit der am 3. Oktober 1990 vollzogenen Wiedervereinigung Deutschlands wurde das Bundesverfassungsgericht zum gesamtdeutschen Verfassungsgerichtshof. Der Bundesgerichtshof erlangte den Status eines gesamtdeutschen obersten Gerichtshofs für die Straf- und Zivilgerichtsbarkeit.

7.1 Sitz des Bundesgerichtshofs

Danach setzten alsbald Bestrebungen ein, den Bundesgerichtshof als Nachfolger des Reichsgerichts in das Leipziger Reichsgerichtsgebäude zu verlegen. Zu den Befürwortern gehörten namhafte Persönlichkeiten, nicht zuletzt Willy Brandt.¹⁸⁰

¹⁷² Hierzu PFLIEGER, K., Buback, Siegfried, Jurist, Generalbundesanwalt. In: *Baden-Württembergische Biographien*, Bd. VIII, 2022, S. 52-56.

¹⁷³ FISCHER, D., *Rechtshistorische Rundgänge durch Karlsruhe – Residenz des Rechts*, Schriftenreihe des Rechtshistorischen Museums, Heft 10, 3. Aufl. Karlsruhe, 2017, S. 149-152, 179.

¹⁷⁴ BGH, Urt. v. 28. 4. 1961 – 6 StE 2/61, BeckRS 1961, 104818; GÜDE, W., Max Güde (1902-1984): Zugleich ein kleiner Beitrag zur Geschichte der Bundesanwaltschaft in den Fünfziger Jahren. In: D. FISCHER – M. OBERT (Hrsg.), *Festschrift für Dietrich Pannier*, 2010, S. 63, 66; NEHM, K., Sündenfall oder Stein des Weisen? – Bundes-Staatsschutzstrafverfahren der Oberlandesgerichte. In: *Neue Juristische Wochenschrift*, 2020, S. 1343, 1344.

¹⁷⁵ NEHM, K., Sündenfall oder Stein des Weisen? – Bundes-Staatsschutzstrafverfahren der Oberlandesgerichte. In: *Neue Juristische Wochenschrift*, 2020, 1343, 1345.

¹⁷⁶ Düsseldorf, Frankfurt a.M., Hamburg und München, vgl. NEHM, K., Sündenfall oder Stein des Weisen? – Bundes-Staatsschutzstrafverfahren der Oberlandesgerichte. In: *Neue Juristische Wochenschrift*, 2020, 1343, 1346.

¹⁷⁷ Hierzu im Einzelnen FISCHER, D., Das Ende des Obersten Bundesgerichts im Jahre 1968 – 50 Jahre einheitliche Rechtsprechung der Obersten Gerichtshöfe des Bundes. In: *Journal der Juristischen Zeitgeschichte*, 2021, 1, 7 ff.

¹⁷⁸ FISCHER, D., Das Ende des Obersten Bundesgerichts im Jahre 1968 – 50 Jahre einheitliche Rechtsprechung der Obersten Gerichtshöfe des Bundes. In: *Journal der Juristischen Zeitgeschichte*, 2021, S. 1, 11.

¹⁷⁹ FISCHER, D., Das Ende des Obersten Bundesgerichts im Jahre 1968 – 50 Jahre einheitliche Rechtsprechung der Obersten Gerichtshöfe des Bundes. In: *Journal der Juristischen Zeitgeschichte*, 2021, S. 1, 12.

¹⁸⁰ HÄMMERLE, G. In: *Blick in die Geschichte, Karlsruher stadthistorische Beiträge*, Band 4. Karlsruhe, 2009, S. 279, 280.

Auch der Präsident des Deutschen Juristentages sprach sich für Leipzig als Standort des Bundesgerichtshofs aus.¹⁸¹ Andere wiederum forderten strikt den Verbleib des Gerichts in Karlsruhe. So wurde vorgebracht, im Hinblick auf die Verstrickung und Mitwirkung des Reichsgerichts am NS-Unrechtsstaat sei es für den Bundesgerichtshof unzumutbar, das Reichsgerichtsgebäude zu beziehen.¹⁸² Dieses „Tatort-Argument“ erwies sich im Hinblick auf die fortwährende Nutzung anderer Gerichtsgebäude in der Nachkriegszeit in Westdeutschland – so auch in Karlsruhe –, in denen während der NS-Zeit Unrechtsurteile ergingen, als wenig überzeugend.¹⁸³ Es wurde im Übrigen auch nicht der Bedeutung des Reichsgerichts in der Zeit vor der NS-Diktatur gerecht.¹⁸⁴ Ein maßgeblicher Gesichtspunkt war allerdings, dass bei der berechtigten Berücksichtigung der ostdeutschen Länder bei der Standortwahl der obersten Gerichtshöfe des Bundes angesichts des damit verbundenen Kostenaufwands nicht unbedingt das mit Abstand größte Gericht seinen Sitz verändern sollte.¹⁸⁵

Diese Erwägung wurde schließlich 1992 von der Föderalismuskommission, die für eine angemessene Berücksichtigung der ostdeutschen Bundesländer mit Bundeseinrichtungen Sorge tragen sollte, aufgenommen. Mehrheitlich sprach sich die aus Mitgliedern des Bundestages und Bundesrates bestehende Kommission im Rahmen eines Gesamtpakets für den Verbleib des Bundesgerichtshofs in Karlsruhe aus.¹⁸⁶ Ein eingebrachter Gesetzesentwurf von überwiegend ostdeutschen Bundestagsabgeordneten, mit der Leipzig als Sitz des Bundesgerichtshofs bestimmt werden sollte, fand im Bundestag keine Mehrheit. Stattdessen wurde dem bis dahin in Berlin residierenden Bundesverwaltungsgericht das Reichsgerichtsgebäude als neuer Dienstsitz zugewiesen. Nach aufwendigen Renovierungs- und Sanierungsarbeiten erfolgte 2002 der Umzug von Berlin nach Leipzig. Dieses Gericht fühlt sich in dem eindrucksvollen Gebäude des Reichsgerichts ausgesprochen wohl.¹⁸⁷

Bei Sitzungen mit großem Publikumsandrang tagt der seit 1997 in Leipzig ansässige 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs

nicht in der Villa Sack, seinem Dienstgebäude im Leipziger Vorort Plagwitz, sondern verhandelt dank der Gastfreundschaft des Bundesverwaltungsgerichts im historischen Plenarsaal des Reichsgerichts.¹⁸⁸ Auf diese mittelbare Weise kehrt der Bundesgerichtshof gelegentlich auch räumlich zu seinen geschichtlichen Wurzeln zurück.¹⁸⁹ Für den 2020 neu eingerichteten, ebenfalls in Leipzig ansässigen 6. Strafsenat des Bundesgerichtshofs gilt nichts anderes.

7.2 Sitz des Bundesverfassungsgerichts

Und das Bundesverfassungsgericht? Auch hier gab es Überlegungen, den Sitz im Hinblick auf die Wiedervereinigung zu verlegen. Von außen kam die Anregung, das Gericht nach Weimar umzusetzen. Im Jahre 2000, die Räumlichkeiten waren zu eng geworden, wurde innerhalb der Richterschaft eine Verlegung erörtert. Berlin oder Potsdam standen zur Diskussion. Der damalige Oberbürgermeister von Potsdam, Michael Platzeck, bot an, das zum Wiederaufbau vorgesehene Stadtschloss von Potsdam, nach dem Krieg von der SED niedergelegt, als Amtssitz des Bundesverfassungsgerichts zu nutzen. Jedenfalls nannte er dies eine überlegenswerte Option, nicht zuletzt im Hinblick darauf, das dort 1685 das Edikt von Potsdam unterzeichnet wurde.¹⁹⁰ Doch die überwiegende Mehrheit der damaligen Richterschaft entschied sich schließlich dafür, in Karlsruhe zu verbleiben.

8. Ausblick

Karlsruhe hat die alte Reichsgerichtstadt Leipzig, was den Status als Standort der Höchstgerichtsbarkeit angeht, an Jahren überrunden dürfen. Lange Zeit im geteilten Deutschland, aber nun schon mehr als 30 Jahre im wiedervereinigten Land verrichten beide Gerichte erfolgreich ihre Arbeit. So wird der Bundesgerichtshof hoffentlich die Gelegenheit erhalten, im Oktober 2025 den 75. Jahrestag seiner Errichtung in Karlsruhe zu begehen. Das Bundesverfassungsgericht ein Jahr später.

¹⁸¹ 59. Deutscher Juristentag 1992, K 11 f.; vgl. ferner WASSERMANN, R., Karlsruhe oder Leipzig? – Zum Sitz des Bundesgerichtshofs im vereinten Deutschland. In: *Neue Juristische Wochenschrift*, 1990, S. 2530.

¹⁸² PFEIFFER, G., *Karlsruhe auf den Weg zur Residenz des Rechts*, Schriftenreihe des Rechtshistorischen Museums, Heft 7. Karlsruhe, 1990, S. 8, 20; ders., Vom Reichskammergericht zum Bundesgerichtshof. In: OTTO, J., *Die Bibliothek des Bundesgerichtshofs*, Köln, 1995, S. IX, XII.

¹⁸³ FISCHER, D., Zwischen Leipzig und Karlsruhe, rechtshistorische Reminiszenzen und Wechselwirkungen. In: *Journal der Juristischen Zeitgeschichte*, 2015, S. 93, 105.

¹⁸⁴ Vgl. hierzu FRANSSSEN, E., Zur künftigen Bestimmung des ehemaligen Reichsgerichtsbaus. In: *Das Reichsgericht*, 1995, S. 134, 135; WASSERMANN, R., Konsequenz einer falschen Standortentscheidung: Die Bibliothek gehört zum Bundesgerichtshof nach Karlsruhe. In: *Neue Juristische Wochenschrift*, 1996, S. 2710, 2711.

¹⁸⁵ FISCHER, D., Zwischen Leipzig und Karlsruhe, rechtshistorische Reminiszenzen und Wechselwirkungen. In: *Journal der Juristischen Zeitgeschichte*, 2015, S. 93, 106.

¹⁸⁶ HÄMMERLE, G. In: *Blick in die Geschichte, Karlsruher stadthistorische Beiträge*, Band 4, 2009, S. 279, 281 f.

¹⁸⁷ KREFT, G., Höchststrichterliche Rechtsprechung zur Gesamtvollstreckungsordnung, Ein Rückblick. In: FISCHER, D. – OBERT, M. (Hrsg.), *Festschrift für Dietrich Pannier*. Köln, 2010, S. 109.

¹⁸⁸ BASDORF, C., Der 5. (Leipziger) Strafsenat des Bundesgerichtshofs. In: DENCKER, F. u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Klaus Tolkdorf*. Köln, 2014, S. 189, 196 f.

¹⁸⁹ FISCHER, D., Zwischen Leipzig und Karlsruhe, rechtshistorische Reminiszenzen und Wechselwirkungen. In: *Journal der Juristischen Zeitgeschichte*, 2015, S. 93, 106.

¹⁹⁰ *Tagesspiegel* v. 1. 12. 2000.

**Die letzte Periode der römischen Verfassungsgeschichte:
Das spätrömische Reich und der Dominat oder Periode der Absoluten Monarchie**
(*The Final Period of the Roman Constitutional History:
the Later Roman Empire and the Dominate or Period of the Absolute Monarchy*)

Carlos Sardinha*

Abstract

One of the aspects that characterizes the period of the so-called Dominate (Dominatus) or Absolute Monarchy is the fact that the imperial power makes use of religion to legitimize itself. From another perspective, changes in the organization of the Imperial Chancery took place that reflect the reality of an absolute monarchy of divine right supported by a complex bureaucracy and a strong army, with important impact on the tax system. An exponential price increase characterizes the crisis of the 3rd century AD from Aurelian onwards and justifies Diocletian's despotism on economic issues. Characteristic of this epoch is an Imperial Government formed by several Emperors at the same time. A system of Imperial Tetrarchy was thus established. The radical change in the imperial policy concerning Christianity took place under Emperor Constantine. After the Milan Agreement (313 AD), Constantine assumed himself more and more as the protector of the Church, collaborating with the Bishops in their fight against heresy and legislating favourably towards Christianity. The definitive division of the Empire into two took place after the death of Emperor Theodosius I, Augustus in the East between 379 and 394 AD, only Emperor in 394/395 AD, with two Emperors, one in the Eastern Roman Empire, the other in the Western Roman Empire. The so-called Barbarian Invasions, that is, the assault of several Germanic tribes and tribal groups on Roman territory in the 5th century has caused the fall of the Western Roman Empire. Yet the Eastern Half of the Empire continued to exist. In the 5th century the Western Roman State underwent a gradual disintegration. The conclusion of foedera, that is, treaties with Non-Roman Barbarian Groups which contained a right to settle on the territory of the Roman Empire, were instruments of power, to which the weakened Roman Emperors resorted in order to be able to continue to assert their claim to sovereignty over the territory of the Roman Empire. For other reasons, too, the authority of the Roman emperors came under scrutiny. The spread of the so-called patronage in both the Eastern and Western Roman Empires means, for example, that prominent personalities such as imperial officials and large landowners maintain private armies (e.g.: buccellarii) that act in their own interest and are not in the service of the common good. Especially after the reign of Majorian (457-461 AD), the disintegration of the Western Roman State could no longer be stopped.

Keywords: Dominate; Tetrarchy; Christianity; despotism; division; Barbarian invasions; foedera; patronage.

1. Einleitung

Mit der Erhebung des Diokletian zum römischen Kaiser (284 n.Chr.) beginnt eine neue Periode der römischen Verfas-

sungsgeschichte, der sog. Dominat (*Dominatus*) oder Absolute Monarchie¹. Diese Periode ist gekennzeichnet durch tiefe Umwandlungen nicht nur in der verfassungsrechtlichen Praxis, sondern auch in Wirtschaft und Gesellschaft. Um diese Umwand-

* Prof. Carlos Sardinha, Católica Research Centre for the Future of Law, Faculty of Law, Universidade Católica Portuguesa, Lisbon, Portugal, email: csardinha@ucp.pt / ORCID 0000-0001-8957-7137.

¹ Zum Diokletian siehe DEMANDT, A., *Diokletian. Kaiser zweier Zeiten. Eine Biographie*. München, 2022; GOLTZ, A. – SCHLANGE-SCHÖNINGEN, H. (Hrsg.), *Das Zeitalter Diokletians und Konstantins. Bilanz und Perspektiven der Forschung, Festschrift für Alexander Demandt*. Wien – Köln, 2022; CARLÀ-UHINK, E., *Diocleziano*. Bologna, 2019; ECK, W. – PULIATTI, S. (Hrsg.), *Diocleziano: La frontiera giuridica dell'impero*. Pavia, 2018; GOLDSWORTHY, A., *How Rome Fell. Death of a Superpower*. New Haven and London, 2009, S. 157ff.; KUHOFF, W., *Diokletian und die Epoche der Tetrarchie. Das römische Reich zwischen Krisenbewältigung und Neuaufbau (284–313 n. Chr.)*. Frankfurt am Main – Berlin – Bern – Bruxelles – New York – Oxford – Wien, 2001; KOLB, F., *Diokletian und die Erste Tetrarchie. Improvisation oder Experiment in der Organisation monarchischer Herrschaft?*. Berlin – New York, 1987; BARNES, T. D., *The New Empire of Diocletian and Constantine*. Cambridge, Massachusetts – London, England, 1982; WILLIAM, S., *Diocletian and the Roman Recovery*. London, 1985. Zum Dominat (*Dominatus*) siehe BURDESE, A., *Manuale di Diritto Pubblico Romano*, Terza edizione, Settima ristampa. Mailand, 2021, S. 199-229; WIEACKER, F., *Römische Rechtsgeschichte, II – Die Jurisprudenz vom frühen Prinzipat bis zum Ausgang der Antike im weströmischen Reich und die oströmische Rechtswissenschaft bis zur justinianischen Gesetzgebung*. Ein Fragment aus dem Nachlass von Franz Wieacker hrsg. v. WOLF, J. G., mit einer Bibliographie von MANTHE, U. unter Mitarbeit von BOLTEN, M. München, 2006, S. 179ff.; LIEBS, D., *Römisches Recht*, 6., vollständig überarbeitete Auflage. Göttingen, 2004, S. 76ff.; CERVENCA, G., *Il Dominato*. In: TALAMANCA, M. (Hrsg.), *Lineamenti di storia del diritto romano*. Mailand, 1979, S. 603-712; WOLFF, H. J., *Roman Law. An Historical Introduction*. Norman, Oklahoma, 1951, S. 46-48; WILLEMS, P. – WILLEMS, J., *Le Droit Public Romain*, Septième Édition. Louvain, 1910, S. 561-655; siehe auch BREONE, M., *Storia del diritto romano*, 22^a edizione. Bari – Rom, 2021, S. 353ff. Zum Römischen Reich in der Spätantike siehe etwa DEMANDT, A., *Geschichte der Spätantike. Das Römische Reich von Diocletian bis Justinian 284-565 n.Chr.*, 4. durchgesehene Auflage. München, 2022; KULIKOWSKI, M., *Imperial Tragedy: From Constantine's Empire to the Destruction of Roman Italy, AD 363–568*. London, 2019; ELTON, H., *The Roman Empire in Late Antiquity: A Political and Military History*. Cambridge – New York – Melbourne – New Delhi – Singapore, 2018; KRAUSE, J.-U., *Geschichte der Spätantike. Eine Einführung*. Tübingen, 2018; BOIN, D., *A Social and Cultural History of Late Antiquity*. Hoboken, NJ, 2018; HARPER, K., *The Fate of Rome: Climate, Disease, and the End of an Empire*. Princeton – Oxford, 2017; HARRIS, J., *Imperial Rome AD 284 to 363. The New Empire*. Edinburgh, 2012. Immer noch zu beachten ist das klassische Werk von JONES, A. H. M., *The Later Roman Empire, 284-602. A social, economic and administrative survey*, 2 vol., Reprint. Baltimore, 1986.

lungen festzustellen, nämlich um die Unterschiede zwischen Dominat und Prinzipat als verfassungsgeschichtliche Perioden zu verstehen, ist ein Rückschau auf die Zeit der sog. Soldatenkaiser (235-284 n.Chr.) unentbehrlich. Diese Zeit beginnt 235 n.Chr., im Todesjahr des Kaisers Severus Alexander, der letzte Kaiser der Severer, und endet 284 n.Chr., im Jahr der obengenannten Erhebung des Diokletian zum römischen Kaiser. Ausgenommen der Zeit der Stabilität und Alleinherrschaft während der Regierungszeit des Aurelian (270-275 n.Chr.), ist diese Periode gekennzeichnet durch eine schnelle Kaiserfolge. Es handelt sich um Kaiser, die die Macht unter Einsetzung des römischen Heeres bzw. der Prätorianergarde ergriffen haben. In Frage steht ein Legitimationsproblem des Prinzipats und die Entwicklung neuer Formen der Machtlegitimation. In diesem Sinne kann die obengenannte Zeit der Soldatenkaiser als Übergangszeit zwischen dem Prinzipat und dem Dominat betrachtet werden. Der Unterschied liegt darin, dass der *Princeps* sich zunehmend auf die Armee verlässt, um die Macht ausüben zu können. Es geht um die Konsolidierung eines Trends, die auf den Anfang der Dynastie der Severer (193 n.Chr.) zurückreicht. Dennoch ist die Regierungszeit des Aurelian bereits gekennzeichnet durch die Einsetzung der Religion (nicht die römische Religion) zur Machtlegitimation, nämlich des Kults des „*Sol Invictus*“, d.h., des „Unbesiegtens Sonnengottes“. Gleichzeitig erfährt der Senat einen abnehmenden Einfluss auf die Wahl des Kaisers.²

Um diese letzte Zeit der römischen Verfassungsgeschichte, die Zeit des Dominats zu verstehen, werde ich folgende Themen der Reihe nach besprechen: 1. Die Legitimation der kaiserlichen Macht durch Religion; 2. Reformen in der kaiserlichen Verwaltung; 3. Reformen in Wirtschaft und Besteuerung; 4. Das System der römischen Tetrarchie; 5. Die Herrschaft des Konstantin als erster christlicher Kaiser; 6. Die endgültige Teilung des Römischen Reiches in zwei Hälften, das Weströmische Reich und das Oströmische Reich. Der Untergang des Weströmischen Reiches; und schlussendlich 7. Ergebnis

2. Die Legitimation der kaiserlichen Macht durch Religion

Ein charakteristischer Aspekt des Dominats ist die Legitimation der kaiserlichen Macht durch Religion: Diokletian, der bei seiner feierlichen Erhebung zum Kaiser (284 n.Chr.) den Sonnengott anrufen haben soll,³ bezeichnet sich jetzt als *Iovius*, d.h., als Schützling des Gottes Jupiter, und Maximian als *Herculius*, d.h., als jemand, der dem griechischen Heros Herkules gleich ist.⁴ Der Kaiser versteht sich als „Herr und Gott“ (*dominus et deus*) und sein Hof ist dem Hof orientalischer Herrscher ähnlich. Durch das Ritual des προσκῶνσις, d.h., der Prostration, die Untertanen drücken den religiösen Respekt und Unterwerfung aus, die der Person des Kaisers geschuldet sind.⁵ Die Tatsache, dass Diokletian die größte Verfolgung aller Zeiten gegen die Christen anbefohlen hat, ist vor diesem Hintergrund zu verstehen. Er hat nämlich das Verbot des christlichen Kultes, die Zerstörung von Kirchen, die Verbrennung christlicher Schriften, die Entlassung und Inhaftierung christlicher Amtsträger bzw. die Inhaftierung und Folterung von Bischöfen und Priestern verfügt. Ferner ist die Todesstrafe gegen alle verfügt worden, die es ablehnten, die römischen Götter zu verehren.⁶ Tatsächlich haben die Umwandlungen der römischen Verfassung während der Zeit des Spätprinzipats und zwar während der Krise des 3. Jh. n.Chr., Diokletian dazu veranlasst, eine absolutistische Monarchie auf der Grundlage der Religion zu gründen, die nach Konstantin zu einer christlichen Monarchie göttlichen Rechts wurde. Nach Eusebius von Caesarea ist Konstantin als Stellvertreter des christlichen Gottes auf Erden darzustellen.⁷ Die Zusammenarbeit mit der Kirche setzte eine Umwandlung der kaiserlichen Autorität voraus, jetzt unter der Gestalt eines christlichen Kaiserreiches, in dem neben dem Kaiser die Macht der Bischöfe zu entfalten galt.⁸ In dieser Hinsicht ist es kennzeichnend, dass innerhalb weniger Jahrzehnte nach der großen Verfolgung, die durch Diokletian verfügt wurde, Kaiser Julian der Abtrünnige (360-363

² Siehe BLEICKEN, J., *Verfassungs- und Sozialgeschichte des Römischen Kaiserreiches*, vol. 1, 3. verbesserte Aufl., mit neuem Literaturverzeichnis. Paderborn – München – Wien – Zürich, 1981, S. 104f.

³ Siehe KOLB, F., *Herrscherideologie in der Spätantike*. Berlin, 2001, S. 25.

⁴ Siehe MOUNIER, H., Les témoins de la Vérité. Martyrs chrétiens et politique impériale des origines au V^e siècle. In: *Revue historique de droit français et étranger*, 91^e année, N^o 2 – Avril-Juin 2013, S. 227: „Le nouveau régime installé par Dioclétien et Maximien s’appuie fortement sur la filiation des augustes, respectivement avec Jupiter et Hercule; plus que jamais, le gouvernement s’appuie intégralement sur la religion.“; KOLB, F., *Herrscherideologie in der Spätantike*. Berlin, 2001, S. 35ff. bzw. S. 37: „Die Tetrarchen sind eine von Iupiter abstammende Familie, die nur in zwei Zweige, die Iovii und Herculi, geteilt ist.“; MATTINGLY, H., Jovius and Hercules. In: *Harvard Theological Review*, vol. 45, Nr. 2, 1952, S. 131-134; auch GOLDSWORTHY, A., *How Rome Fell. Death of a Superpower*, S. 159.

⁵ Siehe KOLB, F., *Herrscherideologie in der Spätantike*. Berlin, 2001, S. 38ff.; auch WOLFF, H. J., *Roman Law. An Historical Introduction*. Norman, Oklahoma, 1951 S. 47.

⁶ Siehe SARDINHA, C., *Cronologia de Direito Romano*. Lissabon, 2022, S. 24-25; DOLEŽAL, S., *The Reign of Constantine, 306–337: Continuity and Change in the Late Roman Empire*. Cham, 2022, S. 211-219; ELTON, H., *The Roman Empire in Late Antiquity: A Political and Military History*. Cambridge – New York – Melbourne – New Delhi – Singapore, 2018, S. 43-44; auch MOUNIER, H., Les témoins de la Vérité. Martyrs chrétiens et politique impériale des origines au V^e siècle. In: *Revue historique de droit français et étranger*, 91^e année, N^o 2 – Avril-Juin 2013, S. 227ff.; dazu noch CROIX, G.E.M. de St., Aspects of the ‘Great’ Persecution. In: *Harvard Theological Review*, vol. 48, 1954, S. 75-113.

⁷ Siehe BARNES, T. D., *Constantine and Eusebius*. Cambridge, Massachusetts – London, England, 1981. Dazu noch LEADBETTER, B., *Galerius and the will of Diocletian*. London and New York, 2009, S. 12-15. Auf Seite 14 ist Folgendes zu lesen: „More important, and indeed enduring, than Eusebius’ portrayal of Galerius is his emerging view of Constantine. Eusebius developed an historical theology which placed Constantine and his court in the cosmological role as the earthly counterpart of the Heavenly Kingdom. For him, Constantine was far more than a patron, co-religionist and sympathetic ruler. Rather the victory at the Milvian Bridge was the epiphany of a divinely appointed ruler, honoured by God and a friend of God. Such a political theology leads to a necessary polarization. Constantine’s enemies were also the enemies of God.“. Zur Gestalt Eusebius von Caesarea und ihre Bedeutung für die Konstantinsforschung, siehe WALLRAFF, M., *Sonnenkönig der Spätantike. Die Religionspolitik Konstantins des Großen*. Freiburg im Breisgau – Basel – Wien, 2013, S. 35-51.

⁸ Siehe BARCELÓ, P., Die Erosion der kaiserlichen Macht in der Spätantike. In: GOLTZ, A. – SCHLANGE-SCHÖNINGEN, H. (Hrsg.), *Das Zeitalter Diokletians und Konstantins. Bilanz und Perspektiven der Forschung, Festschrift für Alexander Demandt*. Wien – Köln, 2022, S. 312-323, dazu noch S. 315-317, S. 317-319 und S. 321-322.

n.Chr.) einen letzten, erfolglosen Versuch unternommen hat, den Paganismus wiederherzustellen.⁹ Nach dem Tod Julians vermag kein römischer Kaiser mehr, sich vom Christentum abzuwenden. Mit Kaiser Theodosius I.¹⁰ wurde der Katholizismus durch die Konstitution *Cunctos populos* (380 n.Chr.) Staatsreligion.¹¹ Ziel dieses an die Bevölkerung von Konstantinopel gerichteten Ediktes war die Wahrung der trinitarischen Rechtgläubigkeit, vor allem gegen die Arianer.¹² Von einer Epoche, in der die Christen es ablehnten, den römischen Kaisern Kult zu erweisen und deshalb des Majestätsverbrechens bezichtigt wurden, sind wir in einer Epoche angekommen, in der der Katholizismus unter Schutz des Römischen Rechts gestellt wurde.

3. Reformen in der kaiserlichen Verwaltung

In der Spätantike war das Römische Reich als absolutistische Monarchie göttlichen Rechtes zu erfassen, die durch eine komplexe Bürokratie und eine starke Armee unterstützt wurde. Ferner, hat die Organisation der kaiserlichen Kanzlei Änderungen erfahren, die die neue verfassungsrechtliche Praxis der Spätantike widerspiegeln. Die politische, administrative und militärische Praxis entfaltet sich rund um den Kaiser, nämlich im *consistorium*, wo die bedeutendsten Mitarbeiter des Kaisers einen Sitz haben.¹³ Der Senat verliert die Macht, die er einmal hatte. Wichtige Ämter, wie das Amt des Stadtpräfekten von Rom (*praefectus urbi*) und die Ämter der Prokonsuls (*proconsul*) von *Asia* und *Africa*, wurden weiterhin durch Persönlichkeiten senatorischen Ranges bekleidet, die jetzt den Ehrentitel *virii clarissimi* tragen.

Wichtige Innovation des Dominats dem Prinzipat gegenüber ist die vertiefte Reform der Provinzialverwaltung, die, z.B., in der Vermehrung der Zahl der Provinzen und in der Trennung zwischen Zivil-, und Militärverwaltung ihren Ausdruck findet, wobei die zivilen Befugnisse durch eine neue Art von Gouverneuren, die *praeses*, und die militärischen Befugnisse durch die *duces* wahrgenommen wurden.

Um die Kontrolle der Provinzialverwaltung zu verbessern, hat Diokletian das Römische Reich in Diözesen untergliedert und die Zusammenfassung einzelner Provinzen zu Diözesen verfügt. Den Diözesen standen die *vicarii* vor, die ihrerseits dem Prätorianerpräfekten (*praefectus praetorio*) unterstellt waren.¹⁴ Die Stadt Rom blieb weiterhin dem Stadtpräfekten von Rom (*praefectus urbi*) anvertraut.

4. Reformen in Wirtschaft und Besteuerung

Seit Septimius Severus und über die Zeit der sog. Soldatenkaiser hindurch bis zum Regierungsantritt des Kaisers Diokletian erfuhr das Römische Reich eine steigende Militarisierung und Bürokratisierung, mit Auswirkungen auf das Steuersystem. Ein großer Anstieg der Steuerlast zulasten der Munizipien und zwar zulasten der Dekurionen (*decuriones*), die für die Steuerzahlung hafteten, wird von der Reduzierung der Anbauflächen (die sog. *agri deserti*)¹⁵ und von einer demografischen Krise begleitet. Die Ruine der kleinen Landgüter führt zum Anstieg der Zahl großer Landgüter und Abhängigkeitsverhältnisse wie das Patrozinium,¹⁶ das z.B. durch Papyri des spätrömischen

⁹ Siehe SARDINHA, C., *Cronologia de Direito Romano*. Lissabon, 2022, S. 29; auch MOUNIER, H., Les témoins de la Vérité. Martyrs chrétiens et politique impériale des origines au V^e siècle. In: *Revue historique de droit français et étranger*, 91^e année, N° 2 – Avril-Juin 2013, S. 238ff.

¹⁰ Siehe HEBBLEWHITE, M., *Theodosius and the Limits of Empire*. London and New York, 2020; LEPPIN, H., *Theodosius der Große*. Darmstadt, 2003; WILLIAMS, S. – FRIELL, G., *Theodosius: The Empire at Bay*. London, 1994.

¹¹ Es geht um das Edikt *Cunctos populos*, das sog. Edikt von Thessaloniki (380 n.Chr.) (CTh. 16,1,2; C. 1,1,1), das durch die Kaiser Theodosius I., Gratian und Valentinian II. erlassen wurde. Siehe SARDINHA, C., *Cronologia de Direito Romano*. Lissabon, 2022, S. 30; HEBBLEWHITE, M., *Theodosius and the Limits of Empire*. London and New York, 2020, S. 52ff.; LOKIN, J. H. A., The first constitution of the *Codex Justinianus*: Some remarks about the imperial legal sources in the *Codices Justiniani*. In: *Subseciva Groningana*, vol. IX, 2014, S. 343-382 [siehe: *The first constitution of the Codex Justinianus. Some remarks about the imperial legal sources in the Codices Justiniani* | *Subseciva Groningana (rug.nl)*, abgerufen am: 19. 02. 2024]; FREEMAN, C., A.D. 381. Heretics, Pagans, and the Dawn of the Monotheistic State. Woodstock – New York, 2008, S. 25f.; LEPPIN, H., *Theodosius der Große*. Darmstadt, 2003, S. 71ff.; BARCELÓ, P. – GOTTLIEB, G., Das Glaubensedikt des Kaisers Theodosius vom 27. Februar 380: Adressaten und Zielsetzung. In: DIETZ, K. – HENNIG, D. – KALETSCH, H. (Hrsg.), *Klassisches Altertum, Spätantike und frühes Christentum. Adolf Lippold zum 65. Geburtstag gewidmet*. Würzburg, 1993, S. 409-423. Siehe ferner ERRINGTON, R. M., Christian Accounts of the Religious Legislation of Theodosius I. In: *Klio*, vol. 79, Nr. 2, 1997, S. 398-443 bzw. S. 410ff.

¹² Siehe BARCELÓ, P. – GOTTLIEB, G., Das Glaubensedikt des Kaisers Theodosius vom 27. Februar 380: Adressaten und Zielsetzung. In: DIETZ, K. – HENNIG, D. – KALETSCH, H. (Hrsg.), *Klassisches Altertum, Spätantike und frühes Christentum. Adolf Lippold zum 65. Geburtstag gewidmet*. Würzburg, 1993, S. 418ff.; WILLIAMS, S. – FRIELL, G., *Theodosius: The Empire at Bay*. London, 1994, S. 47ff. bzw. 52ff. Der Kampf gegen den Arianismus war offenbar ein Hauptzweck der Konstitution *Cunctos populos*. Hierzu LOKIN, J. H. A., The first constitution of the *Codex Justinianus*: Some remarks about the imperial legal sources in the *Codices Justiniani*. In: *Subseciva Groningana*, vol. IX, 2014, S. 355: „It is evident, at least to me, that these Trinitarian constitutions about church buildings and places of worship are part of the same strategy to extinguish Arianism and all heresy. They are connected with *Cunctos populos*.“ Zu verwerfen ist jedoch Lokins Idee, wonach der ursprüngliche Zweck der Konstitution *Cunctos populos* (380 n.Chr.) nicht die Erhebung des Christentums zur Staatsreligion sei. Siehe auch SÁRY, P., Regulation of the Relations between Jews and Christians in Roman Law. In: *Journal on European History of Law*, vol. 12, Nr. 2, 2021, S. 182: „It is also worth noting that the famous Edict of Thessalonica of 380 applied only to Christians: the emperor Theodosius I obliged by this anti-Arian edict his Christian subjects to follow the Nicene faith.“

¹³ Siehe DOLEŽAL, S., *The Reign of Constantine, 306–337: Continuity and Change in the Late Roman Empire*. Cham, 2022, S. 349ff.; auch WOLFF, H. J., *Roman Law. An Historical Introduction*. Norman, Oklahoma, 1951, S. 47.

¹⁴ Siehe WOLFF, H. J., *Roman Law. An Historical Introduction*. Norman, Oklahoma, 1951, S. 47-48; auch GOLDSWORTHY, A., *How Rome Fell. Death of a Superpower*. New Haven and London, 2009, S. 164ff. Unzureichend, RICHARDSON, J., Provincial Administration. In: DU PLESSIS, P. J. – ANDO, C. – TUORI, K. (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Roman Law and Society*. Oxford, 2020, S. 111ff. Auf den S. 121-122 wird die diokletianische Verwaltungsreform kurz behandelt.

¹⁵ Siehe KLOFT, H., *Die Wirtschaft der griechisch-römischen Welt. Eine Einführung*. Darmstadt, 1992, S. 212.

¹⁶ Siehe MARTIN, J., *Spätantike und Völkerwanderung*, Oldenbourg Grundriss der Geschichte, vol. 4, 4. Auflage. München, 2001, S. 63 bzw. 73ff.; auch KEHOE, D. P., Tenure of Land and Agricultural Regulation. In: DU PLESSIS, P. J. – ANDO, C. – TUORI, K. (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Roman Law and Society*. Oxford, 2020, S. 655.

Ägyptens überliefert ist. Die Anwendung des Patroziniums im Wirtschaftsleben ist auf die Tatsache zurückzuführen, dass Kleingrundbesitzer die Protektion der Großgrundbesitzer benötigten, um sich gegen die hohe spätrömische Besteuerung zu wehren. Ein kräftiger Anstieg der Preise charakterisiert auch die Krise des 3. Jh. n.Chr. seit Aurelian und trug dazu bei, den Despotismus des Diokletian zu begründen.¹⁷ Im Jahr 301 n.Chr. erließ Diokletian einen Preisedikt (*Edictum de Pretiis Rerum Venalium*), der die höchsten Preise verschiedener Güter und Dienstleistungen unter Androhung der Todesstrafe festlegte.¹⁸ Mangel an sozialer Mobilität und Initiative haben zum Dirigismus geführt. Trotz ihrer Eigenschaft als freie Menschen wurden die Kolonisten (*coloni*) und ihre Kinder an das Land gebunden, das sie bearbeiteten.¹⁹

5. Das System der römischen Tetrarchie

Typisch für die Verfassungspraxis des Dominats ist das Mitregieren des Reiches durch mehrere Kaiser.²⁰ In diesem Sinne hat Diokletian 286 n.Chr. den General Maximian zu sich gerufen und ihm die kaiserliche Herrschaft über den Westteil des Römischen Reiches mit Hauptstadt in Mailand (*Mediolanum*) anvertraut. Der Ostteil des Reichs ist unter der Herrschaft Diokletians geblieben. Als Residenzstadt hat Kaiser Diokletian Nicomedia in Kleinasien ausgewählt.²¹

Wie oben erörtert, hat der Kult des „*Sol Invictus*“, d.h., des „Unbesiegtten Sonnengottes“, ein orientalischer Kult, zur Machtlegitimation des Aurelian (270-275 n.Chr.) beigetragen. Diokletian bezeichnet sich jetzt als *Iovius*, d.h., als jemand, der sich unter Schutz des Gottes Jupiter befindet. Bei den Römern

war Jupiter der oberste Gott. Sein Mitregent Maximian bezeichnet sich seinerseits als *Herculius*, d.h., als Schützling des Herkules.²² Einige Jahre später (293 n.Chr.) hat Diokletian das System durch zwei weitere Kaiser, Constantius I. im Westen und Galerius im Osten, ergänzt. Beide Kaiser verwenden den Titel *Caesar*. Sie üben die Macht unter zwei übergeordneten Kaisern aus, die ihrerseits den Titel *Augustus* führen. Zweck dieses Systems, der sog. Tetrarchie, war eine reibungslose Transmission der Macht von den übergeordneten Kaisern (*Augusti*) auf die untergeordneten Kaiser, die sog. *Caesares*. Ferner, rechtfertigte die übermäßige Ausdehnung des Römischen Reiches insofern die Existenz mehrerer Kaiser, als die Aufgabenverteilung zwischen den Tetrarchen die Qualität der Regierungsführung verbesserte.²³

Die Tetrarchie hat gut funktioniert während der Herrschaft des Diokletians, der das tetrarchische System konzipiert und umgesetzt hat. 305 n.Chr. hat sich Diokletian zur Abdankung entschieden und dabei seinen Mitregenten Maximian zur Abdankung gezwungen. Galerius, der *Caesar* des Diokletians, und Constantius I., der *Caesar* des Maximians, wurden zu *Augusti* emporgehoben.²⁴ Die Ereignisse der Jahre nach der Abdankung des Diokletian zeigen jedoch, dass ohne seine dominante Persönlichkeit Konflikte zwischen den Tetrarchen nicht zu vermeiden waren. Nach dem Tod seines Vaters Constantius I., wurde Konstantin zu *Augustus* emporgehoben (306 n.Chr.). Die Akklamation zu *Augustus* wurde aber nicht durch den Galerius, der den Severus (306-307 n.Chr.) als Nachfolger des Constantius I. bevorzugte, anerkannt. In diesem Zusammenhang hat Maximian, der ehemalige *Augustus* und Mitregent des Diokletian, im

¹⁷ Siehe DREXHAGE, H.-J. – KONEN, H. – RUFFING, K., *Die Wirtschaft des Römischen Reiches (1.-3. Jahrhundert). Eine Einführung*. Berlin, 2002, S. 305f.: „Eine große Inflation scheint erst seit 270/275 n.Chr. die Bedrängnisse der Zeit vermehrt zu haben...“. Zur Krise des 3. Jh. n.Chr. siehe etwa GOLDSWORTHY, A., *How Rome Fell. Death of a Superpower*. New Haven and London, 2009, S. 138-153; WIEACKER, F., *Römische Rechtsgeschichte, II – Die Jurisprudenz vom frühen Prinzipat bis zum Ausgang der Antike im weströmischen Reich und die oströmische Rechtswissenschaft bis zur justinianischen Gesetzgebung*. Ein Fragment aus dem Nachlass von Franz Wieacker hrsg. v. WOLF, J. G., mit einer Bibliographie von MANTHE, U. unter Mitarbeit von BOLTEN, M. München, 2006, S. 149ff.; BENGTSON, H., *Grundriss der römischen Geschichte mit Quellenkunde*, vol. I: *Republik und Kaiserzeit bis 284 n.Chr.*, dritte, durchgesehene und ergänzte Auflage, 1982, S. 401ff.

¹⁸ Siehe SARDINHA, C., *Cronologia de Direito Romano*. Lissabon, 2022, S. 24; KOOPS, E., Price Setting and Other Attempts to Control the Economy. In: DU PLESSIS, P. J. – ANDO, C. – TUORI, K. (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Roman Law and Society*. Oxford, 2020, S. 617-618; BRANDT, H., Erneute Überlegungen zum Preisedikt Diokletians. In: DEMANDT, A. – GOLZ, A. – SCHLANGE-SCHÖNINGEN, H. (Hrsg.), *Diokletian und die Tetrarchie. Aspekte einer Zeitenwende*, Millennium-Studien – Millennium Studies, vol. 1. Berlin – New York, 2004, S. 47-55; MEIBNER, B., Über Zweck und Anlass von Diokletians Preisedikt. In: *Historia. Zeitschrift für Alte Geschichte – Revue d'Histoire Ancienne – Journal of Ancient History – Rivista di Storia Antica*, vol. 49, 2000, S. 79-100; auch CORCORAN, S., *The Empire of the Tetrarchs. Imperial Pronouncements and Government AD 284 – 324*, Revised Edition. Oxford, 2000, S. 205ff.

¹⁹ Zuletzt, SIRKS, B., *The Colonate in the Roman Empire*. Cambridge, United Kingdom – New York, NY, 2024. Siehe auch SIRKS, B., The colonate in the Later Roman Empire. In: *Tijdschrift voor Rechtsgechiedenis – Revue d'histoire du droit – The Legal History Review*, vol. 90, 2022, S. 129-147; DOLEŽAL, S., *The Reign of Constantine, 306–337: Continuity and Change in the Late Roman Empire*. Cham, 2022, S. 200-211; WOLFF, H. J., *Roman Law. An Historical Introduction*. Norman, Oklahoma, 1951, S. 48.

²⁰ Hierzu mit Bezugnahme auf die römische Tetrarchie siehe BLECKMANN, B., Bemerkungen zum Scheitern des Mehrherrschaftssystems: Reichsteilung und Territorialansprüche. In: DEMANDT, A. – GOLZ, A. – SCHLANGE-SCHÖNINGEN, H. (Hrsg.), *Diokletian und die Tetrarchie. Aspekte einer Zeitenwende*, Millennium-Studien – Millennium Studies, vol. 1. Berlin – New York, 2004, S. 74; KOLB, F., *Herrscherideologie in der Spätantike*. Berlin, 2001, S. 27ff.

²¹ Im Staatsgebiet der heutigen Türkei.

²² Siehe oben.

²³ Siehe DOLEŽAL, S., *The Reign of Constantine, 306–337: Continuity and Change in the Late Roman Empire*. Cham, 2022, S. 167ff.; ELTON, H., *The Roman Empire in Late Antiquity. A Political and Military History*. Cambridge – New York – Melbourne – New Delhi – Singapore, 2018, S. 29ff.; BARNES, T., *Constantine. Dynasty, Religion and Power in the Later Roman Empire*. Chichester, 2011, S. 46-49 und S. 49-51; GOLDSWORTHY, A., *How Rome Fell. Death of a Superpower*. New Haven and London, 2009, S. 157-173; BOWMAN, A. K., Diocletian and the first tetrarchy, A.D. 284–305. In: BOWMAN, A. K. – CAMERON, A. – GARNSEY, P. (Hrsg.), *The Cambridge Ancient History*, vol. 12: *The Crisis of Empire, AD 193–337*, Second Edition. Cambridge, New York – Melbourne – Madrid – Cape Town – São Paulo, 2005, S. 67ff.

²⁴ Siehe SARDINHA, C., *Cronologia de Direito Romano*. Lissabon, 2022, S. 25.

Konflikt interveniert und dabei seinen Sohn Maxentius als *Augustus* durchgesetzt. Damit hat er sich vom Diokletian und von seiner politischen Linie entfernt. Am Ende hat Galerius jedoch, Licinius als *Augustus* im Westen (308-311 n.Chr.) und Maximinus Daia als *Augustus* im Osten (310-313 n.Chr.) anerkannt. Der Sohn des Constantius I., Konstantin, der sich selbst nach dem Tod seines Vaters zu *Augustus* des Westens emporgehoben hatte (310 n.Chr.), wurde als solcher lediglich ab 312 n.Chr. anerkannt. Maxentius, der zwischen 307 und 312 n.Chr. in seiner Eigenschaft als nicht legitimer *Augustus* des Westens gewirkt hat, wurde durch Konstantin von der Macht gefegt. Licinius, *Augustus* des Ostens zusammen mit dem Maximinus Daia (311-313 n.Chr.), mit dem Valerius Valens (316 bzw. 316/317 n.Chr.) und mit dem Martinianus (324 n.Chr.), hat sich dann die Macht mit dem Konstantin geteilt (312-324 n.Chr.).²⁵

6. Die Herrschaft des Konstantin als erster christlicher Kaiser

Aufgrund der Relevanz der Gestalt des Konstantin in der Strukturierung des Römischen Reiches in der Spätantike, lohnt es sich hier, seine Herrschaft gesondert zu behandeln.²⁶ In diesem Zusammenhang ist es vor allem wichtig, das Thema der konstantinischen Politik gegenüber den Christen zu vertiefen und zwar mit dem Ziel, die großen Umwandlungen, die die römische Verfassungspraxis in dieser Epoche erfahren hat, besser zu verstehen.²⁷ Diese Umwandlungen hatten nämlich entscheidende Folgen, die für die weitere europäische Geschichte von Bedeutung waren. Die Verfolgung, auch Große Verfolgung

genannt, die der Diokletian angeordnet hat,²⁸ war blutiger im Osten als im Westen des Reiches. Hier blieb die Kirche weitgehend verschont. Der Grund möge die gemäßigte Einstellung des Vaters des Konstantin, Constantius I., gegenüber den Christen gewesen sein. Jahre später erließ der Galerius, der große Christenverfolger, möglicherweise der Anreger des Verfolgungsediktes des Diokletian (303 n.Chr.), ein Toleranzedikt (311 n.Chr.). Damit räumte Galerius den Christen den Status einer *religio licita* ein und gab seine christenfeindlichen Positionen auf.²⁹ Dennoch ist eine radikale Änderung der Politik in Sachen Christentum vor allem dem Konstantin zu verdanken. Nach dem Sieg über seinen Gegenstreiter Maxentius, der Konstantin Christus zuschreibt,³⁰ kam er über eine reine Toleranzpolitik gegenüber den Christen hinaus und zwar zugunsten einer Schutzpolitik der christlichen Kirche.³¹ Beide Kaiser, die an der Macht geblieben waren und zwar Konstantin im Westen und Licinius im Osten, haben die Mailänder Vereinbarung getroffen (313 n.Chr.).³² Durch diese Vereinbarung gewährten Konstantin und Licinius den Christen und allen Bewohnern des Römischen Reiches die Religionsfreiheit. Damit wurde das Toleranzedikt des Galerius (311 n.Chr.) bestätigt und erweitert. In der Zeit nach der Mailänder Vereinbarung übernimmt Konstantin mehr und mehr die Rolle des Schutzspenders der christlichen Gemeinden und Kirche, unterstützt die Bischöfe bei der Häresiebekämpfung und ergibt sich einer für die Kirche günstigen gesetzgeberischen Tätigkeit.³³ Ein der vornehmsten Beispiele seiner Fürsorge zugunsten der Kirche und zwar bei der Häresiebekämpfung ist das Erste Konzil von Nicäa, das von Konstantin im Jahr 325

²⁵ Siehe SARDINHA, C., *Cronologia de Direito Romano*. Lissabon, 2022, S. 25-26.

²⁶ Siehe DOLEŽAL, S., *The Reign of Constantine, 306-337: Continuity and Change in the Late Roman Empire*. Cham, 2022, *passim*; LIEBS, D., Die konstantinische Wende und das Recht. In: LIEBS, D., *Das Recht der Römer und die Christen. Gesammelte Aufsätze in überarbeiteter Fassung*. Tübingen, 2015, S. 75-97; ROSEN, K., *Konstantin der Große. Kaiser zwischen Machtpolitik und Religion*. Stuttgart, 2013; LENSKI, N. (Hrsg.), *The Cambridge Companion to the Age of Constantine*, Revised Edition. Cambridge – New York – Melbourne – Madrid – Cape Town – Singapore – São Paulo – Delhi – Tokyo – Mexico City, 2012; BRANDT, H., *Konstantin der Große. Der erste christliche Kaiser*, 3. Auflage. München, 2011; GIRARDET, K. M., *Der Kaiser und sein Gott. Das Christentum im Denken und in der Religionspolitik Konstantins des Großen*. Berlin – New York, 2010; CLAUSS, M., *Konstantin der Große und seine Zeit*, 4. Auflage. München, 2009; VAN DAM, R., *The Roman Revolution of Constantine*. Cambridge – New York – Melbourne, 2007; MÜHLENBERG, E. (Hrsg.), *Die Konstantinische Wende*. Gütersloh, 1998; auch JONES, A. H. M., *Constantine and the Conversion of Europe*, Reprint. Toronto – Buffalo – London, 2001.

²⁷ Siehe WALLRAFF, M., *Sonnenkönig der Spätantike. Die Religionspolitik Konstantins des Großen*. Freiburg im Breisgau – Basel – Wien, 2013, S. 113ff.

²⁸ Siehe oben.

²⁹ Siehe SÁRY, P., The Emergence of the Idea of Religious Freedom in Ancient Rome. In: *Journal on European History of Law*, vol. 13, Nr. 2, 2022, S. 112; CASELLA, M., *Galerio. Il tetraarca infine tollerante*. Rom, 2017; MOUNIER, H., Les témoins de la Vérité. Martyrs chrétiens et politique impériale des origines au V^e siècle. In: *Revue historique de droit français et étranger*, 91^e année, N° 2 – Avril-Juin 2013, S. 229; LEADBETTER, B., *Galerius and the will of Diocletian*. London and New York, 2009, S. 221ff.; CORCORAN, S., *The Empire of the Tetrarchs. Imperial Pronouncements and Government AD 284 – 324*, Revised Edition. Oxford, 2000, S. 186-187; KLEIN, R., Galerius, 305-311. In: CLAUSS, M. (Hrsg.), *Die Römischen Kaiser: 55 historische Portraits von Caesar bis Justinian*, 2., durchgesehene Auflage. München, 2001, S. 276-282; BLEICKEN, J., *Verfassungs- und Sozialgeschichte des Römischen Kaiserreiches*, vol. 2, 2. verbesserte Auflage. Paderborn – München – Wien – Zürich, 1981, S. 174. In diesem Zusammenhang siehe auch REPNOW, R., Die Rückgabe konfiszierter Güter in einem Kaiseredikt aus dem frühen 4. Jh. In: *Journal on European History of Law*, vol. 14, Nr. 2, 2023, S. 224-235.

³⁰ Siehe ALFÖLDI, A., *The Conversion of Constantine and Pagan Rome*, translated by MATTINGLY, H., Special Edition. Oxford, 1998, S. 16ff.; DOLEŽAL, S., *The Reign of Constantine, 306-337: Continuity and Change in the Late Roman Empire*. Cham, 2022, S. 429ff.; BARNES, T., *Constantine. Dynasty, Religion and Power in the Later Roman Empire*. Chichester, 2011, S. 74-80.

³¹ Siehe Einleitung. In: GOLTZ, A. – SCHLANGE-SCHÖNINGEN, H. (Hrsg.), *Das Zeitalter Diokletians und Konstantins. Bilanz und Perspektiven der Forschung. Festschrift für Alexander Demandt*. Wien – Köln, 2022, S. 9.

³² Irrtümlich als „Toleranzedikt von Mailand“, „Edikt von Mailand“ bezeichnet. Zuletzt, SÁRY, P., The Emergence of the Idea of Religious Freedom in Ancient Rome. In: *Journal on European History of Law*, vol. 13, Nr. 2, 2022, S. 107-113, bzw. S. 112-113. Siehe SARDINHA, C., *Cronologia de Direito Romano*. Lissabon, 2022, S. 26-27. Ferner, DOLEŽAL, S., *The Reign of Constantine, 306-337: Continuity and Change in the Late Roman Empire*. Cham, 2022, S. 297ff.; ROSEN, K., *Konstantin der Große. Kaiser zwischen Machtpolitik und Religion*. Stuttgart, 2013, S. 185-188; SCHMIDT-HOFNER, S., Toleranz braucht Rechtfertigung: Zur Funktion des Mailänder Edikts und verwandter Texte des früheren 4. Jh. n.Chr. In: WALLRAFF, M. (Hrsg.), *Religiöse Toleranz: 1700 Jahre nach dem Edikt von Mailand*. Berlin, 2016, S. 159-192; LIEBS, D., Die konstantinische Wende und das Recht. In: LIEBS, D., *Das Recht der Römer und die Christen. Gesammelte Aufsätze in überarbeiteter Fassung*. Tübingen, 2015, S. 86-87; BARNES, T., *Constantine. Dynasty, Religion and Power in the Later Roman Empire*. Chichester, 2011, S. 93-97.

³³ Siehe BARNES, T., *Constantine. Dynasty, Religion and Power in the Later Roman Empire*. Chichester, 2011, S. 131-140.

n.Chr. einberufen wurde vor allem zur Beratung in Sachen Arianismus.³⁴

Um die Macht im ganzen Reich zu erlangen, ließ sich Konstantin in einen Konflikt mit seinem Amtskollegen im Osten des Reiches, Licinius, verwickeln.³⁵ Licinius, der Abstand von der Politik der Toleranz der Mailänder Vereinbarung nahm, befahl eine neue Christenverfolgung in seinem Machtbereich.³⁶ Nach dem Machtsturz des Licinius (324 n.Chr.), regierte Konstantin allein über das ganze Römische Reich bis zu seinem Tod (337 n.Chr.).³⁷ Konstantin, der sich nur auf dem Sterbebett taufen ließ, betrachtete das Christentum als eine für den römischen Staat bzw. für die kaiserliche Macht günstige Religion. Aus diesem Grund sollte der Kaiser nicht nur das Christentum tolerieren, sondern auch unter Schutz nehmen. Dies bedeutet aber nicht, dass Konstantin keine heidnischen Praktiken duldete. Der Status einer *religio licita*, der den Christen eingeräumt wurde, bedeutet lediglich, dass neben den Heiden auch die Christen toleriert wurden. Trotz seiner für die Kirche günstigen Politik, hat Konstantin nie auf den Titel eines *Pontifex Maximus* verzichtet.³⁸

Was die Gestalt des Konstantin anbelangt, sind weitere wichtige Entscheidungen aus der Zeit seiner Herrschaft, die für die Organisation des Römischen Reiches der Spätantike von Bedeutung sind, zu nennen. Die endgültige Trennung der Zivil- und Militärverwaltung,³⁹ z.B., wurde in der Zeit seiner Herrschaft als normal akzeptiert. Die Statthalter (*praeses*) wurden in eine hierarchisch organisierte Zivilverwaltung eingebunden und zwar den *vicarii* untergeordnet und die *vicarii* dem Prätorianerpräfekten (*praefectus praetorio*) unterstellt.

Zu nennen sind auch die tiefgreifenden Reformen der kaiserlichen Kanzlei. Es handelt sich um eine Art von Zentralverwaltung, welche aus den Mitarbeitern des Kaisers zusammengefasst wurde, die ihn bei der Ausübung seiner Macht unterstützten. Der *quaestor sacri palatii*, z.B., hatte die Befugnis zur Ausarbeitung der Gesetzgebung bzw. zur Beratung des Kaisers in Rechtssachen,⁴⁰ der *magister officiorum* seinerseits hatte mehreren

Behörden (*scrinia*) vorzustehen, wie etwa die *scrinia epistularum, libellorum*, die dazu befugt waren, die Korrespondenz des Kaisers anzufertigen und die ihm eingereichten Petitionen zu überprüfen. Andererseits hat Konstantin mehrere neue Senatoren in den Senatorenstand aufgenommen, was dem Senat, besonders dem Senat in Konstantinopel ein anderes Gesicht verlieh. Neben den Senatoren, die in die Rangklasse der *virii clarissimi* eingetragen wurden, traten neue Titel in Erscheinung wie der Titel *vir illustris*, der von den *magistri militum*, dem *magister officiorum*, dem Prätorianerpräfekten (*praefectus praetorio*) und dem Stadtpräfekten (*praefectus urbi*) getragen wurde.⁴¹ Auf dem Gebiet der Rechtsquellen zeigt die Anwendung des Wortes *leges* auf die Konstitutionen (*constitutiones*) eine neue Verfassungspraxis, in der der Kaiser sich von den traditionellen Legitimationsquellen aus der Zeit des Prinzipates bzw. der Republik⁴² trennt und die Grundlage für die Gesetzgebung auf seiner Macht als Monarch legt. Ein Monarch, der sich durch Religion legitimiert.⁴³

Ab 324 n.Chr. regierte Konstantin das Römische Reich als Alleinherrscher bis zu seinem Tod (337 n.Chr.).⁴⁴ Nach seinem Tod wurden seine drei Söhne zu *Augusti* ausgerufen und zwar Konstantin II., Constantius II. und Constans.⁴⁵ Die kaiserliche Macht wird durch das dynastische Prinzip legitimiert. Damit trennen sich die Nachfolger des Konstantin als Kaiser von der durch Diokletian gegründeten Tetrarchie, die eine auf Leistung basierte Thronfolge ermöglichte.

7. Die endgültige Teilung des Römischen Reiches in zwei unabhängige Hälfte, das Weströmische Reich und das Oströmische Reich. Der Untergang des Weströmischen Reiches

Ein wichtiges Ereignis der spätrömischen Verfassungsgeschichte war die endgültige Teilung des römischen Reiches in zwei unabhängige Hälfte, das Weströmische Reich und das Oströmische Reich.⁴⁶ Seit den Reformen des Diokletian, die die Tetrarchie

³⁴ Siehe CLAUSS, M., Konstantin I., 306-337. In: CLAUSS, M. (Hrsg.), *Die Römischen Kaiser: 55 historische Portraits von Caesar bis Iustinian*, 2., durchgesehene Auflage. München, 2001, S. 295; ROSEN, K., *Konstantin der Große. Kaiser zwischen Machtpolitik und Religion*. Stuttgart, 2013, S. 275ff., insbesondere S. 279-288; BARNES, T., *Constantine. Dynasty, Religion and Power in the Later Roman Empire*. Chichester, 2011, S. 120-126. Zum Ersten Konzil von Nicäa, siehe auch PIETRAS, H., *Council of Nicaea (325). Religious and Political Context, Documents, Commentaries*. Rom, 2016.

³⁵ Siehe DOLEŽAL, S., *The Reign of Constantine, 306-337: Continuity and Change in the Late Roman Empire*. Cham, 2022, S. 307-324; ELTON, H., *The Roman Empire in Late Antiquity: A Political and Military History*. Cambridge – New York – Melbourne – New Delhi – Singapore, 2018, S. 58-59. In diesem Zusammenhang siehe auch BRATOŽ, R., Der Kampf zwischen Konstantin und Licinius um Illyricum 316/317 im Licht der zeitgenössischen Propaganda. In: GOLTZ, A. – SCHLANGE-SCHÖNINGEN, H. (Hrsg.), *Das Zeitalter Diokletians und Konstantins. Bilanz und Perspektiven der Forschung, Festschrift für Alexander Demandt*. Wien – Köln, 2022, S. 245-294.

³⁶ Siehe CHANTRAINE, H., „Licinius“ 308-324. In: CLAUSS, M. (Hrsg.), *Die Römischen Kaiser: 55 historische Portraits von Caesar bis Iustinian*, 2., durchgesehene Auflage. München, 2001, S. 309-311.

³⁷ Siehe SARDINHA, C., *Cronologia de Direito Romano*. Lissabon, 2022, S. 26.

³⁸ Siehe etwa PAÑO, M. V. Escribano, Constantino y Licinio: las leyes constantinianas a propósito de los *haruspices* (319-320). In: *Revue Internationale des droits de l'Antiquité*, 3^e Série, vol. LVII, 2010, S. 206-207.

³⁹ Siehe oben.

⁴⁰ Siehe BERGER, A., *Quaestores sacri palatii*. In: *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*. Philadelphia, 1953, Neudruck, Union, New Jersey, 2002, S. 664.

⁴¹ Siehe ELTON, H., *The Roman Empire in Late Antiquity: A Political and Military History*. Cambridge – New York – Melbourne – New Delhi – Singapore, 2018, S. 64-67; BERGER, A., *Scrinia*. In: *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*. Philadelphia, 1953, Neudruck, Union, New Jersey, 2002, S. 692.

⁴² Wie etwa die Befugnis des Volkes zur Verabschiedung der *leges comitiales*.

⁴³ Hierzu LIEBS, D., Die konstantinische Wende und das Recht. In: LIEBS, D., *Das Recht der Römer und die Christen. Gesammelte Aufsätze in überarbeiteter Fassung*. Tübingen, 2015, S. 80-81.

⁴⁴ Siehe SARDINHA, C., *Cronologia de Direito Romano*. Lissabon, 2022, S. 26.

⁴⁵ Siehe SARDINHA, C., *Cronologia de Direito Romano*. Lissabon, 2022, S. 26-29.

⁴⁶ Siehe ELTON, H., *The Roman Empire in Late Antiquity: A Political and Military History*. Cambridge – New York – Melbourne – New Delhi – Singapore, 2018, S. 151ff.

zustande brachten, wurde das Römische Reich normalerweise von mehreren Kaisern gleichzeitig regiert. Die Einteilung des Reiches in zwei Hälften ist nämlich auf die diokletianische Verwaltungsreform, welche die römischen Provinzen in einen *pars Occidentis* und in einen *pars Orientis* zusammenfasste, zurückzuführen.⁴⁷ Wir wissen bereits, dass Konstantin es vermochte, ab 324 n. Chr. bis zu seinem Tod (337 n. Chr.) als Alleinherrscher über das ganze Römische Reich zu regieren. Nach seinem Tod ist die Macht nochmals geteilt worden und zwar zwischen seinen Söhnen. Einer davon, Constantius II., nachdem er über den Orient zwischen 337 und 350 n. Chr. in seiner Eigenschaft als *Augustus* geherrscht hatte, übte die Macht über das ganze Römische Reich zwischen 350 und 361 n. Chr. aus. Ihm ist Julian der Abtrünnige, ein Christenverfolger,⁴⁸ auf den Thron gefolgt. Julian (360-363 n. Chr.) übte die Macht über das ganze Römische Reich zwischen 361 und 363 n. Chr. aus. Nach dem Ende seiner Herrschaft ist die Macht wiederum zwischen mehreren Kaisern geteilt worden und zwar Valentinian I. (364-375 n. Chr.), *Senior Augustus* im Westen gemeinsam mit Gratian zwischen 367 und 375 n. Chr., Valens, *Augustus* im Osten zwischen 364 und 378 n. Chr., Gratian (375-383 n. Chr.), *Augustus* im Westen und auch im Osten (378/379 n. Chr.) und Valentinian II., *Augustus* im Westen gemeinsam mit Gratian zwischen 375 und 383 n. Chr., allein zwischen 383 und 392 n. Chr. Die endgültige Teilung des Römischen Reiches erfolgte nach dem Tode Kaisers Theodosius I., *Augustus* im Osten zwischen 379 und 394 n. Chr. und Alleinherrscher in den Jahren 394/395 n. Chr. Damit begann das Auseinanderdriften von Ost und West.⁴⁹ Aus einem Reich sind zwei geworden und zwar das Oströmische Reich ist Arcadius (395-408 n. Chr.) zugesprochen worden und das Weströmische Reich seinem Bruder Honorius (395-423 n. Chr., 421 n. Chr. gemeinsam mit Constantius III.).⁵⁰

Zu dieser Zeit (395 n. Chr.) war das ost- und weströmische Reichsterritorium in Präfecturen, Diözesen und Provinzen geteilt. Jeder Präfectur stand ein Prätorianerpräfect (*praefectus praetorio*) vor; jeder Diözese, ein *vicarius* und jeder Provinz, ein *praeses*. Jeder Prätorianerpräfect war seinem jeweiligen Kaiser, dem oströmi-

schen bzw. dem weströmischen Kaiser, unterstellt. Die *vicarii* waren ihren Prätorianerpräfecten und die Provinzstatthalter (*praeses*) dem jeweiligen *vicarius* untergeordnet. Sowohl die Prätorianerpräfecten als auch die *vicarii* waren dafür zuständig, Berufungen gegen Erinstanzentscheidungen der *praeses* zu überprüfen.

Was die Gesetzgebung anbelangt, sind die Konstitutionen nach der Reichsteilung von 395 n. Chr. weiterhin durch die amtierenden Kaiser gemeinsam erlassen, wenngleich anzunehmen ist, dass jeder Kaiser, d. h., sowohl der oströmische als auch der weströmische Kaiser über seine eigene gesetzgebende Gewalt verfügte. Die Geltung Ihrer Konstitutionen war deshalb auf das Territorium des jeweiligen Reichsteils beschränkt.⁵¹

Die sogenannte Völkerwanderung, d. h., der Überfall mehrerer germanischer Stämme bzw. Stammesgruppen, Ethnien und anderen Gruppen auf römisches Reichsgebiet im 5. Jh. n. Chr. hat den Untergang des Weströmischen Reiches veranlasst, während die östliche Reichshälfte weiter existierte.⁵² Diese Beobachtung ist insofern von Bedeutung, als die römische kaiserliche Würde und Macht bis zur *Translatio imperii* zugunsten des fränkischen Königs Karls des Großen, die durch Papst Leo III. im Westen durchgeführt wurde (800 n. Chr.), nur in der Gestalt des oströmischen Kaisers weiter bestand. Im 5. Jh. erfuhr der weströmische Staat einen allmählichen Zerfall.⁵³ Der Abschluss von Verträgen mit nicht-römischen, barbarischen Gruppen, die ein Recht zur Ansiedlung auf römischem Reichsgebiet enthielten (*foedera*), sind Herrschaftsinstrumente, worauf die abgeschwächten römischen Kaiser zurückgriffen, um ihren Machtanspruch auf das römische Reichsgebiet weiterhin behaupten zu können. Der weströmische Kaiser Honorius, z. B., war auf die Hilfe der Westgoten, die zur Heeresfolge als *foederati* verpflichtet waren, angewiesen, um die Barbaren nach der Invasion des Jahres 409 n. Chr. aus Spanien zu vertreiben.⁵⁴ Nach dem 416 n. Chr. abgeschlossenen *foedus* zwischen Kaiser Honorius und dem westgotischen Anführer (*kindins*)⁵⁵ Wallia, hat Honorius den Westgoten einen Anspruch auf Getreideversorgung (*annona*) gewährt.⁵⁶ Noch aus weiteren Gründen kam die Autorität der römischen Kaiser auf den Prüf-

⁴⁷ Siehe SANDBERG, K., The So-Called Division of the Roman Empire in AD 395. Notes on a Persistent Theme in Modern Historiography. In: *Arctos. Acta Philologica Fennica*, vol. XLII, 2008, S. 211-212.

⁴⁸ Siehe oben.

⁴⁹ Siehe FÖLLER, C. – SCHULZ, F., Das Auseinanderdriften von Ost und West. Ein neuer Blick auf die Epochenschwelle zwischen Spätantike und Frühmittelalter. In: FÖLLER, C. – SCHULZ, F. (Hrsg.), *Osten und Westen 400-600 n. Chr. Kommunikation, Kooperation und Konflikt*. Stuttgart, 2016, S. 9ff. bzw. S. 10.

⁵⁰ Siehe SARDINHA, C., *Cronologia de Direito Romano*. Lissabon, 2022, S. 29-30. Hierzu auch SANDBERG, K., The So-Called Division of the Roman Empire in AD 395. Notes on a Persistent Theme in Modern Historiography. In: *Arctos. Acta Philologica Fennica*, vol. XLII, 2008, S. 199-213; GOLDSWORTHY, A., *How Rome Fell. Death of a Superpower*. New Haven and London, 2009, S. 264ff.; LEPPIN, H., *Theodosius der Große*. Darmstadt, 2003, S. 220ff.; DEMOUGEOT, E., *De l'unité à la division de l'Empire romain, 395-410. Essai sur le gouvernement impérial*. Paris, 1951, S. 93ff.

⁵¹ Hierzu SIRKS, A. J. B., Could after the division of administration in 364 an emperor issue a law for the entire empire? In: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung*, vol. 138, 2021, S. 555-567.

⁵² Siehe MEIER, M., *Geschichte der Völkerwanderung. Europa, Asien und Afrika vom 3. bis zum 8. Jahrhundert n. Chr.*, 5. Auflage. München, 2020, *passim*; auch RÉMONDON, R., *La Crise de l'Empire Romain. De Marc Aurèle à Anastase*, 3^e édition, avec compléments bibliographiques de GASCOU, J. Paris, 1997, S. 216.

⁵³ Siehe MEIER, M., *Geschichte der Völkerwanderung. Europa, Asien und Afrika vom 3. bis zum 8. Jahrhundert n. Chr.*, 5. Auflage. München, 2020, S. 471ff.

⁵⁴ Es geht um die Invasion Spaniens durch die Alanen, Vandalen und Sueben, die im Jahr 409 n. Chr. erfolgte. Siehe etwa SILVA, N. J. Espinosa Gomes da, *História do Direito Português. Fontes de Direito*, 7.^a Edição, revista e aumentada. Lissabon, 2019, S. 72ff.; auch DELAPLACE, Chr., *La fin de l'Empire romain d'Occident. Rome et les Wisigoths de 382 à 531*, Préface de Ian Wood. Rennes, 2015, S. 130-131 bzw. S. 135ff.; POHL, W., *Die Völkerwanderung. Eroberung und Integration*, 2., erweiterte Auflage. Suttgart – Berlin – Köln, 2005, S. 60.

⁵⁵ Zur verfassungsrechtlichen Stellung des gotischen *kindins*, siehe SARDINHA, C. *Alta-Traição e Lesa-Majestade. Germanismo e romanismo na história do direito visigótico primitivo*. Lissabon, 2011, S. 147ff. und 155ff.

⁵⁶ Siehe SARDINHA, C. *Alta-Traição e Lesa-Majestade. Germanismo e romanismo na história do direito visigótico primitivo*. Lissabon, 2011, S. 167-168. Zum *foedus* von 416 n. Chr. siehe DELAPLACE, Chr., *La fin de l'Empire romain d'Occident. Rome et les Wisigoths de 382 à 531*, Préface de Ian Wood. Rennes, 2015, S. 155ff.

stand. Die Ausbreitung des sog. Patroziniums sowohl im Oströmischen als auch im Weströmischen Reich bedeutet, z.B., dass Prominente wie kaiserliche Beamten und Großgrundbesitzer Privarmeen unterhalten (e.g.: *buccellarii*), die in ihrem eigenen Interesse handeln und nicht im Dienst des Gemeinwohls stehen. Die römischen Kaiser haben zwar versucht, diese Erscheinung zu bekämpfen, aber ohne großen Erfolg, besonders in der westlichen Reichshälfte, die deutlich schwächer als die östliche Reichshälfte war⁵⁷. Vor allem nach der Herrschaft des Majorian (457-461 n.Chr.)⁵⁸ war der Zerfall des weströmischen Staates nicht mehr zu stoppen.⁵⁹

8. Ergebnis

Mit der Erhebung Diokletians zum römischen Kaiser (284 n.Chr.) beginnt eine neue Periode der römischen Verfassungsgeschichte, der sogenannte Dominat (*Dominatus*) oder Absolute Monarchie. Diese Periode ist gekennzeichnet durch tiefe Umwandlungen nicht nur in der verfassungsrechtlichen Praxis, sondern auch in Wirtschaft und Gesellschaft. In Frage steht das Legitimationsproblem des Prinzipats und die Entwicklung neuer Formen der Machtlegitimation. In diesem Sinne kann die sogenannte Zeit der Soldatenkaiser (235-284 n.Chr.) als Übergangszeit zwischen dem Prinzipat und dem Dominat betrachtet werden. Ein charakteristischer Aspekt des Dominats ist die Legitimation der kaiserlichen Macht durch Religion. Die Regierungszeit des Aurelian (270-275 n.Chr.) ist bereits gekennzeichnet durch Einsetzung der Religion (nicht die römische Religion) zur Machtlegitimation, nämlich des Kults des „*Sol Invictus*“, d.h., des „Unbesiegtens Sonnengottes“. Der Kaiser versteht sich als „Herr und Gott“ (*dominus et deus*) und sein Hof ist dem Hof orientalischer Herrscher ähnlich. Eine radikale Änderung der Politik in Sachen Christentum ist vor allem dem Konstantin zu verdanken. Nach dem Sieg über seinen Gegenstreiter Maxentius, der Konstantin Christus zuschreibt, kam er über eine reine Toleranzpolitik gegenüber den Christen hinaus und zwar zugunsten einer Schutzpolitik der christlichen Kirche. Tatsächlich haben die Umwandlungen der römischen Verfassung während der Zeit des Spätprinzipats, nämlich während der Krise des 3. Jh. n.Chr., Diokletian dazu veranlasst, eine absolutistische Monarchie auf der Grundlage der Religion zu gründen, die nach Konstantin zu einer christlichen Monarchie göttlichen Rechts wurde. Nach Eusebius von Caesarea ist Konstantin als Stellvertreter des christlichen Gottes auf Erden darzustellen. Mit Kaiser Theodosius I. wurde der Katholizismus durch die Konstitution *Cunctos populos* (380 n.Chr.) Staatsreligion. Ziel dieses Ediktes war die Wahrung der trinitarischen Rechtgläubigkeit, vor allem gegen die Arianer. Von einer Epoche, in der die Christen es ablehnten, den römischen Kaisern Kult zu erweisen und deshalb des Majestätsverbrechens bezichtigt wurden, sind wir in einer Epoche angekommen, in der der Katholizismus unter Schutz des Römischen Rechts gestellt wurde. Ferner, hat die Organisation der kaiserlichen Kanzlei Än-

derungen erfahren, die die neue verfassungsrechtliche Praxis der Spätantike widerspiegeln. Das Römische Reich war als absolutistische Monarchie göttlichen Rechtes zu erfassen, die durch eine komplexe Bürokratie und eine starke Armee unterstützt wurde, mit Auswirkungen auf das Steuersystem. Wichtige Innovation des Dominats dem Prinzipat gegenüber ist die vertiefte Reform der Provinzialverwaltung, die, z.B., in der Vermehrung der Zahl der Provinzen und in der Trennung zwischen Zivil-, und Militärverwaltung ihren Ausdruck findet, wobei die zivilen Befugnisse durch eine neue Art von Gouverneuren, die *praeses*, und die militärischen Befugnisse durch die *duces* wahrgenommen wurden. Auch der kräftige Anstieg der Preise charakterisiert die Krise des 3. Jh. n.Chr. seit Aurelian und trägt dazu bei, den Despotismus des Diokletian zu begründen. Mangel an sozialer Mobilität und Initiative haben zum Dirigismus geführt. Trotz ihrer Eigenschaft als freie Menschen wurden die Kolonisten (*coloni*) und ihre Kinder an das Land gebunden, das sie bearbeiteten. Eine typische, normale Verfassungspraxis des Dominats ist das Mitregieren des Reiches durch mehrere Kaiser, z.B., durch vier Kaiser. Zweck dieses Systems, der sog. Tetrarchie, war eine reibungslose Transmission der Macht von den zwei übergeordneten Kaisern (*Augusti*) auf die zwei untergeordneten Kaiser, die sog. *Caesares*. Ferner, die übermäßige Ausdehnung des Römischen Reiches rechtfertigte insofern die Existenz mehrerer Kaiser, als die Aufgabenverteilung zwischen den Tetrarchen die Qualität der Regierungsführung verbesserte. Die endgültige Teilung des Römischen Reiches erfolgte nach dem Tode Kaisers Theodosius I., *Augustus* im Osten zwischen 379 und 394 n.Chr. und Alleinherrscher in den Jahren 394/395 n.Chr. Aus einem Reich sind zwei geworden und zwar das Oströmische Reich wurde Arcadius (395-408 n.Chr.) zugesprochen und das Weströmische Reich seinem Bruder Honorius (395-423 n.Chr., 421 n.Chr. gemeinsam mit Constantius III.).

Die sogenannte Völkerwanderung, d.h., der Überfall mehrerer germanischer Stämme bzw. Stammesgruppen, Ethnien und anderen Gruppen auf römisches Reichsgebiet im 5. Jh. n.Chr. hat den Untergang des Weströmischen Reiches veranlasst, während die östliche Reichshälfte weiter existierte. Im 5. Jh. erfuhr der weströmische Staat ein allmählicher Zerfall. Der Abschluss von Verträgen mit nicht-römischen, barbarischen Gruppen, die ein Recht zur Ansiedlung auf römischem Reichsgebiet enthielten (*foederata*), sind Herrschaftsinstrumente, worauf die abgeschwächten römischen Kaiser zurückgriffen, um ihren Machtanspruch auf das römische Reichsgebiet weiterhin behaupten zu können. Noch aus weiteren Gründen kam die Autorität der römischen Kaiser auf den Prüfstand. Die Ausbreitung des sog. Patroziniums sowohl im Oströmischen als auch im Weströmischen Reich bedeutet, z.B., dass Prominente wie kaiserliche Beamten und Großgrundbesitzer Privarmeen unterhalten (e.g.: *buccellarii*), die in ihrem eigenen Interesse handeln und nicht im Dienst des Gemeinwohls stehen. Vor allem nach der Herrschaft des Majorian (457-461 n.Chr.) war der Zerfall des weströmischen Staates nicht mehr zu stoppen.

⁵⁷ Siehe SARDINHA, C. *Alta-Traição e Lesa-Majestade. Germanismo e romanismo na história do direito visigótico primitivo*. Lissabon, 2011, S. 201ff.

⁵⁸ Siehe SARDINHA, C., *Cronologia de Direito Romano*. Lissabon, 2022, S. 33.

⁵⁹ Siehe RÉMONDON, R., *La Crise de l'Empire Romain. De Marc Aurèle à Anastase*, 3^e édition, avec compléments bibliographiques de GASCOU, J.. Paris, 1997, S. 224f.

Women and Criminal Law in the *Furs de València* of King James I (1208–1276)

Carmen Lázaro Guillamón*

Abstract

One of my principal lines of research concerns the way Roman Law was reinterpreted by jurists of the *ius commune*, together with the study of this process in historical Valencian regional law. This strand coincides with another important line of my research work: the study and analysis of the legal position of women in history. As a link between these two approaches, this study is intended to analyse the texts relating to criminal law in the *Furs de València* of James I (Jaume I) of Aragon insofar as they concern women and the female context. This exegetical methodology will be used to determine the extent to which the sources of Roman Law and the *ius commune* were received in the texts of the *Furs*. Theory will also be developed on the reasons for the presumed lack of direct reception of those sources in this area, despite the fact that the *Furs* form one of the most Romanised medieval law codes.

Keywords: woman; *Furs de València*; Roman Law; *ius commune*; criminal law; James I of Aragon; female crimes.

1. Introduction: The *Furs de València* in context

The *Furs de València* are a set of legal regulations and precepts that governed political and legal life in the Kingdom of Valencia, which belonged to the Crown of Aragon¹ from its conquest in 1238 by King James I (1208-1276) until its abolition by the *Decretos de Nueva Planta*, signed by Philip V (1683-1746) in 1707 after the War of the Spanish Succession. They form a legal corpus that was in force for more than 400 years, serving as the text of reference to organise coexistence in all public and private spheres in the Kingdom of Valencia for a long period of history.

In the period known as the *Reconquista*, King James I of Aragon, the leader and central figure in the campaigns that led to the formation of the Kingdom of Valencia, wanted to give the new territory won from the Muslims a body of law² that would allow the management of the public and private life of the new

territory. The original core of this historic Valencian law is found in the *Costumes de la Ciutat de València* (Customs of the City of Valencia), granted by King James I to the city in 1238-1239. It seems that they were drawn up by Pere Albert,³ a jurist at the royal court and canon of the cathedral of Barcelona. Albert had been educated at the *Studium Generale* in Bologna, so he knew the texts of Roman Law and the Accursian gloss, as he was also a contemporary of Franciscus Accursius. It is therefore hardly surprising that Valencian law adopted the legal solutions of the *ius commune*, or common law, which, as we know, included the *ius canonicum*.

Based on the *Costumes de la Ciutat de València*, the *Furs de València* – the first general compilation of Valencian law – were made, sworn and promulgated as the territorial law for the entire Kingdom by King James I in a “Privilege”⁴ of 11 April 1261.

This compilation was never repealed, but later Valencian parliaments and royal privileges from the 13th century onwards

* Prof. Carmen Lázaro Guillamón, PhD, Senior Lecturer in Roman law – Faculty of Law and Economics, and member of the research group Medieval Law in the Aragon Kingdom, at Universitat Jaume I, Spain. Email: mclazaro@uji.es / ORCID 0000-0003-4229-8522.

¹ Among others: LALINDE ABADÍA, J., *La Corona de Aragón en el Mediterráneo medieval (1229-1479)*. Zaragoza, 1979; CORRAL LAFUENTE, J.L., *La formación territorial. Historia de Aragón*. Zaragoza, 1985; LÓPEZ ELUM, P., *El nacimiento del reino de Valencia*. Valencia, 1998; FURIÓ I DIEGO, A., *El rey conquistador: Jaime I, entre la historia y la leyenda*. Alcira, 2007.

² GARCÍA EDO, V., *La obra legislativa de Jaime I de Aragón (1208-1276)*. Castellón, 2008; GARCÍA EDO, V., Origen i expansió dels Furs o Costum de València durant el regnat de Jaume I. In: *Boletín de la Sociedad Castellonense de Cultura*, vol. 69, Nr. 2, 1993, p. 175-200.

³ GARCÍA SANZ, A., El jurista Pere Albert i la seva obra. In: *Estudis històrics i documents dels arxius de protocols*, vol. 14, 1996, p. 7-38; GARCIA EDO, V., La “Costum de la ciutat i Regne de València” de 1238. In: *Anuari de l’Agrupació Borriana de Cultura: Revista de recerca humanística i científica*, vol. 30, 2019, p. 9-21, p. 13.

⁴ To clarify the type of regulation this “privilege” is, we can say that, while *furs* were the rules dictated by the King with the presence and consensus of the parliament (Cortes), “privileges” were dictated by the king at the request of interested parties who were part of the parliament (a city, a guild, nobles, the Church and so on). In 1515, the Valencian notary public Luis Alanya published an enormous compilation of the “privileges” of Valencia, dictated by monarchs from James I to King Ferdinand the Catholic, entitled *Aurem Opus*. The edition used is CALERO CALERO, F., CABANES PECOURT, M.D., GARCIA EDO, V., *Aureum opus regalium privilegerum civitatis et regni Valentie cum historia cristianissimi Regis Jacobi ipsius primi conquistatoris*. Valencia, 1999. The text is cited using the abbreviation AO, followed by the king who promulgated the privilege, the chapter (*chap.*) and the folio (*fol.*).

corrected or clarified some matters. After the 16th century, the amendments were less important.

The written sources of historical Valencian law are specified in the precepts promulgated by the Valencian parliament (formed by the ecclesiastical, military and royal branches of authority) which, depending on whether they were acting together or separately, resulted in *furs* (regulations approved by the king and the three branches of power incorporated into the code of the *Furs*); or in *actes de Cort* (regulations approved by the king plus only one or two branches of power). The latter bound only those who had agreed to them and were not incorporated into the code. Written Valencian historical law also consists of precepts produced by the royal authority without the involvement of parliament. These are the so-called *privilegis* (privileges), which were issued at the request of members of parliament. Their purpose was to regulate new circumstances. There were also *pragmàtiques* (proclamations) – regulations promulgated by the king *motu proprio*. Unwritten law consisted of custom, case law and supplementary law, making up the *ius commune*.

Ultimately, in their time, the *Furs* were the first example on the Iberian Peninsula and the second in Europe of a legislative text constructed, essentially, from the institutions of Roman Law⁵ that had been received and begun to be studied at the *Studium Generale* in Bologna. Based on this premise, legal doctrine since the end of the 19th century has been interested in elucidating the sources of the *Furs de València*. The first to deal with this matter was Bienvenido Oliver,⁶ who stated that the *Furs* are a later development directly influenced by the *Costum de Tortosa*. As a conclusion to his study, he added an index of concordances between the two legal texts which, in his opinion, corroborated this thesis. However, although his research was original and innovative, he made a mistake in not taking into account the Latin text⁷ of the *Furs*. At a later date, Chabás,⁸

criticised Oliver's thesis because, in his opinion, the *Costum de Tortosa* was later than the *Furs*. However, the author states that there are undeniable similarities between the two codes, because, if the parent of the Code of Tortosa is the Code of Justinian "the logical result has to be that two laws that are the same as a third one also have to be the same". This determines that Valencian law has a very clear Roman origin. However, we cannot say that Chabás' work provides a definitive result on the effective reception of Roman Law. Later, Danvila⁹ addressed the problem of the *Furs*' sources, although his approach is also incomplete. In his work, Danvila includes a diagram of concordances between sections of Justinian's *Codex*, the codex of the *Furs* in the municipal archive of Valencia, the codex at the Academy of History, the *Costums de Tortosa* and the 1547 edition of the *Furs*.¹⁰ Based on this index of agreement, Danvila considers the Roman element as fundamental. However, he speaks of the possibility of a Visigothic-Roman element whose influence he does not address.

Three years after the appearance of Danvila's *Estudios Críticos*, Castañeda,¹¹ without going into the issue too deeply, determined that the *Furs* drew on Roman Law sources, especially the *Codex* and *Instituta*; the *Fuero Juzgo*; Natural Law; and the Decrees of Pope Gregory IX, although he does not specify the texts. Galo Sánchez is continuing to research the sources of the *Furs*.¹² He subscribes to Chabás' thesis and adds the possible influence of *Lo Codi* and the *Libri Feudorum*. Years later, Honorio García¹³ began research aimed at verifying the element of customary law in historical Valencian Civil Law. His study confirmed the existence and importance of the Germanic element, in addition to the influences already described regarding the *ius commune*. As we have already said, in the middle of the 20th century, Dualde¹⁴ brought out an edition of the *Furs* in the introduction to which he reaffirmed the very notable influence of the Roman sources

⁵ GARCÍA GARCÍA, H., El Derecho Romano en los *Furs*. In: *Boletín de la Sociedad Castellonense de Cultura*, vol. 30, 1954, p. 177-182, p. 177, says that the Roman influence on the *Furs* is generally and unanimously recognised.

⁶ OLIVER I ESTELLÉS, B., *Historia del Derecho en Cataluña, Mallorca y Valencia* (4 vols.). Madrid, 1876-1881, p. 330.

⁷ COLON DOMÈNECH, G. – GARCIA SANZ, A., *Furs de València*, 8 vols. Barcelona, 1980-1999, vol. 9: COLON DOMÈNECH, G. – GARCIA EDO, V., Barcelona, 2002 (this is the edition of the text of the *Furs* we are going to use in this study), specifically: COLON DOMÈNECH, G. – GARCIA SANZ, A., *Furs de València, cit.*, vol. I, p. 74, declares that the Latin text of the *Furs* is inferred from manuscript 146 from the Valencia Cathedral Archive. This manuscript, *Fori Antiqui Valentiae*, was edited by Manuel Dualde Serrano, and published via the School of Medieval Studies of the Higher Council for Scientific Research (Madrid-Valencia 1950-1957).

⁸ CHABÁS LLORENS, R., *Génesis del Derecho Foral de Valencia*. Valencia, 1902.

⁹ DANVILA Y COLLADO, M., *Estudios críticos acerca de los orígenes y vicisitudes de la legislación escrita del antiguo Reino de Valencia*. Madrid, 1905.

¹⁰ The following are the most important editions of the *Furs*: the first printed edition of the work in the vernacular language, made at the Lambert Palmar's printing press in Valencia in 1482 from a copy by the notary public Lluís d'Arinyo. There is a facsimile reproduction of that edition from 1977 published by the University of Valencia. There is another edition printed in Valencia by Joan de Mey in 1547-48, made from a copy by the notary public Frances-Joan Pastor following the one begun by Lluís Alanya. There is also an edition with language annotation by Germà Colon and Arcadi García, which is the one we are following this study: COLON DOMÈNECH, G. – GARCIA SANZ, A., *Furs de València*, 8 vols. Barcelona, 1980-1999, vol. 9: COLON DOMÈNECH, G. – GARCIA EDO, V., Barcelona, 2002. The edition, which follows JB Pastor's systematic edition of 1547, has been chosen because it includes the double version in the vernacular language and in Latin of the texts of the *Furs*. As well as the critical gloss on each text that it contains, this version can help us find the most accurate meaning of the legal regulations under study and carry out a more complete exegesis. In line with using this edition, we have also chosen to use the same form of citation for the specific texts of the *Furs* as its authors. The first number in capital letters is the book, then the heading in verses, and finally the specific *fur* in Arab numerals.

¹¹ CASTAÑEDA Y ALCOVER, V., *Estudios sobre la historia del Derecho Valenciano y en particular sobre la organización familiar*. Madrid, 1908.

¹² SÁNCHEZ SÁNCHEZ, G., Nota crítica a S. Cebrián Ibor: Los Fueros de Valencia. III Congreso de Historia de la Corona de Aragón, Volumen I (Valencia 1925) 605-668. In: *Anuario de Historia del Derecho Español*, vol. 2, 1926, p. 383-584.

¹³ GARCÍA GARCÍA, H., Sobre el fondo consuetudinario del Derecho de Valencia. In: *Boletín de la Sociedad Castellonense de Cultura*, vol. 18, 1943, p. 17-19; GARCÍA GARCÍA, H., Posibilidad de un elemento consuetudinario en el Código de Jaime I. In: *Boletín de la Sociedad Castellonense de Cultura*, vol. 23, 1947, p. 428-450.

¹⁴ DUALDE SERRANO, M., *Fori Antiqui Valentiae*. Madrid-Valencia, 1967, p. 1950-1967.

and flatly denied that of *Lo Codi* and the Theodosian Code. At this point, we should quote García-Gallo,¹⁵ when he briefly states that “the main sources of the *Furs*, followed literally or in extract form, are the Digest and the Code of Justinian”. Colon and Garcia,¹⁶ especially in the introduction to their edition to their edition of the *Furs de València*, include a brilliant dissertation on the sources of Valencian law. In particular, they state that a series of diverse influences or strata coexist in the *Furs*, of which the most important is Roman Law. In fact, Roman sources and principles are introduced in two phases. The first of these, which the authors call the literalist phase, or the incorporation of texts from the Code of Justinian, makes the *Furs* the most extensive monument in the context of Hispanic law. The second phase, which corresponds to a later Romanisation, consists not so much of the verbatim importing of texts, but of Roman legal concepts and methods. In addition, it is almost unquestionably true that other texts from Aragonese and Catalan law have been used, particularly the *Consuetudines Ilerdenses* and the *Usatges de Barcelona*, as well as the influence of custom and other legislation that has not yet been studied in relation to its possible influence on the Valencian text, namely: the *Liber Iudiciorum* and the *Libri Feudorum*. These authors also deny any influence from *Lo Codi*. However, Ana María Barrero,¹⁷ who clearly considers the *Furs* an important milestone in the general phenomenon of the reception of Roman Law on the Iberian Peninsula, does not rule out the influence of *Lo Codi* on the Valencian text, which is why she includes in her study an index of concordances between the *Codex*, *Lo Codi* and the *Furs*.

Finally, García Edo states¹⁸ that the possibility of including the *Costum de València* (1238), as well as the *Costum of Tortosa* (1272-1273), in the list of influences is not plausible because it is a mere translation and adaptation to the situation in that city forming part of a late Catalan family of abbreviated *fueros*. The *Furs* are the first extensive testimony of the assimilation of the teachings of the *ius commune* in the Peninsula, and we therefore must consider them as the first of the great legal systems of the 13th century, drawing on currents of the European *ius commune* and, at the same time, also integrated into the set of legal sources making up that *ius commune*.¹⁹

Thus, the *Furs de Valencia* of King James I follow the structure of Justinian’s *Codex* in their systematic order.²⁰ From the systematic organisation, it can be concluded that practically all of the issues the cover refer to the legal configuration of political organisation, to issues of procedural law and, of course, to the set of private law institutions that order the lives of citizens. In this structure, the criminal context of the *Furs de Valencia* does not show sufficiently systematic organisation²¹ and we would clearly be making a mistake if we tried to analyse it from a modern perspective. In the legislative context of the Kingdom of Valencia at the time, the scope of Criminal Law was part of the overall code, included among its sections as a part of the legal system that affected and was integrated into the private sphere of the person. The division between public law and private law did not affect the configuration and classification of crimes covered by the legal text itself. Thus, the general criminal context of the *Furs de Valencia* does not show a sufficiently differentiated, systematic, autonomous structure.

Given these caveats, the criminal laws in the *Furs* do typify a series of crimes with an almost exclusively female component, placing women in the position of both victim and victimiser (we use these clearly modern terms – victim and victimiser – to make the study sufficiently clear). Essentially, illicit conduct in the criminal context suffered by women, as victims, or performed by women, as victimisers, are included in section II of Book IX of the *Furs*: *De adulteris e de aquells que se’n menaran fembres vèrgens o per força – De adulteris et raptu virginum*, corresponding to C. 9.9;²² and under two more headings: V in book IX: *De iniuriis – De iniuriis*, corresponding to C. 9.35,²³ and VII in book IX: *De crims – De criminibus*, which has no correlation in Justinian’s *Codex*.

In particular, I will analyse the texts of the sections referring to crimes committed by women or where women are victims. The analysis of these legal sources will, as Cantarella states,²⁴ allow me to contribute to reconstructing the female condition based on objective, neutral laws covering the lives of all women. Because, despite the mismatch between legal regulations and reality, an analysis of the rules will be the basic assumption for showing any possible distance between reality and the contents of the regula-

¹⁵ GARCÍA-GALLO DE DIEGO, A., *Curso de Historia del Derecho Español, I: Introducción e historia de las bases de la formación del derecho de las fuentes y del derecho público*. Madrid, 1950, p. 269-270.

¹⁶ COLON DOMÈNECH, G. – GARCIA SANZ, A. *Furs de València, cit.*, vol. I, p. 35ff. GARCÍA SANZ, A., *Las Consuetudines Ilerdenses y los Furs de València*. In: *Boletín de la Sociedad Castellonense de Cultura*, vol. 41, 1956, p. 1-25, determines the influence of the *Consuetudines Ilerdenses* on the Valencian text.

¹⁷ BARRERO GARCÍA, A. MARÍA, *El Derecho romano en los “Furs” de Valencia de Jaime I*. In *Anuario de Historia del Derecho Español*, vol. 41, 1971, p. 639-664, p. 639.

¹⁸ GARCÍA EDO, V., *El parentesco entre las “Costumes” de Lérida (1228), Valencia (1238) y Tortosa (1272-1273)*. In: *Anuario de Historia del Derecho Español*, vol. 67, Nr. 1, 1997, p. 173-188, p. 186.

¹⁹ GARCIA EDO, V., *Aeternum Ius Romanum. Dos estudios de Derecho Romano y ‘Ius Commune’ y una biblioteca jurídica del siglo XVI*. Castellón, 2022, p. 16.

²⁰ As COLON DOMÈNECH, G. – GARCIA SANZ, A., state in *Furs de València, cit.*, vol. I, p. 32, based on Francesc Joan Pastor’s edition of the *Furs*, it is clear that the sections of the *Furs* follow almost exactly the order of Justinian’s *Codex repetitae praelectionis* in its first nine books, as the last three of Justinian’s work are part of the *Volumen parvum*, following the division of the old editions of Justinian’s compilation.

²¹ Regarding women and criminal law in the *Furs*, the study by ROMEU ALFARO, S., *La mujer en el Derecho penal valenciano*. In: *Estudios dedicados a Juan Peset Aleixandre*, III. Valencia, 1982, p. 459-473 is fundamental and practically unique.

²² According to COLON DOMÈNECH, G. – GARCIA SANZ, A., *Furs de València, cit.*, vol. VII, p. 25, note 1 to the section, this corresponds to C. 9.9, *Ad legem Iuliam de adulteriis et stupro*, and to *Costum de Tortosa*. 9.2, *De força feta a femnes, de fornicació o de adulteris o espuncelades o esvergenades*.

²³ According to COLON DOMÈNECH, G. – GARCIA SANZ, A., *Furs de València, cit.*, vol. VII, p. 46, note 1 to the section, this corresponds to C. 9.35, *De iniuriis*, and *Costum of Tortosa*. 9.4, *De iniuriis*.

²⁴ CANTARELLA, E., *L’ambiguo malanno. Condizione e immagine della donna nell’antichità greca e romana*. Rome, 1981, p. 27ff.

tions. This distance is normally less in the public, criminal and procedural spheres than in the private context, especially family law. It can also vary depending on the social status of the woman whose behaviour is concerned. Indeed, it is important to stress that, in principle, although not in all illicit acts (it mainly affects those with an important sexual component), the social condition of the woman or her belonging to different classes will determine the diversification of the punished behaviours and the penalties associated with the crime. Romeu Alfaro²⁵ quite rightly concludes that her social position was a particular conditioning. As we understand it, this affected two areas. The first was determined by her family status, that is, whether she was single, married or widowed. The second was determined by other factors, such as the religion she professed (Christian, Muslim or Jewish), or even whether she was a member of the Church, as well as her socio-economic status: noble, bourgeois or simply an ordinary person.

We believe it is appropriate at this point to note two issues: one related to the use of language and the legal capacity and ability of women to act, and another concerning the chronology of the texts to be analysed.

Regarding the use of language and the legal capacity and ability of women to act, in the *Furs* we will begin by noting that they themselves make it clear that undefined phrases written in the masculine form encompass both men and women. This statement is made specifically in *fur IX-xv-2* (Iacobus I, rex)²⁶. *En aquesta paraula, ço és a saber, alcun, és entès hom o fembra*,²⁷ which explains and clarifies that the determiner *alcun* (*si quis* in Latin) alludes to and encompasses both men and women.²⁸ It is also a literal reproduction of D. 50.16.1²⁹, a text found in title XVI of book L of the Digest *de verborum significatione*.

Moreover, the *Furs* generally refer to the position of weakness of women and their sex. Literally the *fragilitat de les fembres – muliebris fragilitas* (fragility of women) to which *fur IV*

alludes.xix-28³⁰ provides justification for the law establishing protective provisions. This natural or biological inferiority attributed to the female sex is perfectly reflected in *fur VI-xi-1* when it states that *la natura de la fembra és pus flacca que la de l'hom – quia naturamulieris debilior est quam natura hominis* (the nature of the woman is weaker than that of a man). According to López Elum and Rodrigo Lizondo,³¹ this weakness increases because of the high death rate in childbirth.³²

In all cases, in the *Furs*, women have legal capacity in both procedural and criminal spheres and the age of majority is established at 20 years.³³

Concerning the chronological location of the texts, as noted in this introduction, the legal historiography of the law of the Kingdom of Valencia does not by any means end with the promulgation of the *Costum* in 1238. There is no doubt that successive monarchs were active in the field of legislation. For the purposes of this research, we focus exclusively on the legislation corresponding to King James I, as we believe this will provide us with clearer, more specific knowledge of the influences and extent of the reception of Roman Law and the *ius commune* in the Valencian system, particularly if the initial regulations making up the *Furs* are studied. It must also be considered that almost all of the *Furs* texts concerning crimes where the woman is the victim, or where the woman is the one performing the criminal behaviour, seem to have no literal parallel in Roman sources. Determining this scope is one of the aims of the study, as has already been mentioned. So focusing exclusively on the texts of James I will allow us to determine more accurately the possible reasons why Roman Law has not been received in this case.

2. Crimes where the woman is the victim

Rodríguez Gil correctly points out³⁴ that the writer of the *Furs* was concerned with respect for women and their honour.

²⁵ ROMEU ALFARO, S., *La mujer en el Derecho penal valenciano*, cit., p. 460.

²⁶ The Latin version of the *fur* reads: *Verbum hoc, si quis tam masculos quam feminas comprehendit*.

²⁷ The text is included in the *Furs* section entitled: *De significatió de paraules*, which, according to COLON DOMÈNECH, G. – GARCIA SANZ, A., *Furs de València*, cit., vol. VII, p. 189, note 1 to the section correlates with C. 6.38, *De verborum et rerum significatione*, con la *Costum de Tortosa* 9.22, *De verborum significatione*, and with D. 50.16, *De verborum significatione*.

²⁸ COLON DOMÈNECH, G. – GARCIA SANZ, A., *Furs de València*, cit., vol. VII, p. 189, note 1 to the text.

²⁹ Literally, D. 50.16.1 (Ulpian 1 ad ed.). *Verbum hoc „si quis“ tam masculos quam feminas complectitur*.

³⁰ The text refers to the protection of a woman's dowry assets by prohibiting her husband from disposing of them. The reason for this protection is the fragility of a woman's will regarding any request by the husband for alienation of the property. Because the wife might bow to her husband's request, the legal regulation prohibits the alienation of the dowry assets. According to COLON DOMÈNECH, G. – GARCIA SANZ, A., *Furs de València*, cit., vol. IV, p. 189, note 1 to the *fur*, the text is an almost verbatim copy of Inst. 2.8pr.

³¹ LÓPEZ ELUM, P. – RODRIGO LIZONDO, M., *La mujer en el Código de Jaime I de los Furs de València*. In: *Las mujeres medievales y su ámbito jurídico. Actas de las II Jornadas de investigación interdisciplinaria del Seminario de Estudios de la Mujer de la Universidad Autónoma de Madrid*. Madrid, 1990, p. 125-135, p. 128.

³² COLON DOMÈNECH, G. – GARCIA SANZ, A., *Furs de València*, cit., vol. V, p. 266, note 6, state that this last text refers to the rule to be taken into account in the event of the co-morbidity of the husband and wife. It is considered that, in such a case, the wife had died earlier. It is a coherent theory from a systematic point of view given that *Fur VI-xi-1* is in the section *De coses dubtoses – De rebus dubiis*. Furthermore, according to the authors, the *fur* is taken from D. 34. 5. 9, although not verbatim, perhaps because King James I improved the regulation.

³³ This is what establishes *fur II xiii-1* (Iacobus I, rex). *Menor sia dit tro a XX anys e aquella cosa metexa sia entesa e dita de tot menor, haje muller o no muller. E deim que del dan que haurà pres dintre XX ans, pusque demanar restitució dintre II ans, los quals li atorgam oltra los XX ans, a demanar restitució. Aquest fur esmenà e romançà lo senyor Rey; the text in Latin says: *Minor dicatur usque ad XX annos, et illud idem dicatur et intelligatur de omni minore, sive habeat uxorem sive non. Et dicimus quod de omni dampno quod passus fuerit infra XX annos, possit petere restitutionem infra duos annos, quos ei concedimus, ultra XX annos, ad petendam restitutionem. Istum forum correxít et in romancio posuít dominus rex*. GARCIA SANZ, A., *Institucions de Dret Civil Valencià*. Castellón de la Plana, 1996, p. 26, notes that there are two exceptions to the rule: that of sufficient capacity to make a will from the age of 15 (*fur VI-iii-3* and 4) and the capacity to marry at the ages permitted by Canon Law. For some acts, higher age limits are established, such as adoption, permitted only to men over 25 (*fur VIII-vi-5*) and women over 30 (*fur VIII-vi-7*).*

³⁴ RODRÍGUEZ GIL, M., *Las posibilidades de actuación jurídico-privada de la mujer soltera medieval*. In: *La condición de la mujer en la Edad Media. Actas del Coloquio celebrado en la Casa de Velázquez, del 5 al 7 de noviembre de 1984*. Madrid, 1986, p. 107-120, p. 113.

He therefore decided to devote a considerable amount of space to it, and this interest encouraged the coverage of illicit acts such as rape, abduction, prostitution of daughters or wives and the slander we analyse below.

2.1 The crime of rape

We begin with the crime of rape, covered by section II of book IX of the *Furs: De adulteris e de aquells que se'n menaran fembres vèrgens o per força – De adulteris et raptu virginum*, corresponding to C. 9.9.³⁵ As stated above, whether the woman is a virgin and her marital status (single, married or widow) alter the civil and criminal consequences of the crime.

The rape of an unmarried virgin woman is included in *fur IX-II-1* (Iacobus I, rex).³⁶ *Si alcú forçarà fembra verge, ella clamant e provant o sos parents la força que li serà feyta, aquell qui la haurà forçada la prene per muller, si serà ell de sa valor o de mellor. E si ell no serà de sa valor, o serà tal que aquella no deje pendre per muller, do a ella tant del seu que pusque pendre marit de sa valor. E si fer no o porà, o no volrà, sia penjat.*

In other words, the text says that a man who rapes a woman has various options to purge his illegal behaviour: if he is of equal or higher social status than the raped woman, he is obliged to marry her; if he is of lower social status, he must compensate the raped woman financially so that she can marry another suitable man from her class. If the rapist does not comply, either by marrying the woman in the first case or by financially compensating her in the second, he is sentenced to death by hanging.

As can be seen, the immediate criminal consequences of the crime are utterly private, and horrifying, particularly if we think about the fact that a rape victim ends up married to her rapist. In addition, both consequences (marriage and financial compensation) depend on the perpetrator – they do not take into account the will of the female victim – even though the regulation provides for a sentence of hanging if the established consequences are not complied with.

The following explanation is in no way intended as justification, but it is possible, considering the thought processes of the time, to consider several factors to take into account when establishing the criminal consequences of the crime (marriage or financial compensation, as appropriate). Thus, it is relevant that the natural state of a woman is to be married, and that, therefore, the protected legal good is not so much sexual freedom (as it is today), but rather the woman's suitability to become a wife. This involves being a virgin and/or having suf-

ficient economic capacity. In other words, the legal regulation provides that whoever attacks this suitability to become a wife is obliged either to marry the defiled woman or, if appropriate, to compensate her financially so that a substantial dowry can be used as an incentive for marriage despite the woman's lack of purity. It is failure to comply with these "opportunities" for redemption offered to the perpetrator that causes him to be sentenced to hanging (public punishment).³⁷ In conclusion, legislators were more concerned that the woman could not achieve her ideal status (that of wife, and, therefore, being a necessary factor in the honourable formation of a family) than with the horrific act of the man who raped her.

If the victim was a married woman, the rapist's punishment was directly the death penalty by hanging, given that no reparation or redemption was possible under the provisions of *fur IX-II-3* (Iacobus I, rex).³⁸ *Si alcú forçarà fembra que haurà marit, e ella se'n clamarà e provarà la força.* In other words, the rape of a married woman leads to the direct imposition of public punishment. We believe that the direct imposition of the sentence is not only concerned with or based on the harm caused to the woman. In our opinion, as well as the horrific nature of rape, the direct sentence of hanging is founded on the damage it caused to the essential, basic nucleus of social organisation: the family.

If the raped woman was neither a virgin nor chaste but was single, *fur IX-II-4* (Iacobus I, rex)³⁹ established: *Aquell que forçarà fembra que no serà verge ne casta, do a ella tant del seu on pusque pendre marit, si doncs no serà putana pública. E açò sia a conexença de la cort e dels prohòmens; e si no haurà que li do, estia pres a merçè nostra o de la cort del loch.*

As can be seen, a single woman who was neither a virgin nor chaste (although this did not include women engaged in prostitution) could claim compensation for sexual assault that would allow her to find a husband, but it was at the discretion of the *cort e dels prohòmens* to decide on the circumstances and the punishment to be imposed. Thus, if the man could not pay a financial penalty, if imposed, he was at the mercy of the king or the *cort pres* – in other words, deprived of his liberty. This meant that the woman could not obtain private compensation for the crime committed against her.⁴⁰ This circumstance once again substantiates the fact that the woman's ability to become a wife and mother is what is being protected, regardless of whether the imposition of the public penalty is decided on – in this case, the deprivation of liberty.

The rape of a lord's wife, daughter, sister, niece or close relative committed by someone in his service – that is, who *menyarà*

³⁵ According to COLON DOMÈNECH, G. – GARCIA SANZ, A., *Furs de València, cit.*, vol. VII, p. 25, note 1 to the section, this corresponds to C. 9.9, *Ad legem Iuliam de adulteriis et stupro*, and to *Costum de Tortosa*. 9.2, *De força feta a femmes, de fornicació o de adulteris o espuncelades o esvergenades*.

³⁶ Or, in Latin: *Mulierem virginem si quis fortiauerit, et ipsa clamante et probante vel suis parentibus fortiam, ducat eam in uxorem, si sit de suo valore vel etiam de meliori. Et si non sit de suo valore vel talis qui eam ducere non debeat, donet ei tantum de suo quod possit ducere virum sui valoris, quod si facere non potuerit vel noluerit, suspendatur.*

³⁷ According to BENEYTO PÉREZ, J., *Iniciació a la historia del Dret Valencià*. In: *Boletín de la Sociedad Castellonense de Cultura*, vol. 15, 1934, p. 97-109 and p. 203-217, and *Boletín de la Sociedad Castellonense de Cultura*, vol. 16, 1935, p. 73-90, in the *Furs* it was customary to prefer corporal or pecuniary punishment to imprisonment.

³⁸ *Mulierem virum habentem si quis fortiauerit, ipsa clamante et probante fortiam, suspendatur.*

³⁹ *Qui fortiauerit mulierem non virginem nec casatam, donet ei tantum de suo unde contrahere possit, nisi sit meretrix publica. Et hoc ad cognitionem curie et proborum hominum. Et nisi habuerit quod det ei, stet captus ad mercedem nostram vel curie loci.*

⁴⁰ ROMEU ALFARO, S., *La mujer en el Derecho penal valenciano, cit.*, p. 467.

son pa or pendrà soldada or son benifet, is dealt with in *fur IX-II-5* (Iacobus I, rex).⁴¹ *Si alcú estarà ab senyor e, e jaurà ab sa muller o ab sa filla, o si aquella arraparà per rahó que la prena per muller, o en altra manera, que sia penyat. Aquella metexa pena sostingue si enfre I an depuys que serà partit del senyor farà aquell crim. Aquella metexa cosa sia feita d'aquell qui jaurà ab sa cor o ab sa neboda, o ab sa proïxma d'aquell ab qui haurà estat.*

The text,⁴² according to Romeu Alfaro,⁴³ covers cases of abuse of trust involving those who are part of a lord's service who perform a sexual acts with their master's wife, daughter, sister, niece or other relative. In this case the penalty imposed on the rapist is death by hanging. The peculiar feature of the text is that it extends the effects of the imposition of the sentence for up to one year after leaving the lord's service. In fact, this is not only a sexual assault, but a "violation of the feudal relationship",⁴⁴ which leads to the more severe direct punishment of death by hanging. A similar idea emerges from *fur IX-II-16*,⁴⁵ which governs rape in the case of relationships involving personal dependency. In particular, the text provides that when a man lies with a maid, servant, captive, etc., while in the lord's house, the penalty is established at 100 *suedos* (with the understanding that the financial penalty is received by the master) or, if this penalty is not paid, running naked through the town. It should be noted that in this case the raped woman is not part of the family of the man whose trust has been violated. The penalty varies: hanging is replaced by the payment of financial compensation to the lord, or, if this payment is not made, running naked – *en camisa e en bragues* – through the town.

In all cases, a crime of rape must be reported immediately (*fur IX-II-2*⁴⁶) or when the reason preventing it being reported immediately no longer applies.

There is some identification between the title of the *Furs* section and the Justinian text C. 9.9.

2.2 Crime of abduction

Regarding the crime of abduction, also dealt with in section II of book IX of the *Furs*: *De adulteris e de aquells que se'n menaran fembres vèrgens o per força – De adulteris et raptu virginum*, corresponding to C. 9.9,⁴⁷ we must also differentiate the circumstances based on the condition of women. In view of these differences, *fur IX-II-11* governs the case of a virgin or widow woman who consents to the abduction: *fur IX-II-11* (Iacobus I, rex).⁴⁸ *Fem Fur nou que si alcú se'n menarà alguna fembra verge o vídua, ella consenten e seran ella filla de cavaller o de burzès o de ciutadà honrat, que no faça faena de ses mans, sia tengut de donar per pena C morabatins, e estia fora-l regne de València per X ans; e si haurà pare o mare que la pusquen d'eseretar si-s volbran de la legítima a ella pertanyent en lurs béns. E si per aventura aquell qui la se'n menarà a ella seran d'egual valor, o encara valrrà ell més que ella, que ell sia tengut de donar per pena C morbatins. E si ell no ha de que pach aquells C morabatins, que estia III ans fora-l regne de València, de les quals penes haja la senyoria la meytat, e l'altra meytat aquells qui la injúria hauran soferta. E si no volrrà pagar aquesta pena, e la volrrà pendre per muller, que ho pusca fer e sia absolt de la pena.*

This is a *fur* sanctioned by James I in the parliament of 1271 (*fem Fur nou*) amending the Privilege of 19 January 1251 (AO).

⁴¹ *Si quis steterit cum domino et commenderit panem suum, vel acceperit solidatam aut beneficium suum et carnalem copulam cum filia vel uxore eius habuerit vel si eam rapuerit causa ducendi eam in uxorem vel alio modo, suspendatur. Eandem penam sustineat, si infra annum, unum ex quo ad nomino recesserit, illud crimen commiserit. Idem fiat de illo qui cum sorore vel nepte, vel aliqua proxima illius cum quo steterit, rem habuerit.*

⁴² According to COLON DOMÈNECH, G. – GARCIA SANZ, A., *Furs de València*, cit., vol. VII, p. 27, note 1 to the text, the provisions of *fur IX-II-16* which we discuss below, and *fur IX-x-1* relating to the crime of treason (Iacobus I, rex), must also be taken into account. *Traydor és qui ocirà son senyor o qui donarà consell ne ajuda, ne consentrà en la mort de son senyor, o qui-l lexarà en camp, o qui ab sa muller o ab sa filla de son senyor jaurà carnalment, o qui serà contra ell en batalla campal, o qui ocirà son fill o sa filla o sa muller, o son pare o sa mare de son senyor. E qui farà alguna cosa d'aquestes coses damunt dites, sia punit personalment e tots los béns d'aquell sien confiscats e encoreguts, salvus, emperò, lo dret a les mullers, els deutes, els contrats primerament fets [...].* In Latin: *Proditor est qui dominum suum occiderit vel qui mortem ipsius consensu, opere vel consilio fuerit machinatus vel qui cum uxore domini vel filia rem carnaliter habuerit vel in bello campestri contra eum fuerit, vel qui filium filiam, uxorem, patrem, vel matrem domini sui occiderit. Et qui in aliquo predictorum commiserit, personaliter puniatur et bona eius omnia confiscentur. Salvo iure uxoris et debitis, et contractibus prius factis [...].*

⁴³ ROMEU ALFARO, S., *La mujer en el Derecho penal valenciano*, cit., p. 467, the author further states that the use of the term *jaura* and not the more common *forçara* seems a conscious attempt to move away from the rape model.

⁴⁴ This is how ROMEU ALFARO, S., *La mujer en el Derecho penal valenciano*, cit., p. 471.

⁴⁵ *Fur IX-II-16* (Iacobus I, rex) refers to it. *Aquell qui jaurà ab serventa o ab serva o ab cativa o ab altra fembra d'aquell ab qui estarà enfre aquell temps, enfre el qual ell estarà en la companya o en la casa d'aquell senyor, pach al senyor C solidos e còrrega nuu en camisa e en bragues per la vila, or*, in Latin: *Quicumque cum ancilla, vel serva, vel captiva, vel cum aliqua alia muliere eius, cum quo steterit, infra tempus quo ille in familia sive domo steterit, rem habuerit, solvat domino familie C solidos, vel currat nudus in braciis vel camisia per villam.* According to COLON DOMÈNECH, G. - GARCIA SANZ, A., *Furs de València*, cit., vol. VII, p. 33, note 1 to the text, this *fur* was amended by the privilege of 1 May 1321 (AO, Iac. II, chap. CXV fol. LXVII v^o) and is complementary to *fur IX-II-5*.

⁴⁶ *Fur IX-II-2* (Iacobus I, rex). *Fem Fur nou que-l dia que la fembra serà forçada per alcú, e se'n volrrà clamar que aquell dia meteix que serà forçada faça son clam, si donchs presa no serà o embargada per alguna justa rahó, que aquell dia no pogués fer aquell clam. E quan serà exida depressó o desembargada, faça son clam e valle aytant com si-l fahie e-l dia que serà forçada; e si no ho farà que d'aquí enant no sia hoida, and*, in Latin: *Facimus forum novum, quod die qua femina fortia erit per aliquem et inde conquiri voluerit, quod ea die qua vim passa est conquireretur, nisi capta sit vel impedita aliqua iusta ratione, sic quod non potuerit querimoniam suam facere ea die. Quia cum relaxata fuerit vel expedita, querimoniam suam exposere possit, et per inde valeat, ac si ea die qua vim passa fuit eam fecisset, quod si hoc non fecerit, ex tunc minime auditatur.*

⁴⁷ According to COLON DOMÈNECH, G. – GARCIA SANZ, A., *Furs de València*, cit., vol. VII, p. 25, note 1 to the section, this corresponds to C. 9.9, *Ad legem Iuliam de adulteriis et stupro*, and to *Costum de Tortosa*. 9.2, *De força feta a femnes, de fornicació o de adulteris o espuncelades o esvergenades*.

⁴⁸ In Latin: *Facimus forum novum, quod si quis rapuerit virginem mulierem aliquam sive viduam, ea consentiente, que sit filia militi, vel burgensis, vel honorabilis civis qui cum manibus suis non operatur, teneatur solvere pro pena C morabatinos et extra regnum Valentie per X, annos permaneat. Que mulier si patrem vel matrem habuerit, pater vel mater eam exheredare possit, si voluerit, de sua legitima que ad eam de bonis eorum expectabat. Et si forte raptor et mulier rapta erunt eiusdem valoris vel etiam magis valuerit quam mulier ipse, teneatur pro pena C morabatinos solver. Et si non habebit unde solvere possit dictos C morabatinos, stet per tres, annos extra regnum Valentie. De quibus penis habeat medietatem senyoria et aliam illi qui iniuriam passi sunt. Et si noluerit hanc penam solvere et ipsam in uxorem accipere voluerit, hoc facere possit, et sit liberatus a pena.*

Iac. I, *chap. XXXV § 2 fol. XII vº*), under which the penalty for abduction was in all cases arbitrary.⁴⁹ With this new regulation, to determine the penalty the social status of the parents of the kidnapped woman, as well as that of the kidnapper, is relevant. The range of penalties is as follows: if the abducted woman is the daughter of a gentleman, bourgeois or citizen who does not work manually – that is, the father enjoys a certain economic position – the penalty may be financial⁵⁰ (100 maravedis) or, alternatively, banishment from the Kingdom of Valencia for 10 years. If the kidnapper is of equal or higher status than the victim, the financial penalty is maintained but the banishment is reduced to three years. Once again, marriage between the victim and the perpetrator redeems the penalty (here we would repeat the considerations made for the case of the crime of rape of an unmarried and virgin woman), although, in this case, the parents retain the right to cut off the inheritance to which their daughter would be legally entitled. In fact, it is treated as a marriage without parental consent⁵¹ – in other words, abduction with a “happy ending” – to which a punishment of banishment (ten or three years depending on the social status of the male) is added because of the abduction.

If maidens of marriageable age are abducted without consent and *per força, o per engan, o per diners, o per promissió, o per qualque altra manera*, as set out in *fur IX-ii-13*,⁵² the kidnapper must marry the woman if he is of equal or higher social status. If the kidnapper

is of lower status, a husband must be found for her. Once again, both marriage and facilitating the abducted woman’s marriage exempt him from punishment (although on this occasion there is no reference to compensating her by providing her with a dowry). As is customary, the death sentence is imposed only if the offender cannot or does not want to act in accordance with the law.

The abduction of an engaged woman is dealt with in *fur IX-ii-12*,⁵³ which distinguishes cases when the abducted woman consents to the illicit act from cases when the abducted woman has not been abducted by her fiancé: in other words, she was forcibly seized by another man. In the first case, the giver of the dowry can retain the promised *exovar* (in this case, abduction would be a way of precipitating the marriage);⁵⁴ in the second, the death penalty is established, perhaps because of the legal, ethical and social value of betrothal;⁵⁵ in other words, a betrothed woman is only slightly less worthy than a married woman.

The abduction of nuns immediately provokes a sentence of the death penalty, as the purpose of the abduction is not the acceleration of marriage, but rather rape and offence to God. This is specifically provided for in *fur IX-ii-15* (Iacobus I, rex).⁵⁶ *Aquells qui arraparan fembres vèrgens o viudes que seran en orde o portaran àbit religiós e seran donades a Déu, per ço cor aquells arrapadors no fan tant solament injúria a hòmens, ans fan desonor a Déu poderós de totes coses; majorment cor virginitat o castedat no pot ésser restituïda, pus sia trencada per dret, deuen ésser jutjats a mort.*⁵⁷

⁴⁹ COLON DOMÈNECH, G. – GARCIA SANZ, A., *Furs de València, cit.*, vol. VII, p. 30, note 1.

⁵⁰ It must be taken into account that the financial penalty, if imposed, is divided in half between the treasury and the victim.

⁵¹ For unmarried daughters, it was necessary to have the consent of the father or, if he had died, of the mother and her two closest relatives, as well as the two closest relatives of the deceased father. Marriage without these people’s consent was grounds for disinheritance of the daughter. This is set out in *fur VI-ix-2*. However, under no circumstances does lack of consent from these people affect the validity of the marriage.

⁵² *Fur IX-ii-13* (Iacobus I, rex). *Si alcú traurà alcuna fembra de casa de son pare o de sa mare, o d’aquells qui la tendran en poder, e que aquella sia de temps de maridad, o no de temps de maridar, que si ell és de valor d’ella que la prengua per muller. E si ella no val tant com ell, don-li ell marit de la valor d’ella; e si açò fer no podrà o no volrà, que muyre. Enadeix lo senyor Rey que sia entès si l’an traurà per força o per engan o per diners, o per promissió, o per qualque altra manera l’an traurà o la empararà. E açò sia entès en fembres puñcelles.* The Latin version says: *Si aliquis extraxerit aliquam mulierem de domo patris, vel matris, vel illorum qui eam in posse suo tenebunt, qui sit vel non sit nubilus actatus, si est valoris illius mulieris, eam accipiat in uxorem. Que si non valet tantum quantum ipse, det ei maritum valoris eiusdem mulieris, et si hoc facerenuerit vel non potuerit, moriatur. Hunc forum explanavit et renovavit dominus rex. Additio domini regis: hoc intelligatur si violenter extraxerit vel dolo vel pecunia vel promissione vel aliquo alio modo extraxerit vel emparaverit, et hoc intelligatur in virgine.*

⁵³ *Fur IX-ii-12* (Iacobus I, rex). *Fem Fur nou, que si alcú traurà sa esposa o fembra ab que haja feïta covinença per paraula de present, de casa del pare o de la mare, o dels amichs d’ella qui la tendran en poder meyns de volentat d’aquells, en poder de qui serà, dins I an pus que la haurà esposada, que.l pare o la mare, o ls amichs d’ella en poder de qui serà no sien tenguts de donar a aquell l’exovar que per ella li hauran promès de donar dins II ans de puys que treyta l’an haurà. E aquell qui traurà de casa de son pare o de sa mare, o dels amichs en poder de qui serà alcuna fembra que sia esposada a altre, e ell sabrà que sia esposada, que muyre; en su versió latina: *Facimus forum novum quod si quis extraxerit sponsam suam vel mulierem cum qua contraxit per verba de presenti, de domo patris vel matris vel amicorum eius, qui eam in posse suo tenent, et sine voluntate eorum in quorum posse erit, infra annum postquam eam desponsaverit, pater vel mater eius vel amici qui eam in posse suo tenebant, non teneantur dotem promissam infra duos, annos postquam eam extraxit. Et ille qui extraxit de domo patris vel matris vel amicorum in quorum posse mulier aliqua sit, que sit alii desponsata, sciens eam desponsatam esse, moriatur.* As can be seen, this is also a *Fur nou* which, as has been mentioned, is a *fur* sanctioned by James I in the parliament of 1271 amending the privilege of 19 January 1251 (AO, Iac. I, *chap. XXXV § 2 fol. XII vº*) under which the punishment for abduction was always arbitrary.*

⁵⁴ ROMEU ALFARO, S., *La mujer en el Derecho penal valenciano, cit.*, p. 468.

⁵⁵ According to ROMEU ALFARO, S., *La mujer en el Derecho penal valenciano, cit.*, p. 468-469, abduction must have become a common way of altering the family order which in 1528 drove the royal branch to request strict measures extending to those who claimed the woman had consented, simulated violence following a prior agreement, or promised marriage either before or after the fact. The death penalty and confiscation of property were requested, as established in *fur IX-ii-14* (Fermidandus dux, locumentens generalis Caroli imperatoris, regis Hispaniae. Anno MDXXVIII. Valentiae ad supplicationem brachii regalis). The author specifies that, since James I agreed to substitute “the penalty” of marriage between the kidnapper and the abducted woman for all other penalties, even the death penalty for the kidnapper, society has evolved, as quarrels in the city and the countryside provided fertile ground for the commission of these acts.

⁵⁶ In Latin: *Raptores virginum vel viduarum, que Deo fuerint dedicate, quod non solum ad iniuriam hominum, sed ad ipsius omnipotentis Dei irreverentiam committitur, maxime cum virginitas vel castitas corrupta restitui non potest, merito mortis dampnabuntur supplicio.*

⁵⁷ According to COLON DOMÈNECH, G. – GARCIA SANZ, A., *Furs de València, cit.*, vol. VII, p. 33, note 3 to the text, the *fur* is taken from C. 9.13. Ipr. Imperator Justinianus A. Hermogeni Mag. Off. *Raptores virginum honestarum vel ingenuarum, sive iam desponsatae fuerint sive non, vel quarumlibet viduarum feminarum, licet libertinae vel servae alienae sint, pessima criminum peccantes capitis supplicio plectendos decernimus, et maxime si deo fuerint virgines vel viduae dedicate (quod non solum ad iniuriam hominum, sed ad ipsius omnipotentis dei irreverentiam committitur, maxime cum virginitas vel castitas corrupta restitui non potest): et merito mortis damnantur supplicio, cum nec ab homicidii crimine huiusmodi raptores sint vacui* (a. 533). However, the text of the *fur* does not refer to female weakness as a reason why she cannot resist the seductive capabilities of the male.

The attack on God is therefore equivalent to that carried out against the family in the case of violence against married women, considering the immediacy of the death penalty.

2.3 Prostitution of a daughter or wife

The practice of prostitution⁵⁸ was not a criminal offence, according to Romeu Alfaro.⁵⁹ It was an exercise governed and controlled by the public authorities. Therefore, only violations of the established order were of interest. The legal provisions were aimed at avoiding pimping by husbands, parents, or other individuals outside the family circle taking advantage of a woman's activities. In this case, the woman was considered as the victim of the crime.

However, the *Furs* deal with this crime. In particular, the *Furs* establish that if a woman's husband is her pimp it is the same as if he had agreed to his wife having an adulterous relationship, which would imply the attitude of an accomplice. In this case, King Ferdinand II (AO. Fern. II, chap. 34, fol. CCXXX) established that action should be taken to punish both husband and wife, who should be whipped all round the town. It is striking that the woman faces double victimisation in that she is prostituted by her husband and, at the same time, punished like him, as if, by some malevolent logic, she were also guilty of adultery.

If parents encourage the prostitution of their daughters, the most severe penalty is more severe than for an accomplice husband, as the offenders are whipped naked, mounted on a donkey and wearing the infamous badge "Allaços" (as established in the privilege of Ferdinand II: AO. Fern. II, chap. 34, fol. CCXXX).

If the woman is prostituted by third parties, they may be banished from the town or suffer the punishment of whipping. Moreover, if their business takes place in brothels or taverns not controlled by public authorities, justice can act against them automatically, without the need for any complaint. This is what King Martin the Humane ordered in 1403 in *fur* I-III-103 (Martinus, rex. Anno MCCCCIII. Valentiae). *Contra alcavots qui frequenten en bordells o tavernes ab fembres, e viuen del quest de aquelles, puxa ésser enquesta per mer offici, per foragitar aquells de les ciutats, viles o lochs del dit regne; los quals sien açotats públicament*

*per la ciutat, vila o loch hon seran atrobats, per tantes vegades com atrobats hi seran. Dominicus Mascó*⁶⁰, and also in the privilege of James II (AO. Iac. II, chap. L, fol. LI v^o) and that of Ferdinand II (AO. Fern. II, chap. XXXIV, fol. CCXXX).

It is worth highlighting the establishment of institutions to care for former prostitutes, in particular the so-called *casa de les repenides* (or house of repented women) ordered by the privilege of Peter II (AO. Pet. II, chap. LVII, fol. CVII v^o) that tried to encourage them to abandon prostitution.

2.4 The attribution of the condition of prostitute to an honourable woman

The attribution to an honest woman of the condition of prostitute is specifically considered a crime of *iniuria*, in particular in *fur* IX-v-1 (Iacobus I, rex).⁶¹ *Fem fur nou [...] E qui dirà a altre renegat o cuguç, o putana a fembra honrrada, pac XX morabatins per pena. E aquestes penes no pusquen més créxer, mas devallen d'aquí enjòs, segons la valor de les persones, a estimació de la cort e dels prohòmens del loch; de les quals penes haja la meytat la cort e l'altra meytat aquell qui haurà soferta la injúria. Enadeix lo senyor Rey, que si no pot pagar les dites penes, que sia açotat per la vila e que sia exil-lat per I an del regne de València*⁶².

This kind of slander was punishable with the payment of 20 maravedis that could be reduced *a estimació de la cort e dels prohòmens del loch*. Half of the amount was paid to the treasury and the other half to the victim of the *iniuria*. If the financial penalty was not paid, the offender was sentenced to be whipped and banished from the Kingdom of Valencia for one year.

We close this section by recognising that the legal text establishes who has sufficient active legitimacy to report cases of slander. In this case, this included her husband and her father, as well as the woman who suffers the slander herself.⁶³

3. Crimes where the woman is the victimiser

In principle, the crimes where the woman is presented as the victimiser are adultery, bigamy (although in this case the man can also be guilty), abortion and poisoning.

It is particularly noteworthy that women were only imprisoned for especially serious crimes, and, in fact, the *Furs* in prin-

⁵⁸ In relation to this subject, see GRAULLERA SANZ, V., Un grupo social marginado: las mujeres públicas (El burdel de Valencia en los siglos XVI y XVII). In: *Actes du I Colloque sur le Pays Valencien a l'epoque moderne*. Pau, 1980, p. 75-98.

⁵⁹ ROMEU ALFARO, S., La mujer en el Derecho penal valenciano, *cit.*, p. 469.

⁶⁰ Domingo Mascó was a jurist of recognised prestige in the Kingdom of Valencia between the end of the 14th century and the first half of the 15th century. In 1402 he was an advisor to the "Bailía General" of the kingdom. On his life and work, see VIDAL BELTRÁN, E., *Valencia en la época de Juan I*. Valencia, 1974; GRAULLERA SANZ, V., *Los primeros juristas valencianos. Valencia en la Baja Edad Media. Siglos XIII y XIV*. Valencia, 2000.

⁶¹ The Latin version reads: *Facimus fórum novum [...] Et quicumque vocaverit aliquem renegatum, vel cucurbitam vel meretricem feminam honorabilem, pro pena solvat XX morabatinos. Et iste pene augeri non possint, sed minuantur infra, secundum valorem personarum, ad extimationem curie et proborum hominum loci. De quibus penis medietatem curia habeat et aliam iniuriam passus. In hoc foro addidit dominus rex, quod si iniurians non poterit solvere dictas penas, quod justigetur per villam, et exiliet per annum a regno Valentie.*

⁶² According to COLON DOMÈNECH, G. – GARCIA SANZ, A., *Furs de València, cit.*, vol. VII, p. 46, note 2 to the text, this was a *fur* sanctioned at the parliament of 1271. In fact, it begins with the statement *fem fur nou*.

⁶³ *Fur* IX-v-2 (Iacobus I, rex). *Si al fill d'alcú, o a fembra que haja marit, o a escuder, o a batle, o a aquell qui estarà a soldada ab senyor, serà feita injúria de feit o de paraula, és donada la demanda al pare e al marit, e el senyor, per rahó d'aquella injúria que serà dita o feita a les persones damunt dites. In Latin: Patri et marito et domino iniuriare est actio acquisita, si filio vel uxori, scutifero vel baiuio vel mercenario qui cum alio pro certo salario stabit, aliqua iniuria de predictis fuerit irrogata. According to COLON DOMÈNECH, G. – GARCIA SANZ, A., *Furs de València, cit.*, vol. VII, p. 47, note 1 to the text, in relation to children, the idea of this *fur* is repeated in *fur* IX-v-15 (Iacobus I, rex). *Fem Fur nou, que si a fill d'alcú serà feita injúria, que-l pare pusque fer demanda per rahó d'aquella injúria.**

ciple prohibit female imprisonment. They demand bail if the crime requires it and, if it cannot be provided, the defendant must swear to remain at the judge's disposal. Women were therefore imprisoned only for particularly serious crimes and duly separated from men, as follows from *fur IX-xxviii-23* (Iacobus I, rex). *Neguna fembra no sia mesa ni enclosa en carcere. Est supra titulo quals persones e coses etc. lib. I*⁶⁴.

It seems that the legislators wanted to avoid any sexual promiscuity among prisoners, as well as damage to the family due to the absence of an imprisoned wife.⁶⁵ The clear aim was to protect the basic nucleus that shaped and structured Valencian society during the conquest period: the family. Under *fur I-viii-5* (Iacobus I, rex),⁶⁶ a woman was therefore exempt from paying with prison for her own debts or for other reasons if she swore that she lacked assets with which to respond to these demands. *Si fembra serà demanada per son propri deute o per altre, no sia presa ne detenguda presa; mas jur que no ha alcunes coses o alcuns béns de que pusque pagar alguna cosa a son creedor.*

3.1 Adultery

The paradigmatic female crime was adultery. In fact, it was punished only when the person committing was the woman,

although a husband's adultery was acknowledged as a cause for the dissolution of the marriage.⁶⁷ However, a man who maintained a sexual relationship with an adulteress was also sentenced.

The punishment and description of the illicit act are included in *fur IX-ii-6* (Iacobus I, rex).⁶⁸ *Aquell qui serà pres en adulteri ab muller d'altre, jasia ço que aquell haurà muller o no haurà muller, dementre, emperò, que ella haurà marit, amdud ensem, tots nuus mas no sien baus, correguen per totes les plaçes dela ciutat e no sostenguen altra pena en persones ne en lurs coses.* Thus, the punishment for the crime of adultery was public shame, to which *fur II-vii-6*⁶⁹ adds the accessory penalty of infamy.

The criminal typology is amended by the Privilege of 19 March 1325 (AO. Iac. II, *chap. LXII, fol. LV*) and is complemented by the provisions of *furs IX-ii-7*⁷⁰ and 8.⁷¹ In the former, King Alfonso II extends the punishment to whipping and also establishes that it is a private crime which cannot be prosecuted automatically. So it can only be reported by a husband who cannot defend his honour privately.⁷²

Adultery also has civil effects, as it affects the economic relationship between spouses. Thus, if there was a *germania*

⁶⁴ COLON DOMÈNECH, G. – GARCIA SANZ, A., *Furs de València, cit.*, vol. VIII, p. 95, note 1 to the text, relates it to *fur I-vii-6* (Iacobus I, rex). *Neguna fembra no sia mesa ni enclosa en carçe ni que-ls homens la guarden per alcuna demanda que li sia feita peccunialment per lo fisch, ço és, per l'official del princep o per algun altre hom privat, o per demanda que li sia feita per algun crim. Mas si serà demanada per deute fiscal o privat, respona per sí o per son marit, o per altre sufficient procurador. Emperò, si serà tal crim per què's convingue que ella do fermança, don-la si la ha; e si no la darà e jurarà que no pot haver fermança que do, jur que ella estarà a manament del jutge e a conexença, e que observará ço que jutjarà per dret. Mas si-l crim o-l malefici de que ella serà demanada, serà axí greu que pena de mort aportàs a donàs, là-donchs deu ésser guardada curosament per la cort, enaxí que no sie mesclada ab los altres hòmens presos de la cort. Enadeix lo senyor Rey que tota fembra que aurà dita o feita injúria o malefici, e no porà donar fermança o caplevador de dret, que sia tenguda presa, mas no estia entre los hòmens mesclada.*

⁶⁵ LÓPEZ ELUM, P. – RODRIGO LIZONDO, M., La mujer en el Código de Jaime I, *cit.*, p. 132.

⁶⁶ In Latin: *Si mulier conveniatur pro suo proprio debito vel alieno, non capiatur nec capta detineatur; sed iuret se non habere aliqua bona de quibus solvere possit aliquid creditorum.*

⁶⁷ It is included in *Fur V-v-5*.

⁶⁸ In Latin: *Captus in adulterio cum uxore alterius, licet ipse uxorem habuerit vel non habuerit, dum modo ipsa virum habeat, ambo nudi, sed non verberati, per omnes plateas civitatis currunt; et non sustineant aliam penam in personis vel rebus suis.*

⁶⁹ *Fur II-vii-6* (Iacobus I, rex). *Infames són aquels qui seran condemnats en juhii de furt, de rapina, d'omecidi, de aülteri e d'altre crim consemblant a aquests.* In Latin: *Infames sunt illi qui condemnati erunt in iudicio de furto, rapina, homicidio et alio crimine consimili.*

⁷⁰ *Fur IX-ii-7* (Alfonsus I, rex. Anno MCCCXXIX. Valentiae). *Corrigén lo Fur antich, ordenam que si alcú serà trobat en adulteri en la manera coneguda en lo dit Fur antich, abduy còrreguen la vila açotan, ço és lo hom tot nuu en bragues e la fembra tota nua ab un lançol entorn les anques. Emperò, lo justícia no se'n puxa entrametre per presó o per altra manera, sinó a acusació del marit, tant solament, la qual acusatió lo marit puxa fer sens pena de talió. E si en altra manera lo justícia se n'entrametrà, sia caygut en pena de cent morabatins d'or, dels quals haja la cort la meytat e l'altra lo marit. Romanens, emperò, los Furs qui parlem de la honor de les persones en sa força e valor. The fur of reference (*fur antich*) is *fur IX-ii-6* (Iacobus I, rex). *Aquell qui serà pres en adulteri ab muller d'altre, jasia ço que aquell haurà muller o no haurà muller, dementre, emperò, que ella haurà marit, amdud ensem tots nuus, mas no sien baus, còrreguen per totes les plaçes dela ciutat; e no sostenguen altra pena en persones ne en lurs coses.* In Latin: *Captus in adulterio cum uxore alterius, licet ipse uxorem habuerit vel non habuerit, dum modo ipsa virum habeat, ambo nudi, sed non verberati, per omnes plateas civitatis currunt; et non sustineant aliam penam in personis vel rebus suis.* The husband is exempt from the *pena de talió* when making the accusation. This penalty is understood to be the one established in *fur IX-i-2* (Iacobus I, rex). *Fem Fur nou que no sien feïtes acusacions solempnialment, sinó axí: "jo aytal, acúss aytal"; e aquells qui acusaran altres de tal crim que si provat era degués pendre pena corporal, que aquell qui acusarà sofira aquella pena si no li o pot provar; mas en les altres acusacions sia tengut l'acusador de redre les despeses a.l acusat que haurà feïtes per aquella rahó, pus l'acusador no li o pusque provar. Enadeix lo senyor Rey que allò meteix sia entès en denunciador, quant a les despeses que és dit en acusat. E sia entès denunciador aquell qui volrrà la denunciació perseguir, e la perseguirà en tot o en major partida.* In Latin: *Facimus forum novum quod non fiant accusationes sollempniter, sed fiant sic: "Ego talis accuso talem"; et ille qui accusabit de tali crimine quod, si probaretur, deberet pati penam corporalem, accusator si crimen probare non poterit, eandem penam paciatur. Sed in aliis accusationibus, si eas accusator probare non poterit, accusator expensas propter ea factas restituere teneatur. Additio domini regis: hoc idem intelligatur in denunciatore quod in accusatore quantum ad refundendas expensas. Et intelligatur denunciator hoc casu ille qui prosequitur denuntiationem in totum vel pro maiori parte, where, as stated by COLON DOMÈNECH, G. - GARCIA SANZ, A., *Furs de València, cit.*, vol. VII, p. 8, note 1 to the text, the possible sentencing of the accuser to the *pena de talió* is intended to avoid slanderous accusations. A privilege of James II from 1314 (AO. Iac. II, *chap. LXII, fol. LIIII*) allows the woman to be punished without complaint or accusation if the adultery was well-known and notorious. Another privilege of 1446 (AO., In Extra., *chap. 30, fol. CCXLV*) insists on prohibiting agents of the administration of justice intervening in the investigation of these crimes unless there is a prior complaint by the husband (or by persons with other degrees of kinship). In short, it prevents arbitrary actions by judicial officials.**

⁷¹ Its content is analysed a little later.

⁷² ROMEU ALFARÓ, S., La mujer en el Derecho penal valenciano, *cit.*, p. 464.

agreement,⁷³ the woman would lose her half. She would also lose the *exovar*⁷⁴ if, having committed adultery, she leaves the marital home. In such a case, the *exovar* would be enjoyed for life by the husband, succeeding by the children of the marriage, if any. If the marriage did not have children, the husband would entirely take over the *exovar* (*furs* V-II-3 to 5 and V-V-20). The husband's adultery affects only the civil sphere, as, if the marriage is dissolved due to adultery, the husband will not be able to claim either *exovar* or nuptial rights (*fur* V-v-16). The husband's adultery therefore has no criminal consequences.

A privilege from 1446 (AO., In Extra., chap. 30, fol. CCXLV) allowed a married man whom a woman has abandoned for adultery or another crime to have another woman in his home, and even to have sexual relations with her, without being able to be reported or accused of any crime, excluding concubinage and bigamy.

We must remember, too, that if the husband agrees to the wife's adulterous relationship (as an accomplice), a privilege of Ferdinand II (AO. Fern. II, chap. XXXIV, fol. CCXXX) allows action to be taken to punish both husband and wife by having them whipped around the town.

From a procedural point of view, adultery is a crime based exclusively on indications or presumptions, as can be drawn from *fur* IX-II-8 (Iacobus I, rex)⁷⁵. *Nós dehim que là-doncs la fembra és presa e trobada en adulteri, quan és trobada sola en I lit ab altre o-ls veu hom levar del lit. Enadeix lo senyor Rey que si la fembra maridada és trobada sola ab hom en I lit, o-ls veu hom levar del lit, o és semblant que se'n leven o altres presumpcions violens hi seran, que là-doncs és presa*

en adulteri, esguardada la valor de les persones per la justícia e per los prohòmens.

That is to say, it is enough for the woman to be found in bed with a man or for them to be seen getting up together or *altres presumpcions* for the woman to be accused of adultery. This presumption derives from the Canon Law system.⁷⁶ In other words, proof of the crime of adultery ranges from being caught red-handed to a series of much broader indications,⁷⁷ contradicting what the *Furs* themselves have to say regarding circumstantial accusations (particularly in *fur* IX-VIII-52⁷⁸). For the crime of adultery, the judicial guarantees were those referred to in the privilege included in AO, In extrav., chap. XXX fol. CCXLV. In other words, neither the Criminal Justice nor his lieutenant, nor other officers, could enter the home of a married or single woman either during night or day to catch her committing adultery, nor could they arrest a single woman with a single man, and, if the woman left the marital home due to adultery, her husband could live with another woman as man and wife.

In short, the greater strictness with female sexual freedom is very noticeable, especially when it affects the organisation of the family. This is essentially so that the succession of legitimate children could be indisputable in terms of their paternity.

3.2 Bigamy

Regarding the crime of bigamy, Valencian legislation treats it concisely, although it seems that it cannot have been an infrequent crime. According to Romeu Alfaro,⁷⁹ its brief treatment

⁷³ We must remember that the legal economic system for marriage established in the *Furs* is that of separation of assets. However, it is possible for the spouses to agree on how they organise their economic relations – a circumstance not strange in medieval Europe, as stated in, among others, FONT RIUS, J. M., *La ordenación paccionada del régimen matrimonial de bienes en el Derecho medieval hispánico*. Madrid, 1954, p. 22. This author (p. 24-25) maintains that the commonality of property between spouses – an institution which, in the early Middle Ages lacked its own title or autonomous entity – was usually achieved surreptitiously using certain legal forms or transactions allowed and recognised by the legal dogma of the time. In this respect, HINOJOSA Y NAVEROS, E., *Sobre la condición de la mujer casada en la esfera del Derecho civil*. In: *Obras II, Estudios de Investigación*. Madrid, 1955, 345-385, p. 357, argues that “the existence of the universal commonality system in all the Christian states of the Reconquista leads one to believe that it already existed, as custom, in the Visigothic period”. The influence of Christianity has also been noted. Regarding the *germania* system in the *Furs*, see: LÁZARO GUILLAMÓN, C., *La germania de los Fueros de Valencia: una forma particular de organizar el patrimonio de los cónyuges*. In: *Revista General de Derecho Romano*, vol. 14, 2010, p. 1-12 and bibliography cited there. BELDA SOLER, MŞ. A., *El régimen matrimonial de bienes en los “Furs de Valencia”*. Valencia, 1966, p. 106, says that Romanisation gradually displaced commonality of property agreements between spouses, although it continued to be practised in some territories after they received Roman Law, as occurred in Valencia. The agreement system is unusual in Roman Law, as is evident in the study by TAMAYO ERRAZQUIN, J.A., *Una sociedad universal de bienes entre cónyuges en un caso de Cervidio Scaevola*. In: *O sistema contratual romano: de Roma ao Direito actual. Edição Especial da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Lisbon, 2010, p. 507-530. However, as GUILLOT ALIAGA, D., *El régimen económico del matrimonio en la Valencia foral*. Valencia, 2002, p. 23, stated, it is not entirely true that Roman women lacked economic expression and some works considerably qualify this stereotype. In this regard, see LÁZARO GUILLAMÓN, C., *Mujer, comercio y empresa en algunas fuentes jurídicas, literarias y epigráficas*. In: *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, vol. 50, 2003, p. 155-193.

⁷⁴ We must remember that this is a dowry, regulated extensively in book V, section III, *De promessió d'exovars e del dret dels exovars*.

⁷⁵ And in Latin: *Tunc dicimus mulierem deprehendi in adulterio cum sola in uno lecto cum adultero reperitur, vel videtur a lecto surgere. Additio domini regis: quod si mulier maritata inventa fuerit sola cum aliquo in suo lecto vel videbuntur a lecto surgere vel erit in simile quod surrexerit vel erunt ibi aliquem presumptiones violente, quod tunc intelligatur capta in adulterio, inspecto valore personarum ad cognitionem iusticie et proborum.*

⁷⁶ For COLON DOMÈNECH, G. – GARCIA SANZ, A., *Furs de València, cit.*, vol. VII, p. 28, note 1 to the *fur*, the presumption included in this text is that of X. 2.23.12 (our correction, the authors have X. 2. 33. 12) [...] *solum cum sola, nudum cum nuda, in eodem lecto iacentem, ea, ut credebant, intentione, ut eam cognosceret carnaliter [...]*.

⁷⁷ See ROMEU ALFARO, S., *La mujer en el Derecho penal valenciano, cit.*, p. 465.

⁷⁸ *Fur* IX-VIII-52 (Iacobus I, rex). *Alcú no deu ésser condemnat en crims o en malefics per suspició o per presumpció, mas enaxí com lo crim o-l malefici serà provat per proves veres e leals e clares, car moltes vegades són presumpcions per les quals se cuyde hom que alcunes coses sien veres que, emperò, no són veres. E axí seria mal exempli si era punit aquell qui no és culpable, axí com si era culpable, e és mils que hom leix anar aquells qui són culpables, als quals no pot ésser provat que sien culpables, que si condemnava hom per sospita aquells qui no són culpables, en su versió latina: Non debet aliquis propter suspicionem sive presumptionem in criminibus condemnari, sed ita demum si probationibus veris, legitimis et claris, crimen fuerit comprobatum, quia quandocumque presumuntur aliqua esse vera que tamen vera non sunt. Et ita pessimum esset exemplo, si puniretur innocens pro nocente, et est melius relinqui facimus nocentis qui convinci non poterit, quam innocentem propter suspicionem condemnari.* A text whose basic idea, according to COLON, G., - GARCIA, A., *Furs de València, cit.*, vol. VII, p. 92, note 1 to the text, is taken from D. 48.19.5pr.

⁷⁹ ROMEU ALFARO, S., *La mujer en el Derecho penal valenciano, cit.*, p. 465, who cites ROCA TRAVER, F.A., *El Justicia de Valencia: 1238-1321*. Valencia, 1970, p. 276-280, who states that in 1378 in the city of Valencia there were as many as seven financial penalties imposed in as many cases of bigamy reported to the Justice.

is not identified with a relaxation in customs or with a particular way of understanding collective morality. One of the reasons for the light touch with which it was regulated is probably the historical situation of the *Reconquista* and the consequent need for repopulation. These circumstances perhaps encourage permissiveness if we take into account that, under these conditions, the ultimate intention of public authorities was not to strictly regulate the people as a group, but to try to attract them to settle, and, above all, to ensure that such settlement became stabilised. In other words, birth rates and political expediency were favoured over good customs, making the persecution of illegal acts more flexible, at least until the new community was settled and organised.

Bigamy occurred when it was committed by a man or a woman contracting a new marriage knowing that their previous spouse is alive, as provided by the *fur* IX-VII-80 (Iacobus I, rex)⁸⁰. *Aquell qui haurà muller, e dementre aquella serà viva, scientament altra-n pendrà, o si aquella qui haurà marit, dementre que aquell serà viu altre-n pendrà, pach a la cort M solidos, e la sentència que serà donada contra ells per l'esgleya sia menada a execució per la cort. Esi no podrà pagar los M solidos, aquell qui serà condemnat córrega per la ciutat batut, e tos en creus e cridan sia dit: "Aquest és lo malastruch qui ha preses II mullers sabudament, cascuna estant viva". E "Aquesta és la malastruga que ha pres sabudament II marit, cascú estant viu". E isque de la ciutat e del regne de València, e negun temps no sien aquí, si donchs no eren partits per sentència d'esgleya aquell o aquella qui havia pres marit o muller contra dret*⁸¹.

Thus, the punishment consisted of a financial penalty of 1,000 *sueldos* that had to be paid to the court. If this penalty was not paid, the bigamist had to be whipped around the town and have their hair cut in the form of a cross – *tos en creus*⁸² – while his crime was publicly announced. Added to this public ridicule was the sentence of perpetual banishment from the town and the kingdom that could be avoided by paying the financial penalty, which could even be paid by a third party. The marital situation affected by bigamy was subject to a decision by the Church, and the civil authorities took responsibility for carrying out its sentence.

Moreover, as Llinares Planells⁸³ says, it must be taken into account that proving polygamy (or bigamy) is always difficult because in criminal proceedings for bigamy the main problem is

proving the previous marriage. The author concludes that, considering the Church's lack of organisation when it came to regulating marriages, there was a relatively large number of clandestine or *a iura* marriages; that is, marriages carried out by agreement of the parties and without witnesses and, therefore, not registered. This prevented the opening of proceedings against the accused except for specific, exceptional cases. Again, these circumstances are perfectly consistent with the historical period of conquest and population movement towards new lands.

3.3 Abortion

The text of the *fur* punishes deliberate abortion. In particular, deliberately causing the death of a fetus is equated to killing a child according to *fur* IX-VIII-77 (Iacobus I, rex). *Hom o fembra qui son fill ociurà, o si fembra que serà preyns en qualque guisa lo part que havie e-l ventre ociurà, sia cremada*.⁸⁴

The text provides that the death of a child caused by the father or the mother, or the death of an *unborn child*⁸⁵ caused by its mother is punishable by being burned at the stake. As can be seen, the punishment is equated to that for the crime of patricide. In this case, the comparison between the text of the Romance *fur* and its Latin version we transcribe here is curious: *Masculus vel femina filium necans, sive in utero habens, quocumque modo partum suum extinguere presumpserit, concremetur*. The Latin text punishes abortion by burning at the stake for both men and women, and considers it as a joint or indistinct activity leading to the avoidance of childbirth. However, in the text in the vernacular language, the act of aborting is attributed exclusively to the woman: *o si fembra que serà preyns en qualque guisa lo part que havie e-l ventre ociurà, sia cremada*. In other words, the intentional action corresponds only to the woman.⁸⁶

In a subsequent review, James I himself incorporated a new *fur* providing that any person who negligently causes the interruption of pregnancy will be punished with a financial penalty of 100 maravedis. This fine must be distributed equally between the woman whose pregnancy ceases and the treasury, so that the *nasciturus* and the pregnant woman are protected (because in this case, as she did not wish to abort, she would be considered a victim).

In all cases, the report of the event that caused the abortion had to be made within three days of the attack taking place, as

⁸⁰ In Latin: *Uxorem ducens et ipsa vivente aliam scientem superduxerit, vel econverso, solvat curie mille solidos et sententia per ecclesiam contra ipsum lata, executioni per curiam mandetur. Et si solvere non poterit, currat per civitatem verberando et tonsoretur in crucem, et clamando dicatur: "iste est lo malastruch qui scienter accepit duas uxores, qualibet viva existente, et ista est malastruga que accepit scienter duos maritos, quolibet existente vivo" preconizetur. Et exeat civitatem et regnum, et nunquam sit ibi, nisi ille vel illa quem vel quam duxerit, essent ab ecclesia separati.*

⁸¹ COLON DOMÈNECH, G. – GARCIA SANZ, A., *Furs de València, cit.*, vol. VII, p. 105, note 1 to the *fur*, add that this rule is complemented with a privilege of James II (AO, Iac. II, *chap.* LXXXIV, *fol.* LIX v°).

⁸² COLON DOMÈNECH, G. – GARCIA SANZ, A., *Furs de València, cit.*, vol. VII, p. 105, note 3 to the text. *Tonsoretur in crucem* in the Latin version.

⁸³ LLINARES PLANELLS, A., Una aproximació microhistòrica a la bigàmia femenina en el Regne de València. In: *SCRIPTA, Revista internacional de literatura i cultura medieval i moderna*, vol. 13, 2019, p. 159-174, p. 160-161. On monogamy from a historical point of view, see LÁZARO GUILLAMÓN, C., La monogamia como fundamento de las estructuras conyugales en los sistemas jurídicos occidentales: un aporte romanístico. In: *RIDROM. Revista Internacional de Derecho Romano*, vol. 28, 2022, p. 275-394.

⁸⁴ As COLON DOMÈNECH, G. – GARCIA SANZ, A., *Furs de València, cit.*, vol. VII, p. 104, note 1 to the text, says, the *fur* includes *Liber Iudiciorum* 6.3.7, with some verbatim coincidence, although in a very abbreviated way. The penalty is also different.

⁸⁵ In general terms, concerning this crime see: MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, J., *La condición jurídica del nasciturus en el Derecho español*. Madrid, 1946.

⁸⁶ Also noted by ROMEU ALFARO, S., La mujer en el Derecho penal valenciano, *cit.*, p. 465-466.

established in *fur* IX-VIII-50 (Iacobus I, rex)⁸⁷. *Fem Fur nou que si alcú per rahó de cargua o de ferida, o de altra guisa, per sa colpa ferrà alcuna fembra prenyada, e d'aquell prenyat s'afollarà, axí que dins tres dies pus aquell mal li haurà feit ella sia afollada d'aquell prenyat, pach per pena C morabatins, dels quals haja ella los L e Nós los altres L. E açò no s'enten en les serves ne s'enten en los marits, e en aquests III dies dessus dits no sia comptat lo dia que aquell mal haurà ella pres.*⁸⁸ This text incorporates a new circumstance: the fault of a third party who recklessly causes the abortion, placing the woman in the position of victim (on the understanding that the woman is not the one who requires the services of that third person to perform the abortion), and is not the victimiser – the person causing the abortion.⁸⁹ It is also striking that this *fur* does not apply if the harm is caused to a pregnant servant, or is caused by a husband – *en açò no s'enten en les serves ne s'enten en los marits*. In other words, it allows the husband to be held harmless, even if he acts recklessly or deliberately. This clarification of *fur* IX-VIII-50, gives way to the Latin version of the *fur* IX-VII-77 which, let us remember, punished both the father and the mother who caused an abortion with capital punishment.

3.4 Poisoning

The *Furs* include a general allusion to death due to the administration of medicines or potions, under penalty of being burned at the stake if this is done by women,⁹⁰ or hanged if it is done by men. In particular, provision for this is made in *fur* IX-VII-79 (Iacobus I, rex)⁹¹. *Si alcú donarà a altre metzines o veri a beure, o a menjar, o en qualquer altra manera, e per açò morrà o so ferrà alcuna greu malaltia, sia penjat aquell qui açò farà, o si és fembra sia cremada*⁹².

4. Conclusions

We begin the conclusions section by remembering that the vast majority of the *Furs* analysed are “new” ones from the year

1271, which means that in the initial *Costum* of 1238 criminal law relating to the situation of women was not relevant for the legislator who made the *Furs*. In fact, in the context of the *Reconquista*, perhaps situations such as the need to protect the honour of the family, consolidate it to establish a population in the new conquered territories, and provide new citizens took precedence in the criminal sphere, so although the spirit of Roman Law can be perceived in the texts, practically none of them are transcribed verbatim.

It is clear that from a general point of view, as in Roman Law, women are on the same level as men in the criminal sphere. The limitations on their criminal capacity are little different from those on males.⁹³

In particular, in relation to the crimes of rape and abduction, none of the *Furs* texts has a direct predecessor in Roman sources. In general, with regard to these crimes, Roman Law includes a series of protective measures regarding abduction and rape dating from the time of the Late Empire, under the influence of Christianity.⁹⁴ This series of provisions from the post-Classical period in the Theodosian Code covers maidens and widows (*de raptu virginum vel viduarum*).⁹⁵ and others of *raptu vel matrimonio sanctimonialium virginum vel viduarum*,⁹⁶ followed by those of Justinian, on the same matters.⁹⁷ Especially in Rome, neither the crime of abduction nor carnal or sexual violence exercised against anyone were included in any special way. They were both covered by the provisions relating to *crimen vis*, contained in the *Plautia de vi* laws,⁹⁸ and *Iulia de vi publica et privata*.⁹⁹ The penalty consisted of the confiscation of a third of the property of the perpetrator of the crime. The jurist Paul also ordered *relegatio* for the *honestiores* and the temporary sentence *ad metalla* for the *humiliores*. For Ulpian, sexual violence, together with abduction, constituted an act of public violence,¹⁰⁰ as it did for Martianus, who established the maximum penalty.¹⁰¹ It was not until Constantine that abduction with a libidinous aim,

⁸⁷ In Latin: *Facimus forum novum quod si aliquis ratione honeris vel percussiois vel alio modo culpa sua aliquam mulierem pregnantem facere abortire, ita quod infra III dies ex quo dictum malum fuit sibi factum abortum fecerit, pro pena solvat C morabatinos, de quibus habeat dicta mulier L morabatinos et nos alio L, et in hoc ancille pregnantes non intelligantur nec etiam mariti in hoc intelligantur et in his tribus diebus supradictis non computetur dies in qua sibi fuit dictum malum illatum.*

⁸⁸ COLON DOMÈNECH, G. – GARCIA SANZ, A., *Furs de València, cit.*, vol. VII, p. 146, note 1 to the text, says this is a *fur* sanctioned in the parliament of 1271.

⁸⁹ For ROMEU ALFARO, S., La mujer en el Derecho penal valenciano, *cit.*, p. 466, this is not easy to understand, and the legal doctrine is not pronounced. The author follows ROCA TRAVER, FA, *El Justicia de Valencia...*, *cit.*, p. 329, in that it seems reports of this type of action were not very frequent, and that they would have been resolved via private agreements.

⁹⁰ According to ROMEU ALFARO, S., La mujer en el Derecho penal valenciano, *cit.*, p. 471, this is a prohibition on women practising medicine.

⁹¹ In Latin: *Si venenatam potionem quis alicui dederit, et qui biberit ex hoc mortuus fuerit, vel aliquam egritudinem passus fuerit, suspendatur; et si mulier fuerit, cremetur.*

⁹² COLON DOMÈNECH, G. – GARCIA SANZ, A., *Furs de València, cit.*, vol. VII, p. 104, note 1 to the text, state that the *fur* is taken from the *Liber Iudiciorum* 6.2.2.

⁹³ RESINA SOLA, P., La mujer ante el derecho penal romano. In: BRAVO BOSCH, M. J. – R. RODRÍGUEZ LÓPEZ, R. (eds.), *Mulier: algunas historias e instituciones de derecho romano*. Madrid, 2013, 263-296, p. 264. On the functions of punishment in Roman Law, see MONTAÑANA CASANÍ, A., La función de la pena en Derecho Romano. In: MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. (coord.), *Historia y Derecho: estudios jurídicos en homenaje al profesor Arcadio García Sanz*. Valencia, 1995, p. 521-552.

⁹⁴ RESINA SOLA, P., La mujer ante el Derecho penal romano, *cit.*, p. 281ff.

⁹⁵ C. Th. 9.24, from 320, 349 and 374, of Constantine, Constantius II, and the third from the emperors Valentinian II, Valens and Gratian.

⁹⁶ C.Th. 9.25, from 354, 364 and 420, of Constantius II, Jovian, and the third of Honorius and Theodosius.

⁹⁷ C. 9.13.

⁹⁸ This is a law of uncertain date (perhaps between 78-63 BC), which, for the first time, governs the *crimen vis* committed against the Senate or against private citizens.

⁹⁹ From the 1st century AD, it this a broad regulation from the time of Augustus aimed at stamping out violence against civil order in general.

¹⁰⁰ D. 48.5.30 (29).9.

¹⁰¹ D.48.6.3.4-5.

or when the purpose was to force marriage, was considered a *sui generis* crime when the kidnapped woman resisted, regardless of whether there was agreement from the parents or relatives. Neither was the agreement of the abducted woman relevant if there was parental opposition. The penalties were extremely severe, affecting not only the abductor but also an abductee who voluntarily followed him, and any accomplices.¹⁰² The abduction of women consecrated to God – virgins and widows with a vow of chastity – is mentioned; even courting of them with the intention of marrying them.¹⁰³ In short, consent does not exclude the crime, and the penalty was death, aggravated by the confiscation of property for the principal offenders. It is notable that, in contrast to the *Furs*, restorative marriages were not permitted under any circumstances.¹⁰⁴ Again we think of the context of the *Reconquista*, with the need for the protection and consolidation of families as the basis of the population structure of the new conquered lands, without, of course, taking into account the horrible consequence for the woman of marrying her rapist.

The fact that the practice of prostitution was not criminalised is of clear Roman origin.¹⁰⁵ In fact, prostitution was not subject to too much attention from Roman legislators, or at least, if it was, this has not come down to us.¹⁰⁶ However, prostituting others is a crime, just as it became under Rome. In particular, Theodosius II and Valentinian II prohibited a father or *dominus* from prostituting their daughters or slaves, under penalty of loss of their rights and *damnatio in metallum*.¹⁰⁷ Emperor Leo prohibited pimps from carrying out their activity, threatening transgressors with *metallum* and deportation if they were people of low social origin and the loss of *dignitas* if they were of honest

condition.¹⁰⁸ In this case, although there is no literal transcription, the principles of the *fur* are Roman.

Regarding the position of women as victimisers,¹⁰⁹ the principles inspiring the *Furs* texts can be said to be Roman,¹¹⁰ although once again there is no literal transcription. Nor is the illicit act of bigamy covered as thoroughly as the Roman texts do, especially after Constantine's time.

In Rome, deliberate abortion was not considered a crime during the Republican period,¹¹¹ although it was classified as an immoral act. This did not occur until the Principate, when Martianus and Tryphoninus, compiling an edict of Septimius Severus and Antoninus Caracalla, established temporary banishment as a punishment for the woman, considering that her husband was deprived of offspring, not because the *nasciturus* had been attacked.¹¹² This concept perhaps differs from that of the *Furs* in equating abortion with patricide.

Perhaps the crime of poisoning committed by a woman was inspired by the Roman configuration, in which capital punishment was applied in a different way. In fact, in Rome, poisoning is described as a crime typical of women because they were supposed to be more familiar with handling plants used in medicinal preparations. Furthermore, poison served the weaker sex as it meant they did not need to use force.¹¹³

In summary, the regulation of the criminal law context of the *Furs* as it affected women was inspired by the system and principles of Roman Law, but this is the full extent of its Roman ancestry. The letter of the Roman texts was not received in them, as they had to be adapted to the historical and social context of the *Reconquista*.

¹⁰² C.Th. 9.24.1.

¹⁰³ C.Th. 9.25.1; C.Th. 9.25.2=C. 1.3.5; C.Th. 9.25.3.

¹⁰⁴ RESINA SOLA, P., *La mujer ante el Derecho penal romano*, *cit.*, p. 291ff.

¹⁰⁵ In a general sense, see, among others, KNAPP, R.C., *Invisible Romans: Prostitutes, outlaws, slaves, gladiators, ordinary men and women that history forgot*. London, 2011; WITZKE, S.S., *Violence against Women in Ancient Rome: Ideology versus Reality*. In: RIESS, W. – FAGAN, G.G., (eds.), *The Topography of Violence in the Greco-Roman World*. Michigan, 2016, p. 248-274.

¹⁰⁶ RESINA SOLA, P., *La mujer ante el Derecho penal romano*, *cit.*, p. 288.

¹⁰⁷ C.Th. 15.8.2=C. 1.4.12, 11.41.6; Nov. Theod. 18 (a. 439).

¹⁰⁸ C. 11.41(40).7, C. 1.4.14.

¹⁰⁹ LÓPEZ GÜETO, A. Los delitos de las mujeres. Una aproximación al derecho penal romano. In: *Ambigua. Revista de Investigaciones sobre Género y Estudios Culturales*, vol. 5, 2018, p. 40-57, gives a general overview.

¹¹⁰ On the crime of adultery in Rome, among others, see PANERO ORIA, P., *Ius occidendi et ius accusandi en la "Lex Iulia de adulteriis coercendis*, Valencia, 2001.

¹¹¹ In fact, Ulpian states that the conceived child is an integral part of the mother (D. 25.4.1.1, D. 35.2.9.1) and Papinian asserts that the child's rights are conditional on being born alive (D. 1.5.7. and 26).

¹¹² RESINA SOLA, P., *La mujer ante el Derecho penal romano*, *cit.*, p. 293ff.

¹¹³ In Rome, poisoning (*veneficium*) was punishable by the death penalty following a public trial (Val. Max., *Memorable Facts and Sayings*, 2.5.3; Livy, 8.18).

Postwar Convictions of Nazi Judges and Prosecutors for Their Activities in the Occupied Polish Territories (1939–1945)*

Konrad Graczyk**

Abstract

This article is a synthetic summary of the previous research on individual cases of postwar criminal conviction for activities, in the occupied Polish areas, of lawyers of the Third Reich (judges and prosecutors). The main axis of the considerations is formed by instances of prosecution before Polish courts, however, analysis is carried out against the background of three normative models specified in literature, based on: the Nuremberg judgment, West German doctrine and Radbruch formula, and East German judicial practice. In this context, the author attempts to answer the question if, on the basis of Polish legislation and Polish judicial practice, a fourth – Polish – model can be distinguished.

Keywords: judiciary; criminal liability; judge; prosecutor; occupation; Third Reich.

1. Introduction

The purpose of the study is to synthetically summarise my research on cases of criminal prosecution of the Third Reich lawyers before East German and Polish courts. As a part of the cycle, I have so far published three articles: devoted to the case of Gerhard Pchalek, prosecutor working in Upper Silesia in the years 1941-1944, who, in 1960, was sentenced by the Regional Court in Gera to four years of heavy prison,¹ devoted to the case of Albert Michel, judge of the Special Court in Cracow in the years 1941-1944, sentenced in 1949 in Cracow to two years of imprisonment,² and to the case of Josef Abbott, prosecutor at the Special Court in Gdańsk, sentenced in 1950 by the Court of Appeal in Gdańsk to a penalty of seven years of imprisonment.³ I would also like to mention two further articles, which currently are in the publishing process. In the article devoted to the activities of the Special Court in Stanisławów, I reported the case of Erwin Wester, who presided over the works of that Court during the Second World War and died in Polish prison after the war, before his trial began.⁴ I devoted another article

to the case of Hellmuth Holland, which so far has not even been mentioned in literature of the subject. Holland was the head of the German Prosecutor's Office in Piotrków and acted as public prosecutor before the Special Court in Piotrków. He was sentenced twice for his activities in the General Government: in 1949 by the District Court in Piotrków and in 1954 by the Voivodeship Court in Łódź. Holland's case is unique as he was sentenced two times by Polish courts, however, for two different acts relating to his service in the occupational German judiciary. Holland's name must be added to a relatively narrow group of German lawyers extradited after the war to the Polish system of justice in connection with their professional activities in the occupied Polish areas.⁵ Fragments of the above publications have been used in the present study.

Approaching synthetically the title problem, I would like to take a closer look at situations of criminal prosecution in Poland and in East Germany, discuss what behaviours of German lawyers during the Second World War specifically became a factual basis for their conviction, and point to the legal basis of criminal prosecution. Apart from my own publications, I also

* This article was prepared as a part of a research project financed by the National Science Centre, Poland (2020/39/B/HS5/02111).

** Konrad Graczyk, Faculty of Law and Administration, University of Silesia in Katowice; Office of Historical Research, Institute of National Remembrance in Warsaw, Poland, email: konrad.graczyk@us.edu.pl / ORCID 0000-0002-0991-2036.

¹ GRACZYK, K., Convicted Nazi lawyer. The case of Gerhard Pchalek in the Gera District Court in 1960. In: *Acta Iuris Stetinensis*, vol. 29, No. 1, 2020, p. 17-31.

² GRACZYK, K., Skazany nazistowski sędzia. Sprawa Alberta Michela przed Sądem Okręgowym w Krakowie (1948-1949). In: KAROWICZ-BIENIAS, S. – LEŚKIEWICZ, R. – POZORSKI, A. (eds.), *Nazwać zbrodnie po imieniu. Ustalenia Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu w sprawie zbrodni z okresu II wojny światowej*. Warszawa, 2021, p. 206-249.

³ GRACZYK, K., Convicted Nazi Prosecutor. The 1950 case of Josef Abbott before the Court of Appeals in Gdańsk. In: *Pamięć i Sprawiedliwość*, vol. 41, nr 1, 2023, p. 323-350.

⁴ GRACZYK, K., Sąd Specjalny w Stanisławowie (Sondergericht Stanislaw) i jego przewodniczący (1941-1944). Pod znakiem eksterminacji. In: *Studia nad Totalitaryzmem i Wiekami XX*, t. 7, 2023, p. 47-78.

⁵ BECKER, M., *Mitstreiter im Volkstumskampf. Deutsche Justiz in den eingegliederten Ostgebieten 1939-1945*. München, 2014, p. 273; KOBIEŃSKA-MOTAS, E., *Ekstradycja przestępców wojennych do Polski z czterech stref okupacyjnych Niemiec 1946-1950*. Warszawa, 1992, Vol. II, p. 28, 163, 241.

use the studies by Witold Kulesza in the same subject area.⁶ I would like to set my considerations in the current state of knowledge, by reference to the three normative models of judicial liability as described by Witold Kulesza. I am trying to answer the question whether, in the context of the several cases of criminal conviction of Nazi lawyers by Polish courts after the war, one can speak of another, fourth, liability model. In my opinion, there are several factors that might support recognition of such model, which I am going to discuss specifically further on in this study. At this point, I will limit myself to a note that convictions of the Third Reich lawyers in postwar Poland were based on other legal rules than under the other models, and only minor elements of those models were taken into account. The difference was not only of formal but also substantive nature – the content of legal provisions was different and so was the scope of penalisation.

The West German perspective has been omitted as a consequence of the following circumstances. Postwar convictions of Nazi judges and prosecutors should be approached not only from the point of view of the few verdicts by Polish and East German courts cited above but, predominantly, from the perspective of omissions of the West German judiciary. The beginnings in this regard were promising – beside the generally known process of main war criminals in Nuremberg – there was a so called Nuremberg lawyers' trial. In that process, the persons indicted were high officials of the Ministry of Justice of the Third Reich, judges (including three judges from special courts)⁷ and prosecutors. In the delivered judgment, German lawyers were found guilty of war crimes, as well as crimes against humanity, and the legal basis for the verdict was the Law adopted by the Allied Control Council for Germany on Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity of 20 December 1945.⁸ This allowed to refute claims of the defence that the indicted lawyers could not be found guilty as their behaviour had fallen within the scope of the German law applicable at that time. As far as crimes against humanity were concerned, the Law provided for criminal liability regardless of whether or not a given behaviour was in violation of the legislation of the country in which the crimes actually took place. According to the delivered judg-

ment, the crime of murder was committed by a Nazi judge sentencing a defendant to a death penalty on account of the fact that the defendant was Polish or Jewish, and the law that made such sentencing possible constituted a crime against humanity and a war crime.⁹ As Witold Kulesza concluded, this made up a first liability model according to which judges and prosecutors simply took part in genocide by delivering their decisions, and their acts were qualified under the Law of the Allied Control Council for Germany.¹⁰

However, no single Nazi lawyer was finally convicted in the Federal Republic of Germany although, in total, there were 22 criminal proceedings pending against judges and prosecutors of the Third Reich.¹¹ The West German judiciary adopted as a basis for criminal law evaluation of Nazi lawyers, in the context of death penalties handed down in the period of the Third Reich, the circumstance that “what used to be the law at that time could not be found lawless today.” It was so concluded even though a punishable act of a judge or prosecutor, within the framework of German criminal law, could be subsumed under § 336 StGB, that is the construction of bending the law, which solution was promoted by the philosopher of law Gustav Radbruch.¹² However, judicial practice – contrary to the conception of Professor Radbruch – narrowed down the scope of subsumption of the offense of bending the law by concluding that the discussed offence could be committed only by a perpetrator bending the law with direct intention, and not only with eventual intention (*dolus eventualis*). On each occasion, this necessitated an examination whether the Nazi jurists, when delivering their judgments, bent the law intentionally. Bending the law when delivering a ruling could have one of the following forms: misrepresentation of the essence of the case subject to resolution, legally illegitimate subsumption of the factual situation and abuse of judicial discretion when imposing death penalty. In the pending court trials, however, the defendant lawyers successfully defended themselves with a statement that, at the time when they handed down death penalties, they were convinced that their decisions, delivered with the intention to serve the German nation endangered by the state of ongoing war, were compatible with the law. In Witold Kulesza's typology, this was the second normative model of liability, which assumed the

⁶ KULESZA, W., *Crimen laesae iustitiae. Odpowiedzialność karna sędziów i prokuratorów za zbrodnie sądowe według prawa norymberskiego, niemieckiego, austriackiego i polskiego*. Łódź, 2013; KULESZA, W., Odpowiedzialność karna za zbrodnie sądowe prokuratorów III Rzeszy w Niemczech Zachodnich i Wschodnich. In: *Czasopismo Prawno-Historyczne*, vol. LXXIII, z. 1, 2021, p. 59-98; KULESZA, W., Odpowiedzialność karna za zbrodnie sądowe sędziów III Rzeszy w Niemczech Zachodnich i Wschodnich. In: *Czasopismo Prawno-Historyczne*, vol. LXXIII, z. 2, 2021, p. 63-96.

⁷ DIESTELKAMP, B., Die Justiz nach 1945 und ihr Umgang mit der eigenen Vergangenheit. In: DIESTELKAMP, B. – STOLLEIS, M. (eds.), *Justizalltag im Dritten Reich*. Frankfurt am Main, 1988, p. 134.

⁸ *Kontrollratsgesetz Nr. 10 – Bestrafung von Personen, die sich Kriegsverbrechen, Verbrechen gegen den Frieden oder gegen die Menschlichkeit schuldig gemacht haben vom 20. Dezember 1945* [Control Council Law No. 10, Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity of 20 December 1945]. *Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland 1945*, p. 50.

⁹ CYPRIAN, T. – SAWICKI, J., *Nieznaną Norymbergą. Dwanaście procesów norymberskich*. Warszawa, 1965, p. 87-132; KULESZA, *Crimen laesae iustitiae*, p. 41, 503.

¹⁰ KULESZA, Odpowiedzialność karna za zbrodnie sądowe sędziów, p. 94; KULESZA, Odpowiedzialność karna za zbrodnie sądowe prokuratorów, p. 97.

¹¹ KULESZA, *Crimen laesae iustitiae*, p. 132. As W. Kulesza concluded, valid convicting judgments were delivered in matters of defendants accused of judicial crimes who decided about killing persons indicted before summary courts. Therefore, participation in the sentencing of a person to death penalty by a summary court was qualified as complicity (joint participation) in homicide. KULESZA, *Crimen laesae iustitiae*, p. 132-133.

¹² ZAJADŁO, J., *Radbruch*. Sopot, 2016, p. 24; ZAJADŁO, J., *Formuła Radbrucha. Filozofia prawa na granicy pozytywizmu prawniczego i prawa natury*. Gdańsk, 2001.

need to demonstrate that in the case of a given judgment the law was bent, which was to be qualified under § 336 StGB. It must be emphasized that the rationale behind that model was to acquit the jurists of the Third Reich and, in fact, the model fulfilled that task since – as pointed out by Witold Kulesza – no legally valid judicial decision in West Germany has confirmed that a judge or prosecutor of the Third Reich committed crimes of homicide in exercise of their official functions.¹³

In literature of the subject, the factors indicated as reasons for the failure in prosecution of Nazi lawyers were high requirements set in judicial practice when it came to subjective elements of the offence of bending the law (the requirement to prove direct intention), which was difficult in the absence of sufficient evidence. This was accompanied by an unwillingness to prosecute and punish the Third Reich lawyers shown by their colleagues serving in the postwar judiciary system of West Germany. As a matter of fact, they belonged to the same professional group and social class and, in addition, often had similar “brown” life stories.¹⁴

The third normative model distinguished by Witold Kulesza is characterised by the fact that the court would leave aside in the criminal judgment the question of bending the law and simply treat the examined act as accessory to murder under § 211 StGB in conjunction with § 49 StGB.¹⁵ Cases representative for this model are convictions by courts of the German Democratic Republic of Gerhard Pchalek and Johannes Breyer, which will be discussed further on in this study.

2. Convictions of German lawyers in Poland

2.1 The case of Albert Michel

In Poland, the legal basis for reckoning the German occupation was the Decree of the Polish National Liberation Committee of 31 August 1944 on punishments for fascist Nazi criminals guilty of murder and abuse of civilians and prisoners and for traitors to the Polish Nation (hereinafter referred to as: August Decree).¹⁶ The Decree envisaged death penalty for homicide, maltreating and any forms of persecuting the civilian population or war prisoners, for denunciation to the occupational authorities, and penalty of imprisonment for blackmail with a ransom demand for refraining from denunciation to the German authorities.¹⁷ Acting within the capacity of a judge or prosecutor in the occupied Polish territories was qualified

under Art. 2 of the August Decree, under which the penalty of imprisonment for a period no shorter than 3 years or life imprisonment or death penalty was to be imposed on whoever, doing favour to the authorities of the German state or a state Allied with Germany, acted otherwise or under circumstances other than laid down in Art. 1¹⁸ to the detriment of the Polish State, a Polish legal person, individuals from among the civilian population or military personnel or war prisoners. I would like to reconstruct the Polish liability model on the basis of three cases: of Michel, of Abbott and of Holland – their discussion will allow to draw synthetic conclusions.

Chronologically, the first person to be held criminally liable was Albert Michel. In the bill of indictment prepared in May 1947, it was imputed that “from the end of 1941 to the summer of 1944, in Cracow, doing favour to the authorities of the German state, as a judge of a German court (Deutsches Gericht) and of a special court (Sondergericht), he acted to the detriment of Polish citizens, by delivering, either as single judge or taking part, as associate judge in adjudicating panels, in the delivery of judgments sentencing such Polish citizens to various penalties (including death penalty) for acts permitted by the Polish legislation and illegal as – contrary to the provisions of the Hague Convention of 18. 10. 1907 – threatened by penalties or other repressive measures by the German occupier, especially for trading in foodstuffs, slaughter and sale of cattle, non-submission of radio sets and, in general, for offences against so called wartime economy, involving unlawful application against Polish citizens of the German Regulation against antisocial parasites (Verordnung gegen Volksschaedlinge).”¹⁹

In the (first) judgment delivered in Michel’s case in April 1948, the Circuit Court in Cracow held that mere service in the German system of justice in the General Government in the capacity of a judge did not constitute an offense defined in Art. 2 of the August Decree as the system of justice, as such, was not included among criminal organisations, as was the case with the National Socialist German Workers’ Party (NSDAP), the Protection Squadron (SS), the Secret State Police (Gestapo) or the Security Service (SD). To convict a German judge under Art. 2 of the August Decree, it had to be additionally proven that the judge acted intentionally and that his consequential behaviour involved acts to the detriment of the Polish State, a Polish legal person, individuals from among the civilian population, military personnel or war prisoners. In the Court’s opinion, in Mi-

¹³ KULESZA, *Odpowiedzialność karna za zbrodnie sądowe sędziów*, p. 94.

¹⁴ KULESZA, *Crimen laesae iustitiae*, p. 77-78, 85, 134-135, 503-505.

¹⁵ KULESZA, *Odpowiedzialność karna za zbrodnie sądowe sędziów*, p. 94.

¹⁶ Dz.U. z 1944 r., nr 4 poz. 16. Consolidated text: Dz.U. z 1946 r., nr 69 poz. 377.

¹⁷ LITYŃSKI, A., *Historia prawa Polski Ludowej*. Warszawa, 2013, p. 115; LITYŃSKI, A., *O prawie i sądach początków Polski Ludowej*. Białystok, 1999, p. 63-64; KŁADOCZNY, P., *Prawo jako narzędzie represji w Polsce Ludowej (1944-1956). Prawna analiza kategorii przestępstw przeciwko państwu*. Warszawa, 2004, p. 176-180; KUBICKI, L., *Zbrodnie z okresu II wojny światowej w świetle prawa polskiego*. In: ANDREJEW, I. – KUBICKI, L. – WASZCZYŃSKI, J. (eds.), *System prawa karnego. O przestępstwach w szczególności*. Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Łódź, 1985, t. IV, cz. 1, p. 153-157; KUBICKI, L., *Zbrodnie wojenne w świetle prawa polskiego*. Warszawa, 1963, p. 37, 63-67.

¹⁸ The final wording of Art. 1 of the August Decree was as follows: Whoever, doing favour to the authorities of the German state or a state allied with Germany: 1) took part in the committing homicide of persons from among the civilian population or military personnel or war prisoners, 2) by their identifying or capturing, acted to the detriment of individuals wanted or persecuted by the authorities on political, national, religious or racial grounds shall be subject to death penalty.

¹⁹ AIPN, IPN Kr 502/1488, Bill of indictment against Albert Michel of 2.5.1947, p. 237. Clerical errors were corrected in the quotation.

chel's case, for several reasons, there were no sufficient grounds to demonstrate that he had acted intentionally. The defendant was not familiar at all with the Hague Convention, which meant that he was not in a position to assess the provisions of German criminal law applicable in the GG as incompatible with the Convention. He had no previous experiences in the application of criminal law and, for that reason, in his judicial practice he was inspired by older, experienced professional judges and, following those older colleagues, he applied German legislation. When passing judgments in criminal cases, he acted according to his conscience, in reliance on the provisions adopted by the authorities which, in his opinion, had the power to adopt such duly pronounced legislation, and the witnesses heard by the Court were consistent in their testimony that, individually speaking, the defendant delivered lenient sentences. More severe ones were passed by adjudicating panels, but even then the defendant voted for mild punishment, which, however, did not translate into the amount of the finally imposed penalty. It was noted that the defendant never presided over an adjudicating panel, his attitude towards the Nazi ideology was negative and he even provided help to enemies of the regime. In the statement of reasons, it was concluded that in the defendant's activities, the Court did not identify any elements of crime since the defendant did not realise the unlawful nature of German legislation, and applied the legislation convinced about its legality and according to his conscience. In his judgments, there was no bias against accused persons of Polish nationality.²⁰

The above judgment was challenged by a cassation appeal filed by the Prosecutor's Office, which was allowed by the Supreme Court. Consequently, the judgment was set aside and the case remanded to the Circuit Court in Cracow for re-examination. The Supreme Court held that, according to the position of the first instance court, the defendant acted in justified and mistaken conviction, equivalent to mistake as to a fact under Art. 20 of the Penal Code,²¹ that the German acts and regulations applied by the defendant had been adopted by legislative actors recognized in the sense of international law provisions, within those actors' powers, which rendered those acts and regulations applicable to the matters examined by the defendant as a judge of a German special court. In the opinion of the cassation Court, the matter was considered on an inappropriate level because considerations of necessary everyday life requirements did not allow to draw final and logical conclusions from the fact that the armed Nazi invasion of Poland was a criminal attack as violating the Anti-War Treaty and the German-Polish Declaration. Therefore, the German occupation of Poland, being a consequence of the invasion, would not warrant to the German authorities not only the rights afforded to an occupier under the Hague Convention but would turn each and every measure

taken by the German authorities or their managing bodies, even in the interest of the Polish population, into an offense, consisting either in appropriating judicial powers or obstructing by force the activities of the government, or, finally, appropriating the powers of an official. However, such conclusion would lead to absurd situations. This would imply a need to punish each and every German official, even for those actions to which the officials would have been obliged under the provisions of the Hague Convention if the German invasion had not violated the Treaty and the Declaration.²²

According to the Supreme Court, the defendant's act was to be considered only from the point of view of the August Decree, and not in the context of the defendant's conviction and belief in the legality of the applied German legislation or his knowledge of the provisions of the Hague Convention. This was the case since the wartime occupation was a matter of fact rather than law, and it had to be taken into account regardless of whether it was a consequence of legal or criminal war. As a result, the Polish legislator, according to the "popular sense of equity," recognising the necessary requirements of everyday life and following the so called Nuremberg legislation, adopted *ex post* the terms of punishing any persons whose acts were committed, in the occupation period, in the interest of the German authorities or which were committed taking advantage of the special conditions brought about as a consequence of the German invasion.²³

In the context of the assessment made by the Supreme Court, it remained to be decided if, and to what extent, the defendant realised the fact that the German legislation was designed so as to implement the criminal purposes and intentions of the authorities of the Third Reich, in particular, to reinforce the potential of the German state to the detriment of the invaded and persecuted Polish population. For this purpose, one had to consider the role of German judges serving in the Polish territories against the background of the Nazi regime imposed on Poland. A review of the history of special courts in Germany and in the General Government and of the German legislation in combination with the conditions of the occupied Poland, especially in the area of labour, economy and regarding the Jewish population, led the cassation Court to the conclusion excluding the possibility of any legitimate mistake or unawareness of those conditions and of the criminal nature of German legislation, in case of either a higher German official of the occupational administration or any German judge or prosecutor.²⁴ The Supreme Court concluded that regardless of whether or not "a judicial official of the Nazi system of justice" was familiar with the provisions of the Hague Convention and international law and convinced about the legality of the German occupational legislation, except for situations of mental retardation,

²⁰ AIPN, IPN Kr 502/1488, Judgment in the case of Albert Michel of 13.4.1948, p. 370-371.

²¹ Art. 20 of the Penal Code: § 1. A crime is not committed by whoever performs an act in mistake as to a circumstance being a part of the essence of an act, except when it comes to an unintentional misdemeanour and the mistake was a consequence of carelessness or negligence. § 2. The court may take into account justified unawareness of the act's unlawfulness as ground for extraordinary mitigation of punishment.

²² AIPN, IPN Kr 502/1488, Judgment of the Supreme Court in the case of Albert Michel of 17.11.1948, p. 386-388.

²³ AIPN, IPN Kr 502/1488, Judgment of the Supreme Court in the case of Albert Michel of 17.11.1948, p. 388.

²⁴ AIPN, IPN Kr 502/1488, Judgment of the Supreme Court in the case of Albert Michel of 17.11.1948, p. 392-393.

mental illness or another disturbance of mental processes, such official could not have been unaware of the fact that the Polish and Jewish population was forced, on pain of penalties of unmatched severity, to perform slave labour or work similar to slave labour, that such population could not legally acquire products of prime necessity, and that the Jewish population could not legally choose a safe place of residence, that no person could legally, without being exposed to death, ensure safety or secure the property of a Jew, and that, in the same way, Poles and Jews were forced to permanently violate and transgress the barbaric German legislation imposed on the population, exposing themselves to severe penalties and repression.²⁵

Upon re-examination of the case, under the judgment of the Circuit Court in Cracow of 19 January 1949, the defendant Michel was found guilty of committing the act specified in the bill of indictment, qualified as an offence under Art. 2 of the August Decree. For that act, pursuant to Art. 2 in conjunction with Art. 5 § 2 of the August Decree and Art. 59 § 1 letter (c) of the Penal Code,²⁶ the defendant was sentenced to two years of arrest, subject to crediting towards the amount of penalty the detention period from 19 January 1947 to 19 January 1949, to the loss of public rights and honorary civil rights for a period of two years, and to confiscation of his entire estate.²⁷

There was no controversy about the basic findings of fact, which were cited at the beginning of the statement of reasons. However, the defendant's explanations, as an advocate and judge, that is a person with a special knowledge of life and the law, that he acted in conviction of the legality of the applied German legislative acts and did not realise their unlawfulness did not withstand criticism and the Court did not believe them. The Court made a reference to the fact that the defendant, as advocate after 1933, was confronted with the oppression and persecution of Jews and, consequently, when adjudicating in Cracow and applying the German law detrimental to the lives of Jews, had to realise the fact that, by doing so, he was implementing the barbaric Nazi ideas leading to biological extermination of the Jewish population. Then, the Court cited the opinion of Professor Wolter that the German judiciary in the area of the General Government was only one of instruments of the national socialist policy, in which there was no room for equal treatment of people, and that the judiciary strived, through its adjudicating activity, to implement that policy. This policy was aimed against essential elements of human life originating from natural law, and the legislation applied, among others, by German courts, led to terrible oppression of the Polish population and its biological destruction by "legalising" mass murders, pillage, terror, slave labour, extermination of Jews, destruction of culture and school system, and of the economy.²⁸

In the statement of reasons, it was concluded that the defendant, as lawyer, realised the conditions to which the Pol-

ish population was exposed during the occupation, and thus the defendant also knew that the population was, on pain of penalties unmatched in the code of civilized nations, forced to perform slave labour in the conditions leading to its biological destruction, that, under the German legislation, the Polish population could not acquire items of prime necessity, and the Jewish population was entirely thrown out of the margins of life. Apart from police authorities, German legislation was enforced by the German judiciary, and the defendant was one of its members. Under those conditions, Michel's participation in the adjudication of matters of the Polish and Jewish population and in the application of German legislation aimed against the basic goods and interests of civilians, legally protected by all civilized societies, constituted doing favour to the authorities of the German state, clearly detrimental to the Polish population, which fully matched the statutory definition of the offense under Art. 2 of the August Decree.²⁹

The mitigation of punishment was a consequence of taking in to account, firstly, the personal history of Michel and, secondly, the circumstances of his act. The defendant was delegated to Cracow under an order, as a part of so called wartime service obligations, after he was discharged from the army as a person unfit to frontline service, and the defendant could not oppose that order. Moreover, when performing his judicial duties, he tried to be fair to accused persons, behaved decently in relation to Polish defendants and advocates and, having regard to the poverty of the Polish population, tried to impose lower sentences.³⁰

Bearing in mind the conclusions of the judgments delivered in Michel's case, it must be pointed out that service of a German judge in the General Government, to the extent it involved application of the German provisions aimed directly or indirectly against the Polish state or Polish nation, or against fundamental and legally protected goods and interests of the civilian population, amounted to doing favour to the authorities of the German state to the detriment of the Polish population and, as a consequence, matched the statutory definition of the offense under Art. 2 of the August Decree.

2.2 The case of Josef Abbott

In the bill of indictment prepared in November 1949, a charge was made against Josef Abbott that "in the period from 1 October 1941 to 1945, in Gdańsk, doing favour to the authorities of the German state, as NSDAP member and prosecutor at "Landgericht" delegated to deal with economic matters, and then prosecutor at "Sondergericht," he acted to the detriment of individuals from among the civilian population by physical and mental abuse of suspects against whom he carried out investigation in relation to their anti-Nazi activities." In the justification of the bill of indictment, attention was drawn to the fact

²⁵ AIPN, IPN Kr 502/1488, Judgment of the Supreme Court in the case of Albert Michel of 17.11.1948, p. 393-394.

²⁶ Art. 59 § 1 letter (c) of the then applicable Penal Code offered a possibility of extraordinary mitigation of the punishment by imposing a penalty of arrest instead of prison up to five years.

²⁷ AIPN, IPN Kr 502/1488, Operative part of the judgment of 19.1.1949, p. 436-437.

²⁸ AIPN, IPN Kr 502/1488, Judgment in the case of Albert Michel of 19.1.1949, p. 447-454.

²⁹ AIPN, IPN Kr 502/1488, Judgment in the case of Albert Michel of 19.1.1949, p. 454-455.

³⁰ AIPN, IPN Kr 502/1488, Judgment in the case of Albert Michel of 19.1.1949, p. 455-458.

that the defendant was regarded in Gdańsk as ardent supporter of Nazis, member of NSDAP and Hitlerjugend, which is why he was entrusted with ever more responsible tasks: relating to economic crime in the Sondergericht's Prosecutor's Office and, finally, in relation to supporting the prosecution's case before the senate of the Higher Regional Court in Gdańsk, which most of the time handed down death sentences. The incriminating witness testimony shed light on Abbott's anti-Polish and hateful attitude, beating prisoners, or even leading a certain woman to suicide. Abbott was generally considered a sadist, which was demonstrated by his participation in the execution of death penalties and the fact that such participation was a reason for of pride in contacts with his friends.³¹

By the judgment of 17 January 1950, the Court of Appeal in Gdańsk decided to find Josef Abbott guilty of the criminal act charged, provided that he did not act to the detriment of individuals from among the civilian population by physical abuse of suspects, and sentenced him to a penalty of 7 years of imprisonment, loss of public and civil rights for a period of 5 years and confiscation of the entire estate. The period of pre-trial detention from 27 February 1948 to 17 January 1950 was credited towards the imposed sentence.³²

In the justification of the judgment, the Court, invoking witness testimony, concluded that the defendant with his behaviour earned a reputation of a sadist, that he sought to assist at executions of death penalty and that he enjoyed such assistance, and his attitude to Poles was marked by hate. An important source of findings was also the testimony of witness Michniewski, who remembered Abbott from a trial held on 22 December 1944 in Gdańsk in a matter of stealing large quantities of sugar from a warehouse. In that case, the total of 23 persons were indicted. Against almost all of them Abbott requested death penalty, and he supported the prosecution's case with incredible ferocity, insulting the accused persons. Juxtaposing the defendants' behaviour against the sacrifice of thousands of Germans on the fronts, he concluded that the defendants must vanish. Death penalty was handed down on five men, including Michniewski's son, from among whom three were executed, and in the case of the other two the penalty was changed. Michniewski himself was sentenced to one year of imprisonment, even though in his case Abbott requested two years of prison. During detention, prisoners trembled at the thought of meeting prosecutor Abbott, who spoke ill about Poles and said that they must be neutralized as they were the biggest parasites of the German nation. Based on the case for illegal trade in sugar, the Court concluded that requesting in those circumstances a death penalty was a proof of especially hostile activity towards the civilian population and transgression of rules applicable to a public prosecutor performing his duties. In addition, the statement against Poles made by Abbott in his closing arguments that they were "manure that should become extinct" was assessed by the Court as an

act aimed at the extermination of Poles. In the conclusions of the verdict, the Court held that the defendant, as prosecutor at Landgericht (i.e. regional court) and Sondergericht (i.e. special court) in the period from 1 October 1941 to 1945, displayed behaviour to the detriment of the civilian population, doing favour to the authorities of the German state, whereby, in the defendant's behaviour, the Court did not identify only physical abuse of suspects, which matched the statutory definition of the offence under Art. 2 of the August Decree. The amount of penalty was affected by the fact that the act was committed during the occupation period, that is under circumstances particularly difficult for the civilian population, and especially for Poles left at the mercy of the occupier, and that the defendant abused his position to oppress Poles.³³ Abbott's attorney filed a revision, however, without success.³⁴

2.3 The case of Hellmuth Holland

In December 1948, upon Holland's extradition to Poland from the French occupation zone, he was presented with the bill of indictment, in which the charge was made that "from September 1941 to 17 January 1945, at the position of head of the prosecutor's office at the German Special Criminal Court in Piotrków, doing favour to the authorities of the German state, he acted to the detriment of the Polish Nation and individuals from among the civilian population by: issuing, in violation of the applicable provisions of German criminal legislation, arrest warrants against Poles without a prior judicial hearing, issuing, against those provisions, orders of punishment sentencing to penalties of imprisonment up to two years, giving the bodies of penitentiary administration orders to exercise repression against individuals intending to file an appeal against such orders, giving instructions of coercing confessions by beating, exerting pressure on German judges to impose the highest amount of penalty against Poles, qualifying offences committed by Poles under more severe provisions of criminal legislation, ordering starvation of detainees in the prison subject to his supervision, referring Polish citizens to German concentration camps, handing over to the Gestapo cases of persons in relation to whom there were no grounds to initiate court proceedings, as a result of which those persons were sent to concentration camps."³⁵

By the judgment of 30 March 1949, Holland was found guilty of the charge that from 13 September 1941 to 17 January 1945, in Piotrków, at the position of head of the prosecutor's office at the German special court, doing favour to the authorities of the German state, he acted to the detriment of the Polish nation and individuals from among the civilian population by: giving instructions to the bodies of penitentiary administration to exercise repression against persons intending to appeal against orders of punishment, giving instructions to coerce confessions by beating, exerting pressure on German judges to impose more severe penalties against Poles and to qualify offences committed

³¹ AIPN, IPN Gd, 605/9/1, Bill of indictment of 16.11.1949, p. 109-111.

³² AIPN, IPN Gd, 605/9/1, Operative part of the judgment in the name of the Republic of Poland of 17.1.1950, p. 217-218.

³³ AIPN, IPN Gd, 605/9/1, Judgment in the name of the Republic of Poland of 17.1.1950, p. 225-232.

³⁴ AIPN, IPN Gd, 605/9/1, Judgment in the name of the Republic of Poland of 16.6.1950, p. 255-259.

³⁵ AIPN, IPN Ld 503/48, t. 3, Bill of indictment against Hellmuth Holland of 11.12.1948, p. 128-129.

by Poles under more severe provisions of criminal legislation, and, under Art. 2 of the August Decree, sentenced to six years of imprisonment, loss of public rights and honorary civil rights for three years and confiscation of the entire estate, subject to crediting towards the sentence of the pre-trial detention in the period from 21 March 1948 to 30 March 1949.³⁶

A comparison of the contents of the charge and the operative part of the judgment demonstrates that, upon concluding the evidentiary procedure, the Circuit Court in Piotrków found a part of the charges confirmed. This relates to acting to the detriment of individuals from among the civilian population, in particular, by instructing penitentiary administration to exercise repression against persons who wished to exercise their right to appeal against the order of punishment. It was considered proven that the defendant ordered coercing confessions and exerted pressure on German judges. The situation was similar when it came to the charge of qualifying acts of Poles under more severe provisions, whereby the Court included under this charge, e.g., imposition of fine beside imprisonment in violation of the rules applicable in the GG. In the opinion of the Court, the above acts followed from the defendant's hostile attitude towards Poles, which was not limited only to strict application of severe German provisions. In his behaviour and statements, the defendant displayed an implacable and merciless attitude to the Polish population. On the other hand, the Court did not consider proven the charges of ordering arrest without judicial hearing in violation of legal provisions. This charge became completely irrelevant after 24 October 1942 as a result of reforms to the legislation of the GG, under which prosecutors were empowered to issue arrest warrants. When it came to the earlier period, the Court held that the defendant's defensive claims could not be refuted in evidentiary procedure. Additionally, Holland after taking his office was to contribute to a certain regularisation in this regard by reducing backlogs in arrest matters, which arose during the term of his predecessor, by accelerating proceedings and releasing persons arrested groundlessly. It was assessed that in such factual situation there were no sufficient grounds to conclude that the failure to comply, in his initial period of office (before 24 October 1942), with formalities in relation to arresting defendants followed from an intention to act to their detriment. The charge was not confirmed that Holland, against the rules, imposed by orders of punishment higher penalties than admissible. Also the charge of starving detainees in the Piotrków prison was dismissed.³⁷ The above judgment was challenged with a cassation appeal, dismissed by the Supreme Court by the judgment of 23 July 1949.³⁸

As Holland served his punishment imposed by the above judgment, in August 1953, a bill of indictment was prepared in which charges were made that "from September 1941 to early 1944, as head of the German prosecutor's office at a Special Court, doing favour to the authorities of the Nazi state, he participated in homicide of persons from among the civilian popu-

lation, by: ordering executions and assisting at executions, and in particular: a. in September 1941, in Piotrków, he ordered shooting a person of unknown name and was present at the execution, b. in summer 1942, in Piotrków, he ordered and took part in the shooting of a group of about 15 persons of Jewish nationality, c. at the same place and time, he ordered and took part in the shooting of a group of 6-8 persons of Jewish nationality, d. towards the end of 1943 or at the beginning of 1944, in Piotrków, he ordered and took part in the shooting of a post office employee of unknown name, e. at the same place and time, he ordered and took part in the shooting of two persons of unknown name – a woman and a man, convicted for sheltering a citizen of Jewish nationality."

By the judgment of 20 February 1954, Holland was found guilty by the Voivodeship Court in Łódź of the act charged and sentenced to eight years of imprisonment and loss of rights for a 5-year period, subject to crediting towards the sentence his pre-trial detention from 21 March 1948. The justification of the judgment shows that Holland admitted taking part in executions of Poles and Jews and explained that he was obliged to do so by the provisions of German criminal procedure, requiring presence of a prosecutor at the execution of death penalties, which allegedly meant that the imputed acts were not offences. Besides, Holland raised a plea of *res judicata*, that is of a decided case. In this regard, the Voivodeship Court in Łódź noted that, in the judgment of the Circuit Court in Piotrków, the defendant was charged with acts of transgressing his powers beyond what was legal – his behaviour violated the provisions of German criminal legislation, recognized by international law. On the other hand, the acts subject to the next process related to offences following from criminal legislative acts, which led to the extermination of conquered nations, adopted during the occupation condemned by the Nuremberg Tribunal as based on a plan of aggressive war. Moreover, the acts adopted by occupational authorities were contrary to international conventions, especially to Art. 43 of the Hague Convention of 1907 r. Then, the Court noted that the Regulation on special courts in the GG of 15 November 1939, and the submission to their jurisdiction of citizens for acts not recognised as offenses in the legislation of any other country, such as departure from the ghetto by Jews or sheltering a Jew, must be considered a criminal legislative act. Therefore, any support of the prosecution's case in such matters and execution of the imposed sentences amounted to extermination activities, and constituted a crime against humanity. In this way, the Court considered Holland's guilt proven, however, when meting out the punishment, the Court decided that it should be extraordinarily mitigated on account of the perpetrator's personality, his upbringing in the spirit of German militarism and blind obedience to acts and regulations adopted by the superior authorities.³⁹

The above judgment was challenged by revisions filed both by the prosecutor and the defendant. Having examined the re-

³⁶ AIPN, IPN Ld 503/48, t. 3, Operative part of the judgment of 30.3.1949, p. 359-360.

³⁷ AIPN, IPN Ld 503/48, t. 3, Operative part of the judgment of 30.3.1949, p. 359-368.

³⁸ AIPN, IPN Ld 503/48, t. 3, Judgment of the Supreme Court of 23.7.1949, p. 374-377.

³⁹ AIPN, IPN Ld 503/48, t. 1, Judgment of 20.2.1954, p. 168-175.

vision, the Supreme Court, by the judgment of 26 May 1954, upheld the challenged judgment. In reference to the plea of *res iudicata* raised by the defendant, the Court emphasised that in both judgments the scopes of examination and imputed acts were different (in the judgment of the Piotrków Court – discrimination of the civilian population in the occupied country; in the judgment of the Łódź Court – participation in homicide of persons from among the civilian population). Also, the legal qualification of the acts differed. The Supreme Court agreed with the legal assessment of the defendant's acts by the Voivodeship Court, referring to the occupier's rights in the light of the Hague Convention. Making a reference to a German coursebook of international law from 1925, the Supreme Court held that in the area of organisation of the system of justice, the occupier had the right to establish its own courts only for the examination of cases for offenses against the safety of the occupational army and cases for violation of the provisions adopted in the interest of the population, e.g. concerning food supplies or residential regulations. Otherwise, justice was to be administered by local courts. Therefore, the creation of German special courts as criminal courts for Polish citizens in the General Government was contrary to international law, and it was a blatant violation of international law to introduce, as applicable substantive law, the genocidal criminal Nazi legislation, whose purpose was biological extermination of Jews and Poles. Then, the Supreme Court inferred that, from the point of view of international law, judgments of special courts against Polish citizens were war crimes or crimes against humanity, and death sentences handed down by those courts were murders from the perspective of international law. Therefore, delivery and execution of those sentences constituted participation in homicide subject to punishment under the August Decree.⁴⁰

A fundamental nature should be emphasised of the arguments in the judgments of the Voivodeship Court in Łódź and of the Supreme Court. The Voivodeship Court in Łódź justly found that the legislation of the GG was contrary to international law and that the GG legislation, in many situations, provided for penalization of acts not recognized as offenses in other countries and, as such, was criminal. Moreover, the Supreme Court precisely pointed out that the establishment of German special courts as criminal courts for Polish citizens in the GG was contrary to international law, judgments of special courts delivered against Polish citizens were war crimes or crimes against humanity, and death sentences handed down by those courts were simply murders. Their imposition and execution was participation in homicide subject to punishment under the August Decree.

3. The East German liability model

The East German liability model will be reconstructed on the basis of two cases: of Gerhard Pchalek and Johannes Breyer.

At this point, I deliberately ignore earlier reckoning trials – so called processes in Waldheim, as a part of which Nazi lawyers were tried as a “package” – as commented by Witold Kulesza. They took place in a period from April to July 1950. As a part of those processes, 3324 convicting judgments were delivered, mainly imposing penalties between 10 and 25 years of imprisonment under the Law of the Allied Control Council for Germany on Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity of 20 December 1945. Charges in those trials included participation in the NSDAP or state service of the Third Reich, from which responsibility for the implementation of the goals of the Nazi state, participation in war crimes and crimes against humanity were derived. However, those processes were held in violation of the principles of substantive and procedural law and, actually, were by themselves examples of judicial crimes.⁴¹

Pchalek, who was a prosecutor in Upper Silesia in the years 1941-1944, was indicted in late 1959 before the District Court in Gera and heard charges that “in the period from 1941 to 1944, by a continuous act in about 20 cases, as accessory, he destroyed human life.” Details of his activities were described in the justification of the public indictment, which indicated that Pchalek requested death penalties before special courts in Katowice and Bielsko against German and Polish patriots, and in most cases those requests were followed by the adjudicating judges. Moreover, he supervised executions, instructed subordinate prosecutors to request death penalties, analysed the judgments delivered and gave recommendations to his superiors on their challenging when he considered the imposed penalty mild.⁴²

The trial in Pchalek's case was held before the District Court in Gera in April 1960. Evidentiary proceedings before the Court confirmed that the charge made in the bill of indictment was legitimate, and by the judgment of 8 April 1960, Gerhard Pchalek was sentenced for accessory to murder in 20 situations under § 211 StGB in conjunction with § 49 StGB to 4 years of heavy prison, subject to crediting the period of pre-trial detention towards the penalty.⁴³ At this point, it must be emphasized that the crime of murder was defined in § 211(2) StGB. Under that provision, a murderer was the one who killed a man: a) out of a lust for murder, to satisfy sex drive, out of greed or for other base reasons, b) deceitfully or cruelly or using measures dangerous to the public, c) or to enable or cover up another offense. A competing rule – § 212 StGB – provided for a milder penalty for homicide, understood as intentional killing of a human done without deliberation (*Überlegung*). Under § 49(1) StGB, the person punishable as accessory was one who knowingly provided assistance to the perpetrator in the commission of crime or misdemeanour by advice or act. § 49(2) StGB defined the amount of penalty for an accessory according to the provision applicable to the act knowingly aided by such accessory, how-

⁴⁰ AIPN, IPN Ld 503/48, t. 1, Judgment of the Supreme Court of 26.5.1954, p. 211-216.

⁴¹ KULESZA, *Crimen laesae iustitiae*, p. 47-54.

⁴² Bundesbeauftragte für die Unterlagen der Staatssicherheit der ehem. DDR (BStU) Außenstelle Gera, MfS/Bezirksverwaltung Gera, AUV 38/59, Haftsache GA Bd. II, Bill of indictment of 12.12.1959, p. 1-2.

⁴³ BStU Außenstelle Gera, MfS/Bezirksverwaltung Gera, AUV 38/59, Haftsache GA Bd. II, Opening decision of 2 II 1960, p. 15-18; Minutes of the main hearing of 5.4.1960, p. 37-43.

ever, the penalty was to be mitigated on the terms provided for punishing an attempt.

In March 1961, in Schwerin, a bill of indictment was prepared against Johannes Breyer. The charges were that “out of base reasons, that is to implement and in the interest of the fascist extermination policy and enslavement, by a continuous act, Breyer committed a crime against life.” In the justification of the bill, the time and nature of his activities were specified – from February 1942 to December 1944 as judge of the Special Court in Poznań, together with other members of that Court, applying “criminal, national socialist, murderous directives,” based on unlawful practice of special courts, in 69 situations, he committed murder, and in two further situations an attempt of murder. The bill of indictment included full names of the victims of Breyer’s activities and the dates of delivering the death sentence.⁴⁴

In the criminal process before the District Court in Gera, another legal qualification was chosen than in the Nuremberg lawyers’ trial or in Waldheim trials. The Court reached neither for the extraordinary regime adopted after the end of the Second World War for war crimes and crimes against humanity nor for the construction of bending the law under § 336 StGB but for § 211 StGB, the provision on murder, in conjunction with § 49 StGB, devoted to aiding. The District Court in Gera concluded that Pchalek requesting, as his final conclusion, death penalty in respect of twenty individuals during trials before the Special Court in Bielsko, Special Court in Katowice and Higher Regional Court in Katowice, was guilty of accessory to murder since the defendants were sentenced as requested, and the sentences were executed.

The case was examined in April 1961 by the District Court in Schwerin, which after a four-day trial sentenced Breyer for accessory to murder and accessory to attempt of murder, qualified under § 211 StGB in conjunction with § 49 StGB, to eight years of heavy prison and loss of honorary civil rights for a period of ten years. It was pointed out in the justification of the judgment that in the course of his activities at the Poznań Special Court, Breyer took part in 58 processes concluded with death sentences, in which the capital punishment was imposed on 71 individuals, out of which 69 persons were Poles and 2 persons were Germans. Out of the 71 cases of sentencing to death penalty, only in eight situations the Court did not manage to confirm that the penalty was executed. Breyer’s act was not qualified as murder but accessory to murder committed by the presidents of two chambers of the Special Court in Poznań since Brayer was influenced by those two and submitted himself to their guidance as an unexperienced and insufficiently apt jurist in matters of contemporary law.⁴⁵

As noted by Witold Kulesza, in the cited judgment, the District Court in Schwerin considered it inadequate and inappropriate to consider the act imputed to Breyer in terms of bending the law under § 336 StGB since this would be even an “unprecedented mockery of the victims of the bloodthirsty system of

justice,” and devoid of any legal and moral basis. An opinion was presented that “causing death of a human by a court sentence delivered in application of criminal norms of Hitler’s state which contradicted the law of nations is unlawful both in the understanding of the law of nations and in the light of German criminal law, and qualifies as murder.”⁴⁶

4. Conclusions – is there a fourth (Polish) liability model?

The cases of Michel, Abbott and Holland are a stimulus to consider if one can speak of a fourth, Polish liability model in relation to lawyers of the Third Reich. The thesis should probably raise no controversy that the above cases cannot be directly qualified under any of the three models described by Witold Kulesza in the context of German law. An affirmative answer to such question is, in fact, supported by a number of circumstances. The cited judgments of Polish courts involved certain elements present in the first model (qualification as war crime or crime against humanity) and in the third one (qualification of execution under a delivered judgment as homicide, leaving aside the question of bending the law), however, the judgments were based on legal provisions of a different type. The judgments of Polish courts were based on Art. 2 of the August Decree, and not Art. 225 of the Penal Code of 1932 (provision on murder) in conjunction with Art. 26 of that Code (devoted to accessory), which solution would suggest a twin solution to the East German one (third model). Statutory elements of the definition of the act specified in Art. 2 of the August Decree differed from the ones under § 211 StGB in conjunction with § 49 StGB, which is why it is probably legitimate to speak of a fourth, Polish, model.

As regards this fourth model, it must be noted that neither the August Decree nor any other piece of legislation in the Polish system of justice was specifically dedicated to the acts of German lawyers, judges and prosecutors serving in the Polish territories occupied by Germany during the Second World War. The German judiciary, as opposed for example to the Gestapo or SS, was not declared a criminal organisation. The August Decree contained general norms and covered acts that could be committed by just any perpetrator and not only a prosecutor- or judge-perpetrator.

Michel was convicted because he took part in the adjudication of matters against the Polish and Jewish population and in the application of German legislation, harming the fundamental goods and interests of the civilian population legally protected by civilized societies, which constituted doing favour to the German authorities to the detriment of the Polish population. This naturally referred to such cases which, upon examination, were concluded with sentencing of the defendant and which were based on legislation that formed a part of the criminal policy of the German occupier, and the execution of those sentences obviously caused harm to the population of the occupied territory. Theoretically speaking, one should reject a possibility

⁴⁴ Bundesarchiv Berlin-Lichterfelde (BA), DP/3/2512, Bill of indictment of 13.3.1961, no pagination.

⁴⁵ BA, DP/3/2512, Judgment in the criminal case against Johannes Breyer of 14.4.1961, no pagination.

⁴⁶ KULESZA, Odpowiedzialność karna za zbrodnie sądowe sędziów, p. 92.

to hold liable a German judge who took part only in the delivery of an acquitting judgment or judgments.

Abbott was sentenced because, as German prosecutor, in the term of his office, he acted to the detriment of the civilian population by morally abusing suspects. However, it should be emphasised that the Court in Gdańsk did not pay much attention to the fact that did not go unnoticed by the Court in Łódź, examining Holland's case. Both prosecutors, Abbott and Holland, took part (assisted) in executions – executions of death penalties handed down by German courts. On one hand, this was not specifically reflected in the judgment against Abbott, on the other hand however, this was the basis of Holland's conviction in the second criminal process of 1953. Participation in those executions was qualified as participation in homicide of individuals from among the civilian population and, in the same way, the Polish Court – unlike the West German jurisprudence – did not recognise the argument about compatibility of such acts with the contemporary German law (“what used to be the law at that time could not be found lawless today”). Besides, the Polish Court did not examine the question of bending the law.

In the first criminal process, however, Holland was convicted for behaviours of a different type – which actually were offences even in the light of the then applicable German legislation – instructing to exercise repression without any legal basis, to coerce confessions and exerting pressure on German judges.

As a part of such list, one should distinguish such criminal behaviours of German lawyers (prosecutors, in this particular case) that actually were different types of offences (abuse, abuse of authority, bodily injuries) in the light of the contemporary German legislation (e.g., moral abuse of suspects, ordering repression, ordering coerced confessions) from those behaviours of lawyers that directly related to the authority entrusted to them and that were legal in the light of the then applicable German law (preparing bills of indictment, supporting the prosecution's case at the trial, requesting death penalties for defendants, handing down death sentences, taking part in executions). The second group of behaviours fits within the Polish model of holding German lawyers liable for their activities during the Second World War. This normative model was based on Art. 2 of the August Decree. This refers to a situations in which the following prerequisites were jointly met: 1) activity within the German occupational judiciary; 2) adjudication in cases for prohibited acts penalised under German legislative acts; 3) occurrence of damage sustained by a person from among

the civilian population, military personnel or war prisoner as a consequence of such activity. In the context of the above, two questions arise. First, how to qualify a situation in which a given act was, at the same time, an offence under the German law and the prewar Polish law and the difference between the two legal systems boiled down only to the statutory amount of penalty. The examined judgments do not offer solutions in this matter, that is why it is difficult to give a clear answer in this respect. It is unknown if this question was ignored because of the dominant role, within the German legislation in occupied Poland, of legal provisions without any counterparts in Polish law, which rendered irrelevant the question's impact on guilt or if the Court was convinced that such situations could not be treated on equal terms with conviction for an act prosecuted also under the Polish law. Such deliberation, however, seems to be of only theoretical nature since it would be difficult to imagine a German judge or prosecutor who, during his service in occupied Poland, managed not to deliver a single act based, e.g., on the wartime criminal law of the Third Reich. On top of that, a second question arises – about the scope of damages to be taken into account. It is obvious that when the consequence of judicial activity was death, then such case had to be qualified under Art. 2 of the August Decree. But what to do in case of a milder sentence, or even minor one? Two arguments arise in support of convicting a lawyer also in such situation. First, the bill of indictment against Michel covered not only his participation, as member of the adjudicating panel, in matters concluded with the imposition of death penalty but also matters of lesser importance examined by Michel as single judge, in which he would impose milder penalties, and in the valid judgment of the Circuit Court in Cracow of 19 January 1949 Michel was found guilty of the act specified in the bill of indictment (there was no reduction in scope from the imputed act to the attributed act). Thus, even participation in the German judiciary by examining simple matters, in which death penalty was not handed down, was qualified as acting to the detriment of the population within the meaning of Art. 2 of the August Decree. Second – as follows from the decision of the Supreme Court in Holland's case – the establishment of German special courts as criminal courts for Polish citizens in the GG was contrary to international law, and judgments of special courts against Polish citizens were war crimes or crimes against humanity. In this regard, German lawyers could be held criminally liable under the August Decree.

Equality of Rights in the Work of the Codification Commission of the Republic of Poland on Drafts of Matrimonial Property Law

Michał Glück*

Abstract

The Codification Commission of the Republic of Poland was set up in 1919 to unify and codify the legal system. At the time, the legal systems of the partitioning states were in force in the Polish lands, which definitely hampered the work of the Commission. It applied to all branches of law, including matrimonial property law. The preparation of uniform provisions of matrimonial property law was not the only challenge for the Commission members drafting that section. The inter-war period was a time of many social changes in the context of equality in both Poland and Europe. In 1920, the Eighth Conference of the International Woman Suffrage Alliance, which adopted resolutions on the equality of matrimonial property regimes, was held in Geneva. As a result, the Codification Commission sought to unify the system of matrimonial property law and adapt it adequately to the changes occurring at the time. In 1920-1939, the work on draft matrimonial property law was carried out by two rapporteurs: W. L. Jaworski and K. Lutostański, who submitted in total four versions of the draft matrimonial property law. The deliberations of the Civil Law Section, subsequently the matrimonial property law sub-commission, over equality issues in draft laws frequently proceeded in a dynamic manner. This fact definitely had an impact on the work on the draft law and the adequate introduction of the value of gender egalitarianism to the prepared matrimonial property law. This article aims to show the work of the Commission on the draft laws, taking into account the context of equality and changes affecting the content of the prepared provisions.

Keywords: Equality; gender egalitarianism; Codification Commission of the Republic of Poland; matrimonial property law sub-commission; matrimonial property relations.

1. Introduction

The initiative of the unification and codification of national law started in the Polish legal community as early as during World War One.¹ Waclaw Makowski was the first to call already in 1916 for setting up a codification commission.² It was not until after Poland regained independence in 1918 that the Codification Commission of the Republic of Poland was set up. The Law on the Codification Commission was adopted by the parlia-

ment of the Second Republic of Poland on 3 June 1919.³ The Commission faced a truly arduous task. This was due to the fact that the legal systems of the partitioning states were still in force in the Polish lands.⁴ There was a need for the codification and unification of the legal system.⁵ It applied to all branches of law, including matrimonial property law. The preparation of uniform provisions of matrimonial property law effective in the territory of the Republic of Poland was not the only challenge faced by the Commission members drafting that section. The Eighth Confer-

* Mgr. Michał Glück, Institute of Law, Faculty of Law and Administration, University of Silesia in Katowice, Katowice, Poland, email: michal.gluck@us.edu.pl / ORCID 0000-0001-9349-6348.

¹ GÓRNICKI, L., *Prawo cywilne w pracach Komisji Kodyfikacyjnej Rzeczypospolitej Polskiej w latach 1919-1939*, Wrocław, 2000, p. 12.

² LITYŃSKI, A., *Wydział Karny Komisji Kodyfikacyjnej II Rzeczypospolitej. Dzieje prac nad częścią ogólną kodeksu karnego*, Katowice 1991, p. 12; see also: GÓRNICKI, L., *Prawo cywilne w pracach komisji kodyfikacyjnej...*, Wrocław, 2000, p. 12.

³ Law of 3 June 1919 on the Codification Commission (Journal of Laws No. 4, pos. 315), see: GÓRNICKI, L., *Prawo cywilne w pracach Komisji Kodyfikacyjnej...*, Wrocław, 2000, pp. 13-15. For more on this subject, see: GÓRNICKI, L., *Komisja Kodyfikacyjna II RP: pozycja ustrojowa, struktura organizacyjna, podejmowanie decyzji*, In: *Acta Universitatis Wratislaviensis, Prawo*, vol. 328, Wrocław, 2019, pp. 117-119, GÓRNICKI, L., *Onera matrimonii i majątek rodziny w projektach kodyfikacji prawa rodzinnego w II RP*, In: ROMINKIEWICZ, J. (Eds.), *Rodzina i jej prawa*, Wrocław, 2012, p. 137.

⁴ See: FIEDORCZYK, P., *Polish matrimonial law 1918-1939: Regulations, attempts to unify and codify*, In: LÖHNIG, M. (Eds.), *Kulturkampf um die Ehe. Reform des europäischen Eherechts nach dem Großen Krieg*, Tübingen, 2021, pp. 147-153, 162-163, FIEDORCZYK, P., *Development of family law on Polish lands 1795-1945*, In: GUZOWSKI, P., KUKLO, C. (Eds.), *Framing the Polish Family in the Past*, London and New York, 2022, p. 171, cf. POMIANOWSKI, P., *Legal Status of Women in Codes Binding in Central Polish Lands in the Early Nineteenth Century*. In: *Journal on European History of Law*, vol. 11, no. 1, 2022, pp. 96-101, MICHALIK, P., *Consent to a Jewish Marriage in Legislation of the Free City of Cracow (1815-1846)*. In: *Journal on European History of Law*, vol. 11, no. 1, 2022, pp. 102-109.

⁵ SÓJKA-ZIELIŃSKA, K., *Organizacja prac nad kodyfikacją prawa cywilnego w Polsce międzywojennej*, In: *Czasopismo Prawno-Historyczne*, vol. 27, nr. 2, 1975, p. 275; see also: NANCKA, G., *Próba wykorzystania prawa rzymskiego w międzywojennej kodyfikacji prawa cywilnego? Ignacy Koschembahr-Łyskowski i "Koncepcja podstawowa prawa zobowiązań"*, In: *Zeszyty prawnicze*, vol. 22, nr 4, 2022, p. 111, FIEDORCZYK, P., *Unifikacja i kodyfikacja prawa rodzinnego w Polsce (1945-1964)*, Białystok, 2014, pp. 81-82.

ence of the International Woman Suffrage Alliance, which adopted resolutions on the equality of matrimonial property regimes, was held in Geneva in 1920.⁶ The resolutions called for: 1) the removal of restrictions on married women in the area of property and personal law; 2) putting father and mother on equal terms in relation to children and; 3) applying the principle of separation of property to the matrimonial property regime.⁷ The legal systems of the partitioning states, then in force on the territory of the reborn state, did not comply with the new European standards established at the Conference of the International Woman Suffrage Alliance.⁸ It was therefore not sufficient simply to adapt or compile those regulations. There was a need to transform them towards the introduction of gender egalitarianism in the sphere of matrimonial property regimes.⁹ Moreover, women organizations operating in Poland at the time called for the introduction of adequate changes to the law.¹⁰ The issue was also emphasized in an urgent motion submitted by MP Zygmunt Marek, who pointed out that placing women on an equal footing with men should be taken into account in the law codification.¹¹

During its works on matrimonial property law, the Codification Commission of the Republic of Poland had to take up the challenge of law unification and pay attention to the social changes of an equalitarian nature taking place at the time. A major complication was that the need to introduce egalitar-

ianism related not only to matrimonial property law but the whole legal system. The drafters of matrimonial property law faced a big challenge of potential disagreements over the equality of rights among the Commission members and finding a compromise that accommodated all the views.¹² This article seeks to show the work on the draft laws undertaken by the Commission, with special attention placed on the context of the equality of rights and the changes affecting the content of the prepared regulations.

2. Course of work on drafts of matrimonial property law

The Rules of Procedure of the Commission enacted in 1919 formed two divisions within the Commission structure: criminal and civil.¹³ Within them, sections or sub-commissions could be set up.¹⁴ The work on draft matrimonial property law dates back to the time prior to the appointment of the sub-commission. Initially, the deliberations on the draft law were held in the Civil Law Section.¹⁵ The sub-commission preparing matrimonial law was appointed in 1926,¹⁶ whereas the relevant matrimonial property law sub-commission was appointed only in 1933.¹⁷ The first draft, prepared by W. L. Jaworski, was presented to the Civil Law Section as early as in 1920.¹⁸ The work

⁶ FIEDORCZYK, P., *Polish matrimonial law 1918-1939...*, p. 163, GÓRNICKI, L., *Prawo cywilne w pracach Komisji Kodyfikacyjnej...*, pp. 227-228.

⁷ GÓRNICKI, L., *Prawo cywilne w pracach Komisji Kodyfikacyjnej...*, pp. 227-228.

⁸ DUFRAIT, J., *W okresie powolnej modernizacji. Kobieta w II Rzeczypospolitej – próba bilansu*, In: *Zeszyty naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace historyczne*, vol. 147, nr 4, 2020, pp. 820-821. See also: GÓRNICKI, L., *Onera matrymonii i majątek rodziny w projektach kodyfikacji prawa rodzinnego...*, pp. 139-146.

⁹ PIETRZAK, M., *Sytuacja prawna kobiet w Drugiej Rzeczypospolitej*, In: ŻARNOWSKA, A., SZWARC, A. (Eds.), *Równe prawa i nierówne szanse. Kobiety w Polsce międzywojennej*, Warszawa, 2000, pp. 83-84. ŁYŚKO, M., *Udział kobiet w życiu publicznym II Rzeczypospolitej Polskiej*, In: *Miscelanea Historico-Iuridica*, vol. 14, nr 1, 2015, p. 382.

¹⁰ For more on this subject, see: CHWASTYK-KOWALCZYK, J., *Próby uohywatelnienia kobiet w okresie dwudziestolecia międzywojennego na lamach „Bluszczu”*, In: DAJNOWICZ, M., MIODOWSKI, A. (Eds.), *Polityka i politycy w prasie XX i XXI wieku: polityka w prasie kobiecej*, Białystok, 2019, p. 77, KLIMASZEW-SKA, A., *Searching for National Components in Building own Legal Culture: The Debate on the Legal Situation of Women in Interwar Poland*, In: *Studia Iuridica*, vol. 80, 2019, pp. 169-180, WARPİŃSKI, R., *Kobiety i życie publiczne*, In: ŻARNOWSKA, A., SZWARC, A. (Eds.), *Równe prawa i nierówne szanse. Kobiety w Polsce międzywojennej*, Warszawa, 2000, p. 31, PIETRZAK, M., *Sytuacja prawna kobiet w Drugiej Rzeczypospolitej...*, pp. 78-81 and 91, KONDRACKA, M., *Kobiety na uniwersytetach*, In: ŻARNOWSKA, A., SZWARC, A., (Eds.), *Równe prawa i nierówne szanse. Kobiety w Polsce międzywojennej*, Warszawa, 2000, p. 284, ŻARNOWSKA, A., *Obywatelki II Rzeczypospolitej*, In: ŻARNOWSKA, A., SZWARC, A. (Eds.), *Równe prawa i nierówne szanse. Kobiety w Polsce międzywojennej*, Warszawa, 2000, pp. 287-295.

¹¹ *Wniosek nagły posła Zygmunta Marka i tow. w sprawie powołania do życia komisji dla stworzenia jednolitego ustawodawstwa w Państwie Polskiem*, In: *Kwartalnik Prawa Cywilnego i Karnego. Pismo poświęcone nauce prawa i zagadnieniom wymiaru sprawiedliwości*, vol. 2, 1919, pp. 277-278. See: FIEDORCZYK, P., *Polish matrimonial law 1918-1939...*, p. 153.

¹² GÓRNICKI, L., *Prawo cywilne w pracach Komisji Kodyfikacyjnej...*, pp. 220, 228-234.

¹³ The Codification Commission, established by the Sejm, was a permanent and advisory body with a variable membership. Its organs consisted of, among others: Presidium, General Assembly, bureaus and particular sections, and it was represented externally by the President. The commission's first membership consisted of 44 persons and was established by a decision of the Head of State, Józef Piłsudski, dated 22 August 1919. The Codification Commission did not have a legislative initiative, so it acted as an auxiliary body for the legislative bodies. The Commission's activity was based on the principle of internal autonomy, as the manner of its operation, organisation, and the order of its work and deliberations were determined by its own rules of procedure, adopted independently. For more on this subject, see: GÓRNICKI, L., *Prawo cywilne w pracach Komisji Kodyfikacyjnej...*, pp. 20-22, 42-56, GÓRNICKI, L., *Komisja Kodyfikacyjna II RP: pozycja ustrojowa, struktura organizacyjna, podejmowanie decyzji...*, pp. 130-135, GRODZISKI, S., *Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej*, In: *Czasopismo Prawno-Historyczne*, vol. 33, nr 1, 1981, pp. 52-54, 58-63, SÓJKA-ZIELIŃSKA, K., *Organizacja prac nad kodyfikacją prawa cywilnego w Polsce międzywojennej...*, p. 273, ŚWIRGOŃ-SKOK, R., *The problem of unification of Polish civil law after 1918 on the example of family law*, In: ŚTENPIEN, E., PIŠTEJOVA, L., SVATUŠKA, I. (Eds.), *Consequences of the First World War at the state law level. The Collection of scientific Contributions of the International scientific conference*, Košice, 2022, p. 313.

¹⁴ GRODZISKI, S., *Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej...*, p. 55.

¹⁵ GÓRNICKI, L., *Prawo cywilne w pracach Komisji Kodyfikacyjnej...*, p. 227.

¹⁶ GOŁAB, S., *Polskie prawo małżeńskie w kodyfikacji*, Warszawa, 1932, p. 22.

¹⁷ GÓRNICKI, L., *Prawo cywilne w pracach Komisji Kodyfikacyjnej...*, p. 224.

¹⁸ JAWORSKI, W. L., *Projekt prawa majątkowego małżeńskiego przedłożony sekcji prawa cywilnego Komisji Kodyfikacyjnej Rzeczypospolitej Polskiej*, Kraków, 1920, GÓRNICKI, L., *Prawo cywilne w pracach Komisji Kodyfikacyjnej...*, p. 220; see also: NANCKA, G., *Nieznany projekt prawa małżeńskiego majątkowego uchwalony w drugim czytaniu przez podkomisję prawa małżeńskiego majątkowego Komisji Kodyfikacyjnej Rzeczypospolitej Polskiej w latach 1938-1939. Edycja źródłowa*, In: *Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa*, vol. 15, nr 4, Kraków, 2022, p. 594.

on the draft law was suspended after nine sittings of the Civil Law Section due to disagreements, primarily over the equality of rights, between the participants.¹⁹ The internal squabbling also led to the resignation of W. L. Jaworski as rapporteur.²⁰

The work was resumed after thirteen years. A sub-commission was then set up to draft a matrimonial property law. It was composed of Bolesław Norbert Pohorecki, Henryk Konic, K. Lutostański, Włodzimierz Dbałowski, Bronisław Stelmachowski, Ignacy Koschembahr-Łyskowski and Józef Skąpski.²¹ K. Lutostański replaced W. L. Jaworski as rapporteur. The draft prepared by K. Lutostański was examined by the Commission in three versions, firmly advocating the ideas of gender egalitarianism, similarly to the previous draft.²² The first version was not published, the second one was published in 1934.²³ It is not known when K. Lutostański submitted a third draft version to the Commission, but Leonard Górnicki assumes that it most likely occurred during the 1937 sittings.²⁴ The draft, adopted at first reading, was published in the same year.²⁵ The date of the first reading of the draft was not made public. It is certain that the second reading took place starting from 1 April 1938.²⁶

No sources referring to the second reading of the draft, which took place from 1 April 1938, have been found for many years.²⁷ A new light is shed on the issue by a recently found manuscript, which contains a precise list of dates and amendments to the provisions of the draft passed at second reading in the successive sub-commission sittings.²⁸ It proves that the sub-commission work continued until January 1939 and it also contains the substantive results of the sub-commission's work in the form of modified provisions of the draft law.²⁹ The manuscript is not a completely new draft of matrimonial property law, but it is the evidence and outcome of the sub-commission's further work on the draft prepared by K. Lutostański in 1937 at second reading.

3. Draft law prepared by Władysław Leopold Jaworski

W. L. Jaworski, the first rapporteur of draft matrimonial property law, submitted it to the Commission in 1920.³⁰ The draft law along with the accompanying principles was 20 pages long, with less than 4 pages (15 paragraphs) of the text of matrimonial property law.³¹ The relatively short text of the draft law was preceded by an extensive introduction in the form of a justification of the motives underlying it.³² At the outset, the rapporteur referred to the international law regulations adopted at the time by the International Woman Suffrage Alliance, emphasizing the significance of the change to be introduced by the draft law. He also highlighted the essence of the need for the complete equality of spouses in property, professional, family and political terms.³³ W. L. Jaworski argued: "I accept all three principles expressed in the resolutions of the Geneva Congress of Women, and I consider it to be the task of the Civil Code to regulate the factual situations which emerge from a family system based on these principles."³⁴ The material scope of the draft law included the spouses' property relationships with each other and with third parties in property matters. The children's relationships with parents were excluded from the scope of the regulation.³⁵

The concise draft law was divided as follows: "1. Legal position of married woman, 2. Matrimonial burdens, 3. Matrimonial property regime, 4. Responsibility in relation to third parties, 5. Repeal of earlier laws, 6. Commencement of force of this Law".³⁶ This division determined the fundamental substantive importance of the issues to be regulated.³⁷

The determination of the legal position of married woman served as the starting point and overriding principle of the draft law. The regulation aimed to make the spouses as equal as possible, in all aspects of married life. The values and assumptions

¹⁹ GÓRNICKI, L., *Prawo cywilne w pracach Komisji Kodyfikacyjnej...*, pp. 220, 228-234, NANCKA, G., *Nieznany projekt prawa małżeńskiego majątkowego uchwalony w drugim czytaniu przez podkomisję prawa małżeńskiego majątkowego...*, p. 59, FIEDORCZYK, P., *Polish matrimonial law 1918-1939...*, p. 164.

²⁰ NANCKA, G., *Nieznany projekt prawa małżeńskiego majątkowego uchwalony w drugim czytaniu przez podkomisję prawa małżeńskiego majątkowego...*, p. 594. See also: FIEDORCZYK, P., *Unifikacja i kodyfikacja prawa rodzinnego w Polsce...*, p. 82.

²¹ GÓRNICKI, L., *Prawo cywilne w pracach Komisji Kodyfikacyjnej...*, p. 224; GRODZISKI, S., *Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej...*, pp. 73-80.

²² *Projekt majątkowego prawa małżeńskiego. Opracowany przez prof. K. Lutostańskiego referenta podkomisji* In: *Komisja Kodyfikacyjna. Podkomisja prawa majątkowego małżeńskiego*, vol. 1, Warszawa, 1934, p. 5.

²³ *Projekt majątkowego prawa małżeńskiego. Opracowany przez prof. K. Lutostańskiego referenta podkomisji* In: *Komisja Kodyfikacyjna. Podkomisja prawa majątkowego małżeńskiego*, vol. 1, Warszawa, 1934.

²⁴ GÓRNICKI, L., *Prawo cywilne w pracach Komisji Kodyfikacyjnej...*, p. 225.

²⁵ *Projekt prawa małżeńskiego majątkowego uchwalony w pierwszym czytaniu przez podkomisję prawa małżeńskiego majątkowego Komisji Kodyfikacyjnej*, In: *Komisja Kodyfikacyjna. Podkomisja prawa małżeńskiego majątkowego*, vol. 2, Warszawa, 1937.

²⁶ GÓRNICKI, L., *Prawo cywilne w pracach Komisji Kodyfikacyjnej...*, p. 226.

²⁷ GÓRNICKI, L., *Prawo cywilne w pracach Komisji Kodyfikacyjnej...*, p. 226.

²⁸ NANCKA, G., *Nieznany projekt prawa małżeńskiego majątkowego uchwalony w drugim czytaniu przez podkomisję prawa małżeńskiego majątkowego...*, pp. 604-612.

²⁹ NANCKA, G., *Nieznany projekt prawa małżeńskiego majątkowego uchwalony w drugim czytaniu przez podkomisję prawa małżeńskiego majątkowego...*, pp. 595-596.

³⁰ FIEDORCZYK, P., *Polish matrimonial law 1918-1939...*, p. 163. GÓRNICKI, L., *Onera matrymonii i majątek rodziny w projektach kodyfikacji...*, p. 146.

³¹ JAWORSKI, W. L., *Projekt prawa majątkowego małżeńskiego...*, pp. 1-20.

³² JAWORSKI, W. L., *Projekt prawa majątkowego małżeńskiego...*, pp. 1-17; GÓRNICKI, L., *Prawo cywilne w pracach Komisji Kodyfikacyjnej...*, pp. 227-228, GÓRNICKI, L., *Onera matrymonii i majątek rodziny w projektach kodyfikacji...*, p. 147.

³³ JAWORSKI, W. L., *Projekt prawa majątkowego małżeńskiego...*, p. 1-2, GÓRNICKI, L., *Onera matrymonii i majątek rodziny w projektach kodyfikacji...*, p. 147.

³⁴ JAWORSKI, W. L., *Projekt prawa majątkowego małżeńskiego...*, p. 2.

³⁵ JAWORSKI, W. L., *Projekt prawa majątkowego małżeńskiego...*, pp. 2-3.

³⁶ JAWORSKI, W. L., *Projekt prawa majątkowego małżeńskiego...*, pp. 17-20.

³⁷ GÓRNICKI, L., *Prawo cywilne w pracach Komisji Kodyfikacyjnej...*, p. 228.

made by the author encountered resistance from some codifiers taking part in the legislative work. The draft law was hampered in several ways. For example, it was pointed out that the draft law should be considered jointly with personal matrimonial law and the law on the relationships between parents and children.³⁸ During the deliberations, the rapporteur was accused of adopting an erroneous classification system. The draft law was challenged on the ground that it governed not only the spouses' property relationships but also those of a personal nature.³⁹ Moreover, a proposal to change the title of the draft law was formulated so that its scope should also cover personal matrimonial law.⁴⁰ There were also contrary views, firmly supporting the rapporteur's position. The issue sparked off an intense debate, which was emphasized by Leonard Górnicki in his discussion of the minutes of the Commission's sittings. Consequently, the fate of the draft law seemed to be sealed.

Submitting the draft law to the Commission, W. L. Jaworski also had to deal with the frequently outdated legal systems hitherto in force on the territory of the reborn state, being a legacy from the partitioning states.⁴¹ The progressive draft matrimonial law stood in stark contrast to those regulations. A completely new quality brought by the draft law's assumptions could already be seen in § 1: "A woman, by entering into a marriage, is not subject to any restrictions in her private matters; she may appear before the courts on her own; she may dispose of her property without permission, whether brought in or acquired by any means during the marriage, without permission of her husband she may devote herself to her chosen profession and occupation."⁴² Although the equality of rights between wife and husband in the context of civil law did not cause a controversy during the adoption of "the Principles"⁴³ underpinning the draft law, it sparked off an

intense debate during a discussion on the provision of § 1.⁴⁴ The discrepancies over the wording of § 1, being an introduction to the draft law and establishing in general terms the equality principle as its overriding value, revealed the prejudice held by a large proportion of the Section members against the values guiding the matrimonial relationships.⁴⁵

During the deliberations, it was difficult to reconcile the comments of the Section members on the issue of independence in courts, disposal of property and professional autonomy. The main objection raised by the opponents of the draft law was that it loosened the relations between woman and man by making them look too much like the relations between bachelor and maiden.⁴⁶ The resistance did not subside as the work continued. It intensified during the Section deliberations over § 2 on burdens and contracts on matrimonial burdens.⁴⁷ The solution proposed by the rapporteur was that the spouses were to settle contractually the question of bearing marital burdens relating to the provision of maintenance, the running of a joint household or the raising of children. Notably, such contract was to be made in writing before a court or a notary public and could be changed during the marriage.⁴⁸ Similarly to § 1, the spouses' rights were regulated in an equal manner. The further part of the draft law was also based on the value of equality. It was the case with, among others, § 10 on property management by the spouses.⁴⁹

The approach adopted by some Section members crippled any further substantive discussion on the content of the draft law and put rapporteur W. L. Jaworski in a difficult position.⁵⁰ A vast majority of objections referred to the spouses' rights not only in terms of property law but also personal law.⁵¹ The resistance of the community to the equality of rights and the idea

³⁸ GÓRNICKI, L., *Prawo cywilne w pracach Komisji Kodyfikacyjnej...*, p. 227.

³⁹ GÓRNICKI, L., *Prawo cywilne w pracach Komisji Kodyfikacyjnej...*, p. 228.

⁴⁰ GÓRNICKI, L., *Prawo cywilne w pracach Komisji Kodyfikacyjnej...*, p. 229.

⁴¹ See: GÓRNICKI, L., *Onera matrymonii i majątek rodziny w projektach kodyfikacji...*, pp. 138-146, PIETRZAK, M., *Sytuacja prawna kobiet w Drugiej Rzeczypospolitej...*, pp. 78-81 and 91.

⁴² JAWORSKI, W. L., *Projekt prawa majątkowego małżeńskiego...*, p. 17.

⁴³ GOŁĄB, S., *Zasady prawa małżeńskiego. Z obrad Sekcji Prawa Cywilnego Komisji Kodyfikacyjnej*, In: *Palestra*, vol. 2, 1925, pp. 595-603, GÓRNICKI, L., *Onera matrymonii i majątek rodziny w projektach kodyfikacji...*, pp. 146-147.

⁴⁴ For details on the discussion on § 1 of the draft law, see: GÓRNICKI, L., *Prawo cywilne w pracach Komisji Kodyfikacyjnej...*, pp. 229-233, GOŁĄB, S., *Polskie prawo małżeńskie w kodyfikacji...*, p. 23, see also: *Sprawozdanie z działalności Komisji Kodyfikacyjnej Rzeczypospolitej Polskiej za czas od 1 stycznia 1925 do 31 grudnia 1925*, In: *Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej. Dział Ogólny*, Warszawa 1926, vol. 1, nr 8, p. 215.

⁴⁵ GÓRNICKI, L., *Prawo cywilne w pracach Komisji Kodyfikacyjnej...*, pp. 230-231. See also: GÓRNICKI, L., *Onera matrymonii i majątek rodziny w projektach kodyfikacji prawa rodzinnego...*, p. 147.

⁴⁶ GÓRNICKI, L., *Prawo cywilne w pracach Komisji Kodyfikacyjnej...*, p. 232.

⁴⁷ JAWORSKI, W. L., *Projekt prawa majątkowego małżeńskiego...*, pp. 17-18.

⁴⁸ See the text of the draft law: JAWORSKI, W. L., *Projekt prawa majątkowego małżeńskiego...*, pp. 17-18: § 2. The matrimonial burdens of providing maintenance, running the joint household and raising the children shall be borne by both spouses in the ratio and in the manner set out in the contract. § 3. The contract must be made in writing, before a court or a notary public, and may be concluded before the marriage or during the marriage. It may also be modified or annulled in the same way during the marriage. § 4. All contracts concluded orally or in writing not in the form specified in § 3 shall be null and void. For more on this subject, see also: GÓRNICKI, L., *Onera matrymonii i majątek rodziny w projektach kodyfikacji...*, p. 148.

⁴⁹ See the text of the draft law in: L. Jaworski: *Projekt prawa majątkowego małżeńskiego...*, p. 19: § 10. Each spouse may dispose of his or her property, whether brought into the marriage or acquired in any way during the marriage, without the consent of the other. However, the spouses may freely arrange their property relations by contract pursuant to the provisions of § 3. If the wife, without an express contract pursuant to § 3, gives her property to her husband, the husband, as her attorney-in-fact, will administer it until revocation and is free to file accounts until that time. The husband needs the wife's authorisation for each separate act in order to alienate and encumber movable or immovable property, as well as to deposit cash. The wife has the same position towards the husband if the latter, without an express agreement as per § 3, gives her property.

⁵⁰ GÓRNICKI, L., *Onera matrymonii i majątek rodziny w projektach kodyfikacji...*, p. 152.

⁵¹ GÓRNICKI, L., *Prawo cywilne w pracach Komisji Kodyfikacyjnej...*, pp. 232-234, GÓRNICKI, L., *Onera matrymonii i majątek rodziny w projektach kodyfikacji...*, p. 149.

of 'contract' in marital relations was evident, but W. L. Jaworski was right not to dispense with those issues.⁵² Even though the work on the draft law was discontinued and the debate on matrimonial property law was postponed for many years to come, the draft prepared by W. Jaworski has been positively evaluated in our times.⁵³ The resistance mounted by some discussion participants prevented the Commission from proceeding the entire draft law. However, regardless of the prejudices of the time, its author stood by its provisions, which are now seen as simple and clear,⁵⁴ but most of all, as progressive and calling for gender equality.

4. Draft law prepared by Karol Lutostański in 1934

The Commission resumed work on matrimonial property law thirteen years later.⁵⁵ The deliberations on the draft law were then held by a matrimonial property law sub-commission, not the entire Civil Law Section. The draft law prepared by rapporteur K. Lutostański was submitted to the sub-commission in 1934.⁵⁶ The full draft law was 36 pages long, including the title page and the table of contents.⁵⁷ As was the case with the draft law prepared by W. L. Jaworski, the text was preceded by a section explaining the principles and assumptions underlying it (8 pages).⁵⁸ In contrast to the draft law produced by W. L. Jaworski, the text was considerably longer because it was 24 pages long and it had 134 articles.⁵⁹ As regards its classification system, it had two parts: *Title I. General regime*, governing the issues of, among other things, personal and joint property, its management, division and responsibility over it, and, *Title II. Exceptional regimes*, which governed the issue of compulsory ad-

ministration of property, separate property regime, community or possessions gained.⁶⁰

K. Lutostański pointed out that, among others, the following values were enshrined in his draft law: the protection of family whose interests should be primarily served by matrimonial property law and the legal equality between the spouses with regard to the burdens of maintaining the family, meeting its needs or bringing up the children.⁶¹ The author pointed out at the very outset that he intended to uphold the equalitarian and egalitarian ideas enshrined in the draft law prepared by W. L. Jaworski despite the resistance put up by some Commission members in 1920.⁶² It was expressed in Article 1: *Each spouse retains ownership and management of his or her personal property; the community property is the property of both spouses, not subject to division as long as they remain under the general regime.*⁶³ In contrast to his predecessor, K. Lutostański defined the equality between the spouses in the area of property relationships, without direct regulation of personal rights. He was aware that the issue of personal relationships was to be governed by personal matrimonial law. Moreover, he presented the sub-commission with a draft matrimonial property law after the draft personal law, which recognized equality between the spouses, was enacted in 1929.⁶⁴ This did not in any way change the equality objectives of the project. Nor did it make it less egalitarian, only more objectively precise. One of the many examples of this approach to the idea of equality of rights and duties for both spouses was Article 12 of the draft law: *Each spouse shall have the right to manage and use the common property in the interests of the family.*⁶⁵

⁵² GÓRNICKI, L., *Onera matmonii i majątek rodziny w projektach kodyfikacji ...*, p. 149, GÓRNICKI, L., *Prawo cywilne w pracach komisji kodyfikacyjnej...*, pp. 234 and 237.

⁵³ GÓRNICKI, L., *Prawo cywilne w pracach Komisji Kodyfikacyjnej...*, p. 237.

⁵⁴ GÓRNICKI, L., *Prawo cywilne w pracach Komisji Kodyfikacyjnej...*, p. 237, see also: GÓRNICKI, L., *Onera matmonii i majątek rodziny w projektach kodyfikacji ...*, p. 152. W. L. Jaworski resigned from the function of rapporteur, but later, he performed the function of co-rapporteur until his death in 1930.

⁵⁵ FIEDORCZYK, P., *Polish matrimonial law 1918-1939...*, pp. 164, GÓRNICKI, L., *Onera matmonii i majątek rodziny w projektach kodyfikacji ...*, p. 152, FIEDORCZYK, P., *Unifikacja i kodyfikacja prawa rodzinnego w Polsce...*, p. 82.

⁵⁶ GÓRNICKI, L., *Prawo cywilne w pracach Komisji Kodyfikacyjnej...*, p. 225.

⁵⁷ *Projekt majątkowego prawa małżeńskiego. Opracowany przez prof. K. Lutostańskiego referenta podkomisji* In: *Komisja Kodyfikacyjna. Podkomisja prawa majątkowego małżeńskiego*, vol. 1, Warszawa, 1934.

⁵⁸ *Projekt majątkowego prawa małżeńskiego. Opracowany przez prof. K. Lutostańskiego referenta podkomisji* In: *Komisja Kodyfikacyjna. Podkomisja prawa majątkowego małżeńskiego*, vol. 1, Warszawa, 1934, pp. 3-10. On the subject of the part preceding the text of the draft law, see: GÓRNICKI, L., *Onera matmonii i majątek rodziny w projektach kodyfikacji ...*, p. 154.

⁵⁹ *Projekt majątkowego prawa małżeńskiego. Opracowany przez prof. K. Lutostańskiego referenta podkomisji* In: *Komisja Kodyfikacyjna. Podkomisja prawa majątkowego małżeńskiego*, vol. 1, Warszawa, 1934, pp. 11-34.

⁶⁰ *Projekt majątkowego prawa małżeńskiego. Opracowany przez prof. K. Lutostańskiego referenta podkomisji* In: *Komisja Kodyfikacyjna. Podkomisja prawa majątkowego małżeńskiego*, vol. 1, Warszawa, 1934, p. 35.

⁶¹ *Projekt majątkowego prawa małżeńskiego. Opracowany przez prof. K. Lutostańskiego referenta podkomisji* In: *Komisja Kodyfikacyjna. Podkomisja prawa majątkowego małżeńskiego*, vol. 1, Warszawa, 1934, pp. 5-7, GÓRNICKI, L., *Prawo cywilne w pracach Komisji Kodyfikacyjnej...*, pp. 237-238, GÓRNICKI, L., *Onera matmonii i majątek rodziny w projektach kodyfikacji ...*, p. 154, PIETRZAK, M., *Sytuacja prawna kobiet w Drugiej Rzeczypospolitej...*, p. 84, FIEDORCZYK, P., *Development of family law on Polish lands 1795-1945...*, pp. 173.

⁶² GÓRNICKI, L., *Prawo cywilne w pracach Komisji Kodyfikacyjnej...*, pp. 237-238.

⁶³ *Projekt majątkowego prawa małżeńskiego. Opracowany przez prof. K. Lutostańskiego referenta podkomisji* In: *Komisja Kodyfikacyjna. Podkomisja prawa majątkowego małżeńskiego*, vol. 1, Warszawa, 1934, p. 11.

⁶⁴ As regards personal matrimonial law, K. Lutostański was in a definitely clearer position than W. L. Jaworski. Submitting his draft law to the sub-commission, he had at his disposal the draft personal law of 1929, which had already been enacted (Ed.) He was therefore able to refer to it, without having to regulate the equality of spouses in the sphere of personal law, which was not available for W. L. Jaworski in 1920: GÓRNICKI, L., *Onera matmonii i majątek rodziny w projektach kodyfikacji ...*, p. 153.

⁶⁵ *Projekt majątkowego prawa małżeńskiego. Opracowany przez prof. K. Lutostańskiego referenta podkomisji* In: *Komisja Kodyfikacyjna. Podkomisja prawa majątkowego małżeńskiego*, vol. 1, Warszawa 1934, p. 11. See the remaining provisions of the draft law prepared by K. Lutostański, among others, Art. 29, Art. 82, Art. 93.

The draft law prepared by K. Lutostański reached a high level of legislative technique. The proposed provisions were clear, precise and well thought-out.⁶⁶ It upheld the ideas of equality and contractual nature of marital relations introduced by W. L. Jaworski and proposed the communality of possessions gained by spouses, which was highly welcomed by the Commission. It left the question of choice of property regime to the spouses themselves, in line with the presumption of discretion of the parties.⁶⁷

Despite its alleged lengthiness and the difficulties involved in its further compilation, the draft law produced by K. Lutostański was evaluated as meticulous and, above all, coherent and well thought-out.⁶⁸ The author's approach to the issue of equality of rights between the spouses is definitely to be commended. In contrast to W. L. Jaworski, K. Lutostański did not define gender egalitarianism by introducing provisions describing a woman's legal position as equal and independent from that of a man, as it was done in § 1 by W. L. Jaworski.⁶⁹ K. Lutostański did not use the terms such as "woman", "wife" or "husband" at all.⁷⁰ Instead, he used the terms "spouses" or "spouse".⁷¹ This minor difference was an important expression of gender equality and egalitarianism advocated by K. Lutostański. In contrast to his predecessor, the author abandoned gender differentiation between the spouses.⁷² Thus, he assumed in his draft law that every spousal right or obligation applied equally to both spouses, dispensing with the differentiation by means of the terms "wife" and "husband". This simple solution gave expression to the author's progressive legislative thought and prevented a potential discriminatory interpretation, which became impossible in the absence of sexual differentiation between spouses in terms of their rights and obligations. Being aware of the prior objections raised during the deliberations in 1920, K. Lutostański put an end to the debate on the question of equality of spouses in property relations in the simplest possible way.

The abandonment of gender terms was not the only innovative dimension of the draft law prepared by K. Lutostański. Another advantage was that it clearly gave priority to the family interests.⁷³ This was evidenced, for example, by the fact that, until that time, no legal system regarded the direct interest of the children as a property objective in matrimonial property law.⁷⁴ That approach contributed to gender equality. It safeguarded the family's property interests and also helped to accentuate the idea of equality of rights and responsibilities between the spouses, who were undoubtedly guided by the best interests of family and children.⁷⁵

The measure applied by K. Lutostański deserves recognition because of its precision, legislative technique and, most of all, its contribution to the implementation of gender egalitarianism in the Second Republic of Poland. As it is apparent from the deliberations over the draft law submitted by W. L. Jaworski, a dispute over equality issues ultimately crippled work on the draft law for more than thirteen years. In that way, K. Lutostański achieved success as a sub-commission rapporteur and undoubtedly contributed to the progress of equality changes in the Polish legal system and legal environment, which were indeed needed.

5. Draft law prepared by Karol Lutostański in 1937

The report on the works of the Codification Commission does not have any information about when K. Lutostański submitted a third version of the draft matrimonial property law to the sub-commission.⁷⁶ The date of the reading of the draft law was not made public.⁷⁷ However, it is known what the draft law prepared by K. Lutostański looked like because it was published in 1937.⁷⁸

The third version of the draft law by K. Lutostański, which was adopted at first reading, had 26 pages and 137 articles.⁷⁹ The law content was preceded by a 3-page foreword, containing

⁶⁶ GÓRNICKI, L., *Prawo cywilne w pracach Komisji Kodyfikacyjnej...*, p. 248.

⁶⁷ GÓRNICKI, L., *Prawo cywilne w pracach komisji kodyfikacyjnej...*, pp. 248-249. See the content of Art. 54 §1: "Persons entering into a marriage may, by a consensual declaration of will, adopt a property regime different from the general regime." *Projekt majątkowego prawa małżeńskiego. Opracowany przez prof. K. Lutostańskiego referenta podkomisji* In: *Komisja Kodyfikacyjna. Podkomisja prawa majątkowego małżeńskiego*, vol. 1, Warszawa 1934, p. 21.

⁶⁸ GÓRNICKI, L., *Prawo cywilne w pracach Komisji Kodyfikacyjnej...*, pp. 248 and 250.

⁶⁹ JAWORSKI, W. L., *Projekt prawa majątkowego małżeńskiego...*, p. 17.

⁷⁰ See the provisions of the draft law prepared by JAWORSKI, W. L., among others, §5, §10, §11, in which, similarly to §1, the author uses the terms "husband", "wife", "woman".

⁷¹ See the provisions of the draft law prepared by K. Lutostański: Art. 1, Art. 2, Art. 12, Art. 14, Art. 23, and numerous other provisions in which the author defines the rights of the spouses in an equal manner, with no differentiation by gender, always relying on the terms "spouses" or "spouse".

⁷² M. Pietrzak points to a similar solution in the form of abandoning the terms "husband" and "wife". The author mentions the use of these terms in the case of draft personal matrimonial law. PIETRZAK, M., *Sytuacja prawna kobiet w Drugiej Rzeczypospolitej...*, p. 84.

⁷³ GÓRNICKI, L., *Prawo cywilne w pracach Komisji Kodyfikacyjnej...*, p. 249, PIETRZAK, M., *Sytuacja prawna kobiet w Drugiej Rzeczypospolitej...*, p. 84.

⁷⁴ GÓRNICKI, L., *Prawo cywilne w pracach Komisji Kodyfikacyjnej...*, p. 249.

⁷⁵ GÓRNICKI, L., *Prawo cywilne w pracach Komisji Kodyfikacyjnej...*, p. 249, PIETRZAK, M., *Sytuacja prawna kobiet w Drugiej Rzeczypospolitej...*, p. 84, FIEDORCZYK, P., *Development of family law on Polish lands 1795-1945...*, p. 173.

⁷⁶ *Sprawozdanie Prezydenta Komisji Kodyfikacyjnej za czas od 1 czerwca 1934 do 31 marca 1937*, In: *Komisja Kodyfikacyjna. Dział ogólny*, Warszawa, 1937, pp. 8-10.

⁷⁷ GÓRNICKI, L., *Prawo cywilne w pracach Komisji Kodyfikacyjnej...*, p. 232

⁷⁸ *Projekt prawa małżeńskiego majątkowego uchwalony w pierwszym czytaniu przez podkomisję prawa małżeńskiego majątkowego Komisji Kodyfikacyjnej*, In: *Komisja Kodyfikacyjna. Podkomisja prawa małżeńskiego majątkowego*, vol. 2, Warszawa, 1937, FIEDORCZYK, P., *Unifikacja i kodyfikacja prawa rodzinnego w Polsce...*, p. 83, FIEDORCZYK, P., *Polish matrimonial law 1918-1939...*, p. 164.

⁷⁹ *Projekt prawa małżeńskiego majątkowego uchwalony w pierwszym czytaniu przez podkomisję prawa małżeńskiego majątkowego Komisji Kodyfikacyjnej*, In: *Komisja Kodyfikacyjna. Podkomisja prawa małżeńskiego majątkowego*, vol. 2, Warszawa 1937, pp. 1-38.

a brief overview of the sub-commission's hitherto work on the previous versions of the draft law, and a 3-page extract from selected provisions of the 1929 draft personal matrimonial law, because of the relation between the two draft laws.⁸⁰ The draft law was divided into four parts: *Title I. General regime, Title II. Exceptional regimes, Title III. Reserve property, Title IV. Books of matrimonial regimes.*⁸¹

Although the draft law prepared by K. Lutostański, which was passed at first reading, differs significantly from the 1934 version, the rapporteur's basic assumptions about equality did not undergo a change. The changes were functional in nature, aiming to clarify further the content of the draft law. For example, Article 2 § 1. *Each spouse shall retain ownership of his or her personal and community property; he or she may manage and dispose of it insofar as this law does not provide for restrictions in this respect*⁸² slightly differed from the original version,⁸³ but the general assumption of equality of rights between the spouses in terms of property relations remained unchanged.

The same was true of the terms used. As was the case with the previous draft law prepared by K. Lutostański in 1934, the terms in the form of "spouses", "spouse" were not replaced by "husband", "wife" or "woman" during the deliberations. It is also worth noting that the then modern term of family interests as the overriding objective of property interests of the spouses was also preserved, which may be evidenced by the content of Article 12: *A spouse is obliged to manage his or her property in the interests of the family; in particular, after paying the costs of administration and the public and private burdens of this property, a spouse should first and foremost meet the burdens of the family's maintenance that fall thereon.*⁸⁴

In terms of the analysed issue of equality of rights and gender egalitarianism in property relations, it should be pointed out that the changes to the draft law moved over the few years

of the sub-commission's work in the progressive direction initiated by W. L. Jaworski. Attention should be drawn to an extract from selected provisions of draft personal matrimonial law, which preceded the analysed draft law. The former was taken into account because of the relation between some provisions of property and personal law.⁸⁵ None of the previous draft laws adopted that measure. It was possible because the first draft matrimonial property law produced by K. Lutostański was published in 1934, and the draft personal matrimonial law was enacted in 1929.⁸⁶ Given the previous objections raised to the draft law prepared by W. L. Jaworski regarding the inevitable relations between matrimonial property and personal law,⁸⁷ it showed that a broader perspective was adopted during the work on the 1937 draft law.

The sub-commission's work on draft matrimonial property law ended at the second reading of the draft and could not be resumed until the outbreak of World War Two.⁸⁸ Its results were not published in the Commission bulletins. A recently conducted study made it possible to discover a hitherto unknown manuscript of draft matrimonial property law passed at second reading, taking into account the amendments introduced by the sub-commission during the sittings held until January 1939.⁸⁹

The discovered manuscript provides evidence of further work of the sub-commission, the course of which has been an unclear issue, also with regard to the dates on which the sub-commission sittings were held.⁹⁰ The draft law passed at second reading (but not completed because the work was halted) has 16 pages, with only 99 articles.⁹¹ The manuscript shows the exact dates of the sub-commission's sittings.⁹² This makes it possible to trace the particular changes discussed at the sub-commission sittings and assess the final outcome of the deliberations in terms of the position of the equality values of both spouses.

⁸⁰ *Projekt prawa małżeńskiego majątkowego uchwalony w pierwszym czytaniu przez podkomisję prawa małżeńskiego majątkowego Komisji Kodyfikacyjnej*, In: *Komisja Kodyfikacyjna. Podkomisja prawa małżeńskiego majątkowego*, vol. 2, Warszawa 1937, pp. 1-9.

⁸¹ *Projekt prawa małżeńskiego majątkowego uchwalony w pierwszym czytaniu przez podkomisję prawa małżeńskiego majątkowego Komisji Kodyfikacyjnej*, In: *Komisja Kodyfikacyjna. Podkomisja prawa małżeńskiego majątkowego*, vol. 2, Warszawa 1937, pp. 11-38.

⁸² *Projekt prawa małżeńskiego majątkowego uchwalony w pierwszym czytaniu przez podkomisję prawa małżeńskiego majątkowego Komisji Kodyfikacyjnej*, In: *Komisja Kodyfikacyjna. Podkomisja prawa małżeńskiego majątkowego*, vol. 2, Warszawa 1937, p. 11.

⁸³ See Art. 1. *Projekt majątkowego prawa małżeńskiego. Opracowany przez prof. K. Lutostańskiego referenta podkomisji* In: *Komisja Kodyfikacyjna. Podkomisja prawa majątkowego małżeńskiego*, vol. 1, Warszawa, 1934, p. 11.

⁸⁴ *Projekt prawa małżeńskiego majątkowego uchwalony w pierwszym czytaniu przez podkomisję prawa małżeńskiego majątkowego Komisji Kodyfikacyjnej*, In: *Komisja Kodyfikacyjna. Podkomisja prawa małżeńskiego majątkowego*, vol. 2, Warszawa, 1937, p. 155.

⁸⁵ *Projekt prawa małżeńskiego majątkowego uchwalony w pierwszym czytaniu przez podkomisję prawa małżeńskiego majątkowego Komisji Kodyfikacyjnej*, In: *Komisja Kodyfikacyjna. Podkomisja prawa małżeńskiego majątkowego*, vol. 2, Warszawa, 1937, p. 5., GÓRNICKI, L., *Onera matrimonii i majątek rodziny w projektach kodyfikacji ...*, pp. 153-154.

⁸⁶ *Projekt prawa małżeńskiego majątkowego uchwalony w pierwszym czytaniu przez podkomisję prawa małżeńskiego majątkowego Komisji Kodyfikacyjnej*, In: *Komisja Kodyfikacyjna. Podkomisja prawa małżeńskiego majątkowego*, vol. 2, Warszawa, 1937, p. 5.

⁸⁷ GÓRNICKI, L., *Prawo cywilne w pracach Komisji Kodyfikacyjnej...*, pp. 232-234.

⁸⁸ GÓRNICKI, L., *Prawo cywilne w pracach Komisji Kodyfikacyjnej...*, p. 226, see: NANCKA, G., *Nieznany projekt prawa małżeńskiego majątkowego uchwalony w drugim czytaniu przez podkomisję prawa małżeńskiego majątkowego...*, p. 595, FIEDORCZYK, P., *Unifikacja i kodyfikacja prawa rodzinnego w Polsce...*, p. 83.

⁸⁹ NANCKA, G., *Nieznany projekt prawa małżeńskiego majątkowego uchwalony w drugim czytaniu przez podkomisję prawa małżeńskiego majątkowego...*, pp. 604-612.

⁹⁰ GÓRNICKI, L., *Prawo cywilne w pracach Komisji Kodyfikacyjnej...*, pp. 226, NANCKA, G., *Nieznany projekt prawa małżeńskiego majątkowego uchwalony w drugim czytaniu przez podkomisję prawa małżeńskiego majątkowego...*, p. 595.

⁹¹ NANCKA, G., *Nieznany projekt prawa małżeńskiego majątkowego uchwalony w drugim czytaniu przez podkomisję prawa małżeńskiego majątkowego...*, pp. 597-612.

⁹² In connection with the second reading of the draft law, the sub-commission's sittings took place on 8-11 May, 16-21 September, 26-29 October, 23-26 November 1938 and 16-18 January 1939, with an indication of the provisions that were the subject of particular sittings. See: NANCKA, G., *Nieznany projekt prawa małżeńskiego majątkowego uchwalony w drugim czytaniu przez podkomisję prawa małżeńskiego majątkowego...*, pp. 604-612.

The modifications to the 1937 draft after its second reading did not aim to diminish the equality of rights between the spouses. A vast majority of the changes had a functional aspect, for example, the deletion of Articles 38 and 39 on possessions gained.⁹³ Despite the sub-commission's failure to complete its work on the draft law at second reading, the direction in which it was moving is plain to see. Only minor modifications can be observed. This makes it possible to assume that had the work on the draft law been completed, no changes would have been made to the equality of rights between the spouses and the overriding family interests firmly advocated by the author of the draft law.⁹⁴

It proves that the sub-commission accepted the equalitarian ideas and respected the legislative objective of the draft law in the form of the equality of rights between the spouses in property relations. It indicates a change in thinking among the commission members compared to 1920. It also allows the conclusion that the sub-commission sought to create an equalitarian draft law during the processing of the draft submitted by K. Lutostański. The issue of validity of gender egalitarianism was no longer the subject of discussion or dispute, and it is likely that had it not been for the outbreak of World War Two, the shape of property relations between the spouses would have complied with the wording of the resolutions of the Eighth Conference of the International Woman Suffrage Alliance.⁹⁵

6. Conclusions

The unification and codification of law on the territory of the reborn Second Republic of Poland by the Codification Commission posed a major challenge to its members. It was not only from a legislative point of view, the aim of which was to create a uniform legal system, common to the whole state where the legislation of the partitioning states applied for over 100 years. It was also due to ongoing social changes. The inter-war period was a time of activity for many social movements, including equalitarian and feminist ones, in Europe and also in the Republic of Poland.⁹⁶ The prepared Polish law needed to be

brought into line with equality standards in all its aspects and that aspiration was manifested in the calls issued by the Eighth Conference of the International Woman Suffrage Alliance in 1920 on matrimonial property relations.⁹⁷

The very fact that the equalitarian and egalitarian values were taken into account by the rapporteurs in the draft laws was not sufficient for their adoption. The heated discussion on the draft law produced by W. L. Jaworski showed that the Polish legislative community was not ready for changes in this respect.⁹⁸ It led to the suspension of work on the draft matrimonial property law for as many as thirteen years.⁹⁹ It was definitely different with the draft law prepared by K. Lutostański. Its favourable reception was primarily due to its high level of legislative technique and meticulous attention to detail.¹⁰⁰ The passage of time may have played a part. At the time, the demands of international social movements of an equalitarian nature had resonance.¹⁰¹ Moreover, the March Constitution enacted in 1921 introduced a prohibition of differentiation of citizens based on gender.¹⁰² This means that the produced legislation had to fulfil the idea of gender equality, while seeking to remove discriminatory regulations against women.¹⁰³

Over the period of thirteen years between the submission of the draft laws by both rapporteurs, or almost twenty until the second reading of the draft law prepared by K. Lutostański, the Polish civil society, and the legislative community, underwent a change in the context of equality and egalitarian values.¹⁰⁴ Consequently, a comparison of draft matrimonial property laws prepared by W. L. Jaworski and K. Lutostański and the final version of 1939 shows the progress of work on matrimonial property law and the social changes moving in 1920-1939 in the direction of equality of rights between the spouses in property relations. Given the assumptions underlying the draft law prepared by K. Lutostański at second reading, it may be assumed that had it not been for the outbreak of World War Two, the newly introduced law regulating matrimonial property relations would be an egalitarian one and in line with the European equality standards.

⁹³ NANCKA, G., *Niezuany projekt prawa małżeńskiego majątkowego uchwalony w drugim czytaniu przez podkomisję prawa małżeńskiego majątkowego...*, p. 603; *Projekt prawa małżeńskiego majątkowego uchwalony w pierwszym czytaniu przez podkomisję prawa małżeńskiego majątkowego Komisji Kodyfikacyjnej*, In: *Komisja Kodyfikacyjna. Podkomisja prawa małżeńskiego majątkowego*, vol. 2, Warszawa 1937, pp. 18-19.

⁹⁴ See: *Projekt majątkowego prawa małżeńskiego. Opracowany przez prof. K. Lutostańskiego referenta podkomisji* In: *Komisja Kodyfikacyjna. Podkomisja prawa majątkowego małżeńskiego*, vol. 1, Warszawa, 1934, p. 5, GÓRNICKI, L., *Prawo cywilne w pracach Komisji Kodyfikacyjnej...*, p. 249. See also: PIETRZAK, M., *Sytuacja prawna kobiet w Drugiej Rzeczypospolitej...*, p. 84.

⁹⁵ GÓRNICKI, L., *Prawo cywilne w pracach Komisji Kodyfikacyjnej...*, pp. 227-228.

⁹⁶ CHWASTYK-KOWALCZYK, J., *Próby uobywatelnienia kobiet w okresie dwudziestolecia międzywojennego na łamach „Bluszczu”...*, pp. 75-77, DUFRAT, J., *W okresie powolnej modernizacji. Kobieta w II Rzeczypospolitej – próba bilansu...*, pp. 820-821. See also: WARPINSKI, R., *Kobiety i życie publiczne...*, pp. 28-36, PIETRZAK, M., *Sytuacja prawna kobiet w Drugiej Rzeczypospolitej...*, pp. 78-81 and 91, ŻARNOWSKA, A., *Obywatelki II Rzeczypospolitej...*, pp. 287-295, cf.: SCHNEIDER, G., *Women as Judges and Public Prosecutors in Austria: A Historical Overview*. In: *Journal on European History of Law*, vol. 14, no. 2, 2023, pp. 2-12, STAUDIGL-CIECHOWICZ, K., *The Long Struggle to Open Austria's Law Faculties to Women. From the First Woman Doctor of Law to the First Female Law Professor*. In: *Journal on European History of Law*, vol. 13, no. 2, 2022, pp. 12-23.

⁹⁷ GÓRNICKI, L., *Prawo cywilne w pracach Komisji Kodyfikacyjnej...*, pp. 227-228.

⁹⁸ For more on the society at that time, see: ŻARNOWSKA, A., *Obywatelki II Rzeczypospolitej...*, p. 297.

⁹⁹ GÓRNICKI, L., *Prawo cywilne w pracach Komisji Kodyfikacyjnej...*, pp. 232-234.

¹⁰⁰ GÓRNICKI, L., *Prawo cywilne w pracach Komisji Kodyfikacyjnej...*, pp. 248 and 250.

¹⁰¹ CHWASTYK-KOWALCZYK, J., *Próby uobywatelnienia kobiet w okresie dwudziestolecia międzywojennego na łamach „Bluszczu”...*, pp. 75-102, KONDRACKA, M., *Kobiety na uniwersytetach...*, p. 284, ŻARNOWSKA, A., *Obywatelki II Rzeczypospolitej...*, pp. 287-295.

¹⁰² Art. 96 of the March Constitution: "All citizens shall be equal before the law", see also: FIEDORCZYK, P., *Development of family law on Polish lands 1795-1945...*, p. 172.

¹⁰³ ŁYSKO, M., *Udział kobiet w życiu publicznym II Rzeczypospolitej Polskiej...*, pp. 396-397.

¹⁰⁴ ŁYSKO, M., *Udział kobiet w życiu publicznym II Rzeczypospolitej Polskiej...*, pp. 396-397, KONDRACKA, M., *Kobiety na uniwersytetach...*, p. 284.

Die Rückfallerbfolge als ewiger Evergreen der gesetzlichen Erbfolge aus rechtshistorischer und linguistischer Sicht im geltenden Recht in der Slowakei bis 1950*

(The Eternal Evergreen of Statutory Inheritance Law – Branch Inheritance from a Legal-Historical and Linguistic Point of View in the Law Valid in Slovakia until 1950)

Adriana Švecová**, Peter Gergel***

Abstract

The study will present the legal basis of the institution of branch inheritance and its primary problems in the application (judicial) practice of Hungarian dualism and I. Czechoslovak Republic. It will also look at the de lege ferenda proposals – Teleszky's 1882 draft law of inheritance, reworked into the government's 1887 draft law of inheritance, the 1900 draft of the 1st Hungarian General Civil Code, and the government's 1933 to 1937 draft laws on branch succession. The draft Czechoslovak legislation was intended only as a temporary solution to the special (sui generis) legal inheritance of inherited property for the inheritance law in force in Slovakia and Subcarpathian Rus. The then Hungarian and Czechoslovak legal scholarship and practice, when repeatedly considering branch inheritance, was based on its acceptable preservation and therefore until the adoption of the first socialist Civil Code (1950) branch inheritance remained a part of the bourgeois inheritance law in Slovakia.

Keywords: legal inheritance; branch inheritance; ancestors; collateral relatives; branch (inherited) property and its value; Provisional Court Rules; Hungary; first Czechoslovak Republic.

1. Einleitung

Die Historizität des ungarischen Erbrechts reichte tief in das mittelalterliche Recht zurück, das bis 1848 gültig war und erst der Gesetzesartikel XV/1848 über die Aufhebung der Avtizität war ein Vorbote der allmählichen Entstehung eines bürgerlichen Gesetzbuches und des neuen modernen Zivilrechts, bzw. des darin normierten Erbrechts.¹ Allerdings war es in der Revolutionszeit eher eine politische Geste, die alten feudalen Fahneninstitute des Privatrechts seitens der damals liberalen ungarischen Regierung zu beseitigen, da ihre vagen Vorstellungen aus den 1848/49-er Jahren, denen zufolge das gesamte postfeudale Recht in ein modernes, bürgerliches Recht umgewandelt werden sollte, durch das Scheitern der Revolution und die anschließende Besetzung Ungarns durch Kaiser Franz Joseph I. zunichte gemacht wurden. Franz Joseph hat für eine kurze Zeit in den 1850er Jahren Ungarn das geschriebene österreichische Gesetzesrecht aufgezwungen, was auf Ablehnung stieß, da diese Rechtsordnung und Rechtskultur für Ungarn fremd waren. Die

Konsolidierung der Verhältnisse nach 1860 in einer ruhigeren Atmosphäre des Wiener Hofes in Beziehung zur postfeudalen/nachrevolutionären ungarischen Gesellschaft kam in rechtlicher Hinsicht durch die Verabschiedung der EBJ auf der Judexkurialkonferenz (1861) zum Ausdruck. Die Konferenz formulierte folgende Grundregel: Restitution der ursprünglichen feudalen Rechtsordnung für eine Übergangszeit bis zur schrittweisen Übernahme (Kodifizierung) einer modernen Rechtsordnung durch das Gesetz (in der Rolle einer dominierenden Rechtsquelle). Die grundlegende normsetzende Leistung der EBJ wirkte kontrapunktisch: Zwar wurde die angestrebte Stabilität des geschriebenen österreichischen Rechts zugunsten einer unbestimmten, retrograten Rückkehr zum ungarischen Recht aus der Zeit vor 1848 und dessen Lückenhaftigkeit aufgegeben, andererseits zeigte die Rechtsentwicklung nach 1861, dass die EBJ das Gerüst der modernen Rechtsordnung formierte, dem die dualistische Gesetzgebung und Rechtsprechung mit der Entscheidungskraft des höchsten ungarischen Gerichts, der Königlichen Kurie (im Folgenden KK), folgte und damit gelang die

* Die Studie ist das Erstergebnis des VEGA-Projektes Nr. 1/0012/23 Vergleichende Analyse der Erbrechtsinstitute als mögliche materielle Grundlage für zukünftige zivilrechtliche Regelungen.

** doc. JUDr. PhDr. Adriana Švecová, PhD., Lehrstuhl für Rechtsgeschichte, Juristische Fakultät der Universität Trnava, Slowakische Republik, E-Mail: adriana.svecova@truni.sk / ORCID 0000-0002-8502-1139.

*** PaedDr. Peter Gergel, PhD., Lehrstuhl für deutsche Sprache, Literatur und Didaktik, Pädagogische Fakultät der Comenius-Universität in Bratislava, Slowakische Republik, E-Mail: gergel@fedu.uniba.sk / ORCID 0000-0002-9722-1496.

¹ „§ 1 Die Minister arbeiten auf der Grundlage der vollständigen und vollkommenen Aufhebung der Avtizität ein Zivilgesetzbuch für das nächste Parlament aus.“ Zitiert nach LACLAVÍKOVÁ, M. – ŠVECOVÁ, A., *Praktikum k dejinám štátu a práva na Slovensku. II. zväzok (1848–1948)*. Trnava, 2016, S. 55.

Anbindung des ungarischen Rechts an die europäische Rechtsentwicklung der damaligen Zeit.²

Im Bereich Erbrecht stellte die EBJ jedoch nicht nur das ursprüngliche ungarische Recht wieder her, sondern konstituierte teilweise auch ein neues, modernisierendes Recht, indem sie z.B. eine neue, auf einem Parentelsystem mit Repräsentationsrecht basierende gesetzliche Erbfolge neu definierte, die sich auf nicht wenige Errungenschaften der gescheiterten Revolution stützte – Gleichheit der Bürger vor dem Gesetz, vollständige Aufhebung der Avitizität, deren Vererbung auf der statusabhängigen Vererbung verschiedener Vermögensarten und auf der ungleichen Stellung von Männern und Frauen in der Erbfolge basiert hatte. In der Intestaterbfolge setzte sich die Aufteilung des Vermögens in zwei Arten – ererbtes, neu als Rückfallgut³ bezeichnetes, und erworbenes Vermögen – fort, und gerade das Rückfallgut und seine gebundene gesetzliche Erbfolge halten wir für Überbleibsel der ursprünglichen, aber gleichzeitig in mehrfacher Hinsicht unterschiedlichen Erbfolge des avitischen Vermögens.⁴

2. Die Rechtsnatur der Rückfallerbfolge und die damit verbundenen Anwendungsprobleme

Die Abschnitte 10 bis 12 der EBJ regeln die Vererbung von Rückfallgut (Rückfallerbfolge)⁵. Wenn es bezüglich des Rückfallguts keine Erben der ersten Ordnung – Abkömmlinge – gab, waren die Erben der zweiten Ordnung – aufsteigende Verwandte (Eltern, Großeltern usw.) – und Erben der dritten Ordnung – Abkömmlinge aufsteigender Verwandter, d. h. die Seitenverwand-

ten des Erblassers – erbberechtigt. Nach der Aussage der slowakischen Zivilisten I. A. Zátorecký und V. Fajnor gilt Folgendes: „Das Rückfallgut fällt immer auf den nächsten Vorfahren des betreffenden Stammes zurück, und wenn dieser nicht mehr lebt, teilen sich seine Nachkommen den Besitz nach Stämmen.“⁶ Ähnliches behauptete auch T. Kern: „Was der Erwerber den Nachkommen hinterlassen, das soll, das Vermögen der Familie begründend oder mehrend, zum Schutze der Familie dienen. Dies wird dadurch bewirkt, dass das Vermögen dahin zurückfällt, woher es gekommen, wobei zu Gunsten solcher entfernteren Verwandten, von deren (mit dem Erblasser gemeinschaftlichen) Vorfahren der ererbte Vermögenswerth stammt, die näheren Verwandten des Erblassers ausser Acht gelassen werden.“⁷ Grundlegende Konsequenz des § 10 EBJ war das Bestehen einer Rechts- und Blutgemeinschaft zwischen allen Abkömmlingen des Vorfahren in Bezug auf das von dem gemeinsamen Vorfahren stammende Vermögen, verbunden mit der Aufrechterhaltung des Repräsentationsrechts des nicht lebenden Rückfallserben, der durch seine lebenden Abkömmlinge (d.h. die Verwandten in der Seitenlinie des Erblassers) vertreten war.⁸

Der Erblasser hat es entweder erbt oder durch Schenkung von Vorfahren nach dem *Materna-Paterna*-Prinzip erworben (mütterlicherseits von der mütterlichen Linie der Vorfahren und väterlicherseits von der väterlichen Linie der Vorfahren geerbtes Vermögen).⁹ Es wurde z.B. von T. Kern eine weitere Besonderheit hervorgehoben, und zwar, dass die Rückfallerbfolge als Erwerb nach § 10 der EBJ aus beiden Erbrechtstiteln – entweder durch Gesetz oder durch Testament (und mit ihm gleichgestellten Erbvertrag) – angesehen wurde.¹⁰ Die Verwandtschaft mit

² Zu den modernen Instituten, die übernommen wurden, gehört zum Beispiel der Pflichtteil: ŠVECOVÁ, A. – GERGEL, P., Materiellrechtliche und linguistische Überlegungen zum Pflichtteil im geltenden Recht der Slowakei an der Wende vom 19. zum 20. Jahrhunderts bis 1950. In: *Journal on European History of Law*, Vol. 13, Nr. 1. London 2022, S. 43-55; GÁBRIŠ, T., Dočasné súdne pravidlá Judexkuriálnej konferencie z roku 1861, Monografická štúdiá a historickoprávny komentár. Bratislava, 2014, S. 198, ŠORL, R., Prekonanie neoabsolutizmu v Dočasných súdnych pravidlách. In: SCHELLE, K. – VOJÁČEK, L. (Hrsg.). *Stát a právo v období absolutizmu*. Brno, 2005, S. 203-205.

³ Zur Terminologie: In der ganzen Studie wird die moderne deutsche Terminologie verwendet, in den Zitaten wird jedoch die ursprüngliche Terminologie beibehalten, siehe unten: Zum Begriffsapparat der Rückfallerbfolge aus linguistischer Sicht (Rückfallerbfolge = Stammeserbfolge, Rückfallgut = Stammesgut/Stammesvermögen, Rückfallserbe = Stammeserbe, Rückfallgutseigenschaft = Stammesgut-Qualität/Stammesgutnatur, Rückfallwert = Stammeswert).

⁴ Unter den zahlreichen ungarischen Autoren der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts sind vor allem diese auf Deutsch veröffentlichten Werke zu nennen: DAUSCHER, A., *Das ungarische Civil- und Strafrecht nach den Beschlüssen der Judexcurial-konferenz*. Wien, 1862, S. 16; KERN, T., *Gesetzliche Erbfolge in Ungarn*. Wien, 1897, S. 11-12, PUTZ, C., *System des ungarischen Privatrechtes*. Wien, 1870, S. 355-356.

⁵ „§ 10 Sind keine Nachkommen vorhanden, so werden der Vater und die Mutter zur Erbfolge berufen, und zwar jeder zu dem Wert, der dem Erblasser von ihnen oder von ihrem Stamm zugefallen ist, gleichviel, ob kraft der letzten Verfügung oder nicht; das von dem väterlichen Stamm kommende Vermögen fällt dem Vater, das von dem mütterlichen Stamm kommende Vermögen der Mutter zu. Ist der Nachlass geringer als das Vermögen, das der Erblasser sowohl vom väterlichen als auch vom mütterlichen Stamm erhalten hat, so wird der Nachlass zwischen dem Vater und der Mutter im Verhältnis des Wertes geteilt, der dem Erblasser von ihnen oder von ihrem Stamm zugefallen ist. Übersteigt dagegen der Nachlass den Wert, der dem Erblasser aus dem väterlichen und mütterlichen Stamm zugefallen ist, so fällt das erworbene Vermögen dem Ehegatten (der Ehegattin) zu; ist kein Ehegatte (keine Ehegattin) vorhanden, so wird der erworbene Anteil zu gleichen Teilen zwischen Vater und Mutter aufgeteilt.“ In ähnlicher Weise sind die EBJ in den Abschnitten 11 und 12 über die Rückfallerbfolge von Verwandten in der Seitenlinie und Großeltern und deren Nachkommen konzipiert, ohne Einschränkung zugunsten anderer Vorfahren und deren Nachkommen. In LACLAVÍKOVÁ, M. – ŠVECOVÁ, A., *Praktikum k dejinám štátu a práva na Slovensku. II. zväzok (1848–1948)*, S. 191.

⁶ FAJNOR, V. – ZÁTURECKÝ, A., *Nástin súkromného práva platného na Slovensku a Podkarpatskej Rusi*. II. überarbeitete Ausgabe, Bratislava, 1935, S. 492-493.

⁷ KERN, T., *Gesetzliche Erbfolge*, S. 12.

⁸ Da hierbei die Blutsverwandtschaft hervorgehoben wurde, entschied die KK z.B. in der Entscheidung Nr. 7801/1888 und ebenso in der Entscheidung Nr. SC Nr. Rv IV 230/29, dass das Vermögen, das dem Adoptierten vom Adoptierenden zugefallen ist, für ihn erworbenes Vermögen und kein Rückfallgut darstellt, da keine Blutsverwandtschaft zwischen ihnen besteht. FAJNOR, V., *Dedičské právo na Slovensku*. In: *Právny obzor*, Vol. VI, 1923, S. 48. Die Rechtsgemeinschaft zwischen Blutsverwandten wurde durch das Institut der Erbteilung geprägt, die z.B. von KERN, T., *Törvényes öröklés*, S. 114, hervorgehoben wurde.

⁹ Dies ist die Mehrheitsmeinung in der ungarischen Zivilrechtswissenschaft, siehe z.B. ZLISZKY, I., *A magyar örökösödési jog és az európai jogfejlődés*. Budapest, 1877, S. 269.

¹⁰ „Das Vermögen bewahrt seine Natur als Stammgut auch dann, wenn es nicht als gesetzliche, sondern als testamentarische Erbschaft von einem Seitenverwandten an den andren fällt, denn laut § 10. der Judex-Curial-Conferenz, welcher zwischen testamentarischer und sonstiger Erbschaft keinen Unterschied macht, ist nur der Umstand ausschlaggebend, dass das Vermögen von dem gemeinsamen Vorfahren her stammt.“ Zitiert nach KERN, T., *Gesetzliche Erbfolge*, S. 34.

der deutschen Rekadentrückfallerfolge und mit der Vererbung des adeligen avitischen Vermögens war offensichtlich und zugleich die einzige, da das Vermögen in Ermangelung von Nachkommen in die Hände der engsten Verwandten in direkter oder in der Seitenlinie zurückfiel, was seine Zersplitterung und die unerwünschte Teilung einschränken sollte. Wie R. Šorl zuletzt in der slowakischen Rechtsgeschichtsschreibung zu Recht hervorgehoben hat, hatte die Rückfallerfolge eine gemeinsame „soziale Funktion beider Institute, die in der Erhaltung des Vermögens innerhalb der Blutsverwandtschaft bestand, und zwar im Falle der Vererbung an Vorfahren oder Seitenverwandte des Erblassers. Es ging also darum, die Erbfolge von Personen auszuschließen, die mit den ursprünglichen Erwerbenden des Vermögens nicht blutsverwandt waren.“¹¹

Die Vererbung bezog sich nicht mehr auf ein konkretes Vermögen (was das Wesen der ursprünglichen Vererbung der Avitizität war), sondern auf den so genannten Rückfallwert (ungarisch: *ági érték*) des vererbten Vermögens¹², den der Erblasser auf folgende Art und Weise erworben hat:

- 1) entweder als Erbe von Vorfahren väterlicherseits oder mütterlicherseits (oder direkt vom Vater oder von der Mutter oder vom (Ur-)Großvater oder von der (Ur-)Großmutter usw.);
- 2) oder den der Erblasser durch Schenkung unter Lebenden von einem Vorfahren väterlicherseits oder mütterlicherseits (von einem Aszendenten) erhalten hat.¹³

Die Änderung des vermögensrechtlichen Charakters der Rückfallerfolge – die Bindung an Art. 4 der EBJ (der besagt, dass „die Erben einen Vertrag unter Lebenden nicht durch eine Klage über die Vermögensart anfechten können“) bedeutete, dass der Gegenstand der Rückfallerfolge nicht mehr das ererbte Vermögen, sondern sein ererbter Wert war, und daher stellte es nicht mehr eine konkrete Sache, die zum ererbten Vermögen gehörte, sondern nur noch den Wert, der vom Stammesvorfahren auf den Erblasser übergegangen war, dar. Die Bindung des avitischen Vermögens war bereits verloren gegangen, und an ihre Stelle trat die Vererbung des Wertes des ererbten Vermögens zugunsten des zum Stamm gehörenden Verwandten.¹⁴

Maßgeblich für die Bestimmung des Rückfallguts war die Feststellung der Herkunft des Vermögens, d.h. aus welchem Rechtstitel es vom Erblasser unentgeltlich erworben wurde.

Wurde es von einem Vorfahren oder dessen nahen Verwandten geerbt oder geschenkt, dann wurde seine Stammesabstammung untersucht, d. h. der Vermögenswert stammte entweder aus der väterlichen (*paterna*) oder mütterlichen (*materna*) Linie. Die Vererbung erfolgte streng nach diesen Verwandtschaftslinien gemäß dem bekannten Prinzip: *paterna paternis* und *materna maternis*¹⁵, die die natürliche Rechtsgrundlage des Rückfallsprinzips des Vermögens zugunsten der Rückfallserben bildete.¹⁶ Es wurde immer nur der Vorfahre (bzw. sein Erbe), der eine Blutsverwandtschaft in dem Stamm nachweisen konnte, aus dem der Besitz stammte, der letzte Rückfallserbe.¹⁷

Anderes Vermögen, das kein Rückfallgut war, wurde der zweiten Kategorie zugeordnet: getrennt oder mit dem gemeinsam mit dem Ehegatten (d. h. *Coacquisitio*)¹⁸ oder mit einem Dritten erworbenes Vermögen und unterlag der gesetzlichen Erbfolge in folgender Reihenfolge: waren keine Abkömmlinge vorhanden, erbte zuerst der überlebende Ehegatte (§ 14 EBJ), erst dann die Aszendenten, gefolgt von den Seitenverwandten und schließlich aufgrund des Heimfallsrechtes der Staat. Eine systematische Betrachtung der Rückfallerfolge und der konkurrierenden Ehegattenerbfolge (Gesetzesartikel XI/1687, Gesetzesartikel VIII/1840) ist von entscheidender Bedeutung, da nach dem Wortlaut des § 14 der EBJ (Bestimmung der gegenseitigen Ehegattenerbfolge) in der Rückfallerfolge der überlebende Ehegatte nur in Ermangelung von Rückfallserben, was mit dem Verlust der Rückfallgutseigenschaft einherging, nachrangig war, während er bei der Erbfolge des erworbenen Vermögens vor dem Rückfallserben Vorrang hatte.¹⁹

Die Regelung der EBJ hinsichtlich der Rückfallerfolge schuf in der Zukunft eine nicht akzeptable Spirale von gesetzlichen Rückfallserben bis ins Unendliche (*ad infinitum*), die mit dem Erblasser durch eine sehr dünne und oft schwer zu identifizierende Blutsbande verwandt waren und die insbesondere den überlebenden Ehegatten, der dem Erblasser emotional und hinsichtlich des Vermögens näherstand, von der Erbfolge ausgeschlossen. Dieser Zustand war für die Zukunft unhaltbar, da, wie T. Kern bekräftigte, es zumindest in der Rechtsprechung der KK keinen Fall gab, in dem ein Kläger als Rückfallserbe eine Verwandtschaft nachweisen konnte, die weiter entfernt war als

¹¹ ŠORL, R., *Vetvový majetok a unifikácia súkromného práva v prvej ČSR*. In: *Právnihistorické studie*, Sondernummer, Vol. 39. Praha, 2007, S. 225.

¹² Dieser Grundsatz wurde von der Kurie in der Stellungnahme Nr. 7772/1893 befürwortet: „Nachdem die Geklagten zugegeben haben, erklärt die Curie, dass der Erblasser bei seiner Verheiratung von seiner Familie ein Zugpferd und ein Füllen bekommen hat, welche sein Stammgut bildeten, so erscheinen bezüglich des Werthes des Pferdes und des Füllens die Kläger als seine Seitenverwandten erbhaberechtigt.“ Zitiert nach KERN, T., *Gesetzliche Erbfolge*, S. 39, Fn. Nr. 33, auch FAJNOR, V., *Dedičské právo na Slovensku*, S. 49.

¹³ Die Rechtstitel des Erwerbs, die für die Identifizierung des Rückfallguts entscheidend waren, wurden von der Rechtsprechung wie folgt bestimmt: Erbfolge nach allen drei Erbrechtstiteln, *Schenkungen unter Lebenden und von Todes wegen*, wenn der Schenker ein Vorfahre war; dazu gehörten insbesondere Hochzeitsgeschenke der Eltern, die zur Ausstattung der Braut gehörten. Nicht dazu gehörten Gelegenheitsgeschenke, übliche Hochzeitsgeschenke, Vorsorge- oder Erziehungskosten sowie geschenkte Gegenstände. In: FAJNOR, V., *Dedičské právo na Slovensku*, S. 49; FAJNOR, V. – ZATURECKÝ, A., *Nástin súkromného práva*, S. 492.

¹⁴ *Ibid.*, S. 492.

¹⁵ Die Mehrheit der Verfasser der EBJ sprach sich für die Beibehaltung des Rechts der *paterna paternis*, *materna maternis* aus und lehnte die Änderung des § 737 ABGB ab, die im Gegensatz zu früheren ungarischen Normen die Vererbung des freigewordenen Anteils eines Elternteils an den anderen überlebenden Elternteil und über diesen an dessen Nachkommen ermöglichte, vgl. BÖSZÖRMÉNYI-NAGY, E., *Das ungarische Erbrecht zur Zeit des Dualismus*. In: CSIZMADIA, A. – KOVÁCS, K. (Hrsg.), *Die Entwicklung des Zivilrechts in Mitteleuropa (1848-1944)*. Budapest, 1970, S. 420.

¹⁶ KERN, T., *Törvényes öröklés*, S. 117.

¹⁷ Entscheidung des Obersten Gerichtshofs der Tschechoslowakei – NS Rv IV 554/33.

¹⁸ Wenn der Erblasser oder die Erblasserin verheiratet waren, umfasste diese Kategorie nicht nur das während der Ehe, sondern auch das vor der Ehe erworbene Vermögen sowie das von den Ehegatten gemeinsam erworbene Vermögen, wenn sie von Tisch und Bett getrennt oder geschieden waren.

¹⁹ ŠORL, R., *Vetvový majetok a unifikácia súkromného práva v prvej ČSR*, S. 226-227.

die großelterliche Linie; dies war aber durch den ad infinitum-Charakter der Rückfallerbfolge nicht ausgeschlossen. T. Kern führt hierzu Folgendes an: „Die Erinnerung an die Herkunft des in ferner Vergangenheit erworbenen Vermögens verblasst schnell, und der Nachweis des Erwerbs ist, insbesondere bei Einrichtungsgegenständen, fast unmöglich.“²⁰

Aus der EBJ (vgl. § 10 bis 12, deren Gegenstand die Ermittlung der Erben des Rückfallwertes aus dem Nachlass war) ergab sich eine bedeutende erbrechtliche Konsequenz, die die Einordnung der Rückfallerbfolge hinsichtlich des ererbten Vermögens innerhalb des ungarischen Erbfolgesystems als eine Art Einzelrechtsnachfolge (Singularsukzession) bestätigte, ähnlich wie bei der Erbfolge bzw. dem Erwerb von Vermächtnissen, die sowohl die internen (zwischen den Rückfallserben untereinander) als auch die externen erbrechtlichen Beziehungen (zwischen den Rückfallserben und den Nachlassgläubigern) beeinflussten.²¹

Insbesondere bei der Einzelrechtsnachfolge hatte der Rückfallserbe Vorrang vor dem Erben des erworbenen Vermögens und sein Erbananspruch belastete den Nachlass in der Weise, dass der erworbene Nachlass erst nach Abzug des Wertes des Rückfallguts berücksichtigt und nach seiner Übergabe dem Rückfallserben tatsächlich vererbt wurde und daher das, was im Rückfallgut fehlte, aus dem erworbenen Vermögen ersetzt wurde (redintegriert, es handelt sich hier um das sog. Redintegrationsrecht).²² Das zentrale Problem der Ablehnung der Universalvererbung des gesamten Nachlasses, von dem bei Vorhandensein von Rückfallserben das Rückfallgut abgetrennt und nach dem *Materna-Paterna*-Prinzip unumgänglich vererbt werden musste, wurde in der Praxis durch die (widerlegbare) Vermutung gelöst, derzufolge der Nachlass stets als Ganzes als erworbenes Vermögen angesehen wird und entsprechend von dem vorgesehenen gesetzlichen oder testamentarischen Erben universal gererbt werde, es sei denn, die Erbfolge im Rückfallgut werde nachgewiesen.²³ Nach ständiger ungarischer Rechtsprechung musste der Rückfallserbe nachweisen, dass es im Nachlass das Rückfallgut gibt.²⁴

Dieses Konstrukt verletzte den in Kontinentaleuropa entwickelten Grundgedanken der Universalität der Erbfolge, für den sich die ungarische Rechtswissenschaft nie sonderlich interessierte und der aus dem Wunsch heraus, möglichst viel von der ursprünglichen Gesetzgebung aus der Zeit vor 1848 zu bewahren, sogar in ihren Diskussionen über den materiellen Inhalt des Erbrechts im künftigen EBG fraglich blieb. Das ungarische forensische (usuelle) Gewohnheitsrecht, gestützt auf die Überzeugungskraft der Entscheidungen der KK, und in ähnlicher Weise die Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs der Tschechoslowakischen Republik in der Zwischenkriegszeit, haben daher die Existenz dieses Instituts verstärkt.

Die theoretisch-philosophische Begründung für die Annahme der Rückfallerbfolge ist bei mehreren Autoren zu finden. Aus einer Menge ihrer Ansichten erwähnen wir die Stellungnahme T. Kerns zur Rückfallerbfolge, der für ihre Aufnahme in die EBJ und für ihre Aufrechterhaltung zwecks Stärkung blutsverwandtschaftlicher Bindungen und Schutz ursprünglicher Familie plädierte. Dies sei seiner Auffassung nach der Ort, wo das Rückfallgut herkomme, sich vermehrt habe und in der es gepflegt worden sei.²⁵ Das Vermögen habe bei zum Stamm gehörenden Verwandten angeblich deren Zusammenhalt und Wohlstand verstärkt, weiter habe es zu einer effektiveren Verwaltung des Vermögens beigetragen und nicht zuletzt könne es zum Schutz vor einer verschwenderischen oder gar vernichtenden Zersplitterung des landwirtschaftlichen Besitzes beitragen.²⁶ Natürlich gibt es viele rationale Gegenargumente zu diesen Ansichten, und außerdem wurden die oben genannten Ziele bezüglich des familiären Zusammenhalts und der effektiven Verwaltung durch die Rückfallerbfolge nie erfüllt.

Da das ursprüngliche avitische Vermögen gar nicht oder nur mit Zustimmung aller seiner Mitglieder und Erben veräußert oder vererbt werden durfte, hat die EBJ dieses Verbot korrigiert und dem Erblasser eine relativ große Testier- und Verfügungsfreiheit eingeräumt, wodurch der gesetzliche Anspruch der Rückfallserben relativiert wurde.²⁷ Daher war das Rückfallgut

²⁰ KERN, T., *Gesetzliche Erbfolge*, S. 50.

²¹ Im Verhältnis zwischen den Miterben und den Nachlassgläubigern hat sich in der Rechtsprechung eine Praxis in dem Sinne herausgebildet, dass der berechnete Rückfallserbe als Vermächtnisnehmer des Erblassers gilt und damit Schuldner zweiten Ranges ist, d.h. er haftet für die Schulden des Erblassers erst dann, wenn die Befriedigung der Schulden nicht vom Universalserben des erworbenen Vermögens verlangt werden kann. In: ALMÁSI, A., *Ungarisches Privatrecht*. I. Band. Berlin und Leipzig, 1922, S. 256-257.

²² Der Vorrang der Rückfallserben gegenüber den Erben des erworbenen Vermögens beruhte noch auf dem Gesetzesartikel XLIX/1723, in der Entscheidung der KK Nr. 3 und 23 Dec. Divis. succ. heißt es: „Nur die nach Begleichung der Schulden verbleibenden Vermögenswerte können als erworbenes Nettovermögen betrachtet werden.“ Von Bedeutung war auch die Entscheidung der KK 3567/1887, die die Relevanz der Herkunft des Vermögens bestätigte (das Rückfallgut konnte auch zu Lebzeiten des Erblassers verbraucht oder zerstört werden, was aber nichts an seiner Rückfallgutseigenschaft änderte). Siehe KERN, T., Törvényes öröklés. In: FODOR, A. (Hrsg.), *Magyar magánjog*. V. kötet: Öröklési jog, Budapest, 1899–1905, S. 119. Allerdings wurden verbrauchte, zerstörte oder durch Umstände *vis maior* verlorene Gegenstände nicht ersetzt. ALMÁSI, A., *Ungarisches Privatrecht*, S. 256. V. Fajnor äußerte sich über den zur Einzelrechtsnachfolge tendierenden Charakter der Rückfallerbfolge folgendermaßen: „Da aber die Rückfallerbfolge *singularis successio* ist, muss sie unter allen Umständen aus dem Nachlass befriedigt werden. Und wenn ihr Wert hier nicht schon vollständig ist, muss sie aus dem anderen Vermögen befriedigt werden. Dies ist die sogenannte Redintegration, die in Gesetzesartikel XLIX/1723 festgelegt wird.“ In: FAJNOR, V., *Dedičské právo na Slovensku*, S. 49.

²³ Die Vermutung hinsichtlich der Stammesabstammung des Vermögens wurde durch zahlreiche Urteile der KK bestätigt, siehe KERN, T., Törvényes öröklés, S. 118, Fn. Nr. 11; von jüngeren ungarischen Autoren nach 1918 siehe auch ALMÁSI, A., *Ungarisches Privatrecht*, S. 254.

²⁴ Entscheidung Nr. 4/889, auch Entscheidung 6765/887 und 3167/893. „Nicht nur das Vermögen, um das die Erbschaft (der Nachlass) das Stammesvermögen übersteigt, sondern auch das Vermögen, bei dem es dem Stammeserben nicht gelungen ist, deren Stammesgutnatur nachzuweisen, gilt als erworben.“ Zitiert nach KERN, T., *Gesetzliche Erbfolge*, S. 42.

²⁵ KERN, T., *Gesetzliche Erbfolge*, S. 11-12; KERN, T., Törvényes öröklés, S. 129-134.

²⁶ Eine Bewertung der Vor- und Nachteile der Rückfallerbfolge findet sich in der Begründung zum I. Entwurf des EBG, In: *Indokolás a magyar általános polgári törvénykönyv tervezetéhez. Ötödik kötet, Öröklési jog*. Budapest: Grill. Károly cs. és kir. udv. könyvkereskedése, 1902, S. 38.

²⁷ Eine genauere Charakteristik bietet die Monographie von ŠVECOVÁ, A. – GERGEL, P., *Dedičské právo podľa I. návrhu uhorského Všeobecného občianskeho zákonníka z roku 1900 (vo vybraných právohistorických a lingvistických súvislostiach)*. Praha, 2021, S. 43-47.

nicht vor den Verfügungen des Erblassers unter Lebenden und von Todes wegen geschützt, mit einer Ausnahme: den Eltern wurde ein Pflichtteil am Wert des Rückfallguts vorbehalten.²⁸ Dass dieses Institut nicht unumstritten war, zeigte sich auch am gemeinsamen Besitz von Rückfallgut in einzelnen Familien.²⁹

Unter dem Aspekt der sozialrechtlichen Verfestigung von Rückfallerbfolge in der gesetzlichen Erbfolge kann man dieses Institut laut EBJ als ein ziemlich schwaches soziales Korrektiv der auf den Nachlass zielenden Erbensprüche der ursprünglichen biologischen Familie verstehen, der ausschließlich einem bestimmten Kreis von Blutsverwandten in väterlicher oder mütterlicher Linie (Stamm) für die Vorfahren und im Wege des Repräsentationsrechts für die Nachkommen dieser Vorfahren direkt vorbehalten war. Bei dem oben beschriebenen Konstrukt galt die Regel, dass das Rückfallgut oder sein Wert an denjenigen Stamm der Familie zurückfiel, von dem es stammte.³⁰ Der Erbenspruch auf das Rückfallgut verstärkte, mehr oder weniger theoretisch, das transgenerationale Bemühen um seine Erhaltung und effektive Verwaltung, bzw. lehnte er die normativ zwingende Regelung der Rückfallerbfolge ab und tendierte eher zur moralischen Verpflichtung der Aufrechterhaltung des Rückfallguts und seiner eventuellen Vermehrung für den Erblasser und im Falle seines Todes für seine Rückfallserben.

Eine Reihe von dualistischen Zivilisten haben sich für seine Erhaltung in Zukunft ausgesprochen, so z.B. Kern, Zsögöd-Groschmid³¹, Zlinszky, Tóth, Herczegh³², Szász-Schwarz; für seine völlige Abschaffung trat hingegen Stefan Teleszky ein, der seinen Standpunkt wiederholt auf einer Sitzung des Ungarischen Juristenvereins im Jahre 1882 verteidigte.³³ Die Nützlichkeit der Rückfallerbfolge bestand in der damaligen Rechtslage aufgrund von EBJ, die man in dieser Hinsicht als gerecht bezeichnen kann. Sofern der Erblasser nichts anderes verfügte, respektierten also die EBJ den gesetzlichen Erbenspruch auf den Wert des geerbten Vermögens zugunsten der Blutsverwandten im Stamm, wobei die näheren Blutsverwandten die entfernteren ausschlossen, mit der parallelen Bewahrung des linearen Prinzips der *paterna paternis* und *materna maternis*.

Die strengen Rahmennormen der EBJ erwiesen sich in mehreren Bereichen als unklar, was nach den Worten von R. Šorl „die Notwendigkeit einer weiteren Institutionalisierung durch die normative Arbeit der (Königlichen, Anm. d. Verf.) Kurie“ bzw. deren maß-

geblichen Rechtsprechung nach sich zog.³⁴ Die Hauptprobleme in der Anwendungspraxis der Rückfallerbfolge waren schwerwiegend und beeinträchtigten ihre rechtliche Stabilität und Effektivität; es handelte sich also um die Kollision bezüglich der Herkunft des Vermögens aus dem Gesamtvermögen (d.h. die Bestimmung des Umfangs beider Vermögensarten) und den schwierigen Nachweis seiner Stammesherkunft, exemplifiziert in der Frage, zu welchem Stamm der Blutsverwandtschaft es gehörte bzw. von welchem es stammte.

Die Beantwortung der Fragen, was ihr Wert ist und aus welchem Preis er berechnet werden soll, ob seine wirkliche Herausgabe (*in natura*) möglich ist oder ob nur sein Marktwert in barem Geld auszugeben ist, ergibt sich aus einer reichhaltigen Rechtsprechung der KK. Sowohl vor als auch nach dem Ersten Weltkrieg befasste sie sich beispielsweise mit der schwerwiegenden Frage der Redintegration (Ersatz des ererbten Vermögens durch erworbenes Vermögen, wenn dessen Wert nicht zur Herausgabe an den Rückfallserben ausreichte) und verringerte allmählich die Bedeutung der Rückfallerbfolge.³⁵ Die Gerichte der Ersten Republik haben sich mit diesen grundlegenden Fragen der Natur dieses Instituts, mit der Berechnung und der Redintegration aus dem erworbenen Vermögen nicht mehr viel beschäftigt und gegebenenfalls lediglich die frühere ungarische Rechtsprechung bestätigt.³⁶ Der ungarische Zivilist A. Almási nahm eine rechtliche Stellung zu den oben erwähnten Fragestellungen zu Beginn der 1920er Jahre, die auf der Unterscheidung beruhte, ob es sich um ein das Rückfallgut *in natura* oder nur um dessen Wert zur Zeit des Erbanfalls (Delation) handelte. Was das wirkliche Rückfallgut betrifft, so konnte nach ständiger Gerichtspraxis der KK der Rückfallserbe selbst entscheiden, ob er die reale Herausgabe des Vermögens oder dessen Marktwert, der zum Zeitpunkt der Delation und im Falle von Schenkungen vom Stammesvorfahren zum Zeitpunkt der Schenkung ermittelt wurde, beanspruchen wollte.³⁷ Wenn kein wirkliches Rückfallgut vorhanden war, trat an seine Stelle sein zum Zeitpunkt seines Erwerbs ermittelter Marktwert. Aus der umfangreichen ungarischen Rechtsprechung ergab sich folgende Regel: „Der Gegenstand eines Rückfallerbrechts ist nicht als entgeltlich erworbenes oder unentgeltlich weitergegebenes Rückfallgut, sondern als Entgelt seines Rückfallwerts zu betrachten.“³⁸ Infolge der großen Inflation nach dem Ersten Weltkrieg hatte dieser

²⁸ KERN, T., *Gesetzliche Erbfolge*, S. 12.

²⁹ Siehe Indokolás a magyar általános polgári törvénykönyv tervezetéhez. Ötödik kötet, Öröklési jog, S. 30-31.

³⁰ ALMÁSI, A., *Ungarisches Privatrecht*, S. 255, FAJNOR, V., *Dedišské právo na Slovensku*, S. 49.

³¹ Universitätsprofessor für Zivilrecht in Kolozsvár und Budapest. Er erarbeitete auch einen eigenen Gesetzentwurf zum Erbrecht, veröffentlicht in ZSÖGÖD, B., *Törvény javaslat az öröklési törvény életbeléptetéséről*. In: *Magyar igazságügy*, Vol. 17, Nr. 1, 1890, S. 2-37.

³² HERCZEGH, M., *Az ági öröklés fentartása*. Budapest, 1882.

³³ Az örökjog alapelvei. A Magyar Polgári Törvénykönyv tervezetében. A Magyar Jogászegyletnek 1882 november 11.- december 4. tartott teljes-üléseiben folytatott vita. Budapest, 1883, S. 32. Gegen die Rückfallerbfolge sprachen sich u. a. auch folgende Autoren aus: G. Hartmann, F. Weissman, G. Magyary. In: SCHWARZ, G., *Codificationalis dolgozatok*. Budapest, 1902, S. 176-178.

³⁴ BÖSZÖRMÉNYI-NAGY, E., *Das ungarische Erbrecht zur Zeit des Dualismus*, S. 425.

³⁵ TÓTH, Á., Relikt oder Besonderheit? Die Rückfallerbfolge im ungarischen Erbrecht. In: *Österreichische Notariatskammer (Hrsg.), Festschrift Ludwig Bittner*. Wien, 2018, S. 678.

³⁶ Ein Einzelfall aus der Rechtsprechung der Ersten Republik war das Urteil des Obersten Gerichtshofs Nr. Rv III. 1003/24, in dem entschieden wurde, dass das Rückfallgut nicht die Haustiere *in natura* darstellen, sondern nur ihr Wert, den diese Tiere zum Zeitpunkt des Erbanfalls an den Erblasser hatten.

³⁷ Die oben genannte Regel wurde von der KK in mehreren Entscheidungen bestätigt, siehe KERN, T., *Törvényes öröklés*, S. 122, Fn. Nr. 18.

³⁸ Zur ungarischen Rechtsprechung der KK siehe zB. Entscheidung 1914, RP 6049, KK 5103/1910, KK 4903/1904. In: ALMÁSI, A., *Ungarisches Privatrecht*, S. 257.

Rechtsgrundsatz jedoch sehr negative wirtschaftliche Folgen für den Rückfallserben.

Die Gerichtspraxis ist u.a. auf folgende Probleme äußerst kaustisch eingegangen: was und mit welchem Wert soll man zu dem Wert des Rückfallguts hinzurechnen?³⁹ Was die häufigen Schenkungen an Töchter anlässlich ihrer Hochzeit anbelangt – Mitgift und Ausstattung (Paraphernalgut) – so mussten diese unentgeltlichen Schenkungen an Nachkommen ebenfalls von der KK (und in gleicher Weise vom Obersten Gericht der Tschechoslowakischen Republik) beurteilt, eindeutig als Rückfallgut identifiziert und der Wert ermittelt werden, der zum Zeitpunkt der Schenkung weitergegeben wurde (durch die Übergabe des Mitgifts, des Paraphernalgutes).⁴⁰ Wenn der Vater eine Immobilie für seinen Sohn gekauft, ihm geschenkt und ihn als Alleineigentümer in das Grundbuch eingetragen hat, dann hätte dieses Vermögen nur zu jenem Marktwert herausgegeben werden dürfen, der zum Zeitpunkt des Kaufs der Immobilie (und nicht zu dem der Übergabe) *in natura* bestanden hatte.⁴¹ Wenn eine als Rückfallgut anzusehende Immobilie gegen eine andere ausgetauscht wurde, nahm sie die Natur des Rückfallguts an und die Rückfallserben konnten nicht verlangen, dass ihnen die ausgetauschte, als Rückfallgut anzusehende Immobilie aufgrund der gesetzlichen Rückfallerbfolge herausgegeben werde.⁴² Übertrag dagegen die Ehefrau eine als Rückfallgut anzusehende Immobilie durch Schenkung auf ihren Ehemann, so verlor diese durch die unentgeltliche Schenkung ihre Rückfallgutseigenschaft und wurde daher auch dann, wenn die überlebende Ehefrau die Immobilie nach dem Tod ihres Ehemannes kraft gesetzlicher Erbfolge zurückerbt hatte, nicht wieder zum Rückfallgut und konnte schon gar nicht *in natura* an den Rückfallserben der Ehefrau weitergegeben werden, sondern nur der Verkehrswert zum Zeitpunkt der Veräußerung (d. h. der ursprünglichen Schenkung an den Ehemann).⁴³ Die vom Erben des erworbenen Vermögens getätigten nützlichen Investitionen in das Rückfallgut sowie die vom Erblasser zuvor auf das Rückfallgut gezahlten Schulden sind vom Rückfallserben zu erstatten.⁴⁴

Als eine der größten Schwächen der Rückfallerbfolge wurde das Prinzip der Erbfolge *per infinitum* angesehen, das die größte Ungerechtigkeit verursachte, indem es einen näheren Verwandten, einen Verwandten aus einem anderen Stamm oder einen überlebenden Ehegatten von der Erbfolge ausschloss. Um eine unerwünschte Erbfolge auszuschließen, sollte im künftigen ungarischen Bürgerlichen Gesetzbuch die Herkunft des Vermögens nicht mehr zwingend, sondern nur noch subsidiär und sekundär berücksichtigt werden, sodass in Fällen, in denen es

zwei nahe Verwandte als Erbanwärter gab, das Vorzugserbrecht demjenigen zustand, der dem Erblasser blutsmäßig und nicht nach der Herkunft (Stamm) des Vermögens näherstand.⁴⁵

Slowakische Zivilisten haben auch ihre Meinung über die Rückfallerbfolge am Ende der Monarchie und zur Zeit der I. Tschechoslowakischen Republik in dem Sinne ausgedrückt, dass sie sich zustimmend zu seiner Aufrechterhaltung und Reformierung äußerten. Die Meinung von V. Schwitzer ist eindeutig: „Es entspricht nicht dem Rechtsgefühl, dass die dritte, vierte usw. Generation das Vermögen nur auf Grund ihrer Abstammung erbt und dass die weiteren Verwandten auf dieser Grundlage Vorrang vor den näheren haben, und dass das Vermögen, das sich lange Zeit in den Händen des Erblassers oder einer Generation befand, auf Grund der Abstammung zurückzufallen hat.“⁴⁶ Gegen diese Ansicht wendete sich jedoch A. Ráth, der die Rückfallerbfolge als nichtslowakisches Institut ablehnte, weil seine ungarische Herkunft allzu sehr hervorgehoben wurde. Beide Stellungnahmen bezeugen eindeutig den Willen der slowakischen Juristen, dieses unhaltbare Institut wesentlich abzuändern.⁴⁷

3. Gesetzesentwürfe zur Aufrechterhaltung und Modifizierung der Rückfallerbfolge

Eine kurze Charakterisierung der Grundlagen der Rückfallerbfolge bei der Regelung der gesetzlichen Erbfolge im Rahmen der EBJ zeigte eine Reihe von Fallstricken und ungelösten Problemen auf, die ihre dauerhafte und unbestrittene Verankerung im Erbrecht verminderten. In den Expertengesprächen wurde zunächst die bereits in den 1860er Jahren aufgeworfene Kardinalfrage wieder aufgenommen, ob die Rückfallerbfolge überhaupt aufrechterhalten werden sollte, und das Problem ihrer Aufrechterhaltung wurde von der Rekodifizierungskommission der Ersten Republik für die Vereinheitlichung des materiellen Zivilrechts für das in der Slowakei und der Karpatenukraine geltende Recht erneut aufgegriffen. Die ungarischen und die tschechoslowakischen Zivilisten bejahten die obige Frage durchwegs und ihre Meinungsunterschiede bezüglich der Vorschläge der gesetzlichen Regelung der Rückfallerbfolge waren nur gering. Ihre Regelung sollte den Geist der Nation und die Historizität dieses Instituts, das „in das Blut der Nation übergegangen“ ist, bewahren. Die ungarischen Juristen verteidigten ihre Aufrechterhaltung überwiegend mit dem Hinweis darauf, dass die Rückfallerbfolge im Laufe der Zeit zu einem repräsentativen Institut des ungarischen Erbrechts geworden sei, und empfahlen unter dem Gesichtspunkt der rechtlichen Kontinuität nicht dessen Aufhebung.⁴⁸ Im Laufe der Existenz der Rückfallerbfolge, von

³⁹ Von slowakischen Autoren reflektiert ŠORL, R., *Vetvový majetok a unifikácia súkromného práva v prvej ČSR*, S. 228-229.

⁴⁰ Entscheidung der KK Nr. P. 121/1911, Entscheidung NS Rv IV 1/36. Zum Schenkungsvertrag und seiner Anwendung bei den Rechtsgeschäften *inter vivos* BOÓC, A., *Some Issues of Gift Contracts (Donations) in Hungarian Private Law – from a Historical and Comparative Point of View*. In: *Journal on European History of Law*, Vol. 13, Nr. 1, 2022, S. 139-148.

⁴¹ Entscheidung der KK Nr. P. 4202/1910.

⁴² Entscheidung der KK Nr. Rp. 5797/1915.

⁴³ Entscheidung der KK Nr. Rp. I. 6049/1915.

⁴⁴ Entscheidung NS Nr. Rv IV 655/31 und Entscheidung NS Nr. Rv IV 664/31.

⁴⁵ Indokolás a magyar általános polgári törvénykönyv tervezetéhez. Ötödik kötet, Öröklési jog, S. 55.

⁴⁶ SCHWITZER, V., *Niečo o unifikácii civilného práva*. In: *Právny obzor*, Vol. V. Bratislava, 1922, S. 250.

⁴⁷ ŠORL, R., *Vetvový majetok a unifikácia súkromného práva v prvej ČSR*, S. 231.

⁴⁸ SCHWARZ, G., *Codificationalis dolgozatok*. Budapest, 1902, S. 132; SCHWARZ, G., *Az ági öröklés kérdése. Jelentés és vélemény*. Budapest, 1898.

der Verabschiedung der EBJ bis zu seiner Abschaffung im ersten sozialistischen tschechoslowakischen Zivilgesetzbuch von 1950 (Gesetz Nr. 141/1950 der Sammlung der Gesetze und Verordnungen der Tschechoslowakischen Republik), blieb sie daher bei ständigen Überlegungen zur Reform der Intestaterbfolge im geltenden slowakischen Recht ein ewiger Evergreen.

Die ungarischen Gegner, die dieses Institut für einen rechtlichen Anachronismus hielten, beriefen sich auf seine mittelalterliche Herkunft und plädierten für eine gesetzliche Erbfolge, die auf der Universalität des Erbens, dem modernen Konzept des Eigentumsrechts und dessen Übergang und Übertragung aufgrund des autonomen Willens des Erblassers beruhte. Sie betonten, dass dieses Institut zu dieser Zeit in anderen europäischen Ländern bereits im Ausklang war und daher sollte es auch Ungarn ohne übermäßige historisierende Ressentiments aufgeben. Die zahlreichen Befürworter verteidigten dagegen die Beibehaltung seines normativen Status, und aus ihren Ansichten, die Gustav Szászy-Schwarz in den Kodifizierungsthesen (1902) zusammenfasste, wählen wir die inhaltlich nüchterneren und vertretbareren aus: Der Fragwürdigkeit seines historischen Ursprungs ließe sich die jahrhundertalte gesetzliche Erbfolge von Aszendenten und Seitenverwandten nach dem Prinzip der *materna maternis* und *paterna paternis* für nicht privilegierte Bürger gegenüberstellen (siehe z.B. das Erbrecht in Tyrnau in der Neuzeit⁴⁹) und damit die Einbürgerung dieses Instituts der Intestaterbfolge. Besonders umstritten war in der Praxis jedoch die ethische Seite, da die Rückfallerbfolge die engeren verwandtschaftlichen Beziehungen zu den Verwandten, die dem Stamm nicht angehörten (insbesondere die des Erblassers zum überlebenden Ehegatten oder Elternteil, der dem erbenden Stamm nicht angehörte), beeinträchtigte, gleichzeitig jedoch die familiären Beziehungen zu den entfernteren zum Stamm gehörenden Verwandten gestärkt wurden. Die Argumente für die Stärkung des Geistes und des Genies der Nation und des Nationalgefühls oder für seine einigende Kraft in Beziehung zu allen Völkern des dualistischen Ungarns wurden in Frage gestellt. Die Rückfallerbfolge verhinderte weder die Zersplitterung des Bodens (es sei denn, die gemeinsame Nutzung des Rückfallguts wurde beibehalten, was jedoch in der Praxis nicht oft der Fall war), noch förderte sie die gewünschte Tendenz zur Sparsamkeit der Erben.⁵⁰

3.1 Teleszkys überarbeiteter Entwurf – übernommen in den Regierungsentwurf des Erbfolgegesetzes von 1887

Der erste seriöse Entwurf des Erbfolgegesetzes wurde von Stefan Teleszky (Rechtsanwalt in Grossvardein/Nagyvárad und später Staatssekretär im Justizministerium) in den frühen 1880er Jahren vorgelegt.⁵¹ Er hat im Rahmen seiner Kodifizierungsarbeit im Justizministerium einen Entwurf des Erbfolgegesetzes ausgearbeitet, der Teil des ersten Entwurfs des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs werden sollte und nach einer möglichen vorrangigen Genehmigung die erste Teilkodifizierung des Erbrechts.⁵² Der ursprüngliche Entwurf von Teleszky aus dem Jahr 1882 wurde nach einer öffentlichen Diskussion (u. a. im selben Jahr im Ungarischen Juristenverein) und einer kleinen Überarbeitung von der ungarischen Regierung 1887 als Regierungsentwurf des Erbfolgegesetzes vorgelegt, aber aufgrund des Zusammentreffens verschiedener, nicht sehr glücklicher Ereignisse und ziemlich starken Widerstandes eines Teils der Juristengemeinde, deren Gegenargumente vor allem von Prof. Benjamin Grosschmid-Zsögöd⁵³ formuliert wurden, trat der genannte Entwurf nicht in Kraft. Es war jedoch ein sehr inspirierendes Material für die 1895 gegründete Kodifizierungskommission für das materielle Zivilrecht. Der Verfasser des erbrechtlichen Teils des I. Entwurfs des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches, Prof. G. Szászy-Schwarz, ließ sich also von Teleszkys Entwurf anregen.

Teleszkys Entwurf in seiner revidierten Fassung des Regierungsentwurfs des Erbfolgegesetzes von 1887, der die gesetzliche Erbfolge und die einzelnen Erbschaftsgruppen definierte, akzeptierte in beschränktem Maße das Institut der Rückfallerbfolge. Teleszky sprach sich gegen die Beibehaltung der Rückfallerbfolge aus, da sie nicht dem Schutz des Familienvermögens diene und ihre Anwendung eine Rückkehr zur Avitizität erfordere, die „unter dem Gesichtspunkt der Glaubwürdigkeit des modernen Vermögensrechts überhaupt nicht zulässig sein kann.“⁵⁴ Insbesondere in der ersten Gruppe erbten die Nachkommen (§ 19). Wenn es keine gab, erbten in der 2. Gruppe die Eltern und deren Abkömmlinge anteilig (§ 20). In der 3. Gruppe erbten die Großeltern (§ 24) und nach diesen deren Nachkommen anteilig. Teleszky definierte die vorrangige Erbfolge der überlebenden Aszendenten (des Vaters oder der Mutter und analog des Urgroßvaters oder der Urgroßmutter) so, dass, wenn einer von

⁴⁹ ŠVECOVÁ, A., *Trnavské meštianske závety (1700–1871)*. I. Bd., Trnava, 2014, S. 96.

⁵⁰ *Indokolás a magyar polgári törvénykönyv tervezetéhez. Ötödik kötet. Öröklési jog*, S. 39-40. Zur Emotionalität und zum demagogischen Ton der Befürworter der Rückfallerbfolge siehe TÓTH, Á., *Relikt oder Besonderheit? Die Rückfallerbfolge im ungarischen Erbrecht*, S. 675.

⁵¹ In den 1870er Jahren begann er mit der Arbeit am Entwurf des Erbfolgegesetzes und veröffentlichte 1876 seine ersten Stellungnahmen und Ansatzpunkte in dem Werk TELESZKY, I., *Örökösödési jogunk törvényhozási szabályozásához*. Budapest, 1876.

⁵² Vom 11. November 1882 bis zum 4. Dezember 1882 fand im Ungarischen Juristenverein erste Fachdiskussion über Teleszkys Entwurf statt. Der Entwurf wurde von einem Sachverständigenausschuss des Justizministeriums untersucht, und eine überarbeitete Fassung vom 8. Januar 1887 mit einer Begründung und einem (von S. Teleszky verfassten) Kommentar zu den einzelnen Paragraphen wurde vom damaligen Justizminister Teofil Fabiny dem Unterhaus des Landtages als offizieller Gesetzesentwurf über die Erbfolge im Rahmen der Vorbereitungsarbeiten am künftigen Zivilgesetzbuch vorgelegt. S. Teleszky beurteilte die Kodifizierung des Erbrechts unter den gegebenen Umständen als vorrangig, da gerade im Bereich des Privatrechts die Rechtssicherheit in den familiären Eigentumsverhältnissen äußerst wünschenswert sei. Bearbeitet nach MAKÁCS, A., *Teleszky István öröklési jogi törvénytervezete, különös figyelemmel a törvényes öröklés rendezésére*. In: *Miskolci jogi szemle*, Vol. 16, Nr. 1, Miskolc, 2021, S. 84-109, verfügbar unter: <https://ojs.uni-miskolc.hu/index.php/jogiszemle/article/view/943/593> (letzter Zugriff 29. 11. 2023).

⁵³ Grosschmid-Zsögöd hielt sich selbst für den größten Kritiker von Teleszkys Entwurf und nahm eine kritische Stellungnahme hierzu ein, z.B. in seinen Artikeln ZSÖGÖD, B., *Öröklött s szerzett vagyon*. In: *Magyar Igazságügy*, Vol. XI, Nr. 5. Budapest 1879, S. 433 --455, ZSÖGÖD, B., *Kiskorúak utáni törvényes öröklésről*. In: *Magyar Igazságügy*, Vol. XII, Nr. 4. Budapest, 1879, S. 213-250.

⁵⁴ MAKÁCS, A., *Teleszky István öröklési jogi törvénytervezete*, S. 98.

ihnen ohne Nachkommen verstarb, die überlebenden Aszendenten desselben Verwandtschaftsgrades den freigewordenen Erbteil erben (§ 23) – der Anteil des verstorbenen Vaters wurde von der überlebenden Mutter geerbt und umgekehrt. Entferntere direkte oder kollaterale Verwandte in aufsteigender Linie, bei denen die Verwandtschaft auch immer schwieriger festzustellen war, hatten keinen Anspruch auf die gesetzliche Erbfolge.

Diesen Erbschaftsgruppen konkurrierte jedoch die gesetzliche Erbfolge des überlebenden Ehegatten, die ihre Erbanteile (§ 33) entsprechend der Erbfolge reduzierte⁵⁵, so dass der überlebende Ehegatte stets Vorrang bei der Erbfolge hatte.

Der ursprüngliche Entwurf von 1882 schaffte die Rückfallerbfolge nicht ganz ab, sondern beschränkte sie in § 38 auf Geschwister, die nach der gesetzlichen Erbfolge ihren gemeinsamen Elternteil beerbten. Haben ein oder mehrere Geschwister nach der gesetzlichen Erbfolge den gemeinsamen Elternteil gemeinsam beerbt und ist einer oder sind mehrere von ihnen ohne Nachkommen oder Hinterlassung des letzten Willens verstorben, so steht jedem von ihnen im Umfang seines Anteils an der gemeinsamen Erbschaft das gegenseitige Erbrecht zu, das sie (Geschwister) in Form von Bargeld geltend machen können.⁵⁶ Der Umfang der Rückfallerbfolge wurde durch § 42 bestimmt, wonach die Geschwister bei der Teilung der Erbschaft weder bei Verfügungen unter Lebenden noch im Todesfall durch die Rückfallerbfolge beschränkt wurden. Die berechtigten Rückfallserben hatten das Recht, im Erbschaftsverfahren die Feststellung des Nettorückfallwertes aus dem gesamten Nachlass zu verlangen.⁵⁷ Nach Teleszkys Auffassung galt Folgendes: „Die Aufrechterhaltung der Rückfallerbfolge darüber hinaus widerspricht den Erfordernissen der Gerechtigkeit und der Zweckmäßigkeit.“⁵⁸

In seinem bahnbrechenden Entwurf für ein Modell der gesetzlichen Erbfolge plädierte Teleszky für die Idee der Vermögensfreiheit, wonach der gesetzliche Erbe eines Erblassers diejenige Person ist, die dem Erblasser am nächsten verwandt ist und von Gesetzes wegen erbt.⁵⁹

3.2.1 Entwurf des ungarischen Zivilgesetzbuches (EBG)

Der Verfasser des V. Teils des Erbrechts im künftigen EBG⁶⁰, Gustáv Szászy-Schwarz, entschied sich für die Beibehaltung und rationelle Umgestaltung der Rückfallerbfolge.⁶¹ Der Entwurf wurde durch die Ansichten von B. Grosschmid beeinflusst,

dessen große Autorität wesentlich dazu beigetragen hat, dass seine Idee der Rückfallerbfolge in die endgültige Fassung des I. EBG aufgenommen wurde.⁶² Die vorgeschlagene Regelung im EBG beschränkte seine Existenz in personeller und zeitlicher Hinsicht und brachte ihn in Einklang mit den früher von Grosschmid, Herczegh und anderen geäußerten Ansichten.

Der Entwurf in § 1811–1815 behielt diese Beschränkung bei:

- a) Entferntere verwandte Stämme schlossen die näheren nicht vom Nachlass aus;
- b) der Nachweis bezüglich der Herkunft des Vermögens verhinderte nicht die freie Verfügung über die Erbschaft.

Daher die vorgeschlagene Erbfolge (§ 1811–1815), wonach der Vater oder die Mutter und deren Nachkommen nur dann Rückfallserben wurden, wenn es keine Nachkommen gab, und der Universalerbe der überlebende Ehegatte wurde (wenn es um die Witwe ging, stand ihr das Witwenrecht zu). Die mit dem bekannten *Materna-Paterna*-Prinzip verbundene Erbfolge, wurde wie folgt festgelegt: Zuerst erben die Eltern, und wenn es keine Eltern gab, erben deren Nachkommen. Wenn es keine Nachkommen gab, erben die Großeltern und wenn diese nicht vorhanden waren, erben deren Nachkommen. Dies schränkte die Erbfolge im Rückfallgut persönlich ein, und der Entwurf erkannte die Erbansprüche von entfernteren Verwandten, die über die festgelegten aufsteigenden Stämme hinausgingen, überhaupt nicht an.⁶³

Szászy-Schwarz vertrat die Auffassung, die Herkunft des Vermögens sei nicht ausschlaggebend, sie könne lediglich als unterstützender Faktor bei der gesetzlichen Erbfolge akzeptiert werden, und entschied sich daher dafür, in der grundsätzlichen Frage der Konkurrenz zwischen den näheren und entfernteren Verwandten des Erblassers dem Verwandtschaftsverhältnis Vorrang vor dem Anspruch bezüglich der Herkunft des Vermögens einzuräumen. Er korrigierte damit nur folgende elementare Ungerechtigkeit, „wenn ein entfernter Verwandter in der Seitenlinie an die Stelle eines Elternteils und eines Geschwisters tritt.“ EBG schlug vor, die Konkurrenz zweier Verwandtschaftsgrade wie folgt zu lösen: „Treten zwei nahe Verwandte als Erbschaftskandidaten (*örökösjelölt*) auf, so steht das Vorzugsrecht derjenigen Person zu, die nicht nur dem Erblasser, sondern auch seinem Vermögen nähersteht, d.h. von wem

⁵⁵ Der überlebende Ehegatte erbt:

- (a) ein Drittel der Erbschaft, wenn die Eltern des Verstorbenen oder deren Abkömmlinge erben;
- (b) die Hälfte der Erbschaft, wenn die überlebenden Großeltern oder ihre Nachkommen erben;
- (c) zwei Drittel der Erbschaft, wenn entferntere Verwandte erben.

⁵⁶ TELESZKY, I., *A magyar örökösödési jog tervezetének vezéreszméje és a törvényes örökösödést tárgyazo intézkedései*. In: *Magyar jogászegyleti értekezések*. Budapest, 1882, S. 20.

⁵⁷ Zum Wortlaut des Entwurfs von 1882 siehe bei SCHWARZ, G., *Codificationalis dolgozatok*, S. 270.

⁵⁸ TELESZKY, I., *A magyar örökösödési jog tervezetének vezéreszméje és a törvényes örökösödést tárgyazo intézkedései*, S. 21.

⁵⁹ Die Hauptidee von Teleszky – die Ablehnung der Rückfallerbfolge: „Die Rückfallerbfolge als Folge der Avitizität steht im Widerspruch zum Leitprinzip der gesetzlichen Familienerbfolge, die auf der Vermögensfreiheit beruht.“ Zitiert nach TELESZKY, I., *A magyar örökösödési jog tervezetének vezéreszméje*, S. 20.

⁶⁰ Auf Ungarisch verfasste Version: *A magyar általános polgári törvénykönyv tervezete*. Budapest, 1900. Die Begründung wurde nicht offiziell autorisiert: Indokolás a magyar polgári törvénykönyv tervezetéhez. Ötödik kötet. Öröklési jog. Budapest, 1902. Zur Kodifizierung des ungarischen Privatrechts siehe auch SZIVÓS, K., *Das freie Vorbringen und seine Begrenzung nach der Kodifikation des ungarischen Zivilprozessrechts*. In: *Journal on European History of Law*, Vol. 13, Nr. 2, 2022, S. 25–34.

⁶¹ Seine wichtigste Arbeit zum Thema der Rückfallerbfolge SCHWARZ, G., *Az ági öröklés kérdése. Jelentés és vélemény*. Budapest, 1898.

⁶² TÓTH, Á., *Relikt oder Besonderheit? Die Rückfallerbfolge im ungarischen Erbrecht*, S. 677.

⁶³ Dieser Vorschlag wurde im Wesentlichen auch von Zsögöd und Kern geteilt, SCHWARZ, G., *Codificationalis dolgozatok*, S. 236.

oder von welchen Vorfahren das Vermögen allein stammt. Wenn aber die Abstammung des Vermögens und die Nähe des Blutes konkurrieren, soll nach heutiger Auffassung nicht die Nähe zum Vermögen, sondern die Nähe des Blutes ausschlaggebend sein: ein Vater, ein Geschwister, auch wenn das Vermögen nicht von ihnen abstammt, hat nach dieser Auffassung einen größeren Anspruch auf die Erbschaft als ein Cousin, auch wenn das Vermögen von seinem Großvater abstammt.“⁶⁴ Aus diesem Grund konstruierte Szászy-Schwarz die gesetzliche Erbfolge der dritten (Eltern und ihre Nachkommen, § 1806) und vierten (Großeltern und ihre Nachkommen, § 1807) Ordnung unter der ausbalancierenden Bedingung, dass, wenn ein Elternteil/Großelternanteil keine Nachkommen hinterlässt, der andere Elternteil/Großelternanteil alleine erbt. Auch hier erwies sich für Szászy-Schwarz die Identifizierung der Herkunft des Vermögens als am problematischsten, da die Identifizierung und der Nachweis des Wertes des Rückfallguts sowohl in tatsächlicher (Was gehörte tatsächlich zu diesem Vermögen bzw. welchen Wert hatte es?) als auch in rechtlicher Hinsicht (Aufgrund welchen Erbrechtstitels, von welchem gesetzlichen Verwandten und Erblasser wurde das Rückfallgut erworben und wann?) zu Komplikationen führen kann. In solchen schwierigen Fällen kann man im übertragenen Sinne des Wortes sagen: „das Band zwischen dem Nachlass und dem Erblasser ist gelockert, und dann ist die Berechtigung zur Rückfallerfolge deutlich niedriger und seine Herkunft lässt sich komplizierter ermitteln.“

Die zeitliche Begrenzung der Rückfallerfolge war in Hinsicht auf ihre Rationalität eine Neuerung.⁶⁵ Szászy-Schwarz plädierte für eine vereinfachende Lösung, indem eine Frist für den Erwerb des Rückfallguts durch den Erblasser auf 32 Jahre festgelegt wurde (die übrigens vom ursprünglichen ungarischen Gewohnheitsrecht als allgemeine Verjährungsfrist bestimmt wurde), sodass Vermögen, das dem Erblasser mehr als 32 Jahre vor seinem Tod zugefallen war, nicht als Rückfallgut zu betrachten war (§ 1815). Wenn die Bedingung des Erwerbs von Rückfallgut durch den Erblasser nicht innerhalb der vorgeschriebenen Frist von 32 Jahren erfüllt wurde, erlosch folglich das Recht auf das Rückfallgut.

Nach dem Entwurf von Szászy-Schwarz belastete das Rückfallgut den Nachlass als „gesetzliches Vermächtnis“ (az ági vagyon mint törvényes hagyomány terheli a hagyatékot). Der Rückfallserbe hatte gegen den Universalerben nur einen Anspruch auf den Netto- und Festwert, der vom gemeinsamen Vorfahren auf den Erblasser übergegangen war, sodass sein Erbanspruch mit dem Anspruch des Vermächtnisnehmers auf ein bestimmtes Nachlassaktivum gleichzusetzen war.⁶⁶ Allerdings konkurrierten die Erbansprüche auf das Rückfallgut mit den Erbansprüchen des überlebenden Ehegatten, aber hier (ausbalancierend) räumte der EBG das neue Nießbrauchrecht der überlebenden Ehegattin auf den Wert des Rückfallguts ein (§ 1816), während das Eigentum daran zugunsten der Erben von Rückfallserben erhalten blieb.⁶⁷

3.3 Entwürfe eines tschechoslowakischen Gesetzes über die Rückfallerfolge aus den 1930er Jahren

Das gleiche Dilemma, dieses Institut (nicht) zu erhalten, wurde von den tschechoslowakischen Regierungsbehörden bei den Vorbereitungen zur Rekodifizierung und Vereinheitlichung des tschechoslowakischen Zivilgesetzbuches gelöst.⁶⁸ Zuerst beauftragte das Einigungsministerium eine Superrevisionskommission und diese dann die slowakische Kommission für das Privatrecht mit der Beantwortung derselben Fragen wie zur Zeit des ungarischen Dualismus: 1) Ist dieses Institut erhaltenswert? Und im Falle der Bejahung: 2) Auf welche Weise soll es erhalten werden? Die erste Frage wurde von der slowakischen Kommission bejaht⁶⁹, denn es war nach mehreren (z.B. Schrotz, Szegő⁷⁰) eines der wenigen Rechtsinstitute, die tief im Bewusstsein der Menschen in der Slowakei und der Karpatenukraine verwurzelt waren, und „es würde daher den Grundsätzen einer gesunden Gesetzgebung widersprechen, wenn dieses Rechtsinstitut vollständig aufgehoben würde“.⁷¹

Zur Beantwortung der zweiten Frage beschloss die Superrevisionskommission, die vier legislativen Beschränkungen des entworfenen Gesetzes über die Rückfallerfolge zu beachten: örtlich – gültig nur in der Slowakei und der Karpatenukraine;

⁶⁴ Ibid, S. 237.

⁶⁵ „Ich bin der Ansicht, dass die übermäßige Schwierigkeit, die Abstammung von Vermögenswerten nachzuweisen, durch die Feststellung beseitigt wird, dass Vermögen, das mehr als 32 Jahre vor dem Tod des Erblassers von seinem Vorgänger abstammt, nicht der Rückfallerfolge unterliegt... Das Recht auf Teilung der Erbschaft beruht auf der Erinnerung an die Herkunft des Vermögens“, aber wenn Jahrzehnte seit dem ursprünglichen Erwerbstitel des Rückfallguts vergangen sind, „ist das Vermögen auf den Erblasser übergegangen: die Erinnerung an den Besitz des Vermögens ist ausgelöscht, und die Bindung zwischen dem Vermögen und seinem ursprünglichen Urheber ist gelockert: die Billigkeit der Rückfallerfolge ist geringer und sie ist schwieriger zu nachzuweisen.“ Zitiert nach SCHWARZ, G., *Codificationis dolgozatok*, S. 238.

⁶⁶ ŠVECOVÁ, A. – GERGEL, P., *Dedičské právo podľa I. návrhu uhorského všeobecného občianskeho zákonníka z roku 1900*, S. 83.

⁶⁷ Ibid., S. 83.

⁶⁸ Der Gesetzesentwurf zur Rückfallerfolge ist konsistent und gründlich bearbeitet GÁBRIŠ, T., *Snahy o revíziu ABGB v procese unifikácie československého práva v rokoch 1918–1938*. In: *Acta historico-iuridica Pilsensia*, 2011, S. 84-98; GABRIŠ, T. – ŠORL, R., *Občianske právo na Slovensku a unifikácia právneho poriadku v období prvej Československej republiky (1918–1938)*. In: MALÝ, K. – SOUKUP, L. (Hrsg.), *Československé právo a právní věda v meziválečném období (1918–1938) a jejich místo ve střední Evropě*. Praha, 2010, S. 687-693. Die Autoren argumentieren, dass der I. Entwurf offensichtlich aufgrund von Gutachten von K. Schrotz über die Rückfallerfolge von 1930 verfasst wurde. (Ministerialrat beim Ministerium für Vereinheitlichung von Rechtsnormen). In: SCHROTZ, K., *Větevné dědění a sjednocení práva občanského*. Publikácie ministerstva pre sjednotenie zákonov a organizácie správy Vestník. In: *Právní obzor (Sonderheft)*, Vol. XIII, 1930, S. 550-554.

⁶⁹ Wir zitieren aus ihrer Stellungnahme: „Die Frage, ob die Rückfallerfolge beibehalten werden soll, wurde einstimmig bejaht.“ In *National Archiv (NA) Praha*, Fond (F) Ministerstvo unifikácii, Karton (Kr.) 161.

⁷⁰ Rechtsanwalt aus Bratislava und Mitglied der slowakischen Kommission für Privatrecht, Verfasser eines der ersten juristischen Handbücher zum rezipierten ungarischen Recht SZEGŐ, K., *Nákres na Slovensku platného dedičského a manželsko-majetkového práva*. Ružomberok, 1919.

⁷¹ Dieser Standpunkt wurde auch von der Superrevisionskommission vertreten, die sich 1936 wie folgt dazu äußerte: „weil es sich um ein Institut handelt, das sehr tief im Volk verwurzelt ist“. In: *NA Praha*, F. Ministerstvo unifikácii, Kr. 161.

zeitlich – gültig für 10 Jahre; persönlich – bestimmt für alle Bürger mit dem Wohnsitz im Gebiet der künftigen *lex specialis* über die Rückfallerbfolge; und materiell – unter Bezugnahme auf den definierten Begriff des ererbten Rückfallguts und dessen Rückfallwert.

Zu Beginn der Gesetzgebungsarbeiten übersandte das Ministerium für Vereinheitlichung von Rechtsnormen mit Schreiben vom 8. Februar 1933 den ersten Referentenentwurf über die Rückfallerbfolge, der im Entwurf des Zivilgesetzbuchs (weiter als ZGB) von 1931 in Artikel VII Nr. 2 der Einführungs- und Durchführungsbestimmungen zum ZGB vorgesehen war, zum interministeriellen Stellungnahmeverfahren. Der Gesetzentwurf regelte in sieben Paragraphen die Rückfallerbfolge als vorrangiges (erstes) gesetzliches Vermächtnis (sog. Praelegat) – ein Fall der *singularis successio*, oder, wie das tschechoslowakische Finanzministerium zu Recht formulierte, als „*Erbsfolge sui generis*“ ohne Ausgleich der Erbansprüche für die Schulden des Erblassers seitens der Rückfallserben. Materiell orientierte sich der Gesetzentwurf deutlich an dem in der Slowakei und der Karpatenukraine geltenden und hier rezipierten ungarischen Recht, formulierte aber gleichzeitig (laut Vorschlag von Prof. Rouček) zwei normativ einschränkende Prämissen: a) dass die vorgeschlagene Regelung, die auf einer deutlich reduzierten Form der EBJ beruht, in der Rechtspraxis allmählich obsolet werden könnte, und b) dass ihre schattenhaften und negativen (umstrittenen) Probleme durch den Gesetzentwurf beseitigt würden.⁷²

Die erste Bedingung für seine Anwendung im Sinne des Grundsatzes, dass die testamentarische Erbfolge vor der gesetzlichen Vorrang habe, war das Fehlen einer gültigen und der Rückfallerbfolge widersprechenden (vom Erblasser verfassten) *Verfügung von Todes wegen*, und es durfte keine Kollision mit der allgemeinen normierten gesetzlichen Erbfolge im entworfenen tschechoslowakischen Zivilgesetzbuch bestehen, in dem die erste Erbschaftsgruppe die Nachkommen und den überlebenden Ehegatten des Erblassers umfasste. Nach Artikel 2 Absatz 1 des Gesetzentwurfs galten die gesetzlichen Abkömmlinge des Erblassers bereits als bevorzugte (erste) Erbschaftsgruppe, die in Ermangelung einer wirksamen *Verfügung von Todes wegen* das Recht hatte, das (ererbte) Vermögen zu beanspruchen. Der Entwurf ging davon aus, dass der Nachlass aus erworbenem Vermögen bestand, es sei denn, der Rückfallserbe wies nach, dass es sich um das Rückfallgut handelte.

Nach § 2 Abs. 2 wurde das Rückfallgut durch dessen Wert ersetzt. Es handelte sich also um dasjenige Vermögen, das der Erblasser von Aszendenten in gerader Linie ohne Einschränkung (nicht von Verwandten in Seitenlinie, wie es in der Begründung negativ ausgedrückt wurde) im Wege der Weitergabe von Vermögen durch die Erbfolge erworben hatte oder auch unentgeltlich, mit Ausnahme gelegentlicher, gewohnheitsmä-

ßiger Schenkungen und Unterhaltszuschüsse. Die Berechnung folgte der künftigen Regelung nach § 704 des ZGB-Entwurfs von 1931 bzw. § 607 des ZGB-Entwurfs von 1937 (d. h. der Zeitpunkt der Übertragung des Vermögens auf den Erblasser im Wege der Erbfolge oder der unentgeltlichen Schenkung), mit der Ausnahme, dass, wenn der Wert des Rückfallguts ohne Verschulden des Erblassers gesunken war, ohne dass dieser eine Entschädigung erworben hatte, der Zeitpunkt des Todes des Erblassers maßgeblich wäre.

Wenn keine Nachkommen des Erblassers vorhanden waren, waren nach dem entworfenen § 4⁷³ die Vorfahren des Erblassers – die Eltern – erbberechtigt (1. Elternparentel), jeder von ihnen nur zu jenem Wert, der von ihnen oder von ihren Eltern auf den Erblasser nach dem Prinzip der *paterna paternis* und *materna maternis* übergegangen war. Wenn die Eltern nicht existierten, waren sie durch ihre Nachkommen repräsentiert (d.h. die nächsten Verwandten in der Seitenlinie des Erblassers – seine Halb- oder Vollgeschwister). Damit unterscheidet sich der Gesetzentwurf erheblich von der ursprünglichen Regelung der EBJ, in denen es keine Beschränkung auf die Erben in aufsteigender Linie gab. Wir zitieren aus der Begründung zu § 4 und dem angewandten Grundsatz der *paterna-materna*: „*Das Vermögen fällt dorthin zurück, wo es herkommt, und nur derjenige Stamm, von dem das Vermögen stammt, hat das Recht auf das Rückfallgut.*“⁷⁴

Der Wert derjenigen Sachen, die nach § 670 des ZGB-Entwurfs von 1931 dem überlebenden Ehegatten gehörten (d.h. bewegliche Sachen, die sich unter den Begriff ehelicher Haushalt subsumieren lassen), war nach dem entworfenen § 5 nicht als Vorausvermächtnis zu verstehen. Unter dem gesetzlichen Vorausvermächtnis verstand das damalige Zivilrecht ein Vermächtnis, das vom Gesamtwert des Nachlasses abgetrennt oder abgezogen wurde, und nur der Restbetrag konnte nach den allgemeinen Regeln für erworbenes Vermögen gemäß dem entworfenen ZGB vererbt werden. Wenn sich der Wert des gesamten Nachlasses auf seinen Nettowert erstrecken würde oder unzureichend wäre, könnte von einer Gesamtrechtsnachfolge nach dem BGB keine Rede sein.

Was die Art und Weise der Herausgabe des Rückfallguts betrifft, so konnte der Rückfallserbe nach § 6 auch einzelne Sachwerte *in natura* beanspruchen. Überstieg jedoch der Wert dieser Nachlassgegenstände zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers den Wert, den sie zum Zeitpunkt ihres Erwerbs nach § 3 hatten, so war die Differenz im Verkehrswert vom Rückfallserben in Geld auszugleichen.

Im interministeriellen Stellungnahmeverfahren zum I. Entwurf erhob das Finanzministerium am 11. September 1933 den grundsätzlichen Einwand, dass die Rückfallerbfolge nicht als Vorausvermächtnis ausgestaltet werden solle, sondern dass vielmehr innerhalb der allgemeinen gesetzlichen Erbfolge die Rück-

⁷² NA Praha, F. Ministerstvo unifikácie, Kr. 161. Zápis o jednání Slovenské komise pro obor soukromého práva konaném ve dnech 17.-19. srpna o osnově předpisů o větvném dedění (Protokoll der Sitzung der slowakischen Kommission für Privatrecht vom 17. und 19. August bezüglich der Entwürfe zur Regelung der Rückfallerbfolge)

⁷³ Der Wortlaut des entworfenen § 4: „*Sind keine Kinder des Erblassers als Erben vorhanden, so kann jeder der elterlichen Erben des Erblassers (Vater oder Mutter) den Wert desjenigen Teils des Nachlasses, der von ihm oder seinen Eltern auf den Erblasser übergegangen ist, als Vorausvermächtnis geltend machen. Wenn der Elternteil nicht erbt, geht das Recht auf das Vorausvermächtnis auf seine Kinder über, die nach dem Erblasser erben.*“

⁷⁴ Die Begründung wurde in den Materialien zum Stellungnahmeverfahren zum vorbereiteten Gesetzentwurf von 1933 veröffentlicht. In: NA Praha, F. Ministerstvo unifikácie, Kr. 161.

fallerfolge *sui generis* für eine bestimmte Art von Rückfallgut (bzw. dessen Rückfallwert) als eine Form der Einzelrechtsnachfolge geschaffen werden solle.

Der zweite Gesetzesentwurf, ebenfalls ausgearbeitet vom Ministerium für die Vereinheitlichung von Rechtsnormen, wurde erst am 25. Mai 1936 fertiggestellt⁷⁵ und in der Stellungnahme des Justizministeriums heißt es: „*Der neue Entwurf unterscheidet sich vom ursprünglichen im Grunde genommen dadurch, dass er die Konstruktion aufgibt, nach der das Recht bestimmter gesetzlicher Erben auf das so genannte Rückfallgut den Charakter eines Vorausvermächtnisses im Sinne von § 581 des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs von 1931 hatte.*“ Die Neuformulierung des § 2 wurde vom Justizministerium in einer Stellungnahme vom 16. Juni 1936 vollständig abgelehnt (auch Prof. Rouček vertrat dieselbe Meinung) und es wurde vorgeschlagen, zum ursprünglichen Konzept des Vorausvermächtnisses zurückzukehren (auch im Zusammenhang mit dem entworfenen § 4 über die Erbfolge der Eltern und ihrer Nachkommen)⁷⁶.

Interessant war die ursprüngliche Überlegung des Vorlegers, die Regelung der Rückfallerbfolge auch auf die übrigen, sog. historischen Länder Böhmen, Mähren und Schlesien auszudehnen und sie bei ernsthaften Einwänden zumindest für das Gebiet der Slowakei und der Karpatenukraine für einen bestimmten Zeitraum, der in der interministeriellen Debatte (auf Empfehlung von Prof. Rouček) auf 10 Jahre festgelegt wurde, beizubehalten. Die oben genannte Meinung wurde zuerst von der Superrevisionskommission für die Rekodifizierung des Zivilgesetzbuches formuliert und ihre Meinung wurde auch in den zweiten Gesetzesentwurf aufgenommen. Die Frage, ob der Entwurf bestimmte Arten von Sachen definieren würde, auf die die Rückfallerbfolge Anwendung finden würde, wurde verneint; im Gegenteil, die Verfasser des Entwurfs argumentierten, dass „*keine Beschränkung normiert wurde*“. Das Justizministerium schlug vor, dass das Gesetz eventuell auch für Immobilien gelten sollte, die außerhalb des Gebiets der Slowakei und der Karpatenukraine liegen, aber weder die Verfasser noch die anderen Ministerien reagierten darauf positiv, und auch die Forderung, dass Immobilien nach dem Grundsatz der *lex rei sitae* (Entwurf des Bildungsministeriums) berücksichtigt werden sollten, wurde abgelehnt. Maßgebend blieb vielmehr der Wohnsitz des Erblassers.⁷⁷

Ursprünglich sollte der Gesetzesentwurf I diejenigen Erblasser betreffen, die zum Zeitpunkt ihres Todes ihren Wohnsitz im Geltungsbereich des Gesetzes hatten, aber gegen den persönlichen Geltungsbereich des Gesetzes wurden von den Ministerien für Bildung und Verteidigung Einwände erhoben, weil eine beträchtliche Anzahl ihrer tschechischen Angestellten samt Familienangehörigen im östlichen Teil der Republik tätig war und daher von der Anwendung des ihnen unbekanntem Instituts der Rückfallerbfolge nachteilig betroffen gewesen wäre. Aus diesem Grund schlugen sie vor, die persönliche Geltung des II. Gesetzesentwurfs nur auf diejenigen tschechoslowakischen Staatsbürger anzuwenden, die vor der Gründung der Republik, vor dem 28. Oktober 1918 sowie auch zum Zeitpunkt ihres Todes das entsprechende Wohnsitzrecht besaßen.⁷⁸

Obwohl der revidierte II. Gesetzesentwurf erst 1937 in die parlamentarischen Ausschüsse gelangte, trat er aufgrund der sich verschlechternden politischen Lage und des Zerfalls des Staates als Gesetz niemals in Kraft.

4. Zum Begriffssystem der Rückfallerbfolge aus linguistischer Sicht

Im Folgenden wird auf die Grundbegriffe der Rückfallerbfolge eingegangen, weil diese aus der Sicht der begrifflichen Erfassung der ganzen Problematik und aus translatologischer Sicht relevant sind. Dieser Teil bietet eine kurze Einleitung ins betreffende Begriffssystem und es werden auch die zwischensprachlichen Beziehungen (in unserem Fall handelt es sich um das Sprachenpaar Deutsch – Ungarisch⁷⁹) thematisiert. Im Vordergrund steht also ein kurzer Abriss der Rückfallerbfolge-Terminologie, der sich in materieller Hinsicht vor allem auf das Werk des bekannten ungarischen Zivilisten T. Kern stützt⁸⁰. Im Folgenden wird dann diese Terminologie mit der gegenwärtigen deutschen Terminologie in diesem Bereich verglichen. Was die terminologische Arbeit angeht, gehen wir von der Wichtigkeit der systematischen terminologischen Arbeit aus, die im Unterschied zur punktuellen terminologischen Arbeit einen umfassenderen Blick in das jeweilige Begriffssystem bietet und daher auch aus der Sicht der Übersetzung relevant ist.⁸¹ Die einzelnen Grundbegriffe werden mit Definitionen belegt, die eine bessere Orientierung in der historischen Erbterminologie bieten und

⁷⁵ Im selben Jahr wurde ein zusätzlicher Gesetzesentwurf über das gemeinsam erworbene eheliche Vermögen ausgearbeitet.

⁷⁶ Im Oktober 1936 empfahl auch Prof. Rouček eine Rückkehr zum Konstrukt des Vorausvermächtnisses. Zitat aus seiner Stellungnahme: „*Die Annahme dieser Änderung ändert nichts an der bestehenden Rechtslage, da die Schulden des Erblassers bei der Befriedigung Vorrang vor den Schulden des Nachlasses haben, zu denen auch der Anspruch auf ein Vorausvermächtnis gehört, und daher ist der wiederholte Einwand des Finanzministeriums unbegründet.*“ In: GABRIŠ, T. – ŠORL, R., *Občianske právo na Slovensku a unifikácia právneho poriadku*, S. 692.

⁷⁷ *Ibid.*, S. 691.

⁷⁸ Ein Zitat aus der Stellungnahme des Verteidigungsministeriums: „*Aus dienstlichen Gründen werden Beamte häufig aus historischen Ländern in die Slowakei und die Karpatenukraine versetzt und erwerben dann den Wohnsitz in diesen Ländern. Mit dem Erwerb des Wohnsitzes unterliegt jedoch ihr Erbe sowie das ihrer Ehefrauen und Nachkommen den Regeln der Erbfolge im Rückfallgut... Es ist jedoch zu bedenken, dass ebenso wie das Institut der Rückfallerbfolge in diesen Ländern verwurzelt ist, es im Gegenteil den aus Böhmen, Mähren und Schlesien in diese Länder versetzten Arbeitnehmern sowie deren Familienangehörigen völlig unbekannt ist... Aus diesem Grunde wäre vielleicht nichts Grundsätzliches dagegen einzuwenden, dass durch eine entsprechende Änderung der entsprechenden Formulierung des Entwurfs das Institut der Rückfallerbfolge für alle Personen, die nach der Wende ihren Wohnsitz in der Slowakei und Karpatenukraine erworben haben, gänzlich ausgeschlossen wird.*“ Zitiert aus NA Praha, F. Ministerstvo unifikácií, Kr. 161.

⁷⁹ In diesem Teil der Studie werden ung. Begriffe überwiegend in Klammern angeführt.

⁸⁰ Es handelt sich um die folgenden zwei Publikationen von T. Kern; im Grunde genommen decken sich die deutsche und ungarische Version, mit dem Unterschied, dass es in der ungarischen Version einen umfangreicheren Fußnotenapparat gibt: KERN, T., *Törvényes öröklés*, S.114 --134; KERN, T., *Gesetzliche in Ungarn*, S. 29-54.

⁸¹ ARNTZ, R. – PICH, H. – SCHMITZ, K. D., *Einführung in die Terminologiearbeit. 7. vollständig überarbeitete und aktualisierte Auflage*. Hildesheim/Zürich/New York, 2014, S. 209-210.

außerdem wird kursorisch auf einen terminologischen Konflikt mit der gegenwärtigen Erbrechtsterminologie eingegangen.

Was die Rechtsübersetzung angeht, erfordert sie Kenntnisse im Bereich aller Rechtsordnungen, die einen Gegenstand der Übersetzung bilden und dies mussten auch die Übersetzer und Rechtswissenschaftler vor Augen haben. Schwierigkeiten tauchten auch dort auf, wo es um eine Übersetzung in eine Zielsprache ging, deren Rechtsordnung gewisse Rechtsinstitute nicht kannte. Jede Rechtssprache verfügt über eigene Standardformeln (feste fachsprachliche Wortverbindungen, präpositionale Wortverbindungen, Routineformulierungen, Mehrworttermini), deren Beherrschung für eine korrekte Übersetzungen ebenfalls von Bedeutung sind.⁸² Wichtig sind hier die kontextuelle Einbettung der betreffenden Begriffe in der Ausgangs- und Zielspracherechtsordnung und sprachliche Konventionen (usuelle Wortverbindungen, Floskeln, Mehrworttermini, usw.), deren Verständnis und Verwendung die Rezeption des Zieltextes wesentlich beeinflussen (erleichtern). Bei der Rechtsübersetzung gilt es also diverse Phänomene zu berücksichtigen, die sich bei der Suche nach einer korrekten Entsprechung in der Zielsprache determinierend auswirken. Diese Phänomene könnte man als Kontext bezeichnen, der nach einem von Melby/Forster⁸³ vorgeschlagenen und von Sandrini übernommenen Modell in fünf Ebenen beschrieben und veranschaulicht werden kann. Auf ihre Bedeutung für die Übersetzung wird weiter unten eingegangen, sodass die ganze Problematik durch das Prisma des folgenden Modells betrachtet wird:

1. *I.co-text der umgebende sprachliche Kontext im Ausgangs-text;*
2. *rel-text andere mit dem Ausgangstext zusammenhängende Texte;*
3. *chron-text vorhergehende bzw. spätere Versionen des Ausgangstextes;*
4. *bi-text zweisprachige Textressourcen;*
5. *non-text alles andere, außerhalb des Ausgangstextes Stehen de, das zur Bedeutungsfeststellung beitragen kann.*⁸⁴

Das Zentrum des näher analysierten Begriffssystems bildet zweifellos der Begriff „Stamm“.⁸⁵ Der Originalbegriff heißt auf

Ungarisch (ág), was eigentlich wort-wörtlich Zweig heißt. Die Rückfallerbfolge sollte dann konsequenterweise als „Zweigerbfolge“ (lehn)übersetzt werden. Bei der korrekten Übersetzung und Verwendung dieses Begriffs im wissenschaftlichen Diskurs helfen uns also die genannten Werke von T. Kern, die man als eine Art Parallelkorpus bezeichnen kann. Dieser bi-text, d.h. die Existenz des Textes in mehreren Sprachen, wirkt sich also jedenfalls vorteilhaft auf terminologische Recherchen und Feststellung von Begriffsmerkmalen aus.

Beim Begriff „Stamm“ (ág) stoßen wir auf einen interessanten Fall der Begriffskonkurrenz, weil dieser Begriff in der gegenwärtigen (und in der früheren) Erbrechtsterminologie (noch) in einer anderen Bedeutung verwendet wird, weshalb man hier von einer fachsprachlichen Polysemie sprechen kann. Es handelt sich also in diesem Fall (auch) um eine Gruppe von Menschen, die aufgrund des Repräsentationsrechts (nach dem Tod ihres Verwandten in aufsteigender Linie, der mit ihnen am nächsten verwandt ist) bei der Erbfolge zum Zuge kommt.⁸⁶ In dieser Bedeutung wird dieser Begriff sowohl in der gegenwärtigen⁸⁷ als auch in der früheren deutschen Erbrechtsterminologie verwendet, bzw. bei seiner Übersetzung aus dem Ungarischen ins Deutsche.⁸⁸ Möchte man den Begriff „Stamm“ richtig interpretieren, muss man daher einerseits den co-text in Betracht ziehen, also die unmittelbare sprachliche Umgebung von betreffenden Begriffen, und andererseits spielt bei der Feststellung von Begriffsmerkmalen und Abgrenzung von anderen Begriffen im Bereich des Rechts auch der rel-text, d.h. Texte, die mit dem zu übersetzenden Text verbunden sind, eine große Rolle (siehe dazu Fn. Nr. 13).

Mit dem Begriff „Rückfallerbfolge“ hängt sehr eng der ung. Begriff ágiság⁸⁹ zusammen, den man nicht mit einem Wort ins Deutsche übersetzen kann (wort-wörtlich hieße es „Zweigschaft“ oder „Stammschaft“).⁹⁰ Die Übertragung dieses Begriffs ins Deutsche wird also verschiedenartig realisiert. Als Prototyp kann in diesem Fall vielleicht das Kompositum „Stammesgut-Qualität“ (Rückfallgutseigenschaft) gelten.⁹¹ Vom Begriff „Stamm“ und „Rückfallerbfolge“ ist der Begriff „Avitizität“

⁸² WREDE, O., *Theoretisch – pragmatische Reflexionen zur interlingualen Übersetzung ausgewählter Textsorten des Strafprozessrechts (Deutsch – Slowakisch)*. Hamburg, 2020, S. 143.

⁸³ MELBY, A. – FOSTER, Ch., Context in translation: Definition, access and teamwork. In: *Translation & Interpreting*, Vol. 2, Nr. 2, 2010, S. 1-15.

⁸⁴ SANDRINI, P. Der Wert ungleicher Lösungen: Wider ein unangebrachtes Äquivalenzdenken. In: RAKŠÁNYIOVÁ, J. et al. (Hrsg.), *Quo vadis Rechtsübersetzung?* Bratislava, 2017, S. 90.

⁸⁵ Unter dem Begriff „Stamm“ (bei der Rückfallerbfolge) verstehen wir einen bestimmten Verwandtenkreis in aufsteigender Linie (Aszendenten), die mit dem Erblasser blutsverwandt sind.

⁸⁶ „Gelangt ein Kind hingegen nicht zur Erbschaft (weil es z.B. erbunfähig oder verstorben ist), so fällt sein Anteil seinen Nachkommen zu, die es (nach Stämmen) repräsentieren.“ ZANKL, W., *Erbrecht*. Wien, 2008, S. 21.

⁸⁷ Das Wort „Stamm“ wird (in dieser Bedeutungsvariante) ins Ungarische als „törzs“ übersetzt.

⁸⁸ Siehe zB die Übersetzung von § 1804 des Entwurfs eines ungarischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches (*A magyar általános polgári törvénykönyv tervezete*. Budapest: Grill. Károly cs. és kir. udv. könyvkereskedése, 1900 – ungarisch; *Entwurf eines ungarischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches*. Budapest: Grill'sche K. und K. Hofbuchhandlung, 1901 – deutsch) aus dem Ungarischen ins Deutsche:

„Den Antheil eines früher verstorbenen Kindes erbt dessen Kind, den Antheil eines früher verstorbenen Enkels erbt dessen Kind und so weiter abwärts (Erbfolge nach Stämmen).“

„Az élőbb elhalt gyermek részét ennek gyermeke, az élőbb elhalt unoka részét ennek gyermeke öröklé és így lejjebb. (Törzönkinti öröklés).“

⁸⁹ Bei KERN, T., *Törvényes öröklés*, konkret im Kapitel II. (Felmenők öröklése.[Felszálló örökség]) wird dieser Begriff 5-mal belegt.

⁹⁰ Ins Deutsche (KERN, T., *Gesetzliche Erbfolge*, S. 29 -54) wurde dieser Begriff folgendermaßen übersetzt: ... verliert das Vermögen die Natur des Stammesgutes. (S. 35)... der zugleich auch ein Vorfahre des die Stammerbschaft beanspruchenden Klägers war... weil die Stammesgut-Qualität nicht geltend gemacht oder nicht erwiesen wurde. (S. 43), Das Vermögen kann also seiner Eigenschaft als Stammvermögen nicht nur dadurch entkleidet werden, dass kein Stammeserbe vorhanden ist oder dass er sein Recht nicht geltend macht, sondern auch dadurch, dass es dem Stammeserben nicht gelingt, die Natur des Vermögens als Stammesgut nachzuweisen (S. 51).

⁹¹ Unter diesem Begriff verstehen wir den einem nach dem Vorfahren des Erblassers geerbten Vermögensgegenstand zugesprochenen Charakter.

(avitisches Vermögen, *ösiség*), bzw. „Erbfolge im Avitischen“⁹² zu unterscheiden, der sich mit dem erstgenannten Begriff nur teilweise deckt und auf das ungarische (Erb)recht vor 1848 zurückzuführen ist.

Zum Begriffsapparat der Rückfallerbfolge gehört auch der Begriff „Rückfallserbe“ (*ági örökös*)⁹³ und eigentliche Gegenstand der (Rückfall)erbfolge, der allgemein als „Objekt“ (*tárgy*) bezeichnet wird; diskutiert wird vor allem seine Zugehörigkeit zum Rückfallgut.⁹⁴ Dieses Vermögen kann natürlich entweder beweglicher oder unbeweglicher Natur sein.⁹⁵ Gegenstand des rechtswissenschaftlichen Diskurses war auch die Frage, ob das Rückfallgut *in natura* herausgegeben werden sollte oder nur sein Wert (Rückfallwert).⁹⁶ Vom „Rückfallgut“ ist dann „erworbenes Vermögen“ zu unterscheiden.⁹⁷

An dieser Stelle halten wir es für wichtig, auf einen terminologischen Konflikt zwischen der traditionellen und der neuen Terminologie hinzuweisen. T. Kern verwendete in seinem Werk diese Terminologie: „Stamm“, „Stammeserbfolge“, „Stammesgut-Qualität“, „Stammeserbe“ und „Stammeswert“.⁹⁸ Was die gegenwärtige (deutsche) Terminologie in diesem Bereich anbelangt, gibt es da einen Bedarf nach ev. Übersetzungen ins Deutsche, gibt es nur im Falle von auf Deutsch veröffentlichten rechtswissenschaftlichen Studien, weil es die Rückfallerbfolge bis jetzt im ungarischen Erbrecht gibt.⁹⁹ Sowohl in dieser terminologischen Einführung als auch im restlichen Teil dieser Studie sind wir fast ausschließlich der modernen Terminologie gefolgt, wie sich ihr Á. Tóth und G. Hamza bedienen.¹⁰⁰ Diese Texte könnte man bedingt als chron-text bezeichnen, also in einem gewissen Sinne sind es spätere Versionen des Ausgangstextes (eher der Ausgangsterminologie), die man gelegentlich ins Deutsch übersetzen muss. Unter Non-text könnte man schließlich die Zusammenarbeit und Besprechungen mit Rechtswissenschaftlern verstehen, wovon auch die gegenwärtige Studie zeugt.

Bei der Übersetzung dieses terminologischen Mikrosystems schließen wir uns also der Auffassung Sandrinis an, denn seiner Meinung nach kann der oben dargestellte Kontext jede Art von Äquivalenz ersetzen. Nicht eine Gleichwertigkeit solle im Mittelpunkt stehen, sondern „*ungleiche sprachliche bzw. textuelle Lösungen für ungleiche Situationen und ungleiche textuelle Verwendungsmuster.*“ Dies kann man auch oben am Beispiel des Begriffs „Stamm“ (*ág*) demonstrieren, dessen korrekte Übersetzung von der sprachlichen und außersprachlichen Umgebung determiniert wird.¹⁰¹ Aus dem bisher Angeführten ist klar, dass diese kleine und viele andere terminologische Untersuchungen den statischen Äquivalenzbegriff eher in Frage stellen und dass sich bei der Suche nach korrekten Entsprechungen in der Zielsprache eher der Kontext und seine Ebenen anbieten, um eine mehrschichtige und dynamische Vorgehensweise bei der terminologischen Arbeit und der Suche nach korrekten Entsprechungen in der Zielsprache zu ermöglichen.

5. Fazit

Die Rückfallerbfolge hat sich im Laufe ihrer Existenz trotz ihrer gewohnheitsrechtlichen Regelung in der Gerichtspraxis zu einem fest verankerten Erbrechtsinstitut entwickelt und wenn wir nach seinen Ursprüngen im bürgerlichen Feudalrecht suchen, können wir nur von einem jahrhundertealten und gefestigten Institut der ungarischen gesetzlichen Erbfolge sprechen. Für ihre Rechtsgrundlage halten wir (aufgrund des Wortlauts der wiederholten Stellungnahmen der Slowakischen Kommission für die Revision des ZGB der Ersten Republik) die Verfügungsfreiheit und die Ungebundenheit des Rückfallguts an die *Verfügungen von Todes wegen* und *unter Lebenden* des Erblassers. Die Rückfallerbfolge kam also nur dann zur Anwendung, wenn es keine gültige *Verfügung von Todes wegen* durch den Erblasser gab. Das Institut der Rückfallerbfolge respektierte auch die gegenseitigen ethischen Beziehungen zwischen den Ehegatten und

⁹² „Avitizität“ kann man (ausgehend von KERN, T., *Gesetzliche Erbfolge*, S. 6-13) folgendermaßen definieren: Von den Vorfahren im Wege der Testat- oder Intestaterbfolge ererbtes und der ganzen Sippschaft gehörendes konkretes Vermögen, das unveräußerlich war. Bei der „*Erbfolge im Avitischen*“ handelt es sich (in Anlehnung an KERN, T. *Gesetzliche Erbfolge*, S. 6-13) um den ohne eigentlichen Erbanfall realisierten Übergang der Nutznießung des avitischen Vermögens an diejenige Erben, die mit dem ersten Erwerber aufgrund ihrer Blutsverwandtschaft eine Rechtsgemeinschaft bildeten.

⁹³ „Rückfallserbe“: ein zum Kreis der Blutsverwandten des Erblassers gehörender Aszendent, der bezüglich des an den Erblasser von einem Vorfahren übergebenen Vermögens erberechtigt ist.

⁹⁴ (un)bewegliches Vermögen, das an den Erblasser seitens seiner Vorfahren im Wege der Testat- oder Intestaterbfolge übertragen wurde.

⁹⁵ „Unbewegliches Vermögen“ wird bei Kern (KERN, T., *Gesetzliche Erbfolge*, S. 29-54) als „Realität“ bezeichnet. Dieser Bezeichnung sind die Autoren der vorliegenden Studie nicht gefolgt, es wird weiter die Wortverbindung „als Rückfallgut anzusehende Immobilie“ verwendet.

⁹⁶ Derjenige Wert, der dem Rückfallserben (in einer gesetzlich festgelegten Frist) statt Herausgabe *in natura* zurückerstattet werden musste.

⁹⁷ Unter dem Begriff „*erworbenes Vermögen*“ verstehen wir diejenigen Gegenstände, bzw. ihren Wert, die der Erblasser durch seine eigene Tätigkeit (entweder allein oder mit seinem Ehepartner; in diesem Fall spricht man von gemeinsam erworbenem Vermögen) erworben hat, d.h. nicht durch Erbanfall (als ererbtes Vermögen). KERN, T. (in: *Gesetzliche Erbfolge*, S. 29-54) verwendet den Begriff „*Errungenschaft*“, der jedoch in der vorliegenden Studie nicht verwendet wird.

⁹⁸ KERN, T., *Gesetzliche Erbfolge*, S. 29-54.

⁹⁹ Siehe 7: §§ 67-71 des ungarischen Zivilgesetzbuchs und die in diesen § angeführten Begriffe: „Rückfallserbe“, „Rückfallgut“, „Rückfallerbfolge“, „Rückfallerbfolge“. In den Zitaten aus Originalquellen wurde die ursprüngliche Terminologie beibehalten („Stammeserbfolge“, „Stammeserbe“, usw.).

¹⁰⁰ Siehe näher bei TÓTH, Á., *Relikt oder Besonderheit? Die Rückfallerbfolge im ungarischen Erbrecht*, S. 667-669. G. Hamza verwendet den Begriff „Rückfallerbfolge“ in dieser Studie: HAMZA, G., Beitrag zur Geschichte der Kodifikation des bürgerlichen Rechts in Ungarn. In: HAMZA, G. (Hrsg.) *Symposium Hundert Jahre BGB. Entwicklung des Privatrechts im deutschen und mittel-osteuropäischen Sprachraum seit dem Inkrafttreten des BGB*. Budapest, 2000, S. 4.

¹⁰¹ Vgl. TUHÁRSKA, Z., Einige Anmerkungen zur Erstellung des Begriffsapparats aus dem Bereich des Strafrechts. Am Beispiel von ausgewählten Begriffen. In: RAKŠÁNYIOVÁ, J. et al. (Hrsg.), *Quo vadis Rechtsübersetzung?* Bratislava, 2017, S. 134. Wir schließen uns der Auffassung von Tuhárska an, die hierzu noch Folgendes (S. 134) anführt: „*Den Ko(n)text der Zielsprache bilden allerdings weitere Fachbegriffe, was zur Folge hat, dass zum Zweck der Sicherung einer ausreichenden Vergleichsbasis zwischen der Ziel- und Ausgangssprache – bzw. zwischen den (in diesem Fall: rechtlichen) Systemen, welche sich an die Ziel- und Ausgangssprache binden – notwendig war, die Kompatibilität dieser Systeme zu überprüfen.*“

hatte es zum Ziel, die vorrangigen gesetzlichen Erbrechte des überlebenden Ehegatten aufrechtzuerhalten oder insbesondere die überlebende Witwe im Witwenrecht und in der Erbfolge zu schützen, indem es den gesamten Nachlass als erworbenes Vermögen und nicht als Rückfallgut präsumierte. Außerdem war dieses Institut darauf ausgerichtet, den gesetzlichen Anspruch der Rückfallserben nur auf den Wert des Rückfallguts zu beschränken und alternativ seine Herausgabe *in natura* zuzulassen.

Die in späteren Gesetzesänderungen, bzw. ZGB-Entwürfen beschriebenen Vorschläge aus dem Dualismus und der I. Tschechoslowakischen Republik, die jedoch nicht verabschiedet worden sind, bewahrten dennoch den oben erwähnten Gewohnheitscharakter dieses Instituts und versuchten möglicherweise, leichte Modifikationen bezüglich der Bestimmung des Kreises der Rückfallserben durchzusetzen (z.B. bestimmten die Entwürfe bezüglich der Rückfallerbfolge in den 1930er Jahren diese ausschließlich wie folgt: Abkömmlinge, Eltern und Geschwister des Erblassers). Die I. und II. EBG sowie der Entwurf des tschechoslowakischen Gesetzes über die Rückfallerbfolge in den 1930er Jahren definierten die Rückfallerbfolge als ein Recht auf das Vorausvermächtnis, sogar als Prälegat. Alle Entwürfe

de lege ferenda förderten auch die Bindung an den Verkehrswert des Rückfallguts, dessen Wert in der Regel zum Zeitpunkt der Delation (Tod des Erblassers), ausnahmsweise zum Zeitpunkt des Erwerbs, zu ermitteln war. Gleichzeitig erlaubten diese Entwürfe auch seine unmittelbare Herausgabe, sofern sich zum Zeitpunkt der Delation einzelne zum Rückfallgut gehörende Gegenstände im Nachlass befanden.

Die ständige Verteidigung der Rückfallerbfolge in der zeitgenössischen Rechtspraxis und -wissenschaft des dualistischen Ungarns und der I. Tschechoslowakischen Republik beruhte auf der vorherrschenden Meinung, dass ein derartig gesellschaftlich lebendiges und bekanntes Erbrechtsinstitut nicht ohne weiteres derogiert werden könne. Und wenn die Kodifikatoren oder Rekodifikatoren sie als veraltet ablehnen würden, müsse auch der Wille des Volkes der Aufhebung zustimmen, und zudem müsse es zur rechten Zeit geschehen. Und diese Zeit kam für die Slowakei erst mit der Verabschiedung des ersten sozialistischen ZGB von 1950, das nicht nur das betreffende Institut, sondern auch andere Erbrechtsinstitute ersatzlos aufgehoben hat, womit wir als Erben der ungarischen und tschechoslowakischen bürgerlichen Zivilistik eine der Stützen des damals modernen Erbrechts verloren.

Die Rolle des ungarischen Zivilrechts bei der Rechtsvereinheitlichung in der Tschechoslowakei in den Jahren 1918–1948 (unter besonderer Berücksichtigung des Erbrechts)

(Role of Hungarian Law in the Unification of Private Law in Czechoslovakia Between 1918–1948 / With Emphasis on Inheritance Law/)

Ondřej Horák*, Bence Zsolt Kovács**

Abstract

The Paper deals with the importance of the Slovak influence (the role of Hungarian law and Slovak commissions) in the and recodification of civil law in Czechoslovakia for the time period 1918-1948 using the example of inheritance law. Firstly, different approaches in private law legislation after 1918 are presented (discontinuity, compromise, continuity with Hungarian law, continuity with Austrian law). Secondly, attention is paid to the inspiration of Slovak (Hungarian) law in the course of the recodification of inheritance law, which together with family law was one of the areas differing the most in the Czech lands and Slovakia, while receiving the most attention in the literature of the time and compared to other areas of civil law, which also influenced the further legal development the most significantly (Slovak law, the preparation of the Civil Code of 1950, the interwar curricula of 1931 and 1936/37, as well as the preparation of the Civil Code of 2012).

In particular, the issues discussed in the so-called Slovak commissions (the Commission for the Civil Law established in Bratislava in 1922 and partly also the Commission under the Justice Commission for the Codification and Unification of Civil Law established in 1946), such as the acquisition of inheritance, incapacity to inherit (crime against the testator, the status of members of religious orders, adulterers and deserters), waiver of the right of inheritance, oral will, testamentary succession, protection of the surviving wife, extraordinary right of inheritance of legatees, determining the value of the gift by collation, transfer of the testator's debts, contract of inheritance, war will, annulment of last will and testament and protection of illegitimate children.

The ABGB was chosen as the basis for the recodification, which was only to be modernised (mainly the codification of Austrian law, its applicability to the majority of the population of the new state and its familiarity with Slovak lawyers were the reasons given for the preference of Austrian law), however, the law in force in Slovakia and Carpathian Ruthenia was also to be taken into account. However, the reality was different, and the comments of the Slovak Commissions were only marginally taken into account. The dismissive attitude towards Slovak law and, indirectly, towards Slovak lawyers was also one of the reasons why only partial unification took place in the interwar era and the Civil Code was not adopted in the end. Comprehensive unification of private law, which followed the interwar recodification (albeit to a limited extent), only took place after the communist overturn within the framework of the so-called legal biennium from 1948 to 1950, which took real account of the Slovak legal situation.

Keywords: *Unification; Recodification; Civil Law; Inheritance Law; Hungarian Law.*

1. Die Tschechoslowakei am juristischen Scheideweg

1.1 Tschechoslowakische Rekodifikation unter besonderer Berücksichtigung des Privatrechts

Das zentrale rechtliche Problem der Tschechoslowakei und der meisten Länder Mittel- und Osteuropas in der Zwischenkriegszeit war die Vereinheitlichung des Rechts, da infolge der neuen Nachkriegsordnung innerhalb der einzelnen Staaten häufig unterschiedliche Rechtskreise galten. Dies betraf Staa-

ten, die aus Gebieten mit unterschiedlichen Rechten wiederhergestellt oder neu geschaffen wurden (Polen oder das Königreich SHS) oder die auf der Grundlage von Friedensverträgen einige Gebiete erworben hatten (insbesondere Rumänien).¹

In der Tschechoslowakei wurde der so genannte Rechtsdualismus gelöst, indem das ehemalige österreichische Recht in den böhmischen Ländern und das ehemalige ungarische Recht in der Slowakei und in Karpatenukraine angewendet

* Doc. JUDr. Ondřej Horák, Ph.D., Lehrstuhl für Rechtstheorie und Rechtsgeschichte, Juristische Fakultät, Palacký-Universität in Olomouc, Tschechische Republik, E-mail: ondrej.horak@upol.cz / ORCID 0000-0003-3549-6539.

** Bence Zsolt Kovács, LL.M., Doktorand an der Ferenc Deák Doctoral School der Juristischen Fakultät der Universität Miskolc; Praktikant an der Central European Academy, Budapest, Ungarn, E-Mail: kovacs.bence@centraleuropeanacademy.hu / ORCID 0009-0007-7785-3879.

¹ Aus neuerer Zeit: GÁBRIŠ, T., Unifikačné snahy v prvej ČSR a medzivojnovnej Európe. In: *Právnohistorické studie*, vol. 39, 2007, S. 193–208, und VOJÁČEK, L., *První československý zákon – Pokus o opožděný komentář*. Praha, 2018.

wurde.² Schon bald nach der Staatsgründung mit der Vereinheitlichung verschiedener Rechtsgebiete begonnen wurde, von denen das Bürgerliche Recht eines der wichtigsten war. Tschechoslowakisches Recht befand sich an einem imaginären Scheideweg, und es galt, eine Reihe von miteinander verbundenen Unifikationsproblemen zu lösen – sowohl in Bezug auf die Form (soll die Vereinheitlichung umfassend oder in Teilschritten erfolgen, soll dem materiellen Recht oder dem Verfahrensrecht Vorrang eingeräumt werden), als auch in Bezug auf den Inhalt (soll der Weg der Kontinuität oder der Diskontinuität beschritten werden, soll dem tschechisch-österreichischen oder dem slowakisch-ungarischen Recht gefolgt werden oder soll eine moderne Synthese versucht werden).

Am Ende der Ersten Republik, der es nicht gelungen war, das Recht weitgehend zu vereinheitlichen, erklärte Karel Schrotz, der Gewerkschaftsvorsitzender des Unifikationsministeriums, zum Verhältnis zwischen tschechischem und slowakischem Recht Folgendes: „Meiner Ansicht nach sollte hier der Grundsatz gelten, nicht weil es sich um eine tschechische oder eine slowakische Regelung handelt, sollte eine solche Regelung als Grundlage für eine neue Regelung gelegt werden, sondern es sollte geprüft werden, welche der beiden Regelungen dem Rechtsgefühl und dem wirtschaftlichen Bedürfnis der Mehrheit der Bürger im Staat, der Demokratie und der Äquität mehr entspricht.“³ Die Realität sah jedoch anders aus.

Wenn wir uns auf den Bereich des Privatrechts konzentrieren, sehen wir verschiedene Ansätze (wobei die unter der ersten und dritten Kategorie aufgeführten Fälle damals als Teil der revolutionären Veränderungen angesehen wurden):

1) Diskontinuität – im Fall der so genannten Abschaffung des Adels (Gesetz Nr. 61/1918 Slg., über die Abschaffung des Adels, der Orden und Titel), bei der Verankerung der Möglichkeit der entschädigungslosen Enteignung in der Verfassungsurkunde von 1920 (§ 109), wodurch aufgrund der umfassenden Bodenreform die traditionellen Eigentums Garantien durchgebrochen wurden, und im Falle der Aufhebung der Familienfideikommission (Gesetz Nr. 179/1924 Slg., über die Aufhebung von Fideikommissionen).⁴

2) Kompromiss – die sog. Ehenovelle (das Gesetz Nr. 320/1919 Slg. zur Änderung der Bestimmungen des bürgerlichen

Rechts über die Förmlichkeit des Ehevertrags, über die Trennung und über die Ehehindernisse) brachte eine fakultative „Kompromissform“ der Eheschließung (bis dahin wurde im österreichischen Recht die kirchliche Form bevorzugt und die zivile Form nur ergänzend eingesetzt; im ungarischen Recht hingegen war die Zivilehe obligatorisch), sowie die Möglichkeit der Trennung auch für Katholiken, die damals als ihr zentraler Bestandteil wahrgenommen wurde.

3) Kontinuität mit dem ungarischen Recht – die sog. Ehenovelle (oder auch Trennungsgesetz) brachte vor allem die Möglichkeit der Trennung auch für Katholiken, die damals als zentraler Bestandteil der Novelle wahrgenommen wurde.⁵

4) Kontinuität mit dem österreichischen Recht – bei der Rekodifikation der übrigen Teile des Zivilrechts wurde das ABGB nur geringfügig modernisiert (schließlich wurden die Regierungsvorschläge von 1931 und 1937 nicht angenommen); zu den vereinheitlichten Bereichen des Privatrechts gehörten z.B. die verschuldensunabhängige Haftung für Schäden im Kraftfahrzeugrecht (§ 45–55 des Gesetzes Nr. 81/1935 Slg., über die Fahrt mit Kraftfahrzeugen) und im Eisenbahnrecht (§ 196–205 des Gesetzes Nr. 86/1937 Slg., über Eisenbahnen); das Versicherungsrecht (Gesetz Nr. 145/1934 Slg., über den Versicherungsvertrag, in Anlehnung an das Gesetz Nr. 501/1917 RGBl.); Regelung der Gesellschaften mit beschränkter Haftung (Gesetz Nr. 271/1920 Slg. dehnte die Gültigkeit des Gesetzes Nr. 58/1906 RGBl., über Gesellschaften mit beschränkter Haftung, auf die Slowakei und das Karpatenukraine aus).

Die Arbeiten an der Rekodifikation des Zivilrechts begannen bald nach der Gründung der Tschechoslowakei.⁶ Dies lag nicht nur daran, dass durch die Rezeption aufgrund des Gesetzes Nr. 11/1918 Slg. (die sog. Rezeptionsnorm) zwei unterschiedliche Rechtsregelungen innerhalb des Einheitsstaates in Kraft waren, sondern auch daran, dass beide auf unterschiedlichen Arten von Rechtsquellen beruhten.⁷ Während das frühere österreichische Recht geschrieben war und das ABGB in den böhmischen Ländern eine dominierende Rolle spielte, war das frühere ungarische Recht teilweise ungeschrieben, und in der Slowakei und in

² In der Region Hlučín (Hultschin), einem ehemaligen Teil Preußisch-Schlesiens, die auf der Grundlage des Versailler Friedensvertrags eingegliedert wurde (die tatsächliche Übernahme erfolgte am 4. Februar 1920), galt für eine Übergangszeit noch das deutsche Recht, so dass man sogar von einem Trialismus sprechen kann (im Bereich der Justiz, des Privat- und Strafrechts wurde jedoch der territoriale Anwendungsbereich der in den böhmischen Ländern geltenden Vorschriften schon zum 1. Mai 1920 erweitert, siehe Dekret Nr. 152/1920 Slg.). Vgl. dazu: STARY, M., Právní trialismus a recepcie německého práva – k otázce recepcie německého práva. In: MIČKOVÁ, Z. (Hrsg.), 100 rokov od vzniku ČSR – Zborník príspevkov zo IV. ročníka medzinárodnej vedeckej konferencie „Banskobystrická škola právnych dejín“, konanej v dňoch 22.–23. marca 2018 na pôde Právnickej fakulty Univerzity Mateja Bela v Banskej Bystrici. Banská Bystrica, 2018, S. 70–81.

³ SCHROTZ, K., K sjednocení právních řádů, zejména se zřetelem ke Slovensku. In: Právní praxe, vol. 2, 1937, S. 9.

⁴ Zu den adelsfeindlichen Maßnahmen (einschließlich Eigentumsmaßnahmen) in der Tschechoslowakei vgl. HORÁK, O., Pozemková reforma meziválečná. In: SCHELLE, K. – TAUCHEN, J. (Hrsg.), Encyklopedie českých právních dějin, Bd. V, Pa–Právní. Plzeň, 2016, S. 640–648; GÁBRIS, T., Rytieri v republike – Zrušenie šľachtických titulov v Československu. Bratislava, 2018.

⁵ Näher dazu: LANCOVÁ, I., Dejiny právnej úpravy rozvodov na území Slovenska. Praha, 2018.

⁶ Die Entwicklung der Vorarbeiten wurde in der Einleitung zur Begründung des Regierungsentwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches vom Sekretär der Kommission, Dr. Jan Srb vom Justizministerium, ausführlich beschrieben. Vgl. Regierungsentwurf des Gesetz 235 ff. Die Archivalien zur Rekodifikation sind im Nationalarchiv, im Fonds des Justizministeriums (Kart. Nr. 295–299 a 301–303; vom Autor teilweise neu entdeckt), im Justizministerium – Zusätze (Kart. Nr. 1962–1963; vom Autor neu entdeckt) und im Unifikationsministerium (Kart. Nr. 49–50 a 155–158) hinterlegt; aus der neuesten Zeit siehe: SALÁK, P. et al., Historie osnovy občanského zákoníku z roku 1937. Brno, 2017 a KOBER, J., Osnova československého občanského zákoníku. Praha, 2021.

⁷ Zur rechtlichen Dimension der Entstehung der Tschechoslowakei, insbesondere zur Frage der Rechtsrezeption und Rechtskontinuität, mit Hinweisen auf die Literatur, vgl. HORÁK, O., Vznik Československa a recepcie práva – K právní povaze a významu zákona č. 11/1918 Sb. z. a n. s přihlédnutím k otázce recepcie právního řádu. In: Právníhistorické studie, vol. 38, 2007, S. 153–169, und GÁBRIS, T., Vznik právního poriadku prvej ČSR. In: Acta Facultatis Iuridicae Universitatis Comenianae, 2007, S. 107–119.

Karpatenukraine wurde weiterhin das Gewohnheitsrecht (das sich in Form der gängigen Gerichtspraxis und insbesondere in den Urteilen der Königlichen Kurie manifestierte) angewandt.⁸ Gleichzeitig korrespondierten die Rekodifikationsbestrebungen jedoch mit früheren Bemühungen um eine Modernisierung des Zivilrechts: In Ungarn wurde an einer Kodifizierung gearbeitet,⁹ und auch in Cisleithanien wurde der Ruf nach einem neuen Gesetzbuch immer lauter (letztlich wurde jedoch nur einer Revision des bestehenden ABGB Vorrang gegeben, was sich in der Verabschiedung von drei Teilnovellen zwischen 1914 und 1916 niederschlug).¹⁰

Es wurden mehrere Möglichkeiten der Vereinheitlichung erwogen, nicht nur durch Gesetzgebung, sondern auch durch Rechtsprechung oder Rechtswissenschaft. Für diese außerlegislativen Fälle wird manchmal der Begriff „trockener Weg“ verwendet – wo das ABGB entweder bewusst oder aus Unkenntnis (des früheren ungarischen ungeschriebenen Rechts) befolgt wurde. Es wird berichtet, dass bis zu sechs verschiedene Möglichkeiten der legislativen Vereinheitlichung erwogen wurden (von einer bloßen Neuauflage des ABGB über Teiländerungen bis zur Schaffung eines völlig neuen Gesetzesbuches).¹¹

Nach den Beratungen einer eigens eingesetzten Kommission beschloss das Justizministerium, dass „ein neues bürgerliches Gesetzbuch nicht von Grund auf neu geschaffen werden sollte, sondern dass das bürgerliche Gesetzbuch von 1811 als Grundlage für die Verhandlungen dienen sollte“. Für die Bevorzugung des ABGB gegenüber dem slowakischen (ungarischen) Recht wurden insbesondere folgende drei Gründe angeführt: 1) die Kodifizierung, 2) die Mehrheit der Einwohner des neuen Staates befolgte es und 3) auch die slowakischen Juristen waren mit dem ABGB vertraut.¹² Die Änderungen sollten sich „auf das notwendige Maß beschränken, und es wurde abermalig betont, dass es sich lediglich um eine sorgfältige Überarbeitung des bestehenden Gesetzes handeln sollte“. Gleichzeitig wurde jedoch „allgemein empfohlen, das in der Slowakei und in Karpatenukraine geltende Recht zu berücksichtigen“.¹³

In der berühmtesten mährischen Zeitung veröffentlichte Anfang 1926 der führende Zivilist der Zwischenkriegszeit, Prof. Jaromír Sedláček, ein wenig schmeichelhaftes Bild vom Stand der Rechtsvereinheitlichung in der Tschechoslowakei und gleichzeitig eine scharfe Kritik an der Arbeit des Unifikationsministeriums: „In der Slowakei ist noch weitgehend das Recht des ehemaligen Ungarn in Kraft. Nach dem Umsturz dachten wir, dass wir die Vereinheitlichung in einigen Jahren vollziehen würden, das heißt, dass wir die alten Rechtssysteme durch das neue tschechoslowakische Rechts-

system ersetzen würden. Aber die Zeit hat uns etwas anderes gelehrt. Das radikale Vereinheitlichungsprogramm wurde zum Luftschloss.“¹⁴

Ohne sich dessen heute wahrscheinlich bewusst zu sein, war die Situation nach der Gründung der Tschechoslowakei erbärmlich. Nur wenige Juristen, selbst wenn sie sich auf ein bestimmtes Gebiet spezialisiert hatten, beherrschten das im gesamten Gebiet geltende Recht; selbst ein Student der Juristischen Fakultät in Bratislava (Deutsch: Pressburg), geschweige denn von Brünn oder Prag, erhielt von seinen Vortragenden keinen grundlegenden Überblick über das in der Slowakei geltende Recht. Sowohl auf die Slowakei als auch auf die Regionen außerhalb Prags wurde der (für tschechische Verhältnisse) typische „Pragozentrismus“ angewandt, und vor allem in Bezug auf die Slowakei auch „Gentleman-Kolonialismus“, worunter wir verstehen, dass slowakische Juristen zumindest die Möglichkeit hatten, sich zu äußern, aber fast niemand war bereit oder fähig zuzuhören. Trotz der tschechisch-deutschen nationalen Spannungen wurden Professoren der Deutschen Juristischen Fakultät von Anfang an zur Teilnahme an der Kodifizierungsarbeit eingeladen, von Akademikern außerhalb Prags jedoch lange Zeit niemand, wenn man von den Mitarbeitern des Unifikationsministeriums absieht. Diese verächtliche „personelle Auswahl“ spiegelte sich dann in einer verächtlichen Haltung gegenüber dem slowakischen Recht im Allgemeinen wider.

1.2 Österreich inspiriert

Jaromír Sedláček fuhr mit seiner berechtigten Kritik fort: „Es entspricht dem radikalen Programm, dass wir uns überhaupt nicht darum gekümmert haben, uns mit den Quellen des in der Slowakei geltenden Rechts vertraut zu machen. Nach damaliger Auffassung war dies eine völlige Verschwendung; es genügten einige wenige Experten, die auf die Besonderheiten des in der Slowakei geltenden Rechts hinweisen konnten. Und wenn wir nach sieben Jahren sehen, dass die Vereinheitlichung ein sehr kompliziertes Problem ist, dessen Lösung eine ganze Generation in Anspruch nehmen wird, wissen wir nichts oder fast nichts über das in der Slowakei geltende Recht. [...] Österreich hat auf Staatskosten das Archiv des Burgenlandes in fünf Bänden zur Kenntnis des kleinen Burgenlandes herausgegeben, ein Werk, das unsere wichtigste Quelle für die Kenntnis des Verwaltungsrechts in der Slowakei darstellt, da wir kein Ungarisch sprechen. [...] Im Privatrecht haben wir nur eine Übersicht über das kurze Lehrbuch von Szladics von Fajnor und Zátorecký und einen konkordanten Überblick von Singr, aber wir haben nicht einmal eine Übersetzung der Judexkurialkonferenz, oder der Kurial- und Tabular-Entscheidungen (Kaschau, Pressburg) [...] Es liegt darin sicher eine

⁸ Aus der neuesten Zeit siehe: LAČLAVÍKOVÁ, M., *Slovensko v Československu (1918–1938) – Prameny súkromného práva a súdna prax*. Praha, 2019, S. 108 ff.
⁹ Näher dazu: GÁBRUŠ, T., *Snahy o kodifikáciu uhorského všeobecného súkromného práva v rokoch 1948–1918*. In: SCHELLE, K. – VOJÁČEK, L. (Hrsg.), *Stát a právo v letech 1848–1918 ve stredoevropském kontextu*. Bratislava, 2007, S. 62–76. Zum Erbrecht: ŠVECŮVÁ, A., *Dedenie zo zákona a závetu podľa I. návrhu uhorského občianskeho zákonníka z roku 1900: (edícia vybraných častí dôvodovej správy)*. Praha, 2021, und ŠVECŮVÁ, A. – GERGEL, P. (Hrsg.), *Dedičské právo podľa I. návrhu uhorského Všeobecného občianskeho zákonníka z roku 1900 – (vo vybraných právohistorických a lingvistických súvislostiach)*. Praha, 2021.
¹⁰ RANDA, A., *K revisi rak. všeob. občianskeho zákonníka*. In: *Právník*, vol. 50, 1911, S. 215–223. Für die Ansichten führender österreichischer Juristen (einschließlich Tilsch und Dnistrijanskyj) siehe: *Stimmen zur Revision des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs*, *Österreichisches Zentralblatt für die juristische Praxis*, vol. 29, 1911, passim.
¹¹ Vgl. dazu insbesondere: LUBY, Š., *Unifikačné snahy v oblasti československého súkromného práva v rokoch 1918–1948*. In: *Právny obzor*, vol. 50, 1967, S. 571–586.
¹² ROUČEK, F. (Hrsg.), *Revisie občianskeho zákona – Záznamy z porad slovenské komise pro obor občianskeho práva v Bratislavě, Bd. 1*. Praha, 1923, S. 3–4.
¹³ *Vládní návrh zákona, kterým se vydává občianský zákoník*. Praha, 1937, S. 235–236.
¹⁴ SEDLÁČEK, J., *Prameny slovenského práva*. In: *Lidové noviny*, vol. 25, 1926, S. 2.

gewisse Diskrepanz, wenn wir einerseits eine umfangreiche Sammlung von Entscheidungen aus historischen Ländern herausgeben, uns aber in keiner Weise um die Erkenntnis des Rechts in der Slowakei kümmern. [...] Wir müssen auch die Quellen des Zivilrechts entweder ins Tschechische oder ins Slowakische übersetzen lassen, denn niemand kann von unseren Juristen verlangen, dass sie Ungarisch lernen.“¹⁵

Ein Jahr später griff Sedláček die Kritik in der Rubrik Literarische Nachrichten auf: „Ich habe damals auf das beschämende Phänomen hingewiesen, dass wir keine in der Slowakei gültigen Rechtsquellen herausgegeben haben, obwohl wir ein spezielles Ministerium haben, das für diese Aufgabe bestens geeignet wäre, nämlich das Unifikationsministerium. Das kleine Österreich hat dem kleinen Burgenland viel mehr Aufmerksamkeit gewidmet. Nicht das Ministerium hat auf diesen Artikel geantwortet, sondern eine Privatperson, ein Rechtsanwalt aus Pressburg Dr. Emil Stodola, Mitglied einer in der Slowakei bekannten Familie, der sich seit langem um das slowakische Rechtswesen überaus verdient gemacht hat [...] Stodola hat sich auch heute noch ein Vorhaben einfallen lassen, das für die Konsolidierung unseres Staates von großer Bedeutung sein kann. [...] Die Autoren des ersten Bandes haben es mit großer Selbstverleugnung und fast ohne Honorar unternommen, das ungarische Privatrecht ins Slowakische zu übersetzen, und soweit ich es beurteilen kann, klingt ihr Slowakisch ganz im Geiste unserer Sprache.“¹⁶

1.3 Slowakei (Ungarn) inspiriert¹⁷

Die Probleme der Vereinheitlichung haben auch neue Gelegenheiten mit sich gebracht. Obwohl die Rekodifikation in der Zwischenkriegszeit programmatisch nur eine „vorsichtige“ Überarbeitung des ABGB anstrebte, waren die Diskussionen in den Kommissionen oder in der damaligen Fachliteratur viel breiter angelegt und können uns auch heute noch inspirieren. Bei der Rekodifikation wurde eine Reihe unterschiedlicher (in- und ausländischer) Inspirationsquellen herangezogen, deren reprä-

sentative Auflistung in der Begründung des Regierungsentwurfs (1937) enthalten ist – sie ist zwar nicht erschöpfend, vermittelt aber dennoch ein recht umfassendes Bild der Ausgangspunkte der Rekodifikationsarbeiten (abgesehen von dem tatsächlichen Beitrag der Rekodifikationskommissionen oder von anderen Quellen in Form von Anmerkungen verschiedener Behörden und Institutionen):¹⁸

a) Die ursprünglichen österreichischen Vorschriften außerhalb des ABGB (38 Fälle), in der Slowakei und in Karpatenukraine geltendes Recht (nur 2);¹⁹

b) Grundrisse – der ungarische Grundriss von 1913 (7) und fast der gesamte sog Wiener Grundriss des internationalen Privatrechts von 1913, an dem auch Krčmář mitwirkte;

c) Tschechoslowakische Vorschriften (12);

d) ausländische Gesetzbücher (33) – das französische CC (1), das schweizerische ZGB (9) und das deutsche BGB (23);

e) Rechtsprechung (6) – insbesondere des Obersten Gerichtshofs;

f) Rechtswissenschaft (54) – insbesondere tschechisch-österreichische (z.B. Randa, Schey, Tilsch, Wellspacher).

Im Hintergrund aller Quellen steht die Rechtswissenschaft im weiteren Sinne, meist vertreten durch wissenschaftliche, akademische Mitarbeiter, die sich neben ihrer eigenen literarischen Arbeit auch an den legislativen Arbeiten beteiligten.

Konzentrieren wir uns näher auf die Inspirationen durch das slowakische (ungarische) Recht während der Rekodifikation und insbesondere auf den Bereich des Erbrechts. Nach zeitgenössischen Aussagen gehörten das Erb- und Familienrecht zu den Rechtsgebieten, die sich in den böhmischen Ländern und der Slowakei am meisten unterschieden, sie fanden in der zeitgenössischen Fachliteratur auch die meiste Beachtung²⁰ und

¹⁵ SEDLÁČEK, Prameny slovenského práva, S. 2.

¹⁶ SEDLÁČEK, J., Soukromoprávné zákony uhorské, platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi. In: *Právník*, vol. 66, 1927, S. 128–130.

¹⁷ Aus jüngerer Zeit zur Vereinheitlichung des Zivilrechts in der Zwischenkriegszeit unter besonderer Berücksichtigung der Slowakei vgl. GÁBRIŠ, T. – ŠORL, R., Občianske právo na Slovensku a unifikácia právneho poriadku v období prvej Československej republiky (1918–1938). In: MALÝ, K., – SOUKUP, L. (Hrsg.), *Československé právo a právní věda v meziválečném období (1918–1938) a jejich místo ve střední Evropě*, Bd. 2. Praha, 2010, S. 646–718; zum slowakischen Anteil an den Vereinheitlichungsarbeiten des materiellen Zivilrechts insbesondere S. 682–694. Zum heutigen Erbrecht in Ungarn vgl. u.a. BOÓC, A., Comments on Some Important and Current Problems of the Law of Succession in Hungary – Considering Historical Aspects. In: *Journal on European History of Law*, vol. 11, Nr. 2, 2020, S. 104–110.

¹⁸ Ibidem, S. 646, 694. Näher zu Sachen- und Schuldrecht: GÁBRIŠ, T., Revízia vecného a záväzkového práva v procese unifikácie československého občianskeho práva v rokoch 1918–1938. In: DVOŘÁK, J. – MALÝ, K. (Hrsg.), *200 let Všeobecného občianskeho zákoníku*. Praha, 2011, S. 105–129.

¹⁹ So wird beispielsweise die Vereinfachung der Verpfändung von Sachen durch Zeichen in der Literatur als eine weitere Inspiration des Gewohnheitsrechts genannt (VN 1936/37 § 331). Vgl. REBRO, K., Právo obyčajové vo vládom návrhu občianskeho zákoníku. In: *Všehrd*, vol. 19, 1938, S. 156–164 a 201–208, zit. 162.

²⁰ Chronologisch aufgelistet (unter besonderer Berücksichtigung der inspirierenden Einflüsse und insbesondere des slowakischen Rechts): HORA, O., Je-li záhodno a potřebno odstraniti při revisi obč. z. rozlišování dědictví a odkazu, resp. dědice a odkazovníka? In: *Právní obzor*, vol. 5, 1922, S. 161–167; FAJNOR, V., Dědičské právo na Slovensku. In: *Právní obzor*, vol. 6, 1923, S. 9–18, 37–50, 71–81, 103–114; SEDLÁČEK, J., Poznámky k navrhované reformě dědičského práva. In: *Vědecká ročenka právnické fakulty Masarykovy university v Brně*, vol. 2, 1923, S. 148–155; VÁŽNÝ, J., Pojem práva dědičského a účelnost jeho dnešní struktury. In: *Právní obzor*, vol. 6, 1923, S. 97–103; SVOBODA, V., O dědičském právu v osnově všeobecného občianskeho zákona. In: *České právo*, vol. 6, 1924, S. 50–52; VOŠLAŘ, J., *Doporučuje se zavést povinný díl pro vdovu a opravit § 700 obč. zák. (dvorní dekret ze dne 23. května 1844 čís. 807 ř. z.)?* Brno, 1925, 37 S. (Druhý sjezd československých právníků v Brně, Sekce I., Právo občianské a obchodní, otázka 3., práce 2.); REISSMANN, O., Welche wesentliche Lücken weist der Revisions-Entwurf des a. b. G.-B. auf dem Gebiete des Erbrechtes auf? In: *Zweiter deutscher Juristentag in der Tschechoslowakei – Gutachten*, Prag, 1925, S. 39–85; FISCHER-COLBRIE, E., Pflichtteil des Ehegatten? Eine legislative Betrachtung. In: *Juristen-Zeitung für das Gebiet der Tschechoslowakischen Republik*, vol. 7, 1926, S. 20–21; SCHROTZ, K., Větevné dědění a sjednocení práva občianskeho, Vestník ministerstva pre sjednotenie zákonov a organizácie správy. In: *Právní obzor*, vol. 13, 1930, S. 550–556; VÁŽNÝ, J., Římské právní ideje v občianském zákoníku a v osnově. In: *Časopis pro právní a státní vědu*, vol. 16, 1933, S. 171–186; LUBY, Š., *Nové československé občianske právo na Slovensku a Podk. Rusi*, Bratislava, 1937, S. 31 (Separatdruck aus der Zeitschrift *Právní obzor* 1937); LUBY, Š., Slovensko sleduje prácu parlamentu na civ. Kodexe. In: *Všehrd*, vol. 19, 1937/38, S. 138–140; LUBY, Š., Koalkvizícia a dedičké právo de lege ferenda. In: *Všehrd*, vol. 19, 1937/38, S. 213–215; VOŠLAŘ, J., Dědičské právo v osnově občianskeho zákona. In: *Časopis pro právní a státní vědu*, vol. 21, 1938, S. 347–370.

nicht zuletzt beeinflusste das Erbrecht (im Vergleich zu anderen Rechtsgebieten) auch die spätere Rechtsentwicklung am stärksten (slowakisches Recht die Vorbereitung des Bürgerlichen Gesetzbuches von 1950, die Zwischenkriegsgrundrisse von 1931 und 1936/37 die Vorbereitung Bürgerlichen Gesetzbuches von 2012).²¹

Das Justizministerium setzte zuerst vier und dann fünf Unterausschüsse zur Überarbeitung des Bürgerlichen Gesetzbuches ein, deren Berichterstatter die Professoren der Prager Juristischen Fakultäten Bruno Kafka, Jan Krčmář, Miloslav Stieber, Emil Svoboda und Egon Weiss waren. Neben den offiziellen Vertretern des Justizministeriums und des Unifikationsministeriums (erwähnt sei insbesondere František Rouček, späterer Professor an der Juristischen Fakultät in Pressburg) nahmen auch ausgewählte Vertreter aus den Reihen der Richter, Rechtsanwälte und Notare an der Arbeit der Unterausschüsse teil. Mit der Leitung der Arbeiten war betraut Antonín Hartmann, der Abteilungsleiter des Justizministeriums.

Die Unterausschüsse nahmen ihre Arbeit Ende 1920 auf. Die Unterausschüsse von Prof. Krčmář und Prof. Svoboda schlossen die Arbeiten bereits 1921 ab, die anderen Unterausschüsse im Jahre 1923. Ihre Ergebnisse wurden in der Presse veröffentlicht (Kafka, Familienrecht; Krčmář, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches und Schuldrecht; Svoboda, Erbrecht; Stieber, Sachenrecht; Weiss, Schuldrecht), und die Fachöffentlichkeit hatte die Möglichkeit, sie zu kommentieren. Die Vorschläge wurden auch von einer speziellen Kommission slowakischer Juristen hinsichtlich des in der Slowakei und in Karpatenukraine geltenden Rechts geprüft.²²

Der Unterausschuss für Erbrecht bestand aus neun Mitgliedern: dem Sektionsleiter Antonín Hartmann als Vertreter des Justizministeriums, dem Sektionsleiter und späteren Professor für Zivilrecht Dr. Augustín Ráth als Vertreter des Unifikationsministeriums, Prof. Emil Svoboda als Referent der Kommission, dem Rat des Oberlandesgerichts Antonín Balcar, dem Präsident der Notarkammer Dr. Karel Batěk, den Rechtsanwälten Dr. Ludvík Hammer und Dr. Adolf Krýsa, dem Notar Mořic Schäfer und dem Rat des Landgerichts Dr. Karel Soukup.²³ Das slowakische Recht diente nur geringfügig als Inspiration – im Falle des Pflichtteils der Ehefrau und wohl auch bei der Verschärfung des allographischen Testaments.²⁴

Die slowakische Kommission (offiziell Kommission für das Gebiet des Zivilrechts) wurde in Pressburg durch einen Erlass des Unifikationsministeriums vom 28. Februar 1922 (Nr. 853 pres.) gegründet. Sie bestand aus einem Vorsitzenden, zu dem der Präsident des Pressburger Tafelgerichts (Obergericht) und der spätere erste Präsident des Obersten Gerichtshofs Doz. Dr. Vladimír Fajnor wurde, und aus 23 Mitgliedern (11 Rechtsanwälten, 11 Richtern, einem Notar – dem Präsidenten der Notarkammer in Pressburg, Jan Krno, und einem Akademiker – dem Professor für Zivilrecht an der Juristischen Fakultät in Pressburg, Augustín Ráth); einer von den Richtern starb jedoch vor Beginn der Arbeiten. Die meisten von ihnen waren in der Slowakei tätige Juristen, viele von ihnen kamen jedoch aus den böhmischen Ländern.²⁵

Neun Sitzungen wurden abgehalten, die meisten in Pressburg (zunächst im Gerichtsgebäude des Obergerichts, später im Sitzungssaal des Juristen-Vereins Právníká jednota in Pressburg), die vierte Sitzung fand jedoch in Tatranská Lomnica statt; meistens dauerten sie zwei Tage. An den Sitzungen nahm auch regelmäßig der Minister für Unifizierung Ivan Markovič teil; als Referenten aus dem Unifikationsministerium beteiligten sich der Rat Karel Schrotz und der Vizesekretär František Rouček; das Justizministerium war zunächst durch den Gewerkschaftsvorsitzenden Antonín Hartmann und dann durch die stellvertretenden Sekretäre Ferdinand Heyrovský und Jan Srb vertreten.²⁶

Die Eröffnungssitzung fand am 22. März 1923 in Pressburg statt, bei der der Minister für Unifizierung Ivan Markovič, Antonín Hartmann und Karel Schrotz auftraten. Erwähnenswert ist die Behauptung von Schrotz, dass laut ABGB es „größtenteils slawischer und römischer Herkunft und nur in geringerem Maße deutscher und deutsch-österreichischer Herkunft“ sein sollte.²⁷ In der Eröffnungsdebatte wurde das System des ABGB kritisiert (es wurde ein Pandektensystem vorgeschlagen und das Erbrecht sollte an das Ende des Gesetzbuches eingereiht werden), die Verwendung von Definitionen, die Verankerung von Auslegungsregeln, das Verhältnis zwischen Gewohnheits- und geschriebenem Recht und viele andere Fragen wurden diskutiert. Am folgenden Tag wurden die Bestimmungen zum internationalen Privatrecht und zum Personenrecht erörtert.

Die 2. Sitzung befasste sich mit dem Erbrecht, die 3., 4. und 5. Sitzung mit dem Schuldrecht (allgemeiner Teil und vertragli-

²¹ Näher dazu: HORÁK, O. – DADUOVÁ, M. – OSINA, P., Czech inheritance law and the significance of tradition. In: *The Lawyer Quarterly*, vol. 9, Nr. 4, 2019, S. 333–348.

²² KAFKA, B. A. (Hrsg.), *Právo rodinné – Návrh subkomitétu pro revisi občanského zákoníka pro Československou republiku*. Praha, 1924; KRČMĀŘ, J. (Hrsg.), *Všeobecná část občanského zákoníka a právo obligací – Návrh subkomitétu pro revisi občanského zákoníka pro ČSR*, 3. Aufl. Praha, 1924; SVOBODA, E. (Hrsg.), *Dědické právo – Návrh subkomitétu pro revisi občanského zákoníka pro Československou republiku*, 2. Aufl. Praha, 1924; STIEBER, M. (Hrsg.), *Věcné právo – Návrh subkomitétu pro revisi občanského zákoníka pro Československou republiku*, 2. Aufl. Praha, 1924; WEISS, E. (Hrsg.), *Obligací právo (smlouva směnná, smlouva kupní, nájem a pacht, smlouvy pracovní, společenství statků, smlouvy odvázné) a náhrada škody – Návrh subkomitétu pro revisi občanského zákoníka pro Československou republiku*. Praha, 1924.

²³ Weitere Informationen über die personelle Zusammensetzung des Unterausschusses für Erbrecht: KOBER, *Osnova československého občanského zákoníku*, S. 32–33.

²⁴ Während im Falle des Pflichtteils die Inspiration durch das slowakische Recht in der Begründung des Entwurfs ausdrücklich erwähnt wird (SVOBODA, *Dědické právo*, S. 65), wird sie im Falle des allographischen Testaments nicht erwähnt (SVOBODA, *Dědické právo*, S. 21–22), Sedláček weist darauf aber hin (SEDLÁČEK, *Poznámky k navrhované reformě dědického práva*, S. 148, 151). Neu mussten drei geschäftsfähige Zeugen während des gesamten Akts gleichzeitig anwesend sein und der Erblasser musste die Urkunde vor ihnen unterschreiben. In beiden Fällen griff die Superrevisionskommission jedoch auf die im ABGB enthaltene Regelung zurück.

²⁵ Mehr zu der personellen Zusammensetzung der slowakischen Kommission: KOBER, *Osnova československého občanského zákoníku*, S. 41–42.

²⁶ ROUČEK, F. (Hrsg.), *Revisi občanského zákona – Záznamy z porad slovenské komise pro obor občanského práva v Bratislavě, Bd. I und II*. Praha, 1923 und 1924.

²⁷ ROUČEK (Hrsg.), *Revisi I*, S. 5.

che Verpflichtungen), die 6. Sitzung mit dem Sachenrecht, die 7. Sitzung mit dem übrigen Sachenrecht (insbesondere mit dem Institut der sog. Eigentümerhypothek, die in keinem der tschechoslowakischen Rechtszweige bekannt war) und dem Schadensersatz, die 8. und 9. Sitzung mit dem Familienrecht.

Zu Beginn der meisten Sitzungen stellte K. Schrotz die wesentlichen Unterschiede zwischen dem in den böhmischen Ländern und in der Slowakei geltenden Recht, ggf. zwischen dem Grundriss und dem in der Slowakei geltenden Recht vor; F. Rouček präsentierte anschließend die einzelnen Bestimmungen des Grundrisses einschließlich des Kontexts (Motive und andere Anmerkungen), was etwas paradox erscheinen mag, da beiden von einigen slowakischen Juristen (insbesondere Štefan Luby) eine oberflächliche Kenntnis des ungarischen Rechts vorgeworfen wurde.²⁸

Die Kommission hat eine Reihe von Vorschlägen gemacht, die sich nach Form und Inhalt kategorisieren lassen. Was die Form anbelangt, so handelte es sich um folgende Arten von Kommissionsbeschlüssen: 1) Empfehlung zur Annahme, was der vorherrschende Fall war, 2) Zustimmung zum Wortlaut des Grundrisses, 3) Empfehlung zur Erwägung, 4) Zustimmung zu einem Vorschlag von jemandem außerhalb der Kommission und 5) Hinweis auf einen Vorschlag (dies waren Vorschläge einzelner Mitglieder, zu denen die Kommission entweder keine Stellung nahm oder die Mehrheit der Kommission eine andere Auffassung vertrat). Was den Inhalt oder die Quellen betrifft, so lassen sich zwei bis vier Gruppen unterscheiden, auf die sich die Vorschläge stützten: entweder nur 1) innerstaatliches Recht und 2) andere Quellen, oder detaillierter: 1) das in der Slowakei geltende Recht, 2) die Regelung im Grundriss des ungarischen Bürgerlichen Gesetzbuchs von 1913 und 3) andere Rechtsvorschriften und 4) völlig neue Vorschläge (während sich die Gruppen 1 und 2 teilweise überschneiden, ist der Ursprung in den Gruppen 3 und 4 möglicherweise nicht offensichtlich).

Weitere Arbeiten waren einer Superrevisionskommission vorbehalten, die aus den Vorschlägen der Unterausschüsse ein einheitliches Ganzes schaffen und dabei deren Kritikpunkte berücksichtigen sollte (in der amtlichen Begründung heißt es, dass „die Vorschläge der slowakischen Kommission als Vertreterin der in der Slowakei und in Karpatenukraine geltenden Rechtsordnung mit besonderer Sorgfalt geprüft wurden“). Die Mitglieder der Kommission waren die Berichterstatter der einzelnen Unterausschüsse sowie Vertreter der Ministerien und der oben genannten slowakischen Kommission (es handelte sich um den Richter des Obersten Gerichts Adolf Zátorecký und um Móric Katona, den Rechtsanwalt und ehemaligen Professor an der Elisabeth-Universität in Pressburg, die jedoch bald – aufgrund der Arbeitsbelastung und der Schwierigkeiten des Pendelverkehrs – durch Karel Schrotz und František Rouček, damals schon Dozent an der Juristischen Fakultät in Pressburg, ersetzt wurden, die bis dahin nur das Unifikationsministerium vertreten hatten). Die Arbeiten

wurden zwischen 1926 und 1931 durchgeführt. Insgesamt wurden 321 Sitzungen abgehalten, und der Entwurf, einschließlich der amtlichen Begründung, wurde Ende 1931 unter dem Titel *Zákon, kterým se vydává všeobecný zákoník občanský* (Gesetz über das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch; 1353 Paragraphen) in Druck gegeben.²⁹

Die von der Superrevisionskommission erzielten Ergebnisse wurden dann in der slowakischen Kommission erörtert, und ihre Anmerkungen wurden (so die amtliche Begründung) bei der abschließenden Lesung des Grundrisses berücksichtigt. Allerdings werden im Text der Begründung zum Superrevisionsentwurf die Anmerkungen der slowakischen Kommission, unabhängig davon, ob sie während der Überprüfung der Texte der Unterausschüsse oder der Superrevisionskommission entstanden sind, nur siebenmal erwähnt; dabei wurden sie zweimal vollständig (bei der Festlegung der Verjährungsfrist für die Rechte im Falle der Aufhebung des Eheverlöbnisses und beim Auslassen eines Teils des Textes über die Schriftform von Verträgen – in beiden Fällen jedoch auch unter Bezugnahme auf die Anmerkungen einer anderen Person) und einmal teilweise (bei der Festlegung des Werts einer Schenkung im Falle einer Kollation) berücksichtigt.³⁰ Tatsächlich gab es noch mehr davon – der Vorschlag der Kommission wurde z.B. auch bei der systematischen Einbeziehung von Erbverträgen in das Erbrecht (unter Berücksichtigung der Anregung von K. Schrotz), im Falle eines Kriegstestaments (unter Berücksichtigung der Anregung von M. Katona) oder im Regierungsentwurf zum Erlass des Bürgerlichen Gesetzbuchs 1936/37 hinsichtlich der erbrechtlichen Fragen von Vermächtnisnehmern (inspiriert durch das slowakische Recht) berücksichtigt, es handelte sich aber dennoch um eine bedeutende Dominanz des in den böhmischen Ländern geltenden Rechts (diese Einflüsse werden im folgenden Unterabschnitt näher dargestellt).

Es gab auch ein interministerielles Anmerkungsverfahren, das anstelle der traditionellen schriftlichen Form auf den gemeinsamen Sitzungen der beteiligten Zentralbehörden zwischen 1934 und 1935 (32 Sitzungen) durchgeführt wurde, um die Arbeit zu beschleunigen. Die Ergebnisse dieser Sitzungen sowie die Anregungen der Fachöffentlichkeit sollten in den Entwurf wieder von der Superrevisionskommission eingearbeitet werden. Anstelle der inzwischen verstorbenen Professoren Stieber und Kafka wurden Prof. Jaromír Sedláček von der Juristischen Fakultät in Brünn und Prof. Ernst Swoboda von der Deutschen Juristischen Fakultät in Prag neu in die Kommission berufen. Mit dem Vorsitz wurde Prof. Krčmář betraut. Die redaktionellen Arbeiten begannen im November 1935 und dauerten bis März 1936 (30 Sitzungen). Die Endredaktion der Texte wurde vom Sekretariat unter der Leitung des Kommissionsvorsitzenden durchgeführt. Die Regierung billigte den Entwurf am 4. Dezember 1936, mit dem Zusatz vom 3. März 1937. Er wurde am 15. März 1937 (Abgeordnetenhaus-Drucksache Nr. 844, Senat-Drucksache Nr.

²⁸ Zur Kenntnis des in der Slowakei geltenden Rechts im Prozess der Vereinheitlichung vgl. GÁBRIS – ŠORL, *Občianske právo na Slovensku a unifikácia právneho poriadku v období prvej Československej republiky (1918–1938)*, S. 679 ff., insbesondere S. 681 a 685.

²⁹ *Zákon, kterým se vydává všeobecný zákoník občanský, Návrh superrevisní komise, Bd. I, Text zákona. Bd. II, Důvodová zpráva*. Praha, 1931.

³⁰ *Zákon, kterým se vydává všeobecný zákoník občanský, Návrh superrevisní komise, Bd. II, Důvodová zpráva*, S. 21 (sog. Rückfallerfolge), S. 29 (Verlobung), S. 50–51 (Errungenschaftsgemeinschaft), S. 69 (Mitgift), S. 192–193 (Anrechnung von Schenkungen) und S. 215 (zwei Anmerkungen zur Form von Verträgen).

825) als *Vládní návrh zákona, kterým se vydává občanský zákoník* (Regierungsentwurf zum Erlass des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1369 Paragraphen) in beide Kammern der Nationalversammlung eingebracht,³¹ einer Vorberatung unterzogen³² und vom Ende September 1937 bis Juli 1938 (45 Sitzungen) in einem von den verfassungsrechtlichen Ausschüssen beider Kammern gebildeten gemeinsamen Unterausschuss weiter behandelt. Aus fachlicher und politischer Sicht war das wichtigste Mitglied der Zivilist und Romanist Robert Mayr-Harting, Professor an der Deutschen Juristischen Fakultät in Prag und Vorsitzender der Christlich-Sozialen Partei Deutschlands; unter den aus der Slowakei stammenden Abgeordneten und Senatoren waren Ivan Markovič, Martin Sokol, Gejza Fritz, Imre Turchányi und János Holota seine Mitglieder; an den Verhandlungen nahmen als Sachverständige Jan Krčmář und František Rouček teil.³³ Erst im parlamentarischen Unterausschuss, in dem die Slowakei angemessen vertreten war, wurden auch das slowakische Recht und die Ansichten der slowakischen Juristen stärker berücksichtigt. Insbesondere wurde die Regelung des Miterwerbs (Errungenschaftsgemeinschaft, sog. *coacquisita*) aufgenommen, wonach das von beiden Ehegatten während der Ehe erworbene Vermögen zu ihrem gemeinsamen Vermögen wird, was in direktem Zusammenhang mit dem Erbrecht und insbesondere mit dem vermögensrechtlichen Schutz der Frau nach dem Tod ihres Mannes steht.³⁴

In einer schwierigen internationalen und innenpolitischen Situation ist es jedoch nicht gelungen, das neue Bürgerliche Gesetzbuch zu verabschieden. Während der Zweiten Republik wurde seine Einführung durch eine Regierungsverordnung erwogen (auf der Grundlage des sog. Ermächtigungsgesetzes von 1938), aber auch dazu kam es nicht.

Nach dem Krieg wurden die Rekodifikationsarbeiten bzw. die Bemühungen um eine teilweise Überarbeitung des Zwischenkriegsentwurfs fortgesetzt, vor allem dank der Tätigkeit der slowakischen Kommission (Komisia pri Povereníctve pre spravodlivosť pre kodifikáciu a unifikáciu civilného práva), in denen Prof. Štefan Luby eine führende Rolle spielte. Nach dem Krieg veröffentlichte das Justizministerium (in Form einer Lithographie) den Entwurf in der Fassung der Anregungen aus den Sitzungen des gemeinsamen parlamentarischen Unterausschusses unter dem Titel *Zákon o všeobecném právu soukromém (Občanský zákoník)* [Gesetz über das allgemeine Privatrecht (Bürgerliches Gesetzbuch)] zur weiteren fachlichen Beurteilung (der Entwurf in der slowakischen Sprachfassung, einschließlich der Kommentare der oben genannten slowakischen Kommission, wurde von

Š. Luby in *Právní obzor* 1947–1948 und im Jahre 1947 auch selbständig veröffentlicht).³⁵ Angesichts der großen politischen und gesellschaftlichen Umwälzungen bestand jedoch wenig Hoffnung auf seinen Erlass, und nach der kommunistischen Machtübernahme verschwand sie vollständig.

Eine umfassende Vereinheitlichung des Privatrechts, die nur bedingt an die Rekodifikation der Zwischenkriegszeit anknüpfte und im Gegenteil auch die slowakische Rechtslage wirklich berücksichtigte, erfolgte erst nach der kommunistischen Machtübernahme im Rahmen des sog. „rechtlichen Zweijahresplans“ von 1948 bis 1950 (einschließlich der Vereinheitlichung der Rechtsterminologie³⁶).³⁷ So wurden im Bereich des Privatrechts das Gesetz über das Familienrecht (Gesetz Nr. 265/1949 Slg.), das unter dem Einfluss der slowakischen Errungenschaftsgemeinschaft die gesetzliche Gütergemeinschaft verankerte (wonach das während der Ehe von beiden Ehegatten erworbene Vermögen ihr gemeinsames Vermögen war); das Gesetz über vorläufige Änderungen in einigen zivilrechtlichen Angelegenheiten (Gesetz Nr. 266/1949 Slg.), das sowohl das materielle als auch das prozessuale Recht betraf (z.B. führte es im Bereich des Erbrechts den Grundsatz der Gleichbehandlung von ehelichen und nichtehelichen Kindern ein, was wiederum den Vorschlägen der slowakischen Kommission entsprach); und das Bürgerliche Gesetzbuch (Gesetz Nr. 141/1950 Slg.), in dem sich slowakische Einflüsse insbesondere im Erwerb der Erbschaft durch den Tod des Erblassers (§ 509), in der Haftung für die Schulden des Erblassers bis zur Höhe der Erbschaft (§ 514), in der obligatorischen Datierung des Testaments (§ 541), in der Ausdehnung der Subjekte der Kollation auf die gesetzlichen Erben (§ 533), in der Annäherung von Erbschaft und Vermächtnis (§ 537) und in dem Verständnis des Pflichtteils als Erbrechtstitel (§ 551) manifestierten.

Das aktuelle Bürgerliche Gesetzbuch (Gesetz Nr. 89/2012 Slg.), das im Bereich des Erbrechts vor allem den Grundrissen der Zwischenkriegszeit folgt, hat sich dem slowakischen Recht in der Frage des Erwerbs einer Erbschaft durch Tod des Erblassers (§ 1479); der Aufhebung des Testaments durch Errichtung eines neuen Testaments, wenn sie nicht nebeneinander standhalten können (§ 1576); der Einschränkung des Schutzes eines Pflichtteilsberechtigten, wenn im Falle einer unbewussten Übergehung das Kind des Erblassers (und wenn es nicht von seinen Nachkommen beerbt wird) nur den Pflichtteilsanspruch hat, welcher ihm kraft Gesetzes zusteht (§ 1652); oder in der Frage der Beschränkung der Nacherbschaft (§ 1515) angenähert.

³¹ Vgl. *Vládní návrh zákona, kterým se vydává občanský zákoník*. Praha, 1937. Zum Vergleich zwischen dem in der Slowakei geltenden Recht und dem Regierungsentwurf von 1936/37 siehe: LUBY, *Nové československé občanské právo na Slovensku a Podk. Rusi*, zum Erbrecht, S. 12–18.

³² Vgl. dazu das *Stenoprotokoll aus der 92. Sitzung der Nationalversammlung vom 15. April 1937* (<http://www.psp.cz/eknih/1935ns/ps/stenprot/092schuz/s092001.htm>).

³³ Näher zu der personellen Zusammensetzung des parlamentarischen Unterausschusses: KOBER, *Osnova československého občanského zákoníku*, S. 74–75.

³⁴ Näher dazu: ŠORL, R., *Manželské majetkové právo na Slovensku a ABGB v rokoch 1848–1949*. In: *Vývoj právních kodifikací*. Brno, 2004, S. 165–186, a LAČLAVÍKOVÁ, M., *Formovanie úpravy majetkových vzťahov medzi manželmi – (od vzniku uhorského štátu do prvej československej kodifikácie rodinného práva)*. Bratislava, 2010.

³⁵ Vgl. LUBY, Š. (Hrsg.), *Československý občanský zákoník a slovenské súkromné právo*. Bratislava, 1947. Die Veröffentlichung in *Právní obzor* ist mit § 1245 eingestellt worden.

³⁶ HORÁK, O., *Výpůjčka, právní úkon a jiné „slovakismy“ – Zamyšlení nad terminologickými změnami při rekodifikaci českého soukromého práva*. In: *Constans et perpetua voluntas – Pocta Petrovi Blahovi k 75. narozeninám*. Trnava, 2014, S. 217–222.

³⁷ Näher dazu: BLÁHOVÁ, I. – BLÁŽEK, L. – KUKLÍK, J. – ŠOUŠA, J. et. al., *Právnícká dvouletka – Rekodifikace právního řádu, justice a správy v 50. letech 20. století*. Praha, 2014, zum Erbrecht, JESTŘÍBKOVÁ, P., S. 89–109.

2. Ausgewählte Institute des in der Slowakei geltenden Erbrechts und Vorschläge der slowakischen Kommission

In den folgenden Ausführungen werden die wichtigsten Vorschläge (siehe unten Punkte A–J) der slowakischen Kommission (im Folgenden auch „Kommission“) zum Erbrecht dargestellt und ihr Schicksal nicht nur in den einzelnen Grundrissen verfolgt – im Entwurf des Unterausschusses für Erbrecht von 1921 (VdU 1921), im Superrevisionsentwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches von 1931 (SE 1931, Erbrecht § 501–775), in den Regierungsentwürfen des Bürgerlichen Gesetzbuches von 1936/37 und 1938/46 (RE 1936/37 und RE 1938/46, Erbrecht § 377–689) –, sondern auch in den tschechoslowakischen bürgerlichen Gesetzbüchern von 1950 und 1964 (BGB von 1950, Erbrecht § 509–561; BGB von 1964, Erbrecht § 460–487) und im aktuellen tschechischen Bürgerlichen Gesetzbuch von 2012 (BGB von 2012, Erbrecht § 1475–1720).³⁸

Die 2. Sitzung der slowakischen Kommission, die am 26. und 27. April 1923 in Pressburg stattfand, war dem Erbrecht gewidmet.³⁹ Die wichtigsten Unterschiede zwischen dem Erbrecht in den böhmischen Ländern und der Slowakei wurden zu Beginn der Sitzung vom Referent K. Schrotz vorgestellt. Noch vor der eigentlichen Verhandlung kam M. Katona mit dem Vorschlag, das Erb- und Familienrecht überhaupt nicht einer Rekodifikation zu unterwerfen, während A. Ráth die Gründe für die Reko-

difikation erläuterte. Am Ende der zweitägigen Kommissionsitzung wurden noch die von anderen Institutionen übermittelten Anmerkungen zum NS 1921 diskutiert (siehe unten Punkte K–M; auch hier handelt es sich um eine Auswahl).⁴⁰

2.1 Erbschaftserwerb

Die Debatte drehte sich vor allem um die Übernahme des Instituts des liegenden (ruhenden) Nachlasses (*hereditas iacens*) aus dem ABGB (vgl. insbesondere § 547 und 797) oder um die Verankerung des Erbschaftserwerbs durch Tod des Erblassers, wie es in der Slowakei der Fall war.⁴¹ Obwohl die Meinungen auseinandergingen, empfahl A. Ráth schließlich die Annahme der *hereditas iacens*, der die Kommission zustimmte. Erst im BGB von 1950 (§ 509) wurde die *hereditas iacens* ausgelassen und der Erwerb der Erbschaft durch den Tod des Erblassers neu verankert. Diese Regelung wurde in das BGB von 1964 (§ 460) und auch in das BGB von 2012 (§ 1479) übernommen, wobei in der amtlichen Begründung zum BGB von 2012 mit dem Schweizerischen Zivilgesetzbuch argumentiert wurde.⁴²

2.2 Erbnunwürdigkeit (Verbrechen gegen den Erblasser)

In der Debatte ging es um die Angemessenheit der Formulierung „*wer ein Verbrechen gegen den Erblasser begangen hat*“ (§ 540 ABGB); in der Slowakei war die Erbnunwürdigkeit genauso nur mit strafbaren Handlungen gegen den Erblasser verbunden, es musste sich jedoch um kein Verbrechen handeln.⁴³ Der Uni-

³⁸ Als grundlegende Orientierung kann der Kommentar von Rouček und Sedláček dienen, der in die einzelnen Bestimmungen des rezipierten und novellierten ABGB auch das in der Slowakei geltende Recht und den Text der Zwischenkriegsgrundrisse einbezogen hat. Vgl. ROUČEK, F. – SEDLÁČEK, J. (Hrsg.), *Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi, Bd. III*. Praha, 1936 (Reprint: Codex Bohemia, 1998 und Wolters Kluwer ČR, 2014).

³⁹ ROUČEK (Hrsg.), *Revise I*, S. 16–31.

⁴⁰ *Ibidem*, S. 27–31.

⁴¹ Das ungarische Zivilrecht wurde erst in der Mitte des 20. Jahrhunderts kodifiziert und unterscheidet sich damit von den meisten anderen europäischen Rechtssystemen jener Zeit. Stattdessen stützte es sich auf spezifische Gesetze/Akte, Gewohnheiten und gerichtliche Präzedenzfälle. Daher spielte das oberste Gericht des Landes, die Königlich Ungarische Kurie (im Folgenden auch „Kurie“), eine Schlüsselrolle bei der Gestaltung der Rechtsentwicklung. Mit ihren Entscheidungen löste die Kurie nicht nur Rechtslücken, sondern sie formulierte auch völlig neue Rechtsauslegungen und -grundsätze. Ein bemerkenswertes Beispiel für die einflussreiche Rolle der Kurie kann man im Bereich des Erbrechts finden. In der Entscheidung Nr. 2431/1891 stellte die Kurie fest, dass es im ungarischen Recht keine *hereditas iacens* gebe, und bekräftigte damit, dass das ungarische Gewohnheitsrecht dem Grundsatz der Erbschaft *ipso iure* folgt. Für weitere Einzelheiten siehe VLADÁR, G., Bevezetés. In: SZLADITS, K. (Hrsg.), *Magyar magánjog. Öröklési jog*. Budapest, 1938, S. 7. Auf dem Gebiet des Erbrechts war die Rechtsprechung der Kurie darauf ausgerichtet, die bestehenden Rechtsnormen mit den Erfordernissen der Reform in Einklang zu bringen und die Spannung zwischen konservativen Grundsätzen und den sich entwickelnden Anforderungen der zeitgenössischen gesellschaftlichen Verhältnisse zu bewältigen. Ein Beispiel dafür ist das Bemühen des Gerichts, einen rechtlichen Rahmen zu schaffen, der sowohl etablierte Rechtslehren als auch innovative Lösungen berücksichtigt, die aufgrund des dynamischen Charakters der Lebensumstände erforderlich sind. Weitere Details zu diesem Phänomen RÁCZ, B., A Kúria és a magyar öröklési jog a 20. század kezdetén. In: *Jogtörténeti szemle*, Nr. 2, 2004, S. 6–16. Der Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches von 1900, mit dem das damalige ungarische Gewohnheitsrecht kodifiziert werden sollte, sah in § 1983 den automatischen, *ipso iure* Übergang der Erbschaft auf die Erben durch Tod *de cuius* vor. Für eine ausführliche Analyse der Gründe für diesen vom österreichischen Modell abweichenden Kodifizierungsansatz und für weitere Informationen siehe *Indoklás a magyar általános polgári törvénykönyv tervezetéhez. Ötödik kötet. Öröklési jog*. Budapest, 1902, S. 342–347. Der gleiche Ansatz tauchte im Laufe des Jahrhunderts auch in anderen Entwürfen auf, so auch im Entwurf des Privatrechtsgesetzes von 1928 (1928. évi magánjogi törvényjavaslat), dessen § 1765 diese Lösung beibehielt. Für eine genauere Untersuchung der Gründe für die langwierigen Verzögerungen bei der Kodifizierung des Gewohnheitsrechts und für das Fehlen einer Kodifizierung in Ungarn siehe VERESS, E., Private Law Codifications in East Central Europe. In: SÁRY, P. (Hrsg.), *Lectures on East Central European Legal History*. Miskolc, 2022, S. 178–181.

⁴² Vgl. ELIÁS, K. et al. (Hrsg.), *Nový občanský zákoník s aktualizovanou důvodovou zprávou*. Praha, 2012, S. 684.

⁴³ Zu diesen Gründen zählten nach der Rechtsprechung der Ungarischen Kurie z.B. eine Liebesbeziehung mit dem Mörder des Erblassers oder die Nichtbefolgung der Anweisungen des Erblassers bezüglich der Vernichtung des Testaments. Konkrete Fälle und Rechtsfolgen der Erbnunwürdigkeit wurden nicht durch Rechtsvorschriften, sondern durch die Rechtsprechung der Kurie bestimmt (erstmal in einem solchen Fall im Jahre 1886). Bis 1908 hatte die Kurie theoretische Leitlinien für die gerichtliche Praxis hinsichtlich der Erbnunwürdigkeit aufgestellt und einzelne Fälle definiert, in denen eine solche Sanktion verhängt werden konnte. Im Jahr 1911 führte die Kurie den Begriff der Witwenunfähigkeit ein und skizzierte auch die damit verbundenen Umstände (Entscheidung Nr. 5282/1910). Zu den Einzelheiten siehe VLADÁR, Bevezetés, S. 11–13; FABINYI, T., *Magyar magánjog mai érvényben. Törvények, rendeletek, szokásjog, joggyakorlat. V. kötet. Öröklési jog és örökösödési eljárás*. Budapest, 1929, S. 23–30. In § 1770 des oben erwähnten Entwurfes des Privatrechtsgesetzes von 1928 waren fünf Fälle von Erbnunwürdigkeit aufgeführt.

fiktionsminister Markovič empfahl eine Rückkehr zum ursprünglichen Wortlaut des ABGB (vor der 3. Teilnovelle von 1916), was von der Kommission auch gebilligt wurde. Im SE 1931 (§ 507) wurden in diesem Sinne neben dem Erblasser wieder auch dessen Kinder (im Sinne von Nachkommen), Eltern (im Sinne von Vorfahren) und der Ehegatte ausdrücklich genannt; dabei sollte es sich aber nur um ein Verbrechen und nicht um eine andere strafbare Handlung handeln. Sowohl im RE 1936/37 als auch im RE 1938/46 (§ 386) wurde noch hinzugefügt, dass nach dem Tod des Erblassers die Tat auch von „demjenigen, dem Unrecht geschehen ist“ verziehen werden kann. Im BGB von 1950 (§ 522) und im BGB von 1964 (§ 469) gab es eine Einschränkung (auf den Ehegatten, die Kinder oder die Eltern im Wortsinn), im BGB von 2012 (§ 1481) wiederum eine Erweiterung (auf die Vorfahren, Nachkommen oder den Ehegatten bzw. den eingetragenen Partner); die Verzeihung der Erbnunwürdigkeit begründenden Handlung war jedoch wieder nur dem Erblasser vorbehalten (nach dem BGB von 2012 muss die Tat sogar ausdrücklich verziehen werden).

2.3 Erb(un)fähigkeit (von Ordensleuten, Ehebrechern und Deserteuren)

In historischen Ländern waren Ordensleute (§ 539 und 573 ABGB), Ehebrecher (§ 543) und Deserteure (§ 544 ABGB) erbnunfähig, in der Slowakei jedoch nur Ordensleute.⁴⁴ Der VdU 1921 behielt die Erbnunfähigkeit für Ehebrecher und Deserteure bei und hob sie nur für Ordensleute auf; die Kommission empfahl sie nur für Ehebrecher (dies war jedoch im slowakischen Recht nicht bekannt). Im SE 1931, RE 1936/37 und RE 1938/46 sowie im BGB von 1950, 1964 und 2012 tauchten diese archaischen Gründe für die Erbnunfähigkeit nicht mehr auf.

2.4 Verzicht auf das Erbrecht⁴⁵

Der VdU 1921 übernahm die Regelung aus dem ABGB (§ 551) in der Fassung der 3. Teilnovelle. In der Debatte ging es um die Auswirkungen des Verzichts auf die Nachkommen, also um die Regelung der Repräsentation. Während in den historischen Ländern im Rahmen dieses Instituts die materielle Repräsentation angewendet wurde (sofern nichts anderes vereinbart wurde, war der Verzicht auch gegenüber den Nachkommen wirksam), war die Lösung in der Slowakei ausgefeilter⁴⁶ (nach V. Fajnor wirkte der Verzicht gegenüber den Nachkommen nur dann, wenn dies vereinbart und gleichzeitig der Erbe ausgezahlt wurde; nach Š. Luby dann, wenn dies vereinbart oder der Erbe ausgezahlt wurde).⁴⁷ M. Dukes schlug vor, die slowakische Lösung zumindest für den Pflichtteil beizubehalten, aber A. Ráth wandte ein, dass damit „der Kern der ganzen Bestimmung“ weggenommen würde, und die Kommission blieb beim Wortlaut des VdU 1921. Die österreichische Lösung blieb im SE 1931 (§ 511) und im RE 1936/37 (§ 390) erhalten, während sich der RE 1938/46 (§ 390) und das BGB von 1950 (§ 516 und 523) der slowakischen Lösung annäherten (der Verzicht wirkte nicht automatisch gegenüber den Nachkommen, sondern nur, wenn dies vereinbart wurde). Nach dem BGB von 1964 war es nicht möglich, vertraglich auf die Erbschaft zu verzichten und das BGB von 2012 übernahm die Regelung aus dem SE 1931 und dem RE 1936/37.

2.5 Mündliches Testament⁴⁸

Im VdU 1921 wurde das ABGB (§ 585 und 586) als Grundlage herangezogen, während das slowakische Recht strengere Bedingungen vorsah.⁴⁹ Die Kommission empfahl, die Gültigkeit eines mündlichen Testaments auf einen Zeitraum von

⁴⁴ Die Frage des Erbrechts von römisch-katholischen, griechisch-katholischen oder orthodoxen Geistlichen (kraft Gesetzes oder aufgrund eines Testaments) bildete damals einen besonderen Teil des ungarischen Rechts. Nur das aus kirchlichen Quellen erworbene Vermögen kirchlicher Personen unterlag den Bestimmungen des besonderen Erbrechts, nicht aber Vermögen anderer Art (Kuriensentscheidung Nr. 4977/1916). Auch der priesterliche Anteil des Vermögens einer kirchlichen Person unterlag diesen Regeln. In den drei genannten Kirchen galten für kirchliche Laien, Priester, Ordensleute und andere Kongregationsmitglieder unterschiedliche Regelungen. Die Vorschriften für den höheren Klerus unterschieden sich von denen für den niederen Klerus. SÁNDORFALVI PÁP, I., Törvényes öröklési jog. In: SZLADITS, K. (Hrsg.), *Magyar magánjog. Öröklési jog*. Budapest, 1938, S. 218–224. Für Einzelheiten zu den einzelnen Kirchen siehe FABINYI, *Magyar magánjog*, S. 166–218. Der Entwurf des Privatrechtsgesetzes von 1928 enthielt keine Sonderregelungen für Geistliche, was jedoch nicht bedeutet, dass das besondere Erbschaftssystem für diese Personen im Falle der Verabschiedung des Bürgerlichen Gesetzbuches abgeschafft worden wäre. Für einen umfassenden und prägnanten historischen Überblick zu diesem Thema siehe SCHLOSSER, A. – CSÍZI, I., *Egyházak az öröklési jogban*. In: *Közjegyzők Közlönye*, Nr. 10, 2007, S. 17–18.

⁴⁵ Näher zur Problematik der Repräsentation: TALANDA, A., *Problematika reprezentace v dědickém právu*. Praha, 2021, insbesondere S. 73–76.

⁴⁶ Vor dem Ersten Weltkrieg war es im ungarischen Recht sehr umstritten, ob ein Rechtsverzicht (der mit dem Erblasser in Form eines Vertrags geschlossen werden musste) auch für die Nachkommen des Verzichtenden galt. Die Wirkungen des Verzichts konnten im Vertrag auf die Nachkommen ausgedehnt werden. Zu den Einzelheiten siehe VLADÁR, *Bevezetés*, S. 16.; FABINYI, *Magyar magánjog*, S. 34–35.

⁴⁷ ROUČEK (Hrsg.), *Revise I*, S. 22; FAJNOR, *Dedičské právo na Slovensku*, S. 9, 18; LUBY (Hrsg.), *Československý občiansky zákonník a slovenské súkromné právo*, S. 107–108.

⁴⁸ Vgl. SALÁK, P., *Mimořádné závěti v novém občanském zákoníku*. In: *Ad Notam*, Nr. 3, 2017, S. 3–8; ŠVECOVÁ, A., *Formálno-právna stránka zriadenia úkonov posledného poriadku na Slovensku do roku 1950*. Bratislava, 2010, insbesondere S. 141ff.

⁴⁹ Mündliches Testament wurde im Königreich Ungarn in den § 15–20 des Gesetzes XVI von 1876 über die Formerfordernisse für Testamente, Erbverträge und Schenkungen von Todes wegen (1876. évi XVI. törvények a végrendeletek, öröklési szerződések és halálesetre szóló ajándékozások alaki kellékeiről) geregelt. Nach diesen Bestimmungen war ein Testament gültig, wenn vier Zeugen, die die Sprache des Erblassers sprachen, anwesend waren und der Erblasser seine Erklärung in klarer und vollständiger Sprache (nicht durch Beantwortung von Fragen) vor den Zeugen abgab. Das Testament blieb wirksam, wenn der Erblasser innerhalb von drei Monaten nach der Errichtung des Testaments verstarb, sofern in der Zwischenzeit kein neues Testament errichtet werden konnte. Im Gegensatz zum schweizerischen oder österreichischen Recht war das mündliche Testament keine nur in Ausnahmefällen angewendete Form der letztwilligen Verfügung. Diese Form der letztwilligen Verfügung hat zu zahlreichen Rechtsstreitigkeiten geführt, weshalb es eine umfangreiche Rechtsprechung zu diesem Thema gibt. Das mündliche Testament wurde auch im Entwurf des Privatrechtsgesetzes von 1928 mit der Begründung beibehalten, dass eine leichter zugängliche Form der Testamentserrichtung im Hinblick auf Analphabeten beibehalten werden sollte. Die neue Rechtsregelung würde es verschärfen, indem sie als Bedingung für die Gültigkeit vorsieht, dass das Testament unverzüglich von einem der Zeugen verfasst und von allen Zeugen unterzeichnet werden muss. TELLER, M., *Végintézkedésen alapuló öröklés*. In: SZLADITS, K. (Hrsg.), *Magyar magánjog. Öröklési jog*. Budapest, 1938, S. 235–239; FABINYI, *Magyar magánjog*, S. 288–296.

drei Monaten zu beschränken, wie dies in der Slowakei der Fall ist. Weder im SE 1931 (§ 538–540) noch im RE 1936/37 (§ 419–421) wurde eine zeitliche Begrenzung festgelegt; erst der RE 1938/46, in dem eine sechsmonatige Frist ergänzt wurde (§ 421), kam dem slowakischen Recht⁵⁰ und auch der österreichischen Regelung der letztwilligen Verfügungen mit Erleichterungen nahe. Nach dem BGB von 1950 (§ 541) war das Testament nur in schriftlicher Form möglich und außerdem wurde die obligatorische Datierung nach slowakischem Recht eingeführt; nach dem BGB von 1964 (§ 476) war bis zur sog. großen Novelle (Nr. 509/1991 Slg.) kein allographisches Testament zulässig. Das BGB von 2012 ermöglicht ein mündliches Testament im Rahmen der Regelung von außerordentlichen Testamenten, bzw. Erleichterungen bei der Testamentserrichtung (§ 1542 ff.).

2.6 Rückfallerbfolge⁵¹

Es gab eine große Debatte über die sog. Avitizität (Zweigvermögen) mit einer interessanten ideologisierenden Argumentation. Während A. Ráth betonte, dass der Ursprung des Instituts nicht slowakisch, sondern ungarisch sei, und dass sie „ideenmäßig überholt und in der Praxis ungerecht“ sei, vertrat sein Gegner M. Vančo, der spätere Justizminister der slowakischen Autonomieregierung, im Gegenteil die Auffassung, dass sie „aus rein slowakischen Verhältnissen entstanden“ sei und dass sie vom „slowakischen Volk“ als gerecht angesehen werde und auch dem Geist der neuen Zeit entspreche.⁵² Darüber hinaus wurde auch die damit verbundene Frage der Stellung der Frau im Erbrecht und im Witwenrecht diskutiert, wobei betont wurde, dass die slowakische Regelung für die Witwe günstiger sei als die österreichische Regelung. Das Zweigvermögen wurde auch von A. Zátorecký und J. Szegö und nicht zuletzt von I. Markovič verteidigt, dessen Vorschlag, der Superrevisionskommission eine dreifache Lösung für die Beibehaltung des Zweigvermögens zu empfehlen – Beibehaltung in der Slowakei als Teilregelung; Übernahme auch für die tschechischen Länder; Schaffung einer neuen Regelung, die sowohl auf das österreichische als auch auf

das slowakische Recht anknüpft –, von der Kommission angenommen wurde.⁵³ Auch der Brüner Professor J. Sedláček empfahl in seinem Gutachten zum VdU von 1921 die Übernahme des Zweigvermögens für die tschechischen Länder.⁵⁴ Im August 1929 wurde in Tatranská Lomnica eine Sitzung der slowakischen Kommission einberufen, die einstimmig beschloss, dass die Rückfallerbfolge auf das gesamte Staatsgebiet ausgedehnt werden sollte (was allerdings nicht realistisch war), sie aber unbedingt für das Gebiet der Slowakei und Karpatenukraine gelten sollte. Außerdem wurde die zeitliche Gültigkeit erwogen und man kam zu dem Schluss, dass sie länger als zehn Jahre gelten sollte. Gleichzeitig wurde ein Gesetzesgrundriss (mit sieben Paragraphen) ausgearbeitet. Betont wurde auch der Zusammenhang mit der Errungenschaftsgemeinschaft (coacquisita), die unter den tschechischen Juristen noch mehr Befürworter hatte.⁵⁵ Schließlich kam es zu einem Kompromiss zwischen der slowakischen Kommission und der Superrevisionskommission, der sich in den Einführungs- und Durchführungsbestimmungen der Grundrisse (Artikel VII des SE 1931 und Artikel V des RE 1936/37) niederschlug. Der Entwurf des Gesetzes über die Rückfallerbfolge wurde im Februar 1933 zum vorläufigen interministeriellen Anmerkungsverfahren vorgelegt, und erst im April 1936 fand im Unifikationsministerium eine Sitzung zur Einarbeitung der Anmerkungen der Ministerien statt, die verschiedene Einschränkungen des persönlichen und sachlichen Anwendungsbereichs des Gesetzes vorgeschlagen hatten. Der Gesetzesentwurf über die Rückfallerbfolge (zusammen mit dem Gesetzesentwurf über das gemeinschaftlich erworbene Vermögen, das die Errungenschaftsgemeinschaft der Ehegatten in der Slowakei und Karpatenukraine beibehalten sollte), wurde erneut in das Anmerkungsverfahren versandt und anschließend auf einer interministeriellen Sitzung im Oktober 1936 erörtert; Anfang 1937 wurde eine amtliche Begründung verfasst (an allen Sitzungen nahm F. Rouček teil). Im Gegensatz zur Regelung des gemeinschaftlich erworbenen Vermögens der Ehegatten wurde die Rückfallerbfolge im Rahmen der parlamentarischen Verhandlungen nicht in den Entwurf 1938/46 aufgenommen.

⁵⁰ ROUČEK (Hrsg.), *Revise I*, S. 22; ROUČEK – SEDLÁČEK (Hrsg.), *Komentár III*, S. 137–139; LUBY (Hrsg.), *Československý občiansky zákonník a slovenské súkromné právo*, S. 115–117.

⁵¹ Näher dazu: ŠORL, R., *Vetvový majetok a unifikácia súkromného práva v prvej ČSR*. In: *Právněhistorické studie*, vol. 39, 2007, Supplementum (Současnost a perspektivy právní historie. Materiály z právněhistorického kolokvia ze dne 26. října 2005), S. 221–237; BARNA, I. – EWINCZKEY, G. – KÉGEL, J., *Az ági öröklésről*. In: *Magyar jogászgyeleti értekezések*, Nr. 143, Budapest, 1898; ENGEL, K., *Az ági öröklés intézménye*. Budapest, 1918. SZÁSZY-SCHWARZ, G., *Codificationalis dolgozatok*. 1902, S. 123–331; TELLER, M., *Az ági öröklés múltja és jövője*. In: *Jogtudományi közlöny*, 1930; SÁNDORFALVI PÁP, *Törvényes*, S. 76–134; FABINYI, *Magyar magánjog*, S. 92–112. A fejlődésért: HORVÁTH, A., *A magyar magánjog történetének alapjai*. Budapest, 2006, S. 343–344.; MEZEY, B. (Hrsg.), *Magyar jogtörténet*. Budapest, 2007, S. 190.

⁵² Nach der ungarischen Fachliteratur ist die Nacherbschaft/Rückfallerbfolge ein Rechtsinstitut ungarischen Ursprungs, das als Übertragung von Zweigvermögen (*aviticas, ősiség*) in den Bereich des gesetzlichen (nicht testamentarischen) Erbrechts verstanden werden kann. Im 20. Jahrhundert gab es eine umfangreiche Polemik über die Abschaffung der Nacherbschaft/Rückfallerbfolge, die von vielen Rechtsgelehrten der damaligen Zeit jedoch abgelehnt wurde. Einer der berühmtesten Rechtsgelehrten dieser Zeit, Béni Grosschmid (*alias* Benő Zsögöd), plädierte ebenfalls für die Beibehaltung dieses Instituts, allerdings nur in vernünftigen Grenzen. ZSÖGÖD, B., *Magánjogi tanulmányok. II. kötet*. Budapest, 1901, S. 138 ff. Es gab so viele Argumente für die Beibehaltung dieses Instituts, dass es in die späteren Entwürfe des Bürgerlichen Gesetzbuches als besondere Form der gesetzlichen (nicht testamentarischen) Erbfolge aufgenommen wurde. Es wurde sogar während der sowjetischen Diktatur im ersten ungarischen Bürgerlichen Gesetzbuch von 1959 beibehalten. Das geltende ungarische Recht kennt die Rückfallerbfolge noch in den § 7:67–7:71 des Bürgerlichen Gesetzbuchs. SÁNDORFALVI PÁP, *Törvényes*, S. 76; FABINYI, *Magyar magánjog*, S. 92–93; VÉKÁS, L., *Magyar polgári jog. Öröklési jog*. Budapest, 2019, S. 120–126; KÖRÖS, A., *Két vitás kérdés a törvényes öröklés köréből*. In: *Közjegyzők Közlönye*, Nr. 2, 2022, S. 34–36.

⁵³ ROUČEK (Hrsg.), *Revise I*, S. 23–25.

⁵⁴ Srov. SEDLÁČEK, *Poznámky k navrhované reformě dědického práva*, S. 148, 155.

⁵⁵ Zu den wichtigsten zählte Prof. Sedláček, der auch einen eigenen Entwurf der Regelung vorlegte, die für den gesamten Staat gelten würde. Vgl. SEDLÁČEK, J., *Reforma manželského práva*. Praha, 1938.

Die slowakische Kommission empfahl jedoch in der Sitzung im Februar 1946 erneut eine gesetzliche Verankerung für das gesamte Gebiet. Für den Fall, dass dies nicht geschehe, solle kein Sondergesetz verabschiedet werden, sondern die Rückfallfolge solle ausdrücklich im Gesetz verankert werden mit der Einschränkung, dass diese Bestimmung in den böhmischen Ländern nicht gelte bzw. dort erst später in Kraft treten werde (Kommission schlug also einen gegenteiligen Ansatz vor, als es in den Zwischenkriegsgrundrissen der Fall war). Der Vorschlag wurde von Adolf Zátorecký ausgearbeitet und die Kommission billigte seine endgültige Fassung im März 1946.

2.7 Hinterbliebene Ehefrau⁵⁶

Im VdU 1921 wurde der Ehefrau ein Pflichtteil zuerkannt, der aus einem Nießbrauchsrecht an der Hälfte des Nachlasses bestand (§ 766 des Entwurfs), mit dem Argument, dass „*hinsichtlich der Slowakei ein Pflichtteilsrecht für die Witwe eingeführt wird*“.⁵⁷ Dies war einer der wenigen Einflüsse des ungarischen Rechts (nämlich der § 1553–1558 des ungarischen Grundrisses von 1913; im geltenden ungarischen Recht hatte die Witwe zwar ein Nießbrauchsrecht am gesamten Nachlass, die Nachkommen konnten jedoch beim Gericht die Reduzierung des Nießbrauchs auf Wohnung und Unterhalt beantragen);⁵⁸ dies erinnert auch an den Institut der bedürftigen Witwe im römischen Recht (nach justinianischem Recht oder Pandektenrecht musste es sich jedoch um eine arme Witwe eines reichen Ehemannes handeln; im ungarischen Recht spielte der Unterschied in den Vermögensverhältnissen der Ehegatten keine Rolle mehr).⁵⁹ Es ist daher nicht verwunderlich, dass die Kommission der Änderung grundsätzlich zustimmte.

Der Pflichtteil des Ehegatten wurde auch auf beiden 1925 in Brünn abgehaltenen Juristentagen (sowohl dem tschechoslowa-

kischen als auch dem deutschen) diskutiert, und die Mehrheitsmeinung sprach sich für die Verankerung des Pflichtteilsrechts der Ehegatten aus.⁶⁰ E. Svoboda erklärte in seinem Bericht, dass „*der Standpunkt des Entwurfs das Ergebnis eines Kompromisses mit dem Vertreter des Ministeriums für Unifizierung*“⁶¹ war, also mit dem Sektionsleiter A. Ráth. Noch vor den Juristentagen erklärte J. Sedláček, dass es sich um eine „*sehr wichtige materielle Änderung*“ handle und dass „*die vorgeschlagene sich aus dem ungarischen Recht ergebende Änderung sehr gerecht ist*“.⁶²

Diese Regelung wurde aber weder in den SE 1931 (§ 673), noch in den RE 1936/37 oder den RE 1938/46 (beide § 574) übernommen, sondern es wurde auf das ABGB in der Fassung der I. Teilnovelle zurückgegriffen, die den Pflichtteil der Ehefrau noch nicht gewährte. Dies geschah in Österreich erst mit der Novelle von 1978, wurde jedoch in den böhmischen Ländern auch durch spätere Novellen nicht verankert, obwohl dies bei der Vorbereitung des BGB von 2012 ursprünglich vorgeschlagen wurde.

2.8 Außerordentliches Erbrecht der Vermächtnisnehmer⁶³

In den historischen Ländern betrachtete man die Vermächtnisnehmer beim Wegfall der Erben verhältnismäßig als Erben (§ 726 ABGB); in der Slowakei kam es jedoch zum Anfall an den Fiskus (Heimfall).⁶⁴ Der Superrevisionskommission wurde empfohlen, das außerordentliche Erbrecht der Vermächtnisnehmer auszulassen.⁶⁵ Während die österreichische Lösung im SE 1931 (§ 648) noch beibehalten wurde, wurde im RE 1936/37 und 1938/46 (jeweils § 546) der slowakischen Kommission Rechnung getragen.⁶⁶ Das BGB von 1950 (§ 537) regelte zwar im Gegensatz zum BGB von 1964 das Institut des Vermächtnisses in beschränktem Umfang, in Ermangelung von Erben kam

⁵⁶ Näher dazu: HORÁK, O., Od „posledního“ k „nejbližšímu“ dědici? K vývoji postavení manželky v česko-rakouském a československém dědickém právu. In: *Právněhistorické studie*, vol. 52, Nr. 3, 2022, S. 55–70. Zur Problematik des Pflichtteils: ŠVECOVÁ, A., GERGEL, P., Materielrechtliche und linguistische Überlegungen zum Pflichtteil im geltenden Recht der Slowakei an der Wende vom 19. zum 20. Jahrhunderts bis 1950. In: *Journal on European History of Law*, vol. 13, Nr. 1, 2022, S. 43–58.

⁵⁷ SVOBODA (Hrsg.), *Dědické právo*, S. 65.

⁵⁸ SÁNDORFALVI PÁP, *Törvényes*, S. 142–207; FABINYI, *Magyar magánjog*, S. 120–161; VÉKÁS, *Magyar polgári jog*, S. 108–110. Näher zu diesem Thema und seiner Entwicklung: WEISS, E., *A túlélt házastárs öröklési jogi jogállása, történeti kialakulásában és fejlődési tendenciáiban*. Budapest, 1984; für zeitgenössische Ansichten zu diesem Thema siehe JANCÓS, GY., *A magyar özvegyi jog*. Budapest, 1895. Im ungarischen Rechtssystem gab es zwei Rechtsinstitute für die Erbschaft des überlebenden Ehegatten: *succesio conjugalis* und das Witwenrecht, wobei letzteres nur dann zur Anwendung kam, wenn der überlebende Ehegatte eine Frau war. Erwähnenswert ist auch, dass das Witwenrecht ebenfalls als janusköpfiges Institut bezeichnet werden kann, da der lebenslange Nießbrauch zwar vorteilhafter und gerechter war als der durch das ABGB vorgesehene Schutz, das ungarische Recht jedoch das oben erwähnte Institut der Witwenunfähigkeit enthielt. Diese konnte vom Gericht bereits nach einem einzigen Geschlechtsverkehr festgestellt und so die Witwe daran gehindert werden, eine neue Ehe einzugehen. RÁCZ, A Kúria, S. 15.

⁵⁹ Vgl. TILSCH, E., *Dědické právo rakouské se stanoviska srovnávací právní vědy, Část 1*. Praha, 1905, S. 127; ARNDTS, C. L., *Učební kniha Pandekt, III. díl*. Praha, 1886, S. 134–135, § 481) und S. 319, § 606, und BONFANTE, P., *Institute římského práva*, 9. Aufl. Brno, 1932, S. 671, § 213.

⁶⁰ Vgl. *Druhý sjezd právníků československých konaný ve dnech 31. května, 1. a 2. června 1925 v Brně. Zápis o jednání sekce I. (Právo občanské, obchodní, směněné a horní)*. Brno, 1925, S. 56–58, und *Zweiter deutscher Juristentag in der Tschechoslowakei – Verhandlungen*. Prag, 1925, insbesondere S. 69–70 und 281–282.

⁶¹ Vgl. *Druhý sjezd právníků*, S. 48.

⁶² Vgl. SEDLÁČEK, *Poznámky k navrhované reformě dědického práva*, S. 148, 154.

⁶³ Näher dazu: TALANDA, A., *Mimořádné dědické právo odkazovníků*. In: *Ad Notam*, Nr. 1, 2020, S. 3–7.

⁶⁴ Das Gesetzes XVI. von 1894 über das Nachlassverfahren (1894. évi XVI. törvénycikk az örökösödési eljárásról) sah vor, dass, wenn der Erblasser ohne Erben verstarb oder kein Erbe bekannt war, die Direktion für Rechtsangelegenheiten des Königlichen Schatzamtes (*Királyi Kincstári Jogügyek Igazgatósága*) über den Tod informiert werden musste (§ 114). SÁNDORFALVI PÁP, *Törvényes*, S. 209–210. Für weitere Informationen zur Geschichte des Nachlassverfahrens in Ungarn siehe RUDOLF, L., *A hagyatéki eljárás története Magyarországon*. In: *Közjegyzők Közlönye*, Nr. 7, 2013, S. 5–13.

⁶⁵ ROUČEK (Hrsg.), *Revise I*, S. 26 a 30.

⁶⁶ Interessanterweise heißt es in der Begründung, dass sich die „*Superrevisionskommission bereits mit dem Entwurf befasst hat*“, aber nicht erwähnt wird, dass es sich um einen Entwurf der slowakischen Kommission und den Einfluss des slowakischen Rechts handelte. Vgl. *Vládní návrh zákona, kterým se vydává občanský zákoník*. Praha, 1937, S. 300.

es jedoch ebenfalls zum Heimfall. Das BGB von 2012 (§ 1633) kehrte zur Regelung aus dem SE 1931 zurück und regelt (ähnlich wie das ursprüngliche und aktuelle österreichische Recht) auch das außerordentliche Erbrecht der Vermächtnisnehmer.

2.9 Bestimmung des Wertes einer Schenkung bei der Kollation⁶⁷

Nach ABGB sollte der Wert der unbeweglichen Sachen nach dem Zeitpunkt des Empfanges und der beweglichen Sachen dagegen nach dem Zeitpunkt des Erbanfalles bestimmt werden (§ 794).⁶⁸ Nach dem VdU 1921 sollte der Wert aller Sachen nach dem Zeitpunkt des Empfanges bestimmt werden, was laut M. Katona „in den heutigen Zeiten der Valutaveränderungen unhaltbar war“.⁶⁹ Auf Vorschlag von I. Markovič wurde der Superrevisionskommission empfohlen, dass der Richter nicht an den Zeitpunkt der Abgabe gebunden sein solle, sondern solle nach eigenem Ermessen entscheiden können. Die Superrevisionskommission hat dies teilweise berücksichtigt, wobei es in der Begründung heißt, dass „die Lösung in einem Kompromiss zwischen dem Vorschlag des Unterausschusses und dem der slowakischen Kommission gefunden wurde, der vorsieht, dass der Zeitpunkt der Abgabe ausschlaggebend ist, wobei jedoch zulässig ist, dass das Gericht den Anrechnungswert anders bestimmt, wenn besonders berücksichtigungswürdige Umstände vorliegen“.⁷⁰ Im BGB von 1950 und 1964 wurde diese Problematik nicht geregelt, die Praxis stellte aber ebenfalls auf den Zeitpunkt der Abgabe ab. Eine ausdrückliche Regelung nach dem Vorbild der Zwischenkriegsgrundrisse (vgl. § 704 des SE 1931 und § 607 des RE 1936/37 und 1938/46) wurde erst im BGB von 2012 (§ 1659) verankert.

2.10 Übergang der Schulden des Erblassers⁷¹

Der VdU 1921 folgte dem ABGB (§ 550, 800–802, 807 und 820–822), das eine unbeschränkte Haftung unter Vorbehalt des Inventars vorsah; das slowakische Recht kannte hingegen nur eine beschränkte Haftung bis zur Höhe des geerbten Vermögens.⁷² Die Mitglieder der slowakischen Kommission betonten die Vorteile der slowakischen Regelung (u.a., dass man eher den Erben als den Gläubiger schützen soll) und wiesen auf die Mängel der österreichischen Regelung hin (die Gläubiger haben im Falle einer vorbehaltlosen Anmeldung eine bessere Stellung als zu Lebzeiten des Erblassers). Auf Vorschlag von I. Markovič wurde der Superrevisionskommission empfohlen, dass „der

*Nachlass in der Regel inventarisiert werden sollte, den Erben jedoch weiterhin die Möglichkeit beibehalten werden sollte, zu beantragen, dass kein Nachlassverzeichnis erstellt wird; in diesem Fall würden sie auch mit ihrem Vermögen haften, aber nur bis zur Höhe des Nachlasses“.*⁷³ Die slowakische Regelung wurde auch in der zeitgenössischen Literatur hervorgehoben, besonders interessant sind die Beiträge des Romanisten J. Vážný, der an der Juristischen Fakultät in Pressburg tätig war und die Regelung aus der Perspektive des römischen Rechts bewertete.⁷⁴ Prof. Vážný fasst zusammen: „Hätten die Römer die Haftung für Schulden als eine durch den Erwerb von Vermögen begründete Erscheinung aufgefasst, wären sie sicherlich zu einer auf die Höhe des Vermögens beschränkten Haftung gelangt“. Seiner Meinung nach könnte die Inspiration durch die römische Rechtsentwicklung „zu einer Kritik an der gegenwärtigen Struktur des Erbrechts führen und dazu, wie man es de lege ferenda modifizieren könnte. Und die Kritik kann nicht anders lauten, als dass eine unbeschränkte Haftung für Schulden weder eine logische Notwendigkeit ist, noch, dass sie angemessen oder zweckmäßig ist, sondern dass es im Gegenteil zu empfehlen ist, die Haftung des Erben für Schulden auf die Höhe der Aktiva zu beschränken.“⁷⁵

Obwohl die österreichische Lösung im SE 1931 (§ 711 und 756–759) und im RE 1936/37 (§ 614, 626 und 664–669) beibehalten wurde, führte der RE 1938/46 (§ 614, 626 und 667–672) Änderungen ein, die auf einen verstärkten Schutz der Erben abzielten – durch die Präsomption einer Anmeldung mit Vorbehalt. Die beschränkte Haftung bis zur Höhe des Wertes der erworbenen Erbschaft wurde durch das BGB von 1950 (§ 514) eingeführt und vom BGB von 1964 (§ 470) übernommen. Das BGB von 2012 (§ 1674, 1688, 1701 und 1706–1708) kehrt dagegen zu den Zwischenkriegsgrundrissen zurück und lebt den archaischen Grundsatz der unbeschränkten Haftung mit dem Vorbehalt der Errichtung eines Nachlassverzeichnisses wieder auf, was durch die Interessen der Gläubiger des Erblassers gerechtfertigt wird. Diese Regelung wird von Fachleuten und Laien wiederholt kritisiert. Obwohl eine Änderung bereits vorbereitet ist, ist sie wegen des Widerstands der Verfasser des geltenden Bürgerlichen Gesetzbuches zurzeit nicht durchsetzbar.

2.11 Erbvertrag⁷⁶

Im ABGB wurde der Erbvertrag im Rahmen des Schuldrechts geregelt (Abteilung Von den persönlichen Sachenrechten, 28. Hauptstück Von den Ehepakten); die Revisionsunterausschüsse

⁶⁷ Näher dazu: DRACHOVSKÝ, O., Určení hodnoty předmětu započtení na dědický podíl a povinný díl. In: *Ad Notam*, Nr. 3, 2022, S. 3–8.

⁶⁸ Die ungarische Rechtsprechung schwankte in der Frage, ob im Falle einer *collatio* der Wert zum Zeitpunkt der Schenkung durch den Erblasser oder zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers anzusetzen ist. Die Literatur schwankte zwischen *ideal-collatio* und *real-collatio*. FABINYI, *Magyar magánjog*, S. 632.

⁶⁹ ROUČEK (Hrsg.), *Revise I*, S. 26.

⁷⁰ *Zákon, kterým se vydává všeobecný zákoník občanský, Návrh superrevisní komise, Bd. II, Důvodová zpráva*, S. 193.

⁷¹ Näher dazu: HORÁK, O., Univerzální sukcese a odpovědnost za dluhy zůstavitele. In: *Rekodifikace & praxe*, vol. 2, Nr. 8, 2014, S. 17–20, a SALÁK u.a., *Historie osnovy občanského zákoníku z roku 1937*, S. 93–102.

⁷² Für Einzelheiten zu den Gründen, warum dies in Ungarn der Fall war, siehe SZLADITS, K. – TELLER, M., Az öröklés joghatásai. In: SZLADITS, K. (Hrsg.), *Magyar magánjog. Öröklési jog*. Budapest, 1938, S. 530–537; FABINYI, *Magyar magánjog*, S. 565–72.

⁷³ ROUČEK (Hrsg.), *Revise I*, S. 27. Zur damaligen ungarischen Regelung siehe TELLER, M., Végintézkedésen alapuló, S. 342–348; FABINYI, *Magyar magánjog*, S. 413–418.

⁷⁴ Vgl. VÁŽNÝ, Pojem práva dědického a účelnost jeho dnešní struktury, S. 97–103; VÁŽNÝ, Římské právní ideje v občanském zákoníku a v osnově, S. 171, 186.

⁷⁵ VÁŽNÝ, Pojem práva dědického a účelnost jeho dnešní struktury, S. 97, 100–101.

⁷⁶ Zu den historischen Wurzeln der gegenwärtigen tschechische Regelung: STARÝ, M., Manželská dědická smlouva a její historické kořeny. In: POLÁČEK-TUREKOVÁ, Z. – TUROŠÍK, M. (Hrsg.), *Civilnoprávní institúty a ich historická reflexia vo svetle moderných rekodifikácií*. Banská Bystrica, 2016, S. 273–283.

waren sich in der Frage der systematischen Einordnung uneinig – der Unterausschuss für Erbrecht setzte eine Regelung innerhalb des Familienrechts voraus, während der Unterausschuss für Familienrecht von einer Regelung innerhalb des Erbrechts ausging.⁷⁷ Die slowakische Kommission entschied sich auf Vorschlag von K. Schrotz für die Einbeziehung von Erbverträgen in das Erbrecht,⁷⁸ was die Superrevisionskommission mit der Begründung durchführte, dass „es von Anfang an aus systematischer Sicht für notwendig gehalten wurde, sie dem Erbrecht zuzuordnen, wo sie begrifflich – als *Delationsgrund* – hingehören“.⁷⁹ Sowohl im BGB von 1950 als auch im BGB von 1964 waren Erbverträge nicht geregelt; sie wurden erst durch das BGB von 2012 (§ 1582–1593) wieder eingeführt (allerdings als allgemeiner *Delationsgrund*, ohne Beschränkung auf Ehegatten).

2.12 Kriegstestament⁸⁰

Während im Rahmen der Regelung der letztwilligen Verfügungen mit Erleichterungen im ABGB vorgesehen wurde, dass „die Begünstigungen der Militär-Testamente in den Militär-Gesetzen enthalten sind“ (§ 600), wurde im VdU 1921 auch dieser Hinweis weggelassen. Das Präsidium des Oberlandesgerichts Brünn schlug (u.a. im Hinblick auf die allgemeine Wehrpflicht) vor, Militärtestamente direkt im Bürgerlichen Gesetzbuch zu verankern. M. Katona empfahl, die Erleichterungen nicht nur für Soldaten (klassisches Militärtestament) zu verankern, sondern während des Krieges auch für Zivilpersonen (Kriegstestament), was der slowakischen Regelung folgte. Auf Vorschlag von K. Schrotz wurde der Superrevisionskommission empfohlen, „die Erleichterungen der testamenti militis im Bürgerlichen Gesetzbuch zu regeln und die Anwendung auf alle Personen vorzusehen, also auch für Zivilisten, die sich in Kriegszeiten in Gebieten befinden, die besonderer Kriegsgefahr ausgesetzt sind“.⁸¹ Die Superrevisionskommission erhöhte diese Anmerkung – im SE 1931 (§ 555) und im RE 1936/37 (§ 438–439) wurde das Kriegstestament mit einer sechsmonatigen Gültigkeitsfrist verankert, im RE 1938/46 (§ 435 und 439) mit einer dreimonatigen Gültigkeitsfrist, was dem slowakischen Recht entsprach.⁸² Weder im BGB von 1950 noch im BGB von

1964 war eine Regelung des Militärtestamentes beinhaltet; erst das BGB von 2012 ließ sie zu (§ 1545–1549), allerdings nur für Soldaten oder andere zu den Waffeneinheiten gehörende Personen und mit dreimonatiger Gültigkeitsfrist, jedoch mit einem anderen Beginn (§ 1549) als in den Zwischenkriegsgrundrissen (in Anlehnung an den italienischen *Codice civile* von 1942, Art. 617–618).

2.13 Aufhebung der letztwilligen Verfügungen

Während das ABGB (§ 553), der SE 1931 (§ 513), der RE 1936/37 und 1938/46 (beide § 393) der romanistischen Tradition folgend zwischen einem Testament (das einen Erben einsetzt) und einem Kodizill (das nur andere Verfügungen enthält) unterschieden, war diese Unterscheidung, bzw. Kodizill, dem slowakischen Recht nicht bekannt.⁸³ Der einzige wesentliche Unterschied zwischen einem Testament und einem Kodizill zeigte sich in den historischen Ländern in der Regelung ihrer Aufhebung – während ein späteres Testament ein früheres Testament vollständig aufhob, hoben spätere Kodizille frühere Kodizille nur insoweit auf, als sie nebeneinander nicht standhalten konnten. Diese Regelung stammt aus dem ABGB (§ 713–715), dem SE von 1931 (§ 635–637), dem RE von 1936/37 und von 1938/46 (beide § 531–534).⁸⁴ Die Abschaffung der Unterscheidung zwischen einem Testament und einem Kodizill und die Übernahme der slowakischen Lösung, wonach ein späteres Testament ein früheres Testament nur insoweit aufhob, als sie nebeneinander nicht standhalten konnten, erfolgte erst im BGB von 1950 (§ 553); diese Regelung übernahm auch das BGB von 1964 (§ 480). Das BGB von 2012 unterscheidet wieder zwischen einem Testament und einem Kodizill (§ 1498), allerdings ohne wirkliche Auswirkung, denn die Regelung der Aufhebung eines Testaments durch die Errichtung eines neuen Testaments (§ 1576) folgt nicht den Zwischenkriegsgrundrissen, sondern der slowakischen Lösung.

2.14 Uneheliche Kinder⁸⁵

Eine weitere große Debatte fand am Ende der ganzen Sitzung zur Frage eines verstärkten Schutzes unehelicher Kinder

⁷⁷ Vgl. SVOBODA (Hrsg.), *Dědické právo*, S. 30, a KAFKA (Hrsg.), *Právo rodinné*, S. 59–60, 95 und 141–145. Im Gegensatz zum ABGB konnte nach ungarischem Recht jede voll geschäftsfähige Person einen Erbvertrag mit jeder beliebigen Person und zu Gunsten jedermann abschließen. Für weitere Informationen zu diesem Vertragstyp siehe TELLER, M., *Végintézkedésen alapuló*, S. 342–348.

⁷⁸ ROUČEK (Hrsg.), *Revise I*, S. 27.

⁷⁹ *Zákon, kterým se vydává všeobecný zákoník občanský, Návrh superrevisní komise, Bd. II, Důvodová zpráva*, S. 167–168.

⁸⁰ Zum Militärtestament in moderner Zeit vgl. SALÁK, P., *Testamentum militis jako inspirační zdroj moderního dědického práva*. Brno, 2016, S. 241–251, zur Rechtsregelung auf dem Gebiet der tschechischen Länder, insbesondere S. 246–251. Im damaligen ungarischen Recht (§ 27–29 des Gesetzes XVI von 1876) gab es das Institut eines privilegierten Testaments; eine Form davon war das privilegierte Testament zugunsten einer beliebigen Person in Ausnahmesituationen (z.B. im Kriegsfall, wenn der Testierende als Soldat eingezogen wurde). Damit war es möglich, ein Testament in einer wesentlich einfacheren Form zu errichten. Das Testament war nur dann unbedingt gültig, wenn der Erblasser innerhalb von drei Monaten nach dem Ende der Ausnahmesituation verstarb oder wenn er vor seinem Tod keine Möglichkeit hatte, ein Testament zu errichten. TELLER, M., *Végintézkedésen alapuló*, S. 248, 252–255; FABINYI, *Magyar magánjog*, S. 298–304.

⁸¹ ROUČEK (Hrsg.), *Revise I*, S. 28.

⁸² ROUČEK – SEDLÁČEK (Hrsg.), *Komentář III*, S. 158–160 und 161–163; LUBY (Hrsg.), *Československý občanský zákoník a slovenské súkromné právo*, S. 120–121. Die ungarischen Rechtsvorschriften vor 1876 enthielten das Institut *codicillus*, das jedoch durch das Gesetz XVI von 1876 abgeschafft wurde. Seitdem gilt das Kodizill nicht mehr als eigenständige Testamentsform. TELLER, M., *Végintézkedésen alapuló*, S. 229; FABINYI, *Magyar magánjog*, S. 304.

⁸³ ROUČEK (Hrsg.), *Revise I*, S. 29; ROUČEK – SEDLÁČEK (Hrsg.), *Komentář III*, S. 75–77; LUBY (Hrsg.), *Československý občanský zákoník a slovenské súkromné právo*, S. 108.

⁸⁴ ROUČEK (Hrsg.), *Revise I*, S. 29–30; ROUČEK – SEDLÁČEK (Hrsg.), *Komentář III*, S. 305–308; LUBY (Hrsg.), *Československý občanský zákoník a slovenské súkromné právo*, S. 140–141.

⁸⁵ KRÁLÍČKOVÁ, Z., *Nemanželská matka, nemanželské dítě*. In: VOJÁČEK, L. – TAUCHEN, J. – SCHELLE, K. (Hrsg.), *Proměny soukromého práva – Shorník příspěvků z konference ke 200. výročí ABGB*. Brno, 2011, S. 316–330.

statt, die sowohl vom rezipierten österreichischen als auch vom ungarischen Recht auseinanderging.⁸⁶ Kreisgericht (Sedrie) in Trnava wies darauf hin, dass auf dem Juristentag in Pressburg im März 1923 vorgeschlagen wurde, das gesetzliche Erbrecht auch für uneheliche Kinder zu verankern, und empfahl, zumindest deren Pflichtteilsrecht zu regeln. Der Superrevisionskommission wurde empfohlen, „den Pflichtteil auch für uneheliche Kinder zu regeln, und zwar entweder für solche, die der Vater als seine nichtehelichen Kinder anerkannt hat, oder für solche, bei denen es sich um bewiesene oder zumindest beweisbare Fälle handelt, oder für alle, bei denen die Vaterschaft nicht zweifelhaft oder nicht unfeststellbar ist“.⁸⁷

3. Fazit

Nach der Gründung der Tschechoslowakei und der Rezeption des bestehenden Rechts befand sich die Rechtsordnung an einem imaginären Scheideweg, und es galt, eine Reihe von miteinander verknüpften Vereinheitlichungsproblemen zu lösen – sowohl in Bezug auf die Form (ob die Vereinheitlichung umfassend oder in Teilschritten erfolgen sollte) als auch in Bezug auf den Inhalt (ob man der Weg der Kontinuität oder der Diskontinuität beschreitet, ob man dem tschechisch-österreichischen oder dem slowakisch-ungarischen Recht folgt oder eine moderne Synthese versucht). Auf politischer und fachlicher Ebene wurde beschlossen, das ABGB als Grundlage für die Vereinheitlichung zu nehmen, das lediglich modernisiert werden sollte (als Gründe für die Bevorzugung des österreichischen Rechts wurden vor allem dessen Kodifizierung, seine Anwendbarkeit auf die Mehrheit der Bevölkerung des neuen Staates und die Kenntnis dieses Rechts auch durch die slowakischen Juristen angeführt). Es sollte aber auch das in der Slowakei und in Karpatenukraine geltende Recht berücksichtigt werden. Die Realität sah jedoch anders aus, und dieser Artikel versuchte, die (Un)Inspiration durch das slowakische Recht im Rahmen der Rekodifikation in der Zwischenkriegszeit am Beispiel des Erbrechts darzustellen, das zusammen mit dem Familienrecht zu den Bereichen gehörte, die sich in den böhmischen Ländern und der Slowakei am meisten unterschieden.

Bei der Ausarbeitung des Entwurfs von 1921 ließ sich der Unterausschuss für Erbrecht nur geringfügig vom slowakischen Recht inspirieren (bei der Verschärfung des allographischen Testaments und beim Pflichtteil der Ehefrau), wobei die Superrevisionskommission in beiden Fällen schließlich zu der im ABGB enthaltenen Lösung zurückkehrte. Im Jahr 1922 entstand die slowakische Kommission, die die Ergebnisse der Prager Kommissionen kommentierte, ihre Vorschläge fanden aber kaum Gehör (z.B. Kriegstestament), und selbst von den wenigen, die sie durchsetzen konnte, wurden einige in der Begründung zum Regierungsentwurf 1936/37 nicht erwähnt (im Bereich des Erbrechts die Lösung, dass der Vermächtnisnehmer nicht zum Erben wird und es zum Anfall an den Fiskus kommt, oder Kriegstestamente auch für Zivilpersonen). Erst während der parlamentari-

schen Verhandlungen im Jahre 1938 gelang es den slowakischen Juristen, einige Änderungen durchzusetzen (insbesondere die Regelung des gemeinschaftlich erworbenen Vermögens der Ehegatten, im Bereich des Erbrechts die Wirkungen des Verzichts auf das Erbrecht gegenüber den Nachkommen oder die Fristsetzung bei Kriegstestamenten). Die Rekodifikationsarbeiten wurden nach 1945 wieder aufgenommen, wobei die 1946 eingerichtete slowakische Kommission sehr aktiv war. Aufgrund erheblicher politischer und gesellschaftlicher Veränderungen konnte der revidierte Grundriss jedoch nicht mehr verabschiedet werden.

Es stellt sich die Frage, ob man bei den Rekodifikationsarbeiten der Zwischenkriegszeit im Bereich des Privatrechts überhaupt von Unifizierung sprechen kann. Man kann eine Kompromissantwort mit der Begründung geben, dass es sich vor allem um eine Vereinheitlichung hinsichtlich der Form handelte (institutionell und im Hinblick auf das erwartete Ergebnis), aber nur in geringem Maße hinsichtlich des Inhalts. Die geringe Einstellung gegenüber dem slowakischen Recht und indirekt auch gegenüber den slowakischen Juristen war auch einer der Gründe dafür, dass es in der Zwischenkriegszeit nur zu einer teilweisen Vereinheitlichung kam und die Verabschiedung eines neuen Bürgerlichen Gesetzbuches letztlich ausblieb. Eine umfassende Vereinheitlichung des Privatrechts, die nur in begrenztem Umfang an die Rekodifikation der Zwischenkriegszeit anknüpfte und im Gegenteil auch die slowakische Rechtslage berücksichtigte, erfolgte erst nach der kommunistischen Machtübernahme im Rahmen des sog. rechtlichen Zweijahresplans in den Jahren 1948 bis 1950.

Im heutigen tschechischen Bürgerlichen Gesetzbuch von 2012, das programmatisch an die tschechisch-österreichische Tradition (vermittelt durch die Zwischenkriegsgrundrisse von 1931 und 1936/37) anknüpft, wurden zahlreiche Einflüsse des slowakischen Rechts (vermittelt durch die bürgerlichen Gesetzbücher von 1950 und 1964) beibehalten (im Bereich des Erbrechts z.B. Erwerb der Erbschaft durch den Tod des Erblassers, Aufhebung eines Testaments durch die Errichtung eines neuen Testaments, wenn sie nicht nebeneinander standhalten können, oder im Falle einer unbewussten Übergehung nur ein Pflichtteilsanspruch des Kindes/des Nachkommen des Erblassers). Einige Institute slowakischen Ursprungs werden derzeit für eine Wiedereinführung in Betracht gezogen (Haftung für die Schulden des Erblassers bis zur Höhe des Wertes der erworbenen Erbschaft).

In mancher Hinsicht näherte sich das österreichische Privatrecht der slowakischen (ungarischen) Rechtstradition an, auch wenn es nicht direkt davon inspiriert wurde (z.B. durch die Einführung des Pflichtteils für den Ehegatten oder die Nichtunterscheidung zwischen Testament und Kodizill); einige Anregungen sind dennoch überlegenswert (z.B. die gesetzliche Gütergemeinschaft der Ehegatten oder die beschränkte Haftung für die Schulden des Erblassers).

⁸⁶ Zur Regelung des zeitgenössischen ungarischen Rechts siehe ENGEL, Zs., *A házasságon kívül született gyermek örökjogáról*. Budapest, 1908. Auch im Jahr 1938 hatte ein uneheliches Kind kein Erbrecht vom biologischen Vater, selbst wenn dieser es anerkannte. Zu dem keineswegs einfachen Verfahren der Anerkennung eines nichtehelichen Kindes als Erbe im ungarischen Recht siehe SÁNDORFALVI PÁR, Törvényes, S. 63–65; HORVÁTH, A magyar magánjog, S. 342–343.

⁸⁷ ROUČEK (Hrsg.), *Revise I*, S. 31.

Elements Establishing the Principle of the Rule of Law in the Vetus Testamentum and the Novum Testamentum*

István László Mészáros**

Abstract

Our study undertakes to explore the Old and New Testament roots of the rule of law. It shows that the roots go back to the Mosaic laws and the organization of the ancient Jewish state based on them, an ancient state based primarily on laws. It points out that from the aspect of state and legal theory, the uniqueness of the Mosaic laws lay in the presentation of the supremacy and primacy of the law. This principle was reflected in the fact that no one, neither the king nor any leaders, could set themselves above the law. In addition, according to the specific laws concerning Israel's kings, the exercise of royal power was even more confined within the framework of the law. We argue that the principle of governance bound by law is part of the social teaching of both the Old and the New Testaments. All of this – in interaction with the related elements of ancient Greek-Roman political philosophy – played a prominent role in the fact that it was the Judeo-Christian culture where the idea of the rule of law spread and became the basic principle of the political and legal system of the states belonging to this circle.

Keywords: Mosaic Law; Torah; Decalogue; the Law of the King in Deuteronomy; the Torah of the King; Lex Rex; rule of law; Rechtsstaat.

1. Introduction

The rule of law, as a principle that emphasises that the exercise of power must be bound to law and prevents the arbitrary exercise of power, is regarded as a fundamental principle by almost all states in the Judeo-Christian cultural sphere. The Council of Europe and the European Union include it among their requirements for member states. Despite its importance, the content of the rule of law is not precisely defined, and there are even differences in the definition of the concept itself. In the Anglo-Saxon legal family, it is usually referred to as *rule of law*, in continental law as *Rechtsstaat* or *État de droit*, but even in continental Europe there are differences of approach, for example between the French and the German legal cultures.¹ This leads to a difference in content to begin with. The traditional Anglo-

Saxon understanding is not tied to a specific political system; instead, it focuses explicitly on the rule of law. The continental one, on the other hand, leads into the field of organizational issues of state- and institution-building. For example, it connects the rule of law with the separation of powers² and, in our days, even with the democratic political system,³ as well as the development of the institutional background and organisational arrangements for the protection of fundamental rights. And the forms in which these operate further polarise views.

However, despite differences in content, there are attempts to find a common denominator at the core of the rule of law, with a focus on legality, the prohibition of arbitrariness, legal certainty, equality before the law and non-discrimination, respect for fundamental rights, and the guarantee of an independent and impartial judiciary.⁴ The rule of law means the

* This study was carried out in the framework of the OTKA research project (2021–2025), under reference n. K138899. An abridged version was presented at the conference entitled *The Legal Relevance of the Vetus et Novum Testamentum* on June 3, 2022 in Pécs.

** Dr. István László Mészáros, Research Fellow, Department for Legal History, Faculty of Law, University of Pécs, Hungary and Adjunct Professor at Szent Pál Theological Academy, Budapest, Hungary, email: imeszáros@szpa.hu / ORCID 0009-0004-9037-2568.

¹ See also VARGA Zs., A., Jogállamiság [The rule of law]. In: CSINK, L., SCHANDA, B., VARGA Zs., A. (eds.), *A magyar közjog alapintézményei* [The basic institutions of Hungarian public law]. Budapest, 2020, p. 347-397, https://jak.ppk.hu/uploads/articles/2166539/file/3_4_Jogallamisag.pdf (downloaded 01/07/2022); HEGEDŐS, S., A jogállamiság fogalmának teoretikai problémái az Európai Unió jogfelfogásának vonatkozásában [The theoretical problems of the concept of the rule of law in relation to the conception of law in the European Union]. *Külgügyi Műhely* No. 2/2020, p. 5-24. https://kulugyimuhyalapotvany.hu/wp-content/uploads/2020/11/01_KulugyiMuhely_HegedosSoma_doi.pdf (downloaded 01/07/2022); ΤΟΤΗ, J. Z., A jogállamiság tartalma [Contents of the Rule of Law]. *Jogtudományi Közöny* No. 5/2019, p. 197-212.

² European Commission: 2020 Rule of Law Report. The rule of law situation in the European Union, p. 1, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1602583951529&uri=CELEX%3A52020DC0580> (downloaded 15.07.2022).

³ According to paragraph 1/3 of the Final Document of the 1990 Copenhagen Conference on Human Dimensions of the CSCE, “*democracy is an inherent element of the rule of law.*” *Document of the Copenhagen Meeting of the Conference on Human Dimension of the CSCE*, p. 1-26, <https://www.osce.org/files/f/documents/9/c/14304.pdf> (downloaded 15/07/2022).

⁴ The Venice Commission attempted to develop a consensual definition in a 2011 report. See *Report on the rule of law - Adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session* (Venice, 25-26 March 2011), p. 1-16, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2011\)003rev-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2011)003rev-e) (downloaded 15/07/2022).

supremacy and primacy of the law, with the implication that no one is above the law. Acts of law, once enacted, are binding on all, both those in power and those governed. The prohibition on arbitrariness is expressed in the fact that those exercising public power by force of coercion may not act arbitrarily, at their own discretion, but may only do what the law authorises them to do. They must also exercise their discretionary powers within reasonable limits and in accordance with the legitimate aims of promoting the common good and protecting the goods of the people. To achieve legal certainty, rights and obligations must be foreseeable and clear, while equality before the law and non-discrimination mean that laws must apply equally to all, without discrimination between persons in the areas subject to regulation and laws must not discriminate adversely against persons. Respect for fundamental rights means recognising that the universal, fundamental, and inalienable rights of the person embody human dignity and are therefore independent – instead of being a donation – of public authority.⁵ It is therefore the duty of the State to recognise and protect both human dignity and the rights that derive from it. Lastly, the independent and impartial judiciary is a guarantee of the absence of outside influence in the adjudication of disputes.

The fact that the ideal of the rule of law developed in the Judeo-Christian cultural sphere and became a general principle of state organisation cannot be separated from the social, political, and legal impact of the Old and New Testaments. Both texts contain several descriptions and requirements concerning the organisation of society and the state, as well as legislation, which seek to prevent the arbitrary exercise of human power. Among these, the relationship between law and human rule, and the matter of priority between the two, is of crucial importance, and the Bible gives primacy to the (divine and eternal) law. Hence, the precedents which inspired and contributed decisively to the development of the ideal of the rule of law are also to be found in the Bible.

2. Biblical interpretation of the idea of the rule of law

2.1 The biblical roots of European constitutional development related to the rule of law

The idea of the rule of law as a concept of subordinating the exercise of power to laws, of bringing rule within the framework of law, i.e. the “rule of law,” appeared in ancient (Greco-Roman) political philosophy; namely in *Plato*, *Aristotle*, and *Cicero*.⁶

However, little mention is made of the fact that the roots go back even further: to the Mosaic laws and the organisation of the ancient Jewish state on the basis of these laws (regardless of the degree in which it was subsequently applied in practice). In fact, the principle of the supremacy and primacy of the law, in the form of a general requirement of subordination to *the Decalogue* (Ten Commandments), recorded on two stone tablets, was present in the ancient Jewish state as a guiding principle to be reckoned with, right up to the annihilation of the sovereign state. It also sought, with varying degrees of success, to keep the leaders of the state, the ruling elite, at bay. In the Old and New Testaments, the divine requirement to rule in harmony with the norms of laws is found throughout the books of the Old and New Testaments, and this requirement, in interaction with relevant elements of ancient political philosophy, played a decisive role in the development of the doctrine of the rule of law.

The *Decalogue* usually appears in popular thought only as the most important set of religious and moral commandments that underpin Judaism and Christianity. And the *Torah*, which encompasses the Mosaic laws, is identified only with Jewish religious law, with the exception of the *Decalogue*. However, the commandments concerning the relationship between *God* and man and between man and man, and the *Torah* as a whole, are much more than that. The *Decalogue* declares universal fundamental values which are the basis of human existence and which are also enshrined as the basic legal norms of human coexistence.⁷ And the state and legal theory aspects of the *Decalogue* are hardly mentioned at all, even though its *erga omnes* interpretation makes it the foundation of the rule of law and the principle of equality of rights, while it is also the first universal declaration of man’s natural (human) rights.⁸ It is therefore a body of norms which, in addition to being the foundation of the specific law of the ancient State of Israel, is of universal significance as regards the foundations of the organisation of society and the state.

This also applies to the state and legal theories of the written *Torah* (the five books of *Moses*, *Pentateuch* from its Greek name) and the Old Testament (the Hebrew Bible or *Tanakh*) as a whole. *Torahic* law is inherently more than a theoretical construct, since it constituted the legal system of a specific state, ancient Israel, and must be taken as a fact of legal history. It is not, however, limited to the realm of sacrality, containing not only religious rules but also private and public law rules gov-

⁵ The English law professor *Albert Venn Dicey*, in his famous *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, published in 1885, states in principle that “the law of the constitution, the rules which in foreign countries naturally form part of a constitutional code, are not the source but the consequence of the rights of individuals, as defined and enforced by the Courts.” DICEY, A. V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. London, 1915, Part II. Ch.4. 199, https://archive.org/details/introductiontost0000unse_r6a8/page/n5/mode/2up?q=source (downloaded 01/08/2023).

⁶ PLATO, *Laws* (translated by TAYLOR, A.E.). London 1934, Book IV. 715d, https://archive.org/details/lawsoplato01plat_0/page/n5/mode/2up (downloaded 31/08/2022); ARISTOTLE, *Politics* (translated by JOVETT, B.). Oxford 1908, Book III. 1287a; <https://archive.org/details/aristotlespoliti00arisoft/page/n3/mode/2up> (downloaded 31/08/2022); CICERO, M. T., *Oratio pro Cluentio (Cicero's defence of Aulus Cluentius)*. 53.146, <http://archive.org/details/orationesrecogno01ciceoft/page/n181/mode/2up?view=theater> (downloaded 31/08/2022).

⁷ The violation of the majority of the norms of the *Decalogue* was specifically sanctioned by the Mosaic laws, so they could not be considered as merely sacral or moral law, i.e. using the terminology of Roman law, especially the commandments concerning interpersonal relations, they were considered as “*ius*,” not merely “*mos*” or “*fas*.” As for universality, it is no coincidence that, independently of the *Decalogue*, the protection of human life, property, and marriage became an integral part of the legal order of civilisations outside the Judeo-Christian cultural sphere, too. FÖLDI, A., HAMZA, G., *A római jog története és institúciói*. [History and Institutes of Roman Law.] Brósz Róbert és Pólay Elemér tankönyvének alapulvételével. Budapest 2020.

⁸ The prohibitive provisions of the *Decalogue* (“thou shalt not kill, thou shalt not steal,” etc.) point to the fundamental rights protected by the prohibitions (life, liberty, property, etc.), expressing their inviolability by prohibiting their violation.

erning interpersonal relations.⁹ Moreover, the *Torah* goes far beyond the horizon of the Jewish people and its ancient state, beyond the provisions that were specifically binding only on the Jewish people. Indeed, many of the provisions of the law promulgated through *Moses* in the framework of the covenant with Israel (the “Mosaic laws”), with the exception of the sacred (ritual, ceremonial) commandments,¹⁰ constitute universal prescriptions¹¹ or guidelines for all mankind.

These are not only the universal moral (ethical) provisions of the Mosaic Law,¹² but also, as a guideline, several public (state, administrative) provisions pertaining to public law. Although these are, in their specificity, binding only on the Jewish people in their own nation-state,¹³ their principles are not limited to Jewish statehood alone. Behind the public legal provisions of the *Torah* lie several general principles of state and social organisation that go beyond the Jewish theocracy,¹⁴ which provide a model and age-independent guidance for all other state-forming political communities and have also had an impact through the spread of Biblical knowledge.¹⁵ Among other things, this is the principle of the rule of law. The New Testament itself af-

firms and further articulates, in the light of the teachings of *Jesus Christ*, the Torahic theory of state and law¹⁶ which, through the spread of Christianity, has had a decisive influence on the development of the European model of state and law.

In our study, we wish to point to the biblical roots (prefiguration) of the central requirement of the rule of law: the primacy and supremacy of law (legality), and within this, specifically the biblical roots (prefiguration) of governance under the rule of law.

2.2 Law oriented state-building

The social and state organisation of ancient Israel was law-centred, which contrasts law-centred political system-building with the political model of ancient Near-Eastern and oriental despotism.¹⁷ While in the surrounding peoples the deification and cultic veneration of the ruler was common (he was ascribed divine origin, or considered to be an earthly incarnation of the gods, or endowed with divine/extra-terrestrial attributes), and therefore attributed absolute power, the Israelites considered the law to be of divine origin and therefore eternal and unchangeable.¹⁸ The leaders – just earthly men – remained among

⁹ In ancient societies, there was no sharp distinction between religious, moral, and legal norms, either in terms of the subject of regulation or the extent to which they were sanctioned. The *Torah* too contains a mixture of these.

¹⁰ Based on a thematic approach, the *Torah*'s commandments are traditionally divided into three broad categories: (1) moral (ethical), (2) ritual (ceremonial), as well as (3) judicial (law enforcement) and norms with public law nature. Some of these provisions, by their very nature, fall into several categories. The *Torah* does not list them (it does not organise them into a single code), but rather disperses them, mixing them with historical descriptions, without mentioning their exact number, which does not detract from the weight of the provisions, nor does it obscure their nature. In the course of time, the rabbis systematized these norms and compiled a list of Torahic commandments, which eventually resulted in the 613 (248 positive and 365 negative) divine commandments (*mitzvot*) specified by *Maimonides* (1138-1204). One of the difficulties in counting is that there are provisions that appear more than once in the *Torah* (e.g., the obligation to observe the Sabbath) or that are inherently linked to a specific place or time (e.g. the rules for the construction of the Mosaic Holy Tabernacle). There is also the difficulty of classifying the ancillary provisions that justify certain commandments. In the present study, without getting into the problem of counting, we will consider the biblical text as it stands, independently of the list of 613 commandments, explicitly according to its meaning, as Christian authors have done from age to age. For a thematic division, see *MAIMONIDES, M., Sefer HaMitzvot*. (translated by NATAF, F), https://www.sefaria.org/Sefer_HaMitzvot?tab=contents (downloaded 01/07/2022); *AQUINAS, St. Th., A Summa Theologiae kérdései a jogról* [The Questions of Summa Theologiae relating to Law – I-II. qq. 90-108 & II-II. qq. 57-62]. Budapest 2011, I-II, q.99. a.4; *CALVIN, J., On Civil Government*. In: *Institutes of the Christian Religion*, Vol. II, Grand Rapids, MI: Christian Classics Ethereal Library. Book Four, Ch. 20, 14, https://ccel.org/ccel/calvin/institutes/institutes/Page_Index.html (downloaded 01/07/2022); and among contemporaries, *RUFF, T., A mózesi Törvény egységes rendszerének immanens elvei* [The immanent principles of the unified system of the Mosaic Law]. *Studia Biblica* No. 1/2021, p. 9-35.

¹¹ At least in terms of hypotheses and dispositions. As regards the question of sanctioning, as *Calvin* writes, the social circumstances of different peoples obviously lead to differences. See *CALVIN, Institutio*, IV.20.16.

¹² The basis of the moral (ethical) set of commandments is the *Decalogue* itself, but it also includes the norms that regulate interpersonal relations in their essential content, such as helping those who have become needy through no fault of their own (widows, orphans), the prohibition of kidnapping, the prohibition of financial exploitation, the prohibition of commercial and sales fraud, the prohibition of misrepresentation, the prohibition of inhuman treatment of employees, the obligation to keep one's word, the timely payment of wages, the prohibition of incest, etc.

¹³ In the sovereign Jewish nation-state established on the land of ancient Israel (the “Promised Land” or “Holy Land”).

¹⁴ Thus, the principle of limited government, separation of powers, rule of law, independent and impartial judiciary, protection of fundamental rights, principle of participation, principle of publicity, as well as a model or vision of political order based on sovereign states as opposed to the construction of imperial systems.

¹⁵ Deuteronomy 4:6; Romans 15:4; I Corinthians 10:11. We will always adopt the NRSV's readings, unless otherwise indicated. See: Holy Bible (NRSV), www.bible.com (downloaded 01/07/2022).

¹⁶ For example, by embodying the principle of public service and the moral legitimacy of state power, offering religious freedom and raising the issue of slave emancipation; by emphasising and developing thinking along the lines of natural law; by paying respect for human dignity at the centre of social existence on the basis of the commandment of mutual love.

¹⁷ The historical context itself is indicative of the juxtaposition, in that the Mosaic Law was promulgated after the exodus from the Egyptian slave-holding monarchy based on the ancient idea of despotism and the divinity of the pharaohs (described in the preamble to the *Decalogue* as “the house of slavery”).

¹⁸ In the preamble of his code, *Hammurabi*, calling himself the royal foetus created by the “moon god,” and by describing at length his own royal greatness and power “received from the gods,” and by placing it in an unearthly dimension, seeks to emphasize the authority of the law promulgated by him as king (see *The Laws of Hammurabi* in English: <https://avalon.law.yale.edu/ancient/hamframe.asp>, downloaded on 01/07/2022). In the *Torah*, on the other hand, the opposite is true: the law establishes the royal power (“gives birth” to the king) and immediately brings it within the framework of the law. The Israelite king was not considered a sovereign source of law: “*Rex est rex secundum legem, sed non est dominus et rex legis*” (the king is king according to the law, yet not lord and king of the law – see *RUTHERFORD, Rev. S., Lex Rex, Or The Law And The Prince: A Dispute For The Just Prerogative Of King And People*. 1644, Ch. XXVII: Whether or no the King be the sole, supreme and final interpreter of the law; p. 252, <https://lonang.com/library/reference/rutherford-lex-rex/> (downloaded 15/07/2022).

them, even if they were charismatic figures such as *Moses* or *David*, who were just as much subject to the law as the people. The extent to which the deification of man did not fit into the Israelite conception of man is illustrated by the instinctive rejection of *Jesus Christ* incarnate in human form by the Israelite religious elite. Although the legal order (not only the ancient customary law, but usually also the law made by the ruler) was ascribed a divine origin in the ancient Eastern world, these norms – unlike the Israelite model – were inferior to the ‘deity’ embodied in the ruler, who himself was sovereign and could therefore change the legal order at his ‘divine’ whim.

The *Torah*’s rules, including the *Decalogue*, which was the sum of them, were unique in legal theory inasmuch as they applied to everyone, to the whole of Israelite society without exception, and with universal validity. Both the leaders and the governed were equally subordinated to the law. Even the king had no right to override the *Torahic* norms. The *Torah* was promulgated and thus contained instructions with which everyone could get acquainted. Acquiring knowledge of its norms was a general obligation, prescribed by the *Torah* itself.¹⁹ The reference to the Israelites as ‘the people of the *Torah*’ bears reference to their law-centredness. This law-centred social and state organisation was in sharp contrast to the dominant political order of the time.

This focus on the law is reflected, among other things,²⁰ in the *Torah*’s view that judges were subordinate to no one but the law, the Supreme Court’s interpretative rulings, and God. They were not to enforce the will of the king, but the force of the law. A kind of judicial independence was declared by the *Torahic* provisions, which emphasised the judges’ responsibility before God by attributing divine authority to their judgments, provided that they were indeed based law (the divine norms) and on real evidence.²¹

2.3 Subordination of power to law: the ‘Law’ of the King (‘Kingship Law’)

In addition to emphasising its generally binding scope and the early requirement of equality before the law²² in the context of the ancient state of Israel, the *Torah* also specifically refers to

the obligation of heads of state to be bound by law. This is evidenced by the so-called ‘Law’ of the King (hereinafter: ‘Kingship Law’) in Deuteronomy, a body of norms specifically dealing with the exercise of royal power.²³ This section is one of the most important and history-shaping public norms in the *Torah*, providing guidance for all mankind beyond Israel. Although it deals specifically with royal power, its provisions apply to all forms of government in general.

The fact that this section of norms is structurally immediately preceded by the corpus on the independent administration of justice in the written *Torah* is a message by itself.²⁴ This also gives the requirement of legality a strong emphasis vis-à-vis the government of the day. As will be seen below, the ‘Kingship Law’ not only does not confer privileges on kings, but it outright prohibits for them a number of activities that others could otherwise do. It also warns them, with particular emphasis, to observe the law and to refrain from abusing their power. It also specifically requires the king to exercise his power while being subject to the law. The relevant provisions reads as follows: “When you come to the land that the LORD your God is giving you, and you possess it and dwell in it and then say, ‘I will set a king over me, like all the nations that are around me,’ you may indeed set a king over you whom the LORD your God will choose. One from among your brothers you shall set as king over you. You may not put a foreigner over you, who is not your brother. Only he must not acquire many horses for himself or cause the people to return to Egypt in order to acquire many horses, since the LORD has said to you, ‘You shall never return that way again.’ And he shall not acquire many wives for himself, lest his heart turn away, nor shall he acquire for himself excessive silver and gold. And when he sits on the throne of his kingdom, he shall write for himself in a book a copy of this law, approved by^[c] the Levitical priests. And it shall be with him, and he shall read in it all the days of his life, that he may learn to fear the LORD his God by keeping all the words of this law and these statutes, and doing them, that his heart may not be lifted up above his brothers, and that he may not turn aside from the commandment, either to the right hand or to the left, so that he may continue long in his kingdom, he and his children, in Israel.”²⁵

¹⁹ Deuteronomy 6:6-7; 31:9-12, and 31:19.

²⁰ Law-centredness, along the lines of *Torahic* law and the social and state organisation based on it, represented many elements of the rule of law, although in a rudimentary form and with relative effectiveness, since it was limited by the conditions of the time. Thus, in addition to the rule of law, there are also the precursors of equality before the law, legal certainty, the independence and impartiality of the judiciary and the protection of fundamental rights.

²¹ “You must not be partial in judging; hear out the small and the great alike; you shall not be intimidated by anyone, for the judgment is God’s. Any case that is too hard for you, bring to me, and I will hear it” (Deuteronomy 1:17). On the ‘supreme court,’ see Deuteronomy 17:8-12. Regarding *Torah* justice, see RUFF, T., A zsidó joggyakorlat bibliai alapjai Jézus korában [The Biblical Foundations of Jewish Jurisprudence in the Age of Jesus]. *Studia Biblica* No. 1/2020, p. 123-135.

²² The *Torah* expresses the requirement of equality before the law by emphasizing the impartiality of justice (the prohibition of partiality): “You must not be partial in judging; hear out the small and the great alike” (Deuteronomy 1:17a); “You shall not render an unjust judgment; you shall not be partial to the poor or defer to the great: with justice you shall judge your neighbor” (Leviticus 19:15); „You must not distort justice; you must not show partiality...” (Deuteronomy 16:19a). “You shall have one law for the alien and for the citizen” (Leviticus 24:22a). In the context of the times – and by their impact on later Judeo-Christian culture – these laws are historically significant, even though the legal status of women did not reach the level of men (for example, in terms of inheritance rights, witnessing rights in court), and although in the form of debt slavery and with several restrictions therein, slavery persisted. The *Torah*’s enshrinement of the prohibition of partiality, further shaped by the analogous New Testament teaching (Galatians 3:26-28), became the leaven for the development of the modern principles of equality before the law and equality of rights. See also HACK, M., Az európai jogi kultúra zsidó-keresztény gyökerei [The Judaeo-Christian roots of European legal culture]. *Diké* No. 1/2017, p. 9-32;

²³ Deuteronomy 17:14-20.

²⁴ Deuteronomy 16:18-20; 17:8-13. Its significance is not diminished by the fact that the kings of the house of *David* themselves also acted as judges: II Samuel 15:2; I Kings 7:7; Psalm 72:1-4.

²⁵ Deuteronomy 17:14-20. The English Standard Version reading. See: Holy Bible (ESV), <https://www.bible.com/bible/59/DEU.17.ESV> (downloaded 01/08/2023).

2.4 The desacralisation of governance

The Torahic ‘Kingship Law’ makes it clear that the king is one of the “brothers”, not a superhuman being, an incarnation or descendant of a deity, but a mortal, an earthly man himself; even if in his election there is a divine decree involved. With regard to the relationship between the king and the people, it emphasises, by the emphatic (threefold) declaration of “brotherhood,” that the king must regard the governed not as subjects but as “brothers”, i.e. he must govern as their protector, not as a ruler over them.²⁶ Since gods cannot be subordinated to the law, this Torahic concept which, in contrast to the despotism of the ancient Near East, desacralised the person of the head of state is an essential prerequisite of the primacy of the law.

While the institution of civil government is described in the Torah as reflecting a divine will,²⁷ as expressed in the New Testament itself,²⁸ its implementation is a human task and responsibility.²⁹ Participation in it does not make anyone “godlike,” infallible, or above the law. This is true even in the theocracy on earth, which implies „theocracy” but not that the leader himself is a god. The very first commandment of the *Decalogue* („*Thou shalt have no other gods before me*”)³⁰ precludes the deification of heads of state.

The practice of anointing a king³¹ did not change any of this. Although it was an expression of divine election and connection with *God* for the sake of society,³² it did not at all imply

the divine nature of the person concerned. This is illustrated by the fact and description of the moral sins of anointed Israelite kings, such as *David*, who was considered to be “the model of all princes.” Nor did it imply the elevation of the king above the law, a warrant for self-righteousness. The king remained a man subject to the law,³³ who, moreover, by virtue of the anointing, now had a heightened and direct responsibility before *God* to keep and enforce the law.

Neither the *Torah* nor the New Testament prescribes any cultic homage to kings or heads of state. Even the obligation of the governed to comply is not unconditional, it is only prescribed towards the legitimate exercise of power.³⁴ Nor does the New Testament’s call to pray for leaders imply the establishment of some kind of superhuman status, since it is not about praying to leaders, but for leaders, precisely in order to help them serve the common good, and do so effectively.³⁵

2.5 The participation of the governed

The provision in the ‘Kingship Law’ which clearly states (and repeatedly reiterates) that the king is “made” or “raised” above the people by the people or the people’s representatives (“*you say, I will set a king over me*”) played an important role in the subordination of state power to law. The law thus declared that the power of the king as a person derives legally from the determination and consent of the governed. Thus, no one could

²⁶ John Calvin also notes that the law „*And the word brethren [brothers] is used designedly, lest they should imagine that the law of brotherhood was abolished, because they were set over the whole people; but rather that they should study to cherish all as members (of themselves.)*” CALVIN, J., *Harmony of the Law. Commentaries on the Four Last Books of Moses – Arranged in the Form of a Harmony*, Vol. II, Grand Rapids, MI: Christian Classics Ethereal Library, at Deuteronomy 17:18., p. 99, https://ccel.org/ccel/calvin/calcom04/Page_Index.html (downloaded 01/07/2022). Erasmus of Rotterdam writes: „*If a Hebrew king is bidden to learn the law, which gave but the merest shadowy outlines of justice, how much more is it fitting for a Christian prince to follow steadfastly the teachings of the Gospels? If He does not wish the king of Judea to be exalted over his people, but wishes to call them brothers instead of slaves, how much less does it become a Christian [prince] to call them slaves whom Christ himself, the Prince of princes, called brothers?*” ERASMUS, D., *The Education of a Christian Prince* (1516). (Translated by BORN, L. K.). New York, 1963, p. 167, http://www.stoics.com/erasmus_s_education_of_a_chris.html (downloaded 31/08/2023). See also MAIMONIDES, M., *Mishneh Torah, Kings and Wars*. (Laws of Kings and Wars, translated by BRAUNER, R.). 2012, 2:6, https://www.sefaria.org/Mishneh_Torah_Kings_and_Wars?tab=contents (downloaded 01/07/2022).

²⁷ The origin of civil government under divine law rests on the commandment of the Noahic covenant which imposed on mankind the specific obligation to organize and administer justice, which is the foundation of the exercise of power among men: “*For your own lifeblood I will surely require a reckoning: from every animal I will require it and from human beings, each one for the blood of another; I will require a reckoning for human life. Whoever sheds the blood of a human, by a human shall that person’s blood be shed; for in his own image God made humankind*” (Genesis 9:5-6).

²⁸ Romans 13:1 „*there is no authority except from God, and those authorities that exist have been instituted by God.*” (Greek: „*Πᾶσα ψυχὴ ἐξουσίαις ὑπερεχούσαις ὑποτασσέσθω, οὐ γὰρ ἔστιν ἐξουσία εἰ μὴ ὑπὸ θεοῦ, αἱ δὲ οὗσαι ὑπὸ θεοῦ τεταχμέναι εἰσίν.*” Latin: „*omnis anima potestatibus sublimioribus subdita sit non est enim potestas nisi a Deo quae autem sunt a Deo ordinatae sunt.*”) Contrary to the dogmatic interpretation of the kings’ rule by divine right, it is important to stress that the term translated as „*authority*” in the quoted passage is the Greek *ἐξουσία* (*exūsia*), which means the power itself, authority, entitlement, freedom, capability to do something. It does not refer to the person exercising the power as a subject, but to the power itself, to the institution exercising it, within the limits of its competence and jurisdiction, as is the case with the classical civil power of public authority. This is also reflected in the Latin text of the Vulgate, which renders the subject-matter as ‘*potestas*.’ It follows that the exercise of power is subject to the limits of the powers assigned to the sphere of power in question, and overstepping that boundary would be illegitimate, or, at a certain level, unlawful.

²⁹ „*The heavens are the Lord’s heavens, but the earth he has given to human beings*” (Psalm 115:16).

³⁰ Exodus 20:3 and Deuteronomy 5:7.

³¹ Most Israelite kings were not even anointed. In the Old Testament, at least, only *Saul* (I Samuel 10:1,17-27; 11:12-15), *David* (I Samuel 16:1; 16:13; II Samuel 2:4; 5:3), *Solomon* (I Kings 1:32-40; I Chronicles 29:20-22); *Jehu* (II Kings 9:1-13), *Jehoash* (II Kings 11:12; II Chronicles 23:11), and *Jehoahaz* (II Kings 23:30) are mentioned as anointed kings of Israel.

³² And for the sake of the anointed person, as the transmission of charismatic gifts and protection was necessary for the performance of the task.

³³ Deuteronomy 17:18-20.

³⁴ According to the social teaching of the Bible, the exercise of public authority is bound to moral legitimacy: „*For rulers are not a terror to good conduct, but to bad*” (Romans 13:3a); „*For the Lord’s sake accept the authority of every human institution, whether of the emperor as supreme, or of governors, as sent by him to punish those who do wrong and to praise those who do right*” (I Peter 2:13-14). The governed are therefore bound by obedience within these limits. When power fuses ‘good’ and ‘evil,’ it loses its divine legitimacy, ceases to deserve human compliance, and ultimately a right of civil resistance arises: “*We must obey God rather than any human authority*” (Acts 5:29).

³⁵ I Timothy 2:1-2: „*First of all, then, I urge that supplications, prayers, intercessions, and thanksgivings be made for everyone, for kings and all who are in high positions, so that we may lead a quiet and peaceable life in all godliness and dignity.*”

rise to power by himself and lead the nation, not even by appealing to his divine election or divine right before society in theocratic ancient Israel.

This was exemplified by the inauguration of Israel's first king, *Saul* (reigned 1050-1010 BC)³⁶, and his successor *David* (reigned 1010-970 BC). Both were originally anointed as kings by the prophet *Samuel*, but neither could take office by their anointing alone, without the consent of the governed.³⁷ In fact, in the case of *David*, who became king of all the Israelite tribes in two stages, the anointing itself was repeated in accordance with the stages of acceptance by the governed. Since *David* is also the archetype of the ideal head of state in the Bible,³⁸ the description of his investiture is also explicitly a message about the need for the authority of the governed, or their representatives, to legitimately govern, despite *God's* election.

At first, *David* only gained royal power over the people of *Judah*, because the other Israelite tribes followed King *Saul's* son, *Ishbosheth*.³⁹ After several years, the northern tribes also gave *David* the kingship, based on a solemn treaty: „All the elders of Israel came to the king in Hebron, and King *David* made a covenant with them in Hebron before the Lord, and anointed *David* king over Israel.”⁴⁰

Specifically, the king and the representatives of the people were described here as making a “covenant” or “contract” (Hebrew: *berit*),⁴¹ as in this case the basic condition for being anointed king and the exercise of royal power was subject to conditions stipulated with the governed, from which the king could not deviate.⁴² The incorporation of the principle of participation of the governed in the ‘Kingship Law’ was intended

from the outset to serve as a brake protecting the rights of the people against the power of the king. Moreover, the ‘Kingship Law’ reflects a kind of optionality even as regards the institution of kingship itself (“you say [*sic: ve-amartah*]: I will set a king over me”), in contrast to the explicit obligation to establish a judicial system, which is laid down in the *Torah* just before the provisions of the ‘Kingship Law’.⁴³

2.6 The framework of the ‘Kingship Law’

The ‘Kingship Law’ places the exercise of royal power emphatically within the framework of the law, radically circumscribes the ruler’s powers. It makes it a basic obligation for the King and, as a matter of principle, for all leaders to uphold the law and govern according to it. As it states, the king shall “keep all the words [*dabar* = word, command] of this law [*torah*] and these statutes [*choq* = rule, decree, regulation]” all the days of his life „and he may not turn aside from the commandment [*mitzvah*], either to the right or to the left.” This meant, in the circumstances of the time, the subordination of the administration of state to the rule of law, which is unparalleled in that era. It explicitly requires the king to be familiar with the law, to keep it in mind and to study it: “he shall write for himself in a book a copy of this law (...) and it shall be with him, and he shall read in it all the days of his life (...)”⁴⁴ It is characteristic that the two active provisions of the ‘Kingship Law’ are directed towards subordination to the law: to copy and keep the *Torah*.⁴⁵

All other provisions are prohibitive. They prohibit the use of a position of public power for gain: the king „shall not keep many horses” (this is also a precaution against building up a potential

³⁶ Dating is based on the *Gershon Galil* chronology here and in the rest of the paper.

³⁷ For *Saul's* anointing and installation, see I Samuel 10:1 and 10:17-27; 11:12-15. For *David's* first anointing, see I Samuel 16:1 and 16:13; for his installation, see II Samuel 2:4 and 5:3.

³⁸ I Samuel 13:13-14; Acts 13:22. Of all the Israelite kings, *David* (alone) is explicitly recorded in the Old and New Testaments as “a man after the Lord’s own heart,” whose reign was crowned by *God* through a special covenant with the house of *David* (II Samuel 7:16; I Chronicles 17:11-14; Psalm 89:29-38). It is his reign that is described in the greatest length in the Old Testament.

³⁹ II Samuel 2:4-11.

⁴⁰ II Samuel 5:3.

⁴¹ In the Septuagint translation (Brenton Septuagint Translation, <https://www.biblestudytools.com/lxx/>, downloaded 01/07/2022): “καὶ ἔρχονται πάντες οἱ πρεσβύτεροι Ἰσραὴλ. πρὸς τὸν βασιλεῖα εἰς Χεβρων, καὶ διέθετο αὐτοῖς ὁ βασιλεὺς Δαυὶδ διαθήκην (diathékén) ἐν Χεβρον ἐνώπιον κυρίου, καὶ χρίουσιν τὸν Δαυὶδ εἰς βασιλεῖα ἐπὶ πάντα Ἰσραὴλ.” The Vulgate (<https://biblia.szeroczei.hu/bible/vulgate>, downloaded 01/07/2022) uses the word „foedus” to render the meaning of the covenant, which is a covenant contract: “venerunt quoque et senes de Israhel ad regem in Hebron et percussit cum eis rex David foedus in Hebron coram Domino unxeruntque David in regem super Israhel.” According to the description of the Encyclopaedia of Antiquity edited by *Vilmos Pecz*, *foedus* is “in the strict sense of the word, a state contract solemnly concluded according to certain forms,” see <https://mek.oszk.hu/03400/03410/html/3207.html> (downloaded 01/07/2022).

⁴² A similar covenant treaty (Hebrew: *berit*, Greek: *diathéké*, Latin: *foedus*) was concluded at the inauguration of King *Jehoash* (reigned 842-805 BC), who was also anointed (II Kings 11:17).

⁴³ Deuteronomy 16:18-20 and 17:8-13, cf. 17:14-20. See the Babylonian Talmud, Seder Four, Tractate Sanhedrin 20b:8-9 (Talmud, <https://www.sefaria.org/texts/Talmud>, downloaded 01/07/2022); and *FLAVIUS, J., The Antiquities of the Jews*. Book IV, Ch. 8, paragraph 17, <https://www.gutenberg.org/files/2848/2848-h/2848-h.htm> (downloaded 15/07/2022).

⁴⁴ Deuteronomy 17:18-19. ESV reading, <https://www.bible.com/bible/59/DEU.17>. ESV

In the *Mishnah*, tractate *Sanhedrin*, it is added that the *Torah scroll* is to be taken by the king „when he goes out to war, to take it with him; when he returns, to bring it back with him; when he sits down to judge, to have it with him; when he sits down to eat, to have it before him.” See: *Mishnah, Sanhedrin 2:4*, <https://www.sefaria.org/texts/Mishnah>, downloaded 15/07/2022); *RUFF, T. A Misna Szanhedrin traktátusa [The tractate of the Mishnah Sanhedrin]. Studia Biblica No. 2/2021, 121-155; PHILO of Alexandria, The Special Laws, IV, Ch. XXXII.* <https://www.earlychristianwritings.com/yonge/book30.html> (downloaded 01/07/2022);

DE BÈZE, Th., *The Rights of Magistrates over their Subjects*. 1574, q. 10, <https://constitution.org/I-Constitution/cmt/beza/magistrates.htm#notes1> (downloaded 01/08/2023);

FRAADE, S. D., ‘The Torah of the King’ (Deut. 17: 14-20) in the Temple Scroll and Early Rabbinic Law, https://www.academia.edu/1017285/The_Torah_of_the_King_Deut_17_14_20_in_the_Temple_Scroll_and_Early_Rabbinic_Law (downloaded 01/07/2022).

⁴⁵ The *Torah's* arrangement into 613 commandments brings these two provisions together. See *Tanakh*, <https://www.sefaria.org/texts/Tanakh> (downloaded 01/07/2022); The 613 Mitzvot (Commandments). <https://www.jewishvirtuallibrary.org/the-613-mitzvot-commandments> (downloaded 01.07.2022).

for power for oppression and warfare for its own sake); „he shall not keep many wives”; „nor shall he acquire for himself excessive silver and gold.”⁴⁶ They issue a warning to care about the public interest, serving the public: let not the king’s heart be „lifted up above his brothers” (not to abuse his power, not to take advantage of his people). Above all, in order to preserve the people’s freedom, they stress that „one from among your brothers you shall set as king over you. You may not put a foreigner over you, who is not your brother;”⁴⁷ and (the king) „must not cause the people to return to Egypt in order to acquire many horses.” Egypt embodied a system of servitude, which the king should not fall into, even for economic gain, the warning goes.

The ‘Kingship Law’, as mentioned earlier, not only refuses to confer privileges on the heads of state, but explicitly obliges them to abstinence. Kings are forbidden to do things (to keep many wives, and hoard material wealth) that would otherwise not be prohibited in ‘civil’ life, but which, in the possession of power, tempt them to abuse it, as John Calvin writes about these restrictions: “The royal power is here circumscribed within certain limits, lest it should exalt itself too much in reliance on the glory of its dignity, For we know how insatiable are the desires of kings, inasmuch as they imagine that all things are lawful to them. Therefore, although the royal dignity may be splendid, God would not have it to be the pretext of unrestrained power, but restricts and limits it to legal bounds. (...) for nothing is more difficult than for one in great power to continue disposed to temperance. Therefore God does not in vain enjoin that they should constantly persevere in their duty, and not lose their understanding. Moreover, He forbids kings to heap up treasures, because it cannot be done without rapine and violent exactions;⁴⁸ whilst, at the same time, wealth encourages them audaciously to undertake unjust wars, incites them to gross dissipation, and at length hurries them forward to tyrannical excesses. First, therefore, God would have kings beware, lest in their pursuit of riches they should exhaust the blood of the people, and lest

they should lavish their ill-gotten money in superfluous expenses, and be extravagant with what belongs to others; and lastly, lest they should be tempted by the pride of wealth to attempt unlawful things.”⁴⁹

St. Thomas Aquinas also states that „legitimate kings must rule and govern according to the norm given in Deuteronomy.”⁵⁰ The above cited Torahic provisions make it clear that the legitimacy and durability of the power of leaders can be guaranteed by adherence to the framework of the law and the proper use of power. This is for the benefit of the king „so that he may continue long in his kingdom, he and his children [descendants] in Israel” (as the law says). It is also eloquent proof that the anointing of kings – as we have indicated – did not mean their elevation above the law.

It is worth noting that the Israelite kings, contrary to the practice of kingdoms, did not have the power to legislate. The ‘Kingship Law’ conspicuously lacks any such power. As a general rule, they were themselves law-enforcers. Their rulings and actions were governed by *Torah* norms, though, and they were subject to the scrutiny of the prophets.

The ‘Kingship Law’ thus ruled out royal absolutism, which was unique in the context of the time and serves as the paradigm for the rule of law. The ancient state of Israel can therefore rightly be called the first constitutional monarchy of mankind, if the *Torah*’s ‘Kingship Law’ is seen as a basic document with constitutional power limiting royal power, as many Jewish and European Christian thinkers have done over the centuries.⁵¹

2.7 The question of the king’s prerogatives

Nor could the exercise of the prerogatives, which gave kings the necessary latitude to govern, override the provisions of the *Torah*. It was necessary to remain within their framework and their legal purpose – the protection of life in interpersonal relations⁵² and the organisation of society based on the so-called

⁴⁶ For an explanation of the restrictions and prohibitions, see Babylonian Talmud, Sanhedrin 21a-b; Mishnah, Sanhedrin 2:4; Sefer HaChinukh (translated by NATAF, F.) Sefaria 2018, Mitzvah 499-502, https://www.sefaria.org/Sefer_HaChinukh?tab=contents (downloaded 01/07/2022); MAIMONIDES, *Mishneh Torah, Kings and Wars*, 3:2-6. See also: PHILO, *The Special Laws*, IV, Ch. XXX-XXXII.

⁴⁷ It is also the *Torah*’s most important passage to convey the idea of preserving state sovereignty.

⁴⁸ „Neither shall he greatly multiply for himself silver and gold – this warning is necessary in order to protect the people against exploitation by a despotic monarch,” writes Joseph Herman Hertz in his *Torah* commentary on the passage of Deuteronomy 17:17; See HERTZ, J. H., *The Pentateuch and Haftorahs – Hebrew Text English Translation and Commentary*. New York – Gateshead, 1977, p. 824.

⁴⁹ CALVIN, *The Harmony of the Law*, at Deuteronomy 17:16-17. Vol. II. p. 96-98.

⁵⁰ AQUINAS, St. Th., *De regimine principum ad regem Cypri* [On the Governance of Rulers]. Indexatum et praeparatum a Ricardo M. Romn. Goretti Pulicaciones, 1998, Book 3, Ch. 11, p. 104, https://gorpub.freeshell.org/aquinas_de_regno.pdf (downloaded 31/08/2022).

⁵¹ The influence of the political philosophy reflected in the Mosaic ‘Kingship Law’ on European political thought will be dealt with in a separate paper. For the moment, we will only briefly note that Christianity, among other things, provided the basis for the Anglo-Saxon concept of the rule of law. We need only think of the Magna Carta Libertatum (1215), or of such epoch-making works as *De legibus et consuetudinibus Angliae* (*On the Laws and Customs of England*), a mid-thirteenth-century work by Henry de Bracton, which sets out the essence of the rule of law theory; or the Protestant Samuel Rutherford’s *Lex Rex*, a book on the rule of law in opposition to royal absolutism. The latter was published during the English Civil War, in 1644. Bracton argues that the king can do nothing on earth except what the law allows (“Nihil enim aliud potest rex in terris... nisi id solum quod de iure potest...”). Wherever the will, not the law, prevails, there is in fact no king („Non est enim rex ubi dominatur voluntas et non lex.”). See BRACTON, H. de, *De legibus et consuetudinibus Angliae* (*On the Laws and Customs of England*). II, p. 33 and p. 305, <https://amesfoundation.law.harvard.edu/Bracton/Framed/mframe.htm> (downloaded 01/07/2022). Rutherford argues that what distinguishes the king from the tyrant is the rule of law, that the king must represent the law: he must exercise power as a “living law” („To be a king and an absolute master to me are contradictory. A king essentially is a living law; an absolute man is a creature that they call a tyrant, and no lawful king.”) See RUTHERFORD, *Lex Rex*, Ch. XXIII, 203. See also: Great Christian Jurists in English History (edited by HILL M. and Helmholz RH.), Cambridge 2017; HORVÁTH, B., *Angol jogelmélet* [English legal theory]. Budapest, 2001.

⁵² According to the principle of the protection of life (*piquach nefesh*), the main purpose of the *Torah* is the protection of individual and universal human life; which in rabbinic and Judeo-Christian interpretation implies that all all commandments, except the ban on idolatry and the moral ones sanctioned by capital punishment, may be overridden in order to save innocent human life. See RUFF, A *mózesi Törvény egységes rendszerének immanens elvei*, p. 9-35; and also RUFF, *Az Újszövetség és a Tóra* [The New Testament and the Torah]. Budapest 2009, p. 95-118.

'golden rule.'⁵³ Therefore, the margin of manoeuvre given by the prerogatives is not unlimited, it cannot be an end in itself,⁵⁴ because its use is legitimised by the protection of society, the common good, the service for the governed.⁵⁵

Since the Bible's social teaching maintains that law derives its validity from justice, this also applies to the exercise of sovereign rights. *St. Augustine* compares countries without justice, i.e. countries without law, to gangs of robbers.⁵⁶

2.8 The public service function of civil government

The New Testament, in line with Torahic principles, emphasises the serving and protective function of state power, describing the power of the prince to be aimed at the benefit of the people (*bonum commune*), and bearing divine responsibility, as the Apostle *Paul* writes in his letter to the Roman church: the authority is "God's servant for your good."⁵⁷ This is worth mentioning for the purposes of our subject, because the subordination of the law to the whim of the leaders of the state is inherently contrary to the servant role of public authority.

Jesus Christ Himself emphasizes the servant role of government, condemning its use to rule over people: "So *Jesus* called them (His disciples) and said to them: 'You know that among the Gentiles those whom they recognize as their rulers lord it over them, and their great ones are tyrants over them. But it is not so among you; but whoever wishes to become great among you must be your servant, and whoever wishes to be first among you must be slave of all. For the Son of Man came not to be served but to serve, and to give his life a ransom for many.'⁵⁸ In denouncing the distortion of the exercise of power into tyranny, *Jesus Christ* called his followers to a decisive change of model: the principle of serving the people. Among other things, this exhortation was a fundamental contribution by Judeo-Christian culture to the humanisation of state

power, which had been distorted into becoming a "lord of life and death."

2.9 Historical additions of precedence value

The prophetic and historical corpus of the Old Testament records the requirement of the supremacy of the law in many places, and contains several guiding descriptions of it. These are considered to offer precedential guidance, contributing to the interpretation of the Mosaic Law, and this is the way in which they influenced posterity.

When *Moses* was succeeded by *Joshua* as leader of the Israelites, the account of his assumption of leadership emphasises the principle of governance under the rule of law, stressing that this is a supreme, immutable, universal divine requirement: „*After the death of Moses the servant of the Lord, the Lord spoke to Joshua son of Nun, Moses' assistant, saying, (...) Only be strong and very courageous, being careful to act in accordance with all the law that my servant Moses commanded you; do not turn from it to the right hand or to the left, so that you may be successful wherever you go. This book of the law shall not depart out of your mouth; you shall meditate on it day and night, so that you may be careful to act in accordance with all that is written in it. For then you shall make your way prosperous, and then you shall be successful.*”⁵⁹

The Israelite leadership's approach to Torahic law is a constant point of evaluation in the books of the Old Testament. Hence, a normative social teaching emerges from the case descriptions and their evaluation. The importance of the supremacy and primacy of the law is underlined, for example, by the emphasis on the fact that King *Josiah* (reigned 640-609 BC), who carried out the most comprehensive reform of religious and constitutional law in Judah's history, had as a central part of his programme the restoration of the rule of law after the period of

⁵³ Leviticus 19:18: „you shall love your neighbor as yourself.” In the New Testament, „In everything do to others as you would have them do to you,” see Matthew 7:12; Luke 6:31.

⁵⁴ The prophet *Samuel* explicitly warns against the dangers of abusing royal (centralized) power, see I Samuel 8:9-22a. The phrase “the ways of the king” in this passage does not refer to authority, but describes the way (manner) in which the ruler, in a given case, exceeds his authority by acting in a tyrannical manner, as in the case of the confiscation of *Naboth's vineyard*, described later. See RUTHERFORD, *Lex Rex*, Ch. XVIII. “What is the law of the King, and his power?”

⁵⁵ This is why the Scriptures condemn King *David's* arbitrary census with a description of the divine judgment it provoked (I Chronicles 21). On the relationship between the rule of law and royal prerogatives, see RUTHERFORD, *Lex Rex*, Ch. XXV; BLACKSTONE, Sir W., *Commentaries on the Laws of England*. 1765-1769, Book 1, Ch. 7, <https://lonang.com/library/reference/blackstone-commentaries-law-england/> (downloaded 01/07/2022); LOCKE, John: *The Second Treatise of Government*. In: *Two Treatises of Government* (edited and introduction by MCPHERSON, C. B.) Indianapolis – Cambridge 1980, Ch. XIV, <https://www.gutenberg.org/files/7370/7370-h/7370-h.htm> (retrieved 01/07/2022).

⁵⁶ ST. AUGUSTINE, *The City of God* [De Civitate Dei], (Translated by DODS, M.). Edinburgh, 1913, Book IV, Ch. IV, p. 139-140, <https://ia601603.us.archive.org/4/items/cityofgodtransla01auguuoft/cityofgodtransla01auguuoft.pdf> (downloaded 01/08/2023).

⁵⁷ Romans 13:4a. *Rutherford*, referring to the biblical passage quoted, writes: „The king, as a king, is formally and essentially the 'minister of God for our good,' (Rom 13:4; 1 Tim. 2:2,) and cannot come under any notion as a king, but as a mean, not as an end, nor as that which he is, to seek himself. I conceive God did forbid this in the molding of the first king. (Deut. 17:18, 19, 20);” see RUTHERFORD, *Lex Rex*, Ch. XXV. p. 219. *Martin Luther* stresses that the prince “must give consideration and attention to his subjects, and really devote himself to it. This he does when he directs his every thought to making himself useful and beneficial to them; when instead of thinking, 'The land and people belong to me, I will do what best pleases me,' he thinks rather, 'I belong to the land and the people, I shall do what is useful and good for them. My concern will not be how to lord it over them and dominate them, but how to protect and maintain them in peace and plenty.' He should picture Christ to himself.” See LUTHER, M., *Temporal Authority: To What Extent It Should Be Obeyed* (1522), Part three. In: Forell, G. W. (ed.), *Christian Social Teaching*. Minneapolis, 2013, p.108-114, here: p. 113. This is in line with the Ciceronian philosophy of the state, which also emphasises the servant character of public power: “*Salus populi suprema lex esto*,” i.e. the good of the people should be the supreme law. See CICERO, M. T., *De legibus* [Laws]. Book III, Part III, point 8, <https://www.thelatinlibrary.com/cicero/leg.shtml> (downloaded 31/08/2022). See also CICERO, M. T., *The Republic* (translated by FEATHERSTONHAUGH, G. W.). New York, 1829, Book I, point I-II, p. 33-35, <https://archive.org/details/republicofcicero00cicerich/page/n7/mode/2up> (downloaded 31/08/2022); ZLINSZKY, J., *Ius publicum – Roman public law*. Budapest, 1997.

⁵⁸ Mark 10:42-45. See also Matthew 20:25-28; Luke 22:24-26.

⁵⁹ *Joshua* 1:1 and 1:7-8. A similar warning is contained in King *David's* exhortation to his successor, *Solomon* (I Kings 2:1-3; I Chronicles 22:12-13). King *Solomon* himself echoed this requirement (II Chronicles 6:16).

lawlessness that preceded his reign.⁶⁰ He convened a special assembly of the people, where the code was publicly read,⁶¹ then both the king and the assembled people took a mutual vow to uphold it. In other words: the leaders and the led submitted themselves to the rule of the law by a unanimous declaration of will.⁶²

The *Araunah* land case is also a precedent of historic proportions.⁶³ Here, King *David*, even as a theocratic head of state, refrained from arbitrarily taking, or “nationalising,” the property of others, even for the purpose of serving *God* himself. Instead, the king bought the property on which the Jerusalem temple was later built, even though the owner had offered it to him free of charge.

2.10 The prohibition of arbitrariness

The requirement in the ‘Kingship Law’ that the king shall “not turn aside from the commandment either to the right or to the left”⁶⁴ includes a prohibition on arbitrary action. On this basis, the condemnation of royal arbitrariness recurs several times in the historical books of the Old Testament. For example, in the cases of the royal dispossession of the Israelite *Naboth vineyard* and the condemnation of King *David’s* arbitrary census (henceforth referred to as the *Naboth vineyard* case and *David’s* census case).

In the *Naboth vineyard* case – in contrast to the law-abiding royal conduct in the *Araunah land* case described above – *Ahab*, tyrant King of Israel (reigned: BC 873-852) and his wife *Jezabel*, abusing royal authority, under the direction of the queen, brought a capital case based on false accusations and false witnesses, to dispossess the vineyard adjacent to the royal residence from its owner, who refused to alienate it to the overlooking

king, invoking the *Torah’s* provisions on inheritance and land tenure.⁶⁵ The following divine judgment was then pronounced against the offending king, as interpreted by the prophet *Elijah*: “Then the word of the Lord came to *Elijah the Tishbite*, saying: *Go down to meet King Ahab of Israel, who rules in Samaria; he is now in the vineyard of Naboth, where he has gone to take possession. You shall say to him, ‘Thus says the Lord: Have you killed, and also taken possession?’ You shall say to him, ‘Thus says the Lord: In the place where dogs licked up the blood of Naboth, dogs will also lick up your blood.’”*⁶⁶ But the fact that, even under the tyranny of *Ahab*, the authorities were forced to construct a lawsuit (though it was a conceptual one, based on the presentation of false witnesses) to take private property indicates that even in the era of lawlessness they were forced to maintain at least a semblance of lawfulness. This also suggests that in Israelite polity, *Torah* law, at least in principle, set limits to royal power.⁶⁷

Another egregious case is King *David’s* arbitrary census (*David’s* Census, described by *St Thomas Aquinas* as a “haughty” deed).⁶⁸ *David* ordered a census unconnected to *Torahic* purposes; in today’s terms, a collection of personal data without the principle of legal purpose. It was thus suitable for the misuse of personal data to achieve illegitimate ends of power over people.⁶⁹ Typically, even the army general in charge of the census, *Joab*, spoke out against this. According to the historical account, the abuse provoked a divine judgment with tragic consequences: 70,000 people died in a sudden outbreak of plague. It is an eternal example of the national security threat posed by a government that flouts the rule of law.

The New Testament also confirms the validity of what we have been told about the rule of law. *Jesus Christ*, despite being the supreme bearer of divine sovereignty, himself emphasizes

⁶⁰ II Kings 22:8-20; 23:1-3; II Chronicles 34:14-32. For more on this, see BRIGHT, J., *Izrael története* [The history of Israel]. Budapest, 1983. Ch. 8; JOHNSON, P., *A zsidók története* [A history of the Jews]. Budapest 2011. Part I; GORDON, C. H., RENDSBURG, G. A., *A Biblia és az Ókori Közel-Kelet* [The Bible and the ancient Near East]. Debrecen, 2006. Ch. XVI; FLAVIUS, *The Antiquities of the Jews*. Book X, Ch. 4:2-3; GRÜLL, T., *Bibliai történelem – Öszövetség* [Biblical History - Old Testament]. Budapest, 2019, p. 182-183; HORVÁTH, Pál: *Az ókori Kelet jogfejlődése* [The Development of Law in the Ancient East]. In: *Egyetemes állam- és jogtörténet I.* [Universal Legal History]. Budapest, 1978, p. 14.

⁶¹ It is still a matter of debate whether the “book of the law” (II Kings 22:8; II Chronicles 34:14) or the “book of the covenant” (II Kings 23:2; II Chronicles 34:30) referred to in the description covers the entire *Torah*, i.e. all five books of *Moses*, or only the fifth book of *Moses* (the so-called Second Book of the Law – *Deuteronomy*). In our opinion, it is the entire corpus (II Kings 23:25 – “all the laws of *Moses*” = Latin: “*omnem legem Mosi*,” Hebrew: “*kol torat Moshe*,” Greek: “*panta ton nomon Moysē*”), but this is not relevant for our subject, because the part concerning the exercise of royal authority, which is explicitly placed under the rule of law, is in the Second Book of the Law (*Deuteronomy*) anyway.

⁶² A similar account of a popular assembly declaring mutual and universal submission to the law is found in the Book of *Nehemiah*, which records how the Jews, returning to their homeland from the Babylonian captivity, began to reorganize society by focusing on the law, see *Nehemiah* 8:1-9.

⁶³ II Samuel 24:18-25. This precedent is cited by several Christian thinkers, see AQUINAS, *De regimine principum*, Book 3, Ch. 11, p. 104.

⁶⁴ *Deuteronomy* 17:20.

⁶⁵ The infamous – and often cited – case of *Naboth’s* vineyard (I Kings 21:1-16) proves that the warning in I Samuel 8:10-18 that kings in their power, for example, “will take the best of your fields and vineyards and olive orchards and give them to his courtiers,” does not record royal prerogatives, but warns against abuses of power. On *Torahic* land tenure provisions, see *Leviticus* 25:23; *Numbers* 36:7.

⁶⁶ I Kings 21:17-19.

⁶⁷ Under Mosaic law, a death sentence could only be based on the unanimous incriminating testimony of at least two witnesses for capital offences (*Deuteronomy* 17:6). The general requirement of witnesses was in itself intended to ensure the rule of law, as it also (in theory) prevented arbitrary action by state leaders. However, the above case and the death sentence against *Jesus Christ* show that these rules, in practice, were also often broken. Therefore, the prophetic attention was extended not only to the governors but also to other actors in state life, such as judges. See, for example, the prophet *Isaiah’s* reproaches for unlawful judgments: “Ah, you who make iniquitous decrees, who write oppressive statutes, to turn aside the needy from justice and to rob the poor of my people of their right, that widows may be your spoil, and that you may make the orphans your prey,” *Isaiah* 10:1-2; see also *Isaiah* 5:23.

⁶⁸ I Chronicles 21:1-14; 27:24. See AQUINAS, *De regimine principum*, Book 3, Ch. 11, p. 104.

⁶⁹ Censuses had taken place in Israelite society before, but they were explicitly *Torah*-based and purpose-driven: in line with the *Torahic* principle of the protection of life, they were linked to national defence (the census of adult males fit for war), to the protection of property rights (preparation for the distribution of land after the conquest), or to reconstruction after the return from Babylonian captivity. For *Torah*-based censuses in ancient Israelite society, see *Exodus* 30:11-16; *Numbers* 1; *Numbers* 26; *Ezra* 2; *Nehemiah* 7:5-69.

the doctrine of the supremacy of the law in the Sermon on the Mount: “Do not think that I have come to abolish the law or the prophets; I have come not to abolish but to fulfil. For truly I tell you, until heaven and earth pass away, not one letter,⁷⁰ not one stroke of a letter (or jot, punctuation mark),⁷¹ will pass from the law until all is accomplished.”⁷²

Both the Old and the New Testaments formulate the eternal warning that the opposite of legalism, lawlessness, is linked to the Antichrist, who embodies evil, as the “lawbreaker”⁷³ and his world system, who „ shall attempt to change the sacred seasons and the law.”⁷⁴

2.11 Then-current control mechanisms

Although the *Torah* is clear about the requirement that the exercise of power had to be subject to the law, it does not provide for a formalised procedure for holding leaders to account. There is no description of the official, legal details of the exercise of royal power, nor is there any mention of it elsewhere.⁷⁵ Nevertheless, the administration of the state was not without checks and balances on the rule of law, but the way in which this was done was, due to the theocratic nature of the ancient Israelite state, subject to a nonjudicial system.

The institution providing accountability was the prophetic ministry, which was required by *Torah* law to be taken into account by all, including the leaders of the state.⁷⁶ In the Israelite theocratic polity, the prophetic institution functioned virtually as an independent branch of power, thus having special relevance. The prophets, acting both as *God's* spokesmen and as pillars of the publicity of the age, were responsible for warning the leaders, exposing their transgressions, judging them and providing a lesson for us all that is still relevant today. This prophetic authority and process had a major impact on the social authority of leaders.⁷⁷ This *Torah*-based but not legally established procedure, even if it took the form of nonjudicial (moral, political, and divine relational) accountability, reflected and was intended to ensure the principle of the rule of law, alongside the other roles of the prophets.

There are many instances in Scripture which, by condemning lawbreaking, express to this day that no one, including the

leaders of the state, can rise above the law. Neither can the exercise of the office of state leadership be a menacing negation of the law, or its degradation to a mere instrument of domination, as could be said: a replacement of the rule-of-law by the rule-by-law.⁷⁸ By way of example, here are three prophetic pronouncements of judgment which record how prophets rebuked the kings and ‘cabinets’ of both Israel and Judah, the northern and the southern successor states of the once unified monarchy, for their arbitrariness and lawlessness.

Let us quote here, from the prophetic corpus of the Old Testament, *Micah*: “Hear this, you rulers of the house of Jacob and chiefs of the house of Israel, who abhor justice and pervert all equity, who build Zion with blood and Jerusalem with wrong! Its rulers give judgment for a bribe, (...) Therefore because of you Zion shall be plowed as a field; Jerusalem shall become a heap of ruins, and the mountain of the house a wooded height.”⁷⁹ The two following proclamations of judgment by the prophet *Jeremiah* are of similar gravity: “To the house of the king of Judah say: Hear the word of the Lord, O house of David! Thus says the Lord: Execute justice in the morning, and deliver from the hand of the oppressor anyone who has been robbed, or else my wrath will go forth like fire, and burn, with no one to quench it, because of your evil doings.”⁸⁰ Moreover, “For thus says the Lord concerning Shallum son of King Josiah of Judah, who succeeded his father Josiah, (...) Woe to him who builds his house by unrighteousness, and his upper rooms by injustice; who makes his neighbors work for nothing, and does not give them their wages; who says, “I will build myself a spacious house with large upper rooms,” and who cuts out windows for it, paneling it with cedar, and painting it with vermilion. Are you a king because you compete in cedar? Did not your father eat and drink and do justice and righteousness? Then it was well with him. (...) But your eyes and heart are only on your dishonest gain, for shedding innocent blood, and for practicing oppression and violence.”⁸¹ All three descriptions go beyond the realm of sacrality, they are explicit statements pertaining to obligations of ‘secular’ public law.

Prophetic reckonings, in keeping with the theocratic nature of the monarchy, were often accompanied by divine judgement. Although this is a kind of ‘meta-judicial’ sanction, it is qualified by law and thus sets a precedent beyond ancient Israelite society and time for the condemnation of the subject matter’s

⁷⁰ The Greek “iota” (or jot) is a reference to the smallest letter of the Hebrew alphabet, resembling a small comma.

⁷¹ The Greek word “keraira” here means the protruding tip of a letter (horn, tentacle, protrusion), a small protuberance on some Hebrew letters that helps distinguish them from other similar ones.

⁷² Matthew 5:17-18.

⁷³ II Thessalonians 2:8. The original Greek word (*anomos*) means: lawless, outlaw, lawbreaker, one who is not subject to the law.

⁷⁴ Daniel 7:25b.

⁷⁵ We are not aware of any formal, ‘official’ proceedings against any of the heads of state for violation of the law. Indeed, the written compilation of the oral tradition of legal interpretations, the so-called *Mishnah* itself (in tractate Sanhedrin), bears witness to no such cases, since it states that “no judgment shall be passed upon the king” – although we must note that this is not categorically excluded by the written *Torah*, nor even by the special divine covenant with the House of *David* (*Mishnah*, Sanhedrin 2:2; see also RUFF, A Misna Szanhedrin traktátusa, p. 121-155).

⁷⁶ Deuteronomy 18:15 *The Lord your God will raise up for you a prophet like me from among your own people; you shall heed such a prophet.* This provision is also a positive commandment among the 613 *mitzvot*.

⁷⁷ Therefore, even tyrants like *Ahab* were careful to keep up appearances and surrounded themselves with (false) prophets; see I Kings 22:1-28.

⁷⁸ MÉSZÁROS, I. L., Lex Rex – A jog elsőbbsége az aktuálpolitikával szemben [Lex Rex - The Primacy of Law over Actual Politics]. *Hetek*, No. 12/2013, p. 14.

⁷⁹ Micah 3:9-12. See also Micah 3:1-4.

⁸⁰ Jeremiah 21:11-12.

⁸¹ Jeremiah 22:11 and 22:13-17. See also Jeremiah 22:1-5; Jeremiah 22:18-19.

lawlessness. In so doing, they proclaim a message of the rule of law that transcends space and time.

From today's perspective, especially from a materialist, rationalist point of view, the absence of a legal procedure for holding the state leadership to account, the limitation of responsibility to the moral-spiritual and political plane, may be seen as a source of unease. However, in the context of the theocratic worldview and theocratic concept of the state of the time, the expression of the direct condemnation of law-breaking leaders by *God Almighty* was the highest and inevitable form of accountability. Biblical authors were quick to point out that even when in power, there was no escape from the consequences of breaking the law. All this paved the way for the irreversible ideological path towards the later establishment of legal responsibility and accountability for offences committed in connection with and in the course of the administration of the state.

3. Concluding remarks

Our study has shown that the principle of the rule of law – in the form of the requirement of the primacy and supremacy of the law over the ruler and the government (a literal 'rule of law') – is a cornerstone of the social teaching of the Scriptures, both in the Old and the New Testaments.⁸² Moreover, as part of the legal system of the ancient Jewish state, the relevant provisions are also accounts of legal history, and rightly deserve to be presented in this light. The principles of state and social organisation reflected in the models discussed in this study were far ahead of their time. The cultural, political, and legal inspiration they provided – through the spread of Christianity and biblical knowledge, particularly after the translation of the Bible into national languages, played a decisive role in the development, transmission and dissemination of the doctrine of the rule of law, and continues to do so in our days.⁸³

⁸² In addition to legality, the Scriptures also contain the models for several other elements of the rule of law; including some early models of equality before the law, legal certainty, impartiality and independence of the judiciary, and the protection of fundamental rights. Their presentation may be the subject of further studies.

⁸³ Suffice it to mention here the Christian natural law concept of *St. Augustine* and *St. Thomas Aquinas*. Then *Stephen Langton*, who was instrumental in the formulation of the Magna Charta, *Henry de Bracton*, *Erasmus*, *Calvin*, *Luther* and *Théodore de Bèze*, *Samuel Rutherford*, *Sir William Blackstone*, *James Madison* and many other Christian thinkers, all of whom made important contributions based on biblical guidance. Regarding the impact of the mentioned theories today, see for example: MILTON, M. A., *Foundations of a Moral Government – Samuel Rutherford's Lex, Rex*. Tanglewood Publishing 2019; THOMPSON, G. R., *Legal Foundations: The Framework of Law*. Lonang Institute Online Library, <https://lonang.com/commentaries/foundation/framework-of-law/text/> (downloaded 01/07/2022); TITUS, H. W., *Biblical Principles of Law*. Lonang Institute Online Library, <https://lonang.com/commentaries/curriculum/biblical-principles-of-law/> (downloaded 01/07/2022); LEVINSON, B. M., The First Constitution: Rethinking the Origins of Rule of Law and Separation of Powers in Light of Deuteronomy. *Cardozo Law Review* No. 4/2006, p. 1853-1888, https://www.academia.edu/207695/The_First_Constitution_Rethinking_the_Origins_of_Rule_of_Law_and_Separation_of_Powers_in_Light_of_Deuteronomy (downloaded 01/07/2022); KARÁCSONYI, A., Additions to the Idea of Nature in Natural Law Thinking – Transition to Modernity. In: *Journal on European History of Law*, Vol. 13, No. 1, 2022, p. 161-167; CERMAN, I., Natural Law and the Rights of Man in France before the Revolution. In: *Journal on European History of Law*, Vol. 12, No. 1, 2021, p. 15-28; FRIVALDSZKY, J., *Természetjog – eszmétörténet* [Natural Law – History of Ideas]. Budapest, 2001.

War of Conquest and Defensive War in the Hungarian Thirteenth Century Legislation and the European *Ius Commune*

Péter Bónis*

Abstract

*There are some provisions on the vassal's obligation to respond to the king's call to arms in the 13th century Hungarian legislation. In this paper we aim to compare the Hungarian legislation with the European *ius commune* on this subject, and we try to elucidate which were the sources of the Hungarian legislation in this regard. However, since these provisions are closely linked to the concept of just war, we look at what was considered a just war in the Middle Ages and what the implications of this classification were for the obligations of the vassals. After thorough analysis of the sources, the author made the cautious assumption that the *Summa iuris feudorum* of Jacobus de Ardizone was presumably the most important source of the Hungarian legislation on this issue of the feudal law.*

Keywords: Feudal law; defensive war; conquest; just war; *ius commune*; Hungarian Golden Bull; medieval law.

1. Introduction

Very few *decreta* from the 13th century have survived in Hungary, and whether they can be regarded as law or privilege is very controversial. In this period there was no feudal legislative assembly (feudal parliament), but the laws were made by the king in consultation with a royal council. Documents that are now considered laws are often very similar to privileges granted to individuals or urban communities.¹

In 13th century Hungary, the law (named *decretum* or *statutum generale* in Hungary) is also a privilege, and distinguishing between them is not a simple task, because laws differ from other privileges only in their content. The laws appeared as privileges for the whole country. Although the source of these was only the king's will, the king consulted the king's council before adopting them, but we can speak of a parliament only in the case of the *decretum* of 1290.

In 1290, King Andrew III, holding a general assembly (*habita congregatione generali*), vowed to confirm the privileges of the nobles of the country, who had invoked the prerogatives granted them by the Holy King, Stephen I. The bishops, the barons and nobles, and others of the same status as the nobles, attended

this assembly, but formally the king himself still issued the laws, and this assembly had only the power to hold the barons to account for their actions, not to issue Parliamentary Acts.

However, as the introductory part shows, the *decretum* of 1298 was undoubtedly a forerunner of the Parliamentary Acts, where the nobility were not merely an influential group, but formally participated in the law-making process.

Whose assistance the monarch should seek in the exercise of his legislative power was left entirely to his will before the appearance of the estates of the realm. The assistance of a larger and more distinguished community seemed desirable in order to show that every nobleman and every feudal order was consulted. This conferred a more convincing authority to the *decreta*.

If enough members of the ruling class felt that they had contributed to the making of the law and were involved in the law-making process, the implementation of the law was easier.

The representation of the whole 'country', that is to say, the participation of the Diet, was considered necessary when it came to the renewal of the 'liberties' of the country. The tradition of these can be traced back over many centuries.

Among the laws of the 13th century, the Hungarian Golden Bull of 1222 occupies an important place.² Although seven cop-

* Dr. habil. Péter Bónis, associate professor, Department of Legal History, Faculty of Law, Károli G. University, Budapest, Hungary, email: bonispbp@gmail.com / ORCID 0009-0009-3710-4077.

¹ BAK, J.M. – BÓNIS, G. – SWEENEY, J.R. (ed. and transl.), *The Laws of the Medieval Kingdom of Hungary 1000-1301, Decreta Regni Mediaevalis Hungariae 1000-1301*. Idyllwild, 1999. The Latin text and the English translation of the Hungarian laws is quoted from this volume. The most important edition of the Hungarian Golden Bull: BESENYEI, L. – ÉRSZEGI, G. – PEDRAZZA GORLERÓ, M. (ed.), *De Bulla Aurea Andreae regis Hungariae MCCXXII*. Verona, 1999.

² BLAZOVICH, L., The origins of the Golden Bull and its most important provisions as reflected in Hungarian constitutional and legal history. In: *De Bulla Aurea Andreae regis Hungariae MCCXXII*, Verona 1999, p. 181-190; BLAZOVICH, L., L'ambiente storico della Bolla d'Oro. In: *De Bulla Aurea Andreae regis Hungariae MCCXXII*, Verona 1999, p. 113-120; Blazovich, L., *Az Aranybulla létrejöttének előzményei és kiadása*. In: BLAZOVICH, L., *Demográfia, jog és történelem. Válogatott tanulmányok*. Szeged, 2013, p. 153-159; Balogh, E., *Az Aranybulla helye a magyar alkotmánytörténetben*. In: *De Bulla Aurea Andreae regis Hungariae MCCXXII*. Verona, 1999, p. 61-77; Balogh, E., *Az Aranybulla értékelése*, in: *Bulla Aurea 800. Nyolc évszázad közjogi üzenete*. Budapest, 2022, p. 19-27; Mezey, B. (ed.), *Az Aranybulla a jogtörténetében*, Budapest, 2022; Horváth, A., *Az 1222. évi Aranybulla, mint a történeti alkotmányunk sarkalatos törvénye*. In: *Bulla Aurea 800: Nyolc évszázad közjogi üzenete*, Budapest, 2022, p. 95-127; Zsoldos, A., II. András Aranybullája. In: *Történelmi Szemle*, vol. 53, Nr. 1, 2011, p. 1-38; BALOGH, E., *Iurisprudentia in Medieval Ecclesiastical Jurisdiction*. In: *Journal on*

ies of the Bull were issued, none of the seven copies has survived, and we learn about the original text of the Bull from later charters. The Golden Bull of 1222 was expanded and renewed by King Louis I at the request of the barons, nobles and nobility ('baronum necnon procerum et nobilium regni nostri cetus et universitatis ydemptitas') at the Diet of 1351, after the successful conclusion of the Naples military campaigns.

The next law dates from 1231 and was essentially a renewal of the Golden Bull, most of its provisions being identical to the Golden Bull of 1222. Its surviving text is preserved in the Liber censuum, which is kept in the Biblioteca Apostolica Vaticana.

The next law dates from 1267 and was issued at the request of the nobility at a national assembly held in Esztergom. In its drafting, it was probably based on the text of the Golden Bull of 1222, since many of its provisions on the rights of the nobility are identical to those of the Golden Bull.

Immediately after the coronation of King Andrew III, on 1 September 1290, a Diet was held in Óbuda, where a new law was enacted. This law (decretum) included a number of provisions identical to those contained in the earlier laws. The original text of the decree survives in a document which has been badly damaged, so that the text of the law is incomplete and often illegible.

The last Hungarian decree of the 13th century was issued under King Andrew III, on 5 August 1298. This law also focuses on the rights of the nobles and contains a number of provisions which supplement and extend the earlier laws.

In the Hungarian decrees of the 13th century, listed above, there is frequent mention of the obligation of nobles to serve in the king's army. Almost all of the 13th century Hungarian laws deal with the question of whether nobles were obliged to go to war outside the country at the king's command, and whether the king was obliged to reimburse them for the costs of their military service.

In this paper we aim to compare the Hungarian legislation with the European *ius commune* on this subject, and we try to elucidate which were the sources of the Hungarian legislation in this field. However, since these provisions are closely linked to the concept of just war, we must first look at what was considered a just war in the Middle Ages and what the implications of this classification were for the obligations of the vassals.

2. The 13th century Hungarian legislation on the vassal's obligation to help the king with arms

According to the Hungarian Golden Bull of 1222 „if the king wishes to lead an army outside the kingdom, the servientes shall not be obligated to accompany him unless it be at his expense and, after his return, he shall not permit judgment against them concerning the campaign. If, however, the army of an enemy should advance upon the kingdom, every one without exception is obligated to go. Also, if we lead an army beyond the realm, all those who hold counties or receive money from us are bound to accompany us.”³

According to the Golden Bull of 1231 „when we lead the army outside the kingdom, the nobles do not have to come with us except for the counts, hired soldiers, castle warriors, and both those who are obliged to serve by reason of their office and those to whom we have granted substantial possessions. If, however, the army of an enemy should advance upon the kingdom, everyone without exception is obliged to oppose the enemy for the defense of the fatherland.”⁴

According to the Law of 1267, the king decreed that „if we happen to send an army to occupy or acquire kingdoms and territories, we shall not force the nobles into the army against their will, except for the person who wishes to join voluntarily or for money. We shall not compel anyone against his will to go to the aid of our sons or of anyone else.”⁵

The law of 1290 places more emphasis on the distinction between offensive and defensive war. According to the Law of 1290, „if any foreign power should invade our kingdom, or if any portion or province of the realm should withdraw from the king's obedience or from the authority of the realm, or if it should decide to secede in any way, the nobles of our realm and those Saxons of Transylvania who hold estates and live nobly shall be obligated to join us and give us aid. But if we should determine to conquer a foreign kingdom, they shall not be bound to come unless money shall be paid to them from our majesty. It has also been stated that the nobles of our realm and the said Saxons of Transylvania shall not be coerced by any baron or compelled against their will to go on campaign without us or without money for the internal or external affairs of the kingdom.”⁶

European History of Law, vol.14, no.1, 2023, p. 123-134; KÉPES, GY., Development of the Structural Independence of the Hungarian Judiciary from the Beginning until the End of the 19th Century. In: *Journal on European History of Law*, vol.10, no.2, 2019, p. 158-167; INIESTA, J.B.-CORETTI, M., The Clementines *Dispendiosam* and *Saepe Contingit* and the Evolution of the Medieval Summary Procedure. In: *Journal on European History of Law*, vol.10, no.1, 2019, p. 46-59.

³ BAK, J.M. – BÓNIS, G. – SWEENEY, J.R., *op. cit.*, p. 32.: (Golden Bull of 1222): „Si autem rex extra regnum exercitum ducere voluerit, servientes cum ipso ire non teneantur, nisi pro pecunia ipsius et post reversionem iudicium exercitus super eos non recipiet. Si vero ex adversa parte exercitus venit super regnum, omnes universaliter ire teneantur. Item, si extra regnum cum exercitu iverimus, omnes, qui comitatus habent vel pecuniam nostram, nobiscum ire teneantur.”

⁴ BAK, J.M. – BÓNIS, G. – SWEENEY, J.R., *op. cit.*, p. 54.: Golden Bull of 1231: „Nobis facientibus exercitum extra Regnum, nobiles nobiscum ire non tenentur, nisi comites et stipendiarii et iobagiones castri, et qui ex officio debito tenentur, et quibus amplas concessimus possessiones. Si vero exercitus super regnum venerit, universi et singuli ad defensionem patrie contra inimicos se opponere tenentur.”

⁵ BAK, J.M. – BÓNIS, G. – SWEENEY, J.R., *op. cit.*, p. 74.: Decretum of 1267: „Item statuimus, quod si ad occupanda vel acquirenda regna et terras contingat exercitum nos movere, nobiles invitatos ad exercitum non trahemus, nisi qui sponte voluerit proficisci vel pro nostra pecunia; nec etiam in subsidium filiorum nostrorum vel aliorum invitatos ad aliquatenus compellemus.”

⁶ BAK, J.M. – BÓNIS, G. – SWEENEY, J.R., *op. cit.*, p. 114.: Decretum of 1290: „Item si aliqua potentis extrinseca ad invadendum regnum nostrum venerit, aut aliqua pars vel provincia regni ab obedientia regis vel potentia regni se abstraxerit aut alienare aliquo modo voluerit, nobiles regni nostri et Saxones Transilvani predia tenentes et more nobilium se gerentes nobis astare et adiuvere nos tenebuntur. Sed si ad occupandum regnum extrinsecum procedere vellemus, non nisi pecunia a maiestate nostra erogata procedere teneantur. Hoc etiam expresso, quod nobiles regni nostri et predicti Saxones regni Transilvanie cum nullo baronum nostrorum, coacti vel inviti, super factis et negotiis regni nostri intrinsecis vel extrinsecis absque nobis sine pecunia ire teneantur.”

As we have seen, the emphasis here is no longer on warfare within or outside the borders of the kingdom, but on whether the war is for the conquest of other provinces or for defence against the enemy or sedition. The reimbursement of nobles' expenses depends on whether the war was conquest or defence.

3. Just and unjust war

The doctrine of just war developed only gradually. Based on the teachings of natural law, it was recognised from the beginning that force should be used to repel force (*vim vi repellere licet*), and on this basis the principle of self-defence was recognised. Since natural law recognised the principle of self-defence, it was obvious that defensive war was a just war. In contrast, an offensive war of conquest was considered an unjust war.

The famous decretist, Huguccio in his *Summa* expressed his view that for the war to be just, it was necessary that the war should be defensive and the defence should be proportionate and moderate, and should be achieved without delay, otherwise the war cannot be legitimate.⁷ According to Huguccio the vassal can obey his overlord only if the war is just.⁸

Pope Innocent IV recognised that if a man defended himself or his rights and could not defend himself by peaceful means, he was free to go to war, and that war did not require the consent of the king.⁹ However, for the defence to be legitimate, it was necessary that the defence should be proportionate and simultaneous with the attack, because war after the attack (by its retaliatory nature) cannot be just, and war that causes disproportionate harm cannot be just either.¹⁰ Among other things, Pope Innocent IV also pointed out that war cannot be waged by any subject, but only by the king, who recognises no other over him, and by the king who allows him to do so.¹¹

Theoretically, Hostiensis condemned every war, because every war implies killing.¹² In practice, however, Hostiensis described several types of just war. According to him, war against infidels was a just war. A just war was also a war waged with the consent of the judge against a party who refused to obey the sentence. This includes, in particular, reprisals. The next

type of just war, according to Hostiensis, was a war whose purpose was to defend the physical integrity of the attacked person or his relatives or his own property against an unjust attack.¹³ Hostiensis also pointed out that war could only be launched and considered just, if a legal attempt had been made to settle the dispute and had failed, and that it was necessary that the defence should be proportionate to the attack, that is, that it should not cause greater harm than the attack threatened.

Raymundus de Pennafort gave an easily understandable systematisation of the just war theme. According to him, just war has five criteria. Firstly, the party initiating the war must be a layman, because clerics are forbidden to initiate war. The second requirement is that a just war can only be started with the consent of the prince, and a war started without the consent of the prince cannot be just. Thirdly, only defensive war can be just. If a man defends his own country or seeks to recover what has been taken from him, it is a just war. Fourthly, only a war can be just if it is caused by an immediate compelling necessity, for where this no longer exists, the war cannot be just.¹⁴ Fifthly, the intention must also be examined, for a war launched out of hatred or revenge cannot be just.

4. The vassal's obligations according to the *ius commune*

The relationship between the lord and the vassal was based on a contract, which created mutual rights and obligations for both parties. The feudal lord transferred to the vassal the usufruct of a tenure, while the vassal in return undertook fidelity and certain services.

The vassal undertook to provide his lord with advice and assistance, and this included undertaking military services in his lord's interest. However, he was only obliged to do so within the bounds of legality. Unjust warfare was illegal under the doctrine of canon law, and therefore a lord could not require his vassal to assist him in unjust warfare.

The *Libri Feudorum* did not give clear guidance as to whether a vassal could refuse his lord's call for war. The majority ad-

⁷ HUGUCCIO, *Summa* ad C.22 q.5 c.18., Munich, Staatsbibliothek 10247, fol. 226v, s.v. *auxilium et consilium*: „In licitis et honestis. Puta pro defensione sui et suarum rerum, licite tamen iniuriam enim illatam domino licet uassallo incontinenti repellere cum moderatione tamen inculcate tutele, et non contra preceptum Apostoli scilicet quo dicitur “Non defendentes.”

⁸ HUGUCCIO, *Summa* in C.22 q.5 c.18, ibidem, s.v. *consilium et auxilium*: „Quid si uelit inuadere illum uel res eius? In hoc casu non ei tenetur obedire nisi iustum esset bellum.”

⁹ INNOCENT IV, *Apparatus in quinque libros decretalium*, in X. 2. 13. 12., *de restitutione spoliatorum*, c. *olim*, n. 8, Frankfurt 1570, fol. 231va: „Respondemus omnibus esse licitum movere bellum pro defensione sua et rerum suarum. Nec dicitur proprie bellum sed defensio, et quando quis est eiectus incontinenti antequam ad aliena negocia divertat licitum est sibi impugnare...igitur et cum hoc a jure fit concessum nec est auctoritas principis necessaria.”

¹⁰ RUSSELL, F.H., *The Just War in the Middle Ages*, Cambridge, 1975, p. 151-153; FEDELE, D., *The Medieval Foundations of International Law: Baldus De Ubaldis 1327-1400. Doctrine and Practice of the Ius Gentium*, Leiden 2021, p. 181-185, NOVÁK I., *Szellemi mozgalmak, kultúra és a kánonjog kapcsolata*. In: *Jog és kultúra*. Szeged 2018, p. 91-102.

¹¹ INNOCENT IV, *Apparatus in quinque libros decretalium*, in X. 2. 13. 12., *de restitutione spoliatorum*, c. *olim*, Frankfurt 1570, fol. 231vb: „Bellum autem secundum quod proprie dicitur solus princeps qui superiorem non habet indicere potest.”

¹² HOSTIENSIS, *Lectura* in X.2. 24. 29., *de iureiurando*, c. *sicut*, n. 1., Venetiis 1581, fol. 136r: „Regulariter enim omne bellum iniustum est, et damnatum... et tunc non incumbit probatio asserenti bellum fuisse iniustum, sed illi qui dicit iustum.”

¹³ HOSTIENSIS, *Summa* in X.1. 34., *de treuga et pace*, Venetiis 1537, fol. 59ra

¹⁴ RAYMUNDUS DE PENNAFORTE, *Summa de Paenitentia*, ed. X. Ochoa and A. Diez, Roma, 1976, Lib. II, tit. 5, sec. 17, cols. 485-86: „Ut autem plene liqueat de bello, nota quod quinque exiguntur ad hoc ut bellum sit iustum, scilicet: persona, res, causa, animus et auctoritas. Persona, ut sit saecularis cui licitum est fundere sanguinem; non autem ecclesiastica cui est prohibitum, nisi in necessitate inevitabili. Res, ut sit pro rebus repetendis, vel pro defensione patriae. Causa, si propter necessitatem pugnetur, ut per pugnam pax acquiratur. Animus, ut non fiat propter odium vel ultionem vel cupiditatem, sed propter caritatem, iustitiam et oboedientiam. Auctoritas, ut sit auctoritate ecclesiae, praesertim cum pugnatur pro fide, vel auctoritate principis. Si aliquod istorum defuerit, bellum dicitur iniustum.”

opted the views of Obertus and Gerardus, who held that a vassal was only obliged to assist his lord in defending, but in the case of offensive war, he was not obliged to go to unjust war at the order of the lord. The *Libri Feudorum* (2.28. pr)¹⁵ was also silent on the question of the vassal's right to claim from his lord reimbursement for the costs and damages he had incurred in the war.

The *Apparatus to the Consuetudines feudorum* attributed to Pillius, according to the ms. 1004 dell'Archivio di Stato di Roma, raised the question whether a vassal was obliged to fight for his lord in unjust war, but the answer is confused and there is no reference to the question of the expenses and reimbursement of costs.

The *Summa feudorum* attributed to Jacobus Columbi by Seckel adopted the opinion of Obertus and Gerardus. According to this *Summa feudorum* „a vassal is under no obligation to help his lord if he wishes to attack someone unlawfully, except to defend his lord or if the legality of the war is in doubt.”¹⁶

Among the canonists, Pope Innocent IV argued that in the case of unjust war, vassals had no right to compensation, because they could and they ought to refuse to go to unjust war.¹⁷ In the case of a just, defensive war, however, vassals could claim that the overlord should pay for their losses, unless they had gone to war for reasons of kinship, treaty or religion.¹⁸ In effect, this means that a vassal could not claim compensation if he had suffered losses in a war to protect his attacked relatives, or if he had entered the war to fight against infidels, or if he had entered the war under a special treaty clause.

According to Pope Innocent IV¹⁹, therefore, a vassal was not obliged to fight for his lord at his own expense, unless he had agreed to do so with the lord, or in the case of customary law in this sense.

The question of compensation was considered an important issue in feudal law, because the warring parties suffered significant losses during the war and so the damage to the vassal could be great. In particular, it would have been unfair to impose on the vassal the financial consequences of all the unlawful decisions of the overlord, if the war had subsequently been declared unlawful.

Hostiensis took a position similar to pope Innocent IV on this point. He held that the vassal was not obliged to assist the lord militarily in the event of an offensive war, unless the legality of the war was in doubt. A vassal is only obliged to assist his lord if he is defending him from unlawful attack.

According to Hostiensis,²⁰ the vassal may claim compensation for his losses from his overlord on the basis of an *actio mandati*, provided that he has taken part in a just war. In the case of an unjust war, the vassal would not have been allowed to intervene in the war, nor would he have been obliged to obey his lord's unlawful orders, so his wrongful participation in the war was only his fault, and therefore he could not claim compensation.

According to Hostiensis,²¹ a vassal is not obliged to fight for his overlord at his own expense, unless the vassal has agreed to do so with the overlord, or in the case of customary law in this sense.

Jacobus de Ardizone (Jacobus Ardicionis) used a different distinction in his famous *Summa iuris feudorum*. According to

¹⁵ LEHMANN, K., *Das langobardische Lehnrecht* (Handschriften, Textentwicklung, ältester Text und Vulgertext, nebst den capitula extraordinaria), Göttingen, 1895, 158.: „Domino guerram facienti alicui, si sciatur quod iuste aut cum dubitatur, vasallus ut eum adiuuet tenetur. Sed cum palam est quod irrationabiliter eam facit, adiuuet eum ad eius defensionem; ad offendendum vero eum adiuuet si vult. Sed si eum adiuuare noluerit, non tamen feudum perdet: Obertus et Gerardus. Alii vero sine distinctione dicunt semper debere eum adiuuare, sed Obertus et Gerardus eo utuntur argumento quod quemadmodum dominum excommunicatum vel a lege bannitum, non est obligatus vasallus ad adiuuandum vel seruitium eum praestandum, immo solutus est interim sacramento fidelitatis, nisi ab ecclesia vel a rege fuerit restitutus ita nec istum iniuste guerram alicui facientem.”

¹⁶ PALMIERI, G. B., Hugolini summa super usibus feudorum. In: *Bibliotheca Iuridica Medii Aevi*, Bononiae 1892, vol. I, p. 189.: „non tenetur vasallus dominum adiuuare, si iniuste velit aliquem offendere, nisi ad domini defensionem vel nisi dubitetur utrum iuste guerram faciat.” This summa was attributed to Hugolinus by Palmieri, to Jacobus Columbi by Seckel, and to Accursius by others. It is very controversial who was the real author.

¹⁷ INNOCENT IV, *Apparatus in quinque libros decretalium* in X.2. 24. 29., *de iureiurando*, c. *sicut*, n. 1., Francofurti ad Moenum, 1570, fol. 288v: „Et nota quod nunquam vocati ad iniustum bellum habent actionem mandati, vel aliam contra vocantem ad impendia vel damna contingentia sibi occasione vocationis vel mandati, quia in re turpi obligatio non contrahitur.”

¹⁸ INNOCENT IV, *Lectura in X.2. 24. 29., de iureiurando*, c. *sicut*, n. 1., Francofurti ad Moenum, 1570, fol. 288v: „Vocati autem ad iustum bellum, actionem mandati habent contra vocantem, nisi ex debito teneantur, vel nisi causa pietatis vel humanitatis, vel parentelae faciant.”

¹⁹ On Pope Innocent IV (Sinibaldus Fliscus), see LEFEBVRE, C., Sinibalde dei Fieschi. In: *Dictionnaire de droit canonique*, Paris 1965, vol. VII, p. 1029-1058.; FIRPO, M., La ricchezza ed il potere: le origini patrimoniali dell'ascesa della famiglia Fieschi nella Liguria orientale tra XII e XIII secolo. In: *I Fieschi tra Papato ed Impero. Atti del Convegno, Lavagna 1994*, ed. D. Calcagno, Lavagna 1997, p. 323-358; LANDAU, P., Neuere Forschungen zu Quellen und Institutionen des klassischen kanonischen Rechts bis zum Liber Sextus. Ergebnisse und Zukunftsperspektiven. In: *Proceedings of the Seventh International Congress of Medieval canon law*, Città del Vaticano 1988, p. 27-47; PUTTKAMER, G., *Papst Innocenz IV.*, Münster i.W. 1930.; BERGER, E. (ed.), *Les registres d'Innocent IV*, I-IV, Paris, 1884-1921; GAGNÉ, S., *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*. Stockholm, 1960, p. 312-341.

²⁰ HOSTIENSIS, *Lectura in X.2. 24. 29., de iureiurando*, c. *sicut*, n. 3, Venetiis 1581, fol. 136va: „vocati autem ad iustum bellum actionem mandati habent contra vocantem.”

²¹ On Hostiensis, see *Il cardinale Ostiense: Atti del Convegno internazionale di studi su Enrico da Susa detto il cardinale Ostiense* (Susa, 30 settembre - Embrun, 1° ott. 1972), Susa 1980; PENNINGTON, K., *An earlier recension of Hostiensis Lectura on the Decretals*. In: *Bulletin of medieval canon law*, vol. 17, 1987, p. 77-90; BERTRAM, M., Handschriften und Drucke des Dekretalenkommentars (Lectura) des Hostiensis. In: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Kanonistische Abteilung*, vol. 106, 1989, p. 177-201; MULDOON, J., *Popes, lawyers, and infidels: The Church and the non-Christian world 1250-1550*. Philadelphia, 1979, p. 5-18.; MULDOON, J., Extra ecclesiam non est imperium: the canonists and the legitimacy of secular power. In: *Studia Gratiana*, vol. IX, 1966, p. 521-580; SCHULTE, J. F., *Geschichte der Quellen und Literatur des canonischen Rechts von Gratian bis auf die Gegenwart*, Stuttgart, 1877, vol. II, p. 123-129.

him, the vassal had to assist the lord at his own expense, if such an obligation was named in the feudal contract (*servitium nominatum*). If the feudal contract did not include the obligation for the vassal to go to war at his own expense in defence of his lord (*servitium innominatum*), he is only obliged to go to war if the lord has paid his expenses.²²

Jacobus de Ardizone also mentioned another distinction. If the feudal tenure was profitable (*feudum opulentum*), the vassal was obliged to go to war at his own expense, but if the feudal tenure was unproductive (*feudum modicum*) and did not yield a significant return, the lord had to pay the costs of the war. If the feudal lord does not want to reimburse the vassal's expenses, then he should be deprived of his claim.

According to Jacobus, the vassal could not be obliged to perform services to an extent that would endanger the vassal's own livelihood. Jacobus was of the opinion that the vassal should serve for one month at his own expense²³, and beyond that at the expense of his lord.

Jacobus de Ardizone²⁴ also addressed the question of whether the vassal was obliged to serve the absent lord. In his opinion, the vassal was also obliged to serve the absent lord. However, since the feudal lord himself had changed his place of residence, the financial consequences thereof should also be borne by him, and the vassal was therefore obliged to serve²⁵ the absent lord only at the expense of the lord. If the emperor travels to Rome for the coronation, or if he is abroad at war, the vassal is still obliged to go with him and must serve him.

Jacobus de Ardizone stated in general terms that *outside the territory of the city-state the vassal is obliged to serve his lord if the lord is willing to pay his expenses*²⁶, but if the lord does not pay his expenses, the vassal is not obliged to serve him.

Odofredus in his *Summa feudorum* also discussed the question of whether a vassal is obliged to serve his lord when the emperor travels to Rome for the coronation and the lord accompanies the emperor. Odofredus asked whether the vassal

was obliged to serve his lord abroad at his own expense or at the expense of his lord. According to Odofredus, the vassal is obliged to serve his lord even if the lord goes beyond the borders of his territory or fights outside the borders of the country, but he is obliged to serve the lord outside the borders of the country only if the lord reimburses his expenses.²⁷ Odofredus therefore took the same view as Jacobus de Ardizone.

The French lawyer, Jean de Blanot partly changed, partly took over the distinctions of Jacobus de Ardizone. Jean de Blanot is the author of the *Tractatus super feudis et homagiis* which was originally part of the *Libellus super titulum De actionibus*, a commentary on book IV of Justinian's Institutes.

Jean de Blanot asked whether the lord was obliged to reimburse his vassal for his military expenses. According to Jean de Blanot if the tenure was profitable (*feudum opulentum*), or the vassal was rich, the vassal was obliged to render services at his own expense, but if the fief, the feudal land tenure was small and therefore unproductive (*feudum modicum*) and did not yield a significant return, or the vassal was poor, the lord had to pay the costs of the war.²⁸

In this case, Jean de Blanot and by copying him, Guillelmus Durantis seems to follow the distinction of Jacobus de Ardizone, according to which a vassal was obliged to go to war at his own expense only if his feudal tenure was sufficiently profitable to finance the costs of warfare. The vassalage was based on a mutual agreement, in which it would be unfair to oblige one party to pay more than he received. If the service provided exceeds the value of the counter-performance, rationally thinking contracting parties cannot be presumed to have accepted such an unfair contract.

Jean de Blanot also raised the question of whether a vassal was obliged to obey the orders of his lord if he called him to go to war outside the country's borders, overseas. According to him, if it is a lord who is in the habit of leading foreign campaigns, the vassals are obliged to go with him to the foreign war,

²² JACOBUS DE ARDIZONE, *Summa sive Epitome Iuris Feudorum*, Coloniae, 1569, fol. 9r.: „Si innominatum est servitium, vasallus debet servire expensis domini... Si vero nominatum est servitium, debet suis expensis servire... Si non potest servire suis expensis, tunc faciat expensis domini...”

²³ JACOBUS DE ARDIZONE, *op.cit.*, fol. 10r.: „Vasallus serviet suis expensis per mensem, ulterius expensis domini.”

²⁴ MEIJERS, E.M., Les glossateurs et le droit féodal. In: Meijers, E.M., *Études d'histoire du droit*, ediderunt R. Feenstra - H.F.W.D. Fischer, Leyden 1959, vol. III.1, p. 261-271; GIORDANENGO, G., *Féodalités et droits savants dans le Midi médiéval*, Aldershot, 1993; GIORDANENGO, G., Les féodalités italiennes. In: *Les féodalités*. Paris, 1998, p. 211-258; DILCHER, G., Das lombardische Lehensrecht der Libri Feudorum im Europäischen Kontext. In: *Ausbildung und Verbreitung des Lehenswesens im Reich und in Italien im 12. und 13. Jahrhundert*. Ostfildern, 2013, p. 41-91.; CORTESE, E., *Le grandi linee della storia giuridica medievale*. Roma, 2000, p. 324-339.

²⁵ JACOBUS DE ARDIZONE, *Summa sive Epitome Iuris Feudorum*, Coloniae, 1569, fol. 10r.: „Vasallus debeat servire etiam absenti domino non suis expensis, sed expensis domini.”

²⁶ JACOBUS DE ARDIZONE, *op.cit.*, fol. 10r.: „Vasallus debet servire domino extra civitatem, si dominus vult praestare expensas, ut dictum est, alioquin non.”

²⁷ *Summa Odofredi Bononiensis in usus feudorum*, Compluti, 1584, fol. 129ra: „Sed quero nunquid expensis suis tenetur ire vasallus, an expensis domini? Et videtur quod expensis domini.”

²⁸ ACHER, J., Notes sur le droit savant au Moyen Âge. In: *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, vol. 30, 1906, p. 159.: „Set ponamus: feci comiti homagium legium; invitat me, ut cum eo vadam ad exercitum; recedo de domo mea, venio ad comitem; tenebitur michi ne prestare expensas, quamdiu cum eo fuero in militia? Et dicendum est, quod si habeam feudum opulentum vel si dives sum, quod comes non teneatur michi prestare expensas, ut ff. de operis li. 1. suo victu [I. 18. D. 38, 1] et I. operarum § ult [I. 50. D. eod.]. Item si feudum legium esset parvum, credo quod comes michi teneretur prestare expensas, ne propter parvam rem substinerem magnam accionem, ut infra Aut. de fide instrum. § ut autem [Coll. VI, t. 3. c. 8 i. f. = Nov. 73].”

but the lord must reimburse the vassals' expenses.²⁹ However, if it is a lord who is not in the habit of leading foreign campaigns, the vassals are not obliged to obey him.

In his famous *Speculum iuris* Guillelmus Durantis copied the *Tractatus super feudis et homagiis* of Jean de Blanot almost word for word. He took over the distinction between feudum opulentum and feudum modicum. According to him, if the tenure was profitable (*feudum opulentum*), the vassal was obliged to wage war at his own expense, but if the tenure was unproductive (*feudum modicum*) and did not yield a significant return, the lord had to pay the costs of the war.³⁰

Guillelmus Durantis³¹ also raised the question of whether the vassal was obliged to obey the overlord's orders if he called him to go to war outside the country's borders, especially overseas. According to Guillelmus Durantis, if it was a king who used to lead foreign campaigns, the vassals were obliged to go with him to the foreign war, but the king had to pay the vassals' expenses.³² However, if it is a king who used not to lead foreign campaigns, the vassals are not obliged to obey him.

It is striking that in this passage neither Jean de Blanot, nor Guillelmus Durantis mentioned just or unjust war as a distinguishing criterion for deciding whether a vassal is obliged to help his lord personally with arms. This is probably because Jean de Blanot or Guillelmus is presumably referring to the Crusades when he mentions kings who fought overseas against barbarians. Crusades against infidels were considered by the Church to be a just war. Since Jean de Blanot or Guillelmus probably had the crusades in mind, which were by definition just wars, he could have omitted to consider whether the war was just.

Andreas de Isernia also raised the question of whether a vassal is obliged to obey the orders of his feudal lord when he calls him to go abroad to a foreign land. Andreas de Isernia distinguished between wars outside a country's borders on the basis

of whether war was a conquest or a defensive war. In his view, the feudal oath should be taken as a basis, in which the vassal swears to protect and defend the property of the lord or to help recover property wrongfully taken from him. Since the vassal has not sworn in his feudal oath to help his lord to acquire new provinces, he is not obliged to take part in the conquest. If, on the other hand, the lord is conducting a defensive campaign outside the country's borders, the vassal is obliged to support his lord.

According to Andreas de Isernia, the debtor is obliged to perform in the creditor's original place of residence and not just anywhere, so the king cannot require him to go to war in distant countries at his own expense in order to acquire new provinces for his lord.

According to Andreas de Isernia, therefore, what really mattered was not whether the king waged war abroad or at home, but whether it was a defensive or offensive war. Since a vassal is bound by his oath to take part only in defensive warfare to protect his lord or his property from unlawful attack, foreign campaigns must be judged according to whether they are defensive or conquest.³³

According to Andreas de Isernia, if the king conducts a campaign of conquest outside the borders of the kingdom (*extra regnum*) aiming to conquest new provinces, it is a war of aggression, and therefore the barons are not obliged to support the king with an army. Andreas de Isernia mentioned that the Pope had deprived the Emperor Frederick II of his power because the Emperor had ordered the barons of Sicily to wage war in his favour in a distant country, in Romagna.

In general, Andreas de Isernia³⁴ explains that a vassal is, as a general rule, bound to loyalty, but not to unstipulated services. The vassal is obligated to perform services only if they are specifically and explicitly stipulated, or on the basis of custom-

²⁹ ACHER, J., *op.cit.*, p. 159.: „Item queritur, utrum cum domino meo tenere ire ad partes remotas, puta si velit me ducere ad partes transmarinas, ut supra barbaros ipsum debeam iuvare. Et dicendum est, quod, si est talis baro, ut rex francorum, qui habet potestatem pugnandi contra sarracenos et etiam predecessores eius pugnauerunt contra dictos barbaros et consueverunt pugnare, hoc casu videtur, quod homines sui teneantur eum sequi ad partes remotas ad instar patroni, qui operas congruentes persone sue potest liberto indicare, nam et consuetudo patris familias est intuenda, ut ff. de pign. acc. l. vel universorum [l. 12. D. 13, 7] et facit ad hoc ff. de operis lib. l. opere et l. penult. [l. 21, l. 50. D. 38, 1]. Rex tamen forsitan dictis hominibus teneretur prestare vel expensas totas vel partem expensarum, ar. infra de quibusdam aliis c. extraor. c. antiquatum, quod totum relinquetur terminandum arbitrio boni viri, qui considerabit magnitudinem feudorum, ut ff. de annu. le. l. mevia § ult. [l. 13, § fi. D. 33, 1]. Si autem non sit talis baro, qui habeat potestatem pugnandi contra barbaros neque etiam consuevit pugnare cum barbaris, eo casu videtur, quod homines non teneantur sequi dominum ad partes transmarinas.”

³⁰ GUILLELMI DURANTIS, *Speculum iuris*, Pars III, Tit. De feudis, nr. 42, Venetiis 1585, p. 323.: „Quaeritur utrum homo ligius teneatur sequi dominum ad exercitum suis sumptibus? Dic quod si habeat pingue feudum, vel est dives, dominus non tenetur sibi facere sumptus. Secus, si feudum est modicum, et si ipse pauper est.”

³¹ SAVIGNY, F. K., *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, Heidelberg, 1850, vol. V, p. 571-599; SCHULTE, J. E., *Geschichte der Quellen und der Literatur des canonischen Rechts*, Stuttgart, 1875, p. 114, 144-155.; NÖRR, K. W., A propos du Speculum iudiciale de Guillaume Durant. In: *Guillaume Durant, évêque de Mende*. Actes de la Table Ronde du CNRS, Mende 24-27 mai 1990, Paris 1992, 63-71.; BOYLE, E. L., The date of the Commentary of Wilhelm Durant on the Constitutions of the second Council of Lyon. In: *Bulletin of Medieval Canon Law*, vol. IV, 1974, p. 39-47; FALLETTI, L., *Durant, Guillaume*. In: *Dictionnaire de droit canonique*, Paris 1960, vol. V, coll. 1014-1075.;

³² GUILLELMI DURANTIS *Speculum iuris*, Pars III, Tit. De feudis, nr. 42, Venetiis 1585, p. 323.: „Quid si dominus vult ire ad partes remotas, puta ultra mare ad pugnandum cum barbaris, numquid homo suus eum sequi tenetur? Dicunt quidam, quod si dominus est talis, qui posse et consueverit ipse, aut praedecessores sui pugnare cum barbaris, sicut est rex Franciae, tunc homines sui tenentur sequi eum... Rex tamen tenetur eis, vel in toto, vel in parte, expensas providere... Si autem sit talis, qui non possit vel non consuevit contra barbaros pugnare, non tenetur eum ultra mare sequi.”

³³ ANDREAS DE ISERNIA, *Commentaria in usus et consuetudines feudorum*, Francofurti ad Moenum, 1629, 341.): „...iurat vasallus iuvare dominum, tenere id quod iuste habet, et illud recuperare...”

³⁴ PALUMBA, L., *Andrea d'Isernia. Studio storico-giuridico*, Napoli, 1886.; PROLOGO, A., *Due grandi giureconsulti del sec. XIII: Andrea De Barulo e Andrea d'Isernia*, Trani, 1914; *Storia dell'Università di Napoli*, Napoli 1924, pp. 19-25; MEIJERS, E. M. (ed.), *Iuris interpretes saec. XIII*, Napoli 1924, p. 229-234

ary law, because the essence of a vassal's contract is loyalty and not services.³⁵

Johannes de Legnano in his *Tractatus de bello* raised the question whether a vassal summoned by his lord is bound to follow him in parts beyond the sea to fight against barbarians. According to him, a lord wished to go to remote parts, beyond the sea, to fight with the barbarians. He put the question: Is a vassal, summoned by him, bound to follow him to the war? According to his solution, if the lord is of such status and condition that his predecessors and he himself have been accustomed to make such expeditions, and his vassals to follow him, then the vassal is bound, on the analogy of the freedman, who is bound to render the usual services.³⁶ A reasonable allowance for moderate expenses, however, will be made by the lord.

But if his status is such that he cannot and has not been accustomed to make such expeditions, then the answer is the contrary. It is clear that the solution of Johannes de Legnano is identical with the position of Guillelmus Durantis.

In general, it can be concluded that the *ius commune* has not developed a clear position on the question of whether a vassal is obliged to follow his lord in foreign campaigns, nor has there been a uniform position on who is obliged to finance the campaign. However, it was clear from the teaching of the Church that only a defensive war was a just war, while a war of conquest was not a just war. The vassal's conscience dictated that he could not participate in an unjust war, so the most basic and simplest criterion for deciding whether to support a lord was whether the war was defensive or conquest.

5. The comparison between the Golden Bull and the *ius commune*

The medieval compilers of the Hungarian Golden Bull presumably thought that warfare outside the borders of a country is usually a war of conquest, but wars of aggression, according to the Church's teaching, can never be just, and therefore the vassal is not obliged to participate. A war within the country, on the other hand, is a defensive war, and is therefore probably a just war, in which the nobles are always obliged to participate. In essence, it can be said that the Golden Bull applied the solution of the Libri Feudorum (Obertus), albeit in a very simplified form.

The simplification was made in this way. The Hungarian Golden Bull abandoned the threefold distinction mentioned in the Libri Feudorum and adopted only the distinction between defensive and conquering war. Thus, according to the Golden Bull, if the war was offensive, i.e. if it was waged outside the borders of the country to conquer new provinces, the nobles

were not obliged to go to war with the king. If, however, the country was attacked by an enemy, they were obliged to help the king in the defensive war.

The Summa feudorum written by Jacobus Ardicionis (Jacobus de Ardizone) is close in date to the Golden Bull, and there is an even greater similarity between the two. In his summa, Jacobus Ardicionis expresses the view that a vassal must serve his lord outside the state if the lord is willing to pay his expenses, but if he does not pay, the vassal is not obliged to serve.

In the later editions, the two books of the Libri Feudorum were followed by an appendix of various writings, decretals and imperial constitutions on feudal law of very different origin. Jacobus de Ardizone also compiled such an appendix, called *Capitula extraordinaria Jacobi de Ardizone*. It contains the following passage: „We have acknowledged it to be corroborated by practice that vassals render services at the lords' expense, if it were not otherwise agreed upon; for it is only fair that they should get a payment in the time they render their service, because no one can be obliged to serve in the military at his own expense, especially if they must act outside their own city for the purpose of performing services.”³⁷

This passage is in full accordance with the Summa feudorum of Jacobus de Ardizone where he stated that if the overlord wishes to lead an army outside the territory of his state, the vassal is not obliged to serve his lord unless the lord pays the expenses, but if the lord refused to pay his expenses, the vassal is not obliged to serve him. It is very important that this passage was published as a part of the Summa under the chapter entitled *De feudis et beneficiis constitutiones imperiales* in the printed editions of the Summa feudorum of Jacobus de Ardizone. E.g., in the printed edition of Coloniae 1568, at fol. 216v, this text was printed, too. It is likely that all the printed editions go back to the same manuscript, so we can assume that the original handwritten copy had also contained this passage, and the compilers of the Hungarian Golden Bull could have used the Summa alone even without consulting the Libri Feudorum.

We can assume that there is a very close connection between the Hungarian Golden Bull and the *Summa feudorum of Jacobus de Ardizone*, respectively the *Capitula extraordinaria Jacobi de Ardizone*. The connection between the Hungarian Golden Bull and the works attributed to Jacobus de Ardizone is stronger than the connection between the Golden Bull and the Libri Feudorum 2.28. pr. Presumably, the compilers of the Golden Bull used either Jacobus de Ardizone's Summa or a copy of the Libri feudorum with the Capitula extraordinaria attributed to Jacobus de Ardizone as an appendix. At the time when the Golden Bull was written, Jacobus' Summa was among the most up-to-date

³⁵ ANDREAS DE ISERNIA, *op.cit.*, p. 339.: „Fidelitas inest feudo, non servitium.”

³⁶ *Tractatus De Bello, De Reprisaliis et De Duello* by Giovanni da Legnano, edited by Thomas Erskine Holland, Oxford 1917, p. 114.: „Septimo quaeritur, dominus vult ire ad partes remotas, pone ultra mare, ad pugnandum cum barbaris, numquid vassallus, vocatus ab eo, teneatur ipsum sequi ad bellum? Solutio. Si dominus est talis status et conditionis quod praedecessores sui et ipse consueverunt illuc accedere, et vassalli ipsum sequi, et tunc tenetur exemplo liberti, qui tenetur ad operas consuetas, ff. De operis lib., l. opere, et l. paen.; ff. De pign. act., l. [qui] vel universorum. Praestabuntur tamen a domino sumptus moderati, arbitrio boni viri. Si autem sit talis qui non possit nec consuevit, tunc secus, ff. De operis lib., l. quod nisi, fin.; ff. De arbit., l. si cum dies, si arbiter.”

³⁷ LEHMANN, *op.cit.*, 196.: „Antiquatum esse ipsis rerum experimentis nos ipsi cognovimus, fideles, nisi aliud contractibus pactiones insertae desiderent, dominorum sumptibus eisdem servitia ministrare. Justum namque est, ut illi consequantur stipendium, quo tempore suum commodare reperiuntur obsequium, praesertim cum nec quisquam propriis cogatur impendiis militare, maxime cum extra civitatis suae tentoria servitiis exhibendis eos convenit fatigari.”

legal literature, so it is likely that the Summa feudorum of Jacobus de Ardizone may have been one of the sources of the Hungarian Golden Bull, rather than the somewhat outdated Libri Feudorum without the *Capitula extraordinaria Jacobi de Ardizone*.

As to the time when Jacobus de Ardizone wrote his Summa, Attilio Stella³⁸ has recently demonstrated that the manuscripts of Jacobus de Ardizone's Summa feudorum transmit different versions of the treatise. The first draft was probably the manuscript Paris, BNF Lat. 4604. References to canon law sources in this manuscript suggest a dating of this stage of the Summa before 1216. The last decretal³⁹ dates from 1215, but not quoted from the *Compilatio quarta* (1216).⁴⁰ According to Stella, Jacobus must have written this first version of the Summa around 1218-1220, since the mention of Emperor Frederick II, crowned that year (22 november 1220), is present (Lat. 4604, f. 65va), but Jacobus did not use the constitution *Ad decus* issued at the emperor's coronation ceremony and which was put in writing later (presumably in December 1220).

If the first incomplete draft was written around 1218-1220, or even 1215-1220, the Summa of Jacobus de Ardizone could have been used by the compilers of the Hungarian Golden Bull of 1222.

However, Attilio Stella pointed out that Jacobus remembered in the prooemium his father, Ardizo de Broilo, in remembrance and honour of whom he used the signature AR. Therefore, according to Attilio Stella⁴¹, the father of Jacobus de Ardizone was already dead when Jacobus finished the Summa.

I think that the reference to the author's father in the preface (prooemium) only proves that Jacobus wrote the preface after his father's death, but not that Jacobus wrote the whole Summa after his father's death, or he began to write the Summa after his father's death (according to Stella between 1226 and 1230).

A foreword can be written in a day and inserted at the beginning of a previously finished treatise afterwards, but a long summa takes many years to write. It is certain that the summa took years to write, and Jacobus spent a lot of time working on it. People usually write the book first and the foreword last. It is useless to write a foreword for a book that does not exist.

The best way to tell when he wrote each chapter is to examine the canon law sources he quoted in each chapter, not only the preface. I don't think we can tell only from the preface when the author started his work or when he finished the large part of it. The canon law sources cited in BNF lat. 4604 date all before 1218, as Stella⁴² has demonstrated, and so we can perhaps make

the cautious assumption that parts of the summa may have been written before 1220, and so the Summa or a part of it was known in Hungary. The similarity in thought between the Golden Bull and the summa is too striking to reject any connection.

Alternatively, it could be supposed that the Summa of Jacobus was recording an old custom or a teaching heard from his professors, Azo or Hugolinus, when he wrote that the lord was obliged to reimburse the expenses of a vassal called to war outside the country's borders. And this old custom or scholar teaching came in Hungary in an unknown way, independently of Jacobus' work. However, there is not any evidence about an alternative source, so it is only a conjecture. The date of Jacobus' Summa is also very disputed. Therefore the use of the Summa feudorum of Jacobus de Ardizone cannot be confuted, especially regarding later Hungarian legislation from 1231, 1267 and 1290 which has been cited above.

As explained above, we can state with certainty that there is a closer connection between the Summa feudorum of Jacobus de Ardizone and the 13th century Hungarian legislation, and although we can only formulate our assumptions cautiously for the moment, it seems that there is a close connection even between the Hungarian Golden Bull of 1222 and Jacobus' Summa.

6. The mercenaries

In the Golden Bull of 1231 there is a mention about hired soldiers (*stipendiarii*). The mercenaries were obliged to serve the king with arms, regardless of whether they were defending the country against the enemy within its borders or whether the king was conducting a conquest campaign outside its borders, since they were contracted to serve the king for money.

Johannes de Legnano treated the legal status of mercenaries in details. He wrote: „It remains to consider those who let out their services, or, more accurately, those who are voluntarily enlisted at an agreed salary. Whether such persons have an action against their hirers? Have the letters an action against the hirers? Solution: Such persons make a contract of *locatio operarum et rei*; and therefore, if the hirer uses them only for the purpose for which they are hired, he is not liable; ff. *Locati et conducti*, l. si quis domum; and this is so, unless there is a special term in the contract, or a custom to the contrary, as there is in Italy, namely that compensation should be given for horses lost in the service of the hirer; otherwise the rule stands, as above.”⁴³

The Hungarian Golden Bull did not make such a distinction, and it is silent in this regard, so we can assume that the same

³⁸ STELLA, A., The Liber Ardizonis. Reshaping the Libri feudorum in the Thirteenth Century. In: *Studi Medievali*, vol. 58, 2017, p. 192-199.

³⁹ Fourth Lateran Council, c.3: *Excommunicamus*, quoted in Paris, Bibliothèque Nationale, Lat. 4604, fol. 58vb, fol. 59va. This decretal was later included in 4Comp.5. 5. 2=X.5. 7. 13. Cf. STELLA, *op.cit.*, p. 192-199.

⁴⁰ HARTMANN, W. – PENNINGTON, K., *History of Medieval Canon Law in the Classical Period, 1140-1234*. Washington D.C. 2008, p. 371. According to García y García the *Compilatio quarta* dates before the death of Pope Innocent III (16 July 1216); WAYNO, J., Rethinking the Fourth Lateran Council of 1215. In: *Speculum*, Vol. 93, No. 3, 2018, p. 615.: „The Lateran IV canons were also included in Johannes Teutonicus's *Compilatio quarta*, which was assembled almost immediately after the council.”

⁴¹ STELLA, *op.cit.*, p. 192-199.

⁴² STELLA, *op.cit.*, p. 195.

⁴³ *Tractatus De Bello, De Represaliis et De Duello* by Giovanni da Legnano, edited by Thomas Erskine Holland, Oxford 1917, 119.: „Restat videre de his qui locant operas suas, vel verius assumuntur per electionem, constitute salario. An tales agant contra conductores? An locatores agant contra conductentes? Solutio. Tales locant operas et rem, et ideo si conductor utatur solum ad id ad quod conducuntur, non tenetur, ut l. si quis domum, ff. *Locati et conducti*; et hoc nisi aliud speciale pactum interveniat, vel consuetude aliud inducat, ut est in Italia, scilicet, quod prestantur emendae equorum deperditorum in servitio conducentis, alias stat regula, ut supra deductum est.”

rule explained by Johannes de Legnano was probably applicable in Hungary.

7. The influence of the Hungarian Golden Bull on later privileges abroad

Relations between Hungary and Poland were close in the 14th century, as King Louis of Hungary was an ally of his uncle, King Casimir III (the Great) of Poland from 1342 to 1370, and from 1370 he held the crown of Poland for twelve years.

One of Louis's aims was to obtain the Polish crown for himself and his descendants after the son of the heirless Polish King Casimir the Great. To achieve this, he favoured the Polish nobility and issued them with many privileges, many of which are similar to the Golden Bull. The Hungarian Golden Bull was confirmed by Louis the Great in 1351 and the influence of the newly confirmed Golden Bull can be seen in the Privilege issued in Buda in 1355, which granted extensive rights to the Polish nobility and clergy in the event of Louis succeeding to the Polish throne.

The Golden Bull is recalled by the clause in the Privilege issued in Buda in 1355 which stipulates that if the king wished to wage war outside the country's borders, he was obliged to compensate the nobles who had taken part in the campaign for the damage caused. According to the Golden Bull, the *servientes* shall not be obligated to accompany the king unless at the king's expense, if the king wishes to lead an army outside the kingdom.

The relevant clause of the Buda privilege provides for a similar arrangement. „Should we and our successors, during our reign, venture beyond the boundaries of the Kingdom during any military campaign, we shall make full reparation for the damages suffered by them in our or our successors' service, and our successors shall be obligated to reimburse them.”⁴⁴

A similar article is found in the Pact of Kassa of 1374, in which Louis the Great granted further privileges to Polish nobles in return for their acknowledgement of the succession of one of his daughters to the throne.

The Pact of Kassa states the following with regard to warfare outside the borders of the country: „If it should prove expedient for us to go beyond the frontiers of the country in a military campaign which we and our successors shall have undertaken during our reign, or if, in the same campaign, we shall come into war or conflict with any enemy, and any of the nobles shall be taken prisoner or suffer small or great loss in the same conflict, we shall make full reparation to them for the damages done to their property or person.”⁴⁵

It should be mentioned here that we find the same provision in the Statute of Wislice by Casimir the Great, which stated in 1347, in a similar manner to the Golden Bull, that „the nobles are not obliged to serve us outside the borders of the Kingdom unless we reimburse them for their expenses or ask them individually to do so.”⁴⁶

As is clear from the above, the Hungarian law has had a huge impact on Polish legislation in this respect. But this was not really a specific effect of Hungarian law, but rather Hungarian law mediated the rules of European *ius commune* to Poland, as the Hungarian rule was also influenced by the European *ius commune*.

8. Conclusions

In this paper we examined the relationship between the Hungarian decreta and the European *ius commune*. The comparison leads us to the conclusion that the Hungarian royal decrees were very closely related to the *ius commune*. We can assume that the editors of the Hungarian Golden Bull were very familiar with the most up-to-date legal literature, including the *Summa feudorum* of Jacobus de Ardizone. Presumably, the compilers of the Golden Bull of 1222, and certainly the compilers of later Hungarian decreta from 1267 and 1290, used either Jacobus de Ardizone's *Summa* or a copy of the *Libri feudorum* with the *Capitula extraordinaria* attributed to Jacobus de Ardizone as an appendix. We can cautiously assume that Jacobus' *Summa* or his *Capitula extraordinaria* was one of the sources of the Hungarian Golden Bull, and that the provisions of the Golden Bull were taken over and expanded by later Hungarian laws.

In his *Summa* Jacobus de Ardizone stated: „*Vasallus debet servire domino extra civitatem, si dominus vult praestare expensas, ut dictum est, alioquin non.*”⁴⁷ In other words, if the overlord wishes to lead an army outside the territory of his state, the vassal is not obliged to serve his lord unless the lord pays the expenses, but if the lord refused to pay his expenses, the vassal is not obliged to serve him. The same was stated in the *Capitula extraordinaria* Jacobi de Ardizone, but because of the fact that the respective passage was probably copied together with the *Summa*, the compilers of the Hungarian decreta could have used the *Summa* alone even without consulting the *Libri Feudorum*.

The *Summa* of Jacobus de Ardizone is in full accordance with the Hungarian Golden Bull where it is stated that the *servientes* shall not be obligated to accompany the king unless at the king's expense, if the king wishes to lead an army outside the kingdom. These provisions of the Golden Bull were taken over and expanded by later Hungarian laws.

⁴⁴ *Kodeks dyplomatyczny Wielkopolski*, Poznan 1879, vol. III, Nr.1328.: „Ceterum, si in nostri et successorum regiminis tempore, pro aliqua expeditione facienda ultra fines eiusdem regni procedere nos expediat vel eosdem, de dampnis, si que regnicole eiusdem regni in eadem expeditione nobiscum aut aliquo nostrorum successorum existentes in nostris aut ipsorum serviciis subierint, plenarie eisdem satisfactionem impendemus, et ipsi ydem impendere teneantur.”

⁴⁵ *Kodeks dyplomatyczny Wielkopolski*, Poznan 1879, III, 425, Nr. 1709.: „Demum, si nostro et nostrorum successorum regiminis tempore pro aliqua expeditione facienda ultra fines eiusdem regni procedere nos expediat, vel eosdem nobiscum vel sine nobis cum inimicis quibuscunque in eadem expeditione conflictum seu bellum facere et inire contigerit, et aliqui ex ipsis in eodem conflictu capti fuerint et detenti dampnaque parva vel magna perceperint, ipsis in rebus et personis plenariam satisfactionem impendemus.”

⁴⁶ *Leges, Statuta, Constitutiones Privilegia Regni Poloniae*, Varsaviae 1732, 44.: „Extra regni metas nobis servire non sunt obligati, nisi ipsis satis competens satisfactio per nos impendatur, vel per nos specialiter fuerint petiti vel rogati ad hoc.”

⁴⁷ JACOBUS DE ARDIZONE, *Summa Sive Epitome Iuris Feudorum*, Coloniae 1569, fol. 10r: „Vasallus debet servire domino extra civitatem, si dominus vult praestare expensas, ut dictum est, alioquin non.”

„Die doppelgesichtigen Gerichte“ – Einige charakteristische Merkmale der neuen untergeordneten Gerichte (*iudicia subalterna*) in Ungarn und Siebenbürgen (1787–1790)*
 (“Two-faced Courts” – Some Key Features of New Subordinate Courts /*iudicia subalterna* / in Hungary and Transylvania /1787–1790/)

András Biczó**

Abstract

In 1785, Joseph II set out to introduce „a new judicial order“ (*Novus ordo iudiciarius*) in the Kingdom of Hungary and its neighbouring lands (*Regnum Hungariae partes et eiusdem adnexas*), as well as the Grand Principality of Transylvania (*Magnus Principatus Transilvaniae*). As a result of the Emperor’s comprehensive and rapid judicial reform, which went against the historical constitution of the country and was therefore opposed by Hungarian and Transylvanian estates, new subordinate or subaltern (first-instance) courts (*iudicia subalterna*) were established in Hungary and Transylvania. On 1 September 1787, 38 courts in the Kingdom of Hungary and its neighbouring lands and 11 courts in the Grand Principality of Transylvania officially had to start their operation. The new judicial bodies took over the place of the former country courts (*sedes iudiciariae* i. e., *sedriae*), which were terminated on 31 August 1787. Although the *iudicia subalterna* were „short-lived“ because the entire judicial system known as *Novus ordo* or *Justitia Josephina* collapsed in 1790, shortly after the death of Joseph II, the more in-depth examination of the josephinist first-instance courts is still considered a research field that has not been fully explored yet. However, the new judicial reform removed the *sedriae*, in fact, the distinction between *iudicia subalterna* and *sedriae* was not as sharp as it appeared, at first glance, from the rules related to the new first-instance courts. By analyzing archival sources of some *iudicia subalterna* and relevant secondary literature, the paper aims to shed light on the dual nature of these courts. The research uses the term „two-faced“ to describe how the dividing line between *iudicia subalterna* and *sedriae*, royal court and municipal court, *politica* and *iuridica* could become blurred in *Novus ordo*. To illustrate this phenomenon, the paper primarily relies on the general concepts applied in studies that focus on the history of the court system and it uses the various names of the *iudicia subalterna* as a guideline.

Keywords: Joseph II.; *Novus ordo iudiciarius*; *iudicium subalternum*; *sedria*; court system.

„Nomen atque omen quantivis est preti“.¹

1. Einleitung

Die Reformen des ungarischen und siebenbürgischen Gerichtssystems durch Joseph II. sind unter mehreren Gesichtspunkten ein interessantes Forschungsgebiet. In den letzten etwa fünf Jahren seiner Herrschaft (1785-1790) hat er die ungarische und siebenbürgische Justiz und Verwaltung radikal umgestaltet. Die rapiden und umfassenden Reformmaßnahmen sowohl für die Verwaltung als auch für die Justiz waren im Wesentlichen von dem Bestreben getragen, sowohl die Verwaltung als auch die Justiz von ihrem jahrhundertealten ständischen Gepräge zu befreien. Die Idee der Gesamtmonarchie (oder Gesamtstaatsidee) und der Wunsch, den ständischen Staatsorganisation hierarchischer, zentralisierter und transparenter zu gestalten, können ebenfalls als wichtige und starke Motive für die Reformen angesehen werden. Diese Reformen, wie auch andere Maßnahmen

des Herrschers, verstießen jedoch sowohl in ihrer Form als auch in ihrem Inhalt grundlegend gegen die ungarische historische Verfassung und die ständischen Interessen, so dass die Justiz- und Verwaltungsreformen Josephs II. für die ungarischen und siebenbürgischen Stände verfassungswidrig und inakzeptabel waren. Im Januar 1790 zwangen die außen- und innenpolitischen Ereignisse den inzwischen schwer kranken Herrscher, der in Anlehnung an ein Gedicht von Pál István Ányos den Spitznamen „König mit Hut“ erhalten hatte, weil er nie bereit gewesen war, sich zum ungarischen König krönen zu lassen, dazu, alle „allgemeinen Verordnungen und Maßnahmen“, die er während seiner zehnjährigen Regierungszeit erlassen hatte, bis auf wenige Ausnahmen zu widerrufen und Ungarn bzw. Siebenbürgen in den Zustand zurückzusetzen, in dem sie sich zum Zeitpunkt des Todes seiner Mutter Maria Theresia befunden hatten.²

In dem Gebiet der ungarischen Rechtsgeschichtsforschung ist die Organisationsgeschichte der ungarischen Gerichte ein

* Supported by the ÚNKP-22-3 New National Excellence Program of the Ministry for Culture and Innovation from the source of the National Research, Development and Innovation Fund.

** Dr. András Biczó, Géza Marton Doctoral School of Legal Studies, University of Debrecen, Debrecen, Hungary / E-Mail: andrasbiczo1228@gmail.com / ORCID 0000-0003-3833-9088.

¹ PLAUTUS, *Persa*. 4, IV, 73.

² Vgl. KÉPES, G., Development of the Structural Independence of the Hungarian Judiciary from the Beginning until the End of the 19th Century. In: *Journal on European History of Law*, vol. 10, Nr. 2, 2019, S. 164.

Schwerpunkt, und bisher sind mehrere bedeutende Monografien und Studien erschienen, die die unterschiedlichen Gerichte der verschiedenen ungarischen staatsrechtlichen Epochen unter diversen Aspekten untersucht haben.³ Die Kurie selbst, das höchste ungarische Justizorgan, hält die Erforschung der Geschichte des ungarischen Gerichtssystems für äußerst wichtig.⁴ Obwohl es derzeit mehrere bedeutende Studien zur Geschichte der ungarischen Gerichtsorganisation gibt, hat die Untersuchung der neuen josephinischen untergeordneten (erstinstanzlichen) Gerichte (*iudicia subalterna*) bisher wenig im Fokus der ungarischen Rechtshistoriker gestanden.

Bisher galt Endre Varga als Hauptforscher auf diesem Gebiet und hat ein umfangreiches Archiv angelegt. Obwohl Varga die Justizreformen des Josephinismus in erster Linie im Zusammenhang mit der Geschichte der zentralen Justiz, der Königlich-Ungarischen Kurie zwischen 1780 und 1850, behandelt hat, sind die Ergebnisse seiner bedeutenden Forschungen auch für die vorliegende Analyse eine wichtige Grundlage.⁵ Die Untersuchungen von Lajos Hajdu waren für diese Forschung besonders nützlich, da er die Justizreformen hauptsächlich aus der Perspektive der josephinischen Verwaltungsreformen untersuchte und damit auf die Bedeutung einer komplexeren (synoptischen) Betrachtung der Justiz- und Verwaltungsreformen hinwies.⁶ Ein solcher Ansatz scheint für die Untersuchung der staatlichen Organisation in der ständischen Epoche unerlässlich zu sein.

Die vorliegende Studie kann selbstverständlich nicht zum Ziel haben, die Reformen Josephs II. in der ungarischen Gerichtsorganisation vollständig aufzuarbeiten, da eine solche Untersuchung in jeder Hinsicht den Rahmen dieses Beitrags sprengen würde. Auch bei der Untersuchung der *iudicia subalterna* kann die Studie nur versuchen, diese neuen Gerichte anhand der allgemeinen Kategorien (u. a. örtliche sowie sachliche Zuständigkeit, Sitz, Gerichtspersonal) zu charakterisieren, die

üblicherweise in Studien zur Organisationsgeschichte der Gerichte verwendet werden. Bei der Darstellung einiger charakteristischer Merkmale der *iudicia subalterna* orientiert sich diese Untersuchung an den verschiedenen Bezeichnungen der neuen Gerichte, da „Name, wie Bedeutung, ist Schon etwas werth“.⁷ Das Hauptziel der Studie besteht darin, die „Doppelgesichtigkeit“ der *iudicia subalterna* zu beleuchten, indem einige dieser auffälligen Merkmale dargestellt werden. Der Begriff „doppelgesichtig“ beschreibt vielleicht am treffendsten die inneren Widersprüche, die nicht nur die *iudicia subalterna*, sondern das gesamte System des Josephinismus kennzeichneten.

2. Die *iudicia subalterna* als Adelsgerichte

Die radikalen Reformen der ungarischen Gerichtsorganisation durch Joseph II. hatten bereits 1785 begonnen. Sein Patent, der sog. *Novus ordo iudiciarius*, der die Grundlage für das neue System bildete, wurde am 12. Dezember 1785 erlassen, trat jedoch erst am 1. Mai 1786 in Kraft. Am 1. Januar 1786 trat jedoch die *Instructio seu norma manipulationis* in Kraft, die als einheitliche Geschäftsordnung von den ungarischen Gerichten in ihren Verfahren angewendet werden musste.⁸ Die neue Justizordnung, die nur als *Novus ordo* oder *Justitia Josephina*⁹ bekannt ist und deren Gerichtsorganisation eine eigene Epoche in der Geschichte der ungarischen Gerichtsorganisation darstellt, bestand also offiziell vom 1. Januar 1786 bis zum 1. Mai 1790. Die *iudicia subalterna* wurden jedoch nicht im Zuge der ersten großen Reformwelle der ungarischen Gerichtsorganisation eingerichtet. Sowohl die Untersuchungen von Varga als auch von Hajdu weisen darauf hin, dass lange Zeit nicht ganz klar war, welcher Ansatz bei der Reform der erstinstanzlichen Gerichtsbarkeit verfolgt werden sollte.¹⁰

Der entscheidende Wendepunkt war das Reskript vom 30. November 1786, mit dem die Organisation der neuen un-

³ Sie bieten einen umfassenden Überblick über die Forschung und die reiche Fachliteratur zur Geschichte des ungarischen Gerichtssystems, einschließlich: STIPTA, I., *Bíróági szervezettörténet a hazai jogtörténettudomány tükrében*. In: *Jogtörténeti Szemle*, Nr. 1-2, 2017, S. 2-10; NÁGY, P., *A hazai bíróság-történet szakirodalmá*. In: *Jogtörténeti Szemle*, Nr. 1-2, 2017, S. 141-148.

⁴ Das Engagement der Kurie und der ungarischen wissenschaftlichen Gemeinschaft für die Erforschung des ungarischen Gerichtssystems wird durch die festliche Plenarsitzung der Kurie am 19. Juni 2023 und die im Rahmen der Plenarsitzung organisierte rechtsgeschichtliche Konferenz deutlich, die von der Tatsache inspiriert wurde, dass Karl III. an diesem Tag vor 300 Jahren den GA XXIV vom Jahre 1723, einen wichtigen Meilenstein in der Geschichte der ungarischen obersten Justiz, sanktionierte. Die wissenschaftlichen Ergebnisse des abgeschlossenen Forschungsprojekts wurden anlässlich des Jubiläums in einem eigenen Studienband veröffentlicht. BÓDINÉ BELIZNAI, K.–MEGYERI-PÁLFFI Z. (Hrsg.), *300 éves a Kúria*. Budapest, 2023; Mehrere Studien zur Geschichte des ungarischen Gerichtssystems werden in der Zeitschrift *Kúriai Döntések Bírósági Határozatok* veröffentlicht.

⁵ Bes. VARGA, E., *A királyi curia 1780-1790*. Budapest, 1974.

⁶ Bes. HAJDU, L., *II. József igazgatási reformjai Magyarországon*. Budapest, 1982.

⁷ PLAUTUS, T. M., *Luftspiele. – Sechzehntes Bändchen. Der Perser (Persa.)*. Stuttgart, 1868, S. 65; Schließlich fragt Faust bei ihrer ersten Begegnung sofort nach dem Namen von Mephistopheles, weil er glaubt, dass der Name der Träger des „Wesens“ ist. *Goethe's poetisches und prosaische Werke in zwei Bänden. Mit eilf Stahlstichen. – Erster Band*. Stuttgart und Tübingen, 1845, S. 498.

„Bei euch, ihr Herrn, kann man das Wesen
Gewöhnlich aus dem Namen lesen,
Wo es sich allzudeutlich weist, (...)“.

⁸ VARGA, E., *A Novus Ordo*. II. József jogszolgáltatási rendszere. In: *Levéltári Híradó*, vol. 4, Nr. 3-4, 1954, S. 49; VARGA, E., *A magyar jogszolgáltatás átszervezése II. József korában*. In: *Századok*, Nr. 5-6. 1960, S. 738-739; VARGA Op. cit. [1974] S. 59-61; HAJDU Op. cit. [1982] S. 286-287.

⁹ Die Darstellung der *Justitia* ohne die Augenbinde des Josephinismus könnte die Grundlage für eine besonders interessante rechtsikonographische Studie sein. Dennoch kann, wie Stoklasková anmerkt, die „sehende Gerechtigkeit“ in Band 5 des Handbuchs aller unter der Regierung des Kaisers Joseph des II. für die k. k. Erbländer ergangenen Verordnungen und Gesetze in einer systematischen Verbindung als bewusste und gewollte Repräsentationslösung in der Ikonographie des Josephinismus interpretiert werden. KROPATSCHEK, J. (Hrsg.), *Handbuch aller unter der Regierung des Kaisers Joseph des II. für die k. k. Erbländer ergangenen Verordnungen und Gesetze in einer Systematischen Verbindung – enthält die Verordnungen und Gesetze vom Jahre 1780. bis 1784. – Fünfter Band*. Wien, 1786, Titelbild; STOKLÁSKOVÁ, Z., *Die Sprache der Bilder in den Josephinischen Gesetzbüchern*. In: *Journal on European History of Law*, vol. 13, Nr. 2, 2022, S. 72.

¹⁰ VARGA Op. cit. [1954] S. 53-55; VARGA Op. cit. [1960] S. 740-741; VARGA Op. cit. [1974] S. 454-455.

tergeordneten Gerichte (*iudicia subalterna*) angeordnet wurde. Auch eines der wichtigsten ungarischsprachigen Presseorgane jener Zeit, der Magyar Hírmondó,¹¹ berichtete kurz über das Reskript. Der Text des Berichts spiegelte die terminologischen Unsicherheiten im Zusammenhang mit der Benennung neuer untergeordneten Gerichte wider, die es im ungarischen Gerichtssystem vorher noch nicht gab. Unter Bezugnahme auf eine Nachricht aus Buda vom 30. Januar 1787 berichtete die Zeitung, dass zusätzlich zu den 5 Bezirkstafeln (oder Distriktaufgaben; *tabula districtualis*) 38 „Untergesetztafeln“ („*all-törvény tábla*“) oder „sedria“ (*sedes iudiciaria*) eingerichtet werden sollten. In der Meldung wurde auch darauf hingewiesen, dass in diesen neuen untergeordneten Gerichten auch Strafsachen verhandelt werden.¹² In Siebenbürgen werden 11 ähnliche Tafeln neben den Bezirkstafeln Kolozsvár und Marosvásárhely errichtet.¹³

Obwohl die Gesetzgebung zur *iudicia subalterna* die offizielle Bezeichnung (*nomenclatio*) der Gerichte eindeutig festlegt (z. B. „*Districtus partium regni Hungariae Cisdanubiarum iudicium subalternum Poseniense*“),¹⁴ kann der oben genannte Zeitungsbericht dennoch als guter Ausgangspunkt für diesen Beitrag dienen, um einige wichtige Punkte der besonderen „Doppelgesichtigkeit“ der *iudicia subalterna* zu beleuchten, indem die verschiedenen Bezeichnungen nachgezeichnet werden. Die in dem Zeitungsbericht verwendete Bezeichnung „Untergesetztafeln“ könnte darauf hindeuten, dass die *iudicia subalterna* als untergeordnete oder untere Gerichte nur als Gerichte erster Instanz (*instantia prima*; Unterinstanz) fungieren (rein erstinstanzliche Gerichte), d. h. keine Berufungszuständigkeit haben werden.¹⁵

Der Begriff „Gesetztafel“ (*tabula*; *tabula iudiciaria*) kann als allgemeiner Begriff für ein Gericht in der Terminologie der damaligen Zeit interpretiert werden, er kann sich aber auch darauf beziehen, dass die *iudicia subalterna* unter den einzelnen Bezirkstafeln eingerichtet waren. Der Begriff *sedes iudiciaria* (oder *sedria*) hatte in dieser Zeit ebenfalls eine breitere Bedeutung, da er sich auch auf das Gericht (u. a. *sedes*; *forum*; *iudicium*; *tribunal*) im Allgemeinen bezog.¹⁶ Da jedoch eine der wichtigsten Bedeutungen dieses Begriffs das bedeutendste Gericht in der Gespanschaft¹⁷ (*sedes iudiciaria comitatus* oder *sedria comitatus*) ist,¹⁸ könnte die Identifizierung der *iudicia subalterna* mit *sedria* in dem oben genannten Zeitungsbericht darauf hindeuten, dass die *iudicia subalterna* auf Gespanschaftsebene eingerichtet werden und dass diese Gerichte die *sedriae* der Gespanschaften ersetzen werden.

Abgesehen von der Tatsache, dass der Begriff *sedria* auch eine viel breitere Bedeutung hatte und dieser Begriff nicht automatisch nur mit den Gerichten der Gespanschaften identifiziert werden kann, lässt die Bezeichnung des *iudicium subalternum* mit dem Begriff *sedria* auch die Interpretation zu, dass die Unterscheidung zwischen den neuen untergeordneten Gerichten und den *sedria* in der Wirklichkeit nicht so scharf war, wie es aus den Verordnungen hervorgeht, oder dass zumindest die Grenze zwischen den beiden Gerichten verschwommen zu sein scheint. Diese Annahme wird beispielsweise durch die Rede von János Rohonczy, dem Landtagsablegat der Gespanschaft Veszprém (*ablegatus comitatus Veszprémiensis*), auf der Circularsitzung (*sessio districtualis*) vom 20. Dezember 1833 bestätigt. In seiner Rede in der Debatte über die Beibehaltung oder Abschaffung des Ge-

¹¹ In der Literatur gibt es mehrere deutsche Übersetzungen des Namens der Zeitung (Ungarischer Bote, Ungarischer Landbote, Ungarischer Verkündiger, Ungarischer Anzeiger, Ungarischer Herold, Ungarischer Kurier).

¹² Die in der Zeitung erwähnte Nachricht aus Buda vom 30. Januar bezieht sich vermutlich auf das Intimat Nr. 628 der in Buda ansässigen Septemviraltafel vom selben Tag. OSZK [Széchényi-Nationalbibliothek] Fol. Lat. 772. *Intimata et resolutiones regia in iudicis. (Intimat. Resol. Reg. In Iurid. Ad Tab. Dist. Emanat. Tomus. 1. & 2. Annor. 1785. Usq. 87.)*. f. v. 5-f. r. 7; *Catalogus manuscriptorum Bibliothecae Nationalis Hungaricae Széchényiano-Regnicolaris. – Vol. II. D – M. Sopronii, 1815, S. 246; CSERGHEŐ, F., Historia Tabularum Iudiciariae Districtualis Trans Danubianae ab instaurationis tempore, seu anno MDCCXXIV. usque Annum MDCCXXIV. Sopronii, 1824, S. 107. 118. 136.*

¹³ Mind a' két Magyar Hazából. In: *Magyar Hírmondó*, vol. 8, Brief II vom 7. Februar 1787, S. 81-82; vgl. Politische Provinzialnachrichten. In: *Ungarische Staats- und Gelehrte Nachrichten*, vol 1, Nr. 9, 1787, S. 74; GEISLER DER JÜNGERE, Adam Friedrich, *Skizzen aus den Charakter und Handlungen Josephs des Zweiten itregierenden Kaisers der Deutschen – Als Beiträge zu einer einstigen vollständigen Lebens- und Regierungsgeschichte dieses Monarchen. – Zwölfte Sammlung.* Halle, 1789, S. 90.

¹⁴ SZINERSZEKI (Szinerszeghi) KERESZTÚRY, J., *Introductio in opus collectionis normalium constitutorum, quae regnante August. Imperatore et Rege Apostol. Josepho II. pro regno Hungariae et ei adnexis provinciis, magno item principatu Transylvaniae – Pars II.* Vienna, 1788, S. 68-69; KATONA, I., *Historia critica regum Hungariae stirpis austriacae – Tomulus XXI. Ordine XL. Ab anno Christi MDCCCLXXX. Ad annum MDCCXCII.* Buda, 1810, S. 465; Dies war die offizielle Bezeichnung auf dem eigenen Siegel des neuen untergeordneten Gerichts. HU-MNL-BAZML [Ungarisches Nationalarchiv-Komitatsarchiv Borsod-Abauj-Zemplén]-IV.512.-1.k. S. 1. „(...) ac sigillo pprio pvisum, sequentem Nomenclationem Districtus Partium Regni Cis-Tybisana[...] Iudicium subalternum Borsodiense, (...)“; HU-MNL-HML [Ungarisches Nationalarchiv-Komitatsarchiv Heves]-IV.1.a.-48.k. S. 5. „(...) e' quorum Numero istud hanc Nomenclationem habebit: Districtus Partium Regni Hungariae Cis-Tybisicanarum Iudicium Subalternum Hevesiense cum Extr[...] Szolnok unitum, (...)“; LEHOCZKY, T., *Beregvármegye monographiája – I. Általános rész.* Ungvár, 1881, S. 331; SZEDERKÉNYI, N., *Heves vármegye története – IV. kötet. Egervára visszavételétől 1687-től 1867-ig.* Eger, 1893, S. 298.

¹⁵ Vgl. Nachrichten von verschiedenen Ländern – Oesterreich. In: *Politisches Journal nebst Anzeige von gelehrten und andern Sachen*, Bd. 1, Nr. 1-6, 1787, S. 56; GEISLER DER JÜNGERE Op. cit. S. 90.

¹⁶ Vgl. VARGA, E. (Hrsg.), *Úriszék XVI–XVII. századi perszövegek.* Budapest, 1958, S. 1040; PONORI THEWREWK J., *Werbőczy István Deák műszavai régi magyarításokkal.* Pozsony, 1844, S. 27; PONORI THEWREWK E., *A helyes magyarság elvei.* Budapest, 1873, S. 44.

¹⁷ In der Studie wird für den Begriff „vármegye“ (*comitatus*) anstelle von Komitat der ältere Begriff Gespanschaft verwendet, der der damaligen Terminologie vielleicht ein wenig besser entspricht, wobei die Verwendung von Komitat selbstverständlich auch nicht anachronistisch wäre.

¹⁸ Ignác Frank z. B. verwendete 1846, am Ende der ständischen Epoche, den Begriff *sedes iudiciaria* für das Gespanschaftsgericht. FRANK, I., *A' Közégszág törvénye Magyarhonban. – Második rész. I. darab.* Buda, 1846, S. 11; Ein gesondertes Forschungsthema könnte die Frage sein, wann der Begriff *sedes iudiciaria* eindeutig mit dem Begriff „das Gericht der Gespanschaft“ verbunden war. Dennoch lohnt es sich, den Begriff *sedes iudiciaria* in dieser Zeit differenzierter zu betrachten und dementsprechend sorgfältig zwischen den Begriffen *sedes iudiciaria* als *generalis* und *sedes iudiciaria comitatus* als *specialis* zu unterscheiden. Vgl. PONORI THEWREWK Op. cit. [1844] S. 27.

richtes des Stuhlrichters (*forum pedaneum*) verglich er die *iudicia subalterna* mit dem frühen Zustand der *sedriae*, als es in den Gespanschaften kein differenziertes Gerichtssystem gab, sondern nur *sedriae*.¹⁹ Diese anschauliche Parallele regt zum Nachdenken an und kann die Frage nach den Gemeinsamkeiten und Unterschieden zwischen *iudicia subalterna* und *sedriae* durchaus relevant machen. Die unterschiedlichen Bezeichnungen der neuen untergeordneten Gerichte verdeutlichen jedoch die Ähnlichkeiten zwischen den neuen untergeordneten Gerichten und den ehemaligen Gespanschaftsgerichten.

Die *sedriae* können sowohl aufgrund ihrer sachlichen Zuständigkeit als auch aufgrund ihrer Zusammensetzung als Adelsgerichte angesehen werden. Obwohl die *sedriae* nicht nur in den Angelegenheiten der Adligen tätig waren, bestand ihr „Personal“ aus dem Adel der Gespanschaft. József Keresztúry von Szinérszeg gab den neuen untergeordneten Gerichten ihren offiziellen Namen (*iudicia subalterna*) mit dem Adjektiv *nobilis* („*fora nobilium subalterna*“; „*untergeordnete adeliche Gerichtsstellen*“), was den adeligen Charakter dieser Gerichte zum Ausdruck brachte.²⁰ Die Verwendung des Adjektivs „adelig“ lässt sich damit erklären, dass die *iudicia subalterna*, wie Keresztúry es ausdrückte, für die Sachen der Adligen eingerichtet wurden.²¹ Diese Erklärung für die Verwendung des Adjektivs „adelig“ ist jedoch nur teilweise richtig, da sie den Personenkreis, für den die *iudicia subalterna* in bestimmten Rechtssachen zuständig war, nicht vollständig erfasst. Mit anderen Worten waren die *iudicia subalterna* wie die *sedriae* nicht nur für die Angelegenheiten der Adligen zuständig.

Das Reskript vom 30. November 1786 teilte die Rechtssachen, die in die Zuständigkeit der *iudicia subalterna* fielen, in zwei Gruppen ein und verfolgte bei der Abgrenzung der beiden Gruppen von Sachen einen anderen Ansatz. Zur ersten Gruppe gehörten Rechtssachen, die nach damaligem Verständnis dem

Privatrecht zuzuordnen waren (*causa civilis*),²² während die zweite Gruppe die Strafsachen (*causa criminalis*) umfasste. Trotz der sehr weiten strafrechtlichen Zuständigkeit ist jedoch klar, dass die *iudicia subalterna* nicht ausschließlich als Kriminalgerichte eingerichtet wurden. Für die erste Gruppe wurde eine positive taxative Aufzählung angewandt, während es im Fall der zweiten negativ taxativ aufgezählt wurde, welche Strafsachen in die Zuständigkeit der *iudicia subalterna* fielen. Auf der Grundlage der positiven taxativen Aufzählung waren die *iudicia subalterna* für alle Zivilsachen zuständig, die im Reskript ausdrücklich in die Zuständigkeit dieser Gerichte verwiesen wurden. In allen Zivilsachen, die im Reskript nicht explizit erwähnt wurden, fungierten die den *iudicia subalterna* übergeordneten Bezirkstafeln als Gericht erster Instanz.²³ Hinsichtlich der erschöpfend aufgeführten Zivilsachen war das *iudicium subalternum* nur für die Rechtsangelegenheiten von Personen zuständig, die Adelige oder andere Freie waren, die sich weder der Zivil- noch der Herrschaftsgerichtsbarkeit unterwarfen und die in derselben Gespanschaft wohnten oder dort Eigentum besaßen, die in den Zuständigkeitsbereich des *iudicium subalternum* fiel.²⁴ Die einzige Ausnahme bilden die Ehesachen von Unadeligen, da diese im Reskript ausdrücklich an die Zuständigkeit der *iudicia subalterna* übertragen wurden.²⁵

Die negative taxative Aufzählung bedeutete, dass das Reskript nur die Ausnahmen aufführte, die nicht in die Zuständigkeit der *iudicia subalterna* fielen. Bezüglich der Strafsachen wurden nur die Verbrechen der Majestätsbeleidigung (*laesae Maiestatis*) und der Untreue (*nota infidelitatis*) nicht an die Zuständigkeit der *iudicia subalterna* verwiesen, da die Untersuchung und Beurteilung dieser Verbrechen „nach vaterländischen Gesetzen“ weiterhin ausschließlich dem König²⁶ vorbehalten war.²⁷ Selbstverständlich kann diese Bestimmung weiter nuanciert werden. Bezüglich der Tatsache, dass die Verbrechen der

¹⁹ KOSSUTH, L., Országgyűlési tudósítások – II. Kötet. 1833. augusztus 5 – 1834. március 24. In: *Fontes historiae hungaricae aevi recentioris/Magyarország újabbkori történetének forrásai*. Budapest, 1949, S. 498.

²⁰ KERESZTÚRY Op. cit. [1788b] S. 57; SCHUSTER, E., *Die Civil-Jurisdictionsnorm für die Königreiche Ungarn, Kroatien und Slavonien, die Wojwodschafft Serbien und das Temeser Banat vom 16 Februar 1853. dann jene für das Großfürstenthum Siebenbürgen vom 3 Juli 1853*. Wien, 1856, S. 76.

²¹ KERESZTÚRY Op. cit. [1788b] S. 57. „(...) *alia 38 Fora subalterna pro causis Nobilium constituta sunt*“.

²² HU-MNL-SZSZBML [Ungarisches Nationalarchiv-Komitatsarchiv Szabolcs-Szatmár-Bereg]-IV. A.10. 21. cs. Fons. 1. fasc. 1. n. 1. „*Coram Iudicio hoc, prout et aliis similibus Subalternis Iae Instantiae Foris Sequentes Causarum Civilium species pertractabuntur: (...)*“.

²³ HU-MNL-SZSZBML-IV. A.10. 21. cs. Fons. 1. fasc. 1. n. 1. „*Reliquae vero omnes causae hic non specificatae pro Tabulis Districtualibus remanebunt: (...)*“; HU-MNL-HML-IV.1.a.-48.k. S. 9-10; OSZK Fol. Lat. 772. f. r. 6-f. v. 7; KERESZTÚRY Op. cit. [1788 b] S. 57. 60-62; DÉCSY, A., *Continuatio historiae approbatae de ortu, progressu, fatibus, mutationibus, reformationibus, ictibus, et legislatoribus iurisprudentiae Hungaricae – Pars II. Posenii et Pestini, 1791*, S. 59-61.

²⁴ HU-MNL-SZSZBML-IV. A.10. 21. cs. Fons. 1. fasc. 1. n. 1. „*Respectu Civilium Causarum Specificatarum Coram iisdem Subalternis Foris nobiles duntaxat, aliaeque liberae nulli Civili aut Dominali Jurisdictioni Subjectae Personae, quae in gremio Cottum iisdem Iudicis assignatorum resident, vel possessionatae Sunt, in Jus vocabuntur: Curabunt vero in hisce Causis Subalterna ista Iudicia omnia illa, quae ad instituendas Causas, ferendasque Sententias pertinent*“.

²⁵ HU-MNL-SZSZBML-IV. A.10. 21. cs. Fons. 1. fasc. 1. n. 1. „(...) *exceptis Causis Matrimonialibus Ignobilium, quae aequo Iudicatu Iudicii Subalterni suberunt*“; KERESZTÚRY Op. cit. [1788 b] S. 62.

²⁶ NB Joseph II. wurde nie zum König von Ungarn gekrönt.

²⁷ HU-MNL-SZSZBML-IV. A.10.21. cs. Fons. 1. fasc. 1. n. 1. „(...) *exceptis Casibus Criminalis Laesae Maiestatis, et Notae Infidelitatis Soli Regiae Maiestati in Sensu Patriarum Legum reservatis*“; HU-MNL-HML-IV.1.a.-48.k. S. 10; KERESZTÚRY Op. cit. [1788 b] S. 85; KATONA Op. cit. S. 465; SZLEMENICS Op. cit. S. 64-65. Im Patent vom 20. August 1787, in dem der Herrscher neben der parallelen Reform des materiellen Strafrechts und des Strafverfahrens auch den organisatorischen Rahmen der Strafjustiz umfassend neugestaltete, findet sich in gewisser Weise eine der ungarischen Regelung ähnliche Lösung. Mit § 4 des Patents wurden die Staatsverbrechen der Zuständigkeit der neu eingerichteten Strafgerichte herausgenommen und in die Zuständigkeit der Strafgerichte übertragen, die in den Hauptstädten der einzelnen Provinzen als Appellationsgerichte oder Kriminal-Obergerichte errichtet wurden. KROPÁTSCHKE, J. (Hrsg.), *Handbuch aller unter der Regierung des Kaisers Joseph des II. für die K. K. Erbländer ergangenen Verordnungen und Gesetze in einer Systematischen Verbindung – enthält die Verordnungen und Gesetze vom Jahre 1787. – Vierzehnter Band*. Wien, 1789, S. 908-909; JGS [Justizgesetzsammlung] Nr. 712/1787. S. 139; HARTL, F., *Grundlinien der österreichischen Strafrechtsgeschichte bis zur Revolution von 1848*. In: MÁTHÉ, G.–OGRIS, W. (Hrsg.), *Die Entwicklung der österreichischen-ungarischen Strafrechtsgesetzgebung im XIX-XX. Jahrhundert*. Budapest, 1996, S. 25.

Majestätsbeleidigung und der Untreue aus der Zuständigkeit der iudicia subalterna herausgenommen worden waren, ersuchte das iudicium subalternum der Gespanschaft Bihar in seinem Bericht der ersten Sitzung vom 17. September 1787, der an die Septemviraltafel gesandt, aber an den Herrscher gerichtet war, die Septemviraltafel, ihm ihr Intimat Nr. 4773 vom 1. August mitzuteilen. Nach dem fraglichen Intimat sah sich der Herrscher veranlasst, gnädig zu verordnen, dass Kriminalverfahren gegen Personen, die des Verbrechens der Münzfälschung angeklagt sind, stets vor die sedria als delegierte Gerichte gebracht werden sollten, und dass solche Verfahren dann nicht, wie bisher, einer obersten Entscheidung (des Herrschers) unterworfen werden sollten, sondern ihnen das ordentliche Berufungsverfahren nach dem Novus ordo iudiciarius gelassen und dort abgeschlossen werden sollten.²⁸

Eine der bedeutendsten Neuerungen der Einrichtung der iudicia subalterna in der ungarischen und siebenbürgischen Strafrechtspflege bestand darin, dass diese Gerichte Strafsachen in erster Instanz verhandelten, unabhängig vom ständischen Status.²⁹ Die Strafgerichtsbarkeit des iudicium subalternum galt für alle Adeligen, Bürger und alle Unadeligen, die in der Gespanschaft leben, auf die sich die örtliche Zuständigkeit des iudicium subalternum erstreckt, sowie für die Städte (königliche Freistädte) innerhalb der Gespanschaft.³⁰ Zum Verständnis des allgemeinen Konzepts dieser Bestimmung kann man sich auf die Formulierung von Friedrich Hartl stützen, der in seiner Bewertung des Strafgesetzbuchs Josephs II. vom 13. Januar 1787 die Durchsetzung der „Gleichheit der Untertanen vor dem StG“ als eines der bemerkenswertesten Merkmale der Josephina hervorhob, das das Strafrecht im Gegensatz zum Zivilrecht für einen viel größeren Teil der Gesellschaft anwendbar machte.³¹ In der Habsburgermonarchie der 1780er Jahre ist die Umsetzung des recht fortschrittlichen Konzepts des „Gleichbehandlungsgrundsatzes“, die auch als eine Art Synthese der Ergebnisse der Aufklärung verstanden werden kann, in der Strafjustiz allerdings im Kontext der äußerst ambivalenten, auf permanenten Opposition und Kompromissuche beruhenden Beziehungen zwischen dem Herrscher und den Ständen zu betrachten und zu bewerten ist, im Zusammenhang mit der

spezifischen Persönlichkeit Josephs II. Die Formulierung von Thomas Weigand, dass die Josephina den Geist der Aufklärung in einem absolutistisch organisierten „Polizei-Staat“ verströmt, ist in diesem Sinne eine gute Illustration für die inneren Widersprüche, die die Strafrechtsreformen und das gesamte System des Josephinismus durchzogen.³²

Da also die sachliche Zuständigkeit der iudicia subalterna die Verwendung des Adjektivs „adelig“ nur teilweise erklärt, muss nach anderen Merkmalen der iudicia subalterna gesucht werden, die auch in Bezug auf die Ausübung der Strafrechtspflege das adelige Gepräge der neuen untergeordneten Gerichte einheitlich zum Ausdruck bringen können. Dieses mögliche Merkmal könnte das Gerichtspersonal sein, da die bisherigen Forschungen darauf hindeuten, dass das Personal der iudicia subalterna im Wesentlichen aus dem Adel der Gespanschaften stammte. Die Untersuchung des Personals der iudicia subalterna bietet die Möglichkeit einer besonders interessanten prosopographischen Analyse, die jedoch den Rahmen dieser Studie sprengen würde. Dennoch lässt sich aus den bisherigen Untersuchungen bereits die Tendenz ablesen, dass die Mitglieder des Personals der iudicia subalterna Adelige der Gespanschaften waren und bereits vor der Einrichtung der neuen untergeordneten Gerichte wichtige Positionen in ihrer Gespanschaft innehatten.³³

Doch auch wenn das Personal der iudicia subalterna überwiegend aus dem Adel der Gespanschaften stammte, war die einheitliche Regelung des Gerichtspersonals eindeutig darauf ausgerichtet, eine professionelle, einheitliche, berechenbare und transparente Arbeitsweise zu gewährleisten. Die Zahl des Personals der iudicia subalterna war für jedes Gericht gleich, und jedes Mitglied des Personals musste die seiner Stellung entsprechende Formel des Amtseids (*formula iuramenti*) leisten. Bei jedem iudicium subalternum wurden ein Präses, vier Assessoren, zwei Syndizi oder Kriminalfiskal, zwei Aktuare, ein Armenverwalter, ein Registrator (und zugleich Taxator) und zwei Kanzellisten ernannt. In den Texten der Amtseide verstärken die Wendungen, mit denen die Loyalität gegenüber dem Monarchen und der Dynastie zum Ausdruck gebracht wird, den „kaiserlichen“ Charakter der Gerichte, können aber auch als eine Form der absolutistischen Machtausübung interpretiert

²⁸ HU-MNL-HBML [Ungarisches Nationalarchiv-Komitatsarchiv Hajdú-Bihar]-IV.8.a. Fons. 1. fasc. 1. n. 1. „*In postrema hac Benigna Resolutione Regia expressis verbis cautum est, ne in Dijudicationem Causar[...] Criminis laesae Majestatis & Notae Infidelitatis, tamquam Soli Regiae Majestati reservatum imittamus, cum' autem paulo ante, sub Dato nempe 1ae Augusti a. c. & Nr 4773. Majestas Vestra Ssma Processus contra Criminis Confectionis falsae Monatae Reos erigendos coram Sede Judra' Cottüs, qua Judicio delegato imposter[...] promoveri, et quin pro altissima Decisione submittans, secund[...] Novum Ordinem Judiu[...] terminari jusserit, hanc eandem activitatem, quae ex praemissa Resolutione Sedi Judiciariae competeat, nobis quoq[...] deferendam esse Subditali cum Fiducia speramus*“. OSZK Fol. Lat. 772. f. r. 84-f. v. 84; VARGA, E.–VERES, M., *Bírósi levéltárak 1526–1869*. Budapest, 1989, S. 119; vgl. GA VII vom Jahre 1715 und GA LVI vom Jahre 1791.

²⁹ KERESZTÚRY Op. cit. [1788 b] S. 85; vgl. KASSICS, I., *Enchiridion seu extractus benignarum normalium ordinationum regiarum – Tomus II-us*. Pestini, 1825, S. 36. 40. 43. 55. 150.

³⁰ HU-MNL-SZSZBML-IV. A.10. 21. cs. Fons. 1. fasc. 1. n. 1. „*Eadem Iudicia Subalterna praeter nunc deductas Causas Civiles in prima Instantia judicabunt universas Causas Criminales, dum Nobilium qm et Civium aliorumque quorumvis Ignobilium in Comitatus iisdem praevio modo assignatis, Civitatibusque his ingremiatis occurrentes, (...)*“.

³¹ Das Strafgesetzbuch Josephs II. (Allgemeines Gesetz über Verbrechen, und derselben Bestrafung) wurde sowohl in Ungarn als auch in Siebenbürgen in Kraft gesetzt, und das ins Lateinische übersetzte Gesetzbuch war in ungarischen und siebenbürgischen Gebieten für knapp drei Jahre (1787-1790) in Kraft. KORSÓSNE DELACASSE, K., Der Betrug in der ungarischen Strafrechtskodifikation an der Schwelle des 19. Jahrhunderts. In: *Journal on European History of Law*, vol. 9, Nr. 2, 2018, S. 241.

³² HARTL Op. cit. [1996] S. 26; WEIGAND, T., Aufbau und Struktur des Strafgesetzbuchs. In: HILGENDORE, E., et al. (Hrsg.), *Handbuch des Strafrechts – Band 1. Grundlagen des Strafrechts*. Heidelberg, 2019, S. 473.

³³ HAJDU Op. cit. [1982] S. 288-289.

werden.³⁴ Die wiederkehrende Betonung des Gehorsams gegenüber höheren Autoritäten könnte auf eine stark zentralisierte und hierarchische Organisationsstruktur des Novus Ordo hinweisen.³⁵ Alle Gerichtsbediensteten erhielten ein Jahresgehalt (*salarium*), dessen Höhe vom jeweiligen Amt abhing, das aber für alle *iudicium subalternum* gleich war. Das Jahresgehalt des Präses wurde auf 500, das der Assessoren auf 300, das des Syndikus, der Aktuare, des Armenverwalters und des Registrators auf einheitlich 200 und das der Kanzellisten auf 100 Forint (*florenus*) festgelegt.³⁶

Der Magyar Hírmondó vom 12. September 1787 berichtete über die Einrichtung der *iudicia subalterna* und veröffentlichte bei dieser Gelegenheit die Namen der Mitarbeiter des *iudicium subalternum* der Gespanschaft Pozsony und ihre Gehälter. Diesem Bericht zufolge ist der Präses des neuen untergeordneten Gerichts István Bittó von Sárosfalva, ehemals der zweite Vicegespan (*vice-comes substitutus*) der Gespanschaft Pozsony, während unter den Assessoren László Mólnár, ehemals erster Vicensor (*primus vice-notarius*), und László Szvetenyey, ehemals erster Fiscal (*ordinarius fiscalis magistratualis*), waren.³⁷

Bei der ersten Sitzung (*concessus* oder *sessio*) des *iudicium subalternum* der Gespanschaft Szabolcs, die am 1. September 1787 im Marktflecken (*oppidum*) Nagykálló abgehalten wurde, legten von den vier ursprünglich ernannten Assessoren nur János Petes-Jabloneczay und Lajos Osváth den Amtseid ab. Denn nachdem Miklós Ormos und Farkas Ibrányi vom Präses des neuen untergeordneten Gerichts, Mihály Jármy,³⁸ über die wohlwollende Gnade des Herrschers notifiziert worden waren, erklärten sie, dass sie ihr Amt aus verschiedenen Gründen nicht annehmen könnten.³⁹ Daher musste das *iudicium subalternum*

der Septemviraltafel einen Vorschlag zur Besetzung der vakanten Assessorstellen unterbreiten.⁴⁰ Das *iudicium subalternum* schlug Ignác Pethő und Lajos Kállay mit der Begründung vor, dass sie bereits das Amt des referierenden Assessors (*assessor referens*) in der *sedria* der Gespanschaft Szabolcs ausgeübt hatten.⁴¹ Der dritte Kandidat war Ignác Tahy, der zwar zu diesem Zeitpunkt das Amt des Fiscals in der Gespanschaft Szatmár innehatte, aber nach der Begründung des Gerichts aus der Gespanschaft Szabolcs stammte und seine eigene Residenz am Sitz des *iudicium subalternum* in Nagykálló hatte.⁴² Am 19. September 1787 ernannte die Septemviraltafel schließlich Ignác Pethő und Ignác Tahy zu Assessoren.⁴³

Ignác Pethő bedankte sich in einem Brief vom 20. Oktober 1787 an den Präses des *iudicium subalternum* im Dorf Pap demütig für seine Ernennung, fügte aber auch ein paar Briefe (*paria litterarum*) bei, in denen er die Gründe erläuterte, warum er das Amt des Assessors nicht annehmen konnte und warum er darum bitten sollte, von diesem ihm gnädig verliehenen Amt entbunden zu werden. Am 30. Oktober wurde der Fall von Lajos Osváth, Assessor des *iudicium subalternum* der Gespanschaft Szabolcs, dem Gericht referiert und ein Vorschlag zur Besetzung der neu vakant gewordenen Assessorstelle unterbreitet. Osváth schlug Dániel Eördögh, der ursprünglich zum Aktuar (*actuarius*) des *iudicium subalternum* ernannt worden war, und László Vay, Aktuar des *iudicium subalternum* der Gespanschaft Bihar,⁴⁴ als Nachfolger von Pethő vor. Für den Fall, dass der Monarch (d. h. die Septemviraltafel in seinem Namen) Daniel Eördögh zum Assessor ernannte, schlug er außerdem Rafael Vay und János Porkoláb für die zweite Aktuarsstelle (*actuarius secundarius*) vor. Porkoláb war ursprünglich zum Kanzellisten des

³⁴ BICZÓ, A., In the Service of the State – Analysis of the Josephinist Policy and Reforms Regarding the Hungarian Court Organization. Analyzing some Oath Formulas Used at the Erection of *iudicia Subalterna*. In: TAUCHEN, J.–KOLUMBER, D. (Hrsg.), *Edge of Tomorrow: The Next Generation of Legal Historians and Romanists*. Brno, 2022, S. 108-116.

³⁵ Diese Interpretation kann u. a. die Behauptung untermauern, dass die organisatorische Unabhängigkeit der Justiz im modernen Sinne in der josephinischen Staatsorganisation noch nicht etabliert war. Vgl. KÉPES Op. cit. S. 164.

³⁶ HU-MNL-HBML-IV.8.a. Fons. 1. fasc. 1. n. 1. Status Personalis & Salarialis *iudicium subalternum*; HU-MNL-SZSZBML-IV. A.10. 21. cs. Fons. 1. fasc. 1. n. 2. Status Personalis & Salarialis *iudicium subalternum*; KERESZTÚRY Op. cit. [1788b] S. 62-63.

³⁷ Hazai újj Tisztségek és Tisztek. In: *Magyar Hírmondó*, vol. 8, Brief 72 vom 12. September 1787, S. 601-602.

³⁸ Bevor Mihály Jármy zum Präsidenten des *iudicium subalternum* der Gespanschaft Szabolcs ernannt wurde, bekleidete er das Amt des zweiten Vicegespan in der Gespanschaft Szabolcs. HU-MNL-SZSZBML-IV. A.10. 21. cs. Fons. 1. fasc. 1. n. 1.

³⁹ Die Tatsache, dass einige der zu den *iudicia subalterna* ernannten Bediensteten ihre Ernennung aus bestimmten Gründen nicht annahmen, war vermutlich kein Einzelfall. In der am 1. September 1787 in Eger abgehaltenen Sitzung des *iudicium subalternum* der Gespanschaft Heves legten die Mitglieder des ernannten Gerichtspersonals ihren Amtseid gemäß den Vorschriften ab, mit drei Ausnahmen. Mihály Borbély, der zum Assessor des neuen untergeordneten Gerichts ernannt wurde, László Fejér, der zum Syndikus ernannt wurde, und Mihály Radics, der zum Aktuar ernannt wurde, wurden wegen ihrer Abwesenheit nicht vereidigt, aber alle drei hatten bereits darum gebeten, von den ihnen gnädig zugewiesenen Ämtern entbunden zu werden. HU-MNL-HML-IV.1.a.-48.k. S. 6-7. „e’ quorum Numero D. Michael Borbély, e’ politico Fiscalatus Officio abesse non valens, officiu[...] hoc ex debito deprecatus est humillime’. (...) D. Michael Radics ex cognitis sibi rationibus Officium hoc non accepavit. (...) Qui omnes praerecensiti Normale statim, & distinctum iuxta Officia deposuerunt Juramentu[...] exceptis DD. Michaele Borbély, Ladislao Fejér, & Michaele Radics, clementer collata sibi Officia per ipsam absentiam, sed personaliter etiam in antecessum deprecantibus“.

⁴⁰ HU-MNL-SZSZBML-IV. A.10. 21. cs. Fons. 1. fasc. 1. n. 2. „(...) praelectoq & publicato Bgno praeprovocato Decreto Regio, in obsequium illa[...] praeposita Individua, ex quidem tandem Joan[...] Petes Jabloczay, Ludovicus Osváth (...) pro quib[...] Clementer denominati sunt Juramenta, secundum Formulas praeposito Bgnō Decreto sub //: transmissas deposuerunt; (...) quoad reliqua autem Individua, & quidem Dnos Nicolaum Ormos, & Wolfgangum Ibrányi pro Assessoribus, (...) clementer denominatos, declaravit antetitulos Dnos Praeses; Bgnam Mattis Vrae Sacratissimae quoad ipsos extensam clementiam praevie iisdem notificatam quidem esse; eos tamen insinuasse ex variis suis rationib[...] Judicio quoq[...] huic Subalterno detectis clementer collatum sibi offum acceptare non posse; (...)“.

⁴¹ HU-MNL-SZSZBML-IV. A.10. 21. cs. Fons. 1. fasc. 1. n. 2. „Quocirca vigore Clementissimi Praescripti Regij in locum Officia non acceptantium Individuorum pro Assessoribus quidem Dni Ignatius Pethő, & Ludovicus Kállay in Sedria quoq[...] dum stetit Cottus hujus munere Referentium Assessorum defungentes, (...)“.

⁴² HU-MNL-SZSZBML-IV. A.10. 21. cs. Fons. 1. fasc. 1. n. 2. „(...) nec non Ignatius Tahy pro nunc in Cottu Szatmarien[...] Offo Fisci Mgrtis defungens sed ex Cottu hocce de Zabólch ubi residentiam quoq[...] loco Judicij hujus proprius situatem haberet oriundus (...)“.

⁴³ HU-MNL-SZSZBML-IV. A.10. 21. cs. Fons. 1. fasc. 1. n. 12. 13. 18.

⁴⁴ Vgl. HU-MNL-HBML-IV.8.a. Fons. 1. fasc. 1. n. 1.

Gerichts ernannt worden, hatte aber neben diesem Amt auch das Amt des *iudicium subalternum* inne und war auch Taxator, d. h. er übte im Wesentlichen die Tätigkeit des Registrators aus. Am 14. November ernannte die Septemviraltafel auf Vorschlag des *iudicium subalternum* Dániel Eördögh zum Assessor des Gerichts. Eördögh wurde auf dem Posten des Ersten Aktuars (*actuarius primarius*) durch István Bay den Jüngeren ersetzt, der ursprünglich zum Zweiten Aktuar des Gerichts ernannt worden war, während seine Stelle durch Vay Rafael besetzt wurde, der auf Vorschlag des *iudicium subalternum* von der Septemviraltafel ernannt worden war.⁴⁵

Ein ähnliches Phänomen wird im Protokoll der ersten Sitzung des *iudicium subalternum* der Gespanschaft Borsod erwähnt. Da Károly Meczner, der dem neuen untergeordneten Gericht ursprünglich als Assessor vorgeschlagen worden war und gnädigerweise in dieses Amt berufen wurde,⁴⁶ in der Zwischenzeit in den Einnehmeramt der Königlichen Filialkasse der Gespanschaft Borsod (*Perceptor Filialis Cassae Regiae Comitatus Borsodiensis*) versetzt worden war und er es vorzog, in diesem Amt zu bleiben, wie das *iudicium subalternum* der Gespanschaft Szabolcs sollte auch das neue untergeordnete Gericht der Gespanschaft Borsod dem Septemviraltafel die Besetzung der vakanten Assessorstelle vorschlagen.⁴⁷ Aus den fünf vom Gericht aufgelisteten Personen und den kurzen Begründungen, die ihren Namen beigefügt sind, geht hervor, dass alle von ihnen bereits wichtige Ämter in ihrer Gespanschaft bekleidet hatten. In der Begründung des *iudicium subalternum* heißt es, Miklós Óváry, der Fiscal der Gespanschaft Borsod, sei aufgrund seiner hervorragenden Qualitäten, seines unermüdlichen Fleiß im öffentlichen Dienst und seiner ausgezeichneten Erfahrung mit der neuesten Verfahrensweise für das Amt des Assessors geeignet.⁴⁸ János Gábor Péchy übte seit 1771 ununterbrochen und lobwürdig das Amt des Einnehmers, Fiscals und Assessors in der Gespanschaft Borsod aus.⁴⁹ Zsigmond Lehoczky ist bereits im Dienst der Gespanschaft als Fiskal und lange Zeit als Assessor „alt geworden“.⁵⁰ Bálint Döry, der Syndikus des iudi-

cium subalternum, ist bereits seit sechs Jahren als ordentlicher Geschworne (*iurassor ordinarius*) im Dienst der Öffentlichkeit tätig.⁵¹ Die letzte vom Gericht empfohlene Person war Ferenc Balogh der Jüngere, „ein Anwalt unserer Ersten“, der stellvertretende Fiscal (*fiscalis surrogatus*) der ehemaligen sedria.⁵²

Die Namen mehrerer Mitglieder des am 19. Juli 1787 ernannten Personals des *iudicium subalternum* der vereinigten Gespanschaft Abaúj und Torna finden sich auch in der Liste der neuen Beamten der beiden 1785 im Zuge der Verwaltungsreform vereinigten Gespanschaften. Einige der Namen finden sich bereits auch in der Liste der Beamten der Gespanschaft Abaúj, die nach der Restauration (*sedes restauratoria* oder *electoralia*) vom 13. Oktober 1784 erstellt wurde. György II. Komáromy von Kójj (oder Kóly) wurde zum Präses des *iudicium subalternum* der vereinigten Gespanschaft Abaúj und Torna ernannt, der das Amt des Obernotars (*ordinarius notarius*) der Gespanschaft Abaúj infolge der Restauration am 13. Oktober 1784 bekleidet hatte.⁵³ Von den vier Assessoren der vereinigten Gespanschaft Abaúj und Torna bekleidete Pál Szentimrey das Amt des Fiscals im Gespanschaft Abaúj infolge der am 13. Oktober 1784 abgehaltenen Restauration, und nach der Vereinigung der beiden Gespanschaften im Jahr 1785 hatte er dasselbe Amt inne.⁵⁴ Und von den beiden Aktuaren des *iudicium subalternum* war Ferenc II. Bárczay im Jahr 1785 einer der ehrenamtlichen (unentgeltlichen) Vicenotar (*vice-notarius honorarius*) der vereinigten Gespanschaft Abaúj und Torna.⁵⁵

In der Liste des Personals des *iudicium subalternum* der Gespanschaft Heves und Külső-Szolnok, das am 19. Juli 1787 ernannt wurde, finden sich mehrere Namen von Personen, die bereits wichtige Stellen im Beamtenkörper der Gespanschaft (*magistratus comitatensis*) bekleidet hatten. Einer der Assessoren des neuen untergeordneten Gerichts, András Péchy von Pécsújfalu, wurde im Sitzungsprotokoll der sedria vom 11. Oktober 1786 als Assessor erwähnt. Aus den weiteren Daten, die Nándor Szederkényi in seiner bedeutsamen Komitatsmonographie veröffentlicht hat, lässt sich schließen, dass Péchy bis zum Ende

⁴⁵ HU-MNL-SZSZBML-IV. A.10. 21. cs. Fons. 1. fasc. 1. n. 2. 13. 18.

⁴⁶ HU-MNL-BAZML-IV.512.-1.k. S. 1.

⁴⁷ HU-MNL-BAZML-IV.512.-1.k. S. 4. „*Tandem D. Carolo Meczner aeque p Assessore projectato & bgne denominato, intermedio tempore in Perceptorem Filialis Cassae Regiae Cottus Borsodiensis applicito, & constituto, ac in hac statione sua manere desiderante; in Locum illius (...) Excelsae Tlae 7. Virali humillime pjectabunt*“. János Porkoláb, der ursprünglich zum Kanzellisten des *iudicium subalternum*s der Gespanschaft Szabolcs berufen worden war, wurde kurz nach seinem Amtsantritt auch zum Contraagent der Königlichen Filialkasse der Gespanschaft Szabolcs (*Contraagens Filialis Cassae Regiae Comitatus Szabolcsiensis*) ernannt. Am 28. November 1787 schlug das *iudicium subalternum* der Septemviraltafel vor, die vakante Cancellistenstelle zu besetzen. Das Gericht hatte drei Kandidaten: Zsigmond Rác, der damals das Amt des ehrenamtlichen (unentgeltlichen) Kanzellisten (*cancellista honorarius*) in der Gespanschaftsverwaltung innehatte, Miklós Ormos und Ferenc Korda. Zsigmond Rác wurde am 12. Dezember vor Septemviraltafel zum Cancellisten ernannt. HU-MNL-SZSZBML-IV. A.10. 21. cs. Fons. 1. fasc. 1. n. 2. 18. 23.

⁴⁸ HU-MNL-BAZML-IV.512.-1.k. S. 4. „(...) *D. Nicolaus Ovarj Fiscalis Comitatus hujus Borsodien[...], ppter eximias suas Dotes, indefassamq[...]* in publicis exhibitor[...], *servitor[...]* industrial[...], & in moderna manipulaone habita praeclearam experientiam; (...)“.

⁴⁹ HU-MNL-BAZML-IV.512.-1.k. S. 4. „(...) *item Gabriel Joannes Pechy ob continuata in hoc Cottu laudabiliter pstita inde ab Anno 1771. in Perceptoratu, Fiscalatu, & Assessoratu servitia; (...)*“.

⁵⁰ HU-MNL-BAZML-IV.512.-1.k. S. 4. „(...) *nec non Sigismundus Leochy in servitio Comitatus hujus qua Fiscalis a' longiori tempore Assessor consenesens; (...)*“.

⁵¹ HU-MNL-BAZML-IV.512.-1.k. S. 4. „(...) *cum Valentino Döry Judicij hujus subalterni syndico, jam a' Sex Annis in Publico servitio Ord Jurassore desudante; (...)*“; vgl. HU-MNL-BAZML-IV.512.-1.k. S. 3.

⁵² HU-MNL-BAZML-IV.512.-1.k. S. 4. „(...) & *Juniore Francisco Balogh unō e' Primarijs nostris Advocato, pexistentisq[...]* sedriae surrogato Fiscalis, (...)“.

⁵³ KORPONAY, J., *Abaújvármegye monographiája – I. kötet*. Kassa, 1866-1870, S. 63-64. 66; vgl. SZIKALY, J.-BOROVSKY, S. (Hrsg.), *Magyarország vármegyéi és városai – Abaúj-Torna vármegye és Kassa*. Budapest, 1896, S. 520.

⁵⁴ KORPONAY Op. cit. S. 64. 66.

⁵⁵ KORPONAY Op. cit. S. 64. 66.

der sedria am 31. August 1787 deren Assessor war und danach dieselbe Stelle als Mitglied des Personals des iudicium subalternum innehatte.⁵⁶ János Radics wurde auch zum Assessor des iudicium subalternum ernannt, und die von Szederkényi übermittelten Angaben deuten darauf hin, dass Radics bereits vor der Einrichtung des neuen untergeordneten Gerichts die Stelle des Vicefiscals (*vice-fiscalis magistratualis*) in der Gespanschaft bekleidete.⁵⁷ István Tarródy von Tarródfa und Németszecsöd übte, bevor er zum Assessor des iudicium subalternum ernannt wurde, das Amt des Notars in der Gespanschaft Heves aus.⁵⁸ Präses des iudicium subalternum war außerdem Baron Samuel Szepessy, der seit Anfang 1787 Präses der sedria der Gespanschaft Heves war. Im Protokoll der ersten Sitzung des iudicium subalternum wird das Verb *transfero* verwendet, um die Kontinuität in der Zusammensetzung des Personals der „beiden“ Gerichte (d. h. *sedria* und *iudicium subalternum*) auszudrücken, in dem Sinne, dass Szepessy auch das Amt des Präses des „neuen“ Gerichts innehaben wird.⁵⁹

Das Schreiben des königlichen Kommissars (*commissarius regius*) des Verwaltungsbezirks Kassa, Ferenc Szent-Iványi, vom 26. August 1787 wurde in der ersten Sitzung des iudicium subalternum der Gespanschaft Zemplén verlesen, in der Szent-Iványi auf Vorschlag der neu ernannten Präses des iudicium subalternum, Menyhért Szulyovszky von Karom und Szulyov, László Horváth Pálóczi zum vorläufigen Assessor des untergeordneten Gerichts ernannte.⁶⁰ László Horváth Pálóczi hatte laut Protokolleintrag zuvor das Amt des Fiscals inne, muss aber schon länger in der Gespanschaftsverwaltung tätig gewesen sein, da er bereits 1777 das Amt des zweiten Vizenotars (*secundus vice-notarius*) innehatte.⁶¹ Der Grund für die provisorische Ernennung war, dass Pál Soós von Soóvár, der ursprünglich zum Assessor ernannt worden war, die Ernennung nicht annahm, so dass das iudicium subalternum am 1. September 1787 vollständig eingerichtet werden musste.⁶²

Auch wenn es sich bei den oben genannten Fällen nur um einzelne Beispiele handelt, die kein umfassendes Bild vermitteln, lassen sie doch darauf schließen, dass sich die persönliche Zusammensetzung der iudicia subalterna und der früheren sedriae nicht wesentlich unterschied. Zumindest wurde bei der Ernennung des Gerichtspersonals der einzelnen iudicia subal-

terna vermutlich in erster Linie auf den adeligen Personenkreis zurückgegriffen, der bereits eine aktive Rolle in der Gespanschaftsverwaltung gespielt hatte und daher mit den spezifischen Gegebenheiten der einzelnen Gespanschaften vertraut war. So konnten beispielsweise Ortsansässigkeit, Ortskenntnis, Vorerfahrungen in der Gespanschaftsverwaltung oder in einigen Gespanschaften sogar die Kenntnis der Sprache (z. B. Rumänisch oder Slowakisch) der dort lebenden Ethnien ausschlaggebend für die Ernennung sein. Die Durchsetzung dieser Aspekte setzte notwendigerweise voraus, dass die iudicia subalterna von ihrer persönlichen Zusammensetzung her im Wesentlichen die gleichen Adelsgerichte sein sollten wie die früheren sedriae.

Lajos Hajdu, ein bedeutender Wissenschaftler der josephinischen Rechts- und Verwaltungsreformen, wies im Zusammenhang mit den Sprachkenntnissen auf das Phänomen hin, dass die Trennung von Justiz und Verwaltung nicht nur in den Gespanschaften, sondern auf allen Ebenen der gesamten staatlichen Organisation dazu führte, dass die Gerichte des *Novus ordo*, einschließlich der iudicia subalterna, eine Art „Saugwirkung“ auf die Beamtenkörper der Gespanschaften ausübten. Wie Hajdu ausführte, wollten die Mitglieder des ehemaligen Beamtenkörper der Gespanschaften nicht nur lästige und konfliktträchtige Verwaltungsaufgaben loswerden, sondern auch ein Amt bei Gericht bekleiden, weil sie die deutsche Sprache nicht beherrschten, die gemäß dem Reskript Josephs II. vom 11. Mai 1784 Amtssprache der Verwaltung war.⁶³ Trotz der Bestrebungen des Herrschers blieb die Gerichtssprache bis zum tatsächlichen Zusammenbruch des *Novus Ordo* um Februar/März 1790 das Lateinisch, und in den letzten Jahren des Josephinismus musste der Beamtenkörper der Gespanschaften immer mehr unpopuläre und sehr beleidigende Verwaltungsaufgaben übernehmen. Diese Umstände machten es in gewisser Weise attraktiver, ein Amt in der Justiz zu bekleiden als in der Gespanschaftsverwaltung. Diese „Saugwirkung“, die sich in mehreren Wellen vollzog und einen erheblichen Wandel im Beamtenkörper der Gespanschaften bewirkte, ist auch eine mögliche Erklärung dafür, warum sich das Personal der iudicia subalterna hauptsächlich aus Mitgliedern des ehemaligen Beamtenkörpers der jeweiligen Gespanschaften zusammensetzte.⁶⁴

⁵⁶ SZEDERKÉNYI Op. cit. S. 296-298; vgl. HU-MNL-HML-IV.1.a.-48.k. S. 6.

⁵⁷ SZEDERKÉNYI Op. cit. S. 296-298; vgl. OROSZ, E., *Heves- és a volt Külső-Szobnok egyesült vármegyék nemes családjai*. Eger, 1906, S. 334; HU-MNL-HML-IV.1.a.-48.k. S. 6.

⁵⁸ SZEDERKÉNYI Op. cit. S. 297-298; vgl. OROSZ Op. cit. S. 324; HU-MNL-HML-IV.1.a.-48.k. S. 6.

⁵⁹ SZEDERKÉNYI Op. cit. S. 297-298; HU-MNL-HML-IV.1.a.-48.k. S. 5. „(...) *debitè curare pro quo isthuc munere Mmus D Baro Samuel Szepesi à Sedib[...]* *Judiciariis transfertur, (...)*“.

⁶⁰ Der Grund für die vorläufige Ernennung war, dass das Personal der iudicia subalterna vor Septemviraltafel als Oberste Justizstelle im Namen des Herrschers ernannt wurde. S. u. Seite 16.

⁶¹ SZIRMAY, A., *Notitia Historica Comitatus Zempleniensis*. Buda, 1804, S. 330; NAGY, I., *Magyarország családai czimerekkel és nemzékrendi táblákkal – Ötödik könyv*. Pest, 1859, S. 156.

⁶² HU-MNL-BAZML-IV.2009.-21.k. S. 7-8. „*Lectae Suae Excellentissimae Dni Fungentis Supremi Comitatus Literae per non acceptationem Officii Assessoralis Domini Pauli Soós, Iudicium Subalternum numero in completo considerare oporteat, erga praepositionem Domini Praesidis Or. Fiscalem Ladislaum Horváth de Pálócz in Locum illius modo provisorio denominantis. ddq 26ae Augusti 1787. Nro 00. emanatae. (...) Erga quas antelatis Ladislaus Horváth de Pálócz Sedem Assessoralem capessivit*“.

⁶³ HAJDU, L., Qualifikationssystem staatlicher Beamter in Ungarn. In: *Annales Universitatis Scientiarum de Rolando Eötvös Nominatae – Sectio Iuridica*, Tom. XIX. 1977, S. 43; HAJDU, L., Az állami tisztségviselők minősítési rendszere II. József uralkodása idején. In: *Állam és igazgatás*, vol. 23, Nr. 6, 1973, S. 524.

⁶⁴ HAJDU Op. cit. [1977] S. 43; HAJDU Op. cit. [1973] S. 524; HAJDU Op. cit. [1982] S. 288-289; vgl. KAZINCZY, F., *Pályám emlékezete*. Debrecen, 2009, S. 594. 761.

Dieses Phänomen – das selbstverständlich nicht durch die Einrichtung der *iudicia subalterna* ausgelöst wurde, da der Prozess bereits begonnen hatte, wie Hajdu hervorhob – wird jedoch durch die oben genannten Beispiele sicherlich nuanciert, da es bei den erwähnten *iudicia subalterna* fast immer der Fall war, dass die ursprünglich als Mitglieder des Gerichtspersonals ernannten Personen ihre Ernennung aus irgendeinem Grund nicht annahmen. Eine gründlichere Untersuchung der Gründe für die Verweigerung und der Frage, inwieweit die von Hajdu erwähnte „Saugwirkung“ zwischen dem Personal des *iudicium subalternum* und der Gespanschaftsverwaltung im Besonderen als ein allgemeines Phänomen in den letzten Jahren des Josephinismus angesehen werden kann, erfordert jedoch eine umfassendere und tiefgehende Forschung. Eine Untersuchung dieses besonders interessanten Prozesses könnte mehr Aufmerksamkeit verdienen, und sei es nur, weil Hajdu im Grunde Beispiele anführt, die zeigen, dass die Bezirkstafeln tatsächlich eine größere Anzahl von Beamten aus der Gespanschaftsverwaltung übernommen haben.

3. Die *iudicia subalterna* als Gespanschaftsgerichte

Hajdu bezeichnete die *iudicia subalterna* in einer seiner Studien als „Komitatsgerichte“ (d. h. Gespanschaftsgerichte), was u. a. ein Ausgangspunkt für die Frage der räumlichen Zuständigkeit der Gerichte sein kann.⁶⁵ In der Tat wurden die *iudicia subalterna* auf der Gespanschaftsebene anstelle der *sedriae* eingerichtet, so dass es sich in diesem Sinne wirklich um Gespanschaftsgerichte handelte. Wenn Alphons von Domin-Petrushevecz die *iudicia subalterna* „Comitatsgerichte, Sedrien (*sedes iudicariae*)“ nannte, meinte er damit im Wesentlichen, dass diese Gerichte (auch) auf der Gespanschaftsebene eingerichtet waren.⁶⁶ Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die räumliche Zuständigkeit der *iudicia subalterna*, also

der auf Gespanschaftsebene errichteten Gerichte, nicht (notwendigerweise) mit derjenigen der ehemaligen *sedriae* übereinstimmte.

Die Zuständigkeit der neu eingerichteten *iudicia subalterna* wurde an die neuen territorialen Grenzen angepasst, die sich aus der Verwaltungsreform ergaben, die im Wesentlichen parallel zur Justizreform durchgeführt wurde. Im Zuge der Verwaltungsreform im Königreich Ungarn mit seinen Nebenländern wurden mehrere Gespanschaften zusammengelegt und in den 38 so entstandenen Gespanschaften 38 *iudicia subalterna* eingerichtet.⁶⁷ Ähnliche Verwaltungsreformen wurden im Großherzogtum Siebenbürgen durchgeführt, die zur Schaffung von 11 Gespanschaften und 11 *iudicia subalterna* führten.⁶⁸ Die *iudicia subalterna* können somit als Gespanschaftsgerichte in dem Sinne betrachtet werden, dass ihre Anzahl und Zuständigkeit an die neue territoriale Aufteilung infolge der Verwaltungsreformen angepasst wurden.

Der Grundgedanke hinter der neuen Regelung für die untergeordneten Gerichte war jedoch, dass die *iudicia subalterna* im Gegensatz zu den *sedriae* nicht mehr die Gerichte der Gespanschaften waren. Dieser Gedanke wird durch die Tatsache untermauert, dass im Rahmen der Verwaltungsreform in jeder der durch das Reskript vom 18. März 1785 zusammengelegten Gespanschaften nur ein *iudicium subalternum* eingerichtet wurde.⁶⁹ So gab es z. B. in den vereinigten Gespanschaften Esztergom und Komárom, Győr und Moson, Abaújvár und Torna, Bereg und Ugocsa sowie in der Gespanschaft Csongrád, Békés und Csanád nur ein *iudicium subalternum*.⁷⁰ Die neue territoriale Aufteilung führte nicht nur zur Zusammenlegung bestimmter Gespanschaften, sondern auch zu territorialen Veränderungen in Gespanschaften, die nicht mit anderen Gespanschaften vereinigt wurden,⁷¹ und zur Angliederung verschiedener privilegierter Bezirke und Gebiete, die zuvor eine gewisse Autonomie in der Rechtspflege genossen, an bestimmte Ge-

⁶⁵ HAJDU Op. cit. [1973] S. 524; HAJDU Op. cit. [1977] S. 43; vgl. GEBHARDT, B., *Handbuch der deutschen Geschichte – II. Band. Von der Reformation bis zum Frankfurter Frieden. Nebst einer Uebersicht über die Ereignisse bis zum Jahre 1890.* Stuttgart – Berlin – Leipzig, 1892, S. 346.

⁶⁶ VON DOMIN-PETRUSHEVECZ, A., Die Justizreformen in Oesterreich seit dem Regierungsantritt Maria Theresia's – Organisation und Legislation unter Kaiser Joseph II. In: *Oesterreichische Revue*, vol. 3, Bd. 5, 1865, S. 116; VON DOMIN-PETRUSHEVECZ, A., *Neuere österreichische Rechtsgeschichte.* Wien, 1869, S. 187.

⁶⁷ KERESZTÚRY Op. cit. [1788 b] S. 57-59; MARTINICKÝ, M., Osudy archívov podriadených súdov – iudicium subalternum (1790–2020). In: *Slovenská archivistika*, vol. 50, Nr. 1, 2020, S. 39-42.

⁶⁸ KERESZTÚRY Op. cit. [1788 b] S. 69-71.

⁶⁹ Vgl. KOSSUTH Op. cit. S. 501; BAZML-IV.512.-1.k. S. 1. „*Triginta item octo Fora subalterna cum criminali unita, 1^a 7br initiu[...] exorsura, in Specificatis Comitatus[...] hgnē resolvisse; ex iisdemque isthoc etiam Iudicium unum constituere, (...)*“.

⁷⁰ KERESZTÚRY [1788b] S. 57-59; vgl. VON DOMIN-PETRUSHEVECZ Op. cit. [1865] S. 116; VON DOMIN-PETRUSHEVECZ Op. cit. [1869] S. 187; THIRING, G., *Magyarország népessége II. József korában.* Budapest, 1938, S. 14; LEHOCZKY, T., *Beregvármegye monographiája – I. Általános rész.* Ungvár, 1881, S. 331; EDELÉNYI-SZABÓ, D., *Magyarország közjogi alkotórészeinek és törvényhatóságainak területváltozásai.* Budapest, 1928, S. 12-13; REISZIG, E., Esztergom vármegye történetének következő része 1867-ig. In: BOROVSZKY, S. (Hrsg.), *Magyarország vármegyéi és városai – Esztergom vármegye.* Budapest, 1908, S. 392-393; REISZIG, E., Győr vármegye és város története. In: BOROVSZKY, S. (Hrsg.), *Magyarország vármegyéi és városai – Győr vármegye.* Budapest, 1908, S. 368; SZIKLAY-BOROVSZKY Op. cit. S. 520; ZSILINSZKY, M., *Csongrádvármegye története – Második rész.* Budapest, 1898, S. 182-183. Die oben erwähnte Gespanschaft Heves und Külső Szolnok entstanden durch den Zusammenschluss der Gespanschaften Heves und Külső Szolnok, jedoch nicht im Jahr 1785, da die beiden Gespanschaften unter der Türkenherrschaft im GA LII vom Jahre 1569 vereinigt wurden. MONTEDEGOI ALBERT, Ferenc (Hrsg.), *Heves és külső Szolnok törvényesen egyesült vármegyéknek leírása.* Eger, 1868, S. 2; vgl. GA LII vom Jahre 1569.

⁷¹ So wurde beispielsweise der Bezirk Kishont (*Processus Kis-Hontiensis*), der zwar offiziell zur Gespanschaft Hont gehörte, aber innerhalb der Gespanschaft eine gewisse Autonomie genoss, von Hont abgetrennt und der Gespanschaft Gömör angegliedert. IFJ. REISZIG, E., *Gömör-Kishont vármegye története.* In: BOROVSZKY, S. (Hrsg.), *Magyarország vármegyéi és városai – Gömör-Kishont vármegye.* Budapest, 1903, S. 539; vgl. GA XXIII vom Jahre 1729.

spanschaften.⁷² Außerdem wurden die 38 iudicia subalterna des Königreichs Ungarn mit seinen Nebenländern sowie die 11 iudicia subalterna des Großherzogtums Siebenbürgen in Bezirke (*districtus*) eingeteilt, die jedoch territorial nicht mit den durch die Verwaltungsreform geschaffenen zehn bzw. drei Verwaltungsbezirken (*districtus*). Die Zentren der zehn in den ungarischen Gebieten errichteten Verwaltungsbezirke fielen mit einer Ausnahme alle mit dem Sitz eines iudicium subalternum zusammen.⁷³

Die 38 iudicia subalterna, die auf dem Gebiet des Königreichs Ungarn mit seinen Nebenländern eingerichtet wurden, waren in fünf Bezirke (*Districtus Cis-Danubianus; Districtus Trans-Danubianus; Districtus Trans-Tibiscanus* und *Districtus Zagabiensis*) mit jeweils einem Bezirkstafel unterteilt. Die Bezirkstafeln wurden im Zuge der Justizreform von 1723 (die GA XXX, XXXI und XXXIV vom Jahre 1723) als königliche Gerichte der Zwischenebene eingerichtet, obwohl das Bezirkssystem selbst und die Protonotarialgerichte (*fora protonotariale*), die als historische Vorgänger der Bezirkstafeln betrachtet werden können, frühere Wurzeln hatten.⁷⁴ Zwar wurden auch die fünf Bezirkstafeln im System des Novus ordo grundlegend reformiert,⁷⁵ aber ihre Sitze (Trencsén; Kőszeg; Eperjes; Debrecen und Zágráb) wurden nicht verändert.⁷⁶ Mit Ausnahme des iudicium subalternum der vereinigten Gespanschaft Zágráb, Varasd und Körös fiel keiner der Sitze des iudicium subalternum mit den Sitzen der anderen vier Bezirkstafeln zusammen.⁷⁷ Die 11 siebenbürgischen iudicia subalterna wurden in zwei Bezirke (*Districtus Claudiopo-*

liensis und *Districtus Agropoliensis*) aufgeteilt und in jedem dieser Bezirke wurde ein Bezirkstafel eingerichtet.⁷⁸

In Siebenbürgen gibt es jedoch viel mehr Übereinstimmungen zwischen den Sitzen der verschiedenen Staatsorgane als im Königreich Ungarn. Dieses Phänomen ist vor allem darauf zurückzuführen, dass die 1784 begonnene Verwaltungsreform die territoriale Aufteilung Siebenbürgens, die viel komplizierter war als die ungarische, radikal veränderte.⁷⁹ Die königliche Freistadt Szeben war das Verwaltungs- und Justizzentrum des Großherzogtums Siebenbürgen, da sie der Sitz des königlichen siebenbürgischen Guberniums (*Gubernium Regium Transylvanicum*) war. Nach seiner Neuorganisation 1786 wurde das Gubernium in zwei Senate aufgeteilt, von denen der erste für die Verwaltungs- und Kammerangelegenheiten (*negotia politica et cameralia*) und der zweite für die Rechtsangelegenheiten (*negotia iudicialia*) zuständig war. Dank dessen verfügte das Gubernium über sehr weitreichende Zuständigkeit, da es in der Verwaltung des Großherzogtums Siebenbürgen einerseits als *Gubernium Regium Transylvanicum in Politicis et Cameralibus* eine ähnliche Rolle spielte wie die königliche ungarische Statthalterei (*Consilium Regium Locumtenentiale Hungaricum*), der am 11. August 1785 mit der Ungarischen Kammer (*Camera Hungarica*) zusammengelegt worden war, und andererseits als *Gubernium Regium Transylvanicum in Judicialibus* die gleiche Zuständigkeit hatte wie die Septemviraltafel.⁸⁰

Die Stadt war aber auch Sitz des Verwaltungsbezirks Szeben, der Gespanschaft Szeben, der Bezirkstafel Szeben und des iudi-

⁷² Die neue territorialen Aufteilung führte nicht nur zur Zusammenlegung bestimmter Gespanschaften, sondern auch zu territorialen Veränderungen in Gespanschaften, die nicht mit anderen Gespanschaften vereinigt wurden, und zur Angliederung verschiedener privilegierter Bezirke und Gebiete an bestimmte Gespanschaften, die ebenfalls über eine gewisse Autonomie in der Rechtspflege verfügten. Nach der neuen territorialen Aufteilung des Königreichs Ungarn mit seinen Nebenländern gehört der Jazygenbezirk (*Districtus Jazygum seu Philistaeorum*) sowie Groß- und Kleinkumanien (*Cumania maior et Cumania minor*) zum Verwaltungsbezirk Pest (innerhalb dessen sie wurden sie 1787 mit der Gespanschaft Pest-Pilis-Solt vereinigt) und der erzbischöflichen Stuhl von Vajka (*Vajkensis Sedes Archiepiscopalis*), sowie die erzbischöflichen Stühle von Verebely und Szentgyörgy (*Sedes Archiepiscopales de Verebely et Sancto Georgio*) zum Verwaltungsbezirk Pozsony (innerhalb dessen ersterer zur Gespanschaft Pozsony und letzterer zur Gespanschaft Bars gehört), die sechzehn Zipser Städte (*Sexdecim Oppida Scepusiensia*) und die Städte der zehn Lanzenträger (*Oppida decem Lanceatorum*) zum Verwaltungsbezirk Kassa (innerhalb dessen beide zur Gespanschaft Szepes gehören), die Haidukenstädte (*Oppida Hajdonicalia*) zum Verwaltungsbezirk Nagyvárad (innerhalb dessen der größte Teil zur Gespanschaft Szabolcs und ein kleinerer Teil zur Gespanschaft Bihar gehört), der Freibezirk Nagykikinda (*Districtus Nagykikindiensis*) und der Theißer Freibezirk (*Districtus Tibiscanus*) zum Verwaltungsbezirk Temes (innerhalb dessen ersterer zur Gespanschaft Torontál und letzterer zur Gespanschaft Bács gehört), und schließlich gehörte die Edelgemeinde von Túrmező (oder Túrpolya) (*Nobiles Campi Turpolya*) zum Verwaltungsbezirk Zágráb (innerhalb dessen zur vereinigten Gespanschaften Zágráb und Szeverin gehört). SZINERSZEKI (Szinerszeghi) KERESZTÚRY, J., *Introductio in opus collectionis normalium constitutorum, quae regnante August. Imperatore et Rege Apostol. Josepho II. pro regno Hungariae et ei adnexis provinciis, magno item principatu Transylvaniae – Pars I.* Vienna, 1788, S. 171-175. 178-180. 182. 184-185.

⁷³ Der Verwaltungsbezirk Munkács hatte seinen Sitz in Munkács, das nicht als Sitz des iudicium subalternum bestimmt wurde, da der Sitz des iudicium subalternum der vereinigten Gespanschaft Bereg und Ugocsa in Beregszász lag. KERESZTÚRY Op. cit. [1788a] S. 7-11; KERESZTÚRY Op. cit. [1788 b] S. 57-59; SZÁNTAY, A., *Regionalpolitik im alten Europa – Die Verwaltungsreformen Josephs II. in Ungarn, in der Lombardei und in den österreichischen Niederlanden 1785–1790.* Budapest, 2005, S. 102-103.

⁷⁴ SZÁNTAY Op. cit. [2005] S. 96-97; SZÁNTAY, A., *Regionális igazgatás a 18. századi Magyarországon.* In: *Történelmi szemle*, vol. 50, Nr. 3, 2008, S. 314-316.

⁷⁵ KERESZTÚRY Op. cit. [1788 b] S. 51-57.

⁷⁶ Der Zuständigkeitsbereich der Bezirkstafeln Trencsén, Kőszeg, Eperjes und Debrecen wurde durch den GA XXXI vom Jahre 1723 festgelegt, während der Zuständigkeitsbereich des 1724 eingerichteten Bezirkstafel Zágráb das Gebiet des Königreichs Kroatien, Slawonien und Dalmatien umfasste. Diese Regelung wurde in den folgenden Jahrzehnten nur geringfügig geändert, und die örtliche Zuständigkeit der Bezirkstafel wurde im Novus ordo nicht grundlegend verändert. KERESZTÚRY Op. cit. [1788 b] S. 52-53; VARGA-VERES Op. cit. S. 325-327; SZÁNTAY Op. cit. [2005] S. 96.

⁷⁷ KERESZTÚRY Op. cit. [1788 b] S. 51-53. 59.

⁷⁸ KERESZTÚRY Op. cit. [1788 b] S. 69-71; GAÁL, L., *Az erdélyi diaeták es országos végzéseik foglalatlja időszakok es tárgyak szerint 1691–1791.* – *Harmadik kötet.* Kolozsvár, 1837, S. 156.

⁷⁹ GAÁL Op. cit. S. 171-172; THIRRING Op. cit. S. 14-15; TRÓCSÁNYI, Z., *Felvilágosodás és ferenci reakció (1771-1830).* In: MAKKAI, L.–SZÁSZ, Z. (Hrsg.), *Erdély története. – Második kötet. 1606-tól 1830-ig.* Budapest, 1986, S. 1100-1102.

⁸⁰ KERESZTÚRY Op. cit. [1788a] S. 76-77; KERESZTÚRY Op. cit. [1788 b] S. 48; GAÁL Op. cit. S. 156; TRÓCSÁNYI, Z., *Erdélyi kormányhatósági levéltárak.* Budapest, 1973, S. 15; TRÓCSÁNYI Op. cit. [1986] S. 1100; NAGY, I., *A Magyar Kamara 1686–1848.* Budapest, 1971, S. 247.

cium subalternum, das für die Gespanschaft Szeben und einen Teil der Gespanschaft Felső-Fejér zuständig war. Die königliche Freistadt Marosvásárhely war Sitz der Gespanschaft Küküllő, der Bezirkstafel Marosvásárhely und des iudicium subalternum, dessen Zuständigkeit sich auf Küküllő und Marosköz erstreckte. Die Stadt Fogaras war Sitz des Verwaltungsbezirks Fogaras, der Gespanschaft Fogaras und des iudicium subalternum, das für die Gespanschaft Fogaras und einen Teil der Gespanschaft Felső-Fejér zuständig war. Die königliche Freistadt Kolozsvár war Sitz des Verwaltungsbezirks Kolozs, der Gespanschaft Kolozs, der Bezirkstafel Kolozsvár und des iudicium subalternum, das für die Gespanschaften Kolozs, den unteren Teil der Gespanschaft Torda und Aranyosszék zuständig war.⁸¹

Obwohl man im vorangegangenen Kapitel die Frage nach der Zusammensetzung des Personals der iudicia subalterna hätte aufwerfen können, ob das Personal der iudicia subalterna gewählt oder ernannt wird, ist diese Frage vielleicht eher mit dem Problem des „Komitatsgericht (oder Gespanschaftsgericht)“ verbunden. Das „Personal“ der sedriae, die als Gespanschaftsgerichte (Selbstverwaltungsgerichte) fungierten, wurde von der adeligen Gemeinschaft oder Universität der Gespanschaft (*universitas nobilium comitatus*) bei den Restaurationen in den Generalkongregationen gewählt.⁸² Im Falle der iudicia subalterna hingegen zeigt die Tatsache, dass das Personal dieser neuen Gerichte bereits vom Herrscher ernannt wurde, dass diese Gerichte nicht mehr die Gerichte der Gespanschaften sind. Das Ernennungsrecht wurde im Namen des Herrschers von Septemviraltafel als Oberste Justizstelle ausgeübt, wie aus der Ernennungsurkunde von Mihály Jármy, Präses des iudicium subalternum der Gespanschaft Szabolcs, hervorgeht.⁸³ Die Urkunde, die am 7. August 1787 in Buda ausgestellt wurde, trägt die Namen von

Graf Antal Jankovics von Daruvár, dem Schatzmeister (*magister tavernicorum*) und der Präses der Septemviraltafel, Sámuel II. Beniczky von Benicze und Micsinye, dem Septemvir (*consiliarius aulicus*) und György Vadász, einem der Sekretäre (*secretarius*) der Septemviraltafel.⁸⁴

Im Prinzip hatten die Gespanschaften also keinen bedeutenden Einfluss mehr auf die Zusammensetzung des Personals der iudicia subalterna ausgeübt,⁸⁵ da die Mitglieder des Personals der neuen untergeordneten Gerichte nicht mehr von den Gespanschaften gewählt wurden. In diesem Sinne können die iudicia subalterna nicht mehr als die Gerichte der Selbstverwaltung der Gespanschaften, sondern als „kaiserliche“ Gerichte angesehen werden. Anstelle der sedriae, die als Gerichte der Gespanschaften fungierten, wurden die iudicia subalterna, die ebenfalls auf Gespanschaftsebene aufgestellt waren und als Pfeiler der Gerichtsorganisation des Novus Ordo fungierten, mit der Absicht eingerichtet, den Gespanschaften die breite Autonomie der Rechtspflege zu entziehen. Neben der Generalkongregation (*congregatio comitatus generalis*) war die sedria in organisatorischer Hinsicht das wichtigste Symbol für die äußerst umfassende Selbstverwaltung der Gespanschaften. Obwohl die beiden Organe selbst im XVIII. Jahrhundert noch nicht unbedingt deutlich voneinander zu unterscheiden waren und die oft künstlich anmutenden Grenzen zwischen ihnen zu verschwimmen schienen,⁸⁶ ist klar, dass einer der ältesten und wichtigsten Bestandteile der Selbstverwaltung der Gespanschaften die Autonomie der Rechtsprechung war. Es lohnt sich daher, die Abschaffung der sedriae und die Einrichtung der iudicia subalterna nicht nur aus der Perspektive der Justizreformen und des Novus Ordo zu betrachten, sondern auch unter dem Aspekt der josephinischen Verwaltungsreformen und der schrittwei-

⁸¹ Vgl. KERESZTÚRY Op. cit. [1788a] S. 9-11; KERESZTÚRY Op. cit. [1788b] S. 57-59. 69-71.

⁸² Bspw. KOLOSVÁRI, S.-ÓVARI, K. (Hrsg.), *Corpus statutorum. – Tomus III. Statuta et articuli municipiorum Hungariae trans-tibiscanorum*. Budapest, 1892, S. 92.

⁸³ KERESZTÚRY Op. cit. [1788 b] S. 37; vgl. KÉPES Op. cit. S. 164.

⁸⁴ HU-MNL-SZSZBML-IV. A.10. 21. cs. Fons. I. fasc. I. n. 1. Vor seiner Ernennung zum Präses des iudicium subalternum der Gespanschaft Szabolcs war Mihály Jármy der zweite Vicegespan der Gespanschaft Szabolcs.

⁸⁵ Wie mehrere der im vorigen Kapitel genannten Beispiele zeigen, hatten die iudicia subalterna in der Praxis jedoch durchaus Einfluss auf die Zusammensetzung des Gerichtspersonals, da die „mit den örtlichen Verhältnissen besser vertrauten“ iudicia subalterna der Septemviraltafel vorschlugen, die nicht angenommenen oder vakanten Stellen zu besetzen. Obwohl es aus den obigen Beispielen nicht hervorgeht, konnten iudicia subalterna in der stark zentralisierten Gerichtsorganisation des Novus Ordo nicht direkt mit der Septemviraltafel interagieren, sondern nur über den zuständigen Bezirkstafel. Vgl. KERESZTÚRY Op. cit. [1788 b] S. 65-66.

⁸⁶ Diese organisatorische Verwischung ist zwischen der congregatio generalis und der sedria im XVI. und XVII. Jahrhundert noch deutlicher zu erkennen. Obwohl der Prozess einer genaueren Trennung der beiden Organe in organisatorischer Hinsicht in einigen Gespanschaften bereits im XVII. Jahrhundert. EMBER, Gy., *Az újkori magyar közigazgatás története Moháctól a török kiűzéséig*. Budapest, 1946, S. 522-523. 526; DEGRÉ, A., *Megyei közgyűlések a XVI-XVII. századi török háborúk korában*. In: MEZEY, B. (Hrsg.), *Válogatott jogtörténeti tanulmányok*. Budapest, 2004, S. 172-173; BÉLI, G., *A vármegyei nemesi bíróságot szervezete 1723-ig*. In: *Jogtörténeti Szemle*, Nr. 1-2, 2017, S. 28-29. Szederkényi erwähnt einen interessanten Fall aus der Gespanschaft Heves, der seiner Meinung nach die durch die Verwaltungs- und Justizreformen verursachten ungeordneten Verhältnisse in der Gespanschaft verdeutlicht. In einer anderen Interpretation könnte dieser Fall jedoch auch auf die unscharfe Grenze zwischen generalis congregatio und sedria hinweisen, die noch Ende des XVIII. Jahrhunderts spürbar war. Am 30. August 1782 verlieh Joseph II. dem griechischstämmigen Moska Naum und seinem Bruder Konstantin den Adelstitel und ein Wappen zusammen mit dem Gut Ivanda in der Gespanschaft Torontal. Da die letzte generalis congregatio in der Gespanschaft Heves am 10. Oktober 1786 stattfand, wurde das Adelsprivileg dort Anfang 1787 in Abwesenheit der aufgehobenen generalis congregatio in der sedria verkündet. Es wird angenommen, dass die Adelsbriefe der Brüder in der Gespanschaft Heves veröffentlicht werden mussten, denn die Forschungen von Tamás Szemethy legen nahe, dass die Brüder zwar 1777 das Bürgerrecht in der freien königlichen Stadt Pest erhielten und von da an als wohlhabende Pester Kaufleute erwähnt werden (ihre Adelsbriefe wurden 1784 und 1815 in der Gespanschaft Pest veröffentlicht), dass sie aber ursprünglich um 1758 von Moschopolis nach Gyöngyös in der Gespanschaft Heves zogen. SZEDERKÉNYI Op. cit. S. 296-297; HU-MNL-OL [Ungarisches Nationalarchiv-Ungarisches Staatsarchiv]-A 57-B. 52.-S. 211-212; ÁLDÁSY, A., *A Magyar Nemzeti Múzeum könyvtárának címjegyzéke II. – Címerlevelek 6. kötet, 1771-1800*. Budapest, 1940, S. 62-63; DIÓSZEGI, GY.-DIÓSZEGI, K., *Magyar nemességet szerző görögök*. In: *Széplalom*, Bd. 18, 2008, S. 300; SZEMETHY, T., *Hogyan lett Michael Mandukából báró Horváth Mihály? – Egy 18. századi görög kereskedő a magyarországi új arisztokraták között*. In: *Actas*, Nr. 4, 2017, S. 121-122.

sen Abschaffung der Selbstverwaltung der Gespanschaften. In dieser Betrachtungsweise kann die Abschaffung der *sedriae* als einer der letzten Schritte zur Abschaffung der Selbstverwaltung der Gespanschaften gesehen werden, und zwar im Lichte des Prinzips der Trennung von Justiz und Verwaltung, das in den josephinischen Reformen der Staatsorganisation möglichst konsequent vorangetrieben werden sollte.

Es ist auch erwähnenswert, dass die *iudicia subalterna* alle ihre Sitzungen an ihrem eigenen Sitz abhielten. Dies ist ein wichtiges Merkmal, auch wenn die Tendenz nach den bisherigen Untersuchungen dahin zu gehen scheint, dass die *iudicia subalterna* in den Ortschaften der Gespanschaften lagen, in denen in der Regel die Generalkongregationen stattfanden und die *sediras* tagten. Die erste große Welle des Bauens von Gespanschaftshäuser (*domus comitatensis*) im Königreich Ungarn mit seinen Nebenländern war zwischen 1723 und 1790.⁸⁷ Der Anstoß zu diesem Prozess ist im GA LXXIII vom Jahre 1723 zu finden, in dem festgelegt wurde, dass die Gespanschaften, die noch kein Gespanschaftshaus besaßen, für den Bau solcher Gebäude sorgen sollten, um Generalkongregationen und Sitzungen der *sedria* abzuhalten, Archive und Dokumente aufzubewahren, Verbrecher und Gefangene zu verwahren und Urteile zu vollstrecken. Im GA LXXIII vom Jahre 1723 wurde außerdem festgelegt, dass die Gespanschaftshäuser in den zentralen Teilen der Gespanschaften errichtet werden sollten, vorzugsweise in königlichen Freistädten oder in größeren und privilegierten Marktflücken (*oppidum privilegiatum*). So wurden bis zum Ende des XVIII. Jahrhunderts in mehreren Gespanschaften, vor allem im Westen und Norden des Königreichs, eigene Gespanschaftshäuser im Stil des Barocks und Spätbarocks errichtet.⁸⁸

In diesem Sinne erschien es naheliegend und logisch, dass die *iudicia subalterna*, die an die Stelle der *sedriae* treten sollten, als Gespanschaftsgericht in denselben Städten eingerichtet werden sollten und dass die Gerichte in denselben Gebäuden untergebracht werden sollten, die bereits die Zentren des öf-

fentlichen Lebens und der Rechtspflege in den Gespanschaften bildeten.⁸⁹ Die Liste der Sitze der *iudicia subalterna* zeigt, dass die Sitze der neuen untergeordneten Gerichte im Wesentlichen mit den damaligen Zentren der Gespanschaften übereinstimmen.⁹⁰ In den Gespanschaften, die in der untersuchten Periode bereits über ein Gespanschaftshaus verfügten, fanden dort in der Regel die Generalkongregationen und die Sitzungen der *sedria* statt, und auch das Archiv und der Kerker waren in diesen Gebäuden untergebracht. Daher waren die Gebäude der Gespanschaftshäuser zumindest prinzipiell geeignet, die physischen Bedingungen der neuen „gespanschaftlichen“ untergeordneten Gerichte, wie der ehemaligen *sedriae*, zu gewährleisten und deren Raumbedarf zu decken.

Die Fassung des Befehls (*mandatum*) Nr. 4974 der Septemviraltafel vom 7. August 1787, das an das *iudicium subalternum* der Gespanschaft Szabolcs gerichtet war, enthielt detaillierte Vorschriften über die Räumlichkeiten, die für das ordnungsgemäße Funktionieren des *iudicium subalternum* bereitzustellen waren.⁹¹ Das *iudicium subalternum* der Gespanschaft Szabolcs wurde in Nagykálló, dem Sitz der Gespanschaft, eingerichtet, und im Gespanschaftshaus wurden mehrere Räume für das neue untergeordnete Gericht bereitgestellt. Der Grundstein des Gespanschaftshauses Nagykálló wurde am 9. November 1733 gelegt, die Fassade des Erdgeschosses wurde 1747 fertiggestellt, und die beiden Gebäudeflügel und das erste Stockwerk wurden zwischen 1769 und 1779 errichtet.⁹²

Der Befehl der Septemviraltafel schrieb vor, dass die notwendigen Räumlichkeiten für das Gericht, wie bei anderen *iudicia subalterna*, in den Gebäuden des Gespanschaftshauses bestimmt werden sollten, wenn kein anderes, geräumigeres Gebäude zur Verfügung stand. Gemäß dem Befehl sollten im Gespanschaftshaus ein Saal für die Gerichtssitzungen und ein ausreichend großer Raum für das Einreichungsprotokoll (*protocollum exhibitorem*) und das Exedit (*expeditura*) eingerichtet werden. Es sollte ein Gewölberaum für das Archiv (*archivum*) eingerichtet wer-

⁸⁷ Ausnahmsweise finden sich im XVI. und XVII. Jahrhundert Beispiele für den Bau eines Gespanschaftshauses und den Kauf oder die Anmietung eines Hauses, das als Sitz diente, obwohl es in der Zeit der türkischen Besatzung häufiger vorkam, dass Gespanschaften keinen ständigen Sitz und somit auch kein Gespanschaftshaus hatten. Die Gespanschaft Nyitra beschloss 1614 den Bau eines Gespanschaftshauses, und auf der Generalkongregation in der königlichen Freistadt Nyitra am 6. Mai 1615 wurde jede Bauernlehne (*portae coloniales*) und die Grundstücke der Kleinhäusler (*portae inquilinares*) mit einer Steuer von 50 Denar belegt, um die Kosten für die Bauarbeiten zu decken. Ferner wurde vereinbart, dass die gemeinen Gutsadel (*nobiles unius sessionis*) und Armalisten (oder Briefadel) nach ihren Vermögen von jedem Stuhlrichter in seinem eigenen Bezirk (*processus*) geregelt werden und dass die Steuer vom Steuereinnahmer der Gespanschaft eingezogen wird. KOLOSVÁRI, S.–ÓVÁRI, K. (Hrsg.), *Corpus statutorum. – Tomus IV. Pars prima. Statuta et articuli municipiorum Hungariae cis-danubianorum*. Budapest, 1896, S. 139; FÖGLEIN, A., A vármegyei levéltárak első állandó őrzőhelye. In: *Levéltári Közlemények*, vol. 22-23, 1942-1945, S. 220-221; DEDEK CRESCENS, L., Történet. In: BOROVSKY, S.–SZIKLAY, J. (Hrsg.), *Magyarország vármegyéi és városai – Nyitra vármegye*. Budapest, 1899, S. 589. 676-677.

⁸⁸ MEGYERI-PÁLFFI, Z., Vármegyeházák a történeti Magyarországon az 1870-es közigazgatási reform után. In: RAJNAI, Z. et al. (Hrsg.), *Tanulmánykötet a 6. Báthory-Brassai nemzetközi konferencia előadásaihoz – 1. kötet*. Budapest, 2015, S. 448; MEGYERI-PÁLFFI, Z., A törvényhatósági jogú városok városházai a dualizmus korában. (Ph. D. Dissertation), 2023, S. 143; MEGYERI-PÁLFFI, Z., Bírósági épületek Magyarországon és külföldön. In: TAKÁCS, P. (Hrsg.), *A jog megjelenítése, épített környezet és szimbólumai – A jogi kultúra látható világa*. Budapest, 2020, S. 185. Anhand des Textes des oben genannten Gesetzes wiesen Antal Föglein und Barna Mezey darauf hin, dass das Gesetz nicht nur für die Vermehrung des Baus von Gespanschaftshäusern, sondern auch für die Erforschung der Geschichte der Gespanschaftsarchive und Gespanschaftskerker von Bedeutung ist. FÖGLEIN Op. cit. [1942-1945] S. 196; MEZEY, B., *A börtönügy a 17-19. században – A börtön európai útja*. Budapest, 2018, S. 349-350. 353.

⁸⁹ Vgl. HU-MNL-HML-IV.1.a.-48.k. S. 5. „(...) Cuius sedes Agrariae, ejusq[ue] pro celebrandis suis Consessibus, & reliquis Officiis, Depositisque' Judiciariis Commoditates in Domo ibidem Cottensi defiguntur, (...)“; HU-MNL-BAZML-IV.512.-1.k. S. 1. „(...) Consensus vero duos hebdomadatim tribus diebus per ipsomet Judiciu[...] defigendis, celebrandos, ac alias Manipulationes, in Domo Comitatusi Miskolcziensi, habiturum esse significans“.

⁹⁰ KATONA Op. cit. S. 572.

⁹¹ Vgl. FÖGLEIN Op. cit. [1942-1945] S. 197-198.

⁹² HU-MNL-SZSZBML-IV. A.10. 21. cs. Fons. 1. fasc. 1. n. 1. „Sedes Judicii hujus Subalterni erit Oppidum N. Káló exercebitque Jurisdictionem suam paulo infernis deducandam in toto Cottu Szabolcziensi, Consensus vero suos ad alias manipulationes celebrabit in Domo Comitatusi recipiendae utriusque Jurisdictioni sufficiente“; BALOGH, I., Szabolcs vármegye levéltára. In: *Levéltári Közlemények*, vol. 44-45, 1973-1974, S. 32.

den, da in Ermangelung eines solchen Raums die gerichtlichen Akten (*acta iuridica*) zusammen mit den Verwaltungsakten (*acta politica*) in den früheren Archiven aufbewahrt wurden; künftig sollten die gerichtlichen und verwaltungsmäßigen Akten jedoch getrennt aufbewahrt werden. Wenn es die Umstände erfordern, werden die Schränke für die Aufbewahrung der gerichtlichen Akten in den Sitzungssaal des Gerichts zurückgebracht, um die Akten zu erledigen.⁹³ Laut des Befehls sollte ein separater Raum für das Archiv eingerichtet werden, wenn der Archivar seine Aufgaben im Privatarchiv nicht ordnungsgemäß wahrnehmen kann, andernfalls bestehe kein Bedarf für einen solchen Raum. Die in den Archiven hinterlegten Sachen (*depositum iudiciale*) sollten in demselben Raum aufbewahrt werden, der für die Abhaltung der Gerichtssitzungen bestimmt war, falls kein anderer gewölbter und ordnungsgemäß befestigter Raum zur Verfügung stand oder wenn es die Notwendigkeit erforderte.⁹⁴ Wenn also im Gespanschaftshaus genügend Platz für die Manipulation der Gerichte vorhanden ist, sollte es keinen Grund geben, für diesen Zweck ein anderes Haus zu einem ermäßigten Tarif zu mieten.⁹⁵ Da es keine Gefängnisse in den Gespanschaften gegeben hatte, wurde angeordnet, die Gefangenen an denselben Orten unterzubringen, an denen sie zuvor festgehalten worden waren, oder in den Kasematten, sofern vorhanden.⁹⁶

Die strikte und akribische Einhaltung der Vorgaben, vermutlich aufgrund der begrenzten Platzverhältnisse, hätte jedoch durchaus zu Schwierigkeiten bei der ordnungsgemäßen Gestaltung der einzelnen Räume führen können.⁹⁷ Auf mögliche Hindernisse bei der praktischen Umsetzung wird auch im Bericht über die erste Sitzung des *iudicium subalternum* der Gespanschaft Bihar vom 17. September 1787 hingewiesen, den das neue untergeordnete Gericht der Septemviraltafel zuschickte, aber an den Herrscher richtete. In dem Bericht beschrieb das *iudicium subalternum* unter anderem ausführlich die Räumlichkeiten, die dem Gericht von der Gespanschaft Bihar zugewiesen wurden, vermutlich im Gebäude des Gespanschaftshauses im Marktflecken Váradolási. Im Obergeschoss

des Gebäudes befand sich ein längerer Saal, der für die Gerichtssitzungen genutzt wurde und in dem die Generalkongregationen stattgefunden hatten.⁹⁸ Dem Bericht zufolge gab es auch zwei angrenzende Räume auf derselben Etage, die jedoch keine separaten Eingänge hatten und daher nach Ansicht des Gerichts laut „der königlichen gnädigen Verordnung“ für das Einreichungsprotokoll und das *Expedit* geeignet wären.⁹⁹ Der Archibereich im unteren Stockwerk war für die gerichtliche Nutzung vorgesehen, um ihn durch den Bau einer Trennwand vom Rest des Archivs zu trennen und einen Zugang vom Flur aus zu ermöglichen. Da die so abgetrennten Archive jedoch zum einen wegen des fehlenden Ofens und zum anderen wegen des begrenzten Raumes nicht geeignet waren, dass der Registrator dort seine Aufgaben wahrnehmen konnte, schlug das *iudicium subalternum* laut „der königlichen gnädigen Verordnung“ dem Herrscher (eigentlich der Septemviraltafel) die Gestaltung eines Raumes für die Registratur vor.¹⁰⁰

Natürlich waren die Gespanschaftshäuser nicht nur der Sitz der *iudicia subalterna*, sondern auch die Zentren der Gespanschaftsverwaltung. Aus diesem Grund musste bei der Gestaltung der einzelnen Räume der *iudicia subalterna* das Prinzip der Trennung von Justiz und Gespanschaftsverwaltung so weit wie möglich umgesetzt werden. Das Erfordernis der Trennung von Justiz und Verwaltung spiegelt sich bereits in der Bestimmung des Reskripts vom 30. November 1786 wider, das die Einrichtung der *iudicia subalterna* anordnete, wonach den *iudicia subalterna* ein eigener Raum in den Gebäuden der Gespanschaftshäuser zugewiesen werden sollte, wobei jedoch darauf zu achten war, dass das *iudicium subalternum* räumlich von der Gespanschaftsbehörde im Gespanschaftshaus getrennt war.¹⁰¹ Dieses Bestreben zeigt sich auch in der bereits erwähnten Bestimmung des Befehls Nr. 4974 der Septemviraltafel vom 7. August 1787, wonach den gerichtlichen Akten getrennt von denjenigen zu Verwaltungssachen aufzubewahren sind.¹⁰² Es ist jedoch zu betonen, dass das Erfordernis der Trennung von Justiz und Verwaltung nicht speziell mit der Einrichtung

⁹³ HU-MNL-SZSZBML-IV. A.10. 21. cs. Fons. 1. fasc. 1. n. 1. „*Commoditates vero tam pro hoc, quam aliis Subalternis Iudiciis in aedibus Cottensibus assignandae nisi ampliores adessent sequenti modo bigne determinatae sunt: 1^o Assignabitur Cubile unum pro Consessibus Iudiciariis 2^o Unum sufficientis extensionis pro Protocollo Exhibitorum et Expeditura 3^o Unum Cubile sub Formae existens pro Archivo in huius vero defectu Acta Iudiciaria in priori Archivo, ubi nempe hactenus tam haec, quam et Politica acta asservabantur, deinceps quoque separatim tamen asservanda, aut necessitate exigente, in ipso Cubiculo Consessus ad procuranda hunc in finem armaria reponenda erunt: (...)*“.

⁹⁴ HU-MNL-SZSZBML-IV. A.10. 21. cs. Fons. 1. fasc. 1. n. 1. „*4^o Unum Cubile pro Registratura, nisi fors Registrator Labores Suos in ipso archive commode perficere posset, quo in Casu nec hoc Cubile necessarium esset: Judicialia vero deposita aequae in Archivo nisi aliud fortuito provisum et rite munitum in Cubiculo Consessus asservanda venirent*“.

⁹⁵ HU-MNL-SZSZBML-IV. A.10. 21. cs. Fons. 1. fasc. 1. n. 1. „*Quod si vero in Domo Cottensi sufficiens pro Manipulatione Iudicii comoditas, nulla ratione haberi posset, Domus quaequam hoc fine erga moderatum Censum Conducenda (...)*“.

⁹⁶ HU-MNL-SZSZBML-IV. A.10. 21. cs. Fons. 1. fasc. 1. n. 1. „*Captivi autem non praeeistentibus hactenus etiam Cottensibus Carceribus ibidem, ubi a[?] praeeistent aut in Casamatis si adsunt detinendi praecipiantur*“.

⁹⁷ Vgl. FÖGLEIN Op. cit. [1942-1945] S. 225-226; SÜMEGHY D., Sopron vármegye levéltárának történetéből. In: *Levéltári Híradó*, vol. 6. Nr. 1, 1956, S. 71.

⁹⁸ HU-MNL-HBML-IV.8.a. Fons. 1. fasc. 1. n. 1. „*Commoditates porro pro Iudicio per ICottum hoc assignatae sunt sequentes: 1^o Cubile unum Spationis pro Servandis Consessibus deservitur[...], in quo antehac Congregationes celebrabant[...], in Tractu Superiore (...)*“.

⁹⁹ HU-MNL-HBML-IV.8.a. Fons. 1. fasc. 1. n. 1. „*2^o in eodem Tractu duo Cubilia contigua, quae tamen separatim accessum habere non possunt, adeoq[...], in Sensu Benignae Ordinationis Regiae pro Protocollo Exhibitor[...], & Expeditura co[?] de applicabilia forent*“.

¹⁰⁰ HU-MNL-HBML-IV.8.a. Fons. 1. fasc. 1. n. 1. „*3^o In Tractu inferiore existentis Archivi Pars ea ratione usibus nostris destituta est, ut a reliquo corpore dicto intersecante muro separetur, ad accessum ad eam ex ambitu adpromptet[...]. Cum interim Archivum modo praemisso Separand[...], tum ob defectum Fornacis, tum ob Sui angustia pro perficiendis Registratoris Laboribus applicare nequeat, in Sensu praepocatae Benignae Ordinationis Regiae necessitatem unius adhuc Cubiculi pro Registratura deservituri humillimè proponimus, (...)*“; vgl. FÖGLEIN Op. cit. [1942-1945] S. 208.

¹⁰¹ KERESZTÚRY Op. cit. [1788 b] S. 69; vgl. FÖGLEIN, A., A vármegyei levéltárak II. József korában. In: *Levéltári Közlemények*, vol. 28, 1958, S. 88.

¹⁰² Vgl. Fußnote 93.

der iudicia subalterna verbunden war. Das Intimat Nr. 26523 vom Jahre 1786 der königlichen ungarischen Statthalterei vom 20. Juni 1786 trennte Verwaltungssachen vollständig von Justizsachen, und dementsprechend ordnete Punkt 12 des Intimats an, dass die in den Archiven der Gespanschaften aufbewahrten Dokumente nach ihrem Inhalt getrennt werden sollten. Die Verwaltungsakten konnten in den Archiven der Gespanschaften verbleiben, aber die gerichtlichen Akten mussten von den Gespanschaften an die Archive der Bezirkstafel übertragen werden.¹⁰³

Die Organisation der Gespanschaftssakten und die konsequente Trennung von Verwaltungsakten und gerichtlichen Akten gemäß dem neuen Aktenverwaltungssystem war jedoch eine gewaltige (manchmal unmöglich erscheinende) Aufgabe für die Gespanschaftsverwaltung, die bereits in der zweiten Hälfte des Zeitraums extrem überlastet war und manchmal nicht einmal über die erforderlichen Gebäude verfügte, um die Akten ordnungsgemäß zu lagern. Die Dringlichkeit des Herrschers, vermittelt durch die Septemviraltafel und die Statthalterei, die zu kurzen Fristen, die in der Gespanschaftsverwaltung eingeführte deutsche Amtssprache, die Unzulänglichkeit der materiellen und personellen Voraussetzungen führten zu einer Störung der bisherigen archivarischen Ordnung, hatten schwerwiegende Störungen im Geschäftsablauf zur Folge und verstärkten letztlich nur die Unzufriedenheit der Stände mit dem System des Josephinismus. Die Tatsache, dass zum Zeitpunkt des raschen Zusammenbruchs des Systems im Jahr 1790 mehrere Gespanschaften die Trennung von Verwaltungsakten und gerichtlichen Akten noch nicht vollzogen hatten, dürfte den damaligen Stand der Dinge widerspiegeln.¹⁰⁴

4. Fazit

Die einigen oben beschriebenen Merkmale mögen die Doppelgesichtigkeit der iudicia subalterna veranschaulichen, das Phänomen der Verwischung der Grenzen zwischen dem iudicium subalternum und der sedria, dem „kaiserlichen“ und dem

gespanschaftlichen Gericht, der politica und der iuridica. Denn wie Endre Varga betonte, ist das Gerichtssystem trotz der radikalen Veränderungen im Wesentlichen in seinem ständischen Charakter behalten geblieben.¹⁰⁵ Diese Schlussfolgerung lässt sich unter anderem dadurch belegen, dass das Personal der iudicia subalterna bereits in der früheren Gespanschaftsverwaltung eine wichtige Rolle gespielt hatten.

Im Zusammenhang mit dem Versuch einer „völligen Trennung“ von politica und iuridica, hat Hajdu bereits darauf hingewiesen, dass es sich durchaus lohnt, diesen Begriff nuancierter (parenthetisch) zu verwenden. Dieser Grundsatz wurde in der Praxis (innerhalb weniger Jahre) noch nicht vollständig umgesetzt, und mögliche Verflechtungen wurden nicht vollständig beseitigt. In diesem Zusammenhang ist auch zu betonen, dass der Gedanke der möglichst vollständigen Trennung von politica und iuridica auf der Ebene der Staatsorganisation im Zusammenhang mit der Prüfung der iudicia subalterna selbstverständlich nicht im modernen Sinne des Begriffs der Gewaltenteilung – wie er beispielsweise in Artikel 1 des GA 4 von Jahr 1869 oder in der „Dezemberverfassung“ von 1867 zum Ausdruck kommt¹⁰⁶ – zu verstehen ist, sondern in Übereinstimmung mit den absolutistischen Bestrebungen Josephs II. gegenüber den ungarischen und siebenbürgischen Ständen. In diesem Ansatz kann die iudicia subalterna als erstinstanzliche, auf der Gespanschaftsebene (*mezo*) organisierte Gerichte auch als einer der Konfliktpunkte zwischen absolutistischen Staatsreformen des Herrschers und den Interessen der Stände gesehen werden. Es ist dieser Konfrontationscharakter der iudicia subalterna, der sowohl die Opposition des Herrschers gegen die Stände als auch die Kompromisse, die manchmal aus der Not heraus mit ihnen geschlossen werden, zu tragen vermag. Die „Doppelgesichtigkeit“ der iudicia subalterna kann also als ein möglicher Ausdruck der Tatsache verstanden werden, dass diese Gerichte (wenn auch nicht in gleichem Maße) sowohl einen „kaiserlichen“ als auch einen „ständischen“ Charakter haben.

¹⁰³ IFJ. PALUGYAY, I., *Megye-rendszer hajdan és most. – Törvény- történet- oklevelek- s egyéb rokon kútfők után. – Második kötet. Megye-hivatalok.* Pest, 1844, S. 23; FÓGLEIN, A., Baranya vármegye levéltára. In: *Levéltári Közlemények*, vol. 5, Nr. 1-4, 1927, S. 230; SOÓS, I., Heves vármegye levéltárának történetéből. In: *Levéltári Közlemények*, vol. 20-23, 1942-1945, S. 272-273; SÜMEGHY Op. cit. [1956] S. 70-71; FÓGLEIN Op. cit. [1958] S. 87-88; LENGYEL, A., Győr vármegye levéltárának története. In: *Levéltári Szemle*, vol. 12, Nr. 1, 1962, S. 106; SOÓS, I., Zemplén megye levéltára és Kazinczy Ferenc. In: DEÁK, G. (Hrsg.), *Történelmi évkönyv II.* 1968, Miskolc, S. 190; BALOGH Op. cit. [1973-1974] S. 40. Nachdem der Beschluss zur Einrichtung von iudicia subalterna gefasst worden war und die Gerichte tatsächlich ihre Arbeit aufgenommen hatten, mussten die gerichtlichen Akten an die iudicia subalterna und nicht an die Bezirkstafeln übermittelt werden.

¹⁰⁴ FÓGLEIN Op. cit. [1927] S. 230-233; SOÓS Op. cit. [1942-1945] S. 272-275; FÓGLEIN Op. cit. [1958] S. 83-102; LENGYEL Op. cit. [1962] S. 104-107; SOÓS Op. cit. [1968] S. 189-190; BALOGH Op. cit. [1973-1974] S. 39-41.

¹⁰⁵ VARGA Op. cit. [1954] S. 55; VARGA Op. cit. [1960] S. 742; VARGA Op. cit. [1974] S. 63.

¹⁰⁶ RGBI. [Reichs-Gesetz-Blatt für das Kaiserthum Oesterreich] Nr. 144/1867. S. 399; GUMFLOWICZ, L., *Das oesterreichische Staatsrecht (Verfassungs- und Verwaltungsrecht) – Ein Lehr- und Handbuch.* Wien, 1891, S. 138. In der Geschichte des ungarischen Gerichtssystems wurde die organisatorische Trennung von Justiz und Verwaltung auch in der Epoche des Neoabsolutismus erst zwischen 1849 und 1954 vollzogen. Zwischen 1854 und 1861 kam es dann aber zu einer neuen (wenn auch nicht vollständigen) organisatorischen Verbindung zwischen der unteren Gerichtsbarkeit und der Verwaltung. Dieses Phänomen lässt sich an der Einrichtung der sog. gemischten kaiserlich-königlichen Stuhlrichterämter (und Bezirksämter) beobachten, die sowohl für bestimmte Verwaltungs- als auch für Gerichtsangelegenheiten zuständig waren. BALOGH, J., A püspökladányi császári és királyi szolgabírói hivatal jogszolgáltatató tevékenysége a neoabsolutizmus időszakában – Az első lépések az állami bíráskodás felé. In: MEGYERI-PÁLFFI, Z. (Hrsg.), *A jogszolgáltatás története Püspökladányban.* Debrecen, 2021, S. 49-62.

From Banknotes to Central Banks. The Formation and Models of Central Banks in a Comparative Legal Perspective

Zsolt Pfeffer*

Abstract

In the 17-18th century, during the process of civil transformations, starting from the economic policy based on the era of absolutism, the first central bank regulations appeared in Europe. Mainly the disorganization and crisis of public finances and the need to finance various wars led governments to establish central banks and to provide central banking functions to privately owned banks. The most important issues included the regulation of banknote issuance and legal tender; the management of state funds, the financing of the state debt, as well as the relationship with the state, in other words, the content of central bank independence. Each country followed different paths, and accordingly, the classic and the Prussian models of central bank development can be described based on the different legislative steps. The study presents the main characteristics through the English, German, French, American and Hungarian examples, primarily by characterizing the legislative peculiarities and illuminating the political historical background by applying the methods of comparative law.

Keywords: central bank; models of the formation of central banks; central bank independence; history of central banking; Bank of England; Reichsbank; Banque de France; Federal Reserve System; Bank War; Central Bank of Hungary.

1. Introductory thoughts

Legally regulated central banks appeared in individual countries as a result of various reasons and decisions, and their formation in Europe began in 17th century. As the financial processes, systems and financing needs of the public finances became more and more complex, the first central bank regulations appeared in the process of civil transformations, starting from the economic policy based on the era of absolutism. The foundation and development of each central bank has its own history, a rich literature background is available related to the history of each institution. In general, the history of a bank can be described through the changes in its organization, through the presentation of major events, according to other opinions¹, 'The history of central banks is the history of various conflicts with governments'.² However, from a legal point of view, it can be examined whether the various codifications have characteristic elements, which make the development of legal regulation in this area specific.

The literature primarily focuses on issues of economic and event history; however, the application of the comparative law method offers the opportunity to describe different develop-

ment paths (models) by examining the legal history of the most important countries. The origins and history of the formation of three main central banks in Europe in the 17-19th century can be used to describe the foundations of the codification of central banks. The founding and development history of the Bank of England, the Banque de France and the Prussian State Bank can serve as a starting point, also mentioning the examples of the United States of America and Hungary, mainly by presenting the various special legal solutions and legislative techniques.

The Netherlands and Sweden were pioneering countries in the creation of central banks. The Amsterdamsche Wisselbank, founded in 1609, is considered the forerunner of central banks, and the first central bank in the modern sense is the Swedish Sveriges Riksbank, founded in 1668, which was preceded by Stockholms Banco, founded in 1657³ and which is the oldest central bank, at least among the currently operating central banks.⁴ At the end of the 17th century, in 1694, the Bank of England was established, which accordingly also has a prestigious past, followed by the Prussian (1765) and French (1800) central banks.

The starting point in many cases is that bearing and financing the costs of wars is a key issue for states and empires. Find-

* Dr. Zsolt Pfeffer, Department of Financial and Business Law, Faculty of Law, University of Pécs, Pécs, Hungary, email: pfeffer.zsolt@ajk.pte.hu / ORCID 0000-0002-3627-9512.

¹ NIEBUHR, M. V., *Geschichte der Königlichen Bank in Berlin*. Berlin, 1854, p. 3.

² LIGETI, S., *A központi bankok önállósága a tőkésországokban*. Közgazdasági Szemle, vol. 28, Nr. 4, 1981, p. 454-466, 454.

³ CHAUDHURI, R. R., *Central Bank Independence, Regulations, and Monetary Policy: From Germany and Greece to China and the United States*. New York, 2018, p. 3.

⁴ EDVINSSON, R., JACOBSON, T., WALDENSTRÖM, D., Introduction. In: EDVINSSON, R., JACOBSON T., WALDENSTRÖM, D., *Sveriges Riksbank and the History of Central Banking*. Cambridge, 2018, p. 1-25, 1.

ing and predictably securing financial resources can be a particularly important trigger for the development of a central banking structure. In the case of the Bank of England, it can be mentioned as a direct antecedent, for example, that in 1690 the English fleet suffered a decisive defeat from king Louis XIV of France, and it was necessary to obtain the money necessary for its reconstruction from the state.⁵

2. Legal characteristics and model of the establishment of the Bank of England

First, the establishment of the Bank of England can be examined, which is usually mentioned as one of the many financial reforms following the Glorious Revolution of 1689. Before the Revolution, the king managed finances in a sovereign way: 'Borrowing when needed - and repaying when it suited him.' Charles II of England, for example, unilaterally stopped payments to creditors during the *Stop the Exchequer* in 1672. In the framework of the financial revolution following the Glorious Revolution, the Parliament put the regulation of public debt on a new basis in such a way that short-term, unsecured loans were replaced by long-term debts secured by certain incomes, in other words, funded debt came to the fore against unfunded debt. In terms of revenue generation, for example, companies enjoying privileges and monopolies in other areas can be mentioned, such as the Bank of England, the New East India Company, which obtained privileges in 1698, or the South Sea Company, which obtained it in 1711. Their common feature is that in exchange for a loan, the government on the one hand promised annual payments to the shareholders, which were provided with various incomes, and on the other hand, they created a monopoly position for them in the economic sector in which these companies operated with privileges.⁶

The starting point was therefore that the previous government debt policy (refusal of payments) brought creditor confidence in the government to a low point,⁷ so these financial and legal solutions based on privileges and income-related guarantees could represent funding opportunities for the treasury. The starting point for the establishment of the Bank of England was that by 1694 the English government was facing severe financial difficulties after tax revenues no longer covered war expenses. A solution to the existing challenges was offered by a Scottish businessman, *William Paterson* (1658-1719), who proposed the

establishment of the Bank of England and a loan of £1.2 million at 8% interest.⁸ The offer was accepted by the government, so the history of the Bank of England could begin. According to some views, Paterson's role as one of the Bank's co-founders is overestimated, since his role as a supporting actor in the process is confirmed by the fact that he was removed from the board within a relatively short period of time.⁹ In the light of these general economic and historical antecedents, three basic characteristics related to the early legal regulation of the Bank of England should be examined: the privilege, the fixed-term authorization and the relationship with the state.

The starting point was a *charter* granted to the Bank on July 27, 1694. This was confirmed by a separate law; the temporal effect was for a definite period, as it lasted from August 1, 1694. to August 1, 1705.¹⁰ The state (the crown) has the right to grant special rights and statuses for natural or legal persons. As American President *James Madison* (1809-1817) put it, 'the power of granting charters... is a great and important power.'¹¹ And President *Andrew Jackson* (1829-1837) pointed out that 'Every monopoly and all exclusive privileges are granted at the expense of the public, which ought to receive a fair equivalent.'¹² All this means that the selected bank provided financial resources (loans) to the state, and in return, the parliament granted the right to issue new notes and to manage government deposits, and later the establishment of larger banks was also restricted, thereby narrowing the opportunities of the bank's competitors and investors.¹³ The essence of the law was that it enabled the creation and recognition (registration) of the Bank by those who were willing to provide the loan requested by the government, by providing them (the Bank) with the required income as a special guarantee, which if proved insufficient for the for the repayment of the mutual amount and interest, then the creditors could be satisfied from other revenues and ultimately from the assets of the royal treasury.¹⁴ The Bank of England was therefore 'effectively a body of creditors of the State' and the £1.2 million share capital was lent to the State at suitable interest rates.¹⁵ Accordingly, the Bank of England was owned by those who participated in the process of lending to the government (the Bank was privately owned until 1946), as a result of the company registration, it was not necessary to agree individually with the Crown, it provided an opportunity to distribute the money among the shareholders, and the law fixed the

⁵ LITTLEWOOD, M., John Tiley and the Thunder of History. In: HARRIS, P., DE COGAN, D., *Studies in the History of Tax Law*, London, Vol. 9. p. 55-92, p. 67-68.

⁶ GROSSMAN, R., *Unsettled Account. The Evolution of Banking in the Industrialized World Since 1800*. Princeton, 2010, p. 170.

⁷ BOPP, K., R., Nationalization of the Bank of England and the Bank of France. In: *The Journal of Politics*, Vol. 8, Nr. 3, 1946, p. 308-318, 310.

⁸ AYRES, R., U., *The History and Future of Economics*. Cham, 2023, p. 68.

⁹ KING, W., T., C., The Bank of England. In: *The Economic History Review*, Vol. 15, Nr. 1/2, 1945, p. 67-72, 68.

¹⁰ WILKINSON, J., *J Relating to the Public Funds and the Equitable and Legal Remedies with Respect to Funded Property*. London, 1839, p. 33.

¹¹ SKINNER, C., P., Central Bank Activism. In: *Duke Law Journal*, Vol. 71, Nr. 2, 2021, p. 247-328, 249-250, 299.

¹² JACKSON, A., Veto Message, July 10, 1832. In: ROGERS, G., TAYLOR, E., *Jackson versus Biddle: The Struggle over the Second Bank of the United States*, Boston, 1949, p. 8-20, 8.

¹³ DURYEY, S., N., William Pitt, The Bank of England, And the 1797 Suspension of Specie Payments: Central Bank War Finance During The Napoleonic Wars. In: *Libertarian Papers*, Vol. 2, Nr. 15, 2010, p. 2-4.

¹⁴ LITTLEWOOD, M., John Tiley and the Thunder of History. In: HARRIS, P., DE COGAN, D., *Studies in the History of Tax Law*, London, Vol. 9. p. 55-92, 67-68.

¹⁵ KEMÉNY, Gy., Jegybankok. In: GERÓ, L., BUD, J., CZETTLER, J., SZTERÉNYI, J., KORÁNYI F., FODOR, E., TELEKI P., *Közgazdasági Enciklopédia III. kötet*, Budapest, 1930, p. 29.

capacity to sue (to sue and be sued) and also that he could acquire property.¹⁶ So, 'the bank was established clearly as a private enterprise, but over time became increasingly involved in regulation and came to be regarded as a public institution.'¹⁷

In connection with the privileges, their legal protection may arise, i.e. the need for the legislator to exclude the possibility of other companies and banks operating under similar conditions, thereby ensuring a monopoly position for the Bank of England. Already in the early years, two years after the foundation, a separate chapter of the law stipulated that 'during the Continuance of the Bank of England, no other to be established.'¹⁸ The reason for this provision was to eliminate competitors and a privilege granted to another bank provided the fund. In 1695, the Parliament also granted privileges to the rival Land Bank, but this bank did not actually start operating because the founders did not raise the capital to the extent necessary to provide the loan to the government. All of this raised the issue of making the Bank of England's privilege exclusive, since - as *John Clapham* put it - the Bank 'wanted no more Land Banks.' All this also indicates that the Bank of England was not only a passive actor in the creation and renegotiation of the conditions, but was also ready to respond to the competitive challenges.¹⁹ In American political history, President *Jackson* pointed out that a legislative solution based on this kind of exclusivity is objectionable because in such a case the legislature essentially deprives the following legislatures of the rights they would otherwise have, since nothing would otherwise limit them in being one or several other banks should be given similar privileges in the future.²⁰ In addition, the restriction that no more than six people could establish a bank was also significant, and this had a serious impact on financial life both in London and in the countryside.²¹ The legal restriction on the establishment of large joint stock banks led to the concentration of a large part of the English banking business in the hands of smaller private bankers, who did not have enough money to survive a serious crisis (as opposed to, for example, the Scottish with its system, which withstood the banking crisis of 1825 much better).²² Prime Minister *Lord Liverpool* also expressed his concerns about

this: '... that the country has grown too large, that its concerns had become too extensive, to allow the exclusive privileges of the Bank of England... Any small tradesman, a cheesemonger, a butcher, or a shoemaker, might open a country bank, but a set of persons, with fortune sufficient to carry on the concern with security, were not permitted to do so.'²³ The Bank Charter Act, accepted in 1833, specifically allowed the establishment of joint-stock banks in London, but unlike their counterparts outside London, these banks could not issue banknotes. Therefore, in return, banknotes issued by the Bank of England were recognized as legal tender. Based on the new law, new banks were founded, but neither the Bank of England nor the private bankers welcomed them.²⁴

The next main legal feature is the *time limitation of the authorization*. The original law established the duration of the privileges for 11 years, the government could decide to repay the loan and withdraw the privileges with one year's notice. However, this did not happen, and accordingly between 1694 and the last Continuance Act of 1844, Parliament renewed them nine times. The compulsion to renew has resulted in the occasional need for renegotiation, ensuring that the parties remain mutually 'hostages' of each other.²⁵ Interesting conclusions can also be drawn from the fact how long before the extension was accepted before the privileges expired. Four of the nine occasions were accepted a year or less before expiry, while in other cases a longer period remained (five, eight, eleven, twelve or nineteen years). All of this leads to the conclusion that the state offered to extend the privileges in two cases: on the one hand, if it was in a difficult financial situation, and on the other hand, if the Bank appeared to be profitable, since in such a case the content of the cooperation could be renegotiated in order to achieve even more favorable conditions.²⁶ As a result, we can speak of an incomplete contract between the private owners of the Bank of England and the government, since in exchange for loans and financial support and services, they received competitive advantages provided by state coercion and restrictions on competitors.²⁷ Some privileges or anti-competitive prohibitions were geographically limited in some periods (for example,

¹⁶ LITTLEWOOD, M., John Tiley and the Thunder of History. In: HARRIS, P, DE COGAN D., Studies in the History of Tax Law, London, Vol. 9. p. 55-92, 68.

¹⁷ CHAUDHURI, R. R., *Central Bank Independence, Regulations, and Monetary Policy: From Germany and Greece to China and the United States*. New York, 2018, p. 5.

¹⁸ WILLIAM III, 1696-7: An Act for making good the Deficiencies of several Funds therein mentioned and for enlarging the Capital Stock of the Bank of England and for raising the Publick Credit. [Chapter XX. Rot. Parl. 8 & 9 Gul. III. p. 5. nu.1.], XXVIII.: „And be it further enacted That dureing the Continuance of the Corporation of the Governor and Company of the Bank of England no other Bank or any other Corporation Society Fellowship Company or Constitution in the nature of a Bank shall be erected or established permitted suffered countenanced or allowed by Act of Parliament within this Kingdome.”

¹⁹ GROSSMAN, R., S., *Unsettled Account. The Evolution of Banking in the Industrialized World Since 1800*. Princeton, 2010, p. 171-172.

²⁰ JACKSON, A., Veto Message, July 10, 1832. In: ROGERS, G., TAYLOR, E., *Jackson versus Biddle: The Struggle over the Second Bank of the United States*, Boston, 1949, p. 8-20, 13-14.

²¹ GROSSMAN, R., S., *Unsettled Account. The Evolution of Banking in the Industrialized World Since 1800*. Princeton, 2010, p. 173.

²² GROSSMAN, R., S., *Unsettled Account. The Evolution of Banking in the Industrialized World Since 1800*. Princeton, 2010, p. 176.

²³ GROSSMAN, R., S., *Unsettled Account. The Evolution of Banking in the Industrialized World Since 1800*. Princeton, 2010, p. 176.

²⁴ GROSSMAN, R., S., *Unsettled Account. The Evolution of Banking in the Industrialized World Since 1800*. Princeton, 2010, p. 179.

²⁵ BROZ, Lawrence J., GROSSMAN, R., S., Paying for privilege: the political economy of Bank of England charters, 1694-1844. In: *Explorations in Economic History*, 2004, Vol. 41, p. 48-72, 50, 58.

²⁶ GROSSMAN, R., S., *Unsettled Account. The Evolution of Banking in the Industrialized World Since 1800*. Princeton, 2010, p. 171.

²⁷ BROZ, Lawrence J., GROSSMAN, R., S., Paying for privilege: the political economy of Bank of England charters, 1694-1844. In: *Explorations in Economic History*, 2004, Vol. 41, p. 48-72, 50, 58.

a right or restriction applied to a 65-mile radius of London).²⁸ The extremely strong prohibition, the advantage of which was granted to the Bank of England by a law passed in 1708, points to the possibilities arising from the bargaining position. The starting point was that the government needed another loan due to the War of the Spanish Succession, in exchange for which it was forbidden by law for companies of more than six individuals to carry on the business of banking,²⁹ including the right to issue banknotes, which was crucial because the issue of banknotes was the main source of the banks. The privilege renewal of 1742 already expressly provided the 'privilege of exclusive banking'.³⁰ This law is interesting from several points of view, because on the one hand, it was also based on similar loan consolidation (In 1742, the Bank provided an interest-free loan to the government when the renewal of privileges became due, until 1764 the various rights were renewed),³¹ on the other hand, it was the first rechartering act that was not related to a tax law.³²

In the case of the system based on privilege letters, the extension of the duration is therefore a critical point. In other words, if the privileges were not renewed before the expiration date, the bank lost its status as a central bank, but it could of course continue to operate privately. For example, the American First Bank of the United States was authorized for 20 years in 1791, and there was a debate about its extension, but in the end, it was not extended until the 1811 expiration. The Second Bank of the United States also received the rights for 20 years in 1816,³³ but these were not renewed in 1836 either, so it continued to operate as a private company until its dissolution in 1841.³⁴ In other words, the central bank's legal status and privileges depended on the government's decision and were basically for a fixed period of time. It should be noted that such regulation models, based on a specific period, also existed in the 20th century, between the two world wars. In Hungary, for example, Act IV of 1924 on the establishment of the Central Bank of Hungary (Magyar Nemzeti Bank) also ensured the 'patent', i.e. the exclusive right to issue banknotes, for 20 years. Its extension was already requested by the General Assembly

of the Central Bank of Hungary in 1938. Therefore, the Hungarian Parliament created the relevant law that year,³⁵ because 'Generally, an essential prerequisite for an effective central bank policy is the long-term planning and decisiveness of the management, which cannot be realized if there is uncertainty as to whether the central bank can continue to operate after the end of the first privilege.'³⁶

Since the Bank of England was recognized in the tax law, the duration of the tax levy was also important. These taxes were levied for four years, so the king (William III of England) had to call the parliament in order to renew them, since otherwise he would have been without money. So, from time to time the ruler had to turn to the legislature, a solution that could mitigate the chance of exercising autocratic power. One of the cornerstones of modern constitutional thinking remains the fact that the executive power is bound to the legislature in terms of providing adequate financial resources.³⁷ It is also worth mentioning the form (title) in which the law was published, because the establishment of the Bank of England happened with a tax law, with the so-called Tonnage Act. 'The proposal was put before Parliament as 'a bill to impose a new duty on tonnage for the benefit of such persons as should advance money to carrying on the war,' but no one was fooled as to the importance of the *Tonnage Bank*.'³⁸ Speaking of which, a 'tonnage is the capacity of a ship or any other vessel, for carrying weight, which is always reckoned by the ton; and is ascertained by measuring the length, breadth and depth of the vessel.'³⁹ Accordingly, the tonnage as a unit of measurement could also serve as a tax base, since the tax could be established, levied and collected without assessing the ship's cargo, but the amount of the tax depended on the type of goods and where they came from, and the differentiated regulation could be shaped according to the British economic interests.⁴⁰

Finally, *the relationship with the state* should be also mentioned. The institution acquired its true, present-day form in 1844, namely with the issuance of the Bank Charter Act named after *Sir Robert Peel*.⁴¹ The Bank performed limited functions in the early period and gradually acquired most of its broad

²⁸ KINDLEBERGER, C., P., *A Financial History of Western Europe*, London, 2015, P. 83-84.

²⁹ See The Statutes at Large: From the Magna Charta, to the End of the Eleventh Parliament of Great Britain, Anno 1761 [continued to 1807], vol. 11, p. 466-467.

³⁰ GROSSMAN, R., S., *Unsettled Account. The Evolution of Banking in the Industrialized World Since 1800*. Princeton, 2010, p. 172.

³¹ DURYEY, S. N., William Pitt, The Bank of England, And the 1797 Suspension of Specie Payments: Central Bank War Finance During The Napoleonic Wars. In: *Libertarian Papers*, Vol. 2, Nr. 15, 2010, p. 2-4.

³² GROSSMAN, R., S., *Unsettled Account. The Evolution of Banking in the Industrialized World Since 1800*. Princeton, 2010, p. 172.

³³ On the constitutionality of this, see the US Supreme Court in *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819) judgment.

³⁴ COBLENTZ, M., The Fight Goes on Forever: Limited Government and the First Bank of the United States. in: *Southern Illinois University Law Journal*, 2015, Vol. 39, p. 407-441. and also see NORTHROP, C., C., *The American Economy: Essays and primary source documents*, Oxford, 2003, p. 22-23.

³⁵ XXV of 1938. detailed explanation attached to Article 1.

³⁶ V of 1924 on the establishment and patent of the Magyar Nemzeti Bank. XXV. of 1938 on the amendment and addition of the article and related financial measures

³⁷ LITTLEWOOD, M., John Tiley and the Thunder of History. In: HARRIS, P., DE COGAN, D., *Studies in the History of Tax Law*, London, Vol. 9. p. 55-92, 69-70.

³⁸ PIERGIOVANNI, V., *The Growth of the Bank as Institution and the Development of Money-business Law*, Berlin, 1993, p. 107.

³⁹ WILLIS, A., *Our Rulers and Our Rights: or, Outlines of the United States Government; its Origin, Branches, Departments, Institutions, Officers, and Modes of Operation*, New York, 1863², p. 224.

⁴⁰ LITTLEWOOD, M., John Tiley and the Thunder of History. In: HARRIS, P., DE COGAN, D., *Studies in the History of Tax Law*, London, Vol. 9. p. 55-92, 69.

⁴¹ JACKSON, F. H., The Bank of England. In: *Journal of the Royal Society of Arts*, Vol. 59, Nr. 3065, 1911, p. 930-932, 930-931.

regulatory powers over the next two centuries.⁴² (The Peel Act of 1844 implemented structural reform by creating two departments within the Bank of England, separating banknote issuance and banking operations, at the same time, based on the principles of the so-called currency school, the amount of money to be issued had to be adjusted to the available gold collateral.)⁴³ In the 18th century, the Bank of England may have become an 'institution', as *Lord North* described it in 1781, 'the public exchequer', but it was still a bank among others, with significant private business activities focused on private profit. If it had a public obligation, it was towards the government, which constantly needed money, and this obligation did not conflict - at least in the short term - with the private interests of the owners. By the 19th century, however, the situation had changed: due to the crises and the commercial banking structure becoming more coherent, the question of the public duty of the Bank of England became a duty to the community, thus raising the possibility of a conflict between public and private interests, accordingly, its activities had to be judged by a stricter standard.⁴⁴ *Lord North* described the Bank as such: 'from long habit and usage of many years... a part of the constitution', while *Adam Smith* said 'the greatest bank of circulation in Europe. It acts not only as an ordinary bank, but as a great engine of state.'⁴⁵ *Historiography* (*Thomas Macaulay*) also points out that the Bank of England, after its foundation had a very close relationship with the crown, with the government and with the Whig Party. 'During several generations the Bank of England was emphatically a Whig body.'⁴⁶ Thus, the independence of the central bank, which is expected nowadays and is regulated and protected by the law of the European Union, will only gain importance later. The independent central bank disappeared with the outbreak of World War I: although it was only nationalized in 1946, it essentially came under the control of the government already in 1914.⁴⁷ The government's demands endangered the Bank's reserves on several occasions, in 1782 a formal complaint was made about this, and the latest French war plans and news in 1797 led to the Bank being stormed and payments being suspended on the government's orders. *Richard Brinsley Sheridan* in the House of Commons described the Bank as 'an elderly lady in the City of great credit and long standing who had... unfortunately fallen into bad company' and *James Gillray* depicted the Bank in a caricature as an old lady, nicknamed *The Old Lady of Threadneedle Street* after the Bank's headquarters, from

whom Prime Minister *William Pitt* wants to rob the money, while the lady cries for help.⁴⁸

3. The foundation of the Banque de France and the peculiarities of the 19th century

French public finances and the budget were also affected by wars, such as the War of the Spanish Succession, which exhausted France both financially and economically, and the lack of precious metals caused problems in the circulation of money.⁴⁹ Scottish banker *John Law* tried to offer a solution to this situation, so in October 1715 he submitted his first proposal to the royal council for the creation of a state bank issuing bank notes, but this proposal was rejected, because the *Duke of Noailles* objected to *Law's* proposal that the bank should receive all tax revenue as a treasury of the crown. On the other hand, the second proposal, which already referred to the establishment of a purely privately owned bank, was already successful. This is how the Banque Générale Privée (General Private Bank) was created in 1716 under the direction of *Law* with the task of issuing notes payable in gold or silver for twenty years. It was a big step when in 1717 taxes were required to be paid in these notes, but *Law's* plans included issuing paper money. In 1718, the Banque Générale was placed under the royal trademark, and the first French central bank was essentially created under the name Banque Royale, but it closed its doors in 1720 following the crisis of the financial system and after the shares of the closely related Mississippi Company lost value.⁵⁰ There were various privileges in the banking business before the revolution, some banks were connected to the state, however, the revolution caused the abolition of privileges, and they wanted to create freedom in the banking world as well. In accordance with this, several banks were established, discounting and issuing banknotes, but later *Napoleon Bonaparte*, as consul, set the goal of merging them.⁵¹

It should be noted that during the revolution of 1789, public financial conditions were chaotic in France, due to the state of the state treasury, state bankruptcy was expected. After the nationalization of the church properties, they decided to issue paper money (the so-called assignats - vouchers) using them as collateral. Although this temporarily solved the financing issues, in 1790 it became necessary to attract additional financial resources, so the value limit of the issue was raised. As a result of the continuous issuances, the nominal value of the assignees in circulation already exceeded the level of available coverage,

⁴² CHAUDHURI, R. R., *Central Bank Independence, Regulations, and Monetary Policy: From Germany and Greece to China and the United States*. New York, 2018, p. 5.

⁴³ KOZLOV, G., A., *A pénz és a pénzforgalom elmélet*, Budapest, 1951, p. 125–126.

⁴⁴ KING, W. T. C.: The Bank of England. In: *The Economic History Review*, 1945, Vol. 1–2, p. 67–72.

⁴⁵ WADSWORTH, J., E., Review of the Bank of England: 1694–1944, IN: CLAPHAM, J., *History* 30, 1945, Nr. 111 p. 60–74. <http://www.jstor.org/stable/24402687>, p. 61.

⁴⁶ GLASNER, D., *Free Banking and Monetary Reform*, New York, 1989, p. 35.

⁴⁷ WOOD, John H., Independent Central Banks: New and Old. In: *Cato Journal*, Vol. 26, Nr. 3, 2006, p. 597–599.

⁴⁸ WOOD, John H., Independent Central Banks: New and Old. In: *Cato Journal*, Vol. 26, Nr. 3, 2006, p. 597–599, 595.

⁴⁹ AYRES, R., U., *The History and Future of Economics*. Cham, 2023, p. 77.

⁵⁰ FERGUSON, N., *A pénz felemelkedése*, Budapest, 2010, p. 140, 143, 153.

⁵¹ BEÖTHY, L., *A bankügy elmélete, különös tekintettel a jegybankkérdésre és hazai viszonyainkra*, Budapest, 1875, p. 217.

and due to other unfavorable circumstances, they were eventually devalued.⁵²

Following the above, the history of the foundation of the Banque de France is the next important stop. Although the Prussian State Bank preceded its establishment in chronological order, it is still worth examining the creation of the Banque de France following the analysis of the early development of the Bank of England, given that both banks were basically founded as private institutions, because people did not trust their government in financial matters.⁵³

Thus, when Napoleon was faced with the fact that he could not get what he wanted from the private banks (he was dissatisfied with their lending policy), he founded the new national bank, the Banque de France, in 1800, hoping that it would succeed in overcoming the government's financial difficulties. As private investors remained uncertain about the new institution dependent on the state, the Banque de France had difficulty in obtaining the necessary funds from them. Excessive issuance and preparations for war caused a banking crisis in 1805, which was blamed on the excessive freedom of the bank, so Napoleon passed a law in 1806 that greatly increased the influence of the state in the national bank.⁵⁴ Although he stated that 'I wish the bank to be sufficiently under the command of the government, but not too much so.'⁵⁵

The creation of the Banque de France can therefore be linked to the Napoleonic era, it was founded on February 13, 1800, the stimulation of economic growth was also an important aspect after the revolutionary years.⁵⁶ Napoleon considered low interest rates to be of fundamental importance, and requested their reduction after military victories. 'Napoleon viewed the Bank rate as a political tool; reductions following victories might dull recollections of their cost in lives.'⁵⁷

The Banque de France's area of operation was originally limited to Paris, and in 1803 it received its first official letter of privilege with the exclusive right to issue banknotes for a period of 15 years. In 1808, an imperial decree allowed the establishment of branches in other cities, and their number had multiplied by 1850.⁵⁸ It received the exclusive right to issue national currency in 1848, this privilege was extended in 1897 until 1945. In the 19th century, the Bank did not change much, the state enjoyed independence at the level of the state, it often opposed the government, even during the Franco-Prussian war

that began in 1870, it did not provide the financial resources necessary for the national resistance, so *Léon Gambetta*, the organizer of the resistance, even threatened the Bank with termination.⁵⁹

In relation to the examined era, it is often mentioned as a criticism that the Napoleonic laws created a closed management structure owned by wealthy and influential economic figures. Although as a private company it had tens of thousands of shareholders, only the 200 largest shareholders could participate in the general meeting: they chose the regents and advisors from among their members, while the government nominated the governor and his deputies. They formed the Regency Council, which was the real governing body of the Banque de France. 'Thus, French economic life was dominated by a financial oligarchy. Only the wealthy - and among them only a few - controlled the Bank of France.'⁶⁰ The 200 largest shareholders came from the circles of the most capital-strong companies (insurance companies, private banks, railway companies, shipping companies, mines, etc.), and certain ties were so strong that some places were passed on to representatives of the following generations by inheritance. Officially, the governor represented the interests of the state, but experience rather showed that he agreed with the regents, which meant that the Bank was removed from the control of the government and operated according to its own rules, although after World War I various conflicts and legal reforms related to the management structure arose.⁶¹ Finally, in 1945, the Banque de France was nationalized along with the four largest commercial banks. It should be noted that previously private influence was moderated, but it was abolished in 1945. Other sectors were also not spared by nationalization, these processes fit in with the economic and social reform efforts of the post-war era.⁶²

4. German central banks in the storms of history

The history, operation and name of the German central banks depended not only on economic and financial conditions, but also closely intertwined with the development of the fate of German statehood.⁶³ It was fundamentally affected by the start of the German unification process in the 18th century, the establishment of the unified German state in 1871, the world wars, the allied occupation that ended World War II, the partition in 1949, and then the reunification in 1990. Few

⁵² DILLAYE, S., D., *The Money and the Finances of the French Revolution of 1789. Assignats and Mandats : a True History: Including an Examination of Dr. Andrew D. White's „Paper Money Inflation in France*, Philadelphia, 1877, p. 14-16, 31-32.

⁵³ BOPP, K., R., *Nationalization of the Bank of England and the Bank of France*. In: *The Journal of Politics*, Vol. 8, Nr. 3, 1946, p. 308-318, 310.

⁵⁴ BRUGGER, F., *Ideas, Interests and the Development of the European Banking Systems*, Wiesbaden, 2020, p. 325.

⁵⁵ DE LA LOZÈRE, *Napoleon in Council, or the opinions delivered by Bonaparte in the Council of State*. 1837, p. 288.

⁵⁶ CHAUDHURI, R. R., *Central Bank Independence, Regulations, and Monetary Policy: From Germany and Greece to China and the United States*. New York, 2018, p. 6-7.

⁵⁷ BOPP, K., R., *Bank of France Policy: Brief Survey of Instruments, 1800-1914*. In: *The American Journal of Economics and Sociology* Vol. 11, Nr. 3, 1952, p. 229-244, 229.

⁵⁸ CHAUDHURI, R. R., *Central Bank Independence, Regulations, and Monetary Policy: From Germany and Greece to China and the United States*. New York, 2018, p. 6-7.

⁵⁹ BORIS, G., *Reforming the Bank of France*. In: *Foreign Affairs*, Nr. 1, 1926, p. 155-164, 157.

⁶⁰ BORIS, G., *Reforming the Bank of France*. In: *Foreign Affairs*, Nr. 1, 1926, p. 155-164, 156.

⁶¹ BORIS, G., *Reforming the Bank of France*. In: *Foreign Affairs*, Nr. 1, 1926, p. 155-164, 157, 163-164.

⁶² WARREN, C., B., *French Economy and the State*. Princeton, 1958, p. 176-180.

⁶³ See for example SHEENAN, J., J., *German history, 1770-1866*, Oxford, 1989, p. 14-24.

central banks can be mentioned in the history of the countries of the world, which would have borne so many traces of the historical, political and economic crises and transformation of a given country. Given that 'central banks, it is sometimes forgotten, are creatures of sovereign states.'⁶⁴ It is clear that the political institutional system (legislation, head of state, executive power, public administration, etc.) undergoes a significant transformation during history (as a result of wars, revolutions, regime changes), however, it can be said to be exceptional that the central banking structure and the relevant legal regulations also undergo similar radical changes at certain intervals.

The beginning of the formation of German unity can be linked to the Kingdom of Prussia, and the history of the bank's founding can be examined accordingly. On September 23, 1753, Frederick the Great issued a bank charter containing significant privileges ('Octroy für die in Berlin errichtende Giro- und Wechsel-Banque'). The bank that was created in this way flourished initially, but due to problems and merchant distrust, on December 17, 1764, a royal decree ordered the dissolution of the shareholders' committee.⁶⁵ Accordingly, the next milestone was the Royal Bank⁶⁶ (Königliche Giro- und Lehnbank), founded on June 17, 1765, which was a state institution with completely independent management, but at the same time operated with royal guarantees and privileges.⁶⁷ Issuing banknotes was not one of its primary activities (in some periods of the 19th century it was not even allowed to do so at all), the state placed emphasis on obtaining money through the issuance of interest-free paper money, in addition to the fact that many public institutions were obliged by decree to deposit their unnecessary funds. The growing need for money in the economy, as well as various parallel plans to establish a central bank, finally led to the fact that in 1846 the Royal Bank was put on new foundations and a real central bank was created, namely the Bank of Prussia (Preußische Bank), which was under the control of the government, and from 1851 it was led by the Prussian Minister of Trade. After the establishment of the German Customs Union, there were unification efforts also related to money circulation, and after the founding of the unified German Empire in 1871, the possibility of setting up a unified central bank opened, but the necessary agreement for this was initially lacking. Eventually, however, despite Prussia's ini-

tial resistance, the Reichsbank⁶⁸ was founded in 1875, taking over the functions of the Bank of Prussia. The Reichsbank was privately owned, but under government control, headed by the Reich Chancellor. Although it did not legally have a banknote issuing monopoly, it actually became the central German bank in practice. Its banknotes had to be exchanged for gold until the outbreak of World War I. This possibility was terminated on August 4, 1914, and after the war, on May 9, 1921, the provision of collateral for the banknotes was also suspended. The German hyperinflation in the fall of 1923 led to the fact that the Mark was unable to fulfill its basic functions. Thus, a new bank, the Rentenbank was created alongside the Reichsbank, and the Rentenmark, which was issued from November 15, 1923, won the trust of the people.⁶⁹ Inflation eventually ended due to currency reform and international economic measures.⁷⁰ In Germany, the Reichsbank was reorganized under international supervision after World War I and was under foreign supervision during the Dawes Plan period (until 1930). However, all this did not result in dependence on the government, but rather strengthened the governor of the central bank against the government. It was therefore no coincidence that Hjalmar Schacht, then president of the Reichsbank, resigned when the Young Plan ended the Bank's foreign supervision in 1930.⁷¹ In 1937, Adolf Hitler announced in the Reichstag that the government would acquire unlimited sovereignty over the Reichsbank, and accordingly, the relevant legislation was soon passed, including the powers to ensure subordination.⁷² A new law passed in 1939 stated that 'The German Imperial Bank is directly responsible to the Führer and Chancellor of the German Reich' [1. Article (1)]. And Article 3(1) provided that the Bank shall be managed and governed by the President of the Bank with the governing body under the instructions and supervision of the Führer. The Führer appointed the chairman and the members and could recall them at any time.⁷³ First (since such a solution existed) the mentioned legislation was passed as a secret law in January 1939, which was only announced six months later. Schacht described the situation at the Nuremberg Trials: 'That law abolished the independence of the Reichsbank and the President of the Reichsbank became a mere cashier for the credit demands of the Reich, that is to say, of Hitler.'⁷⁴

⁶⁴ BORDO, M., D., PIERRE, R., S., Central Banks: Evolution and Innovation in Historical Perspective. In: EDVINSSON, R., JACOBSON, T., WALDENSTRÖM, D., *Sveriges Riksbank and the History of Central Banking*. Cambridge, 2018, p. 26-89, 37.

⁶⁵ Jahrbuch für die amtliche Statistik des preussischen Staates, Vol. 2, Bureau, 1867, p. 28.

⁶⁶ KEMÉNY, Gy., Jegybankok. In: GERŐ, L., BUD, J., CZETTLER, J., SZTERÉNYI, J., KORÁNYI, E., FODOR, E., TELEKI, P., *Közgazdasági Enciklopédia III. kötet*. Budapest, 1930, p. 33-34.

⁶⁷ Jahrbuch für die amtliche Statistik des preussischen Staates, Vol. 2, Bureau, 1867, p. 28.

⁶⁸ See the German Bank Act of the 30th January, 1875. In: *Journal of the Statistical Society of London*, Vol. 38, Nr. 2, 1875, p. 267-282.

⁶⁹ TILLY, R., Germany. In: MANFRED, P., *Handbook on the History of European Banks*. Bodmin, 2014, p. 297-488, 328-331.

⁷⁰ CANOVA, T., A., Black Swans and Black Elephants in Plain Sight: An Empirical Review of Central Bank Independence. In: *Chapman Law Review*, 2011, Nr. 2, p. 241.

⁷¹ HOLTFRREICH, C., L., Monetary policy in Germany since 1948: national tradition, international best practice ideology? In: TOUFFUT, J., P., *Central Banks as Economic Institutions*. Celtenham, 2008, p. 22-51, 25.

⁷² HOLTFRREICH, C., L., Monetary policy in Germany since 1948: national tradition, international best practice ideology? In: TOUFFUT, J., P., *Central Banks as Economic Institutions*. Celtenham, 2008, p. 22-51, 26.

⁷³ New German Reichsbank Law. Federal Reserve Bulletin, Vol. 25, Nr. 9, 1939, p. 737-742.

⁷⁴ Trial The Major War Criminals Before The International Military Tribunal. Nuremberg 14 November 1945 – 1 October 1946, Nuremberg, 1947, Volume XII, p. 533-534.

However, after World War II, they broke with this approach: when the Bank deutscher Länder (BdL) was created in the western zone in 1948, the founding law stated that the BdL was not subject to the instructions of any political or state body, except for the judicial authorities.⁷⁵ The BdL was replaced by the Deutsche Bundesbank in 1957,⁷⁶ which at the time of its founding was not thought to be such a success story, as the German Mark became one of the most stable currencies in the world.⁷⁷ The German Democratic Republic (GDR) had its own financial system, so after the fall of the Berlin Wall in 1989, the GDR's central bank (Staatsbank der DDR) also had to be transformed in accordance with the requirements of the two-tier banking system. The central bank of the GDR operated under the mentioned name from 1968 (it was created from the Deutsche Notenbank); carried out the issuance of money, the refinancing of financial institutions in accordance with the political objectives, managed the accounts of state-owned enterprises and the state, and also carried out audit tasks. A two-tier banking system based on a West German orientation was introduced from April 1, 1990, and Deutsche Kreditbank was founded with the Staatsbank, using its offices and employees.⁷⁸ The agreement establishing the economic and social union (Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion) (WWSUVtr)⁷⁹ brought fundamental changes, as the exercise of central bank functions was transferred to the West German side from July 1, 1990.⁸⁰ The WWSUVtr specifically regulated the rights of the Bundesbank, which the GDR had to secure for it on its territory (for example, the organs of the GDR, especially the police, had to protect the branches of the Bundesbank, they had to ensure free movement, circulation of documents, and the possibility of carrying service weapons for their employees).

5. Central bank functions and Bank War in the history of the United States of America

A special system has developed and operates in the United States of America. The Federal Reserve System (Fed) was established in 1913, as the third central banking organization of the United States of America, after the financial and economic crises that caused various bank and corporate bankrupt-

cies raised the need for an institution that would be able to handle such situations. As a result of a more serious crisis in 1907, Congress established the National Monetary Commission, which formulated proposals in this regard. After considerable debate, Congress passed the Federal Reserve Act, which was signed by President *Woodrow Wilson* on December 23, 1913.⁸¹

Prior to this, two attempts to create and operate a federal central bank can be mentioned: the First Bank of the United States and the Second Bank of the United States. The idea of creating a central bank arose at the end of the 18th century, due to the financing of the War of Independence. In 1779, *Alexander Hamilton*, the head of the Treasury, decided to create a central bank, because according to him, if England could create a central bank to deal with its financial problems, then the United States could do the same. However, this early plan did not work out.⁸² Finally, as a result of Hamilton's efforts, the Congress approved the establishment of the First Bank of the United States in 1791, namely for a definite period of 20 years: the establishment of the bank (federal establishment) and the duration were both the subject of serious debates, several different versions were discussed. (For example, *Thomas Jefferson* also opposed the creation, referring to the lack of powers from the Constitution.)⁸³ After the debates ended, *George Washington* signed the law on February 25, 1791. The Bank's mandate expired on March 4, 1811; prior to this, discussions began among the Bank's supporters about the acceptance of a new authorization. Finally, President *James Madison* signed the new law on April 10, 1816, and accordingly the Second Bank of the United States became the successor. It should be noted that the law was challenged on constitutional grounds in the *McCulloch v. Maryland* case.⁸⁴ The starting point was the delimitation of the powers of the federation and the member states, i.e., how to interpret the federal powers: did the federation have the power to set up such a bank or not (is there a possibility of a broad interpretation, to establish an inclusive power). Finally, in 1836, the Bank's powers were not renewed, so it continued its activities as a private company until its termination in 1841.⁸⁵ This institution, by the way, was not a national bank in the later sense, but a privately controlled corporation,

⁷⁵ WROBEL, R., M., *Deutsche Bundesbank als Modell. Aus Politik und Zeitgeschichte*. D-Mark, 2018/27, p. 24-25.

⁷⁶ WROBEL, R., M., *Deutsche Bundesbank als Modell. Aus Politik und Zeitgeschichte*. D-Mark, 2018/27, p. 24-25.

⁷⁷ ISSING, O., The European Central Bank as a new institution and the problem of accountability. In: DE HAAN, J., *The History of the Bundesbank: Lessons for the European Central Bank*, New York, 2000. p. 143.

⁷⁸ HÜNING, H., NICKEL, H., M., *Finanzmetropole Berlin Strategien Betrieblicher Transformation*, Offenbach, 2013, p. 245-247.

⁷⁹ Vertrag über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik. *Ld. Gesetzblatt der Deutschen Demokratischen Republik*, Teil I, Nr. 34., 1990. 06. 25., p. 331-351.

⁸⁰ BRUCKHOFF, H., R., *Zur Entwicklung der Zentralbanken und der Bankaufsicht in Deutschland und in den Niederlanden*. Frankfurt am Main, 2010, p. 41-42.

⁸¹ GREY, G., B., *Federal Reserve System: Background, Analyses and Bibliography*, New York, 2002, p. 9-10.

⁸² KAPLAN, E., *The Bank of the United States and the American Economy*, London, 1999, p. 7-11.

⁸³ *Thomas Jefferson* wrote this: 'The idea of creating a national bank I do not concur in, because it seems now decided that Congress has not that power (although I sincerely wish they had it exclusively), and because I think there is already a vast redundancy rather than a scarcity of paper medium.' While *Albert Gallatin*, a member of the House of Representatives said the following: 'The Bank of the United States... is one of the most deadly hostility existing, against the principles and form of our Constitution... An institution like this, penetrating by its branches every part of the Union, acting by command and in phalanx, may, in a critical moment, upset the government.' FRANKS, S., NUNNALLY, S., *Barbarians of Wealth. Protecting Yourself from Today's Financial Attilas*, Hoboken, 2011, p. 72.

⁸⁴ *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819)

⁸⁵ COBLENTZ, M., The Fight Goes on Forever: Limited Government and the First Bank of the United States. In: *Southern Illinois University Law Journal*, 2015, Vol. 39, p. 407-441. o. and also see NORTHROP, C., C., *The American Economy: Essays and primary source documents*, Oxford, 2003, p. 22-23.

located in Philadelphia that had a unique and profitable relationship with the government.⁸⁶

The Bank War is considered an interesting chapter in the political and legal history of the United States, as the central bank issue was the subject of a lot of debates in the second quarter of the 19th century. Economists emphasized the benefits of the bank's regulatory function (stability, growth), but a central bank also raised moral, legal and philosophical issues, thus pitting supporters and opponents of the central bank against each other. The fundamental question was whether the privileges of the Second Bank of the United States should be extended. Opponents feared the bank's excessive influence and power. Minority (20%) state-owned, the bank was a for-profit, part-private, part-public commercial bank that managed federal funds as well as the debt, and although there was no single national currency of the era, the currency it issued marks bore its characteristics. In addition, it had many British shareholders, so they feared the danger of foreign interference in financial affairs, and according to the opponents, the Bank influenced the press and the elections. Furthermore, the member states could not tax its branches, and according to the letter of privilege, there could only be one national bank, it could keep the other state banks under its influence and use public money to serve private interests. Finally, the objection can be mentioned, according to which huge sums of money were concentrated in the hands of a few, thus violating the idea of equal rights. The Bank paid interest and additional amounts to the Treasury for the public deposits placed with it, establishing close relations between the Treasury and the young United States of America.⁸⁷ It was the keystone in the alliance between the government and the business community ('the keystone in the alliance between the government and the business community') as Hamilton envisioned the Bank.⁸⁸

The two emblematic figures of the Bank War were US President *Andrew Jackson* on the side of the opponents, while on the other side stood the President of the Bank, *Nicholas Biddle*. In the life of the Bank, the year 1836 was the year the privilege expired, but *Henry Clay* already in 1832 submitted a bill for the extension in order to put the president in a difficult situation and make it difficult for him to be re-elected. However, Jackson exercised his right of veto, in a message,⁸⁹ in which he presented the dangers and harmful effects of the Bank in detail, based

on the fact that: 'Every monopoly and all exclusive privileges are granted at the expense of the public, which ought to receive a fair equivalent.'⁹⁰ In his response to the veto message, Senator *Daniel Webster* summarized the president's arguments the following way: 'These objections go against the whole substance of the law originally creating the bank. They deny, in effect, that the bank is constitutional; they deny that it is expedient; they deny that it is necessary for the public service'. He also explained his counterarguments, pointing out the specifics of the transitional period that will mark the end of the Bank's activities in the event of non-renewal.⁹¹ Since there were still four years of the Bank's operation left, Jackson tried to act against it with other means, thus withdrawing the government deposits from the Bank.⁹²

Many decades passed between the Bank War and the creation of the Fed, and the arguments that appeared in the Bank War - the opposition to central banks issuing paper money - continued to accompany American history. Although there were financial crises (for example, in 1857 or in 1893) before the establishment of the Fed, the idea of reforming the financial system did not arise. The center of the American financial system was in New York, and these crises could be solved by regrouping the necessary resources (reserves) from this center to the states and regions where they were needed. However, after the crisis of 1907, the idea of creating a flexible money - i.e. adjusted in quantity to business needs - and a network based on decentralized banks, also taking into account the previous experiences of deflation and inflation, arose.⁹³

6. The development of the Hungarian central bank - from the Austro-Hungarian Bank to the Central Bank of Hungary

In the era of dualism, there was no independent Hungarian central bank, the central bank of the Monarchy was the Austro-Hungarian Bank⁹⁴ with headquarters in Vienna⁹⁵ from 1878, whose forerunner was the Privilegierte Österreichische Nationalbank founded in 1816. XXV. of 1878 (Article 1) on the establishment and patent of the Austro-Hungarian bank declared that 'The mutually recognized right of both states of the Austro-Hungarian monarchy to establish independent central banks will not be violated for the next 10 years, and it is decided to

⁸⁶ SCHLESINGER JR, A., M., Bank War. In: ROGERS, G., TAYLOR, E., *Jackson versus Biddle: The Struggle over the Second Bank of the United States*, Boston, 1949, p. 72.

⁸⁷ CAMPBELL, S. W., *The Bank War and the Partisan Press. Newspapers, Financial Institutions, and the Post Office in Jacksonian America*, Lawrence, 2019, p. 3.

⁸⁸ See SCHLESINGER JR, A., M., Bank War. In: ROGERS, G., TAYLOR, E., *Jackson versus Biddle: The Struggle over the Second Bank of the United States*, Boston, 1949, p. 79.

⁸⁹ See JACKSON, A., Veto Message, July 10, 1832. In: ROGERS, G., TAYLOR, E., *Jackson versus Biddle: The Struggle over the Second Bank of the United States*, Boston, 1949, p. 8-20,

⁹⁰ JACKSON, A., Veto Message, July 10, 1832. In: ROGERS, G., TAYLOR, E., *Jackson versus Biddle: The Struggle over the Second Bank of the United States*, Boston, 1949, p. 8-20, 8.

⁹¹ WEBSTER, D., Reply to Jackson's Veto Message, July 11, 1832. In: ROGERS, G., TAYLOR, E., *Jackson versus Biddle: The Struggle over the Second Bank of the United States*, Boston, 1949, p. 21-30, 21.

⁹² MCLAUGHLIN, J., M., Henry Clay and the Supreme Court. In: *Journal of Supreme Court History* Vol. 34, Nr. 1, March 2009, p. 28-55, 34.

⁹³ HETZEL, R., *The Federal Reserve. A New History*. Chicago, 2022, p. 27-38.

⁹⁴ VARGA, I., *Az újabb magyar pénztörténet és egyes elméleti tanulságai*. Budapest, 1964, p. 21.

⁹⁵ For details on the Austrian National Bank, the Austro-Hungarian Bank and the history of the credit institutions, see VARGHA, Gy., *A magyar hitelügy és hitelintézetek története*. Budapest, 1896.

establish an Austro-Hungarian bank for the period from July 1, 1878. to December 31, 1887. The article also contained the Basic Regulations pursuant to Article 1 that 'The Austro-Hungarian Bank is a joint-stock company that operates in accordance with the statutes in the kingdoms and countries represented in the Imperial Council and in the countries of the Hungarian Crown. The name of the company in German language is Österreichisch-Ungarische Bank, while in Hungarian language it is called Osztrák-magyar bank.' The extension of the privilege for another 10 years was granted by Act XXIV of 1887. for the first time. The justification related to the article of law (the proposal of the article of law) emphasized that 'the right of the country to settle its central bank affairs independently and at its own discretion is preserved intact, because what is said in this bill is the right of both parts of the monarchy to establish independent central banks, mutually recognized by both parts.'

The Austro-Hungarian Bank operated until December 31, 1919, and in the last part of the year it was only valid for Austria and Hungary. It was abolished on December 31, 1919, in accordance with the agreement concluded by the successor states of the Monarchy in Vienna on March 14, 1922. The agreement stipulated that both Austria and Hungary were exempted from all debts to the Bank, and the Bank's gold stock was divided among the successor states in a specified proportion. With the closure of the Bank, the connection between the economic and financial life of Austria and Hungary ceased. Since the organization of the independent central banks had not yet begun at that time, the Austrian Administration of the Austro-Hungarian Bank in Vienna and the Hungarian Administration of the Austro-Hungarian Bank in Budapest -completely independent of the administration of the Austro-Hungarian Bank, managing their accounts separately - were established on January 1, 1920.⁹⁶

The Treaty of Trianon (promulgated by Article XXXIII of 1921) also provided for the abolition of the Austro-Hungarian Bank. This contract also stipulated that the liquidation of the Austro-Hungarian Bank began the day after signing the peace treaty with Austria.⁹⁷ The liquidation was carried out by the commissioners of the Reparations Committee.

After the collapse of the Monarchy, already in 1918, the idea of setting up a national bank arose in government and leading financial circles. The issue of establishing a central bank and issuing banknotes was extremely important, but due to the lack of an agreement and fluctuating power relations, the establishment of the Central Bank of Hungary was not realized until 1924. Many believed that due to the patent of the Austro-Hungarian Bank, until the end of 1919, it was not pos-

sible to overturn the legal monetary order, so until then the previous joint central bank was obliged to take care of issuing banknotes.⁹⁸ Although the successor states of the Monarchy took special measures to regulate and protect their own money circulation and to exchange money.⁹⁹ Due to the termination of the joint bank, it became necessary to start the establishment of an independent Hungarian central bank. Since it was not yet possible to set this up at the time, the legislation chose a temporary, relatively quickly feasible solution until the central bank issue was finally settled; 'for the time being, the right to issue tickets is exercised by the state through a separate institution, independent of the state administration as far as possible, with the character of a public office, but operating completely like a bank.'¹⁰⁰ This is how the XIV of 1921 was created, which provided the establishment and operation of the Royal Hungarian Note Issuing Institute (Magyar Királyi Állami Jegyintézet).

The establishment and 'patent' of the Central Bank of Hungary was provided in Article V of 1924, which abolished the Note Issuing Institute. The legislator considered it important to eliminate the means of unsecured note printing that was common in wartime, the appropriate credit and foreign exchange policy, and the possibility of collecting central bank financial assets. An important guarantee was also mentioned: the nature of the Central Bank of Hungary as a private company.¹⁰¹ The precedent for the adoption of this article was the international agreement¹⁰² that enabled Hungary to provide an international recovery loan. However, this loan had various conditions, such as the tying of certain tax revenues as collateral, expenditure and revenue reform, and the acceptance of the supervision of a High Commissioner from People's League. One of the conditions included the submission of a bill on the establishment of a central bank, namely with the text ensuring central bank independence ('the bank's articles of association must ensure the full self-government of the bank in its relationship with the government and must prohibit the government from participating in its administration'). The establishment of the Central Bank of Hungary was therefore based on the international commitment, according to which the Hungarian side undertook to establish a central bank independent of the government as one of the conditions of the loan given to the country. As previously discussed in more detail, the Central Bank of Hungary was initially given the authorization for a fixed period, which was renewed. XXX of 1947. significantly transformed banking relations in Hungary: this law ordered the acquisition (nationalization) of the privately owned shares of the Central Bank of Hungary and some other banks.¹⁰³

⁹⁶ VARGA, I., *Az újabb magyar pénztörténet és egyes elméleti tanulságai*. Budapest, 1964, p. 33.

⁹⁷ For more details about the peace treaty, see GASSNER, M., From Brest-Litovsk via St. Germain to Sèvres - A Legal Perspective on the Peace Treaties and the Disintegration of Three Multi-ethnic Empires at the End of the First World War. In: *Journal on European History of Law*, vol. 14, Nr. 1, 2023, p. 8-9. On the later development of Austria, see NESCHWARA, Ch., Zurück in die Zukunft: Österreichs staatsrechtliche Zeitreise im Jahr 1945. In: *Journal on European History of Law*. vol. 14, Nr. 1, 2023, p. 2-13.

⁹⁸ AMBRUS, B., *A Magyarországi Tanácsköztársaság pénzürendszere*. Budapest, 1979, p. 17.

⁹⁹ For more details, see IV of 1924 justification related to the article.

¹⁰⁰ The IV of 1924. justification related to the proposal of the article.

¹⁰¹ Explanation related to the proposal of Article V of 1924.

¹⁰² See Act IV of 1924 on the restoration of the balance of the public finances.

¹⁰³ On the question of the nationalization of banks see SMOLKA, J., *A bankok szerepe a terfgazdaságban*. Budapest, 1947, 27-41.

7. Summary of central bank development paths and models

Each country followed different paths in connection with the establishment of central banks,¹⁰⁴ according to their historical development, political and financial situation. In the literature, two central bank formation models are usually distinguished, the 'classical path' and the 'Prussian path'. The classical is characterized by the fact that the central bank is relatively independent, but later comes under state control, while in the case of the Prussian path, the close relationship with the state is emphasized. The creation of the English, French and Swiss central banks can be classified into the classical model, while - apart from the eponymous bank - the development of the Russian and Austrian central banks followed the Prussian path.¹⁰⁵

The process of the formation of central banks begins in the 17th century: the complexity and crises of financial and economic conditions, the growing state resource requirements arising from wars encouraged individual rulers and governments to establish legally regulated central banks. The basic regulatory model was a system based on privileges: certain banks were authorized to carry out certain activities for a fixed period, and the extension depended on various political and financial deals. These banks were basically created to solve state financial emergencies and to finance the wars. Thus, for example, the Bank of England can be highlighted as an institution created for financial assistance, but Alexander Hamilton also hoped for financial support (especially in emergency situations) from the First Bank of the United States, established in 1791. After the responsibilities of central banks expanded in the 19th and 20th centuries, these banks gradually became the 'banks of banks' from the 'bank of the state'. This process was accelerated when they acquired the monopoly of banknote issuance, since the central banks were primarily responsible for the money supply and the performance of the lender of last resort, in addition, the preservation of price stability was also very important.¹⁰⁶ This meant that the central bank, becoming a not-for-profit institution, now refrained from competing with other commercial banks in their own business.¹⁰⁷ From that time, the issue of central bank independence became important, as these tasks

can be performed more effectively by eliminating situations¹⁰⁸ of dependence on the government, as opposed to the previous role, when the government relied as a financial source on private banks, which it granted exclusive rights and gave a competitive advantage.

The Bank of England's legal innovation was to provide a legal framework for the shareholders providing loans to the government, and to link the loan with tax revenues as collateral, thereby eliminating the risks of the government's arbitrary decisions on suspending debt repayments. Everything else was a subject of negotiation. Instead of a service, there was a compensation based on an agreement: in exchange for the loans, the bank enjoyed various privileges and monopolies, discounts restricting competition. In the middle of the 19th century, the institutional character came to the fore, and the legal regulation was developed accordingly, while in 1946 it was nationalized. In the case of the Banque de France, the lack of creditor trust was also the key issue, and accordingly a decision had to be made regarding its establishment and the regulation of its rights. In the case of German central banks, the development of the German state can be observed, the relevant regulations are closely intertwined with the historical milestones of state unification, wars, occupation, partition and reunification. After World War II, the Deutsche Bundesbank was considered a model for a successful central bank. In the United States of America, after the first ideas from Hamilton in the 18th century, the process stalled with the establishment of the second central bank, and the banking issue became the scene of legal and political battles, also known as the Bank War (1832). Finally, the Fed was established in 1913, which can be considered as the institution performing central banking functions. In Hungary, the statehood was the question: after the accession to the Habsburg Empire, the central bank of Austria and, from 1878, the Austro-Hungarian Bank performed the functions of the central bank in the era of dualism. After World War I, when Hungary became independent, it became possible and necessary to create an independent financial system. The independent Central Bank of Hungary was established in 1924 as a result of an obligation undertaken in the framework of an international loan transaction, which was nationalized in 1947.

¹⁰⁴ About central bank history, see also MATLEKOVITS, S., *Nemzetgazdaságtan. A jogtanulók igényeirek igazítva*. Budapest, 1874, p. 523–536.

¹⁰⁵ LIGETI, S., A központi bankok önállósága a tőkésországokban. In: *Közgazdasági Szemle*, Vol. 28, Nr. 4, 1981, p. 454–466, 454.

¹⁰⁶ THIELE, A., The Independence of the ECB. In: BEUKERS, T., FROMAGE, D., MONTI, G., *The New European Central Bank: Taking Stock and Looking Ahead*, Oxford, 2022, p. 238–239.

¹⁰⁷ ZIEGLER, D., Zentralbankpolitische „Steinzeit“? Preußische Bank und Bank of England im Vergleich. *Geschichte und Gesellschaft*. 1993/4, p. 475–505, 477.

¹⁰⁸ THIELE, A., The Independence of the ECB. In: BEUKERS, T., FROMAGE, D., MONTI, G., *The New European Central Bank: Taking Stock and Looking Ahead*, Oxford, 2022, p. 238–239.

Freedoms in the Hungarian April Laws of 1848

Gergely Gosztonyi*

Abstract

The French Revolution and the changes in Europe in the first half of the 19th century increasingly called into question the caste order, under which only a small percentage of society could enjoy freedoms, including not only political but also private and criminal rights. Based on Western European ideas followed by the legal fight of brave Hungarians, in 1848, Hungary almost got its constitution in the form of 31 Acts, called the Hungarian April Laws. Among others, those Acts consisted of the issues of equality of rights, political rights, freedom of the press, freedom of religion and academic freedom. Freedoms that, after the Austro-Hungarian Compromise, the Hungarian Parliament went back to and built a reform era on.

Keywords: Hungary; April Laws; 1848; equality of rights; political rights; freedom of the press; freedom of religion; academic freedom.

1. Introduction

The so-called Hungarian April Laws of 1848 can be interpreted in their sequence and punctuality. Process, since the events that took place in our country in the 18th century were conflated in the direction of the reformist assemblies,¹ without which it is impossible to understand the regulatory solutions of 1848, but also punctual, since the repressive measures following the suppression of the War of Independence and the octroiated introduction of Austrian legislation² made the April Laws *ad acta* for a good twenty years. It is no coincidence, however, that this punctuated nature becomes part of the process again after the Compromise, when the Hungarian legislature reaches back to the basic principles of freedom that were won at that time.

As the practical experience and liberal ideas of Western Europe that had infiltrated³ Hungary fell on fertile ground, a revitalised – in today's terms – civil society engaged in increasingly sharp debates and lively discussions on previously

unquestionable issues such as the attitude towards the Viennese government or the question of the centuries-old practice of social stratification. The French Revolution and the changes in Europe in the first half of the 19th century increasingly called into question the caste order, under which only a small percentage of society could enjoy freedoms, including not only political but also private and criminal rights, while the serfs, who made up a large part of society, were excluded from exercising these rights.⁴ The issue of freedoms was thus inevitably linked to that of social privilege and privileged social groups.

2. The 'Constitution' of 1848

The period of the April 1848 laws is not called the constitutional revolution for nothing: the national modernisation⁵ that seemed to be taking place was given an exceptional chance. In addition to the laws⁶ establishing Hungary's new, „recognisably parliamentary form of government”,⁷ it is worth examining the issues of equality of rights, political rights, freedom of the press, freedom of religion and academic freedom.

* Dr. Gergely Gosztonyi, Department of the History of Hungarian State and Law, Faculty of Law, Eötvös Loránd University (ELTE), Budapest, Hungary, email: gosztonyi@ajk.elte.hu / ORCID 0000-0002-6551-1536.

¹ VÖLGYESI, Ó., Alkotmányos függetlenség és gazdasági szabadság. A szuverenitás kérdése Kölcsey és a magyarországi reformellenzék politikai diskurzusában, 1832–1833. In: *Magyar Tudomány*, vol. 174, Nr. 4, 2013, S. 432–437.

² NESCHWARA, C., Az osztrák jog Magyarországon. In: *Jogtörténeti Szemle*, vol. 5, Nr. 3, 2007, S. 42–46.

³ On the Western study trips of the young nobility of the period, see SCHWEITZER, G., A nyugati világ magyar szemmel: Politikai-társadalmi útirajzok a 19. század első feléből. In: KÍS, N. – PERES, Zs. (Hrsg.), *Ünnepi tanulmányok Máthé Gábor oktatói pályafutásának 50. jubileumára: Studia sollemnia scientiarum politico-camerarum*. Budapest, 2017, S. 353–365.

⁴ GOSZTONYI, G., A Hármaskönyv és a jobbágyi jogok. In: *Jogtörténeti Szemle*, vol. 12, Nr. 4, 2014, S. 34–37.

⁵ KÉPESSY, I., National Modernisation through the Constitutional Revolution of 1848 in Hungary: Pretext and Context. In: KLIMAS-ZEWSKA, A. – GAŁĘDEK, M. (Hrsg.), *Modernisation, National Identity and Legal Instrumentalism (Vol. II: Public Law)*. Leiden, 2020, S. 51–68. https://doi.org/10.1163/9789004417359_004

⁶ Act 3 of 1848 on the establishment of an independent Hungarian responsible ministry and Act 4 of 1848 on the annual meetings of the Diet.

⁷ RÁDY, M., *Customary Law in Hungary: Courts, Texts, and the Tripartitum*. Oxford, 2015, S. 221. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198743910.001.0001>

2.1 Equality of rights

The questioning of centuries-old social positions⁸ had already begun during the reform assemblies since „the vocal and growing reformers demanded, within the framework of a restored constitutionalism of order, all the guarantees that the Enlightenment ideologists had developed for the legislative bodies relying on popular representation in the interests of the bourgeoisie while leaving intact the orderly nature of the parliament and the state.”⁹ The real changes, however, can only be observed in the laws of 1848, which also saw the removal of the bastions of the previous centuries of noble tax exemption, i.e. the public service tax. The bearing of public burdens „equally and proportionately without distinction”¹⁰ is closely linked to political rights: if one wishes to participate in decisions about the destiny of the country, one’s contribution to the costs of running it must be a fundamental principle.

A significant contribution to social equality was also made by the law on the abolition of serf services,¹¹ which also abolished the landlord’s ownership of land held by serfs, thus legally ordering the transfer of serf lands to the former serfs. The same law also provided for the proportionate distribution of land (forest, plough, reaper, watering place, etc.) which had previously been in common use, also owned by the landlord. In return for all this, „the legislature has made the private landlords exempt from compensation, under the protection of national public honour.”¹² Among the measures of 1848 which abolished the former social order posts¹³ was the abolition of the nobles’ jurisdiction,¹⁴ which was to be replaced by the county courts in both civil and criminal cases. Another important factor in achieving equality was the abolition of the church tax,¹⁵

which was fully regulated, since “whether it was paid in cash instead of in kind, and whether it was paid indirectly to the ecclesiastical order, or to a tenant, or whether it was acquired by hereditary contract or by royal donation”¹⁶ the obligation to pay was abolished in all cases. The same fate befell Hungary’s former inheritance system,¹⁷ about which the legislators expressed their optimistic hope that the government would draft a Civil Code¹⁸ that would settle the issue completely.¹⁹ The fate of the two types of property, *aviticum* and *acquisitum*, which have been part of the inheritance tradition for centuries, has also been simplified²⁰ and the abolition of patrimony has brought us closer to a modern, more transparent and predictable inheritance regime for citizens seeking rights.

2.2 Political rights

Hungarian lawmakers, who were looking to the Spring of Nations²¹ and Western practice,²² considered the issue of the right to vote to be a key issue in the context of political individual rights. The laws passed to settle this issue aimed at socialising decision-making, significantly widening the scope of those with the right to vote. Leaving behind the *ablegatus system* of previous centuries, which had operated with fixed *instructions*. It should be emphasized that „the political right of those who have hitherto been in the practice of it, not being felt to be the vocation of the present Diet, all those who have hitherto had the vote in the election of the deputies in the counties and free districts are hereby retained in the practice of this right.”²³ The three hundred and seventy-seven deputies²⁴ who received a daily allowance of five forints²⁵ were thus to be elected by „men of the established religion²⁶ of birth or naturalized”²⁷

⁸ We tend to take these legal statuses as uniform and given, while hundreds of exceptions to the laws have been created. On the changes in the noble tax exemption during the reform era, see SZALKAI, Z., *Széchenyi reformkora*. Szentes, 1931. On the suffrage of widowed women, for example, see NÁNAY, M., *A női választójog*. Budapest, 2022. On criminal law, see; HEIL, K. M., *Strafrechtliche Kommissionstätigkeiten im Lande und im Komitat (1791–1832)*. In: *Journal on European History of Law*, vol. 14, Nr. 1, 2023, S. 134–140.

⁹ MEZEY, B., *Az átmenet kora*. In: MEZEY, B. – GOSZTONYI, G. (Hrsg.), *Magyar alkotmánytörténet*. Budapest, 2020, S. 272.

¹⁰ Act 8 of 1848 on the public service tax.

¹¹ Act 9 of 1848 on the abolition of the serf services, dues and payments in money hitherto practised on the basis of the rent and the contracts replacing it.

¹² *Ibid.*, § 1.

¹³ The issue of the right to bear a name, which was not regulated in 1848 but is closely linked to the issue of equality, should also be mentioned here. MEGYERI-PÁLFFI, Z., *Név és jog. A névviselés jogi szabályozásának fejlődése Magyarországon*. Budapest, 2013.

¹⁴ Act 11 of 1848 on matters which have hitherto been handled by the landlord authorities.

¹⁵ Act 13 of 1848 on the abolition of the church tax.

¹⁶ *Ibid.*, § 1.

¹⁷ Act 15 of 1848 on the abolition of former inheritance system.

¹⁸ BALOGH, J., *How to Make a Civil Code: Plans and Drafts of General Rules in 19th-century Hungarian Private Law*. In: *Journal on European History of Law*, vol. 11, Nr. 2, 2020, S. 95–103.

¹⁹ KÉPES, Gy., *Az ősiség intézményének felszámolása és a modern magánjog létrejötte Magyarországon*. In: MENYHÁRD, A. (Hrsg.), *350 éves az Eötvös Loránd Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kara: A jubileumi év konferenciasorozatának tanulmányai (I.-II. kötet)*. Budapest, 2018, S. 1018–1028.

²⁰ KÉPES, Gy., *The birth and youth of the modern Hungarian private law*. In: *Journal on European History of Law*, vol. 7, Nr. 2, 2016, S. 105.

²¹ RIGÓ, B., *1867 as the Year of Constitutional Changes Around the World*. In: *ELTE Law Journal*, vol. 5, Nr. 2, 2017, S. 41.

²² ERDŐDY, G., *A magyar kormányzat európai látóköre 1848-ban*. Budapest, 1988.

²³ Act 5 of 1848 on the election of parliamentary envoys on the basis of representation of the people, § 1.

²⁴ *Ibid.*, § 5.

²⁵ *Ibid.*, § 56. According to Pál Danyi’s calculations, this would mean 27,315 HUF (71,4 €) per day in 2023. DANYI, P.: *Magyar pénzürtékindex – árák és devizák alapján 1754-től*. <https://artortenet.hu/magyar-penzertekindex-arak-es-devizak-alapjan-1754-tol>.

²⁶ VARGA, N., *A magyar állampolgársági jog a 19. században*. Budapest, 2012, S. 35.

²⁷ On the struggle for women’s suffrage, see SIMÁNDI, I., *Küzdelem a nők parlamenti választójogáért Magyarországon 1848–1938*. Budapest, 2009, while for their involvement in legal education, see BÓDINÉ BELIZNAI, K., *Amikor Justitia megnyitotta a kapukat a nők előtt*. In: BÓDINÉ BELIZNAI, K. – GOSZTONYI, G. (Hrsg.), *Jogtörténeti Parerga III: Ünnepi tanulmányok Mezey Barna 70. születésnapja tiszteletére*. Budapest, 2023, S. 67–73.

who were at least 20 years of age and who were „of their own free will” and „not under sentence” for a more serious offence (insult to sovereignty, smuggling, robbery, murder or arson). In addition to all these main rules, the law introduced the institution of a property census,²⁸ which, in line with European electoral law at the time, allowed roughly 10% of the population to vote. This was approximately 2.5 times the practice of previous centuries, i.e. the extension of the law in this area was also visible.²⁹

In addition to the above-mentioned regulations relating to the right to vote in the representation of the people, the noble counties that had previously delegated the envoys were deprived of this right,³⁰ and the government planned to submit a bill to the next parliament to settle the issue once and for all.³¹

2.3 Freedom of the press

In the first half of the 19th century, when the need to eradicate illiteracy first arose in earnest, roughly 30-40% of the population of the Kingdom of Hungary over the age of six could not read or write.³² As the situation improved and political issues became more debatable, so did the need for literacy, which was seen as a prerequisite for participation in social discourse.³³ As András Koltay put it, „the question of freedom of speech and freedom of the press (...) reappears in parliamentary debates, sometimes with renewed, sometimes with waning force.”³⁴ However, the constantly changing (deteriorating) censorship situation, the increasing number of banned works and the blind zeal of the censors clearly led to the fact that “the fight against all forms of censorship has become one of the primary demands of those fighting for bourgeois transformation.”³⁵

One of the most important milestones in the century-long struggle for freedom of expression was the first Hungarian press law,³⁶ which stated that censorship (previous investigation) should be abolished and that „everyone should be free to express and disseminate his ideas through the press.”³⁷ Unlike other April laws, the law regulates press law issues in surpris-

ing detail. The establishment of a press product or a newspaper was subject to a notification obligation to the competent authority, whereby the owner, the responsible publisher or the responsible editor of the newspaper and the printing house had to be indicated in a declaration addressed to the competent authority. Also codified was the institution of the so-called newspaper establishment deposit, whereby a daily newspaper had to pay a higher amount of money to the competent authority, while a less frequently published newspaper had to pay a lower amount in order to cover legal and court claims arising from possible fines or penalties, litigation costs.³⁸ A newspaper that was not political and/or did not appear twice a month was not subject to the above procedure.

Issues relating to content deemed unlawful by the court are dealt with in detail in the chapter on press freedom. The law also identified a number of criminal offences for which different sanctions were provided. The most severe punishments were for offences against „the inviolability of the person of the Majesty, the established order of succession to the royal throne (...), or the high person of the King”,³⁹ the perpetrators of which were punishable by imprisonment for up to six years and a fine of up to three thousand forints. The law also regulated personal criminal liability and procedural issues against the press. In contrast to the general liability rules widely accepted in criminal law, the law introduced the principle of gradual liability.⁴⁰ Under this principle, the author was punished for the criminal offence of publishing a newspaper article. If, for some reason, he could not be held liable, the editor was punished, followed by the publisher and, finally, the owner of the printing house.⁴¹ We consider the obligation to publish a claim for rectification in the law to be an institution of civil law, according to which the conviction had to be published in full in the next issue of the newspaper „at the expense of the person convicted.”⁴²

The law stated that „the press is judged in public by a jury.”⁴³ This institution revisited an important proposed solution to the 1843 criminal law proposal,⁴⁴ and the referenced decree „was

²⁸ The amendment of this law in 1874 (Act 33 of 1874 amending and supplementing Act 5 of 1848 and the Second Transylvania Act) changed the institution of property census to tax census. MÁTHÉ, G., *Közép-Európa újkori születése A magyar közjog elemi forrásai 16–20. század*. Budapest, 2021, S. 86.

²⁹ RUSZOLY, J., *Újabb magyar alkotmánytörténet 1848–1949*. Budapest, 2002, S. 38–66.

³⁰ Act 16 of 1848 on the provisional practice of the county authority.

³¹ *Ibid.*, § 1. The settlement will only be possible after the adoption of Act 42 of 1870. See: PÉTERVÁRI, M., *A járások kialakítása Magyarországon az 1870:XLII. tc. alapján*. Szeged, 2021, S. 47–58.

³² T. KISS, T., A dualizmus kori Magyarország kultúr/politikai problémája: az analfabétizmus. In: T. KISS, T. – TIBORI, T. (Hrsg.), *Kultúrkapuk: Tanulmányok a kultúr[politik]áról, az értékközvetítésről és a kulturális valóságról*. Szeged, 2013, S. 12–13. <https://doi.org/10.14232/belvbok.2013.58503.a>

³³ Because of the low literacy rate, theatres were of particular importance, and this was indicated by the fact that they were regulated by a special law in 1848. Here, too, censorship was abolished, but the opening of theatres was subject to official authorisation. RÉVAL, L., *A magyar színházi jog mai érvényében*. Budapest, 1907, S. 8.

³⁴ KOLTAY, A., Sajtó és jog 1848/49-ben. In: HORVÁTH, A. – HAJDÚ, G. (Hrsg.), *Magyar jogtörténeti tanulmányok – pályakezdő dolgozatok*. Budapest, 2004, S. 63.

³⁵ GOSZTONYI, G., *Censorship from Plato to Social Media*. Cham, 2023. <https://doi.org/10.1007/978-3-031-46529-1>

³⁶ Act 18 of 1848, Press Law.

³⁷ *Ibid.*, § 1.

³⁸ *Ibid.*, § 30.

³⁹ *Ibid.*, § 7.

⁴⁰ RÉVÉSZ, T. M., A sajtójogi felelősség kérdése a magyar jogban. In: *Jogtörténeti Szemle*, vol. 4, 1992, S. 49–51.

⁴¹ Act 18 of 1848, Press Law, § 13.

⁴² *Ibid.*, § 26.

⁴³ *Ibid.*, § 17.

⁴⁴ RÉVÉSZ, T. M., Deák Ferenc sajtópolitikája a reformkorban és a negyvenyolcas forradalom napjaiban. In: *Jogtörténeti Szemle*, vol. 1, Nr. 1, 2003, S. 22.

awaiting the creation of the Ministry of Justice headed by Ferenc Deák.⁴⁵ Jury trial could be initiated only at the official request of the accuser, by decision of the authority or body of the victim, or on the private initiative of the victim.

Neighbouring rights related to the freedom of the press, printing and the sale of books are also included in the above law. The rules applicable to ordinary merchants applied to the establishment of a printing press,⁴⁶ and, in addition, they had to pay a deposit. Each printing house owner was obliged to keep a register, which was a „book, sealed and stamped, (...) in which the date of the production of all kinds of small and large prints, the date of their production, the alphabet, title or descriptive content, the number of sheets of the volumes and copies were to be entered.”⁴⁷ Booksellers were also subject to the rules applicable to ordinary traders, and the law stated that they did not have to comply with any conditions other than those laid down in the law.⁴⁸

2.4 Freedom of religion

In the context of religious freedom,⁴⁹ the legislator tried to create a forward-looking regulation of the free exercise of religion, leaving behind the Reformation and Counter-Reformation efforts. The Parliament stated: „In this country, perfect equality and reciprocity is established for all religious denominations without distinction, legally established in this country.”⁵⁰ This freedom, which could be considered complete, applied to the so-called established religions, among which – in addition to the Catholic, Greek Orthodox, Reformed and Evangelical religions – the law also included the Unitarian religion. In order to ensure that the „ecclesiastical and school needs of these religious denominations should be met by public funds”,⁵¹ the government undertook to draft a special bill after consulting the denominational leaders.

In the context of religious freedom, however, it should be pointed out that although many people have been calling for

years for the equal rights of the Jewish religion,⁵² the Jewish-Israelite religion was not yet allowed by the legislature in 1848 to enter behind the protective bars of the established religions.⁵³ This included the practice, formally codified only in 1868,⁵⁴ but already in existence at that time, of allowing conversion from one religion to another among the established religions, subject to the conditions and formalities laid down by law.

2.5 Academic freedom

Leaving behind the oppressive world of the first and second national education decrees of 1777 and 1806, the Ratio Educationis⁵⁵ and their strict state control, 1848 also marked a new beginning. Already „at the end of the reform era, in the 1840s, the need to modernise the university had become more and more pressing”⁵⁶ and was finally met in the April Laws. The only higher education institution in existence at that time was the Royal University of Pest, and the law declared its independence and the liberal idea of freedom of teaching and learning.

The relevant provision of the law states „the principle of freedom of education and learning, that on the one hand, the pupil should be free to choose the subject he wishes to study and the teacher he wishes to study it with, and on the other hand that other eminent persons than ordinary teachers should be allowed to teach.”⁵⁷ Then, József Eötvös, Minister of Public Education, „in the spring of 1848, ordered the academic year to be completed earlier and called upon the various faculties of the university to submit their detailed proposals for reform.”⁵⁸

3. Summary

The decades of neo-absolutism⁵⁹ left a significant mark on the national fabric of freedoms, as their absence was most noticeable during that period. The Austro-Hungarian Compromise of 1867,⁶⁰ which marked the establishment of the dualist Austro-Hungarian Monarchy,⁶¹ brought a politically disturbed period to an end in Hungary, and the Act of Compromise⁶² allowed a re-

⁴⁵ For more details on this process, see KELEMEN, R., Sajtószabadság vagy hadiérdek? – Az első világháború dilemmája. In: *Katonai Jogi és Hadijogi Szemle*, vol. 2, Nr. 2, 2014, S. 75–76.

⁴⁶ Act 16 of 1840 on merchants, § 1–2.

⁴⁷ Act 18 of 1848, Press Law, § 39.

⁴⁸ *Ibid.*, § 42.

⁴⁹ On the origins of freedom of religion, see SÁRY, P., The Emergence of the Idea of Religious Freedom in Ancient Rome. In: *Journal on European History of Law*, vol. 13, Nr. 2, 2022, S. 107–113.

⁵⁰ Act 20 of 1848 on religion, § 2.

⁵¹ *Ibid.*, § 3.

⁵² EÖTVÖS, J., A' zsidók' emancipációja. In: *Budapesti Szemle*, vol. 1, Nr. 2, 1840, S. 110–156.

⁵³ This will only be possible by Article 42 of 1895.

⁵⁴ Act 53 of 1868 on the reciprocity of legally established Christian denominations, § 1.

⁵⁵ NEMESKÜRTY, I., Ratio Educationis. In: *Magyar Szemle*, vol. 4, Nr. 11, 1995, S. 1212–1219.

⁵⁶ SZÓGI, L., *Az Eötvös Loránd Tudományegyetem története képekben*. Budapest, 2023, S. 41. Act 19 of 1848 on the Hungarian University.

⁵⁷ *Ibid.*, § 2.

⁵⁸ SZÓGI, L., *Az Eötvös Loránd Tudományegyetem története képekben*. Budapest, 2023, S. 70.

⁵⁹ RESS, I. – DEMETER, G. (Hrsg.), *A neoabszolutizmus és a provizórium kronológiája a Magyar Korona országában (1849-1867)*. Budapest, 2022.

⁶⁰ RIGÓ, B., Alkotmányos változások az 1860-as évek második felében. In: *Acta Universitatis Szegediensis: Forum: publicationes doctorandorum iuridicorum*, vol. 7, Nr. 1, 2017, S. 197–198.

⁶¹ KÉPESSY, I., Föderalizmus, centralizmus, dualizmus – avagy a kiegyezéshez vezető út. In: MEGYERI-PÁLFFI, Z. (Hrsg.), *Szuverenitáskutatás*. Budapest, 2020, S. 93–112.

⁶² Act 12 of 1867 on the relations of common interest between the countries of the Hungarian Crown and the other countries under the reign of His Majesty, and the manner of their settlement.

turn to the freedoms of 1848 outlined above. With the establishment of the parliamentary monarchy,⁶³ the political repression of the past was removed, bringing with it a change in the role of the state as well as changes in the relationship between the state and its inhabitants. A new, modern capital, Budapest, was also formed.⁶⁴ Legislation in the period following the Austro-Hungarian Compromise drew heavily on the achievements of 1848,

and it was now definitive that with the abolition of the former orderly division of society and the destruction of the main feudal legal institutions, the former subjects of the state became citizens. This change would have been inconceivable without the various freedoms granted. Hence, the rights granted in the April 1848 laws continued to contribute to the development of Hungarian law and society for many decades to come.

⁶³ MEZEY, B., Alkotmányos vagy parlamentáris monarchia? In: FÜRÉSZ, K. – KUKORELLI, I. (Hrsg.), *Ünnepi kötet Schmidt Péter egyetemi tanár 80. születésnapja alkalmából*. Budapest, 2006, S. 162–170.

⁶⁴ SCHWEITZER, G., Der Rechtsstatus und die Selbstverwaltung der Hauptstadt Budapest in der bürgerlichen Ära. In: *Journal on European History of Law*, vol. 14, Nr. 2, 2023, S. 91–96.

Die Rolle der Prozessaufnahmebehandlung der ersten ungarischen Zivilprozessordnung* (The Role of the Preparatory Hearing of the First Hungarian Code of Civil Procedure)

Kristóf Szivós**

Abstract

The first Hungarian code of civil procedure (Act I of 1911) introduced a new structure in civil litigation. The first instance proceeding consisted of two types of hearing: the preparatory hearing and the main hearing. The study examines the role of the preparatory hearing, which had a sole aim, the foundation of the procedure. The main acts of the parties are therefore examined: the presentation of the claim and the defence of the defendant. The possibilities of the defendant are more emphasised since he had more possibilities in the preparatory hearing against the claim of the plaintiff. The topics of the study are examined through fragments from the judicial practice.

Keywords: claim; defence on the merit; formal defence; preparatory hearing; structure of the procedure; Hungary.

1. Einleitung: die Struktur des erstinstanzlichen Zivilprozesses nach der Kodifikation¹

Sándor Plósz (oder, wie er in deutschen Gebieten bekannt war, Alexander Plósz), der Verfasser des Gesetzartikels I von 1911 (ZPO), hat die Grundlagen der Struktur der zukünftigen ZPO in seinem Werk, *Beiträge zur Theorie des Klagerechts* (1880) gelegt.² Plósz war der erste, der behauptete, dass das Klagerecht vom Privatrecht unabhängig ist. Er folgte das Konzept des Legisaktionenverfahrens des römischen Rechts, wo der Kläger vortrug, was er von Beklagten begehrte, und beantragte beim Prätor die Einsetzung eines Streitverfahrens. Der Beklagte konnte sich dem Begehren des Klägers gegenüber auf drei-

erlei Weise verhalten. Er konnte es bestreiten oder anerkennen oder keines von beidem tun, also passiv bleiben. Das war die Rolle des Verfahrens *in iure*.³ Plósz dachte, es ist wichtig, den Prozess zu gründen und das war unabhängig vom Existieren des Privatrechts. Wie er sagte: „Das Privatrecht muss nicht existieren, damit die Prozessgründung durchgeführt werden könne; im Gegenteil, ist es einmal ausgemacht, dass das behauptete Privatrecht wirklich vorhanden ist oder tatsächlich verletzt wurde, so kommt es gar nicht zur Beendigung der Prozessgründung, ebenso wie in dem Falle, wenn es gewiss ist, dass das Privatrecht nicht existiert.“⁴ Laut Plósz „ergibt sich demgemäß eine Zweiteilung der Prozesshandlungen. Sie zerfallen in solche, welche sich auf das Zustandekommen des Processes beziehen, und ferner in solche Handlungen, welche den Process seinem Ziele entgegenführen.“⁵

* Das Projekt Nr. K 138618 wurde mit Unterstützung des Ministeriums für Innovation und Technologie Ungarns des Nationalen Forschungs-, Entwicklungs- und Innovationsfonds im Rahmen des K 21 Förderprogramms realisiert. Die Forschungsgruppe analysiert die Geschichte des ungarischen Privatrechts in der Zwischenkriegszeit. Für die Zusammenfassung der Aktivität der Gruppe siehe VARGA, N., Report on the First Stage of the OTKA Research Entitled “The Development of Private Law in the Interwar Period”. In: *Journal on European History of Law*, vol. 14, Nr. 1, 2023, S. 248–249. Für die letzten Ergebnisse siehe KRUSÓCZKI, B., The First Hungarian Competition Act in the Judicial Practice. In: *Journal on European History of Law*, vol. 14, Nr. 1, 2023, S. 177. und LEGEZA, D., Copyright Aspects of Promise of Reward in Hungary. In: *Journal on European History of Law*, vol. 14, Nr. 1, 2023, S. 187.

** Kristóf Szivós PhD, LL.M., Institut für Zivilistischen Wissenschaften, Juristische Fakultät, Universität Szeged, Szeged, Ungarn, E-Mail: kszivos@juris.u-szeged.hu / ORCID 0000-0002-5195-7828.

¹ Die Studie stützt sich auf eine Analyse der gerichtlichen Praxis, die der rechtshistorischen Forschung mehr Tiefe verleiht. VARGA, N., *A kartellfelügyelet bevezetése Magyarországon. Az 1931:XX. tc. kodifikációja és gyakorlata*. Szeged, 2020, S. 11. Die Quellen der Archiven von Komitaten von Csongrád-Csanád (MNL CsML) und Pest werden analysiert. Außerdem werden die höchgerichtlichen Entscheidungen auch angewendet. Über die Rolle der Kurie (oberste Gerichtshof in Ungarn) siehe VARGA, N., A Kúria döntvényalkotási joga 1912 és 1930 között. In: SCHWEIZER, G. – SZABÓ, I. (Hrsg.), *A közjogi provizórium (1920-1944) időszakának alkotmányos berendezkedése I*. Budapest, 2016, S. 171–173.

² 1880 markte auch die Beginn der Kodifikation des ungarischen Zivilprozessrechts. Die Rechtseinheit war ein zu lösendes Problem nicht nur im 19. Jahrhundert, aber auch in der 1940s nach den Wienern Schiedssprüchen. JOÓ L. Á., Under Duress or Coercion. Special Land Registry Cancellation Lawsuits after the Second Vienna Award. In: *Journal on European History of Law*, vol. 14, Nr. 1, 2023, S. 150–151.

³ KASER, M. – HACKL, K., *Das römische Zivilprozessrecht*. München, 1996, S. 69–72.

⁴ PLÓSZ, A., *Beiträge zur Theorie des Klagerechts*. Leipzig, 1880, S. 6.

⁵ PLÓSZ, A., *Beiträge zur Theorie des Klagerechts*. Leipzig, 1880, S. 8. Die Konzept von Plósz war publiziert fünf Jahren nach dem ersten Entwurf der Kodifikation des ungarischen Privatrechts. BALOGH, J., How to Make a Civil Code: Plans and Drafts of General Rules in 19th Century Hungarian Private Law. In: *Journal on European History of Law*, vol. 11, Nr. 2, 2020, S. 97.

Das erstinstanzliche Verfahren zerfiel in zwei Abschnitte, nämlich in den der Prozessaufnahme und in den der meritorischen oder Sachverhandlung (*constitutio iudicii und iudicium*). Im mündlichen Prozesse konzentrierte sich das Verfahren in der mündlichen Verhandlung. Die Parteien lieferten den Prozessstoff in unmittelbarer Reihenfolge in der mündlichen Verhandlung.⁶ Die Zahl der mündlichen Prozessreden war nicht vorgeschrieben, die Verhandlung dauerte so lange, bis die Sache erschöpft war. Der Inhalt der Prozessreden war an eine Form nicht gebunden, bis zum Schlusse der Verhandlung konnte jede tatsächliche Behauptung und jeder Beweis vorgetragen werden.

2. Die prozessgründenden Handlungen der Parteien

2.1 Ansichten in der Literatur

Laut Plósz hatte die Prozessaufnahme⁷ zwei unerlässliche Handlungen, nämlich den Vortrag der Klage und den sachlichen Gegenantrag des Beklagten, welcher auch Einlassung auf den Prozess genannt wurde.⁸ Géza Magyary unterschied drei prozessgründende Handlungen: den Vortrag der Klage, die richterliche Aufforderung des Beklagten zum sachlichen Gegenantrag und die Streiteinlassung.⁹ Zwei Unterschiede können zwischen den Standpunkten erkannt werden. Der eine besteht darin, dass Magyary die Aufforderung des Beklagten zum Gegenantrag als prozessgründende Handlung ansah, woraus es geschlossen werden kann, dass seiner Ansicht nach das Eingreifen des Gerichts auch für die Prozessgründung erforderlich war. Der andere wichtige Unterschied besteht darin, dass Magyary die Streiteinlassung als prozessgründende Handlung ansah, während Plósz den sachlichen Gegenantrag als prozessgründende Handlung betrachtete.

Jenő Bacsó betrachtete – im Gegensatz zu den bisherigen Meinungen – die Handlungen des Gerichts und des Klägers, mit denen sie an der Prozessgründung mitgewirkt haben, als prozessgründende Handlungen, also „die prozessgründende Handlung des Klägers ist die Klage (Klageschrift), und die prozessgründende Handlung des Gerichts ist der Erlass der Ladung.“¹⁰ Der Prozess sei durch Rechtsanhängigkeit erhoben worden, die durch die Zustellung der Klageschrift an den Beklagten mit der Ladung begründet worden sei. Er machte geltend, dass eine Nebenintervention nach Rechtsanhängigkeit möglich war, aber nur in einem laufenden Verfahren,¹¹ so dass er die Klageerhebung vor der Prozessaufnahme vorwegnom-

men hat und es nicht für notwendig hielt, den Beklagten zu beteiligen. Nach Imre Borsitzky musste der Kläger drei Handlungen vornehmen, um den Prozess zu gründen: „1. einen Ladungsschrift (Klageschrift); 2. einen Bescheid des Gerichts, mit dem der Klageschrift zugestellt wird; 3. der Vortrag der Klage in der Prozessaufnahmeverhandlung.“¹² Auf der Seite des Beklagten war eine Streiteinlassung erforderlich.¹³

2.2 Mögliche Gruppierung der prozessgründende Partei-handlungen

Unter Berücksichtigung der oben genannten Literatur können die prozessgründenden Handlungen erweitert und gruppiert werden.

1. *Die prozessgründenden Handlungen des Klägers und des Beklagten.* Das wichtigste Kriterium für die Einstufung ist die Berücksichtigung des Klägers und des Beklagten. Die technische Handlung des Gerichts, den Beklagten zur Stellungnahme aufzufordern, ist keine prozessgründende Handlung, wenn man davon ausgeht, dass die Prozessaufnahme im Wesentlichen ein Verfahren zur Prozessgründung ist. Ein Grundsatz des Zivilprozessrechts ist das beiderseitige rechtliche Gehör, dass jeder, der durch eine gerichtliche Entscheidung in seinem Rechten betroffen wird, das Recht hat, in dem zu dieser Entscheidung führenden Verfahren gehört zu werden.¹⁴ Das ist ein Element des Begriffs des Zivilprozesses,¹⁵ aber keine prozessgründende Handlung.

2. *Notwendige (unmittelbare) prozessgründende Handlungen.* Während der Prozessaufnahme gab es einige Handlungen, die für die Prozessgründung unerlässlich (notwendig) waren. Dazu gehören in erster Linie die Klage, mit deren Vortrag die Prozessgründung eingeleitet wurde, und der sachliche Gegenantrag des Beklagten, mit dem er zumindest eine teilweise Abweisung der Klage beantragte. Neben der Notwendigkeit ist aber auch die Unmittelbarkeit der Prozessgründung zu nennen, d.h. dass diese Handlungen dem Zweck der Prozessgründung entsprachen, der darin bestand, die Durchführung der meritorischen Verhandlung zu ermöglichen.

3. *Eventuelle (mittelbare) prozessgründende Handlungen.* Ohne diese Handlungen hätte die Prozessgründung sein Ziel erreichen können. Dazu gehörten auf Seiten des Klägers die Klageänderung (während der Prozessgründung) und auf Seiten des Beklagten die Widerklage und die prozesshindernden Einreden. Hinsichtlich der Widerklage ist jedoch eine gesonderte Klage

⁶ PLÓSZ, A., Der Bau des Prozesses in erster Instanz nach der ungarischen Zivilprozessordnung. In: *Zwei Vorträge aus dem ungarischen Zivilprozessrecht*. Berlin, 1917, S. 47.

⁷ Die Terminologie der Verhandlung wurde für die meritorische Verhandlung reserviert und die Prozessaufnahmeverhandlung wurde als Termin oder als Prozessaufnahme bezeichnet. SZIVÓS, K., Das freie Vorbringen und seine Begrenzung nach der Kodifikation des ungarischen Zivilprozessrechts. In: *Journal on European History of Law*, vol. 13, Nr. 2, 2022, S. 116.

⁸ PLÓSZ, A., Der Bau des Prozesses in erster Instanz nach der ungarischen Zivilprozessordnung. In: *Zwei Vorträge aus dem ungarischen Zivilprozessrecht*. Berlin, 1917, S. 48–49. Für eine ähnliche Meinung siehe TÓTH, K., *Polgári törvénykezési jog*. Debrecen, 1923, S. 489.

⁹ MAGYARY, G. – NIZSALOVSKY, E., *Magyar polgári perjog*. Budapest, 1939, S. 343.

¹⁰ BACSÓ, J., *A polgári perrendtartás tankönyve*. Budapest, 1917, S. 98.

¹¹ BACSÓ, J., *A polgári perrendtartás tankönyve*. Budapest, 1917, S. 98–99.

¹² BORSITZKY, I., A felperes mulasztásának perjogi következményei. In: *Jogtudományi Közöny*, vol. 50, Nr. 24, 1915, S. 282.

¹³ BORSITZKY, I., A felperes mulasztásának perjogi következményei. In: *Jogtudományi Közöny*, vol. 50, Nr. 24, 1915, S. 282.

¹⁴ KODEK, G. E. – MAYR, P. G., *Zivilprozessrecht*. Wien, 2018, S. 66–67.

¹⁵ MAGYARY, G. – NIZSALOVSKY, E., *Magyar polgári perjog*. Budapest, 1939, S. 4.

erhoben worden. Um den Zweck der Prozessgründung zu erreichen, war der sachliche Gegenantrag des Beklagten unmittelbar erforderlich, so dass diese Handlungen mittelbar waren, weil sie sich auf den Vortrag des Beklagten ausgewirkt haben konnten (z. B. konnte die ursprüngliche Forderung vom Beklagten anerkannt, von ihm aber nach der Änderung teilweise bestritten worden sein).

Zu der vorstehenden Gruppierung der prozessgründenden Handlungen sind zwei Bemerkungen erforderlich, da sowohl im Fall des Klägers als auch des Beklagten Handlungen vorlagen, die ein endgültiges Hindernis für die Klageerhebung hätten bilden können:

1. Die Klagezurücknahme während der Prozessgründung nimmt eine Sonderstellung unter den verschiedenen Handlungen ein. Einerseits handelte es sich um eine eventuelle Handlung, da die Prozessgründung auch ohne sie hätte erfolgen können (und nur ohne sie möglich war), und daher konnte sie nicht einmal mittelbar als prozessgründende Handlung angesehen werden, da durch die Klagezurücknahme den Vortrag des Beklagten gegenstandslos wurde, so dass die Prozessgründung nicht erfolgen konnte. Nach der Einlassung des Beklagten in den Prozess konnte der Kläger von der Klage nur mit Einwilligung des Beklagten abstehen (§ 187 Abs. 1 ZPO). Nach der Prozesseinlassung ist die Zurücknahme ohne die Zustimmung des Beklagten ohne Wirkung und wenn der Kläger die Verhandlung nicht fortsetzte, traten betreff seiner die Folgen der Versäumnis ein, wenn aber auch der Beklagte die Fortsetzung nicht wünschte, so ruhte der Prozess.¹⁶

2. Bei den prozesshindernden Einreden ist zu beachten, dass das Gericht im Falle ihres Erfolgs den Prozess eingestellt hat (also ein Prozesshindernis vorlag), im Falle der Erfolglosigkeit der Einrede und der Verwerfung durch das Gericht jedoch eine mittelbare prozessgründende Handlung vorlag, da der Beklagte bereits einlassen musste. Der Prozess in den privatrechtlichen Fragen wurde dann im Wesentlichen nach der Verhandlung der Einreden begonnen.¹⁷

Tabelle Nr. 1: Die Gruppierung der prozessgründenden Handlungen

	Kläger	Beklagte
Notwendige (unmittelbare) prozessgründende Handlungen	Klage	sachlicher Gegenantrag
Eventuelle (mittelbare) prozessgründende Handlungen	Klageänderung vor der Streiteinlassung	erfolglose prozesshindernde Einrede
Handlungen, die Prozessgründung gegenstandslos machten	Klagezurücknahme vor der Streiteinlassung	erfolgreiche prozesshindernde Einrede

3. Der Vortrag der Klage in der Prozessaufnahmebehandlung

Bei Beginn der Prozessaufnahmebehandlung trug der Kläger seine Klage vor (§ 178 ZPO Abs. 1). Nachdem die Klageschrift auch in jene Teile, in welchem die Klage mitgeteilt wird, nur ein vorbereitender Schriftsatz war, so musste die Verhandlung mit dem Vortrag der Klage beginnen.¹⁸ Die Klageschrift war nur ein vorbereitender Schriftsatz,¹⁹ deshalb war der Kläger bei Vortrag seiner Klage an den Inhalt seiner mit der Ladung mitgeteilten Klageschrift nicht gebunden (§ 178 Abs. 2 ZPO).

4. Die prozesshindernden Einreden in der Prozessaufnahmebehandlung

4.1 Der Vortrag der prozesshindernden Einreden

In der Prozessaufnahmebehandlung konnte der Beklagte nach Vortrag der Klage zwei Arten von Anträgen vortragen: eine formelle Verteidigung, mit der er prozesshindernde Einreden erhob und die Einstellung des Verfahrens beantragte, und eine materielle Verteidigung, mit der er auf die Klage antwortete. Die prozesshindernden Einreden waren die Geltendmachung des Fehlens einen oder mehreren Prozessvoraussetzungen (d.h. Prozesshindernisse) in der Prozessaufnahmebehandlung vor der Streiteinlassung des Beklagten.²⁰ Bei der prozesshindernden Einrede willigte der Beklagte nicht in die Prozessgründung ein, sondern machte er schwebend unwirksam, was nichts anderes als einer Prozess im Prozess war,²¹ denn „die Frage, ob die Prozessgründung erfolgt oder nicht, ist eine ganz andere Frage als die privatrechtliche Frage, da der Prozess auch dann gegründet werden kann, wenn das mit der Klage geltend gemachte Recht überhaupt nicht besteht.“²²

Aus der obigen Definition sind zwei Elemente hervorzuheben. Zum einen müssen, da die ausschließliche Form der Prozessgründung die mündliche Verhandlung war, die prozesshindernde Einreden in der Regel dort erhoben worden waren. Zum anderen ist zu betonen, dass der Beklagte dies vor Einlassung getan haben muss. Dies ergibt sich aus dem Grundsatz der gesetzlichen Reihenfolge, da die Streiteinlassung nur dann relevant ist, wenn das Gericht das Verfahren nicht wegen eines Verfahrenshindernisses eingestellt hat.

Die prozesshindernden Einreden mussten in der Regel in der Prozessaufnahmebehandlung erledigt werden.²³ Noch vor dem Beginn der meritorischen Verhandlung musste in erster Linie die Frage entschieden werden, ob der Prozess unter den

¹⁶ GOTTL, A., *Ungarische Zivilprozessordnung (G. A. I: 1911. Sanktioniert am 8. Jänner 1911) mit Erläuterungen*. Wien, 1911, S. 149.

¹⁷ DELL'ADAMI, R., *Igazságügyi levelek VI*. In: *Ügyvédek Lapja*, vol. 2, Nr. 93, 1885, S. 5.

¹⁸ GOTTL, A., *Ungarische Zivilprozessordnung (G. A. I: 1911. Sanktioniert am 8. Jänner 1911) mit Erläuterungen*. Wien, 1911, S. 141.

¹⁹ SÁRFFY, A., *Magyar polgári perjog*. Budapest, 1946, S. 204.

²⁰ GAÁR, V., *A magyar polgári perrendtartás (1911. évi I. t.-cz.) magyarázata I*. Budapest, 1911, S. 154.

²¹ SZIVÓS, K., *Das freie Vorbringen und seine Begrenzung nach der Kodifikation des ungarischen Zivilprozessrechts*. In: *Journal on European History of Law*, vol. 13, Nr. 2, 2022, S. 116.

²² Kgl. Tafel von Großwardein 1899 február 23. 1899. H. 2. sz. a.

²³ § 180 Abs. 1 ZPO Will der Beklagte prozesshindernde Einreden erheben, so hat er diese nach Vortrag der Klage vor Einlassung in den Prozess zusammen vorzubringen und kann sich derselben nachträglich nur insofern bedienen, als sie solche Hindernisse betreffen, die das Gericht vor der Urteilschöpfung in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu berücksichtigen hat, oder insofern der Beklagte sofort glaubhaft macht, dass er seine Einreden früher ohne sein Verschulden nicht geltend machen konnte.

vorliegenden Umständen zustande gekommen ist.²⁴ Für diese Einreden galt die sog. Eventualmaxime, also der Beklagte hatte diese nach Vortrag der Klage vor Einlassung in den Prozess zusammen vorzubringen. Von dieser Regel fanden zwei Ausnahmen statt. Einerseits betraf jener prozesshindernde Umstand, welche in welcher immer Lage des Prozesses vor Fällung des Urteils von Amts wegen wahrgenommen werden mussten (§ 180 Abs. 3 ZPO), weil diese Umstände selbst das gegenseitige Einvernehmen der Parteien nicht beheben konnte. Andererseits wurden die prozesshindernden Einreden wahrgenommen, auch wenn der Beklagte glaubhaft machte, dass er diese ohne sein Verschulden früher nicht geltend machen konnte.

Es könnte die Frage aufgeworfen werden, ob im Falle einer zweiten Prozessaufnahme Verhandlung prozesshindernde Einreden erhoben werden könnten, da die Streiteinlassung noch nicht erfolgt war. Die Kurie hat diese Frage in einer Entscheidung verneint: „Nach dem Inhalt der ZPO besteht kein Zweifel daran, dass das Verbot des nachträglichen Vortrags einer prozesshindernden Einrede nicht nur darauf abzielt, dass prozesshindernden Einreden in der Regel nicht nach einer Streiteinlassung erhoben werden können, sondern auch darauf, dass der Beklagte in der Regel auch vor der Streiteinlassung keine prozesshindernde Einrede erheben kann, die er zusammen mit seiner früheren prozesshindernden Einrede hätte erheben können. Die Beklagten sind daher mit der Erhebung einer zweiten prozesshindernden Einrede, die nach Abschluss der ersten erhoben wurde, verspätet, es sei denn, es gibt Ausnahmefälle, in denen das Gesetz die nachträgliche Erhebung einer prozesshindernden Einrede zulässt.“²⁵

Im Folgenden werden zwei Fragen geprüft, die in der gerichtlichen Praxis viele Probleme hatten.

4.2 Die Form der Entscheidung über prozesshindernden Einreden

Zuerst wird die Frage von der Form der gerichtlichen Entscheidung beantwortet. Über die prozesshindernden Einreden war sofort und abgesondert von der Hauptsache zu verhandeln und mit Urteil zu entscheiden. Das Berufungsgericht musste in gleicher Weise entscheiden.²⁶ Im bezirksgerichtlichen Verfahren erfolgte die Verwerfung der prozesshindernden Einreden mit Bescheid (§ 181 Abs. 1 ZPO). Diese Abteilung definierte auch die Rechtshilfemöglichkeiten, da Berufung gegen erstinstanzliches Urteil unter allen Umständen statthaft war, aber es gab keine Beschwerde gegen die Bescheide der Bezirksgerichte, mit

der der prozesshindernden Einreden verworfen wurde, selbst wenn diese Entscheidung vom Gerichtshof in zweiter Instanz (als quasi Gericht erster Instanz) getroffen wurde.²⁷ Im bezirksgerichtlichen Verfahren konnte gegen den die prozesshindernden Einreden abweisenden Bescheid nur gleichzeitig mit dem Rechtsmittel gegen die in der Hauptsache gefällte Entscheidung Abhilfe gesucht werden (§ 181 Abs. 5 ZPO).

Der Zweck der Hauptform des Urteils bestand gerade darin, den Weg für ein Rechtsmittel wegen der Wichtigkeit der Erledigung der prozesshindernden Einreden.²⁸ Laut Ármin Fodor die Möglichkeit, Berufung ergreifen, „stellt keine Belastung für das Berufungsgericht dar, da die Berufung gegen ein solches Urteil normalerweise vom Berufungsgericht in öffentlichem Vortrag gemäß § 513 verhandelt wird.“²⁹ Die Richtigkeit dieses Aspekts lässt sich anhand der gefundenen Archivquellen nicht eindeutig feststellen. Es gibt sowohl Beispiele für öffentliche Vorträge³⁰ als auch für mündliche Verhandlungen³¹ in der Rechtsprechung, aber keines von beiden kann als vorherrschend angesehen werden.

Zur Form der Entscheidung ist kurz zu erwähnen, dass der ZPO die Frage zu klären hatte, ob das Gericht die Rechtskraft des Verwerfungsurteils abwarten muss, bevor es das Verfahren fortsetzen kann. Diese Frage war wichtig, denn wenn das Gericht in allen Fällen die Rechtskraft des Urteils über die Verwerfung der prozesshindernden Einreden hätte abwarten müssen, hätte der Beklagte das Verfahren verzögern können. Hätte das Gericht hingegen in jedem Fall fortfahren müssen, ohne die Rechtskraft abzuwarten, hätte die Gefahr bestanden, dass, wenn das Berufungsgericht der prozesshindernden Einreden stattgegeben hätte, das Verfahren in der Hauptsache umsonst gewesen wäre und den Parteien Kosten entstanden wären. Dies war im Gerichtshofverfahren von besonderer Bedeutung.³² Im Fasse der Verwerfung der Einreden musste das Gericht im bezirksgerichtlichen Verfahren immer, im Gerichtshofverfahren aber auf Verlangen des Gegners, ohne Rücksicht auf die Rechtskraft des Beschlusses, die Fortsetzung des Verfahrens anordnen (§ 181 Abs. 3 ZPO).

4.3 Der Ersatz der Prozesskosten

Da die Gerichte über prozesshindernden Einreden in der Regel mit einem Urteil entschieden, hatten sie in Ansehung des Ersatzes der Prozesskosten von Amts wegen Verfügung zu treffen (§ 424 ZPO). Hinsichtlich der Kosten war es einfach zu beurteilen, wenn das Urteil des kgl. Gerichtshofes, mit dem

²⁴ GOTTL, A., *Ungarische Zivilprozessordnung (G. A. I: 1911. Sanktioniert am 8. Jänner 1911) mit Erläuterungen*. Wien, 1911, S. 143.

²⁵ Kurie 1931. febr. 17. P. I. 7456/1930. sz.

²⁶ Kurie 1933. nov. 17. P. IV. 6076/1932. sz.

²⁷ Kurie II. H. 3/95. 1895. máj. 15.

²⁸ FODOR, Á., *Perfelvétél. Előkészítés. Érdemleges tárgyalás. Előkészítő eljárás*. In: *A polgári perrendtartás alapelvei: 1913. évi december hó 3-tól 1914. évi április hó 15-ig a Magyar Jogászegyletben megtartott előadássorozat: Fodor Ármin, Gaár Vilmos, Magyary Géza és mások előadásai*. Budapest, 1914, S. 132–133.

²⁹ § 513 Abs. 1 ZPO Die Berufung ist ohne Anberaumung einer mündlichen Verhandlung zu erledigen, [...] wenn die Berufung gegen ein auf Grund Versäumung der Verhandlung zur Prozeßaufnahme oder in Sachen der prozeßhindernden Einreden gefälltes Urteil eingegriffen wurde. FODOR, Á., *A polgári perrendtartás*. Budapest, 1912, S. 109. József Pap hielt die Form der Entscheidung für zweitrangig und die Möglichkeit eines Rechtsmittels für unangemessen. PAP, J., *A Plósz-féle polgári perrendtartás tervezetéhez. Perjogi tanulmány*. Budapest, 1898, S. 91.

³⁰ Zum Beispiel siehe MNL CsML VII.1-b. 676. d. 233/1920.; MNL CsML VII. 1-b. 682. d. 182/1921.

³¹ Zum Beispiel siehe MNL CsML VII.1-b. 675. d. 160/1920.; MNL CsML VII. 1-b. 682. d. 147/1921.

³² FODOR, Á., *Perfelvétél. Előkészítés. Érdemleges tárgyalás. Előkészítő eljárás*. In: *A polgári perrendtartás alapelvei: 1913. évi december hó 3-tól 1914. évi április hó 15-ig a Magyar Jogászegyletben megtartott előadássorozat: Fodor Ármin, Gaár Vilmos, Magyary Géza és mások előadásai*. Budapest, 1914, S. 133.

die prozesshindernden Einreden verworfen wurden, von der kgl. Tafel bestätigt wurde, da in diesem Fall der Beklagte die Kosten ersetzte.³³ Eine Ausnahme wurde gemacht, wenn das Gericht einvernehmlich auf die Prozesskosten verzichtete. Dies war beispielsweise der Fall, wenn der Beklagte die Einrede der Unzuständigkeit erhob, weil der Kläger der Klageschrift kein Schriftsatz zum Nachweis der Zuständigkeit beigefügt hatte, so dass wegen der Vorlage des Schriftsatzes eine zweite Verhandlung erforderlich war, um den Fall unabhängig vom Beklagten zu verhandeln.³⁴

Fraglich war aber der Fall, wann das erstinstanzliche Gericht der prozesshindernden Einrede stattgab und den Prozess stellte und das Gericht zweiter Instanz hat die Entscheidung getroffen, die Einrede zu verwerfen. Wie soll das Gericht über die Prozesskosten entscheiden? Es gab zwei Richtungen in der gerichtlichen Praxis.

Nach der Minderheitsmeinung sei das Berufungsurteil, mit dem die prozesshindernden Einreden verworfen wird, nur zur Festsetzung der Prozesskosten erforderlich, die Entscheidung über die Kostentragung sei aber an das erstinstanzliche Gericht zurückzuweisen.³⁵ Der andere Ansatz vertrat die Auffassung, dass das Berufungsurteil die Kostentragung vorsehen müsse, die Sache des Beklagten sei, da die Frage der Kostentragung unabhängig von der Erledigung der privatrechtlichen Frage sei.³⁶

Obwohl dies in der hochgerichtlichen Rechtsprechung nicht festgestellt wurde, bestand das zentrale Problem bei der Lösung der Frage darin, dass die Verwerfung der prozesshindernden Einreden auf der zweiten Instanz eine dogmatisch zweifache Natur hatte. Einerseits war das Berufungsurteil *reformatorisch*, weil es das erstinstanzliche Urteil abänderte, aber andererseits war es auch *kassatorisch*, denn es ordnete das erstinstanzliche Gericht zu weiterem Prozess, wie eine Entscheidung, dass eine rechtswidrige Entscheidung aufhebt.

Beide Lösungen hatten ihren prozessrechtlichen Grund. Die Urteile, die über die Kosten nicht entschieden haben, basierten auf die Regelung, dass wenn das Berufungsgericht das erstinstanzliche Urteil aufhob oder die Angelegenheit behufs weiterer Verhandlung oder Urteilsschöpfung an das Gericht erster Instanz zurückwies, so setzte es nur die Höhe der Kosten des Berufungsverfahrens fest, die Frage aber, wer die Kosten zu tragen habe, war in der infolge der Aufhebung oder Zurückweisung gefällten neuen Entscheidung zu erledigen (§ 508 Abs. 3 ZPO). Hier war das *kassatorische* Charakteristikum betont. Zum Beispiel: „[D]er kgl. Tafel ändert das erstinstanzliche Urteil ab, bestimmt die sachliche Zuständigkeit des kgl. Gerichtshofes, verwirft die prozesshindernden Einreden und weist den Fall an

das Gericht erster Instanz zum vorschriftsgemäßen Prozess, zur Verhandlung und Hauptsacheentscheidung einschließlich auch der Kosten des Rechtsmittels zurück. Der kgl. Tafel stellt die Berufungskosten des Klägers in 111 Kronen 20 Pfennig fest.“³⁷

Wenn die zweite Instanz die Beklagten zur Bezahlung der Kosten verpflichtete, war das reformatorische Befugnis wichtig und der Beklagter war eine unterliegende Partei. Die unterliegende Partei war in den Ersatz der Kosten der obsiegenden Partei zu verfallen, insoweit das Gericht die Kosten als zur zweckentsprechenden Verfolgung oder Verteidigung des Rechtes für notwendig erachtete, ohne Rücksicht darauf, ob die Kosten vor Gericht oder außerhalb des Gerichts aufgelaufen waren (§ 425 Abs. 1). Zum Beispiel: „der kgl. Tafel ändert das erstinstanzliche Urteil ab, verwirft die prozesshindernden Einreden und ordnet das erstinstanzliche Gericht an, in der Hauptsache zu entscheiden und die erforderlichen weiteren Verfahren durchzuführen. Der kgl. Tafel verpflichtet die Beklagten, dem Kläger – an seinen Vertreter – zweihundertdreunddreißig /233/ Kronen 20 Pfennig Berufungskosten in 15 Tagen zu bezahlen.“³⁸

Es lohnt sich, dass die oben beschriebenen Ergebnisse mit dem Fall zu vergleichen, in dem das Gericht das frühere erstinstanzliche Urteil aufhob und den Beklagten im Wege der einstweiligen Verfügung für schadensersatzpflichtig erklärte und die Sache zur erneuten Verhandlung an das erstinstanzliche Gericht zurückverwies.³⁹ Auch hier ist festzustellen, dass das erst- und das zweitinstanzliche Gericht zwei Urteile mit widersprüchlichem Inhalt erlassen haben und dass auch das zweitinstanzliche Urteil einen doppelten Charakter hatte (*reformatorisch* – *kassatorisch*). Während jedoch im Fall der prozesshindernden Einreden das positive Urteil des erstinstanzlichen Gerichts – das die prozesshindernden Einreden bestätigte – wurde durch ein negatives Urteil des zweitinstanzlichen Gerichts – das die Anfechtung verwarf – gefolgt, war die Situation im Fall des Zwischenurteils umgekehrt. Das negative Urteil des erstinstanzlichen Gerichts – das die Klage verwarf – wurde durch ein positives, feststellendes Urteil des zweitinstanzlichen Gerichts gefolgt.

Meiner Meinung nach waren die Urteile, die über die Kosten entschieden, richtig. Wenn der Beklagter die Prozessgründung bestritt, was das ein Streit im Streit, denn die Prozessgründung war eine ebenso wichtige Frage wie der privatrechtliche Streit. Das ist warum die Gerichte es mit einem Urteil entschieden. Es war dem Kläger weder fair noch vernünftig, dass er zwar in einem der materiellen Streitpunkte (Prozessgründung) als Sieger gelten sollte, er aber dennoch die Kosten des Rechtsstreits tragen müsste, wenn er am Ende das privatrechtliche Disput verlor.

³³ MNL CsML VII.1-b. 675. d. 123/1920.; MNL CsML VII.1-b. 694. d. 913/1922.

³⁴ MNL CsML VII.1-b. 687. d. 1150/1921.

³⁵ MNL CsML VII.1-b. 676. d. 233/1920.; Kurie 1916 febr. 29. P. II. 9046/1615. sz.; Kurie 1925 jún. 17. P. IV. 3852/1924. sz.; Kurie 1927 jún. 14. P. VI. 2581/1926. sz.

³⁶ MNL CsML VII.1-b. 675. d. 160/1920.; MNL CsML VII. 1-b. 682. d. 147/1921.; MNL CsML VII. 1-b. 682. d. 182/1921.; MNL CsML VII. 1-b. 694. d. 860/1922.; Kurie 1915 máj. 18. 6407/1914. sz. V. p. t.; Kurie 1916 ápr. 18. P. VII. 641. sz.; Kurie 1916 jún. 15. P. IV. 2223. sz.; Kurie 1916 febr. 25. P. IV. 10,319/1915. sz.; kgl. Tafel von Budapest 1915 okt. 26. P. I. 11,128. sz.; kgl. Tafel von Budapest 1916 márc. 7. P. I. 411. sz.; kgl. Tafel von Budapest 1916 júl. 31. P. IV. 4343. sz.; kgl. Tafel von Klausenburg 1915 okt. 19. P. I. 2404. sz.; kgl. Tafel von Klausenburg 1916 márc. 8. P. I. 220. sz.

³⁷ MNL CsML VII. 1-b. 676. d. 233/1920.

³⁸ MNL CsML VII. 1-b. 682. d. 147/1921.

³⁹ MNL CsML VII. 1-b. 675. d. 124/1920.; MNL CsML VII.1-b. 676. d. 223/1920.

5. Die andere Anwendungsbereiche der Eventualmaxime in der ZPO

Der wichtigste Anwendungsbereich der Eventualmaxime war der Vortrag der prozesshindernden Einreden. Es gab aber zwei andere Regelungen in der ZPO, was die Geltung der Eventualmaxime bedeutete.

5.1 Vorbereitendes Verfahren nach der ersten meritorischen Verhandlung

Bei komplexen Rechtsstreitigkeiten reichte eine schriftliche Vorbereitung nach Beginn des Verfahrens möglicherweise nicht aus, sondern es war auch eine mündliche Vorbereitung erforderlich. In Rechnungs-, Vermögensauseinandersetzung- und in Prozessen, die ähnliche Verhältnisse zum Gegenstande hatten, konnte der Gerichtshof, insofern es sich wegen der großen Zahl der streitigen Forderungen oder Gegenforderungen als notwendig erwies, nach Beginn der meritorischen Verhandlung ein vorbereitendes Verfahren vor einem aus den Senatsmitgliedern beauftragten Richter anordnen (§ 255 Abs. 1 ZPO). Die in das Protokoll der vorbereitenden Verhandlung nicht aufgenommenen tatsächlichen Behauptungen, Beweise und Äußerungen nur dann nachgeholt werden, wenn die Partei sofort glaubhaft machte, dass sie bei dem vor dem beauftragten Richter anberaumten Termin ohne ihr Verschulden nicht erscheinen oder das in Rede stehende Vorbringen vor dem beauftragten Richter ohne ihr Verschulden nicht geltend machen konnte (§ 261 Abs. 2 ZPO).⁴⁰

Das Fehlen eines Verschuldens war eine Relativierung der Eventualmaxime.⁴¹ In einem solchen Fall sei es ratsam, sie dem Gegner nach Abschluss des vorbereitenden Verfahrens und vor der mündlichen Verhandlung in einem vorbereitenden Schriftsatz mitzuteilen, „da sonst der möglicherweise nicht erschienene Gegner nicht in Verzug gerät und die Verhandlung auch dann vertagt wird, wenn der Gegner erscheint und auf die neuen Schriftsätze nicht reagieren kann.“⁴² Die Vorschrift hatte keine entscheidende praktische Bedeutung und wurde durch die ZPO-Novelle von 1925 aufgehoben. Die kgl. Gerichtshöfe wurden am 1. November 1923 Einzelgerichten⁴³ und danach wurde eine solche vorbereitende Verhandlung unnötig.⁴⁴

5.2 Der nachträgliche Vortrag in der Revisionsverhandlung

Im Revisionsverfahren der ZPO galt als allgemeine Regel, dass der im Urteil des Berufungsgerichts festgestellte Sachverhalt maßgebend war. Die ZPO hat jedoch zwei Ausnahmen von dieser Regel anerkannt,⁴⁵ wobei für beide die Eventualmaxime galt. Einerseits konnte der in einer verspätet eingereichten oder erst bei der Revisionsverhandlung nachgetragenen Beantwortung enthaltene Anschlussantrag nur in dem Falle berücksichtigt werden, wenn die Partei bei der Verhandlung glaubhaft machte, dass sie mit ihrer Beantwortung ohne ihr Verschulden zu spät kam (§ 531 Abs. 3 ZPO). Andererseits konnten tatsächlichen Behauptungen und Beweise in der mündlichen Verhandlung nur nach nachgeholt werden, wenn die Partei glaubhaft machte, dass sie dasselbe in ihrem Revisionsantrage bzw. in der Beantwortung ohne ihr Verschulden nicht geltend machen konnte (§ 535 Abs. 2. ZPO).⁴⁶

In diesen Fällen zeigt sich, dass das Gesetz nicht das Versäumnis der Kumulierung, sondern das Versäumnis der Rechtzeitigkeit bestraft hat. Das Gericht musste eine verspätet eingereichte Beantwortung, die einen Anschlussantrag, in der endgültigen Entscheidung zurückweisen,⁴⁷ auch wenn die Gegenpartei in der Revisionsverhandlung zugestimmt hatte.⁴⁸ Was den Vortrag in der Anhörung betrifft, so ist zu betonen, dass er auch in diesem Fall schriftlich erfolgen musste und ein bloßer mündlicher Vortrag nicht möglich war.⁴⁹ Enthielt die Beantwortung keinen Anschlussantrag, konnte sie nicht zurückgewiesen werden, auch wenn sie verspätet war, aber ihr Inhalt musste unberücksichtigt bleiben.⁵⁰

6. Der meritorische Gegenantrag des Beklagten

Wenn der Beklagte keine prozesshindernde Einrede hatte, oder das Gericht hat sie verworfen, musste er seine Streiteinlassung vorbringen. Die Einlassung ist die Verteidigung in der Sache,⁵¹ die zwei möglichen Inhalte haben konnte. Einerseits hatte der Beklagte die Möglichkeit, anzuerkennen. In diesem Fall hatte das Gericht die Angelegenheit, die Sache bei der Prozessaufnahme mit Urteil zu erledigen (§ 191 Abs. 1 ZPO). Andererseits, wenn der Beklagte die Klage zumindest teilweise bestritten hat, hatte er einen meritorischen Gegenantrag vorzutragen.⁵² Letzteres war viel häufiger der Fall als die Anerken-

⁴⁰ MAGYARY, G., *Magyar polgári perjog*. Budapest, 1924, S. 263.

⁴¹ KLINGLER, R., *Die Eventualmaxime in der schweizerischen Zivilprozessordnung*. Zürich, 2010, S. 50.

⁴² GAÁR, V., *A magyar polgári perrendtartás (1911. évi I. t.-cz.) magyarázata I*. Budapest, 1911, S. 216–217.

⁴³ SZIVÓS, K., *Az 1911. évi I. törvények hatálybalépésének körülményei*. In: *FORM. Publicationes Doctorandorum Juridicorum*, vol. 10, 2020, S. 216.

⁴⁴ Indokolás „a polgári eljárás és az igazságügyi szervezet módosításáról” szóló törvényjavaslathoz. In: *Az 1922. évi június hó 16-ára összehívott Nemzetgyűlés irományai VIII. kötet*. Budapest, 1924, S. 250.

⁴⁵ Indokolás a sommás eljárásról szóló törvényjavaslathoz. In: *Az 1892. február hó 18-ára hirdetett országgyűlés Képviselőházának irományai II. kötet*. Budapest, 1892, S. 115.

⁴⁶ MAGYARY, G., *Magyar polgári perjog*. Budapest, 1924, S. 263.

⁴⁷ KOVÁCS, M., *A polgári perrendtartás magyarázata II*. Budapest, 1928, S. 1105.

⁴⁸ Kurie I. G. 255/1905. 1905 november 23. sz.

⁴⁹ GAÁR, V., *A magyar polgári perrendtartás (1911. évi I. t.-cz.) magyarázata II*. Budapest, 1911, S. 153.

⁵⁰ KOVÁCS, M., *A polgári perrendtartás magyarázata II*. Budapest, 1928, S. 1105.; kgl. Tafel von Budapest 1897. febr. 11. I. G. 292.

⁵¹ ROSENBERG, L. – SCHWAB, K. H. – GOTTWALD, P., *Zivilprozessrecht*. München, 2018, S. 608.

⁵² MESZLÉNY, A., *Bevezető a polgári perrendtartáshoz*. Budapest, 1911, S. 193.

nung und das ist die Ursache dafür, dass die Streiteinlassung den meritorischen Gegenantrag in der gerichtlichen Praxis bedeutete.⁵³

Die Einlassung in den Prozess von Seite des Beklagten erfolgte mit Vortrag des meritorischen Gegenantrags. Der Vortrag war darum notwendig, damit auf diese Art sogleich mit Beginn der Verhandlung der zwischen den Parteien bestehende Streit bestimmt und die Grenzen der Verhandlung, sowie der gerichtlichen Kognition festgesetzt seien.⁵⁴ Im Gerichtshofverfahren war der Beklagte gehalten, seinen meritorischen Gegenantrag aus einer Schrift zu verlesen. Die Schrift war nach ihrer Verlesung dem Verhandlungsprotokoll beizuschließen (§ 185 Abs. 1 ZPO).

Es ist sehr wichtig, dass das Gesetz nicht verlangte, ja es gestatte nicht einmal, dass der Beklagte seinen Gegenantrag

begründe. Das bedeutete, dass der Beklagte begrenzte Möglichkeit hatte, in der Prozessaufnahme Verhandlung privatrechtliche Vorträge vorzubringen. Der Inhalt des Gegenantrags war immer derselbe: „der Beklagte bringt solchen meritorischen Gegenantrag vor, dass der kgl. Gerichtshof die Klage abweist und den Kläger in allen Kosten verurteilt.“⁵⁵ Der Beklagte konnte als eine Antwort für die Klage anders nicht sagen, weil tatsächliche Behauptungen und Beweise zur meritorischen Verhandlung als privatrechtliche Fragen gehörten.⁵⁶ Die einzige Rolle der Prozessaufnahme Verhandlung war aber die Erreichung der Streiteinlassung und dafür waren Tatsachen und Beweise nicht notwendig. Die ZPO sah nicht vor, dass der Beklagte den meritorischen Gegenantrag begründen muss oder gar darf. Die Angabe von *conclusions motivées*, wie im französischen Recht, war nicht mit der mündlichen Verhandlung vereinbar.⁵⁷

⁵³ SÁRFFY, A. *Magyar polgári perjog*. Budapest, 1946, S. 214.; BACSÓ, J., *A polgári perrendtartás tankönyve*. Budapest, 1917, S. 116.

⁵⁴ GOTTL, A., *Ungarische Zivilprozessordnung (G. A. I: 1911. Sanktioniert am 8. Jänner 1911) mit Erläuterungen*. Wien, 1911, S. 148.

⁵⁵ MNL PML VII. 1-b. 2. d. 15/1916.; MNL PML VII. 1-b. 109. d. 299/1917.

⁵⁶ SZIVÓS, K., Das freie Vorbringen und seine Begrenzung nach der Kodifikation des ungarischen Zivilprozessrechts. In: *Journal on European History of Law*, vol. 13, Nr. 2, 2022, S. 116.

⁵⁷ Indokolás a polgári perrendtartásról szóló törvényjavaslathoz. In: *Az 1910. évi június hó 25-ére hirdetett országgyűlés Képviselőházának irományai IV. kötet*. Budapest, 1910, S. 297.

Historical Development of the Constitutional Social Rights in the Hungarian Constitutional System in the 20th Century

András Téglási*

Abstract

The paper introduces the emergence, development of the constitutional social rights, and gives a historical overview to these rights in the 20th century. The aim of the paper is to show when the social idea and the appearance of social rights in the constitution began in the Hungarian constitutional system. However, according to the Hungarian legal literature, the first constitutional declaration of social rights in Hungary took place with the adoption of the 1949 constitution (Act XX of 1949), but as a result of my research I will show that in fact social provisions can be found in Article 6 of the so-called final Constitution of the Hungarian Soviet Republic. The paper shows how social provisions appeared in the so-called minor constitution of 1946, and then describes the social law provisions of the socialist constitution of 1949. The paper also shows how the social provisions of the 1949 Hungarian People's Republic Constitution changed between 1949 and 1989, and then describes in detail the changes in the social provisions of the Hungarian Constitution as a result of the political transition in 1989. The paper concludes with a description of the historical development of social rights in the 1989 constitution of the Hungarian People's Republic, without going into the new Fundamental Law in force in 2012.

Keywords: social rights; constitution; right to social security; historical overview; Hungarian constitution; socialist constitution; Hungary.

Although according to the Hungarian legal literature, the first constitutional declaration of social rights in Hungary took place with the adoption of the 1949 Constitution, i.e. Act XX of 1949., already in Article 6 of the so-called final constitution of the Hungarian Soviet Republic we can find social provisions: "(...)Those who are unable to work, and those who want to work but for whom the state cannot provide work, are kept by the state".¹ Whatever we may think of certain political regimes or of this source of law of the Hungarian Soviet Republic, dogmatically or otherwise, the social idea did not enter Hungarian constitutionalism or constitutional thinking in 1949, and I therefore consider it absolutely justified to mention it.

1. Preamble to Act I of 1946 ("the minor constitution") – the right to human life without deprivation

In its preamble, Act I of 1946 on the Form of Government of Hungary, i.e. the "minor constitution" proclaiming the repub-

lic, for the first time in the history of the Hungarian constitution, enshrined - under the influence of the concept of natural law - the principle of respect for human rights, among which we can find - as a natural and inalienable right of citizens - the right to human life without deprivation.² In line with the Preamble, no citizen may be deprived of these rights without due process of law, and the Hungarian State shall guarantee these rights to all its citizens equally and without discrimination of any kind, within the framework of the democratic system of the State.

However, the enforceability of this right - and the other rights listed in the preamble - was already concerned during the negotiation of the bill³ and in the contemporary legal literature⁴ and I could not find any reference to its specific content.⁵ Although Act X of 1946 was enacted to protect these rights in criminal law, there is hardly any known

* Dr. habil. András Téglási PhD., Department of Constitutional and Comparative Law, Faculty of Public Governance and International Studies, Ludovika-University of Public Service, Budapest, Hungary, email: Teglasi.Andras@uni-nke.hu / ORCID 0000-0003-2402-8334.

¹ JUHÁSZ, G., 70/E. § [A szociális biztonsághoz való jog]. In: JAKAB, A. (Ed.), *Az Alkotmány kommentárja*. Budapest, 2009, p. 2580.

² The original text of the proposal contained the words "freedom from oppression, fear and deprivation", but the National Assembly's Committee on Constitutional and Public Law amended the fourth paragraph of the preamble (also), where the words "the right to a human life free from oppression, fear and deprivation" were added after the word "in particular", and the words "exemption from oppression, fear and deprivation" were deleted from the original text.

³ The minutes of the National Assembly shows that, while MEPs welcomed and endorsed the enactment of the Citizens' Rights Act, MEP László Rajk, for example, also stressed that the mere declaration of rights, even in the most solemn form, does not mean that these rights are implemented. As a first example, Rajk took the right to a life free from deprivation to a decent livelihood, which he said was "much easier to declare than to implement". Delivered at the 11th session of the National Assembly on 30 January 1946. In: *Journal of the National Assembly convened on 29 November 1945*. Authentic Edition, vol. I, Sessions 1-30 (29 November 1945 - 9 May 1948), p. 273-274.

⁴ From Gábor Schweitzer's study on Article I of Act I of 1946 we learn that Professor János Beér already at that time drew attention to the fact that the detailed rules of civil rights are laid down in special norms, although no new democratic legislation had been adopted at that time with regard to most of the rights; however, the "state of people's democracy" could not be satisfied with the formal guarantee of civil rights, since the state also had to ensure that citizens have the opportunity to fully exercise their civil rights. BEÉR, J., *A Magyar Köztársaság alkotmánya*. Budapest, 1948, p. 23, 25. In: SCHWEITZER, G., *A magyar királyi köztársaságtól a magyar köztársaságig – Az 1946. évi I. tc. visszhangja a korabeli közjogi irodalomban*. In: *Acta Humana*, vol. 5, Nr. 1, 2017, p. 27-38.

⁵ For a detailed description of the freedoms declared in Article I of Act I of 1946 and the legal content of each of the basic or freedoms - from the public law literature of the time - see the work of Vilmos Szontagh (see SZONTAGH, V., *Az alkotmányjog elemei. Vezérfonal a munkástanfolyam hallgatói számára*).

court judgment in which anyone has been convicted on this basis.⁶

It is interesting that the right to human life without deprivation was the one among the economic and social rights, which right was specifically mentioned in the parliamentary debate on the bill⁷ that abolished the Administrative Court in 1949 “with the stroke of a pen”.⁸

One of the, rather disingenuous, explanations given for the abolition of the Administrative Court was the unenforceability of social and economic rights through the courts.⁹ In comparison, the real reason for the abolition of the Court - as Professor András Patyi points out - was rather the opposite, i.e., the intention to establish a fundamental right jurisprudence, the enforcement of human rights beyond the substantive law.

According to the “plenary agreement”¹⁰ adopted at the Court’s plenary session on 17 February 1947, the legislation containing a provision contrary to or inconsistent with the provisions guaranteeing the natural and inalienable rights of man, as listed in the introductory part of the 1946 “minor constitution”, will not be applied.¹¹

The general lesson to be drawn from all this, also with regard to the constitutional regulation of social rights, is that the reason why a constitution should not be filled with mere declarations, ornaments and “rights” guaranteeing unenforceable promises is that it could easily undermine public confidence in the fundamental rights protection bodies, which otherwise adequately guarantee the real and enforceable exercise of fundamental rights.

2. Social rights in the 1949 Constitution of the People’s Republic - until 1972

In Hungary social security gained more attention after the Second World War.¹²

The Soviet Constitution of 1936 had a decisive influence on the entire constitution-making process in Eastern Europe after 1947, including Act XX of 1949,¹³ thus has also influenced constitutional thinking on social rights and social security.¹⁴ The Soviet constitution declared the right to work, the right to remuneration commensurate with the quantity and quality of work done, the right to work seven hours a day, the right to rest, holidays, paid leave, the right to old age, sickness and disability insurance, and the right to free medical care.¹⁵ The institutional guarantee of social rights was based on the extensive development of social insurance at public expense.¹⁶

Article 120 of the Soviet Constitution stated that the citizens of the Soviet Union have the right to financial security in old age and in case of sickness or disability; this right is guaranteed by the comprehensive development of social insurance for workers and employees at state expense, by providing free medical assistance to workers, through a network of sanatoria made available to workers.¹⁷

The Hungarian Constitution in force between 1949 and 1972 still treated the two major areas of social rights – health and livelihood protection – together, but these have since been separated.¹⁸

Debrecen, 1947, p. 29, cited by SCHWEITZER, G., A magyar királyi köztársaságtól a magyar köztársasághoz – Az 1946. évi I. tc. visszhangja a korabeli közjogi irodalomban. In: *Acta Humana*, vol. 5, Nr. 1, 2017, p. 27–38.)

However, Professor Szontagh, under the heading Right to work and to a decent human life (free from want), referred only to the right to work, saying, “This fundamental right flows from the provisions which, with the help of public authority, seek to give everyone a job and to ensure that workers receive the remuneration due for their work.”

⁶ Kinga Zakariás sees the right to a decent human livelihood, codified in the preamble of the Republic Act, as a manifestation of the concept of human dignity, adding that in practice this right was not institutionally protected, i.e. placed under the legal protection of an independent court, until the regime change. ZAKARIÁS, K., SZIRBIK, M., 54. § Az élethez és emberi méltósághoz való jog. In: JAKAB, A. (Ed.), *Az Alkotmány kommentárja*. Budapest, 2009, p. 1900. The concept of dignity is sometimes used in a very wide sense, as to include the whole personality. In Germany, the general personality right is derived from human dignity contained in art. 1 (1) of the Constitution: ‘Human dignity shall be inviolable. To respect and protect it shall be the duty of all state authority.’ BUBALO, L., MASLO ČERKIC, Š., Protection of the Right to Honor and Reputation – A Historical Overview. In: *Journal on European History of Law*, vol. 13, no. 1, 2022, p. 24, footnote 47.

⁷ See Act II of 1949.

⁸ To quote Mátyás Vészyás MEP. “Instead, it was with regret that I read this bill, which abolishes with a stroke of a pen an institution which weight and importance we who fight and struggle for respect for human rights cannot ignore.” Speech delivered at the 95th session of the National Assembly, 13 January 1949, In: *Minutes of the National Assembly convened on 16 September 1947*. Authentic Edition, Vol. 5, Sessions 91-113 (14 XII 1948 - 12 IV 1949), p. 195.

⁹ During the debate on the bill on the abolition of the Administrative Court, MEP Endre Tóth argued in favour of the proposal, primarily on the grounds that “with the emergence of the socialist social order [...] social and economic rights come to the fore”, but in his view it is questionable whether the administrative court of the civil legal order can cope with this task. According to Tóth, “it would be naïve to believe that the administrative court can cope with state power if its system is inherently opposed to human rights. It is hardly conceivable that a complaint could be brought before an administrative court, for example, for violation of human life free from deprivation or violation of the right to work.” (Author’s emphasis.) Delivered at the 95th session of the National Assembly, 13 January 1949, In: *Minutes of the National Assembly convened on 16 September 1947*. Authentic Edition, Vol. 5, Sessions 91-113 (14 XII 1948 - 12 IV 1949), p. 193.

¹⁰ Position of the Administrative Court in defence of human rights. cited by: PATYI, A., *Közigazgatás – alkotmány – bírászkodás*. Győr, 2011, p. 99, footnote 29.

¹¹ PATYI, A., *Közigazgatás – alkotmány – bírászkodás*. Győr, 2011, p. 98-99.

¹² By 1959, 72% of the Hungarian population were part of the social security system. JULESZ, M., The Legal History of Gratitude Payments to Physicians in Hungary. In: *Journal on European History of Law*, vol. 9, no. 1, 2018, p. 150.

¹³ TAKÁCS, A., Szociális jogok. In: HALMAI, G., TÓTH G. (ed.), *Emberi jogok*. Budapest, 2003, p. 799.

¹⁴ KLICSU, L., Az Alaptörvény és a szociális biztonság. In: *Alkotmánybírószági Szemle*, vol. 3, Nr. 2, 2012, p. 110.

¹⁵ TAKÁCS, A., Szociális jogok. In HALMAI, G.—TÓTH G. (ed.), *Emberi jogok*. Budapest, 2003, p. 799.

¹⁶ Ibid. p. 799.

¹⁷ <http://www.verfassungen.net/su/udssr36-index.htm>, KLICSU, L., Az Alaptörvény és a szociális biztonság. In: *Alkotmánybírószági Szemle*, vol. 3, Nr. 2, 2012, pp. 110-111.

¹⁸ JUHÁSZ, G., 70/E. § [A szociális biztonsághoz való jog]. In: JAKAB, A. (Ed.), *Az Alkotmány kommentárja*. Budapest, 2009, p. 2580.

In keeping with the constitutional traditions of state socialism, economic, social and cultural rights were at the top of Chapter VIII, which defined citizens' rights and obligations, stressing the primacy of these rights over civil and political rights.¹⁹

Despite the fact that in the chapter on the rights and duties of citizens, then numbered Chapter VIII, second-generation rights, were placed before civil and political rights,²⁰ Article 47 of the Constitution²¹ did not confer any substantive right to benefits, but only laid down the obligation of the state in this respect, and not in relation to citizens, but only in relation to workers, understood as a narrower category.²² Thus, the Constitution merely established the state's obligation to maintain institutions, rather than social rights.

At the same time, it does not use the term "social security", but instead focuses on the operation of social security as an institutional system.²³

3. The text of the Constitution in force from 1972 to 1989

The promulgated text of preamble of Act XX of 1949 on the Constitution of the Hungarian People's Republic did not contain any reference to social issues. Act XX of 1949 on the Constitution of the Hungarian People's Republic was comprehensively amended by Act I of 1972 and promulgated in a uniform structure. Text of the Act I of 1972, as amended and promulgated in its consolidated form, which, unusually, also rewrote the text of the preamble, referred in a short half-sentence in its amended preamble to the fact that state power serves, among other things, the welfare of the people.

With the comprehensive amendment of the Constitution by Act I of 1972²⁴ the protection of social and health rights was separated, and from then on the right to social and health benefits appeared separately in the Constitution.²⁵ Social care were provided for in Article 58 of the Constitution, paragraph (1) of which proclaimed that "citizens of the Hungarian People's Republic have the right to material benefits in case of old age, sickness and incapacity for work", which, according to paragraph (2), were provided by the state "within the framework of social insurance and through the system of social institutions".²⁶ This formulation therefore still did not use the term "social security", but instead focused on the operation of social security as an institutional system, but it already included a list of typical life situations in which the state had a role to play.

Paragraph(1) of Article 58 laid down only the right to financial (i.e. material, cash) benefits, which were only available to citizens of the socialist homeland, and only in respect of their specific condition (old age, sickness, incapacity for work).²⁷ In this context, Gábor Juhász draws attention to the taxative list of beneficiaries, on the one hand, and to the fact that the expression "they have the right to material benefits" did not provide any guidance as to the constitutional extent of the benefits.²⁸ Paragraph (2) of Article 58 of the Constitution defined the State, i.e., the People's Republic of Hungary, as the obligated party for the fulfilment of rights, and the object of the obligation was the operation of the social security system and other, not more specifically defined social institutions,²⁹ in other words, the constitutional text in force until 23rd October 1989 only laid down the obligation of the state to fulfil its duties, but not how to do so; moreover, there was no right that could be considered fundamental

¹⁹ JUHÁSZ, G., Államcélok, paradigmaváltás és aktuálpolitikai alkotmányozás. A szociális jogok védelme az Alaptörvényben. In: *Esély*, vol. 26, Nr. 1, 2015, p. 5.

²⁰ In the Constitution it was thus indicated that social rights are logically a prerequisite for freedoms and therefore more important than freedoms, since it does not matter to someone who is starving whether, for example, the press is free.

²¹ "Article 47 (1) The Hungarian People's Republic shall protect the health of workers and assist workers in the event of their incapacity for work. (2) The Hungarian People's Republic shall achieve this protection and assistance by means of extensive social insurance and the organisation of medical care."

Gábor Juhász draws attention to the paradox that, by replacing the term "workers" with "citizens" or even "all", this text, which was written under the harshest communist dictatorship, could also be included in the constitution of a market-oriented state that is averse to the guarantee of fundamental social rights.

JUHÁSZ, G., Államcélok, paradigmaváltás és aktuálpolitikai alkotmányozás. A szociális jogok védelme az Alaptörvényben. In: *Esély*, vol. 26, Nr. 1, 2015, p. 5.

²² JUHÁSZ, G., 70/E. § [A szociális biztonsághoz való jog]. In: JAKAB, A. (Ed.), *Az Alkotmány kommentárja*. Budapest, 2009, p. 2580.

²³ From the 1950s the socialist state on the economic basis of the principles of socialism and society ownership was being formed. The care of the socialist state covered services to the workers in the case of sickness, which the state furnished to the worker from the national income, irrespective of the amount and quality of the work done, for the purpose of providing livelihood. HOMICSKÓ, Á. O., The History of the Hungarian Social Security Regulation until the Present Day. In: *Journal on European History of Law*, vol. 10, No. 1, 2019, p. 130. About historical and legal point of view on the formation of the special legal status of women in the field of labour law and social security law during the 20th century in Slovakia see: LACLAVÍKOVÁ, M., OLŠOVSKÁ, A., Besondere Arbeitsbedingungen von Frauen im Hinblick auf den Schutz vom Wert der Mutterschaft auf dem Gebiet der Slowakei – Vergangenheit vs. Gegenwart. In: *Journal on European History of Law*, vol. 7, no. 1, 2016, pp. 140-145.

²⁴ Act I of 1972 amending Act XX of 1949 and on the unified text of the Constitution of the Hungarian People's Republic.

²⁵ JUHÁSZ, G., 70/E. § [A szociális biztonsághoz való jog]. In: JAKAB, A. (Ed.), *Az Alkotmány kommentárja*. Budapest, 2009, p. 2580.

²⁶ *Ibid.* p. 2580.

²⁷ JUHÁSZ, G., Államcélok, paradigmaváltás és aktuálpolitikai alkotmányozás. A szociális jogok védelme az Alaptörvényben. In: *Esély*, vol. 26, Nr. 1, 2015, p. 5.

²⁸ JUHÁSZ, G., Gazdasági globalizáció, a jóléti államok modernizációja és a szociális jogok alkotmányos védelme. In: *Állam- és Jogtudomány*, vol. 50, Nr. 3, 2009, p. 313., footnote 10.); JUHÁSZ, G., 70/E. § [A szociális biztonsághoz való jog]. In: JAKAB, A. (Ed.), *Az Alkotmány kommentárja*. Budapest, 2009, p. 2580.

²⁹ JUHÁSZ, G., Államcélok, paradigmaváltás és aktuálpolitikai alkotmányozás. A szociális jogok védelme az Alaptörvényben. In: *Esély*, vol. 26, Nr. 1, 2015, p. 5.

to enforce compliance with the obligation.³⁰ Furthermore, by neglecting respect for civil and political rights, social rights could not have been enforced even if they had been more concrete.³¹

While by placing them within the Constitution the regime sought to emphasize the primacy of social rights over traditional human rights (civil and political), the constitutional arrangements effectively gave the government a free hand in the design of the social welfare system.³² The freedoms claimed to be of secondary importance, “to be exercised in the interests of socialist society”, did not exist in reality.³³ Their absence has also virtualized the social rights proclaimed on their account, since without the exercise of freedoms, social rights remain unenforceable, even at the theoretical level.³⁴

Act XX of 1949 originally stated that the state “shall protect the health of workers and assist workers in the event of their incapacity for work; this protection and assistance shall be achieved by means of extensive social insurance and the organisation of medical care.”³⁵

The Constitutional Council, set up in 1983 and operating from 1984-1989³⁶ – in its Decision No 3/1988³⁷ declared “unlawful” and “therefore unconstitutional” the provision of the Council of Ministers’ Regulation implementing the social security law then in force³⁸, which suspended the payment of pension and accident benefits for stays abroad exceeding 90 days.³⁹ The Council referred to paragraphs (1) and (2) of Article 58 of Act XX of 1949 on the Constitution of the Hungarian People’s Republic, according to which citizens of the Hungarian People’s Republic have the right to material benefits in case of old age, sickness and incapacity for work, which are provided by the state within the framework of social security. The Council pointed out that entitlement to social security benefits as

a fundamental right of citizens is derived from the provisions of paragraph (3) of Article 54 of the Constitution⁴⁰ therefore, in accordance with the provisions of Article 5 (j) of Act XI of 1987 on Legislation⁴¹ - was regulated by Act II of 1975. The Constitutional Council has stated that “[i]f the statutory conditions are fulfilled, the citizens concerned have a subjective right to a pension, which is also a fundamental right of citizens”; the Council of Ministers exceeded the statutory powers conferred on it when it provided that the payment of the pension and accident pension of a person temporarily abroad with a valid passport must be suspended for a period exceeding 90 days and that payment of all or part of the pension may be made only in reasonable cases, subject to authorisation by the Head of the Directorate-General for Social Security. In its decision, the Council therefore suspended the implementation of the unconstitutional provision and called on the President of the Council of Ministers to ensure that the unconstitutionality was removed and that the provision in question was repealed by 1 January 1989.

4. The 1989 comprehensive constitutional reform

In socialist countries, most of the means of production were state-owned. On this basis, the economy was almost entirely based on distribution by the state. Employers’ rights were exercised almost exclusively by the state. The boundaries between incomes from work were blurred.⁴² The privatisation of property in the wake of constitutional change has brought the concept of social rights back to its classical interpretation.⁴³ However, the situation in these countries was (also) complicated by the fact that their previous constitutions were quite generous in the way they formulated social rights.⁴⁴ They could do this

³⁰ JUHÁSZ, G., 70/E. § [A szociális biztonsághoz való jog]. In JAKAB, A. (Ed.), *Az Alkotmány kommentárja*. Budapest, 2009. p. 2580.

³¹ *Ibid.* p. 2580.

³² KURON, J., Válaszúton. In: *Esély*, vol. 5, Nr. 3, 1994, p. 3–18.

Find: www.esely.org/kiadvanyok/1994_3/jacek.pdf, (Last accessed 12 January 2024);

cited in: FERGE, Zs., Szabadság és biztonság. In: *Esély*, vol. 5, Nr. 3, 1994, p. 3-24.

http://www.esely.org/kiadvanyok/1994_5/ferge.pdf (last accessed 12 January 2024);

cited in: JUHÁSZ, G., Államcélok, paradigmaváltás és aktuálpolitikai alkotmányozás. A szociális jogok védelme az Alaptörvényben. In: *Esély*, vol. 26, Nr. 1, 2015, p. 5.

³³ JUHÁSZ, G., Államcélok, paradigmaváltás és aktuálpolitikai alkotmányozás. A szociális jogok védelme az Alaptörvényben. In: *Esély*, vol. 26, Nr. 1, 2015, p. 5.

³⁴ *Ibid.* p. 5-6.

³⁵ Article 47 of Act XX of 1949, KLICSU, L., Az Alaptörvény és a szociális biztonság. In: *Alkotmánybíróági Szemle*, vol. 3, Nr. 2, 2012. p. 111.

³⁶ PETRÉTEI, J.: *Magyarország alkotmányjoga II. Államszervezet*. Pécs, 2014. p. 194. József Petrétei points out here that the Constitutional Council could not fulfil its task in substance, as the rules on its composition, powers, and procedure for presenting its proposals were set up in accordance with the peculiarities of the political-power structure and constitutional construction of the time (one-party system, concentration of power, parliamentary supremacy, the so-called “socialist conception of fundamental rights”).

³⁷ Resolution No 3/1988. of the Constitutional Council of the Hungarian Parliament.

Source: HOLLÓ, A., *Az Alkotmányjogi Tanács tevékenysége 1984–1989. (Szervezet és működés a dokumentumok tükrében)*. Budapest, 1992.

³⁸ See Act II of 1975 on social insurance.

³⁹ See paragraph (1) and (2) of Article 210 of Decree No 17/1975. (VI.14.) MT (Minisztertanács, Council of Ministers) on the implementation of Act II of 1975 on social insurance.

⁴⁰ According to this, “In the Hungarian People’s Republic, the law lays down the rules governing the fundamental rights and duties of citizens.”

⁴¹ Accordingly, “Article 5 Among the fundamental rights and duties of citizens, the following shall be regulated by law in particular

(...)

j) health care and social security (...).”

⁴² SÁRI, J. – SOMODY, B., *Alapjogok. Alkotmánytan II.* Budapest, 2008, p. 256.

⁴³ *Ibid.* p. 256.

⁴⁴ *Ibid.* p. 256.

because there were no guarantees of rights.⁴⁵ But in the new situation, as with fundamental rights in general, social rights could not remain at the level of a mere declaration.⁴⁶ This is one of the reasons why the constitutions of today's Central European countries, like Hungary's 1989 Constitution, have often defined themselves not as social states, but by reference to a social market economy.⁴⁷ However, according to the interpretation of the Hungarian Constitutional Court, social rights could not be directly derived from the concept of a social market economy.⁴⁸

Political change has involved transforming constitutional institutions, ensuring fundamental civil rights, and creating the conditions for a market economy based on private property.⁴⁹ Whether one or the other set of regime-changing objectives is taken as the basis, the "main line of attack" has been the formerly one-party state.⁵⁰

The constitution of the democratic transition has changed the order of fundamental rights.⁵¹ Whereas in the previous legislation, the provisions proclaiming economic, social and cultural rights were placed at the beginning of the chapter on citizens' fundamental rights, followed by a list of civil and political rights, the new legislation, intended for the period of democratisation and economic transition, reversed this order, placing economic, social and cultural rights at the end of the chapter. The numbering (Articles 70/B to 70/E) suggests that these issues were relegated to the background during the round table negotiations and that the provisions relating to them, which in some cases were very vague, were only included at the last minute.

The preamble to the 1949 Constitution, as a result of the constitutional reform implemented by Act XXXI of 1989, stated that the amended Constitution was adopted to facilitate a peaceful political transition to a multi-party system, parliamentary democracy and a constitutional state based on the rule of law, with a social market economy.

The comprehensive reform of the Constitution in 1989 changed the order in which fundamental rights are listed.⁵²

Whereas in the previous legislation the provisions proclaiming economic, social and cultural rights were placed at the beginning of the chapter on citizens' fundamental rights, and civil and political rights were listed after them in the Constitution, the new constitutional provisions institutionalising the democratic transition reversed this order, placing economic, social and cultural rights at the end of the chapter.⁵³ Although this solution does not formally create a hierarchical relationship between the two generations of human rights within the Constitution, it implicitly sends a message of the subordination of economic and social rights.⁵⁴

In its text, introduced by Act XXXI of 1989 amending the Constitution, the right to social security was not included in the usual way in constitutions, by inserting provisions restricting the interpretation of the proclaimed rights as fundamental rights, but by the generality and elevation of international declarations.⁵⁵ According to Gábor Juhász, this has made the Constitutional Court's task of defining the content of the right to social security more difficult, i.e., the provisions of international law use the concept of "social security" in a different dimension, in terms of the relationship between countries at very different levels of economic development.⁵⁶

Gábor Juhász considers it paradoxical that the 1989 constitutional text broadened the scope of interpretation of social security - including the possibility of its recognition as a subjective right - precisely in the period of transition to a market economy.⁵⁷ This is supported by a much earlier study by Péter Schmidt, written in 1979, that social rights were only narrowly and peripherally regulated in civil constitutions, and to guarantee these rights by state means, alien to a capitalist society based on private property.⁵⁸

Despite the potential threat to freedom, the Hungarian Constitution from 1989 - like all post-socialist constitutions - contained a substantial catalogue of social rights.⁵⁹

The future of the so-called "red rights" was the most intensely debated issue during the Round Table negotiations, with rep-

⁴⁵ Ibid. p. 256.

⁴⁶ Ibid. p. 256.

⁴⁷ Ibid. p. 256.

⁴⁸ Ibid. p. 256.

⁴⁹ SÁRI, J., A szociális jogok és a szociális állam. In: *Jogtudományi Közöny*, vol. 52, Nr. 5, 1997, p. 219.

⁵⁰ Ibid. p. 219.

⁵¹ Act XXXI of 1989 which virtually rewrote the previous Constitution and as the foundation of the change in the political system created a democratic, state-of-the-law framework in Hungary in public law. CSERVÁK, CS. – FARKAS, GY. T., Development of the Nationality Law in Hungary. In: *Journal on European History of Law*, vol. 11, no. 1, 2020, p. 148.

⁵² JUHÁSZ, G., 70/E. § [A szociális biztonsághoz való jog]. In JAKAB, A. (Ed.), *Az Alkotmány kommentárja*. Budapest, 2009, p. 2583.

⁵³ Ibid. p. 2583.; JUHÁSZ, G., Államcélok, paradigmaváltás és aktuálpolitikai alkotmányozás. A szociális jogok védelme az Alaptörvényben. In: *Esély*, vol. 26, Nr. 1, 2015, p. 6. This regulatory characteristic is not specific only to Hungary, i.e., the constitutions of socialist countries almost without exception placed economic, social and cultural rights at the top of the list of citizens' rights, on the assumption that these rights are prior to all other rights, because they often provide, among other things, the material guarantees of other citizens' rights.

SCHMIDT, P., A gazdasági, szociális, kulturális jogok természetéről. In: *Jogtudományi Közöny*, vol. 34, Nr. 11, 1979, p. 705.

⁵⁴ JUHÁSZ, G., 70/E. § [A szociális biztonsághoz való jog]. In JAKAB, A. (Ed.), *Az Alkotmány kommentárja*. Budapest, 2009, p. 2583.

⁵⁵ Ibid. p. 2581.

⁵⁶ JUHÁSZ, G., Államcélok, paradigmaváltás és aktuálpolitikai alkotmányozás. A szociális jogok védelme az Alaptörvényben. In: *Esély*, vol. 26, Nr. 1, 2015, p. 7.

⁵⁷ JUHÁSZ, G., 70/E. § [A szociális biztonsághoz való jog]. In JAKAB, A. (Ed.), *Az Alkotmány kommentárja*. Budapest, 2009, p. 2581.

⁵⁸ SCHMIDT, P., A gazdasági, szociális, kulturális jogok természetéről. In: *Jogtudományi Közöny*, vol. 34, Nr. 11, 1979, p. 705.

⁵⁹ KÜPPER, H., A szocialista maradványok szerepe a magyar alkotmányban. In: *Fundamentum*, vol. 11, Nr. 4, 2007, p. 54.

representatives of social organisations and the former state party, supported by public opinion, coming out on top.⁶⁰ The Round Table debate focused on the question of whether to maintain social rights.⁶¹ When this question was answered in the affirmative, little attention was paid to the “how”.⁶² As a consequence, most of the social rights in the Constitution from 1989 onwards were in socialist form.⁶³ According to Herbert Küpper, the socialist formulation of basic social rights (“*in the socialist guise*”) contains a certain freedom-limiting potential, i.e., it does not actually confer rights on citizens, but on the contrary, limits their rights.⁶⁴ Küpper sees this as a typical example of the “*cynicism of socialist constitutions*”, i.e., that state interference in the lives of citizens is declared as a subjective right of the same citizens.⁶⁵

Küpper points out that the 1989 Constitution contains a number of social rights in the traditional socialist form: the right to health (Article 70/D), social security (Article 70/E), education (Article 70/F) and a healthy environment (Article 18).⁶⁶ In 1989, a constitutional amendment softened the right to work and the social standards for work relations (Article 70/B) by combining them with liberal rights such as the right to choose one’s occupation.⁶⁷ Since then, in Article 70/B, the right to individual freedom has enjoyed a stronger position than the right to state intervention.⁶⁸

As a result of the constitutional activity of 1988/89, the previous legislation, which had institutionalised only the positive side of social rights, became dual in nature: in the renewed

constitution of the rule of law, for example, the right to work contains both the characteristics of classical rights and those of participation rights.⁶⁹ The constitutional reform of 1989 was a real breakthrough, with the proclamation of the right to free choice of work and occupation, the right to strike and the recognition of trade union rights.⁷⁰ In addition to these necessarily positive changes, the fact that paragraph (1) of Article 70/B of the Constitution proclaims the right to work in general terms, without any reference to its relativity, seems to be a cause for concern, because of the excessive inflation of the expectations of the public seeking rights.⁷¹

The comprehensive constitutional reform in 1989 had mixed results as regards the regulation of social rights.⁷² In the area of constitutional labour law, the incorporation to the constitution of the elements guaranteeing freedoms has filled the gaps important for the transition to the rule of law, and - albeit with rather specific wording, which in places makes interpretation particularly difficult - the scope of the state’s social commitments has been institutionalised.⁷³ However, there were problems with the imprecision of the wording, which was not in keeping with the national constitution, and the lack of clarity about the relationship between the various social provisions.⁷⁴

Gábor Kardos points out that the Constitution did not separate civil and political rights from economic, social and cultural service rights, and did not distinguish between them in terms of legal enforcement.⁷⁵ Kardos points out that the wording of economic, social and cultural services rights closely follows the

⁶⁰ Ibid. p. 54.

⁶¹ Ibid. p. 54.

⁶² Ibid. p. 54.

⁶³ Ibid. p. 54.

⁶⁴ Küpper supports this by pointing out that in the typical socialist formulation of social rights, as in the early Soviet constitutions, the first section establishes a subjective right (e.g. “*Everyone has the right to work*”) and the subsequent sections list the state institutions responsible for implementing the first section (e.g. “*The state shall enforce this right through the planned development of the productive forces of the national economy and the administration of labour based on economic plans*”). The problem arises because of the second part of the section, i.e., the responsibility for the realisation of the right lies with the state, which means that the holders of the right do not have the choice of whether, when, how and to what extent they exercise their right. According to Küpper, the examples cited thus clearly show that, in particular, there is no guarantee that negative freedom - an essential element of classical liberal freedom - will be guaranteed, that the holders of the right will not be able to decide whether they want to work at all, but will be subject to a labour administration controlled by the state, which in practice means an obligation to work. As a result, the first section appears to contain only a subjective right, but if the whole section is taken into account, it actually empowers the state to intervene in the lives of citizens. Therefore, social rights in the socialist formulation are not rights at all, but in fact a mandate for state intervention. KÜPPER, H., A szocialista maradványok szerepe a magyar alkotmányban. In: *Fundamentum*, vol. 11, Nr. 4, 2007, p. 54-56.

⁶⁵ KÜPPER, H., A szocialista maradványok szerepe a magyar alkotmányban. In: *Fundamentum*, vol. 11, Nr. 4, 2007, p. 54.

⁶⁶ Ibid. p. 54.

⁶⁷ Ibid. p. 54.

⁶⁸ Ibid. p. 54. According to Gábor Juhász, the numbering (Articles 70/B-E) suggests that these issues were pushed into the background during the round table negotiations, and the provisions on them - in some cases very vague - were only included at the last minute. Both solutions suggest that economic, social and cultural rights were of secondary importance in the constitutional reform. The fact that two competing provisions on social benefits were included in the text of the Constitution finally adopted showed signs of scrambling. Article 17, among the General Provisions, laid down the state’s obligation to care for the needy, while Article 70/E spoke of the right of Hungarian citizens to social security. JUHÁSZ, G., Államcélok, paradigmaváltás és aktuálpolitikai alkotmányozás. A szociális jogok védelme az Alaptörvényben. In: *Esély*, vol. 26, Nr. 1, 2015, p. 6.

⁶⁹ JUHÁSZ, G., Gazdasági globalizáció, a jóléti államok modernizációja és a szociális jogok alkotmányos védelme. In: *Állam- és Jogi Tudomány*, vol. 50, Nr. 3, 2009, p. 312.

⁷⁰ Ibid. p. 312.

⁷¹ Ibid. p. 312.

⁷² Ibid. p. 311.

⁷³ Ibid. p. 311.

⁷⁴ Ibid. p. 311.

⁷⁵ Similar to the Italian Constitution, for example, although there are significant differences in the wording and content of the rights. KARDOS, G., A szociális jogok jogi kikényszerítésének lehetőségei. In: *Esély*, vol. 7, Nr. 6, 1996, p. 24-25.

wording of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, with the very significant difference that in the Constitution they are formulated as subjective rights, while in the Covenant - as already mentioned - the level of state commitment is highly relativized (“recognize”, “promote”, etc.), making individual enforcement based on the latter highly problematic, according to Kardos.⁷⁶

The provisions of the '89 Constitution on social rights in the narrower sense - access to goods, hence redistributive, the right to health and social security - are superficial and (perhaps because of this) embarrassingly generous compared to other countries.⁷⁷ A comparison with the situation before 1989 leads to interesting results here too. Paradoxically, the generosity of constitutional provisions can be seen less as a legacy of state socialism than as a consequence of the 1989 constitutional reform.⁷⁸ In other words, the social promises, which could be interpreted in an expansive way, were introduced into the text of the Constitution at a time when the constitutional goal was no longer socialism, but the construction of a market economy, even if it was called social.⁷⁹

The comprehensive amendment of the Constitution in 1989 remedied an important shortcoming by introducing provisions ensuring the negative (freedom) side of social rights, which are essentially part of constitutional labour law.⁸⁰ However, the text adopted at the time contained a number of ambiguities that make it difficult to interpret.⁸¹ The fact that there are two different provisions on social protection, defining both the beneficiaries and the scope of entitlements, indicates a drafting problem.⁸² While Article 17 provides for an extensive “obligation to provide social care” for those in need (i.e., not only citizens), Article 70/E proclaims the unspecified “right to social security” of Hungarian citizens.⁸³

From the former, the fundamental right to benefits hardly seemed to be deducible, the state's task was only to provide for the needy through “extensive social measures”.⁸⁴ It was not possible to draw any firm conclusions on the nature or content of the measures.⁸⁵ At the same time, Article 70/E formally proclaimed the right to social security, although only for Hungarian citizens, and at first reading it also defined the content (the provision of the means of subsistence) and the means of its implementation (social security and the system of social institutions).⁸⁶

The wording of Article 70/D and Article 70/E reflects the idealism of international documents, as opposed to the pragmatism of nation-state constitutions - without the restraining effect of the weakly tuned enforcement mechanism of international conventions.⁸⁷ This is particularly striking in the case of Article 70/D, where the constitutional declaration is no longer the right to health protection, but “the right to the highest attainable standard of physical and mental health”. The wording of Article 70/E is also undifferentiated.⁸⁸

According to Gábor Juhász, since there is no indication that the right to social security proclaimed in the Constitution is actually given substance by the legislator, the mere grammatical interpretation implies some kind of subjective right to which all citizens are entitled.⁸⁹ The relativity of this right was pointed out by the Constitutional Court, which members, however, seem to be seriously divided on the interpretation of Article 70/E.⁹⁰

Act XX of 1949 underwent significant changes in 1989 (Act XXXI of 1989) and 1990 (Act XL of 1990).⁹¹

The amendment to the Constitution of 19th June 1990, adopted by the new, freely elected Parliament, already rewrote the Constitution in 50 sections, and a large number of minor amendments were made later.⁹² These two amendments com-

⁷⁶ Ibid. p. 25.

⁷⁷ JUHÁSZ, G., Gazdasági globalizáció, a jóléti államok modernizációja és a szociális jogok alkotmányos védelme. In: *Állam- és Jogtudomány*, vol. 50, Nr. 3, 2009, p. 312.

⁷⁸ Ibid. p. 312.

⁷⁹ Ibid. p. 312.

⁸⁰ Ibid. p. 313.

⁸¹ Ibid. p. 313.

⁸² JUHÁSZ, G., Gazdasági globalizáció, a jóléti államok modernizációja és a szociális jogok alkotmányos védelme. In: *Állam- és Jogtudomány*, vol. 50, Nr. 3, 2009, p. 313.

⁸³ Ibid., p. 313.

⁸⁴ JUHÁSZ, G., Államcélok, paradigmaváltás és aktuálpolitikai alkotmányozás. A szociális jogok védelme az Alaptörvényben. In: *Esély*, vol. 26, Nr. 1, 2015, p. 7.

⁸⁵ Ibid. p. 7.

⁸⁶ Ibid. p. 7.

⁸⁷ JUHÁSZ, G., Gazdasági globalizáció, a jóléti államok modernizációja és a szociális jogok alkotmányos védelme. In: *Állam- és Jogtudomány*, vol. 50, Nr. 3, 2009, p. 313.

⁸⁸ Ibid. p. 313.

⁸⁹ JUHÁSZ, G., Gazdasági globalizáció, a jóléti államok modernizációja és a szociális jogok alkotmányos védelme. In: *Állam- és Jogtudomány*, vol. 50, Nr. 3, 2009, p. 313. In comparison, in my view, the reference to this would have been superfluous, since paragraph (2) of Article 8 stated in general, for all fundamental rights, that the rules on fundamental rights (and duties) are laid down by law. This, in my reading, means that fundamental rights are given substance by the legislature, so any specific reference to the right to social security being given substance by the legislature would have been superfluous.

⁹⁰ JUHÁSZ, G., Gazdasági globalizáció, a jóléti államok modernizációja és a szociális jogok alkotmányos védelme. In: *Állam- és Jogtudomány*, vol. 50, Nr. 3, 2009, p. 313.

⁹¹ KLICSU, L., Az Alaptörvény és a szociális biztonság. In: *Alkotmánybírói Szemle*, vol. 3, Nr. 2, 2012, p. 111.

⁹² Ibid. p. 111.

pletely transformed the formerly socialist constitution into a constitution based on the rule of law, majority democracy, respect for human rights, an autonomous civil society and a market economy.⁹³

There remained, however, provisions that were not amended, but were essentially the same as the socialist wording until the entry into force of the Fundamental Law.⁹⁴

The Constitution contains a number of provisions⁹⁵ contained social rights in socialist form: to health (Article 70/D), to social security (Article 70/E)⁹⁶, the right to education (Article 70/F) and the right to a healthy environment (Article 18).⁹⁷

Paragraph (1) of Article 70/E of the Constitution created a “social security” for the provision of the means of subsistence in the event of individual disasters - old age, sickness, disability, etc. - occurring or expected to occur unexpectedly or naturally over time in the world of work.⁹⁸ Paragraph (2) of Article 70/E of the Constitution stated that the Republic of Hungary shall implement the right to benefits, inter alia, through social security.⁹⁹ It follows that the Constitution considered the organisation and maintenance of social security to be a state responsibility,¹⁰⁰ and - although it did not say so, but accord-

ing to János Sári, it can be interpreted in this way in line with the Social Charter - the Constitution considered the right to social security as a constitutional right.¹⁰¹ These cases of social security are basically linked by the Constitution to the social security system.¹⁰²

According to paragraph (4) of Article 8 of the Constitution, the right to social security was one of those constitutional rights whose exercise could not be suspended or restricted even in the event of an exceptional legal order (state of emergency, state of emergency or emergency situation).¹⁰³ According to paragraph (4) of Article 8 of the Constitution, in times of emergency, state of emergency or state of danger, the exercise of fundamental rights may be suspended or restricted, with the exception of the fundamental rights laid down in Articles 54-56, paragraphs (2)-(4) of Article 57, Article 60, Articles 66-69 and Article 70/E. In this way, the legislation gave the impression that Article 70/E had a special place in the Constitution.¹⁰⁴ However it soon became clear that this was not the case, as the Constitutional Court did not declare any content in paragraph (4) of Article 8 that would have given special protection to the rights listed therein, including social security.¹⁰⁵

⁹³ Ibid. p. 111.

⁹⁴ KLICSU, L., Az Alaptörvény és a szociális biztonság. In: *Alkotmánybíróági Szemle*, vol. 3, Nr. 2, 2012, p. 112.

⁹⁵ From 26 April 1972, the right to benefits was included in Act XX of 1949:

“Article 58 (1) Citizens of the Hungarian People’s Republic shall have the right to material benefits in the event of old age, sickness and incapacity for work.

(2) The Hungarian People’s Republic shall ensure the right to material benefits within the framework of social insurance and through the system of social institutions.”

KLICSU, L., Az Alaptörvény és a szociális biztonság. In: *Alkotmánybíróági Szemle*, vol. 3, Nr. 2, 2012, p. 112.

⁹⁶ “Section 70/E (1) Citizens of the Republic of Hungary shall have the right to social security; in the event of old age, sickness, disability, widowhood, orphanhood and unemployment through no fault of their own, they shall be entitled to the benefits necessary for their subsistence.

(2) The Republic of Hungary shall realize the right to benefits through social insurance and the system of social institutions.”

⁹⁷ KÜPPER, H., A szocialista maradványok szerepe a magyar alkotmányban. In: *Fundamentum*, vol. 11, Nr. 4, 2007, p. 53-60.

⁹⁸ SÁRI, J. – SOMODY, B., *Alapjogok. Alkotmánytan II.* Budapest, 2008, p. 265.

⁹⁹ Ibid. p. 265.

¹⁰⁰ Ibid. p. 265.

¹⁰¹ SÁRI (2005), p. 237.

¹⁰² SÁRI (2005), p. 237.

¹⁰³ JUHÁSZ, G., Államcélok, paradigmaváltás és aktuálpolitikai alkotmányozás. A szociális jogok védelme az Alaptörvényben. In: *Esély*, vol. 26, Nr. 1, 2015, p. 7.

¹⁰⁴ Ibid. p. 7.

¹⁰⁵ “Commentary to Act XX of 1949 on the Constitution of the Republic of Hungary” Complex DVD Law Library [as of 31 December 2007] § 8. subsection 1.4; cited: JUHÁSZ, G., Államcélok, paradigmaváltás és aktuálpolitikai alkotmányozás. A szociális jogok védelme az Alaptörvényben. In: *Esély*, vol. 26, Nr. 1, 2015, p. 7.

Military Criminal Sanctions and the Peculiarities Related to their Execution in Hungary (1930–1948)

József Pallo*

Abstract

The goal of the author is to investigate a slightly obscure topic: the practice of interwar military justice in Hungary and its related questions, with an emphasis on matters concerning the peculiarities on how to implement them. The bill – which came into effect in 1930 – was born amidst uncommon historical conditions, since the Trianon Peace Treaty basically degraded Hungary into a quasi-*numb* entity. It is without a doubt that the decade-long consolidation – and its achievements – that came after can be regarded as one of the most prominently successful periods of the era’s political history. The historical pressure, the necessity of being able to defend ourselves along with the importance of national security demanded that our army remained intact, despite the prohibitions that surrounded its existence. This called for ensuring that the legal environment was modernized enough to be capable of supporting this goal. The system of regulations inherited from the Austro-Hungarian monarchy was subjected to scrutiny and as a result ended up as a state-of-the art framework that even surpassed the European standards it aimed to match. This paper, putting emphasis on the most important dogmatic junctions, will further review these regulations – substantive or procedural contents alike –. After a brief diversion towards taking a glimpse into the historical situation, we will introduce the system of sanctions and punishments pertaining to military personnel, and proceed with the regulations related to their implementation, which in turn will offer a glimpse into the contemporary philosophy that surrounded military justice and procedure. In accordance, further regulations containing provisions regarding infrastructure, personnel, accommodation, and institution security in general would emerge. The author of the article provides a summary of the most important current relevant legal provisions. It touches upon the military justice system and its subsystems, introduces the more substantive procedural rules, and concludes with an argument on practical implementation. It will also raise the theoretical question on a future independent regulation which would take place in accordance with the reforms of the Hungarian military and the national strategy on defense.

Keywords: criminal law; military justice; law and enforcement; criminal philosophy; military criminal proceedings; deprivation of liberty; implementation; sentence execution; infrastructure; national security.

1. A Short Retrospect

After the fall of the 1848-49 revolution, the sources from which domestic criminal law would draw their knowledge from completely returned to their original state. Following the introduction of the Austrian Criminal Code (*Strafgesetzbuch*) in 1852, significant changes occurred in the field of military justice, or military law. On 15 January 1855, Franz Joseph I ratified the “military criminal code” (*Militar-Strafgesetz*), which remained the foundation of several key aspects of the Hungarian military law until 1931. The public notions of the emperor’s decree emanated from the following provision: “*Hereby all that belongs under the jurisdiction of His Majesty under his constitutional powers as emperor as per the army, including the army of Hungary as said army, its command, structure and hierarchy, shall be exercised by His Majesty.*”¹ Act XL of 1868 systematically followed this guiding principle later as well, as show on the *Military Powers, Act XLI*

of 1868 on the Army or Act III on the organization of public security services, or Act XX of 1886 on the revolution.

Regarding the enforcement of sanctions linked to military law, domestic examples can be found starting from the very beginning of the 20th century, such as regulation D-4 issued to military prisons, dated 1901. The description on how the contemporary military prison system worked is attributed to Gyula Gábor (*Graeber*) (1868-1936), a reserve judge advocate, who elaborated in detail on the concerning practices. He remarked “*the best, most perfect embodiment of all the prison systems created so far is the progressive system of Ireland, which houses the central element of*”² repairing” criminals and gradually preparing them for their subsequent release, achieving their social reintegration. In this system, incarceration can be divided into four periods: solitary confinement, general population, relaying institution, and finally conditional release. This system, by the way, was used by our very own Csemegi Code, Act V of 1878. There was an im-

* Jozsef Pallo, PhD. (Dr. habil.), Faculty of Law Enforcement, University of Public Service Ludovika, Budapest; Subcommittee of Prison Law, Hungarian Academy of Sciences, Budapest, Hungary, email: Pallo.Jozsef@uni-nke.hu / ORCID 0000-0002-9801-2995.

¹ Act XII of 1867, § 11.

² GÁBOR, GY., *Tanulmányok a katonai büntető jogból* (Studies in military criminal law). Budapest, 1901, p. 13-24.

portant difference, though, in how the two systems approached the question of punishment: while the Csemegi Code used tools aimed at deterrence and “reparation” in harmony, its military counterpart resorted to deterrence only, as long-term sanctions were considered a hindrance to active-duty personnel, resulting in an urge to favor shorter sentences and other forms of punishments to make them more severe should the need arise. Incidentally, the first Hungarian Penal Code was based on liberal principles of criminal law, and its provisions proved to be timeless, as the last special provisions remained in force until 1962.³ The first part of the Austrian criminal code was titled “general provisions on offences, misdemeanors and the sanctions they bring about”. This regulation divided deprivation of liberty into two parts: prison, which was to be imposed upon delinquents guilty of criminal offences, and confinement, to be used in the case of misdemeanors. Prison was further subdivided into two levels: general regime, where “strict supervision but no chains and shackles” were to be used, and strict regime, which utilized vastly harsher tools (such as fetters, shackles, fasting, uncomfortable bedding material, corporeal punishment, solitary confinement, and dark cells). On the other hand, military justice only utilized the so-called military detention houses – even in the 19th century, where the incarceration of soldiers was enforced.

In this era, a total of 7 such institutions operated in the nation – one for each regional command. The inmates were categorized into one of two groups: those with higher education, usually former officers or high-ranking bureaucrats belonged to class I, while class II was comprised of the remaining ones. The reason behind this notion was a strict requirement to differentiate among the soldiers of different ranks and positions, which allowed class I inmates to be housed “either alone or with those of equal standing”. Furthermore, the jurisdiction of the military criminal code extended to sanctions imposed upon the soldiers by civilian courts as well. This did not indicate, however, that soldiers guilty of committing a crime not related to their status were to be subjected to general enforcement rules. Regardless of the nature of sanctions, a different set of rules applied to them, even though that placement was done in one of the national penitentiaries. This, on the one hand, meant another form of separation, and – on the other – the application of more stringent rules since certain benefits civilian inmates would be able access (such as parole) were out of limits for them. The Austrian military criminal code enjoyed more than six decades of influence in Hungary, until Act no. II of 1930, which did away with most of its provisions. In my opinion, the creation of this legislation is closely related to post-Trianon Hungary, which started to regain its momentum during the consolidation, characterized by count István Bethlen. Following the peace treaty, the principal and thus undisputed endeavor of our foreign policy was that of territorial revision, since the demands set by the

“peace of robbers” pushed Hungary to the brink of national, economic, and moral catastrophe, something most Hungarians found impossible to accept and come to terms with. It was also obvious that a peaceful solution was likely out of the question, which resulted in the topic of army development gaining importance once again – an effort once again hindered by the Trianon provisions. On the other hand, contemporary leaders were quite aware that in the eyes of the artificially established countries that had been part of the corpus of the Austro-Hungarian Monarchy before, Hungary would become one of the most threatening entities, a situation from which direct armed conflicts could have arisen anytime. The aim of the deliberative and comprehensive military reform that took place behind closed doors was therefore to strengthen our national security⁴. This was a great deal of work that touched upon the subject of military justice as well, and opened the way for the creation a state-of-the-art, highly adaptable, and efficient law that also adhered to the principles and expectations of its unique field of application. Act no. II of 1930 (hereinafter: Act no. II) on the Military Criminal Code would become an integral part of our legal system and serve as the foundation for the governed efforts and proceeding among the military until 1948.

2. The System of Sanctions as Act II of 1930

Having a vast amount of unfavorable experience from the World War, based on its system of sanctions, the two guiding principles that substantiated the punishments were justice and discipline. At the same time, it should be noted that the first half of the 1930 s was a very productive period in the history of Hungarian criminal law. These changes in the Hungarian Criminal Code affected a large number of offences.⁵

At the same time, it allowed for certain shortcuts to be made to render it “gentler”, should the need arise. For example, during peacetime, the use capital punishment was limited in scope. Military misconducts were either sanctioned by a firing squad or prison. Hanging and strict regime prison were reserved for criminals whose offence – at least from a militaristic aspect – was considered despicable, such as desertion or pillaging. It must be noted, however, that the *hanging* and the *firing squad* were considered two alternatives to enforce one sanction, not two separate ones. Hanging also meant expulsion from the army (or the gendarmerie), while the firing squad method was only to be used in the case of military offences. The sequence of people to be executed was based on the gravity of the crime: the first offence of the first person to be executed was considered to be “lesser” in nature, than the ones who came after. If hanging was not an option, due to lack of the hangman’s availability, or trauma of the cervical area, it was the jurisdiction of the commander in charge to convert it into being shot.

Consequently, death remained the most severe form of punishments, and incarceration the most widely used one, which

³ LEHOTAY, V., Strafrecht in Ungarn (1920–1944). In: *Journal on European History of Law*, vol. 14, No. 1, 2023, p. 106-122.

⁴ Direct, „plain-to-see” military developments in Hungary started in 1938, in a completely different political and historical climate, with Kálmán Darányi’s so-called Győr Project.

⁵ MADÁI, S., Some Issues Regarding Fraud in the First Hungarian Criminal Code: In: *Journal on European History of Law*, vol. 13, No. 2, 2022, p. 143-149.

was preferably enforced in a military detention facility, but civilian facilities were also available as alternatives. Act no. II provided large margins for the sanctions, giving the judges more power to utilize sentencing practices they would deem most adequate. It is, however, prominent, that it gave minimums more often than its “civilian” counterpart, the Csemegi-code.⁶ The length of military sentences was influenced by two combating principles: one of them was the requirement to keep sentences short to avoid removing active-duty soldiers from service for too long. The other one was the exact opposite to this: short determinate sentences were believed to be harmful and detrimental to achieving the goals of the punishment in general. The explanation of the Act therefore goes as: “shorter length sentences do not have deterring qualities and effects, which brings forward complaints not unjustified. Depriving the liberty of people who have grown accustomed to want, hardships and misery would not be punishment enough, instead: these people would welcome such conditions. As a matter of fact, those who are familiar with military holding cells know that several of our convicts actually gain weight during their short stay inside. They are also aware that subjects of lower intellect do not show signs of remorse of having to replace their military service with a few months of prison.”⁷ This contradiction was addressed by rendering the generally shorter determinate sentences “worse” and more intensive by adding measures from the Austrian criminal code that further aggravated and exacerbated the severity of the punishments (such as fasting, uncomfortable bedding material, solitary confinement) based on the convict’s personality. This was a cost-efficient solution that also allowed for the convicts’ earlier return to duty. Disciplinary reasons also called for the introduction of these aggravating elements. However, shortened, more intensive “stays” could only be performed within military detention facilities. *Home detention* was used to protect the prestige of the officers and would be used in the less severe cases of sanctions not exceeding a month. This alternative was necessary in order to maintain “discipline and respect”, to ensure that “officers would not be confronted, arrested or detained in the presence of their subordinates”. This form of punishment was to be enforced in the residential apartment of the officer in question, and the residences of strangers (friends etc.), or hotels were excluded. Interaction with the immediate family the officers shared a household with was allowed. Everyone else was barred, except doctors, officials offering legal protection and soldiers on duty. Understandably, the previous regulation contained a provision that Act no. II did not adapt: *home detention* was not to be combined anymore with a guard, since it would harm the prestige and respect of officers the legislators sought to protect. This peculiar form of punishment – considering its special rules of enforcement – resembles the state detention facilities defined by the Csemegi Code.

In military justice, fines were managed by the Minister of Defense and used for the benefit of welfare institutions. Act no.

II provided a special secondary penalty in the form of *demotion*, or *loss of rank*.⁸ This would be used on occasions when the offence or the conditions of it were such that the behavior of the convict would critically endanger the respect and prestige of career officers, particularly so when the risk of escape or conspiracy to commit escape were high. A demoted soldier would be stripped of his rank, be it brevet or full, receive the minimum stipends and lose his pension and other savings earned through service.⁹

Demotion, on the other hand, did not cause a soldier to lose his promotions. This sanction was reserved for occasions when the courts would decide to discharge the soldier from his position altogether or convicted him of a crime of more severe nature. Discharging military personnel was considered a last case scenario, to be used only in the case of extremely nefarious offences, or ones that would otherwise be sanctioned by such a punishment by the civilian Criminal Code. Granting probation for soldiers convicted by military courts was the jurisdiction of the Minister of Defense. Those who served two-thirds of a least one-year long sentence in a military institution, would be eligible for parole. Those sentenced to life would have to spend 15 years before being considered for parole. An interesting remark: the original draft for Act no. II contained corporeal punishment (an equivalent to birching), which was to be imposed by summary judgments for armies “on the march”. This was erased, however, and instead, the Ministry was granted to seek other forms of punishments instead of the death penalty for “armies on the march”.

Those arguing against birching during the National Assembly debate emphasized its inhuman nature, pointing out the omission of workhouses and its enhanced severity version.¹⁰ In his legitimate counter-argument, the Minister of Justice advised that punishments of such nature are not compatible with the unique structure of the army, since the two forms their advocates called for were to be used in the case of people convicted habitual criminals and loiters, which are not conditions soldiers would be identified with. It must be noted, that enhanced severity workhouses, as institutions included in an amendment to the Csemegi Code dated 1928, did not manage to live up to the expectations.

The nature of this paper calls for mentioning soldiers who are on remand (pre-trial detention) and the provisions pertaining to the enforcement of investigative detention. I must add, that since these special measures involved a degree of liberty deprivation, usage was based on special regulations. The fundamental specifics were governed by Act no. XXXIII of 1912 on the *on military criminal procedure* (hereinafter: Act no. XXXIII). The right to put remand military personnel in custody was shared among certain officials. The commanding officer (the command in charge) was the first person in line who had this jurisdiction. If the risk of delays was high, then the prosecutors

⁶ HAUTZINGER, Z., *A katonai büntetőjog rendszertana*, (Systematics of military criminal law) And Ann Kiadó, Pécs, 2010, pp. 12-33.

⁷ Explanation of Act no. II. p. 12.

⁸ Act no. II §. 11.

⁹ Act no. II §. 21.

¹⁰ SCHULTHEISZ, E., *A katonai büntetőtörvénykönyv zsebkönyve* (Pocketbook of the Military Penal Code). Budapest, 1943, p. 20.

would be able to decide on the matter. In the case of offenders not in custody, the judge in charge of the investigation could call for the enforcement of the measure. Investigative detention was different from classic remand in that its use was limited to cases where charges would be pressed against an accused, and one of the conditions for ordering remand were met (e. g. risk of escape). Using investigative detention was the discretionary right of the commanding officer in charge. Just as today, both measures were expected to be as brief as possible. While contemporary regulations purposefully addressed the peculiar “*genant*” position of the soldiers, modern principles point toward the anachronism that lies in today’s detention. Detention, which is imposed upon the accused before the actual court verdict, against the principles of the presumption of innocence. Remand and investigative detention were thus utilized with a will to “protect their dignity”, and efforts were to be made to reduce their length.

Out of the several key conceptual dissonances of the governing law, some – not all – worth further emphasis. The field itself was made to be much more pragmatic, since besides general adherence to the notions of justice and discipline, practical and interwar experiences served as complementary addition. This did not mean that the draft was deaf to the requirements dictated by benevolence and the humane: it clearly defined certain values and elements that would count as a lot less harsh than its counterpart, and strictly limited the use of the death penalty during peacetime¹¹. An overly strict regulation would certainly not improve discipline – something the legislators recognized. In military justice, losing promotions and insignia was equivalent to discharge from office. Offences, however, that would not be sanctioned this way by the Csemegi Code or Act No. II or would not serve as grounds for stripping promotions earned for meritorious conduct, had to be addressed. Regarding punishments involving detention, it is apparent that the legislator did not set a sole maximum length, but a gradual one, first up to 6 months, and would then proceed from there if the severity of the offence called for a harsher measure. This created a way for milder offences to be handled – if the conditions would allow – via disciplinary proceedings based on Act no. XXXIII.

3. The Normative and Infrastructural Background of Procedural Issues: Regulation D-4 for the Use of Detention Houses

After Act no. II came into effect on 1 February 1931, several lower-level regulations called for an amendment. The decree on the implementation and the new rules for detention facilities enjoyed were prioritized as the more important ones. Jurisdiction over issues related to military prisons and the legal work over military justice was exercised by Department XIII (Legal Issues) of the Ministry of Defense. By 1929, a plan was

put in motion to proceed with the legislative actions, involving military judges. Kornél Karkis did drafting, while the task of compiling the relevant regulations was relegated to Róbert Totth. A commission headed by János Schlichtherle was responsible for editing the draft, with members including Frigyes Kormann and Emil Schultheisz. After a taxing period, the first draft that made it to the desk of Miklós Horthy via Minister Gyula Gömbös was titled 10.991/el.13.-1930 (hereinafter: Reg. no. D4) was the one that regulated military detention facilities. The minister pointed out that “*the system on how we utilized punishments involving deprivation liberty is undergoing a fundamental change. Incarceration, so far known as comprising of strict prison, prison and detention, would be composed of strict regime prisons, medium regime prisons, state detention prisons, light regime facilities and non-criminal detention, while the current military detention houses would be converted to military detention facilities. As a result of these changes, a new concept, a new regulation had to be created, the one titled D-4, the draft of which I have the honor to submit to you, for further review and approval*”¹². The governor signed the new book on 17 November 1930, which came into effect along with Act no. II, concluding the chapter of the 1901 regulations. Enforcement of sentences involving deprivation of liberty could take place in one of the following locations: military detention facilities, camp detention houses, military or civilian hospitals or civilian prisons. After the Trianon Peace Treaty, in November 1921, Act no. XLIX of 1921 on the Army of Hungary came into effect, which established the new standing army of Hungary, to be assembled starting 4 January 1922. The new hierarchy was approved by the Minister of Defense in his decree dated May 1922, according to which the army had jurisdiction over 7 “mixed” brigades. The military detention facilities were established at the premises of these brigades’ headquarters. In Budapest, two facilities operated under 1st Mixed Brigade: one in District VIII, at 41-41 Conti Street, while the other one in District I, 85-87 Margit Blvd.¹³ Military detention facilities were dedicated to the placement of people who under the jurisdiction of a military court had been sentenced to incarceration within strict, medium, light regime prison, a state detention houses or sanctioned with non-criminal detention. Prisoners on remand or those under investigative detention would be housed in one of these facilities as well. Only the Margit Blvd. and the Szeged facilities could house strict regime inmates, and out of these two, only the Margit Blvd. facility served as a state detention center-level housing. Those sentenced to 2 years or less (medium or light regime, or non-criminal detention) were housed within the military prison on the premises of the headquarters where the verdict would be made. On certain special occasions, the commanding officers of the mixed brigades could bring a justified petition to the attention of the Minister of Defense to request the transfer of a given person. Sentences longer than 2 years were to be served in either the Margit Blvd. or the

¹¹ Only in cases, of course, where the strictness of Act no. II was regarded overly harsh and thus ignored, or when regular proceedings and the resulting “better” treatment could be balanced with immediate sentencing.

¹² SCHULTHEISZ, E., *A katonai büntetőtörvénykönyv zsebkönyve* (Pocketbook of the Military Penal Code). Budapest, 1943, p. 9.

¹³ PALLO, J., A honi katonai büntetőjog és a végrehajtás karaktere a két világháború között (Hungarian military criminal law and the character of execution between the two world wars). In: *Scientia et Securitas*, vol. 3, 2023, p. 1-10.

Szeged facilities. The commanding officer once again could request the transfer of a given person to another military prison if the sentence to be served was less than 5 years, or the common offence committed did not refer to moral depravity or wickedness. The same way could commanders request permission from the Minister of Defense for a convict to spend his time in a civilian institution, something that usually involved sentences longer than 5 years for heinous offences. The Minister of Defense relayed the request to the Minister of Justice to secure the admission of the convict in question, which in the end meant that civilian facilities could also be used in certain cases.¹⁴ D-4 had a limited influence on camp detention houses, which were to be involved in sentence enforcement when it was practical. The main purpose of such facilities was to provide secure detention for inmates placed there, to supervise them and to isolate them from the world outside. As a result, discipline was harsh since the facility focused on a most orderly conduct. Remand prisons with a need for medical attention or treatment could be housed in facilities with dedicated wards for the accommodation of these people. Generally, incarceration imposed upon the convict by military court were to be enforced in a military institution, but it was also possible to relegate sentence execution to civilian institutions. The legislator decided so because the military facilities were insufficient to enforce all the punishments imposed by military courts. They presumed that only shorter (less than a year) sentences would be served within the confines of military-managed institutions, while the rest would be handed over to civilian ones.¹⁵ Based on their arrangements, cells were configured to either be single or multi-occupancy ones. Permission for the establishment of military prisons was given by the Minister of Defense in accordance with general dogmatic principles. The minimum expected capacity of these prisons was 100, with strict emphasis on the diligent classification of the inmates. Non-criminal detention was usually enforced in one of the holding cells available. It is apparent that even in this era, strict standards were applicable to these rooms. Single-occupancy cells had to have an internal height of 2,5 meters with 25 cubic meters of required air volume. In the case of multi-occupancy cells, the expectation was an average of 30 cubic meters. Usually, the conditions for light regime prisoners were better and thus more adequate for an overall less strict environment. Each of the cells were equipped with a rudimentary alarm system, using bells, doors were to be kept shut and equipped with peepholes. For security reasons, these doors were left-handed, with pre-determined railings, floor attributes, and detailed instructions on heating, light and ventilation.

Lavatories were installed in the cells, with their parts built into the walls. Officers in light regime had their own fully equipped officers' bed, those in state detention houses could

furnish their own accommodation. Even without going too much into the details we can see that the general characteristics on how to accommodate certain categories of inmates in certain cells is not a new concept, since they had been around decades before. Military prisons were supervised by the Minister of Interior. The institutions themselves answered to the prosecutors of the mixed brigades, through him the regional commander, or to the quartermaster in command, in certain cases, mostly involving fiscal matters. Direct leadership and maintaining discipline were taken care of by the *superintendent*, who was subordinated to the military prosecutor regarding judicial questions, or to the commander in charge of the mixed brigade regarding general matters. Regarding recruitment and HR, it can be said that the procedure was meticulous, with an array of qualifications, attributes and characteristics listed as necessary for being considered: "*They be disciplined and zealous, vigilant and cooperative, focused on good conduct, manly, calm and cool-headed.*"¹⁶ The head officer in the prison was the supervisor, who was the superior of prison guards and jailers. His tasks, as per the regulation, were: "*to raise the mood of his subordinates who might need attention for their work is challenging but important for the protection of law, order and general prosperity.*"¹⁷ His tasks mostly involved managing the inmates, including classifying them into certain categories, to ensure that they are employed and preferably educated. He was also responsible for performing checkups at times of the day, even at midnight. Other positions were that of Chief Officer, Officer, Assistant Officer and Cadet. These were granted to people who applied for them successfully, and most were available in larger military prisons. The examination of applicants was particularly thorough: a high level of literacy, education and general knowledge was expected, and even upon successfully completing them, a year of trial period followed. It is worth pointing out that in order to avoid the constraints and limitations that had been put on the military following the Trianon Peace Treaty, those soldiers who had to be let go due to the expected cutbacks were offered positions among the ranks of the police, the gendarmerie, the prisons or the customs authority. This means that the militarization of the prison service started not in the 1950s by copying the Soviet patterns, but was the result of a much more systematic approach that started in the 1920s. The oath of prison officers solidifies this concept, as it goes: "*I will conduct myself as a patriot, loyal and true, living and dying with honor and virtue.*"¹⁸ Turnkeys were also the members of the staff, they had the responsibilities of a "*quasi-guard*", under the direct supervision of their chief. Officers directly supervised remand prisoners in the larger institutions, Jailers in the smaller ones. Non-commissioned officers and Turnkeys were employed to support them in their duties, who answered to the Chief Jailor. Where providing constant supervision was unviable, daily

¹⁴ Reg. no. D4 § 35.

¹⁵ Before reaching this decision, it is likely that they had considered the fact that a certain part of soldiers serving sentences longer than a year would be removed from the army anyway on the grounds of unworthiness, based on §. 19 of the governing law of the army.

¹⁶ Reg. no. D4 § 60.

¹⁷ Reg. no. D4 § 61.

¹⁸ PALLO, J., A honi katonai büntetőjog és a végrehajtás karaktere a két világháború között (Hungarian military criminal law and the character of execution between the two world wars). In: *Scientia et Securitas*, vol. 3, 2023, p. 1-10.

shifts were organized with soldiers. Incarceration was expected to remain lawful and orderly even in military circumstances, which called for an adequate and effective monitoring and controlling system. The commander in chief of the mixed brigades – along with the prosecutor – could perform visits without prior notice every 3 months, albeit only personally, without the right to relegate this responsibility to someone else.

The head of the regional military courts could also perform supervisory visits, with reports on the findings submitted to the commander in chief.

4. Special Questions Regarding Incarceration in Military Prisons

Remand prisoners were pre-trial detainees, *investigative detainees* were under investigative detention, convicted people in strict regime were called *convicts*, those in medium regime were called *prisoners*, those in state detention centers were *state detainees*, light regime prisoners were inmates, just like those under confinement. Convicts and prisoners were categorized into two groups: group A), which included former officers, or those of higher social status or education, plus junior and non-commissioned officers, who did not lose their rank by being convicted. Group B) was dedicated to the rest of the convicts and prisoners.

This division was a result of a concept according to which: *“short-term incarceration is inherently more harmful for those of intelligent mind, which is important when it comes to individualization.”*¹⁹ Officers were to be separated from the others, junior and non-commissioned officers from the rest of the soldiers, remand prisoners and investigative detainees from those convicted, convicts and prisoners from the inmates. Investigative detainees were to be independently supervised and guarded until their interrogation by the authorities, and processed according to their directives. Even if providing accommodation that fulfilled these requirements proved to be difficult, accomplices were separated nevertheless. If conditions would allow, state detainees were separated for the night. Differentiation among the inmates was prevalent not only in the cells, but also in workshops, classrooms, chapels and even on the prison yard. Investigative detainees became convicted on the day they received the enforcement clause of the commander in chief. Regardless of the time of the day it was delivered, this day was counted as a full one for the duration of the sentence. Convicted people not yet admitted thus started serving their sentence when their actual admission happened. If sentence length was provided by months or years, then it was considered served on the same day of the respective month or year. If it was provided in weeks, 7 days would be counted for a week, with the sentence being served on the last day. On both occasions, release was to be performed at noon, the following day after serving a sentence. Sentence lengths given in days were calculated from noon to noon. If sentence interruption was authorized or clemency was granted, release had to happen immediately. Returning to the

place of detention following sentence interruption was enforced by the military court. In this regard, a great emphasis was put on informing the relevant subjects of their fundamental rights. Sentences were interrupted upon escape; the day of the escape did not count towards the total time served. If the escapee was captured by a law enforcement agency or the military, then calculations on the time served – taking into account his status as an escapee – was calculated accordingly. The Margit blvd. and Szeged military prisons were mandated to periodically submit and forward statistics on the number of places available for housing convicts and prisoners and the actual number of people inside to the Minister of Defense, every month.²⁰ The convicted lived their lives according to the house rules and their daily schedule, and were subordinated to the personnel of the facility. Those of a higher rank were an exception, but even they had to show due respect. Cells had a cell boss, responsible for maintaining order and adherence to the house rules. Convicted were not allowed to engage in business with each other, bargaining, haggling and giving out gifts were prohibited in order to keep the system balanced. They were offered some “free time” they could use to participate in leisure activities or read. Books and other literature that would be considered harmful to the conduct of the people inside was not allowed. Coercive measures implemented in the case of soldiers to maintain order and discipline is a sensitive topic, since there was a chance that they could be utilized against officers as well. These measures were also included in the governing rules, and were to be used only in serious cases involving an antagonistic behavior, violence, or open defiance. Obviously, their role was to protect the facility and its orderly operation, but were flexible enough to be utilized in a proportionate manner, and on an as-needed basis. The use of firearms was only allowed in the case of escape, and only when attempts to have the perpetrator stop were disregarded by the subject. Even when the conditions for the lawful use of firearms were met, their use could not endanger the life of anyone else on the premises. Handcuffs could be used as a preventive measure, particularly when the security of others’, preventing a possible escape attempt or the high risk of the subject called for their use. Fetters weighing 1,5 kilograms could be used in the case of enlisted soldiers and civilians in order to protect the dignity and respect of officers.

5. The Most Important Cornerstones of the Provisions Related to Soldiers

In this study, due to certain constraints and in order to avoid being too expansive, I could only focus on the most important questions of the proceedings. I picked the fields for further analysis from the aspect of correctional law, since they provide a good coverage on the cross-section of the practical and philosophical characteristics of the era. Despite this, and by reaching a bit further than the scope that would be dictated by the title of this essay, I find it necessary to offer an introduction to the crucial aspects of today’s complex regulations. In my opinion,

¹⁹ Explanation of Act no. II. p. 23.

²⁰ Reg. no. D4 § 3.

the current substantial law on the military and incarceration effective enough to satisfy the special requirements that extend to how soldiers are treated by the law. Also, rules regarding the criminal proceedings are set to adhere to the same standards and special requirements, providing a stable foundation for the application of the relevant provisions.

Chapter XII of the General Part of the Criminal Code contains the different reasons for excluding or terminating the perpetrators' liability to punishment,²¹ and the provisions on the various penalties. Chapter XLV of the Special Part sets forth the military offences, of which there is 23²². The perpetrator of these offences can only be members of the military according to the Criminal Code, but²³ anyone can be an accessory (either an instigator or an abettor), which means civilians can also be charged with a crime if, for example, they also participate in a violent act against the superior of a soldier. It is also apparent that several acts are considered offences only when committed by soldiers. Their special situation and those who are regarded as such in the scope of the relevant regulations, however, urged the legislator to establish a unique set of rules that would apply to military offences, which would be considered stricter than that of their civilian counterparts. Procedural law is also different in the case of soldiers, as set by the provisions by Act no. XC of 2017 on the Code of Criminal Procedure²⁴, § 696 (1)²⁵ (hereinafter: CP). The court of first instance in the case of soldiers would be the military panel of the regional court with jurisdiction over the area. The court of second instance is the Budapest-Capital Regional Court. First and second instance courts are headed by one professional judge, and one lay judge.²⁶ The tasks of the prosecution service are carried out by a prosecution office designated by the prosecutor general.²⁷ The commander exercising the employer's rights over the soldier as a quasi-investigative authority carries out investigations. The disciplinary proceedings the offences bring about are also unique to the nature and status of the perpetrator. This involves not having to address the offence in criminal proceedings, but using disciplinary proceedings as the means to adequately sanction the

perpetrator. The prosecution office shall dismiss a crime report or terminate a proceeding, and send all case documents to an entity with disciplinary powers if the objective of punishment for a military misdemeanor can also be achieved by disciplinary punishment.²⁸

The use of this alternative way of approach is only justified in the case of smaller-scale military offences. If a military investigating authority considers it possible to assess a criminal offence in a disciplinary proceeding, it shall forward all case documents to the prosecution service for passing a decision pursuant to the paragraph. Within three days after receipt of the case documents, the proceeding prosecution office shall pass a decision, and take a measure, pursuant to paragraph (1) or send back the case documents to the commander with a view to continuing his investigation [CP § 710 (2)]. The Act on the enforcement of incarceration contains provisions on the soldiers in a general-special concept.²⁹ If a member of the army is deprived of his or her liberty, then the general rules would apply, with changes determined by the Act. If the court specifies a military detention facility as the place for enforcement, then the rules and conditions shall be set according to that of light regime (or low-security penal institution). Therefore, it is important to point out that military detention facilities are not exclusive for the placement of soldiers. Conditions that would give grounds for enforcement in a military detention facility are specified by the Criminal Code.³⁰ If the soldier may continue service, then the place of detention will be a military detention facility, if the length of light regime or confinement does not exceed a year. This means that soldiers may continue serving in active duty after completing their sentence. The rules of enforcement within a military detention facility adhere to the special requirements regarding order and discipline while on duty. The Prison Code gives the Minister responsible for corrections jurisdiction over designating the prison that would serve as the place of detention for soldiers deprived of their liberty.³¹ Inmates considered as soldiers are to be separated from the rest of the prisoners, which means that certain conditions to allow their separation have to

²¹ Act no. XC of 2017 on the Criminal Procedure.

²² These offences are regulated by § 434- 457: desertion, arbitrary leave, evading service, refuse of service, breach of duty during service, evading a service duty, violation of reporting obligation, abuse of service authority, mutiny, failure to prevent mutiny, disobeying an order, violence against a military superior or a serving officer, violence against a person defending or required to defend a military superior or as serving officer, violation of service reputation, provoking dissatisfaction, insulting a subordinate, abuse of power by a military superior, failure of a military superior to provide care, failure of a military superior to take action, failure to carry out control, endangering an increase in the state of readiness, commander's breach of duty, evading combat obligation, undermining military morale.

²³ Based on § 127 (1) of the Criminal Code, these are: member of the Hungarian Defence Forces, a professional member of the police, the Parliamentary Guard, the prison service, the professional disaster management organ, or the civil national security services.

²⁴ Act no. XC of 2017 on the Criminal Procedure.

²⁵ Any offence committed by a member of the Hungarian Defence Forces, a professional member of the police, the Parliamentary Guard, the prison service, the professional disaster management organ, or the civil national security services during the period of their active duty, or other offences perpetrated in the place of service or related to the service; offences to be acted upon by the jurisdiction of Hungary committed, unless otherwise specified by an international treaty promulgated in an act, committed on vessels flying the flag of Hungary, on aircrafts flying the flag of Hungary, or otherwise committed in Hungary.

²⁶ CP § 698 (3).

²⁷ CP § 698 (1-2).

²⁸ CP § 710 (1).

²⁹ Act no. CCXL on the enforcement of sanctions, measures, certain coercive measures and confinement (hereinafter: Prison Code).

³⁰ Criminal Code § 127 (1), § 132.

³¹ Ministry of Interior Decree no. 16/2018 (VI. 7.) on the rules concerning the designation of facilities to enforce sanctions, measures, certain coercive measures and confinement. (Tököl National Prison currently serves as the place of accommodation for soldiers).

be met by the place designated, through an independent section. There is also a unique internal classification in place, aimed at dividing them based on their status. The reason for this lies in the structure of the military hierarchy, which draws a strong dividing line between officers and enlisted. However, the same regulation also allows for other forms of classification, for example due to military interests, but the purpose of this measure has to be pre-determined and should not be used to provide unjust benefits for the soldiers involved. There are also limitations in place on how to exercise rights and obligations stemming from the duty, since the regulations provide that these can only reach as far as the sanctions or the pertaining regulations would allow, and observing them would not endanger the chief purpose of the sanction. For the duration of the deprivation of liberty, soldiers are temporarily removed from the chain of command to ensure the proper enforcement of the sanction and the achievement of its purpose. In practice, this means that according to the Prison Code, the soldiers' rights to exercise command and the powers of a higher authority are temporarily revoked, their right to bear arms is suspended, cannot perform service-related duties and they must wear uniforms without ranks and insignia. This shows that despite the position and rank of the soldiers deprived from their liberty, for the duration of the punishment they are in a unique situation in which obligations and rights stemming from their service are over written by the sanctions imposed upon them by the verdict. Convicts regarded as soldiers shall include among their contact persons the commander exercising employer's rights or his or her delegate, as per the Prison Code. Considering the fact that soldiers may return to their duties after serving a sentence, it is of paramount importance that this occurs seamlessly. The commanding officer has extensive influence over shaping the environment the soldiers return to after having served their sentence, and for this endeavor, staying in touch with them is beneficial. It is the obligation of the commanding officer to act as a *quasi-probation officer* in leading these people back to service and active duty. During enforcement, the soldiers have to be provided opportunities to maintain and preferably develop the professional skills associated with their service position. Ensuring this is vital to the successful reinsertion into the service they had been performing before being convicted. The Act also sets forth that the soldiers are expected to stay in contact with their corps.³²

6. Closing Thoughts

As a summary, it can be emphasized that creating Act no. II provided a legal way to prove that focusing only on the puni-

tive and retributive side of punishments is not a proper way, even in the case of those who willingly violate a system based on order and discipline. Contemporary legislators recognized the fact that having a system that is more effective in preventing offences was absolutely necessary, which paved the way for a more pragmatic approach. The point of this approach was that even the smallest, most minuscule form of punishment can be adequate (and just) to achieve the intended effect. In other words: they did not wish exceed than what was necessary to protect society. In a sense, this philosophy broke away with the sometimes overly strict and proportionate approach with the Csemegi Code. The general explanation for Act no II. pointed out this fact, and – albeit cautiously – stated the following: *“Harsh rigidity is not always beneficial to keeping discipline. However, one cannot shy away from the fact that sometimes, military needs would require a punishment to be harsher than what is already there.”*³³ In my opinion, the current system meets the expectations of the legislator. The issue is well-regulated in a way that satisfies the most peculiar of needs in a state of law, which also underlines the adaptability and professional quality of the relevant regulations. From a practical approach, having the Prison Code provide the system and rules on the procedure is also advantageous, since it eliminates needless redundancy and the resulting excess costs. Finally, it has to be noted that nowadays, the Hungarian Defence Forces is undergoing various developments in connection to the challenges in national security, which will in the end provide a new foundation for the military status quo. The volume, philosophy and direction of these changes brings forward the question whether independent instruments shall be drafted on the substantive and procedural side of military justice, which is – as we have seen it already – something we are not entirely unfamiliar with. We can state one thing for certain, knowing the relevant material: first of all, we have to credit where credit's due: our predecessors, with their codification performance, drafted something on par even with the Csemegi Code. We also see an eternal truth: *Nihil sub sole novum*, meaning that here is nothing new under the sun. Regardless of the field, thoughts, solutions and practices from the past keep emerging, and are sometimes dusted off, re-interpreted according to the era they are studied in and then re-introduced as novelties. In the end, these will always remain the refurbished versions of old ideas, and will never be real novelties. This results in an exciting question: keeping its framework of interpretation, how can criminal law, as a profession and science develop further and which penological directions can it expand with its subject.

³² Prison Code § 206.

³³ Explanation of Act no. II, p.1.

Service Pragmatics as a Tool for State Crisis Management Examples from German, French, Austrian and Hungarian Legal History*

Balázs Sallai**

Abstract

The nation-states of 19th and 20th century Europe often created, or at least tried to create, so-called service pragmatics, that incorporated the most important issues of public service law, such as the rights and duties of officials. In many cases, the codification processes were preceded by a kind of struggle, as the civil servants involved tried to apply the code, that conflicted with the government's interests on several points. It also happened, however, that the interests of the government dictated the codification, for example in some crisis period of state life, when such a code of laws was hoped for restabilization. This study also focuses on the latter phenomenon, in which, through some successful or unsuccessful examples, I try to shed light on how the codification of service pragmatics can be used as a tool for state crisis management.

Keywords: service pragmatics; civil service; codification; state crisis; bureaucracy; Hungary; Germany; Austria; France.

1. Introduction

During the heyday of civil service (or professional bureaucracy) in Max Weber's sense, in the second half of the 19th century and the first half of the 20th century, service pragmatics were created for civil servants in many European states. This meant nothing more than a civil service code, that applied to a significant group of officials – if not all civil servants – regarding their personal scope, and that codified their rights and obligations. At the same time, it would be a mistake to assume that all rights and obligations were included in one such code, since the legislators rather envisioned these kind of norms as general rules of civil service. However, the number of pragmatics that gained legal force was a fraction of the number of drafts made in this subject. Thus, I will examine certain drafts - if only because of the codification interactions - in connection with the explanation of the topic. All the more so, since the purpose of this study is to analyze service pragmatics as reactions to some crisis phenomenon in state life.

For this, of course, it is not enough to analyze these laws and drafts as mere legal texts; rather, it is worth exploring the circumstances of their origin. When I began to investigate the codification processes of pragmatics, it became apparent almost from the first minute that these phenomena are closely related to their own historical context, so that they cannot be effectively researched with a purely jurisprudential approach, separated

from the given public and political historical environment. In my present work, this becomes a concrete and tangible statement: I will illustrate through examples taken from German, French, Austrian and Hungarian legal history that due to the politicized nature of the phenomenon of service pragmatics, it could be “used” as an effective tool to maintain the unity of the state, to ensure state functioning, and that is more important, in order to solve the crisis periods of the state. Even if, as we will see later, this method was, in many cases, a belated or misguided attempt of crisis management.

2. The Rise and Fall of Pragmatics: the German Law

Ferenc Keleti, one of the earliest Hungarian experts in public service law, considered service pragmatics to be one of the most important elements of public law thinking in dualism following the Napoleonic period. As he wrote: “[pragmatics] is inevitably necessary for the sake of the state and its citizens. This generally felt need, especially since the founding of the people's representative constitutions, led to the creation of civil service regulations, i.e. civil service pragmatics, in several states.”¹

His reasoning, however, may give the impression that the idea of pragmatics appeared after the 1848 period. Despite this, the exemplary opus of this “genre” entered into force on January 1, 1805. This was the code of Bavarian state officials (*bayerische Hauptlandspragmatik*), that still felt its influence in the German-type civil service systems two hundred years later.²

* Supported by the ÚNKP-22-3 New National Excellence Program of the Ministry for Culture and Innovation from the source of the National Research, Development and Innovation Fund. Supported by the PhD Excellence Scholarship from the Count István Tisza Foundation for the University of Debrecen.

** Dr. Balázs Sallai, Department of Legal History, Faculty of Law, University of Debrecen, Hungary, email: sallaibalazs@mailbox.unideb.hu / ORCID 0000-0002-6897-2872.

¹ KELETI, F., *Az államszolgálat jogi természete és a rendszeres államszolgálati pragmatika elvei*. Budapest, 1886, p. 217.

² HAZAFI, Z., *Közzolgálati minták, modellek és trendek az Európai Unió tagállamaiban*. In: *Belügyi Szemle*, vol. 69, Nr. 8, 2021, p. 1288. (doi: 10.38146/BSZ.2021.8.1)

The goal of strengthening the state was already present in the legal and political background of this code: the application was already based on contracts, introduced a fixed salary system and aimed at building a trained bureaucracy.³ According to Josef Jakob, it was also an important turning point that the code made the right to hold office independent of social origin, and that the loyalty of officials was no longer sought to be achieved by the threat of sanctions, but by rewards, that was a strong change in attitude compared to previous conditions.⁴ The legal relationship defined this way was also new: it no longer had the content of private law, but of public law,⁵ and moreover, in this way, it was of a guarantee nature, as the protection against simple dismissal was included in legislative acts. The codification was carried out during Montgelas' reforms,⁶ but one of the contemporaneous polymaths of jurisprudence, Gönner, was also actively involved in the process, and in 1808 he wrote the first commentary on pragmatics,⁷ that with minor modifications remained in effect in Bavaria until 1908.⁸ Therefore, it is perhaps not an exaggeration to say that this piece of legislation achieved a real triumph in the field of civil service, and served as a model in many cases, an example for Bismarck, who wanted to consolidate the unified Germany.

Keleti, who was an enthusiastic supporter of the idea of pragmatism, often exemplified the iron chancellor's - if you like - personal success, the creation of the *Reichsbeamtengesetz*⁹ in 1873. According to him, the creation of a legal status law for imperial officials was an important step in the practical implementation of the little German unity, that is why Bismarck treated this issue as a priority, and already in 1869 (that is, at the time of the North German Confederation) he prepared a proposal on the subject. After several unsuccessful attempts in 1873, it seemed that pragmatics could be made law, but the draft voted by the Reichstag was rejected by the *Reichsrat*. However, the chancellor quickly corrected the objectionable parts, so the *Reichsbeamten-*

gesetz was born on March 31, 1873 (adopted with the fourth text version).¹⁰ "Bismarck gave a bright proof of his statesmanlike insight when [...] he worked with zeal, as soon as possible, to create and implement a service pragmatics for the imperial officials",¹¹ writes Keleti. How crucial Bismarck considered the professional and efficient operation of the public service to be is also well exemplified by the *bon mot* attributed to him: it is possible to govern with good civil servants and bad laws, but the other way around is not possible.

The *Reichsbeamtengesetz* also proved to be a successful codification: with a novel amendment in 1907,¹² it remained in force in certain parts of Germany until 1937, when the Nazi regime replaced it obviously for ideological reasons. The German public administration enjoyed its heyday until the turn of the century – thanks to the advanced concept of civil service and the code – at which time the specialized apparatus of the state administration was built and the idea of service-oriented public administration appeared¹³ and the German system of state administration was influenced the administrative law in other states, for example in Luxembourg, Belgium or Japan.¹⁴

However, the decline inevitably left its mark on the period that led to the National Socialist takeover. During the Weimar Republic, no unified code was prepared, although the 1919 constitution prescribed its creation.¹⁵ Regardless, the constitution contained some basic provisions on this subject,¹⁶ but apart from that, no particular changes took place in the content of the civil service,¹⁷ and a new code did not replace the previously codified law. Moreover, in contrast to the previous system, the republic rather deprived its officials of their privileges, which caused quite a bit of resistance from this social stratum.¹⁸ Péter D. Forgács vividly presents how the officials of the republic slowly turned against their own "employer", the state; in fact, he directly claims that the fall of the Weimar state was not caused by the world economic crisis, but rather by a package of austerity measures affecting the allowances of civil

³ WUNDER, B., Das erste deutsche Beamtengesetz: Die bayerische Hauptlandespragmatik vom 1. Januar 1805. In: *Zeitschrift für Beamtenrecht*, vol. 15, Nr. 1-2, 2005, p. 2-12.

⁴ JAKOB, J., *Die Studentenverbindungen und ihr Verhältnis zu Staat und Gesellschaft an der Ludwigs-Maximilians-Universität Landshut / München von 1800 bis 1833*. München, [without year of publication], p. 19-20.

⁵ SCHMIDT, T., *Beamtenrecht*. Tübingen, 2017, p. 7-8.

⁶ KLEINHEYER, G. - SCHRÖDER, J. (Hrsg.), *Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten*. Tübingen, 2017, p. 325.

⁷ GÖNNER, N., *Der Staatsdienst aus dem Gesichtspunkt des Rechts und der Nationalökonomie betrachtet: nebst der Hauptlandespragmatik über die Dienstverhältnisse der Staatsdiener im Königreiche Baiern mit erläuternden Anmerkungen*. Landshut, 1808, passim.

⁸ [without author], A bajor tisztviselők szolgálati pragmatikája. In: *Állami Tisztviselők Lapja*, vol. 29, Nr. 12, 1908, p. 94-95.

⁹ Gesetz, betreffend die Rechtsverhältnisse der Reichsbeamten (1873. III. 31.). In: *Deutsches Reichsgesetzblatt X. 1873*, p. 61-90. (= *Reichsbeamtengesetz*)

¹⁰ KELETI, E., Kormányaink és a szolgálati pragmatika. In: *Állami Tisztviselők Lapja*, vol. 27, Nr. 33, 1906 p. 266.; KELETI *Op. cit.* (1886) p. 324-326.

¹¹ KELETI, F., *Törvényjavaslat-tervezet az állami tisztviselők, altisztek és szolgák jogviszonyainak szabályozásáról. (Államszolgálati pragmatika)*. Budapest, 1897, p. 181.

¹² POLLOCK, J.- BOERNER, A., *The German Civil Service Act*. [without place of publication], 1938, p. 5.

¹³ STIPTA, I., A német államszervezet és jogrendszer (1789-1866). In: BÓNIS, P. - GÖNCZI, K. - KONCZ, I. - SIPTA, I., *Egyetemes állam- és jogtörténet*. Budapest, 2019, p. 316.

¹⁴ LUCIUS, R., Auf dem Schreibtisch jedes preußischen Beamten. Fernwirkungen von Robert Graf Hue de Grais bis nach Japan. In: *Journal on European History of Law*, vol. 13, Nr. 2, 2022, p. 26-28.

¹⁵ MÁRTONFFY, K., Köztisztviselők szolgálati pragmatikája. In: MÁRTONFFY, K. (Ed.), *Fejezetek a közjog és a közigazgatási jog köréből*. Budapest, 1932, p. 330.

¹⁶ SCHEERBATH, H. W. - HÖFFKEN, H., *Beamtenrecht*. Siegburg, 1985, p. 43.; STOLLEIS, M., *A History of Public Law in Germany 1914-1945*. Oxford, 2004, p. 191.

¹⁷ AUFHAUSER, R. et al.: *Beamtenrecht*. Kochel am See, 1994, p. 7.

¹⁸ FORGÁCS, P., *A bürokrácia szociológiája*. Budapest, 2019, p. 113-114.

servants.¹⁹ Thus, the loyalty of the civil servants shifted from the state to the opposition,²⁰ which the NSDAP was able to exploit.²¹ This tendency was probably only strengthened by a “semi-codification:” in 1922, a law was passed on the duties of officials in order to protect the republican system, that - with its strictness - only meant new burdens for this layer, without much compensation.²² The law did not mention the rights of officials, and it did not contain any guarantee provisions for them. (Hence the name “semi-codification”, since service pragmatics is a collection of rights and obligations of civil servants, ideally). Later, in 1927, a general pragmatics draft was prepared, but it never became a law.²³ In this way, the constantly decaying morale among the officials shows a picture completely opposite to the positive effects caused by the 1873 code, that a well-designed pragmatics might have been able to push in a more appropriate direction.

3. The Short History of Efforts in French

In 19th-century France, officials often voiced their dissatisfaction, as their employment relationship was regulated by inferior, easily modifiable legal sources in the absence of sufficient guarantees.²⁴ This was especially true for those working in ministries: simple instructions regulated otherwise essential labor standards, such as disciplinary law or promotion conditions,²⁵ and nepotism and protectionism were rampant throughout the public administration.²⁶ The situation was aggravated by the fact that for a long time it was not possible to clarify the right of the officials to unionize and strike. Thus, several interest protection associations were established in reference to the 1884 Act on Associations, that the government did not receive kindly, since this was a regulation invented for civil associations.

The civil servants claimed that they were also covered by the Act, while the government did not agree. Moreover, several such associations wanted to join the general trade union, the

so-called the Confédération Générale du Travail.²⁷ By 1909, several stakeholders had enough of the untenable situation, so a huge strike unfolded, in which the postal and telegraph workers played the primary role, paralyzing the center of the country, Paris, for days. After that, the issue had to be dealt with, so the government - in order to alleviate the crisis - began to create an act on civil servants, despite rigidly refraining from doing so until then. This draft was completed in 1910,²⁸ and it rather tried to suppress the general disobedience of the civil service - similar to the intention of this kind was also visible in Austrian pragmatics - for example by extensive regulation of disciplinary law.²⁹ The right to strike would still not have been guaranteed by the draft,³⁰ but the automatic promotion system appeared in it, that would have excluded the tradition of recommendations (mostly from representatives, senators or other politicians).³¹ This document, although it was presented to the legislature, ultimately did not gain normative force. The 1920 attempt also failed to pass the legislature.³² Finally, during the administrative reforms of 1945/46, the first legislation with a „codex-nature” was adopted.³³

4. The Belated Preservation of the Habsburg Conception of the State: the Austrian Codex

The Austrian bureaucracy that developed in the 19th century created a real ethos for itself: it maintained a special relationship with the dynasty,³⁴ and important criteria were – in addition to professional standards – loyalty, accuracy and obedience, and the professional secrecy were also important.³⁵ There were strong Catholic influences on some of the requirements for civil servants, which provided a strong ethical foundation for the quality of office. These values were, in addition to moral life, apoliticity, objectivity, fairness, and piety.³⁶ Its highly qualified officials were loyal to Franz Joseph,³⁷ who also defined himself as an official. In terms of their day-to-day operations, it is im-

¹⁹ Nevertheless, poor economic conditions and the global economic crisis contributed to the fall of the Weimar State. GÓMEZ, D. P., The Failure of the Weimar Constitution: Institutional Keys and Lessons to be Drawn. In: *Journal on European History of Law*, vol. 11, Nr. 1, 2020, p. 192.

²⁰ *Ibid.*

²¹ WUNDER, B., *Geschichte der Bürokratie in Deutschland*. Frankfurt am Main, 1986, p. 111.; SALLAI, B., A bürokráciáról- újra. In: *Pro Publico Bono*, vol. 10, Nr. 2, 2022, p. 71. (doi: 10.32575/ppb.2022.2.3)

²² Gesetz über die Pflichten der Beamten zum Schutze der Republik. Vom 21. Juli 1922. (source: http://www.documentarchiv.de/wr/rbeamte-pflicht_ges.html) (downloaded: 2022. 11. 01.)

²³ KARCSAY, S., A német tisztviselőtörvény alapelvei. In: *Közigazgatástudomány*, vol. 4, Nr. 4, 1941, p. 136.

²⁴ JÉZE, G., *Das Verwaltungsrecht der Französischen Republik*. Tübingen, 1913, p. 164.

²⁵ LUKÁCS, Gy., *A francia közigazgatás szervezete*. Budapest, 1894, p. 81.

²⁶ [without author], Franciaország állami tisztviselői. *Állami Tisztviselők Lapja* vol. 30. Nr. 19, 1909, p. 157.

²⁷ ANKWITZ, J., Die Arbeiterbewegung und der Entwurf einer Dienstpragmatik in Frankreich. *Österreichische Rundschau*, vol. 27., 1910, p. 345-347.

²⁸ ANKWITZ *Op. cit.* 347.

²⁹ [without author], A francia tisztviselőtörvény. *Állami Tisztviselők Lapja*, vol. 31, Nr. 7, 1910, p. 60.

³⁰ *Ibid.*

³¹ ANKWITZ *Op. cit.* 347.

³² MÁRTONNFY, K., *A község utánpótlása és a gyakorlati közigazgatási vizsgáról szóló törvény magyarázata*. Pécs, 1935, p. 45.

³³ VAN DER MEER, F. et al., *Comparative Civil Service Systems in the 21st Century*. London, 2015.², p. 39.; HZAFI, Z., A legújabb fejlődési irányok a francia községben. In: CSÓKA, G. - LUDÁNYI, D. (szerk.), *Főbb községügyi modellek Európában*. Budapest, 2023, p. 58.

³⁴ SOMOGYI, É., Az Osztrák- Magyar Monarchia vezető bürokráciájának identitásproblémái. In: *Világtörténet*, vol. 42, Nr. 1, 2006, p. 32.

³⁵ RÉCSI, E., *Közigazgatási törvénytudomány kézikönyve, az Ausztriai Birodalmi törvényhozás jelen állása szerint különös tekintettel Magyarországra. I.* Pest, 1854, p. 307-310.; HEINDL, W., *Josephinische Mandarine. Bürokratie und Beamte in Österreich 1848-1914*. Wien, 2013, p. 89, 91.

³⁶ HEINDL *Op. cit.* (2013) p. 90, 95.

³⁷ HEINDL *Op. cit.* (2013) p. 91-92.

portant to point out that corruption was virtually non-existent, and, due to ethical impregnation, treated the subjects fairly.³⁸ Austria – and the imperial power – therefore relied heavily on its official apparatus, which was permeated by the Habsburg idea of the state until the 1890s,³⁹ and therefore functioned efficiently (“*im Takte des Radetzky-marsch*” [to the rhythm of the Radetzky-mars]).

This unshakable pillar of the Habsburg Empire had undergone changes following the 1890s. The centralization of the public administration caused increasing difficulties,⁴⁰ and the proposed reforms did not yield any particular results.⁴¹ The bureaucratic structure at this time began to outgrow of its own framework: the number of officials was increasing, the number of tasks was growing, and the pervasive requirement of secrecy began to make the organization’s own operation impossible.⁴² The most visual conflict was the struggle between Czech and German-speaking officials – also in the physical sense – that affected the use of administrative language and unfolded as a result of a reform by Prime Minister Badeni.⁴³ Nationalism, that in general constituted one of the main crises of the Monarchy when it came to nationality issues, also affected the bureaucracy in this way. Thus, the previously homogeneous group of civil servants, that otherwise represented a closed group, based on intermarriages, began to change, to “dilute,” as did the thus far untouchable idea of the Habsburg State.⁴⁴ The younger generation no longer recognized it as an ideological background, so they often clashed with the older generation in the early 1900 s, leading to the division of the community.⁴⁵ The new officials no longer distanced themselves from politics either: they kept in touch with the popular parties that appeared at the time.⁴⁶ This was clearly to the advantage of both: the articulation of officials’ interests in political forums and the bureaucracy that supported / did not necessarily oppose political aspirations were mutually beneficial. Cooperation with party politics assisted the officials in collective wage bargaining (salaries were revised in 1898 as well as in 1907 and 1911)⁴⁷ and in their struggles for public service pragmat-

ics. At the time of the 1911 elections, an advocacy group of Austrian officials called on officials to cast their vote only for candidates who openly supported the cause of pragmatics.⁴⁸ The biggest event in this respect, which also caused international repercussions, was the Trieste strike of 1911. For the first time in the history of the Austrian civil service, officials in the then Austrian port city resorted to this drastic measure to save wages and because of a lack of pragmatism in the service, and there were fears that the protests would spread to Vienna and Prague.⁴⁹

The efforts to establish a comprehensive (general) civil service code must therefore be interpreted within the context outlined above. The first official memoir discussing the need for pragmatics was written in 1874, and a committee for the work was already established in 1879. However, this was not successful, so it was abolished in 1881. The „operation” of the committee is well illustrated by the fact that it did not hold any meetings between November 1879 and January 1881.⁵⁰ Representatives of the Diet of Hungary were not satisfied with this, thus, after a motion was passed, a draft was made in 1882 but it was also not adopted. Thus, the issue of pragmatics was removed from the agenda, and even though in 1885, the press believed that the government was working on the proposal,⁵¹ nothing happened. Attempts that were truly promising began to multiply around the turn of the century. In 1897, one of the national organizations for officials announced a tender for the preparation of a public service pragmatics.⁵² Based on this, a draft was formulated by *Scherer*, which was published in printed form in 1900. Meanwhile, the political environment was not adequate: until the mid-1890s, the conservative *Taaffe* government made it clear that the idea of public service pragmatics was not supported.⁵³

Imperial politics, however, supported the officials, thus, in 1909, a standing committee of the Diet dealt with the issue,⁵⁴ the legislative debate on the draft code began in November 1911, and lasted until March 1913.⁵⁵ This itself shows the weight of the issue. At the very beginning of the negotiations,

³⁸ HEINDL *Op. cit.* (2013) p. 139.; JÁSZI, O., *A Habsburg- monarchia felbomlása*. Budapest, 1983, p. 247.

³⁹ JÁSZI *Op. cit.* p. 247.

⁴⁰ SOMOGYI *Op. cit.* p. 32.

⁴¹ JÁSZI *Op. cit.* p. 247-249.; GONDA, I.- NIEDERHAUSER, E., *A Habsburgok*. Budapest, 1987, p. 288.

⁴² JÁSZI *Op. cit.* p. 245.

⁴³ HEINDL *Op. cit.* (2013) p. 116.; DEÁK, I., *Der k. (u.) k. Offizier 1848-1918*. Wien, 1991, p. 87.

⁴⁴ SOMOGYI *Op. cit.* p. 35.

⁴⁵ HEINDL *Op. cit.* (2013) p. 160-164.

⁴⁶ HEINDL *Op. cit.* (2013) p. 139, 145.

⁴⁷ Dr. KATONA [Csikvári, J.], Az osztrákok fizetésrendezése. In: *Állami Tisztviselők Lapja*, vol. 32, Nr. 28, 1911, p. 237-238.; [without author], Az osztrákok lakáspéz-rendezése. In: *Állami Tisztviselők Lapja*, vol. 32, Nr. 29-30, 1911, p. 245-246.

⁴⁸ [without author], Az osztrák állami tisztviselők. In: *Állami Tisztviselők Lapja*, vol. 32, Nr. 14, 1911, p. 127.

⁴⁹ CSIKVÁRI, J., Passzív rezisztencia. In: *Állami Tisztviselők Lapja*, vol. 32, Nr. 6, 1911, p. 45-46; KOSINSZKY, V., A trieszti sztrájk. In: *Állami Tisztviselők Lapja*, vol. 32, Nr. 6, 1911, p. 47-48.

⁵⁰ KELETI *Op. cit.* (1886) p. 422-423.

⁵¹ KELETI *Op. cit.* (1886) p. 424.

⁵² SCHERER, H., *Entwurf einer Dienstrepräsentation für k. k. Civil-Staatsbeamte*. Wien, 1900, p. 1. Ferenc Keleti incorrectly states that the tender was unsuccessful. KELETI, F., Szolgálati pragmatika I. In: *Ügvyédek Lapja*, vol. 16, Nr. 34, 1899, p. 4.

⁵³ HEINDL *Op. cit.* (2013) p. 100.

⁵⁴ [without author], Az osztrák állami tisztviselők szolgálati pragmatikája. In: *Állami Tisztviselők Lapja*, vol. 30, Nr. 17, 1909, p. 156.

⁵⁵ HEINDL *Op. cit.* (2013) p. 141.

for example, the delicate issue of the right to strike arose,⁵⁶ which was rejected by the government, probably learning from the events that took place in Trieste at the beginning of that year, which may have played a significant role in the starting the codification process. In addition, a relatively consensual position still had to be reached on several issues, as officials were not satisfied with the draft of 1911.⁵⁷ Finally, on January 25, 1914, the *Dienstpragmatik*⁵⁸ was passed in the form of an act. The process was greatly aided by Prime Minister Badeni who sought to introduce reforms in the public administration, including pragmatics.⁵⁹ The codified law served as a guarantee for officials (for example in the field of disciplinary procedures),⁶⁰ but *Heindl* noted that it was only a summary of the rights and obligations that had already existed until then.⁶¹ In this way, it tried to preserve the state of the civil service before the turn of the century, and without any particular innovation, it tried to throw an obstacle the way of the changes described above. A Hungarian author wrote in 1908: “*We would never ask for Austrian pragmatics. It will not be a law of rights and obligations of officials that is based on conscientious foundation, but the incorporation of today’s subordination and strict discipline into legal rules, without any freedom or political independence.*”⁶²

The code could not fulfil its intended role due to the outbreak of the war: a few years after its entry into force, the Monarchy disintegrated, although the administration was successful in maintaining the appearance of viability until the last moment of the break-up of the administration.⁶³ However, the new republican system that emerged, albeit out of compulsion, retained the Code of 1914 with some amendments, that then “ran” its true career and remained in force until 1979.⁶⁴ The legal and political considerations behind the 1914 codification are clear: with the help of the paragraphs, the drafters tried to preserve and reverse the disintegrating civil service system and clerical values, compared to the ideals of the 19th century.

5. Guarantee or Legitimacy? Hungarian Codification Efforts after the Turn of the Century

The history of efforts to create service pragmatics is actually as old as the creation of the dual monarchy. Nevertheless, it would go well beyond the scope of this study if I were to describe the “pragmatics battles” before the turn of the century here, so the focus now falls only on the beginning of the 1900s.⁶⁵

Although some drafts of pragmatics were prepared even in the “long” 19th century, the power elites did not support the cause of the civil service code. Kálmán Tisza and his successor, Gyula Szapáry, tried to maintain the status quo of the civil service, as this served their centralization aspirations the most. Although the elder Tisza was initially interested in pragmatics, he “did not bring the issue before the House.”⁶⁶ The situation was the same during the government of Dezső Bánffy and István Tisza.⁶⁷

In 1901, Prime Minister Kálmán Széll also promised resolve the efforts related to the civil service code, but it did not take place.⁶⁸ The real turning point was the formation of the Fejérváry government that tried to counterbalance its lack of legitimacy by, among other things, winning the support of officials, so the issue of pragmatics was included in its government program.⁶⁹ Thus, in 1905, the Council of Ministers set up a committee, which began its work the following year (its first session began on November 20, 1905, at 11:00 a.m.), and started its work the following year.⁷⁰ As far as it can be seen from the archival documents, the committee met relatively few times, rather the few people working on the draft did the lion’s share of the work. The draft, which was actually prepared by János Marschalkó, was also published in print in 1908,⁷¹ but the concerned circles could not be happy with this spectacular partial result for long, as the Wekerle government abolished the committee.⁷² By this time, however, several proposals were

⁵⁶ HEINDL, W., Was ist Reform? Überlegungen zum Verhältnis von Bürokratie, Staat und Gesellschaft in Österreich. In: RUMPLER, H. (Hrsg.), *Innere Staatsbildung und gesellschaftliche Modernisierung in Österreich und Deutschland 1867/71 bis 1914*. Wien-München, 1991, p. 170.

⁵⁷ [without author], Külföld. Az osztrák szolgálati pragmatika javaslat. In: *Állami Tisztviselők Lapja*, vol. 32, Nr. 8, 1911, p. 77.

⁵⁸ 15. Gesetz vom 25. Jänner 1914, betreffend das Dienstverhältnis der Staatsbeamten und der Staatsdienerschaft. In: *Reichsgesetzblatt XV*. 1914, p. 87-116. (= *Dienstpragmatik*)

⁵⁹ HEINDL *Op. cit.* (2013) p. 100.

⁶⁰ GARSTENAUER, T., Jenseits einer »bloßen Formuliersammlung«. Das Disziplinarverfahren nach der Dienstpragmatik 1914 und seine Umsetzung. In: PLENER, P. - WERBER, N. - WOLF, B. (Hrsg.), *Das Formular*. Berlin-Heidelberg, 2022, p. 90.

⁶¹ HEINDL *Op. cit.* (2013) p. 141.

⁶² Dr. KATONA [Csikvári, J.], Az osztrák tisztviselők helyzete. In: *Állami Tisztviselők Lapja*, vol. 29, Nr. 17, 1908, p. 134.

⁶³ FORGÁCS *Op. cit.* p. 41.

⁶⁴ KUCSKO-STADLMAYER, G., *Das Disziplinarrecht der Beamten*. Wien, 2010, p. 2.

⁶⁵ On efforts before the turn of the century, see: PÉTERVÁRI, M., The History of Hungarian Civil Service from the Austro-Hungarian Compromise of 1867 to the First World War. In: *Journal on European History of Law*, vol. 8, Nr. 1, 2017, p. 117-119; SALLAI, B., Szolgálati pragmatika a Lajtán innen és túl: törekvések a közszerológálati kódex megalkotására a Monarchiában. In: *Jogtörténeti Szemle*, vol. 21, Nr. 1, 2023, p. 42-43.

⁶⁶ KELETI, F., Kormányaink és a szolgálati pragmatika. In: *Állami Tisztviselők Lapja*, vol. 27, Nr. 33, 1906, p. 265.

⁶⁷ CSIKVÁRI, J., A kormány és a tisztviselők. In: *Állami Tisztviselők Lapja*, vol. 30, Nr. 20, 1909, p. 159-160; MOCSÁRI, B., Küldöttség a miniszterelnöknél a szolgálati pragmatika érdekében. In: *Állami Tisztviselők Lapja*, vol. 35, Nr. 8, 1914, p. 85-86.

⁶⁸ HAMPEL, A., Szolgálati pragmatika. In: *Magyar Közigazgatás*, vol. 32, Nr. 40, 1918, p. 1.

⁶⁹ Hungarian National Archives, Archives of the Ministry of Interior (= HNA AMI) K 26 1907- XLI-18 720., 5025/1905.

⁷⁰ HNA AMI K 26 1907- XLI-18 720., 5087/1905.

⁷¹ Hungarian National Archives, Archives of the Ministry of Justice (= HNA AMJ) K 579 T389.

⁷² CSIZMADIA, A., *A magyar közigazgatás fejlődése a XVIII. századtól a tanácsrendszer létrejöttéig*. Budapest, 1976, p. 449.

already available, so the issue was only dependent on political intentions. In 1905, judge József Madarász wrote a draft,⁷³ specifically for the legal relations of non-commissioned officers and servants. This work was later revised by Imre Nagy.⁷⁴ These works largely built on Ferenc Keleti's 1897 civil service pragmatics project,⁷⁵ that has already been mentioned several times. In addition, the Congress of civil servants in 1907 and 1909 also prepared a detailed report serving as the basis for a future pragmatics draft.⁷⁶ Despite this, the matter of the code was removed from the agenda anyway. However, during Sándor Wekerle's third term as prime minister, he saw the time had come to enshrine service pragmatics in law, so he published the ministerial draft set aside in 1908 for the opinion of the law preparation committee of the Ministry of Justice in 1918. In response to the news of the preparation, the National Association of State Officials prepared its own draft in 1917, which it sent to the Prime Minister.⁷⁷ The differences between the two drafts were summarized in an official opinion in the following way: the variant that the association sent "*wants to provide more significant benefits and, on top of that, a certain right of self-government.*"⁷⁸ Wekerle urged the opinion because he wanted to present the proposal to the House in the fall of 1918,⁷⁹ since such a code would probably have been an effective support for the reorganized state in a post-war crisis period. However, due to the collapse of 1918, pragmatics became a lost issue again, and in Hungary it was not enacted successfully later either.⁸⁰

6. Conclusions: the Links between Successful and Unsuccessful Crisis Management and Codifications

"Service pragmatics are in the interest of the state also because it is a powerful tool for maintaining, consolidating, and strengthening state unity and the idea of the state."⁸¹ These lines were written down by Ferenc Keleti in 1897 in the general explanation of the code that he wrote. A single thought that explains everything about the possible state crisis management feature of these codes. As can be seen from the date, most of the examples analyzed here

are from after 1897, and in this way it can be said that Keleti was partly right: pragmatics can be an effective tool for the recovery of a state enterprise in crisis. Towards the end of the 1980 s, several American researchers - mainly political scientists - began to deal with the question of how political leaders are able to influence the behavior of officials. As a result, it has been proven that amending legislation in the field of public administrative law can be an effective tool for this.⁸² However, the above examples also point to the conditional nature of the findings of Keleti and more recent political scientists, since this solution does not work in all circumstances.

In addition to the new approach of the Bavarian codification of 1805 - that I described in detail above - as part of a radical reform of state life, it facilitated the success of this new type of public law system, just like the imperial code of 1873, that was the pledge of the personal side of the exemplary public administration. This was missing during the shaky Weimar Republic: the disproportionate severity of the "semi-codification" of 1922, as well as the salary reduction after the World Crisis, together with the failure of the 1927 draft, effectively strengthened and accelerated the disintegration of the Weimar system. So we can observe the opposite trend as during the imperial period. The bureaucracy's attitude towards the state sometimes shifts from loyalty to a kind of passive resistance due to financial and other (e.g. ideological) reasons.⁸³ Analysts of organizational sociology and economic history have been trying to find an explanation for this since the end of the 1950s. In his 1957 monograph, Wittfogel⁸⁴ concluded that such displacements recur periodically, mainly as a result of economic events. At the same time, for example, in 1873, despite a wave of crisis affecting the world economy, the wages of civil servants were settled in both Germany and Austria (in the case of the former, the federal, and the latter, the state).⁸⁵ With this, the state prevented the disaffected civil servants from breaking their loyalty and the state operation becoming inoperable. The Weimar state did not manage to achieve this, but neither of the two states of the Austro-

⁷³ CSIKVÁRI, J., *A tisztviselői mozgalmak története (1867-1908)*. Budapest, 1909, p. 124.

⁷⁴ MADARÁSZ, J., *Tervezet az állami altisztek és szolgák jogviszonyainak szabályozásáról*. Budapest, 1905, passim.; NAGY, I., *Törvénytervezet az állami törvényhatósági altisztek, szolgák és azok létszámához tartozó egyéb alkalmazottak szolgálati kötelei és jogviszonyaik szabályozására és irányítására vonatkozó közszolgálati pragmatika*. Budapest, 1913/1917, passim.

⁷⁵ This draft based on the *Reichsbeamten-gesetz*. SALLAI, B., A p. 68. This is not surprising in light of the fact that the Hungarian legal codifications of the time was often based on German law. BALOGH, J., How to Make a Civil Code: Plans and Drafts of General Rules in 19th Century Hungarian Private Law. In: *Journal on European History of Law*, vol. 11, Nr. 2, 2020, p. 96, 103; BALOGH, J., Debates in Articles: Positions in the Legal Literature on the Possibilities of Private Law Codification, 1866-1900. In: *Journal on European History of Law*, vol. 11, Nr. 1, 2020, p. 128, 130-132.

⁷⁶ CSIZMADIA *Op. cit.* p. 449.; [without author], A pragmatika-albizottság jelentése és javaslatai. In: *Állami Tisztviselők Lapja*, vol. 33, Nr. 12, 1913, p. 98-101.

⁷⁷ HNA AMJ K 579. T/389., 3379/1918.

⁷⁸ HNA AMJ K 579. T/389. [*Opinion*”, without registration number].

⁷⁹ HNA AMJ K 579. T/389., 3379/1918.

⁸⁰ CSIZMADIA *Op. cit.*, p. 448.

⁸¹ KELETI *Op. cit.* (1897), p. 181.

⁸² VOGLER, J., The Entanglement of Public Bureaucratic Institutions: Their Interactions with Society, Culture, Politics, and the Economy. In: BOURDEAUX, D. - COYNE, C. - HERZBERG, C. (Ed.), *Interdisciplinary Studies of the Political Order: New Applications of Public Choice Theory*. Lanham, 2019, p. 99-124.

⁸³ FORGÁCS *Op. cit.* p. 169.

⁸⁴ WITTFOGEL, K., *Die orientalische Despotie. Eine vergleichende Untersuchung totaler Macht*. Frankfurt am Main, 1957, passim.

⁸⁵ MEGNER, K., *Beamte. Wirtschaft- und sozialgeschichtliche Aspekte des k. k. Beamtentums*. Wien, 1986, p. 108-133.

Hungarian Monarchy was able to realize the state-sustaining power of pragmatics. However, these two latter processes differ to the extent that the Austrian side seriously considered the advantages and disadvantages of such a code, and - as one of the partially planned and partially implemented public administration reforms after the turn of the century - they created it. In Hungary, however, the Fejérváry government saw the law as political ammunition and hoped for a short-term advantage: a support for the support. Following the principle of *do ut des*, it wanted to give officials the long-desired pragmatics, so that in

return they would stabilize the non-legitimate power. Much later after the fall of the Fejérváry cabinet, in 1918, the matter of a code that would (even if only partially) remedy the problems of the disintegrating Hungary came up again, but - unlike its Austrian counterpart in 1914 - it could no longer be adopted. And the Austrian *Dienstpragmatik* did not have time to fulfill its conservative purpose during the everyday application of the law. In this way, the common feature of the two last pragmatics is the delay due to which they were not able to “restabilize” the crisis-stricken state.

Neutral State, Christian State. Reflections on the 7th (2018) and 9th (2020) Amendment of the Fundamental Law of Hungary with Historical Context

Szilvia Köbel*

Abstract

The Hungarian parliament ratified the Fundamental Law of Hungary on the 25th of April 2011, and adopted a new church policy the very same year: Act CCVI of 2011 on the right to freedom of conscience and religion and the legal status of churches, denominations and religious communities, also known as the Ecclesiastical Act, short: EHTV. The preamble of the Fundamental Law refers to the Christian traditions of Hungary and the role Christianity played in binding the nation together. The in-effect preamble of the EHTV declares the ideological neutrality of the state and establishes four different legal classifications and rules for religious communities. In 2018 (7th amendment), Article R) of the Fundamental Law was expanded by some paragraphs. The terms “Christianity” and “creation” (genesis) were newly introduced into the Fundamental Law only through the amendments. In my study I wish to talk in the context of historical lineage about the 7th and 9th amendments, and their relevancy to fundamental rights in the jurisprudential (legal theory and practice) context of a neutral or Christian state.

Keywords: Fundamental Law of Hungary; Ecclesiastical Act; State Church; Historical Eras; Reformation; Catholicism; Dualism; Interbellum; 1989 Regime Change; Ideological Neutrality; Christianity; National Avowal; Hungary.

Before attending to the questions pertaining the current relationship between the Hungarian state and various religious communities, allow us to take a small detour to history.¹ The new Fundamental Law of Hungary which entered into force on Jan 1. 2012, puts heavy emphasis on the historical constitution and in its preamble, the “National Avowal”, it refers to Christianity’s power to forge and preserve nationhood. However, the preamble of the new Ecclesiastical Act,² which also entered into force on Jan 1. 2012, states that Hungary has a secular, “ideologically neutral”, worldview and the law wishes to continue the “tradition embodied in” the various Hungarian historical Acts of religious freedom. The current situation is difficult to interpret without at least a basic knowledge of the history preceding it.

1. Historical review

In Hungary, the legislative relationship between State and Church can be split up into 6 historical periods, as well as the contemporary period, characterized by rule of law, which we are counting since the 1989/90 regime change.

1. From the founding of the Hungarian state to the 16th century, lasted the era of a unified state church: The founding of the Hungarian state occurred in 1000 AD and coincided with the adoption of Christianity. King Saint Stephen joined the western branch of Christianity and adopted the Italian system of a public-law-church-structure as opposed to the more common system among the Holy Roman Empire’s territories, the so called “private-church-model” (Eigenkirchentum). As such, the Roman Catholic Church became the state church, and the Roman Catholic religion became the state religion. King Saint Stephen said: “For the monolingual and monocultural state is weak and fallible.”³ During the centuries, the power dynamic “ebbed and flowed” between the Papacy and the Hungarian King, as various kings interpreted the sovereignty of their kingdom in various ways, but in general, this era is characterized by the state church. However, during this time, first, the rights of Ishmaelite traders were secured,⁴ then, after 1054, eastern orthodox priests were allowed to convert people, and lastly, in 1251, the Jewish received a letter of privilege.⁵

* Dr. habil. Szilvia Köbel PhD, Senior Advisor to the Rector, Rector’s Cabinet; Department of Constitutional Law and Ecclesiastical Law, Head of the Institute of Public Law, Faculty of Law, Károli Gáspár University of the Reformed Church in Hungary, Budapest, Hungary, email: kobel.szilvia@kre.hu / ORCID 0000-0002-7725-1460.

¹ KÖBEL, Sz., Semleges állam, keresztény állam – Gondolatok aktuális alkotmányjogi kérdésekről az Alaptörvény 7. és 9. módosítása kapcsán. In: *Jog, állam, politika*, 2022/2, p. 15-32.

² Act CCVI of 2011 on the right to freedom of conscience and religion and the legal status of churches, denominations and religious communities, also known as the Ecclesiastical Act (‘Egyháztörvény’ in Hungarian), shortened to and henceforth referred to as EHTV, not to be confused with Act IV of 1990, which is the Ecclesiastical Act preceding it.

³ “Nam unius linguae uniusque moris regnum, imhecille et fragile est.”, King Saint Stephen’s Admonitions, 1027.

⁴ I. Book of the Decrees of King Saint Ladislaus, Chapter 9 on Ishmaelite traders, 1092.

⁵ The Jewish Law of King Béla IV. It was issued in Dec. 1251 and for a long time served as the basis for the rights of Hungarian Jews.

2. The 16th to 18th centuries were the era of religious reforms and the first documents of religious freedom: The Reformation, especially the teachings of the Calvinist branch spread fast in Hungary. In 1568 in the Principality of Transylvania, four Christian denominations (Catholic, Evangelical-Lutheran, Reformed-Calvinist, Unitarian) were declared to be equal in the eyes of the law – a world first, for such a declaration. This carries the significance, that – alongside the collective right for religious freedom - the individual right for religious freedom was also enforced. Even simple serfs could follow their own beliefs, independently of their landowner. The principle of *cuius regio eius religio* (whose realm, their religion) was not in effect.⁶ In 1791, both the reformed and evangelical churches received legislative recognition.⁷
3. First half of 19th century – rules of the reform era: In 1848, law declared the legal equality between the established churches (catholic, reformed, evangelical, unitarian and eastern orthodox),⁸ the position of the catholic church (with the exception of some privileges) as the state church ceased to exist, and the process of separation of state and church began. Mandatory tithing (introduced by King Saint Stephen) was ceased,⁹ and in its stead came a system of state-supported churches, where public money was used to partially fund the financial needs of the church. This served as the basis of the current state-church-financial model. (Lajos Kosuth, a prominent politician at the time, wanted to introduce the self-sustaining church model used in the USA, but this proposition didn't get enough votes in the Parliament).
4. Dualism (Austro-Hungarian Monarchy 1867-1920) – 1894/95 laws of church affairs: state-issued birth-certificates,¹⁰ as well as obligatory secular marriages were introduced,¹¹ religion of the children,¹² a comprehensive law of freedom of religion was accepted,¹³ the Jewish religion became an established church,¹⁴ recognition of the Baptist denomination in 1905,¹⁵ recognition of any and all forms of Islam in 1916¹⁶ (mainly because of the Bosnian Muslim soldiers serving in the K.U.K. army, as well as the principle of “arms-friendship” between Turkey and Hungary).
5. During Interbellum (Interwar period) Hungary had a provisional state-form (“kingdom without king”) – the treaty of Trianon re-structured the religious map of Hungary just as much as the physical one, a “Christian-national politics” came into effect as Regent Horthy expected the churches to “restore the nation's soul”, in exchange for hefty financial aid. Governor Miklós Horthy did not, however, practice his *ius patronatus*.¹⁷ At the same time, “*numerus clausus*”¹⁸ took effect, targeting Jews mainly, along with other Anti-Jewish laws that were accepted, persecution of religious sects as well as the total ban on “sects threatening the interests of national security” in 1939¹⁹.
6. Between 1945-1948/49 and between 1949-1989/90: Years of coalition, later one-party system (communism, socialism soviet system) – Diplomatic relations with the Vatican were interrupted in 1945, in 1947 all denominations were made legally equal,²⁰ in 1948 all schools were made public (selected religious schools remained)²¹. In 1949 the new Constitution – built on Soviet system – declared the legal separation of church and state, the separation went along a hostile model.²² In 1950 the monastic orders – with few exceptions – had their operation permits revoked.²³ The State Department of Church Affairs (1951) was established on the Soviet model,²⁴ the political police built a vast network of informants, persecution of church activities was commonplace.²⁵ Despite this, numerous denominations of various religions received recognition from the state during this period: Methodists in 1947, the Buddhist mission received operational permits in 1952,²⁶ Seventh Day Adventists in 1957, Nazarenes in 1977, the Islamic Cultural Centre as well as the Mormon church in 1988 and finally in 1989 Hare Krishna, Jehovah's Witnesses as well as numerous others. Further-

⁶ BENDA, K., Az 1568. évi tordai országgyűlés és az erdélyi vallásszabadság. In: *Erdélyi Múzeum*, vol. 56, booklet 3-4. Kolozsvár, 1994.

⁷ Act XXVI of 1791.

⁸ Act XX of 1848 in matters of religion.

⁹ Act XIII of 1848 on the termination of the tithe of priests.

¹⁰ Act XXXIII of 1894 on state registers of births and deaths.

¹¹ Act XXXI of 1894 on marriage law.

¹² Act XXXII of 1894. on the religion of children.

¹³ Act XLIII of 1895 on the free exercise of religion.

¹⁴ Act XLII of 1895. on the Israelite religion.

¹⁵ Decree 77.092/1905. VKM.

¹⁶ Act XVII of 1916 on the recognition of the Islam religion.

¹⁷ Act I of 1920 on the restoration of constitutionality and the provisional regulation of the exercise of State authority.

¹⁸ Act XXV of 1920 on the regulation of enrolment in universities of science, the university of technology, the faculty of economics of the University of Budapest and the law academies.

¹⁹ Decree No. 363.500 of the Minister of the Interior of the Kingdom of Hungary of 1939 on the abolition of the operation of sects endangering the interests of national defence.

²⁰ Act XXXIII of 1947 on the abolition of differences between established and recognised religious denominations to the disadvantage of recognised religious denominations.

²¹ Act XXXIII of 1948.

²² Act XX of 1949.

²³ Decree-Law No. 34 of 1950 on the licensing of monastic orders.

²⁴ Act I of 1951 on the Establishment of the State Office of Church Affairs.

²⁵ KÖBEL, Sz., *Oszd meg és uralkodj!* Budapest, 2005, p. 95-108.

²⁶ KÖBEL, Sz., *Oszd meg és uralkodj!* Budapest, 2005, p. 185-199.

more in 1976, the UN International Covenant on Civil and Political Rights was declared in Hungary (Hungary has been a member state of UN since December 1955.)²⁷

2. Regime change in 1990 – rule of law

In 1989/90 during the political regime change, Hungary transformed from the previous socialist one-party system into a democratic rule of law state. On the 23rd of October 1989 the Hungarian Republic as well as the - new in everything but name - Constitution²⁸ was declared. Later in January of 1990 a comprehensive Ecclesiastical Act (Act IV of 1990) was passed, which extensively detailed and declared the basic rights to freedom of thought, conscience, and religion, furthermore, realized the peaceful (amicable) separation model of church and state.²⁹ Following this, the various religious denominations gained the ability to function independently and autonomously. Legally these denominations were equal.

In 1990, the Hungarian state re-established the diplomatic link to the Vatican, and by 1997, the government came to an agreement with the Holy See.³⁰

In 1993, the Treaty of Rome was declared by law, with which Hungary became part of the European Convention of Human Rights,³¹ and later by joining the European Union in 2004, the EU's Charter of Fundamental Rights was enforced in Hungary.³²

As such, these international human rights documents – outlining the freedoms of thought, conscience and religion – which form the basis of the relevant legislature effective in Hungary today are directly linked to the Hungarian state's membership to the UN, the European Council as well as the European Union.

Between 1990 and 2010 several attempts were made at modifying Act IV of 1990. These attempts, however, were only successful in two areas – military pastoral service and church finances – because these were the only two areas both government and opposition could reach an agreement in, for a 2/3 supermajority of votes. In the other cases – stricter state registration of churches, a clear definition of what “religion” entailed

etc. – these attempts at modification failed due to lack of sufficient votes.³³

3. After 2010 - Fundamental Law, new Ecclesiastical Act

After the 2010 elections the newly elected governing party reached a 2/3 majority of the seats, which meant they had the power to modify the Constitution as they pleased or create a new one altogether. On 25 April 2011, the new Constitution, called the “Fundamental Law of Hungary”³⁴ was promulgated, and in that same year a new Ecclesiastical Act, the EHTV, was created by Parliament. Both the Constitution at the time of the regime change, as well as the Fundamental Law, which entered into force on January 1, 2012, repeated – almost literally – the definitions of fundamental rights in the international documents mentioned previously. According to Article VII of the Fundamental Law, the basis of the relationship between church and state is still the amicable separation model, however it also mentions that the state will “cooperate” with the churches for the sake of the community. The model thus shifted into a direction of “separation but cooperation”. The Fundamental Law starts with the National Avowal, which for all intents and purposes is its preamble.

As such both the *Constitution* and the *Fundamental Law* in their original forms regulated the freedoms of thought, conscience, and religion in a very similar way, however the differences start showing up once the relationship between church communities and the state are outlined. Furthermore, the preamble of the Fundamental Law, the *National Avowal* was and still is rife with religious references:

“We are proud that our King Saint Stephen built the Hungarian State on solid ground and made our country a part of Christian Europe one thousand years ago.”

(...)

“We recognize the role of Christianity in preserving nationhood. We value the various religious traditions of our country.”

(...)

“We hold that the family and the nation constitute the principal framework of our coexistence, and that our fundamental cohesive values are loyalty, faith and love.”³⁵

²⁷ For a more detailed historical overview see: KÖBEL, Sz., *A Magyar állam és az egyházak jogi kapcsolatainak történeti áttekintése*. In: KÖBEL, Sz. (szerk.), *Az állami és a felekezeti egyházjog alapjai*. Budapest, 2022, p. 67-153; KÖBEL, Sz., *Oszd meg és uralkodj!* Budapest, 2005; BÍLY, J., *The Human Rights, Canon Law and the Impact of Religion from the Perspective of Vatican II*. In: *Journal on European History of Law*, vol. 11, No. 1, 2020, p. 182-187; NOVÁK, I., *Die Entwicklung des Kirchenrechts im 20 Jahrhundert. Zur Auswirkung des Säkularismus und des Pluralismus auf die Entwicklung des Kirchenrechts am Beispiel des Eherechts*. In: *Journal on European History of Law*, vol. 11, No. 2, 2020, p. 81-87.

²⁸ The Constitution of the Hungarian Republic, also known as Act XX of 1949 amended by Act XXXI of 1989. (Henceforth referred to as Constitution).

²⁹ KUKORELLI, I., *A lelkiismereti és vallásszabadságról, valamint az egyházakról szóló 1990. évi IV. törvény születése és sajátosságai*. In: KÖBEL, Sz. (szerk.), *A vallási diszkrimináció ellen - az esélyegyenlőség megteremtéséért. Tudományos konferencia a lelkiismereti és vallásszabadságról, valamint az egyházakról szóló 1990. évi IV. törvény húszéves évfordulója alkalmából*. Budapest, 2010.

³⁰ Act LXX of 1999 on the proclamation of the Agreement between the Republic of Hungary and the Holy See on the financing of the public service and religious activities of the Catholic Church in Hungary and on certain questions of a material nature, signed in Vatican City on 20 June 1997.

³¹ Act XXXI of 1993 on the proclamation of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, signed in Rome on 4 November 1950, and the eight Additional Protocols thereto.

³² Act CLXVIII of 2007 on the proclamation of the Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community.

³³ KÖBEL, Sz., *A lelkiismereti és vallásszabadságról, valamint az egyházakról szóló 1990. évi IV. törvény módosítására irányuló törekvések 1990 és 2010 között*. In: JURA (1218-0793), 16 (2) – Pécs, 2010, p. 140-149.

³⁴ Fundamental Law of Hungary (25 April 2011) henceforth referred to simply as Fundamental Law.

³⁵ National Avowal, Fundamental Law of Hungary.

The Fundamental Law also contains several other instructions regarding the religious freedoms of the individual. Such as paragraph (2) of Article XV, which explicitly prohibits discrimination based on religion;³⁶ while paragraph (5) of Article IX - only added later with the fourth amendment of the Fundamental Law (2013 March 25) - declares that “the right to freedom of expression may not be exercised with the aim of violating the dignity of the Hungarian nation or of any national, ethnic, racial, or religious community. Persons belonging to such communities shall be entitled to enforce their claims in court against the expression of an opinion which violates their community, invoking the violation of their human dignity, as provided for by an Act.”³⁷ There already exists a legal case about this very point to serve as an example, which we will discuss later.³⁸

From the preamble alone, one cannot – according to Zoltán J. Tóth – conclude, that the Hungarian state favours Christian denominations/religions – purely because they are Christian – or considers them better, more important, more worthy of financial aid or protection. However, the sociological differences present between the religions and churches are – according to the Constitutional Court of Hungary (CC) – significant only in connection with the financial rules. References to King Saint Stephen as the founder of a Christian Hungarian nation are nonnormative in its nature, these are purely symbolic declarations and are conceptually useless in interpreting the normative text.³⁹

Compared to this, however, the situation was changed by the 7th and 9th amendments of the Fundamental Law, which intended to modify the normative text of the law.

In 2018, the 7th amendment⁴⁰ of the Fundamental Law while not directly concerning Article VII, touched on the fundamental right of freedom of conscience and religion. The 7th amendment extended the National Avowal with the following sentence:

“We hold that the protection of our identity rooted in our historic constitution is a fundamental obligation of the State.”

Additionally, Article R) of the 7th amendment gained a new fourth paragraph:

“(4) The protection of the constitutional identity and Christian culture of Hungary shall be an obligation of every organ of the State.”

The amendment – by obligating state institutions – pulls into question the state’s neutrality and commitments regarding ideological and religious affairs. All the while the legislator didn’t modify the following phrase in the preamble to the EHTV, which proclaims that the Parliament created the law “with respect to the state’s neutral worldview and its goal of peaceful coexistence of various denominations.” From this we can conclude that the legislator did not make the Christian faith the state’s official ideology with the 7th amendment. This is in accordance with the standpoint of Balázs Schanda. According to Schanda, the Fundamental Law “didn’t commit itself to the Christian faith or the Christian culture in itself, but rather explicitly the Christian culture of Hungary”, and adds that “the constitutional goal, was without a doubt a stronger, more pronounced emphasis and protection of the country’s cultural identity, as in giving a surplus compared to the Christian heritage mentioned in the National Avowal.”⁴¹

Another author, Gábor Schweitzer, however, interpreted it differently. He highlighted that the explanation attached to the 7th Amendment of the Fundamental Law remained “indebted with explaining the constitutional significance of Christian culture”, and added that “the constitutional content of Christian culture is uncertain, because at the moment it is unclear what it even means, and in what concrete form it is even feasible for – as argued by the Fundamental Law’s explanation as well – a secular Hungarian state’s institutions to protect its Christian culture. A further question arises when one ponders about protecting a culture deeply rooted in Christian morals and values, and what implications and consequences it has for citizens living in non-Christian – be it secular or other religious – cultural circles and communities. In any case, Hungarian state institutions being obligated to protect Hungarian Christian culture signalizes the state drifting away from its proclaimed neutral worldview and stance on religion.”⁴²

³⁶ „Hungary shall guarantee fundamental rights to everyone without discrimination and in particular without discrimination on the grounds of race, colour, sex, disability, language, religion, political or social origin, property, birth or any other status.”

³⁷ The Hungarian Civil Code has a section on exercising their personal rights, which states that: “(5) Any member of the community may enforce his personality rights within a thirty-day term of preclusion from the occurrence of a legal injury that was committed with great publicity in relation to some essential trait of his personality, his belonging to the Hungarian nation or some national, ethnic, racial or religious community, and is grossly offensive to the community or unduly insulting in its manner of expression. With the exception of relinquishing the material gain obtained through the violation of rights, any member of the community may enforce any sanctions of the violation of personality rights.” [Hungarian Civil Code, Section 2:54 § (5)]

³⁸ Further parts of the Fundamental Law which touch on the freedoms of religion and conscience: paragraph (4) of Article XIV declares that “Hungary shall, upon request, grant asylum to non-Hungarian nationals who are persecuted in their country or in the country of their habitual residence for reasons of race, nationality, the membership of a particular social group, religious or political beliefs, or have a well-founded reason to fear direct persecution if they do not receive protection from their country of origin, nor from any other country.”; paragraph (3) of Article XXXI allows for people to fulfil their military service during a time of crisis to be unarmed if their beliefs can’t be reconciled with the use of arms; and paragraph (4) of Article 37 describes persons being granted immunity from being barred from public finances in cases where it directly contradicts their freedoms of conscience and religion.

³⁹ TÓTH J. Z., *Az alkotmánybíróság vallás szabadsággal és vallási közösségekkel kapcsolatos gyakorlata*. In: KÖBEL Sz. (szerk.), *Az állami és a felekezeti egyházjog alapjai*. Budapest, 2022, p. 214-236.

⁴⁰ In effect since June 29, 2018.

⁴¹ SCHANDA, B., *Magyarország keresztény kultúrájáról*. In: *Pázmány Law Working Papers*. Budapest, 2018/08.

⁴² SCHWEITZER, G., “Becsüljük országunk különböző vallási hagyományait” In: PÁTYI, A. (szerk.), *Rendhagyó kommentár egy rendhagyó preambulunról – Magyarország Alaptörvénye, Nemzeti hitvallás*. Budapest, 2019, p. 119-120.

On this note we must mention that the Parliament – in accordance with the spirit of the preamble of the EHTV – passed the *Act I of 2018 on the importance of the Torda religious act of 1568 and the Day of Religious Freedom*. On the 450th anniversary of said act, the Parliament declared January 13th to be the Day of Religious Freedom. This coincided with the 7th amendment of the Fundamental Law.

In 2020, the 9th amendment replaced paragraph (1) of Article L) of the Fundamental Law with the following:

“(1) Hungary shall protect the institution of marriage as the union of one man and one woman established by voluntary decision, and the family as the basis of the survival of the nation. Family ties shall be based on marriage or the relationship between parents and children. The mother shall be a woman; the father shall be a man.”

In the reasoning of the amendment the Parliament referenced the “order of creation”.

Similarly, the 9th amendment changed paragraph (1) of Article XVI of the Fundamental Law to say:

“(1) Every child shall have the right to the protection and care necessary for his or her proper physical, mental and moral development. Hungary shall protect the right of children to a self-identity corresponding to their sex at birth, and shall ensure an upbringing for them that is in accordance with the values based on the constitutional identity and Christian culture of our country.”⁴³

It’s important to quote the reasoning of the 9th amendment. The legislator argued, that “the concepts stemming from the natural order of creation are constantly threatened” in today’s world, and “the modern ideological processes in the western world, which cast doubt over the created nature of the male and female genders, threaten the rights of children to a healthy development as outlined in the Fundamental Law.”⁴⁴ This was the main argument in favour of the 9th amendment.

I find it important to draw attention to the fact that according to Article 28 of the Fundamental Law – which was also introduced with the 7th amendment –, the courts must interpret legislature first and foremost on the basis of the goals of the legislature and in accordance with the Fundamental Law. Determining the goal of a piece of legislature one must primarily consider the preamble of the legislature, or the explanation of the original legislation or that of the amendment(s). Hence the reference to the “natural order of creation” in the explanation can create a peculiar situation during judicial interpretation of legislature.

Following the above introduced 7th and 9th amendments, there haven’t been any – to our knowledge – infringements or

procedures relating to the contents of said amendments. Despite that, the question remains, when such a legal case occurs, how will the secular court interpret “Christian culture” and the “natural order of creation”. Firstly, in a secular (neutral) model with church and state separated, is there even a place for church doctrine in state normative text, and for the courts being obligated to interpret said religious/church doctrine. After all, just because it’s included in state law, it de facto remains a non-secular, religious/church statute⁴⁵.

From the argumentation of the legislator and interpreting the contextual clues found in the legislature, we can conclude that we are looking at a norm with sacred meaning, which cannot be independent of religious/church context. This in turn creates more questions: Which denomination’s/Christian trend’s concept of creation is to be considered (there are numerous Christian denominations operating in Hungary)? What is the situation with the non-Christians (Atheists, Jews, Muslims, Hare Krishna)? What even is the personal scope of the norm? What effect does this ruling have on the peaceful coexistence of the various denominations? One must also ask the question, *whether or not this law overrides the individual’s natural and unalienable right to freedom of thought, conscience, and religion?*

4. Precedent-setting trial – freedom of religion, freedom of expression

In the following, I would like to describe a precedent-setting trial (Budapest-Capital Regional Court of Appeal 2. Pf. 20.151/2017/3/II.) related to the above-mentioned sections of the Fundamental Law and the Civil Code, which allow a member of a religious community to sue if they feel that their human dignity was violated because they belong to a religious community.

The fundamental issue is: In the event of a conflict between the right to freedom of expression and the applicants’ right to freedom of religion, which right should be given priority, does the infringement alleged by the applicants justify a restriction on freedom of expression?

The first-degree plaintiff filed a lawsuit with the Budapest-Capital Regional Court together with the second- and third-degree plaintiffs against a performance held at a demonstration against the Polish Catholic Church’s resolution supporting the total Polish abortion ban held in 2016. In their action, the plaintiff sought a determination from the court, whether the performance of the defendants – which they later uploaded on the internet – imitating a Catholic communion, where defendant one placed a white tablet on the tongue of the other two defendants from a bag labelled “abortion pill” accompanied by

⁴³ Fundamental Law, 9th amendment (2020 December 22)

⁴⁴ Final Explanation by the proposers of the 9th amendment to the Fundamental Law of Hungary. Monday 18 December 2020. Annex to the Hungarian Official Gazette.

⁴⁵ See: Rulings of the constitutional court regarding work on Sundays and the civil servant’s oath. In these cases, the Constitutional Court argued, that on a broad societal scale, both Sunday and “oath” as an expression lost their sacred meanings. In these cases, the CC argued that both Sunday and the term ‘oath’ had lost their sacral meaning at the level of society as a whole (the latter is the subject of a separate opinion). In the explanatory statement of the CC decision 10/1993 (II. 27.) we read the following: „The custom of Sunday rest is based on tradition and is now a uniform practice in much of the world; it has undoubtedly had its original religious content, but has long since lost it; its present, distinctly secular, purpose is to give citizens a uniform weekly day of rest.“ On the decision of CC 47/2009 (21. 4.) see KÖBEL, Sz., A köztisztviselői eskü és a lelkiismereti szabadság. In: *Fundamentum*. 2009/4. sz. p. 117-133.

the statement “Body of Christ”, had violated the plaintiffs’ human dignity and their right to practice their religion freely, by belonging to one of the Catholic religious communities, which they argued was an essential feature of the plaintiffs’ personality. The plaintiffs requested the court to prohibit the defendants from further violations and to order a compensation – jointly paid by the defendants - of HUF 600,000 (~1500 €) in damages with interest.

The lower court, the Budapest-Capital Regional Court (Fővárosi Törvényszék) stated: “In the court’s view, the defendants’ intent was not to denigrate the Catholic faith, but to be a sharp, mocking critique of the position of the Catholic Church and the community of believers in the abortion dispute, a form of conduct protected by the right to freedom of expression.”⁴⁶

The judgement of the appeals court, the Budapest-Capital Regional Court of Appeal was however, that the lower court erred in judging the conduct of the defendants that were the subject of the lawsuit. The possibility of enforcing the right to a personality related to belonging to a community, is a special legal protection tool provided in the new Civil Code.

In their lawsuit, the plaintiffs sought a determination that the first-degree defendant, by appearing before the general public in bishop’s robe and addressing those present “Contribute to Holy Communion”, then imitating the sacrificial priestly activity, by placing pills from a bag clearly labelled “abortion pill”, accompanied by the statement “Body of Christ” in the mouths of the second- and third-degree defendants and others, had violated their human dignity and their right to freedom of religion in a way that affected their affiliation with the Catholic religious community, which is an essential feature of their personality.

Regarding the second-degree defendant the plaintiffs sought a determination, that the second-degree plaintiff – by imitating Catholic believers in the communion ceremony in accepting the white pill from the “abortion pill” bag – had violated their human dignity and their right to freedom of religion in a way that affected their affiliation with the Catholic religious community, which is an essential feature of their personality.

The third-degree defendant had violated the plaintiffs’ human dignity and their right to freedom of religion in a way that affected their affiliation with the Catholic religious community, which is an essential feature of their personality, by assisting the desecrating scene with a megaphone in their hand, supported it with visible sympathy and a smile, and in unison with the first- and second-degree defendants helped exposing the infringing conduct to the general public.

The appeals court concluded that it was also doubtful whether the defendant’s conduct complained of, which was the subject of the action, could be assessed at all as an opinion on

the issue of abortion. The mocking act did not reflect the defendants’ position on the abortion issue. According to the appellate court, in finding that the plaintiffs’ right to freedom of religion had been violated, it was established, in accordance with the provisions of Article VII paragraph (1) of the Fundamental Law and Section 1 paragraphs (1) - (2) of the EHTV, that the plaintiffs’ right to practice his religion was also violated. Considering the above, the Budapest-Capital Regional Court of Appeal did not accept the position expressed in the decision at the lower court that the defendant’s conduct was protected by its freedom of expression. The humiliation of religious beliefs cannot be excused by referencing the right to freedom of expression. Exercising freedom of expression comes with responsibility in all cases, and they – outside the scope of public debate – may be restricted, if they unjustifiably insult religion.

The defendants appealed to the Curia (Hungarian Supreme Court). The Curia set aside the second instance verdict on the grounds of freedom of opinion and reinstated the original decision. The Curia has stated that this is a kind of mock trial because belonging to a community is new type of legal grounds in the new Civil Code and is not yet widely used by citizens. The case was examined using Strasbourg standards when they went back to a nearly 30-year-old⁴⁷ case. Based on this, the legal, social, and political context was assessed. The judge stated that it was not their intent to qualify the artistic value of the performance. Due to the non-religious nature of the venue, it was clear from the whole demonstration that it was also a strong criticism of the strong position of the Polish Catholic Church and applied the fundamental rights test in favour of the defendants: *he who is willing to take a strong position in public debates must also tolerate similarly strong criticism*. As the protesters did not insult religious objects, did not damage the priest’s clothes, and did not even swear, their critical expression remained within the constitutionally protected framework.⁴⁸

The plaintiffs (‘the petitioners’) then submitted a constitutional complaint with the Constitutional Court. The Constitutional Court found that the judgment of the Curia (Pfv. IV.21.163 / 2018/4) and the judgment of the Budapest-Capital Regional Court (No. 70.P. 22-286 / 2016/13) were unconstitutional and therefore annulled them.⁴⁹ The petitioners substantiated the unconstitutionality of the judicial decision (s) on two main grounds: on the one hand, the courts failed to take into account the fact that the defendants did not express a specific opinion with their offensive act; on the other hand, members of the religious community were subjected to an increased obligation of tolerance similar to that of public figures. Pursuant to the decision of the Constitutional Court 6/2021 (II.19.), the Curia instructed the Budapest-Capital Regional Court to proceed a new and deliver a new judgement.⁵⁰

⁴⁶ Index.hu: Ha a katolikusok határozott véleményt fogalmaznak meg, tűrjék a kritikát, Budapest, 2019.

⁴⁷ In its judgment of 20 September 1994, the European Court of Human Rights held that the seizure and forfeiture of the film *Das Liebeskonzil* in May 1985 by the Austrian authorities, was not a violation of Article 10 of the European Convention on Human Rights.; See also *Case of Otto-Preminger-Institut v. Austria*.

⁴⁸ Attorney Tamás Fazekas’ opinion in the Index.hu article: Ha a katolikusok határozott véleményt fogalmaznak meg, tűrjék a kritikát.

⁴⁹ Decision of the Constitutional Court 6/2021. (II. 19.)

⁵⁰ Decision Kpk.IV.39.394/2021/3.

In its Decision 6/2021 (19.II.) the Constitutional Court (shortened to “AB” for Alkotmánybíróság) carried out a „joint interpretation” of the relevant provisions of the Civil Code and the Fundamental Law and examined to what extent the „contested judgment remained within the scope of constitutional interpretation”. In accordance with Article 28 of the Fundamental Law, the Constitutional Court also considered the reasoning of both the Fundamental Law and the amendment to the Civil Code. The AB decision pointed out that, in the explanatory memorandum to the fourth amendment to the Fundamental Law, the legislator had stated that „[t]he proposal seeks to establish at the level of the Fundamental Law that human dignity may be an external limit to freedom of expression and, on the other hand, to create the constitutional basis for the possibility of sanctioning certain cases of hate speech by civil law in the event of an infringement of the dignity of communities”. The decision also stressed that the explanatory memorandum uses the term „hate speech” alongside „hate speech”. In the decision, the AB also pointed out that the AB had not yet applied Article IX (5) of the Fundamental Law in substance, namely that the exercise of freedom of expression may not be directed against the dignity of others or of particular communities. On this basis, the Constitutional Court has established the following constitutional standard: ‘[t]o protect the dignity of the Hungarian nation, national, ethnic, racial and religious communities, freedom of expression and thus speech on public affairs may be constitutionally restricted. Freedom of expression no longer protects self-serving communications about communities that fall outside the scope of public debate and are intended to incite mere hatred, degrade the human dignity of members of the community, use seriously offensive or abusive language or otherwise cause legal harm. The exercise of freedom of expression shall not be directed to such ends. Nor shall the expression of an opinion in public debate entail a violation of the inalienable core of human dignity, and thus a manifest and serious denigration of the human status of persons belonging to the community.’ In line with this, the AB also interpreted Paragraph 2:54 (5) of the Civil Code, according to which “a communication may be classified as ‘seriously offensive’ or ‘unjustifiably offensive in its manner of expression’ if it violates the inalienable core of the human dignity of the members of the community or if it is otherwise self-servingly aimed at violating the dignity of the community or its members”. An important part of the decision is that, in relation to religious communities, the AB stated that “[a]rticle IX (5) of the Fundamental Law provides protection not only to religious communities which are in a minority within society, but also to a community to which persons belonging to it may constitute a majority in relation to society as a whole. This also follows from the principles of equality before the law and non-discrimination under Article XV (1) and (2) of the Fundamental Law, which require the law to treat all persons concerned as persons of equal dignity. The Constitution expresses in the national creed that ‘we recognise the role of Christianity in preserving the nation’ and ‘we respect the different religious traditions of our country’. In the light of these

considerations, the dignity of Christian religious communities, regardless of their numbers, undoubtedly deserves the same level of legal protection as other religious communities.” In the subsequent part of the decision, the AB examined whether the interpretation of the law contained in the judgments challenged in the individual case on which the constitutional complaint was based “is in conformity” with the provisions of the Fundamental Law. After examining all three court judgments, the AB concluded that “the judgment of the Curia and the judgment of the court of first instance violated the petitioners’ right under Article II in conjunction with Article IX (5) of the Fundamental Law, and therefore annulled the judgments under Article 43 (1) and (4) of the Act on the Fundamental Law”. The Constitutional Court argued that “evaluations and criticisms of the religious community expressed in a public issue may, by implication, naturally affect members of the religious community who do not participate in the public debate” and “[I]t is not justified, however, that the dignity of members of the religious community in general, by reason of their very membership of the community, should be protected by law with the same restrictions as the personality rights of representatives of the religious community who take part in public life”. The AB also stressed that “due to the limits of its jurisdiction, it did not rule on whether the specific act complained of by the petitioners in the present case seriously offended or unjustifiably harmed the Catholic religious community and, through it, the human dignity of the petitioners”, because that would be decided by the court in the judicial proceedings following this decision. The AB also stated that the opinion of an “institutionalised” religious community on a public issue is debatable, “and even constitutionally protected if the criticism takes the form of mockery”. The decision referred to the previous finding of the AB that “in the case of non-verbal expressions, the freedom of expression is subject to the condition that the chosen form of communication must be objectively suitable as a means, a medium for the communication of ideas”. However, the Constitutional Court pointed out that a distinction must be made between “criticising a religious community and mocking religion itself”, because according to the Constitutional Court, “expressions of opinion mocking a religious belief, religious symbol, religious act or ritual may be restricted in order to protect the dignity of the religious community or its members on the basis of Article IX (5) of the Fundamental Law”. Finally, the AB concluded the decision with the idea that the fundamental rights concerned (freedom of expression, freedom of the press, freedom of conscience and religion) “belong to the fundamental values of European civilisation and the Hungarian constitutional tradition”. Therefore, in applying the relevant section of the Civil Code, both the courts and the Constitutional Court have a responsibility to “maintain public discourse on a middle line of fairness and moderation which ensures both the democratic discussion of public affairs and the peaceful coexistence of religious communities within society”.

At the end of this paper, we would like to briefly touch upon the AB decision in the “Great Christmas”⁵¹ case, which was

⁵¹ Nagy Karácsony – Nagy Harácsony. Wordplay, meaning “Great Scrounging”.

handed down at the same time as the AB decision described above. [AB Decision 7/2021 (19.II.)] Although the two cases are similar in substance, and the AB decision 7/2021 (II. 19.) AB repeats several findings of the AB decision 6/2021 (II. 19.) AB, the AB rejected this petition. In this case, the plaintiff brought an action against the defendant publisher for infringement of his moral rights because the publisher's cover, entitled "Great Christmas" [Great Scrounging], depicted "an altered version of Gerard Von Honthorst's The Adoration of the Shepherds (1622), in which the faces of the original characters were replaced by those of public figures and the image of the child Jesus was replaced by a pile of gold coins". The Court of First Instance dismissed the applicant's action, the Court of Appeal upheld the judgment, and the Curia upheld the final judgment on the basis of the application for review. The applicant then lodged a constitutional complaint, claiming "that the front page had depicted the birth of Jesus in an unjustifiably offensive way, in a way that offended religious sensibilities, by presenting Christian symbols as symbols of heresy and money worship, and thus violated the applicant's human dignity as a Catholic with a Christian identity". The Constitutional Court accepted the constitutional complaint, outlined in its decision the constitutional yardstick described above in relation to Decision 6/2021 (19.II.), but ultimately rejected the petition. The AB considered the petition unfounded because the Curia correctly clarified the core finding of the first instance judgment, according to which, although the examination of the purpose of the communication is significant, the relevant section of the Civil Code "can be applied even in the absence of an express purpose, and the communication, regardless of its purpose, cannot result in serious injury or humili-

ation of members of the religious community". The AB stated that "The Curia, having examined the front page in question - also in view of the internal content of the newspaper - found, on the one hand, that it was neither aimed at insulting Christians nor did it convey a negative value judgment of believers. On the other hand, the Curia identified the specific political opinion conveyed by the authors, the form of expression of which - the religious simile depicted in the image - was not found to be arbitrary or unjustified in relation to the content of the opinion." The AB finally concluded that "the Curia's decision did not violate the petitioner's right under Article II and Article IX (5) of the Fundamental Law, and therefore dismissed the petition".

Despite the similarities between the two cases, the AB decided otherwise. Reading the two decisions, it is clear that both in the two cases under review and for the future, it will not be easy for the courts and the Constitutional Court to find a "middle line" that balances public speech, democratic debate on public issues, freedom of expression and freedom of religion.

5. Conclusion

The above shows that in Hungary the public law issues of the relationship between the state and religious communities, the interpretation of the ideological character of the state, the examination of the freedom of conscience and religion together with the freedom of opinion and the question of whether it can be restricted are also a topical issue in public life and in judicial practice. It is necessary to have a fair debate from both an ideological, legal-dogmatic and practical point of view, taking into account global challenges, fundamental rights standards and historical lessons.

On the Historical Development of Lex Naturalis and Ius Naturale in the Context of Contract Theories of the Selected Authors of Early Liberalism. (Analysis, Comparison, and the Criticism of Selected Concepts)*

Jakub Švec**

Abstract

*As early as within the ancient period and the emergence of the Roman law and then also in the Middle Ages, the contract theory played an important role in establishing order. Contractualism has assumed great importance in the milieu of Christianity, Islam, and Judaism. It was primarily concerned with agreements that were intended to secure the covenants of people with God and took on the character of a normative contract as a source of law. In the field of state and law, the influence of contract theories asserted itself particularly on the threshold of the modern period in the context of the development of liberalism in its early forms. Contract theories emerge in this period in a dominant part of writers of the early liberalism, with the central motivation being to secure the protection of an individual against the arbitrary will of another individual or authority of any kind. The basic motivation of contract theories became the objective to establish a sovereign in the state. Such process of choice is accompanied by a legally unstable state of nature, which is characterized by the existence of the *lex naturalis* (natural law) and *ius naturale* (natural right). This article deals with the definition, analysis, and comparison of the concepts of natural law and natural right in the context of the three most relevant thinkers of the given period, Jean Jacques Rousseau, Thomas Hobbes, and John Locke. The aim of this paper is to highlight overlaps and differences in the way of discussing these concepts, which at the time formed the basis of what we now call the statecraft. In addition, the text is also enriched by author's criticism and analyses of problematic or content-inconsistent passages in the philosophy of individual authors.*

Keywords: liberalism; *ius naturale*; *lex naturalis*; contract theories; state of nature; general will; freedom of individual.

1. Introduction

As the abstract of the present paper indicates, the contract theory is not a product of early liberalism. It was already used in Judaism, it formed the basis of Christian beliefs, and it is found in the Roman law and in the ancient times. This paper is concerned with the contractualism of the modern period, placing an emphasis on the theories of the most relevant authors of liberalism of the given period, Jean Jacques Rousseau, John Locke, and Thomas Hobbes. These theories were followed up by, for example, John Rawls with perhaps the most famous contractualist theory from his work "A Theory of Justice", where he refers to Locke, Hobbes and Rousseau¹. The central motivation of these authors was to elucidate the emergence of political society and to define the elements of this process. The key variables became the concepts of the state of nature, which operates in the presence of natural law and natural right. These terms can be regarded as the basis of contract theories of the given authors, but also the foundation of modern concept of the theory of state and law as well as modern constitutions of national states. It is these constitutions that are dominated by the idea of people

electing their sovereign, who can be represented by the people themselves, but also by their representatives in the form of parliaments, or it can be a monarch, as Locke and, in a more radical form, Hobbes inclined to think so. As Mary Midgley says (at least in the case of Rousseau and Hobbes): „Survival itself, let alone social order, became possible only through rules arrived at by a reluctant bargain.“² It should be noted within the introduction that the definition of natural law and natural right is not identical with all authors. There is a schism especially with the Rousseau's theory; his theory of natural law differs in many ways from that of his colleagues. Some authors even try to completely deny the existence of natural law in Rousseau's philosophy (and to some degree, the author himself tries to do so too), but this is what we intend to discuss in this work. Rousseau does believe in natural law (whether he realizes it or not), but he does not base it on a rationalistic foundation as is the case with Hobbes. Rousseau does not deny the existence of natural law, although he does not explicitly discuss it to the extent that Hobbes does. Nevertheless, the acceptance of natural law is emphasized several times in the author's work, especially in "A Discourse Upon the Origin and the Foundation of Inequality

* The article is published as a planned output of the VEGA project no. 2/0118/24 – The social nature of normativity as a starting point for explaining the relationship between individual and collective autonomy.

** Mgr. Jakub Švec, PhD., Department of Philosophy, Faculty of Humanities, University of Žilina, Slovakia, email: jakub.svec@fhv.uniza.sk / ORCID 0000-0002-7603-101X.

¹ WENAR, L. – ZALTA, E. (ed.), John Rawls. In: The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2021 Edition). Online: < <https://plato.stanford.edu/archives/sum2021/entries/rawls/>>.

² MIDGLEY, M., The Origin of Ethics. In: SINGER, P. (ed.), *A Companion to Ethics*. Padstow, 2006, p. 4.

Among Mankind". In this paper, we will attempt to define and clarify the understanding of natural law and the state of nature by individual authors, comparing them with each other.

The partial aim of the paper is to appropriately and clearly define the understanding of natural law and natural right from the perspective of Rousseau, because its definition is formally different from the other two and has not been uniformly and unambiguously defined in the field of political philosophy and philosophy of law to this day. When characterizing natural law and natural right in Rousseau, it is necessary to think contextually within broader connotations of the given issue. Further, in the absence of a direct definition of this term, it is also necessary to work with a negative definition against the opposing views. It is from these definitions that Rousseau's actual relationship and view of natural law and natural state can be deduced. In this paper, we will also subject various definitions not only to comparison, but also to criticism as there are instances in the theories of philosophers when the authors contradict their own statements.

The result of the text will be a comprehensive survey study with elements of analysis, synthesis, and subsequent comparison, which will consider the issue of the historical development of natural law and natural right in the context of early liberalism comprehensively from the standpoint of political philosophy and the philosophy of law.

The presented text does not represent a random selection of the author. On the contrary, it is the result of numerous texts published in succession, while the topics of the legitimacy of power and the sovereign are considered to be particularly topical nowadays.

2. On the hypothetical idea of the pre-social state and its principles

The idea of a purely hypothetical, unreal, and in this case pre-social state is not a unique way of solving things in philosophy. We encounter imagination in Plato's works when he describes the state of affairs in the world of ideas, where all existences from the real (and imperfect) world have a perfect form. Imagination was used by philosophers on the threshold of the modern age within descriptions of the state of nature, but also in the descriptions of numerous utopias of that period. After all, imagination was also used by John Rawls in his most influential work, which has had a real impact on the political realities of the contemporary world. Through imagination, he put people behind the Veil of Ignorance. However, the motivation for the use of fiction was the same in all cases. Authors, being aware of the impossibility of inducing a neutral state in the space of civil society and civilization, which is burdened with conventions, use fiction and imagination to achieve objective (or as objective as possible) conditions for the creation and formation of their ideas, which, as a rule, concern human nature or the nature of things as such. Reflections on the state of nature may at first seem unproblematic as authors within the period covered in this paper initially perceive this state in a seemingly same way.

However, it should be pointed out that the characteristics of the state of nature, based on the same assumptions, lead to diametrically different conclusions about the subsequent development and completion of this state. Moreover, Rousseau also escapes from a unified characterization of the state of nature through his criticism or questioning the two fundamental regulators of relations within this space, i.e. natural law and natural right. While Locke and Hobbes understand the content of these terms basically in an identical way (although different implications can be recognized within their philosophies), Rousseau rejects the definition of natural law as such and describes this law as the one that arises more from the self-evident nature of human nature, which is closer to that of animals. In the present study, apart from defining these terms for each of the authors, we will attempt to make clear that at the end of the day, Rousseau accepts natural law, but he believes it to be based on non-rational premises. He then criticizes the way in which Hobbes justifies the existence of natural law. At this point, we would also like to point out that Rousseau (who may be, however, unaware of it) uses arguments that are substantively consistent with those of Hobbes in order to defend natural law.

2.1 Differences and overlaps in the understanding of the state of nature

"Early liberalism held out the promise that humanity would be emancipated from tradition and the deadweight of the past."³ It took shape in the context of an attempt to distinguish itself from three social experiences – despotism (John Locke), anarchy (Thomas Hobbes), and alienation from the nature and autonomy of man (Jean Jacques Rousseau).⁴ These three fundamental experiences need to be considered when discussing the functioning of the state of nature and its subsequent replacement and overcoming by particular forms of political society. They are the experiences that the authors wanted to avoid in the future and, to this end, they adapted their proposed forms of political organization after the abandonment of the state of nature. The very specifics of the state of nature of the individual authors are also based on their social experiences. Across the authors, individual definitions of the state of nature differ, even if they are based on the same assumptions. Further, although all the authors are considered to be the fathers of liberalism and thus their philosophies operate within the same ideology, their views on natural law and natural right as well as on the freedom and autonomy of an individual, both in the state of nature and after it has been overcome, differ from each other, and even contradict at certain points. We have chosen to define the essential differences and overlaps within these key concepts in this chapter.

2.2 Thomas Hobbes: the protection of security and law under the guise of absolutism

From the standpoint of political philosophy, Hobbes's vision of the state of nature seems radical and seemingly at odds with contemporary ideas of humanism about the role and, above all,

³ SCHWARZMANTEL, J., *The Age of Ideology*. Rochdale, 1998, p. 176.

⁴ HOBBS, T., *Leviatan alebo Podstata, forma a moc štátu cirkevneho a občianskeho*. In: NOVOSÁD, F. (ed.), *Leviatan*. Bratislava, 2011, p. 219.

the nature of a human being. In the imagination of this English author, the state of nature is an evil space, a permanent war of all against all, where “man is a wolf to another man”. Mohammad Alipour characterizes state of nature in article “Evolution of Peace: from Social Value to Legal Axiom” through the thoughts of James Henderson: „Hobbes characterized the state of nature as a condition of desires and passions that creates distrust and universal enmity among people in a realm where nothing is unjust.“⁵ As He continues: “In the state of nature “the notions of Rights and Wrong, Justice and Injustice have there no place.”⁶ This state can also be defined as a state of constant tension. It is a pre-social state in which people lived before the foundation of the first coherent societies. In this space, there is an absence of security and a guarantor of law; it is a certain form of anarchy. The author’s negative ideas about the state of nature stem from personal experience – as a child he was confronted with the Civil War in England, but also with the Thirty Years’ War in Europe. Another negative aspect, and perhaps even more important, is the personal experience of his father’s departure at a young age just during the hardships of war – the young Hobbes thus lost the sovereign, i.e., the guarantor of security, who is a central figure of the utopian work *Leviathan*, which deals with the natural state, natural law, and natural right. It was the experience with the state of war which confirmed the author in his conviction that, in the event of the loss of a (security) sovereign in a lawless space, humans are capable of doing unmitigated evil. Despite the physiological differences among individuals, Hobbes is convinced that in the state of nature, all are equal. However, equality is paradoxically understood in terms of equal opportunities and possibilities to harm one another, because he believes that even in the absence of physical strength, the intellect can prevail, making it possible for one individual to set, for example, a dangerous trap for the other one. Hobbes does not idealise individuals in the state of nature. Human beings are, in his view, competitive, cunning, and deceitful creatures who act without restraint when their lives are threatened, and they are in a state of lawlessness. As Hobbes states in his most famous book, *Leviathan*, „Nature has made men so equal in the faculties of body and mind that, though there be found one man sometimes manifestly stronger in body or of quicker mind than another (...) the difference between man and man is not so considerable“⁷, adding that the author means that the difference is not so serious so that a physically less able individual cannot destroy another, and that by means of intellect – reason.⁸

Hobbes thus imagines the state of nature as a state of war, people living in it with the will to leave it as soon as possible. Hobbes, unlike Rousseau, which we will come to later in the text, bases his theory on a rational foundation. The sovereign whom Hobbes proposes answers to God, the laws that men are

to accept have not a divine but a rational basis. Despite the fact that in the state of nature, according to Hobbes, there is no binding legal system or the sovereign, Hobbes posits the existence of two regulators of individual behaviour in this space – the natural law and the natural right. The natural law, i.e., the law of nature, is a general rule that is discovered by reason. According to Hobbes, if a person has reason and sound judgment, he or she understands this law of nature without anyone having to explain it to them. Its simplest definition is “preserve yourself, do not harm others”, or “seek peace and follow it”. The efforts of individuals in the state of nature should concentrate on abandoning this state and determining the sovereign, thus establishing a political society and state. “Hobbes conceives of such a state as one in which the life of man is solitary, poore, nasty, brutish, and short. Not a very pleasant prospect. Any rational person will want to escape such a situation, and the way to do this is to agree amongst ourselves to limit our liberty.”⁹ Moreover, Hobbes argues that the relationship between the state and the individual is stronger than that between the individual and the family, thus disrupting the Aristotelian tradition and, in turn, indirectly agreeing with Plato. In the author’s philosophy, the state is a more natural form of community than the family. The individual arrives at the state of political society through contractualism, assisted by natural law and natural right, which will be discussed in the following subsections. “According to Hobbes, it is crucial that both sovereign and subjects recognize that the sovereign’s word is law and is justice and that, if subjects forget this, the sovereign is to remind them of it good and hard.”¹⁰

2.3 John Locke: the right to private property as the highest form of liberty

Unlike Hobbes, Locke argues that the state does not only play the role of protecting peace and security through the sovereign, but also acts as a guarantor of human rights.¹¹ “The state is there to set limits on individuals and their selfishness, to ensure that the excessive appetites of some do not violate the rights to freedom of other people.”¹² This definition stems from Locke’s more humanistic view of human nature, but also from a more democratic vision of the political society that is to be achieved once the state of nature had been overcome. Locke also disagrees with Hobbes on the degree of liberty in the state of nature since Locke lumps liberty and autonomy together, or rather does not distinguish between the two concepts in his work. Hobbes, on the other hand, distinguishes liberty (free action but within the framework of valid laws) from autonomy (absolute arbitrariness of action) in *Leviathan*, arguing that after the emergence of political society, the individual loses autonomy, and the degree of liberty depends on the particular type

⁵ ALIPOUR, M., Evolution of Peace: from Social Value to Legal Axiom. In: *Journal on European History of Law*, vol. 13, Nr. 1, 2022, p. 114.

⁶ ALIPOUR, M., Evolution of Peace: from Social Value to Legal Axiom. In: *Journal on European History of Law*, vol. 13, Nr. 1, 2022, p. 114.

⁷ HOBBS, T., *Leviatan alebo Podstata, forma a moc štátu cirkevného a občianskeho*. In: NOVOSÁD, F. (ed.), *Leviatan*. Bratislava, 2011, p. 161.

⁸ HOBBS, T., *Leviatan alebo Podstata, forma a moc štátu cirkevného a občianskeho*. In: NOVOSÁD, F. (ed.), *Leviatan*. Bratislava, 2011, p. 161.

⁹ SHAFER-LANDAU, R. (ed.), *Ethical Theory: An Anthology*. Pondicherry, 2013, p. 555.

¹⁰ MACK, E., *The Essential John Locke*. Canada, 2019, p. 15.

¹¹ LAUKÓTTER, S. – SIEP, L., John Locke. In: POLLMAN, A. – LOHMANN, G. (ed.), *Ludské práva*. Bratislava, 2017, p. 34.

¹² SOBOLSKA, B. – SOBOLSKI, M., *Mysl polityczna XIX. i XX. wieku- Liberalizm*. Warszawa, 1978, p. 31.

of sovereign the individual chooses. “While Hobbes aroused almost universal opposition for his assertion that morality serves human selfishness, the natural lawyers nonetheless agreed that humans are unruly beings, needing strong governmental control. John Locke (1632-1704) was opposing Grotius as well as Hobbes when he claimed that some of our rights are inalienable, and hence that there are moral limits to what the government may do.”¹³ Hobbes proposes an agreement on the sovereign that should produce an absolutist form of government, i.e., the ideal, in his view, is a single unlimited ruler. However, he does not rule out the possibility that individuals may choose other forms of government as well as multiple holders of sovereign power. Rousseau has a different view on liberty and autonomy as well as on the sovereign, but we will come to this later in the chapter.

For Locke, the state of nature is a space where an individual is completely free. He does not describe this state as a state of war – he rather defines it as an unpleasant state, i.e., one which, although it does not imply a permanent threat, is good to overcome as soon as possible. According to Locke, state of nature is: “A state also of equality, wherein all the power and jurisdiction is reciprocal, no one having more than another, there being nothing more evident than that creatures of the same species and rank, promiscuously born to all the same advantages of Nature.”¹⁴ As long as individuals exist in a state of nature, they have no civic duties; it is a state that is governed by moral natural law. About law of nature Locke says: “The state of Nature has a law of Nature to govern it, which obliges every one, and reason, which is that law, teaches all mankind who will but consult it, that being all equal and independent, no one ought to harm another in his life, health, liberty or possessions.”¹⁵ When it is violated, there is the activation of natural right of the injured, who are in the right against the violator – he is brought into slavery by his transgression against the natural order, i.e., he is no longer protected by the natural law. As in the case of Hobbes, the definition of natural law is to “preserve yourself, do not harm others”. However, the difference with the Hobbes’ theory is that Locke does not see humans as evil beings. On the contrary, he argues that even without authority and in their natural state, they are able to function peacefully because they have natural law that is given to humans by God. The state of nature is thus for Locke not a state of permanent war, but the state of perfect equality of individuals before the divine law, which few dare to disrespect. This belief stems, as in the case of Hobbes, from rationalist assumptions about human actions, while Locke suggests that the natural law, which is inscribed in the soul of every human being by God through reason, assures that we will not do evil, and thus will not violate the natural law. Otherwise, natural right can and will be activated as an instrument for punishing the guilty by all other individuals in the state of nature. With regard to Hobbes’ attitude towards natural law,

it should be mentioned that Locke adds in his Second Treatise of Government, specifically in the seventh chapter entitled Of Political or Civil Society that the right to apply punishment to the guilty is subject to the criterion of adequacy and measure.¹⁶ For Locke, the violation of natural law and the subsequent activation of natural right is also a situation which he calls the state of war. This state is thus understood by Hobbes and Locke basically in the same way; it is the violation of unwritten law, but Hobbes considers this state to be permanent in the state of nature, whereas Locke admits it only in the particular case of breaking the God’s law. We shall come to natural law and natural right in Locke later in the text.

An important difference between Hobbes and Locke is the central motivation for overcoming the state of nature. Whereas for Hobbes, it is the guarantee of security and protection of life, for Locke it is primarily the protection of private property. Locke is also called the father of capitalism. As with Rousseau (we will come to this point later in the text), Locke assumes that the “savage” in the state of nature will create and accumulate property over time – private property. This property in the state of nature is not protected by any law except the natural law, which is a very general unwritten and non-binding (although God-given) decree. “Nevertheless, there are two crucial differences from Locke’s account. First, whereas for Locke, fully fledged rights of private property can come into being in the state of nature, for Rousseau this only happens with the establishment of a political community via the social pact. Second, Locke is very quick to depart from his initial limitations on acquisition, while Rousseau maintains a very strict limit on the extent of legitimate appropriation.”¹⁷ The fundamental goal and task of establishing a political society, and thus of overcoming the state of nature, is to ensure the protection and possibility of creating private property. The resulting form of political society differs from Hobbes – while Hobbes proposes absolutism, Locke advocates monarchism of the constitutional type, but does not rule out parliamentary democracy either. The key requirement, however, remains to ensure freedom of thought, action, and, above all, the creation and protection of private property. It is no coincidence that Locke is called the ideological father of capitalism, but also the father of both the American and English Revolutions. We will come to the specific wording of natural law and natural right later in the text.

2.4 Jean Jacques Rousseau: from unlimited autonomy to limited freedom

The characterization of a natural human being in the state of nature is markedly different in Rousseau in comparison to Hobbes and Locke. The author’s conception of an individual – the noble savage, according to the author, stems from Rousseau’s irrational view of human nature. “Rousseau was also impressed mainly by (...) Pufendorf’s social contract theory,

¹³ SCHNEEWIND, J. B., Modern moral philosophy. In: SINGER, P. (ed.), *A Companion to Ethics*. Padstow, 2006, p. 149.

¹⁴ LOCKE, J., *Two Treatises of Government*. London, 1823, p. 106.

¹⁵ LOCKE, J., *Two Treatises of Government*. London, 1823, p. 106.

¹⁶ LOCKE, J., *Druhé pojednání o vládě*. Prague, 1992, pp. 78-80.

¹⁷ BERTRAM, Ch., *Rousseau and The Social Contract*. Abingdon, 2004, p. 91.

but also by his conception of the first humans as 'deficient beings' who needed each other's assistance. This thesis affected his own image of the beginnings of human society as depicted in the discourse on inequality.¹⁸ The philosopher is convinced that the definition of natural law in Hobbes in particular (but also in Locke) is flawed since it is based on the assumptions of value preferences which, however, come from the world of civil society, i.e., Rousseau insists that these primary goods, which the definition of natural law in Hobbes rely on, cannot be known by individuals in the state of nature. According to Rousseau, such an individual: "With his intelligence, he did not exceed the level of his own self-indulgence (...) neither education nor progress was realized (for him)."¹⁹ The philosopher does not derive the preferences of noble savages in the state of nature from rationalist assumptions. There are not many characteristics that distinguish a noble savage from an animal in the author's philosophy. The author finds it almost impossible to recognize human nature in contemporary political society. It is necessary to purify human characteristics from all acquired features in civilization. As Rousseau argues in the reproduction of Milan Sobotka: "The human soul has been corrupted in the bosom of society by a thousand and recurring causes (...) it has changed its appearance so much that we can hardly recognize it."²⁰ Rousseau further states in Sobotka's book: "Without a serious examination of man in history, it is impossible to distinguish between what has arisen from the present state by the will of God (man's original nature) and what has arisen as a result of evolution."²¹ It is not only the definition of nature of man that is important, but it is also the definition of natural law and natural right that matters. These, of course, will be discussed in the following chapter in the context of all three authors. It is important to add, however, that in case of Rousseau, the definition of natural law is more complicated. The point is that the philosopher does not explicitly mention natural law in his work as his colleagues, Locke and Hobbes; rather he focuses on natural right. Natural law, according to Rousseau, is an overly rational matter. If we want to know natural law, we must come to the knowledge of human nature, but this cannot be done by taking our cue from Locke and Hobbes.²²

But let us pay attention to the definition and characterization of the state of nature from the perspective of Rousseau. Following Hobbes, who saw the state of nature as a permanent state of war of all against all and Locke, who understood the state of nature as uncomfortable space that must be overcome

in order to protect the newly emerging institution of private property, Rousseau sees the state of nature in a diametrically different way. For him, it represents the golden age of humanity in which individuals are noble savages, beautiful and good beings. In "Discourse on Inequality"²³, the philosopher describes the savage in the state of nature specifically as: "An animal weaker than some, and less agile than others; but, taking him all round, the most advantageously organised of any."²⁴ Despite the idealization of the savage in terms of moral unbendingness in the state of nature, Rousseau is sceptical of the very possibility of the existence of such space. He justifies this by appealing directly to biblical texts and the Old Testament, according to which Adam and Eve were not already planted in such a world by God. In chapter "A Dissertation on the Origin and Foundation of the Inequality of Mankind" he states right at the beginning that: "God Himself having taken men out of a state of nature immediately after the creation."²⁵ But as far as intellectual endowments are concerned, the author has no illusions about the individual in his pre-social state, even describing him as lazy, cumbersome, and stupid in several places in "A Discourse on Inequality". "The savage's wishes do not exceed his bodily needs (...) at this stage man is neither curious nor anticipatory (...) (the savage) thinks little and sleeps almost all the time when he is not thinking."²⁶ In simplicity, it can be stated that the philosopher thinks of the savage in the state of nature as a primitive creature that has only basic physiological needs, has no need for social interaction, and, fundamentally, in relation to other theories, has neither emotions nor passions.

A small remark of the author forms a dividing line between leaving the state of nature and remaining in a primitive way of life that cannot even evolve to more sophisticated forms of social being as Rousseau, in agreement with Hobbes, argues that passions are the driving force behind the development of civilization, or rather the driving force that broke the pre-social man out of the state of nature. As Hobbes says: "Whatsoever is the object of any man's Appetite or Desire, that is it, which he for his part calleth Good"; and certainly both the adjective 'good' and the noun 'goods' are used in nonmoral contexts of things because they are such as to satisfy desires."²⁷ Moreover, although Locke does not speak directly about the passions, the main motivation in his theory is the passion for the institution of property. We will return to this point in the next chapter since Rousseau justifies the abandonment of the state of nature by the savage with a theory that he himself criticizes in Hob-

¹⁸ CERMAN, I., Natural Law and the Rights of Man in France before the Revolution. In: *Journal on European History of Law*, vol. 12, Nr. 1, 2021, p. 19.

¹⁹ ROUSSEAU, J. J., *On the Origins and Causes of Inequality between People*. Bratislava, 2011, p. 67.

²⁰ SOBOTKA, M., *Jean-Jacques Rousseau*. Prague, 2015, p. 12.

²¹ SOBOTKA, M., *Jean-Jacques Rousseau*. Prague, 2015, p. 12.

²² A more extensive definition of natural law, as well as a deeper clarification of this issue not only in the context of Rousseau, but also of Hobbes and Locke, will be discussed in the second chapter of the article.

²³ Titled "Discourse on the Origin and Basis of Inequality Among Men"

²⁴ ROUSSEAU, J. J., *The Social Contract and Discourses*. In: RHYS, E. (ed.), *The Social Contract and Discourses by Jean Jacques Rousseau*. London, 1923, p. 177.

²⁵ ROUSSEAU, J. J., *The Social Contract and Discourses*. In: RHYS, E. (ed.), *The Social Contract and Discourses by Jean Jacques Rousseau*. London, 1923, p. 176.

²⁶ SOBOTKA, M., *Jean-Jacques Rousseau*. Prague, 2015, pp. 14-15.

²⁷ MACKIE, J. L., *The Subjectivity of Values*. In: SHAFER-LANDAU, R. (ed.), *Ethical Theory: An Anthology*. Pondicherry, 2013, p. 30.

bes. Moreover, he adds to it a certain supernatural power of God's will. Before introducing the second chapter, let us note that, however much the philosopher tries to deprive savages in the state of nature of any character traits, he admits that savages nevertheless possess certain character traits, namely two instincts – they have a sense of self-preservation and pity.²⁸ Rousseau discusses this fact in many places in “A Discourse Upon the Origin and Foundation of the Inequality Among Mankind”, which we want to elaborate in the second chapter of the text for a more detailed analysis of the issue of natural law and natural right.

3. On the intersections, differences, and pitfalls of natural law and natural right in the conceptions of J. J. Rousseau, T. Hobbes, and J. Locke

In view of the problems already outlined in the definitions of the state of nature, freedom, and autonomy, we would like to present an analysis, comparison, and criticism of different perspectives on natural law and natural right. As we mentioned in the previous text, right of nature and law of nature are not the result of early liberalism, but in this period this concept received considerable influence in political philosophy as well as philosophy of law. However, the roots of these concepts go much deeper into the history of legal thought. As claimed in the article “Historical and Philosophical Overview of the Law of Ancient Cyprus up to Roman Times” by Charalampos Stamelos: “In fact, Zenon of Citius, as the proponent of natural law, believed that eventually natural laws could be enforced, so that then there would be no need for courts either, because people would be self-disciplined and comply with the rules. With wisdom man becomes truly free by respecting natural laws. Zenon sought to prove that people can live harmoniously by understanding the importance of the validity of natural laws and without the need for social institutions such as schools, gymnasiums, temples and courts. The virtuous man respects natural law. The Natural Law School dominated legal scholarship for many centuries until it was replaced today by the dominant theory of legal philosophy, legal positivism.”²⁹ We have already provided a basic definition of natural law and natural right in the first chapter. In the second chapter, we wish, above all, to point out some inconsistent elements in the theories of authors in question, not only paying attention to criticism and the creation of open questions for further discussion, but also to proposing partial solutions to the problems, which we want to bring into closer focus.

3.1 Thomas Hobbes: the problem of natural law and natural right in *Leviathan*

The most explicit definition of natural law and natural right is offered by Hobbes. In the work *Leviathan*, he clearly separates natural law³⁰ from natural right³¹, defining them as follows: “A law of nature, (*lex naturalis*), is a precept, or general rule, found out by reason, by which a man is forbidden to do that which is destructive of his life, or taketh away the means of preserving the same, and to omit that by which he thinketh it may be best preserved.”³² The natural right is spoken of as the right: “Which writers commonly call *ius naturale*, is the liberty each man hath to use his own power, as he will himself, for the preservation of his own nature; that is to say, of his own life; and consequently, of doing anything which, in his own judgement, and reason, he shall conceive to be the aptest means thereunto.”³³

Although Hobbes offers clear definitions of law and statute, even his description of the key concepts does not avoid problems. If the author had left the description of law and right only within the introductory characterization quoted earlier in the text, the distinction between law and right can be clearly recognized. The possibility of easily confusing law with right is even pointed out by Hobbes in *Leviathan* when he says: “For though they that speak of this subject use to confound *ius* and *lex*, right and law, yet they ought to be distinguished, because right consisteth in liberty to do, or to forbear; whereas law determineth and bindeth to one of them: so that law and right differ as much as obligation and liberty, which in one and the same matter are inconsistent.”³⁴

First of all, it appears legitimate to ask whether it is appropriate to firstly define right and then law as the right is based on the law, and even its application should occur only after the violation (or presumed violation) of law. This is what we refer to as the first point of confusion in Hobbes' chapter of *Leviathan* entitled “Of the First and Second Natural Laws, and Of Contracts”.

The second case, much more serious and exhaustive in content, concerns the second natural law. According to Hobbes, it is based directly on the first – the fundamental one, and the author mentions a total of nineteen of them in *Leviathan*. After describing at first the natural right and only then the natural law, Hobbes again mentions the natural law in chapter “XIV Of the First and Second Natural Laws, and of Contracts” – but he does so in the section dealing with the second natural law. This is intended to directly follow the natural law we defined

²⁸ Later in the text, we will explain that the recognition of these two characteristics of human nature in the state of nature triggers the subsequent criticism in terms of the inconsistency of Rousseau's claims both about human passions and about natural law and natural right as well as about the very abandonment of the state of nature by savages.

²⁹ STAMELOS, Ch., Historical and Philosophical Overview of the Law of Ancient Cyprus up to Roman Times. In: *Journal on European History of Law*, vol. 14, Nr. 1, 2023, p. 75.

³⁰ Hobbes refers to it in the original *Leviathan* as the „law of nature“

³¹ Hobbes refers to it in the original *Leviathan* as the „right of nature“

³² HOBBS, T., *Hobbes's Leviathan*. Oxford, 1965, p. 99.

³³ HOBBS, T., *Hobbes's Leviathan*. Oxford, 1965, p. 99.

³⁴ HOBBS, T., *Hobbes's Leviathan*. Oxford, 1965, p. 99.

earlier in the text. Specifically, the Second Natural Law states: “That a man be willing, when others are so too as farre-forth, as for Peace, and defense of himself he shall think it necessary, to lay down this right to all things; and be contented with so much liberty against other men, as he would allow other men against himself.”³⁵ The second natural law arises directly out of the first one – the fundamental natural law. However, in this passage, which is devoted to the definition of the second natural law, Hobbes speaks at one point of the law which, however, deals with the limitation of right: “For as long as every man holdeth this right, of doing anything he liketh; so long are all men in the condition of war. But if other men will not lay down their right, as well as he, then there is no reason for anyone to divest himself of his.”³⁶ At this point, however, a causal relation between the right and law comes into being, or the second natural law (arising out of the first one) commands to partially or fully abandon (if it is convenient and if others are willing to do so) the natural right to secure peace. This raises two questions: first, does Hobbes understand the meaning of the natural law to be “the prohibition of doing what destroys one’s life” – in a minimalist sense, i.e., it is simply only about not harming oneself, or can we understand this law in a broader context of the second natural law (which follows and develops the first one), and thus in broader confines guaranteeing peace, i.e., not harming others as well? We ask the question because the second natural law is, in its definition, substantively mixed with natural right in the sense of achieving peace and self-defence. Or is it possible to conclude the discourse by a simple formulation that the second natural law is a law (regulation) which, although it deals substantively with right and its limitations, does not overlap with the right? And is such a closure of the problem even possible given that the fulfilment of the second natural law is directly dependent on the limitation of right? Second, if we decide to understand the second natural law, which develops the first – the fundamental one, in a broader context, i.e. not only not to do harm, but also to preserve and create peace (which is the content of the second natural law, but at the same time of natural right), this means that natural law (through its subcategory – the second natural law) would exist in a necessary concurrence and relationship together with natural right, or at least in some part they would merge into one regulation and action. Consequently, the application of both would have to be required in the natural state parallelly, with the same set of actions in mind at one point in time, which could be called both law and right. This fusion would never have existed unless Hobbes had extended the basic definition of natural law to include a second natural law that combines the law and right. Our interpretation is thus in opposition to contemporary interpretations of the author’s natural state, which look primarily to the fulfilment of (at first) natural law in the sense of Hobbes’ words about the general rule of reason, forbidding of doing evil, and only after the subsequent use of violence – the natural right

in case the attempt fails. The present interpretation assumes a lexical relation between the natural law and natural right. On the basis of this interpretation of the second natural law, which follows the first one, it can be concluded that the two basic regulators of relationships in the state of nature (law and right) are proposed by Hobbes to be fulfilled, at least in part, simultaneously. This is because of the (unfortunate?) definition of the second (superstructural) natural law, which contains references both to law and to the restriction of natural right in order to achieve peace and preserve life – a motive, however, that is the intersection between law (the prohibition against destroying one’s life) and right (the order to preserve life).

3.2 Jean Jacques Rousseau: the problem of the definition of natural law and natural right

In this chapter, we want to draw attention to a few inconsistencies that Rousseau’s model of the state of nature did not avoid. The philosopher often works with the notion of natural right, but the notion of natural law would be quite difficult to find in “A Discourse Upon the Origin and the Foundation of the Inequality Among Mankind” or “The Social Contract”. It is safe to say that Rousseau does not use the term natural law in an as explicit form as Hobbes. The reason for this appears to be admittedly quite simple, but the consequences of this approach to natural law are probably not realised even by the author himself, which is what we want to point out.

According to Rousseau’s already published definition of the state of nature, the state of affairs is within this space superimposed in such a way that we can hardly suppose that it is based on fixed rules of law, even if “only” the natural one. For the author speaks of savages as strongly instinctive creatures, differing only slightly from timid animals. Since there was no moral relationship between the living in this space, there were no obligations to anything or anyone. Above all, Rousseau regards the autonomous savage as a good being that cannot (does not know how to) do evil because, unlike Hobbes, he does not reason rationally – he does not calculate, i.e., he is not even able to calculate the benefits that might accrue to him from doing evil to others. In the context of such reasoning, the existence of natural law may seem to Rousseau to be unnecessary since the author does not envisage harming other savages. It is important to emphasize that in this chapter, we are not attempting to negate the author’s use of natural law, but we argue that he makes diametrically different assumptions in describing it in comparison to his colleagues, Hobbes and Locke. On the law and the problem of its definition, he comments in: “But, defining this law, each after his own fashion, they have established it on such metaphysical principles, that there are very few persons among us capable of comprehending them, much less of discovering them for themselves. So that the definitions of these learned men, all differing in everything else, agree only in this, that it is impossible to comprehend the law of nature,

³⁵ HOBBS, T., *Leviatan alebo Podstata, forma a moc štátu cirkevného a občianskeho*. In: NOVOSÁD, F. (ed.), *Leviatan*. Bratislava, 2011, p. 168.

³⁶ HOBBS, T., *Leviatan alebo Podstata, forma a moc štátu cirkevného a občianskeho*. In: NOVOSÁD, F. (ed.), *Leviatan*. Bratislava, 2011, p. 168.

³⁷ ROUSSEAU, J. J., *The Social Contract and Discourses*. In: RHYS, E. (ed.), *The Social Contract and Discourses by Jean Jacques Rousseau*. London, 1923, p. 171.

and consequently to obey it, without being a very subtle casuist and a profound metaphysician. All which is as much as to say that mankind must have employed, in the establishment of society, a capacity which is acquired only with great difficulty, and by very few persons, even in a state of society.”³⁸ According to the philosopher, both Hobbes and Locke commit a mistake if they assert an explicitly defined natural law, which is based on the rule of reason in a state in which the savage can hardly use reason. Thus, according to Rousseau, other authors start from erroneous premises, and their definitions of natural law exist thanks to rules, laws, and relations that are typical only of political and civil society. Rousseau suppresses the rational side of the savage in the state of nature, which is also expressed in the words of Michaela Rehm: “Interpretations focusing on a mainly rationalist view of natural law claim that Rousseau’s thinking is so strongly characterized by an emphasis on the limitations of rationality that such asceptic could hardly be counted among the party of natural law philosophers.”³⁸

Rousseau tries to convince us that natural law is as willing to be discussed as it is to be admitted, but it is to be based on assumptions other than the rational ones. For the author asserts, as has already been stated, that the savage has two innate instincts – the instinct of self-preservation and pity. But he also has the capacity for self-improvement. Rousseau agrees with Hobbes that in the state of nature, the savage’s primary motivation is self-preservation. However, he disagrees with the further development of Hobbes’s theory in terms of creating civil and political society for the protection of all, to which Rousseau comments: “He (Hobbes) does say the exact opposite, in consequence of having improperly admitted, as a part of savage man’s care for self-preservation, the gratification of a multitude of passions which are the work of society, and have made laws necessary.”³⁹

But let us go back to Rousseau’s relation to natural law, whose concept based on rationality is attempted to be criticized. Within this criticism, however, he faults Hobbes for creating civil and political society that looks to the interests of the whole in terms of satisfying a multitude of passions, which are, however, the work of society rather than of randomly wandering savages. In other words, Rousseau says that Hobbes bases the definition of natural law on the grounds of laws that one knows in the civil state. Therefore, according to Rousseau and on the basis of these motivations, a savage could not have arrived at the civil state because he would not have had possessed the necessary passions (and the need to satisfy them). We argue, however, that this criticism is incorrect in relation to the author’s own philosophy since, as will be explained, Rousseau himself recognizes the necessity of creating the society as a result of the savage’s passions in the form of self-development and self-improvement, but also, at the end of the day, of the desire to possess something. The philosopher even considers the

gradual transition of savages into a state of civil and political society to be sad, but historically irreversible. Rousseau himself acknowledges self-development, that is, a civil state would have to occur, which in fact he himself does not rule out. But as for Hobbes’s criticism of natural law, it is unaddressed in this respect as it may be true that Hobbes attributes some (and probably more than Rousseau) of the characteristics and personality assumptions of the savage in the state of nature, but which he acquires only in the civic state. This may be overwhelmingly true, but Rousseau also argues that in the successive stages of the state of nature, leading to the establishment of civil society, people become complacent, unwilling to revert back to simpler forms of life, and increasingly subject to the temptations of the institution of private property. In connection with these claims, we put forward Milan Sobotka’s idea that in the essay “On The Social Contract”: “(...) Rousseau does not turn to our feelings and imagery, but on the contrary, he wants to explain his ideas in it in a strictly logical form, corresponding to the contemporary understanding of scientificity.”⁴⁰ However, we disagree with this statement, because natural-law conceptions in Rousseau’s lifetime stemmed primarily from rationalism, where this philosopher can be hardly placed. In “Discourse on Inequality”, contrary to Sobotka’s assertion, the author is inclined to define the noble savage by means of emotions; reason and logic operate rather at the margins of this individual. He also mentions the two basic determinants of behaviour in terms of the instinct for self-preservation and the innate virtue of pity. However, we dare not associate these notions with strictly logical explanations clarifying savage behaviour in the natural state.

Rousseau also accuses Hobbes of using normative models of human behaviour in the state of nature on which he bases the functioning of later civil society. Again, we disagree with this criticism because Rousseau regards the abandonment of the state of nature as an irreversible process which also arose due to human passions that even the pre-social golden age of humanity could not permanently dampen⁴¹. Rousseau could not seem to model the state on the basis of purely contingent laws of nature, i.e., the instincts of self-preservation and pity. Moreover, Rousseau accepts self-improvement which, he argues, must inevitably result in contractualism and political society. He also legitimizes contractualism with the argument that Since no man has a natural authority over his fellow man, and since force does not give rise to any right, conventions therefore remain the basis of all legitimate authority among men.

In conclusion of the criticism, it is asserted that the above two predispositions of the savage are sufficient to be able to associate them with the norms defining the natural law. Moreover, we identify the instinct of self-preservation described by the philosopher with the part about preserving one’s own life, and we associate the innate emotion in the form of virtue-pity with the part of the natural law that speaks about not harm-

³⁸ REHM, M., *Obligation in Rousseau: making natural law history?* Jahrbuch für Recht Und Ethik/Annual Review of Law and Ethics 20, 2012, p. 139.

³⁹ ROUSSEAU, J. J., *The Social Contract and Discourses*. In: RHYS, E. (ed.), *The Social Contract and Discourses by Jean Jacques Rousseau*. London, 1923, p. 196.

⁴⁰ SOBOTKA, M., *Jean-Jacques Rousseau*. Prague, 2015, p. 10.

⁴¹ See also: KARÁCSONYI, A., Heidegger on Hegel’s Concept of State. In: *Journal on European History of Law*, vol. 13, Nr. 2, 2022, p. 142.

ing other living beings⁴². Since harm causes suffering, whether physical or psychological, the noble savage, according to the author's philosophy, should not engage in action leading to suffering, because to do so, it would contravene the virtue which, according to the author, has been given to him by nature. Rehm maintains that: "There are various ways of establishing natural values and standards. The view that natural law is necessarily based on rationality offers too narrow interpretation of the Natural Law tradition. It leaves aside the fact that the focus on rationality represents only one, albeit a powerful one of the many internal sources of Natural Law theories."⁴³ Thus, Rousseau believes in natural law, but tries not to ground it in rationalist foundations.

Taking the aforementioned into account, we are convinced that Rousseau is one of the theorists of natural law, which, however, has its source not in rationalism but in the human nature. It resides in the assumption of an innate instinct for self-preservation and virtue instilled from birth in the form of pity. These two variables provide a sufficient basis for claiming that Rousseau's natural noble savage understands and adheres to the two basic principles of natural law. Moreover, the suppression of the rational aspects of the transition to the civil state is also debatable. And although Rousseau criticizes Hobbes's concept that civil society satisfies the passions of savages, he ultimately comes to the same conclusion since savages gradually acquire passions in the state of nature for the sake of self-improvement.

4. Conclusion

In the present study, our aim was to analyse and compare the definition of the state of nature from the perspective of the three most important authors and theorists of the early liberalism. In the first chapter, we explained the different characteristics that philosophers attribute to this topic. While for Hobbes, this space is a state of permanent war of all against all, for Locke is the state of nature a rather uncomfortable place in which people, while not often harming each other, have virtually no guarantee of safety. Rousseau understands the state of nature in a completely different way, i.e., he places man in the role of a primitive human creature who differs little from animals. Unlike Hobbes, however, he does not think that savages will often hurt themselves in the state of nature. In his view, the savage does not possess the passions by which he can comprehend the possible benefits that would accrue to him from theft or murder. The soul of a savage, according to Rousseau, has only two basic emotions – the instincts of self-preservation and pity, with the addition that man, even in the state of nature, has a natural capacity for self-improvement. Locke believes in natural law, i.e., divine law, and thus does not suppose that men in the state of nature must necessarily harm themselves. Importantly, however, they all agree on the inevitable overcoming of the state of nature, though not always from identical motivations. As we noted at the beginning of this article, the early liberalism took shape as a movement which wanted to make a stand against

the three negative social experiences of its time – despotism (John Locke), anarchy (Thomas Hobbes), and alienation (Jean Jacques Rousseau). In conclusion, it can be summarized that Hobbes' central motivation was primarily to guarantee security from anarchy and arbitrariness of other individuals in the state of nature. Paradoxically, Hobbes proposes an absolutist monarch – Leviathan, or a mortal god – as an ideal ruler that individuals should choose. In contrast to Hobbes's theory, Locke proposes to accede to contractualism primarily for the sake of protecting private property. Of course, the protection of the individual is also important, but the natural law given to humans by God was Locke able to accept as a sure guarantee of security. Rousseau, unlike his predecessors, would prefer not to abandon the state of nature. In this space, according to the author, the savage is the best version of man. The problem arises at the moment when, through self-improvement, the individual inevitably grasps the benefits of tools, permanent habitation, and cultivation. Along with this insight, however, come negative qualities of the human soul such as pride, avarice, and envy into being. Rousseau, however, understands the impossibility of stopping evolution, so he therefore endorses contractualism, recommending that individuals choose the people as their sovereign.

In the second chapter we attempted to analyse, clarify, and compare the definition of natural law and natural right. As was explained, each of the authors mentioned above uses these terms, and it may seem that these philosophers understand them in the same way. However, by conducting a careful analysis, it was found out that Rousseau does not use natural law as explicitly as Hobbes does. Moreover, in the context of his philosophy, natural law is not based on rationalism, but on human nature. Hobbes explains natural law and natural right in an exact way, but the inclusion of other associated natural laws considerably complicates the definition. For in the latter natural law merges the law and right into one whole, which looks confusing. It follows that either the author combines them into one normative regulation at one point, or there exists a lexical or conditioning relationship between them. Locke regards natural law as a command from God, whereby if one chooses to violate it, the individual can activate his or her natural right. By violating the natural law, the individual loses protection from this law, and can be punished by society. However, Locke, following the example of others, also agrees with the inevitable abolition of the state of nature and the transition to a political society.

The present study, which attempted to define, analyse, and compare the key concepts of the selected authors of early liberalism, suggests that liberalism is not a closed ideology that does not allow different definitions for its existence of fundamental concepts. At the same time, this fact proves that we can still find new inspirations and findings in liberalism, which have had and continue having an impact not only on the theoretical field of philosophy of law and political philosophy, but also on the practical life of political and civil society.

⁴² Natural law: preserve yourself, do no harm to others - the most general definition of this concept.

⁴³ REHM, M., *Obligation in Rousseau: making natural law history?* Jahrbuch für Recht Und Ethik/Annual Review of Law and Ethics 20, 2012, p. 139.

Legal History and the Development of Rights of Inhabitants of the West Bank since 1948 pursuant to International Law

Tomáš Mach*

Abstract

The piece discusses the legal nature of the West Bank since 1948. It summarizes the history of the Territory since the British conquest from the Ottoman Empire in 1917 up till the 1994 Israel-Jordan peace treaty. Furthermore, it discusses the nature and development of the right to self-determination, ultimately arguing that the West Bank is currently *terra nullius* under Israeli occupation and that (leaving aside wishful thinking of different streams in international relations) under pure principles of customary international law there is no such thing as Palestine, at least not in the territory of the West Bank.

Keywords: *terra nullius*; self-determination; statehood; *territorium nullius*; West Bank.

1. Introduction

The current administrative situation in what most of the world often calls either the West Bank or the Occupied Palestinian Territories are a contentious issue on planes of international relations and politics. Throughout the 20th Century, during the Cold War, the treatment of the West Bank post-1967, which was occupied by Israel in the Six-Day War was one of the points of conflict as a disguised proxy battlefield. The Soviet Block and its satellites supported, trained, and armed^{1,2} the PLO for its acts of terror in what the PLO articulated as a struggle for independence. The free world, led by the USA, regarded the PLO as a terrorist organization.³ It was only after the Cold War was over, in 1993 by the Oslo Accords, that the PLO recognized the existence of Israel and its right to live in peace and Israel recognized the PLO as an entity representing the “Palestinian” people.⁴

In the advisory opinion of 9 July 2004 on the “Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory”⁵ (hereinafter the “Advisory Opinion”) the ICJ

came to the conclusion that since both Jordan and Israel were parties to the Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (Fourth Geneva Convention) at the time the 1967 conflict broke out, its provisions were applicable to the current situation in the territory and that Israel needs to act in conformity with the provisions of this convention⁶, including *inter alia* the Occupying Power’s duty to refrain from deporting or transferring parts of its own civilian population into the occupied territory.⁷

Nevertheless, given the fact that Jordan had given up its title to the West Bank on 31 July 1988, i.e. prior to the 2004 ruling, the analysis proposed by the ICJ in the aforesaid advisory opinion seems to be far from complex.

The objective of this piece is to analyze the history of the legal status of the West Bank through the lens of an international jurist in order to answer the question as to what duties Israel owes to the native population in the West Bank and whether Israel would be allowed to annex the West Bank if it decided to do so (as the current prime minister of Israel has been repeatedly promising in elections).

* JUDr. Tomáš Mach, LL.M., Ph.D., Department of International Law, Faculty of Law, University of West Bohemia, Plzeň, Czech Republic, email: tmach@kmp.zcu.cz / ORCID 0009-0003-8325-0741.

¹ GOLAN, G., The Soviet Union and the PLO since the War in Lebanon. In: *Middle East Journal*, Vol. 40, No. 2, 1986, pp. 285-305, at p. 286 (stable URL: <https://www.jstor.org/stable/4327311>)

² <https://web.archive.org/web/20160304124846/http://psi.ece.jhu.edu/~kaplan/IRUSS/BUK/GBARC/pdfs/terr-wd/plo83.pdf> (last visited 24 Oct 2020)

³ <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/22/5201> (last visited 24 Oct 2020)

⁴ <https://unispal.un.org/DPA/DPR/unispal.nsf/0/36917473237100E285257028006C0BC5> (last visited 24 Oct 2020)

⁵ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, ICJ Reports 2004, p. 136 (available online at: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/131/131-20040709-ADV-01-00-EN.pdf> (last visited 24 Oct 2020)).

⁶ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, ICJ Reports 2004, p. 136 (available online at: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/131/131-20040709-ADV-01-00-EN.pdf> (last visited 24 Oct 2020)), at p. 177

⁷ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, ICJ Reports 2004, p. 136 (available online at: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/131/131-20040709-ADV-01-00-EN.pdf> (last visited 24 Oct 2020)), at p. 186 – quoting article 49 of the Fourth Geneva Convention

2. The Territory of Contemporary Israel and the West Bank between 1917 and 1994

The Turkish territories in the Middle East, including Jerusalem, were occupied by the British in course of the First World War in 1917. The First Battle of Gaza started on 26 March 1917 and the British troops entered Jerusalem in early December 1917.⁸ This ended the factual exercise of sovereignty over these territories by the Ottoman Empire. The Turks later gave up claims to sovereignty to these territories in the Treaty of Ankara of 29 October 1921⁹ vis-à-vis France and confirmed this in the Treaty of Lausanne on 24 July 1923, *inter alia*, vis-à-vis Great Britain¹⁰ (the Mandate Power of Palestine as discussed below).¹¹

The territories of contemporary Israel and of the West Bank, along with the territory of the Gaza Strip, were converted into a “Class A” Mandate Territory pursuant to Article 22 of the Covenant of the League of Nations under the UK Mandate Administration of Palestine. As of 1 July 1920, the military administration exercised by the UK as an occupying power under customary international law¹² that had been present since occupation back in 1917, turned into a UK civilian administration under the Mandate.

Post-WWII, the UN was preparing the partition of the Mandate of Palestine into two states, a Jewish State in one part of the mandate territory and an Arab state in the other (effectively in Gaza and the West Bank), whilst Jerusalem was to be internationalized (*corpus separatum*) - under the 1947 Partition Plan.¹³

When the UK Mandate ceased to exist and Israel declared independence in 1948, it was in turn attacked by neighboring Arab states. In course of this Arab-Israeli War of 1948, Transjordan (as Jordan was then called) occupied the territory of the West Bank (i.e. the Predominant part of the Territory of what was to become an Arab State in the two-state solution under UN General Assembly Resolution No. 181¹⁴ [the 1947 Partition Plan]) and later incorporated it into its own territory.

Jordan formally annexed the West Bank on 24 April 1950. This annexation met with condemnation and was regarded as void by most of the international community.¹⁵ It was only the United Kingdom (at the same time as formal recognition

of Israel by the UK)¹⁶ and Iraq who recognized this annexation.

The West Bank changed hands again in 1967. On 5 June 1967 Israel, in anticipatory self-defense, strove against Egypt after Egypt had closed the Straits of Tiran in May that year and military preparations for a joint action against Israel by Egypt, Jordan, and Syria had been underway; this opened the Six-Day War. The Jordanian Army began shelling Israel at 10.00 am the same day and thus entered into an armed conflict with Israel. Within two days, the Jordanian Army was driven out of the territory of the West Bank and Israel took control of the West Bank.¹⁷

Israel, in conformity with international law of customary nature, introduced military administration of the occupied territory.¹⁸ Purely military administration was altered into ‘The Civil Administration’ of the West Bank by Military Order No. 947 of 1981. The Civil Administration was appointed by the commander of the Israeli Military (IDF) and as it remains subordinate to the IDF, so it is in fact a tool of the military occupation of the West Bank, thus in conformity with customary international law. This remains be the situation until nowadays.

In 1994, Israel and Jordan signed a peace treaty. This treaty included delimitation of the international boundary between these states. Annex I to the peace treaty technically determines the international boundary also determines the boundary between Jordan and the West Bank, noting, however, that:

“This line is the administrative boundary between Jordan and the territory which came under Israeli Military government control in 1967. Any treatment of this line shall be without prejudice to the status of that territory.”¹⁹

Would the above quotation mean that whilst the treaty talks of ‘administrative boundary’ it should be interpreted that there is peace agreed between Jordan and Israel whilst Israel is in occupation of what Jordan had annexed in 1950? This would indeed be an odd situation in international law (and in particular in international relations). The answer is negative, however, since, in 1988, Jordan had given up her claim upon the West Bank on 31 July. She did so 14 years after the 1974 all-Arab meeting in Rabat, Morocco took place, where leaders of the Arab world (incl. King Hussein of Jordan) decided to recognize

⁸ ERICKSON, E. J., *Ottoman Army Effectiveness in World War I: A Comparative Study*. Cass Military History and Policy Series. Oxford, 2007, p. 128

⁹ League of Nations Treaty Series, vol. 54, pp. 178-193.

¹⁰ League of Nations, Official Journal“. 4. October 1924: 1292

¹¹ League of Nations Treaty Series, vol. 54, pp. 178-193.

¹² The ICJ correctly recites articles 42 the Regulations Respecting the Laws and Customs of War on Land annexed to the Fourth Hague Convention of 18 October 1907 as being of customary-law-nature, namely that: ‘territory is considered occupied when it is actually placed under the authority of the hostile army, and the occupation extends only to the territory where such authority has been established and can be exercised.’ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, ICJ Reports 2004, p. 136 (available online at: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/131/131-20040709-ADV-01-00-EN.pdf> (last visited 24 Oct 2020)), at p. 167

¹³ <https://unispal.un.org/DPA/DPR/unispal.nsf/0/7F0AF2BD897689B785256C330061D253> (last visited 20 October 2020)

¹⁴ <https://unispal.un.org/DPA/DPR/unispal.nsf/0/7F0AF2BD897689B785256C330061D253> (last visited 20 October 2020)

¹⁵ BENVENISTI, E., *The International Law of Occupation*. Oxford, 2012, p. 204.

¹⁶ <https://api.parliament.uk/historic-hansard/commons/1950/apr/27/jordan-and-israel-government-decision> (last visited 20 October 2020)

¹⁷ MUTAWI, A. S., *Jordan in the 1967 War*. Cambridge, 2002, p. 140.

¹⁸ On nature of military administration of occupied territories see the Q & A website of the International Committee of the Red Cross: Occupation and international humanitarian law: questions and answers <https://www.icrc.org/en/doc/resources/documents/misc/634kfc.htm>

¹⁹ https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/IL%20JO_941026_PeaceTreatyIsraelJordan.pdf (last visited 20 October 2020).

the PLO as the “sole legitimate representative of the Palestinian people.”²⁰ In the 1988 address to the nation, King Hussein not only explicitly gave up claim upon the West Bank, but also upon its population as Jordan’s nationals (whilst stressing that those, who acquired nationality with annexation in 1950 were allowed to retain it as long as they found themselves in Jordan):

“We cannot continue in this state of suspension, which can neither serve Jordan nor the Palestinian cause. We had to leave the labyrinth of fears and doubts, towards clearer horizons where mutual trust, understanding, and cooperation can prevail, to the benefit of the Palestinian cause and Arab unity. This unity will remain a goal which all the Arab peoples cherish and seek to realize.

At the same time, it has to be understood in all clarity, and without any ambiguity or equivocation, that our measures regarding the West Bank concern only the occupied Palestinian land and its people. They naturally do not relate in any way to the Jordanian citizens of Palestinian origin in the Hashemite Kingdom of Jordan. They all have the full rights of citizenship and all its obligations, the same as any other citizen irrespective of his origin. They are an integral part of the Jordanian state to which they belong, on whose soil they live, and in whose life and various activities they participate. Jordan is not Palestine and the independent Palestinian state will be established on the occupied Palestinian territory after its liberation, God willing. There the Palestinian identity will be embodied, and there the Palestinian struggle shall come to fruition, as confirmed by the glorious uprising of the Palestinian people under occupation.”²¹

The 1994 peace treaty between Israel and Jordan thus needs to be viewed in the context of Jordan having had given up territorial claims to the West Bank in 1988 and expressed support to a future creation of an independent state of Palestine.

3. Israeli Policy under Criticism

In course of the occupation of the West Bank Israel pursues a policy of settlements through which she gradually alters the demographics of the West Bank. This policy is subject to a long-standing and repeated criticism from the United Nations, last time by UN Security Council Resolution 2334 (2016).²²

Along with the creation of the settlements that alter demographics of the West Bank it has been also the construction of the Wall to prevent terrorists from infiltration the State of Israel proper, a construction accompanied by destruction of private property in the occupied territory, which has been subject to continuing criticism by the United Nations. It was also this very policy that led to the Advisory Opinion of 9 July 2004 on the “Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory”,²³ in which the court heavily criticized these practices of Israel.

Nevertheless, as the current author briefly noted in the introduction to these pieces, the analysis presented in the aforesaid Advisory Opinion was far from complex. In fact, the court avoided articulating certain facts altogether, so that the overall connotation of the ruling was one that just selectively showed how bad Israel was in the eyes of the majority of the members of the Court.

For instance, in paragraph 101 of the ruling, the court observes as follows:

“101. In view of the foregoing, the Court considers that the Fourth Geneva Convention is applicable in any occupied territory in the event of an armed conflict arising between two or more High Contracting Parties. Israel and Jordan were parties to that Convention when the 1967 armed conflict broke out. The Court accordingly finds that that Convention is applicable in the Palestinian territories which before the conflict lay to the east of the Green Line and which, during that conflict, were occupied by Israel, there being no need for any enquiry into the precise prior status of those territories.”

It avoided altogether the question of the precise status of those territories.

Instead, the court, in paragraph 117 of the Advisory Opinion proclaimed that:

“117. The Court would recall that both the General Assembly and the Security Council have referred, with regard to Palestine, to the customary rule of “the inadmissibility of the acquisition of territory by war (see paragraph 74 and 87 above).”

These two paragraphs of the same Advisory Opinion read:

“74. On 22 November 1967, the Security Council unanimously adopted resolution 242 (1967), which emphasized the inadmissibility of the acquisition of territory by war and called for the “Withdrawal of Israel armed forces from territories occupied in the recent conflict”, and “Termination of all claims or states of belligerency.”

87. The Court first recalls that, pursuant to Article 2, paragraph 4, of the United Nations Charter:

“All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any State, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations.”

On 24 October 1971, the General Assembly adopted resolution 2625 (XXV), entitled “Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States” (hereinafter “resolution 2625 (XXV)”), in which it emphasized that “No territorial acquisition resulting from the threat or use of force shall be recognized as legal.” As the Court stated in its Judgment in the case concerning Military and Paramilitary Activities in and

²⁰ http://www.kinghussein.gov.jo/88_july31.html (last visited 24 October 2020)

²¹ http://www.kinghussein.gov.jo/88_july31.html (last visited 24 October 2020)

²² See also UN SC Resolutions: 242 (1967), 338 (1973), 446 (1979), 452 (1979), 465 (1980), 476 (1980), 478 (1980), 1397 (2002), 1515 (2003), and 1850 (2008).

²³ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, ICJ Reports 2004, p. 136 (available online at: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/131/131-20040709-ADV-01-00-EN.pdf> (last visited 24 Oct 2020)).

against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), the principles as to the use of force incorporated in the Charter reflect customary international law (see I. C. J. Reports 1986, pp. 98-1 01, paras. 187- 190); the same is true of its corollary entailing the illegality of territorial acquisition resulting from the threat or use of force.”

These conclusions of the Court are (i) simply not true, (ii) would not stand the test of proving content of customary law, and (iii) cannot be applied to the situation in the West Bank for the reasons discussed below.

Whilst one may agree that Article 2(4) of the UN Charter was, in 1967, applicable to both Israel and Jordan as UN Member States, and perhaps the general prohibition of aggressive warfare may have also acquired (possibly) customary nature by 1967 (although state practice in 1950 Korea, 1956 Hungary, 1956 Egypt, etc.- just to name a few- may indeed indicate otherwise), there is nothing in Article 2(4) of the UN Charter that would talk of territorial gains from defensive use of force. Moreover, last time the current writer checked, General Assembly Resolutions were not of normative nature and customary law was to be tested upon the presence of *usus longaevus* and *opinion iuris*. The observations made in paragraph 117 of the Advisory Opinion are therefore misleading and wrong. Neither in 1948 nor 1967, was it Israel who attacked Jordan or conducted aggressive warfare in the first place.

Stephen M. Schwebel, who would later be president of the ICJ between 1997 and 2000, observed as early as 1970 in the *American Journal of International Law*:²⁴

“As a general principle of international law, as that law has been reformed since the League, particularly by the Charter, it is both vital and correct to say that there shall be no weight to conquest, that the acquisition of territory by war is inadmissible. But that principle must be read in particular cases together with other general principles, among them the still more general principle of which it is an application, namely, that no legal right shall spring from a wrong, and the Charter principle that the Members of the United Nations shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state. So read, the distinctions between aggressive conquest and defensive conquest, between the taking of territory, legally held and the taking of territory illegally held, become no less vital and correct than the central principle itself.

Those distinctions may be summarized as follows: (a) A state acting in the lawful exercise of its right of self-defense may seize and occupy foreign territory as long as such seizure and occupation are necessary to its self-defense. (b) As a condition of its withdrawal from such territory, that state may require the institution of security measures reasonably designed to ensure that that territory shall not again be used to mount a threat or use of force against it of such a nature as to justify the exercise of self-defense. (c) Where the prior holder of territory had seized that territory unlawfully, the

state which subsequently takes that territory in the lawful exercise of self-defense has, against that prior holder, better title.

The facts of the June 1967, “Six-Day War” demonstrate that Israel reacted defensively against the threat and use of force against her by her Arab neighbors. This is indicated by the fact that Israel responded to Egypt’s prior closure of the Straits of Tiran, its proclamation of a blockade of the Israeli port of Elath, and the manifest threat of the U.A.R.’s use of force inherent in its massing of troops in Sinai, coupled with its ejection of UNEF. It is indicated by the fact that, upon Israeli responsive action against the U.A.R., Jordan initiated hostilities against Israel. It is suggested as well by the fact that, despite the most intense efforts by the Arab states and their supporters, led by the Premier of the Soviet Union, to gain condemnation of Israel as an aggressor by the hospitable organs of the United Nations, those efforts were decisively defeated. The conclusion to which these facts lead is that the Israeli conquest of Arab and Arab-held territory was defensive rather than aggressive conquest.

The facts of the 1948 hostilities between the Arab invaders of Palestine and the nascent state of Israel further demonstrate that Egypt’s seizure of the Gaza strip, and Jordan’s seizure and subsequent annexation of the West Bank and the old city of Jerusalem, were unlawful. Israel was proclaimed to be an independent state within the boundaries allotted to her by the General Assembly’s partition resolution. The Arabs of Palestine and of neighboring Arab states rejected that resolution. But that rejection was no warrant for the invasion by those Arab states of Palestine, whether of the territory allotted to Israel, to the projected, stillborn Arab state, or to the projected, internationalized city of Jerusalem. It was no warrant for attack by the armed forces of neighboring Arab states upon the Jews of Palestine, whether they resided within or without Israel. But that attack did justify Israeli defensive measures, both within and, as necessary, without the boundaries allotted her by the partition plan (as in the new city of Jerusalem). It follows that the Egyptian occupation of Gaza, and the Jordanian annexation of the West Bank and Jerusalem, could not vest in Egypt and Jordan lawful, indefinite control, whether as occupying Power or sovereign: *ex injuria jus non oritur*.

If the foregoing conclusions that (a) Israeli action in 1967 was defensive and (b) Arab action in 1948, being aggressive, was inadequate to legalize Egyptian and Jordanian taking of Palestinian territory, are correct, what follows?

It follows that the application of the doctrine of according no weight to conquest requires modification in double measure. In the first place, having regard to the consideration that, as between Israel, acting defensively in 1948 and 1967, on the one hand, and her Arab neighbors, acting aggressively in 1948 and 1967, on the other, Israel has better title in the territory of what was Palestine, including the whole of Jerusalem, than do Jordan and Egypt (the U.A.R. indeed has, unlike Jordan, not asserted sovereign title), it follows

²⁴ SCHWEBEL, S., What Weight to Conquest? In: *The American Journal of International Law*, Vol. 64, No. 2, 1970, pp. 344-347.

that modifications of the 1949 armistice lines among those states within former Palestinian territory are lawful (if not necessarily desirable), whether those modifications are, in Secretary Rogers' words, "insubstantial alterations required for mutual security" or more substantial alterations - such as recognition of Israeli sovereignty over the whole of Jerusalem."²⁵

-o-

The current writer, therefore, submits that in case the Court were to venture into analyzing the legal status of these territories by institutions of customary international law, it would have had to arrive upon quite different conclusions. Perhaps this may have been the reason why the Court avoided such analysis in the first place.

First of all, the Court avoided the articulation upon the question of whether the 1950 annexation of the West Bank by Trans-Jordan was legal or not. The predominant stance in the international community (with the exception of the United Kingdom and Iraq) was that the 1950 annexation through aggressive warfare was illegal (and thus non-existent on the plane of international law). It seems too, from the above citation of paragraph 101 of the Wall Advisory Opinion that, whilst stopping short of saying it, the court, by carefully talking of Jordan and Israel as parties to the convention and talking of 'Palestinian Territories' or 'occupied territory' impliedly treats the 1950 incorporation of the West Bank into (Trans-)Jordan as illegal.

The current writer observed on this matter in an earlier piece that "The International Court of Justice, via a rather complicated construction, did not favor Israel's view that the territories that had been acquired in 1967 from the Jordan, would before the Jordanian invasion 1948 be *terra nullius*²⁵ and that since Jordan did not incorporate them into its statehood, they would remain *terra nullius* when acquired by Israel in 1967 (including East Jerusalem)."²⁶ In the same piece, the current writer also observed – on the plane of law and contrary to the factual situation on the ground 'that the Arab territories, which from today's point of view are under Arab autonomous administration were in between 1948 – 1967 under occupation by the Kingdom of Jordan.'^{27,28} This conclusion seems to be legally in line with the afore quoted piece by Schwebel.

However, there may be another way of looking upon the situation in 1948 and subsequently in 1988 and onwards in the West Bank. This another view, a legally-technical one, is perhaps *freer from passion*, to borrow the words of Aristotle:

4. Acquisition of Land without a Master: *Terra Nullius* and *Territorium Nullius*

When Trans-Jordan invaded the West Bank in course of the Arab attack upon Israel (and the other part of the former Mandated Territory of Palestine) in 1948 there was no sovereign that would claim title to the West Bank. Turkey had renounced her titles in 1921 and 1923 respectively in the treaties of Ankara and Lausanne. In the latter, it did so vis-à-vis the Mandate Administrator of the Territory, the United Kingdom. By the time of the attack, the United Kingdom had also ended the mandate. The local Arab population had not organized itself into statehood pursuant to, by then, customary definition of statehood by the Montevideo Convention, namely (a) a permanent population, (b) defined territory, (c) government, and (d) capacity to enter into relations with other states. Whilst the West Bank (and Gaza) were (ad (b)) territories with (ad (a)) permanent populations, there was never formed a government that would be in a capacity to enter into international relations by the time of the Trans-Jordanian invasion, nor capable of controlling the permanent population on the territory. In fact, instead of aiding the creation of an Arab state in part of the former Mandate Territory of Palestine, the neighboring Arab states ran the territory over with their military boots.

International Law, although labelled to be a law inter nations, is one that is concerned with the right and duties of a perfectly defined closed set of subjects of this normative system, amongst whom states are *primi inter pares*.

Whilst peoples do possess some limited rights and duties under contemporary international law (including customary law) in relation to the institution of self-determination, in 1948 this was quite not the case yet. Decolonization as a complex process that eventually lead to the observation by the ICJ that there indeed exists a right to self-determination as a customary institution,²⁹ was merely starting to unfold then.

-o-

Simsarian observed after a study conducted under the auspices of Philip C. Jessup and Charles Cheney Hyde at Columbia Law School in the 1930s³⁰ that occupation of *terra nullius* has been a practice of customary nature.³¹ He was predominantly discussing the acquisition of land in North America. Simsarian observed that whilst 'discovery with symbolic taking was considered sufficient in state practice from the latter part of the

²⁵ For this view see The Levy Commission Report, p. 7 (English translation online: <https://www.regavim.org/wp-content/uploads/2014/11/The-Levy-Commission-Report-on-the-Legal-Status-of-Building-in-Judea-and-Samaria2.pdf>)

²⁶ MACH, T., From the Balfour Declaration to the Creation of the State of Israel: The Issue of Legal Importance of this Declaration, Its Historical Role, and Consequences of the Arab Attack upon the Newly Proclaimed State of Israel on the Plane of Public International Law. In: *Journal on European History of Law*, Vol. 10, No. 1, 2019, p. 131.

²⁷ *Ibid.*, p. 130.

²⁸ *Ibid.*, pp. 345-347.

²⁹ discussed in detail below.

³⁰ FITZMAURICE, A., Discovery, Conquest, and Occupation of Territory. In: Fassbender, Bardo and Peters, Anne (Eds.) *The Oxford Handbook of The History of International Law*. Oxford, 2014, p. 859

³¹ SIMSARIAN, J. The Acquisition of Legal Title to *Terra Nullius*. In: *Political Science Quarterly*, Vol. 53, No., 1938, p. 111-128 at p. 111

fifteenth to the end of the seventeenth century' as to establish legal title to terra nullius, in the first quarter of the nineteenth-century occupation of terra nullius was 'regarded as an essential concomitant in the acquisition of terra nullius.'³²

'Occupation', the taking of unowned land was a common state practice of European colonial Empires. It was based on philosophical fundaments from ancient Greece and Rome that unless there is agricultural cultivation to land, i.e. settled life-style with the farming of crops, there is no private ownership in terms of title to land. Banner³³ quotes Justin, Virgil, and Ovid in this context, namely:

"The Scythians "have no fixed boundaries", observed the second-century writer, Justin, because "they do not engage in agriculture... Instead, they pasture their cattle and sheep throughout the year and live a nomadic life in the desolate wilds." It was only when "Ceres first taught men to plough the land," Virgil explained, that land was first divided. When there were "[n]o ploughshares to break up the landscape." Ovid agreed, there were no surveyors [p]egging out the boundaries of estates."³⁴ Humans had once been wanderers, without property in land, but when they settled down and began farming, they simultaneously established property rights."

Banner³⁵ carries on to observe that this chain of thoughts continues to modern times and was endorsed by Lock, Grotius, and Pufendorf. He points out to Emmer de Vattel, who in his Law of Nations observed, as follows:

"§ 209. There is another celebrated question, to which the discovery of the new world has principally given rise. It is asked whether a nation may lawfully take possession of some part of a vast country, in which there are none but erratic nations whose scanty population is incapable of occupying the whole? We have already observed (§ 81), in establishing the obligation to cultivate the earth, that those nations cannot exclusively appropriate to themselves more land than they have occasion for, or more than they are able to settle and cultivate. Their unsettled habitation in those immense regions cannot be accounted a true and Legal possession; and the people of Europe, too closely pent up at home, finding land of which the savage stood in no particular need, and of which they made no actual and constant use, were lawfully entitled to take possession of it, and settle it with colonies. The earth, as we have already observed, belongs to mankind in general, and was designed to furnish them with subsistence: if each nation had, from the beginning, resolved to appropriate to itself a vast country; that the people might live only by hunting, fishing, and wild fruits, our

globe' would not be sufficient to maintain a tenth part of its present inhabitants. We do not, therefore, deviate from the views of nature in confining the Indians within narrower limits. However, we cannot help praising the moderation of the English puritans who first settled in New England; who, notwithstanding their being furnished with a charter from their sovereign, purchased of the Indians the land of which they intended to take possession. This laudable example was followed by William Penn, and the colony of Quakers that he conducted to Pennsylvania."³⁶

Banner then observes, that whilst in Australia, due to the civic organization of the Aboriginals (and their rather Neolithic state of cultural development) the British Empire treated the land as *terra nullius*, it was not the case in New Zealand with the Maori as landowners.³⁷

The difficulty with applying the principle of *terra nullius* to the situation in the West Bank, or in fact to any territory that is inhabited by a permanent population lacking statehood, is twofold.

First, it appears that well by the mid-18th Century, as de Vattel, again, seems to show in his *opinion doctoris*, it was established that if there was a people practicing agriculture, the principle could not apply:

"§ 203. Hitherto we have considered the nation merely with respect to itself, without any regard to the country it possesses. Let us now see it established in a country which becomes its own property and habitation. The earth belongs to mankind in general; destined by the Creator to be their common habitation, and to supply them with food, they all possess a natural right to inhabit it, and to derive from it whatever is necessary for their subsistence, and suitable to their wants. But when the human race became extremely multiplied, the earth was no longer capable of furnishing spontaneously, and without culture, sufficient support for its inhabitants; neither could it have received proper cultivation from wandering tribes of men continuing to possess it in common. It, therefore, became necessary that those tribes should fix themselves somewhere and appropriate to themselves portions of land, in order that' they might, without being disturbed in their labour, or disappointed of the fruits of their industry, apply themselves to render those lands fertile, and thence derive their subsistence. Such must have been the origin of the rights of property and dominion: and it was a sufficient ground to justify their establishment. Since their introduction, the right which was common to all mankind is individually restricted to what each lawfully possesses. The country which a nation inhabits, whether that nation

³² Ibid.

³³ BANNER, S., Why Terra Nullius? Anthropology and Property Law in Early Australia. In: *Law and History Review*, Spring, 2005, p. 95-131, at p. 101

³⁴ JUSTIN, *Epitome of the Philippic History of Pompeius Trogus*. trans. J.C. Yardley. Atlanta, 1994, p. 27; VIRGIL, *Georgics*, trans. Smith Palmer Bovie. Chicago, 1956, p. 10. OVID, *The Erotic Poems*. trans. Peter Green. London, 1982), p. 153 (cited via: BANNER, S., Why Terra Nullius? Anthropology and Property Law in Early Australia. In: *Law and History Review*. Spring, 2005, pp. 95-131, at p. 101)

³⁵ BANNER, S., Why Terra Nullius? Anthropology and Property Law in Early Australia. In: *Law and History Review*. Spring, 2005, pp. 93-131 a p. 102

³⁶ VATTEL de, E *The Law of Nations*. 6th American Edition: 1844, p. 100

³⁷ BANNER, S., Why Terra Nullius? Anthropology and Property Law in Early Australia. In: *Law and History Review*. Spring, 2005, pp. 95-131, at p. 96

has emigrated thither. in a body, or the different families of which it consists were previously scattered over the country, and, there uniting, formed themselves into a political society,-that country, I say, is the settlement of the nation, and it has a peculiar and exclusive right to it.”³⁸

Second, making a distinction between agricultural peoples (who have rights in land) and nomadic savages would imply that the former would have rights under international law, i.e. quasi-state-like rights to sovereignty over ‘their land’. Vattel actually implies that in the same text under § 204 when he goes on to say:³⁹

“§ 204. This right comprehends two things: 1. The domain, by virtue of which the nation alone. may use the country for the supply of its necessities, may dispose of it as it thinks proper, and derive from it every advantage It is capable of yielding. - 2. The empire, or the right of sovereign command, by which the nation directs and regulates at its pleasure everything that passes in the country.”

This would, however, be in sharp contrast not only to the exhaustive-list-nature of subjects of international law, but also against the very principles of international law as they are articulated even the UN Charter (sovereignty, sovereign-equality, non-intervention).

Then again, Vattel’s book the Law of Nations needs to be read in context and language of that time, namely that the term Nations means states in modern international law, i.e. the paramount subjects upon the exhaustive list of subjects of international law. Professor Okere, writing in 1979, as quoted below, provides authorities for this conclusion as well.

The concept of *terra nullius* has been discussed by the ICJ in The *Western Sahara Case* advisory opinion in 1975. In this advisory opinion (that was rendered at the end of the decolonization process) the Court arrived in relations to the nomadic tribes in Western Sahara to the conclusion that:

“whatever difference of opinion there may have been among jurists, the State practice of the relevant period indicates that territories inhabited by tribes or peoples having a social and political organization were not regarded as *terra nullius*.”⁴⁰

This advisory opinion, given that it was rendered at the end of the decolonization process can serve as little authority, as it was rightly criticized in leading scientific journals of the time. For instance, B.O. Okere⁴¹ in the *International and Comparative Law Quarterly* in 1979 commented on the conclusions of the court as follows:

“The Court’s answer [...] reflected the multicultural composition of the Court. Whether they are “civilised” or “uncivilised” (by European standards) I no longer the criterion for determining whether a territory inhabited by native peoples is *terra nullius* but rather it is a question of whether such territories have “a social and political organization.”

This constitutes a radical departure from the doctrine widely propounded by eminent Western jurists right up to the present time and of which one still finds traces in modern European writings. Pasquale Fiore regarded as *terra nullius* territories inhabited by populations whose civilisation in the sense of the public law of Europe, was backward, and whose political organisation was not conceived according to Western norms. Francisco de Vittoria, a Spanish jurist, in the sixteenth century protested against the application to lands occupied by American Indians of this concept of *terra nullius* in order to deprive them of their lands. But W.E. Hall was still able to write in 1924 that occupation of a territory “unappropriated by a civilized or semi-civilised State” is an original mode of acquisition of territory.⁴² Oppenheim went a stage further. He cited as a proper object of occupation such a territory as is “entirely uninhabited, for instance and island, or inhabited by *natives* whose community is not to be considered as a State.”⁴³ According to him the mere fact that “civilized individuals” (obviously Europeans) may live and have property on such a territory without forming themselves into a State proper and exercising sovereignty over such territory does not affect its susceptibility to acquisition by occupation.”⁴⁴ Schwarzenberger’s opinion is cloaked in the euphemism of “communities lacking international personality” and “communities outside the pale of international law”, but the message is the same.”

The ICJ’s reasoning in the *Western Sahara* case seems to not only be contrary to doctrine based on evidence of state practice as collected in the 1930s by Jessup at al. at Columbia Law School, but it seems to have overlooked another substantial point. Throughout the 20th Century, the doctrine of *terra nullius* gradually absorbed the doctrine of *territorium nullius*. As Fitzmaurice⁴⁵ observes:

“[w]hereas *territorium nullius* had been employed to describe territory devoid of sovereignty, but not people, *terra nullius* was employed to describe land where there was literally no one, or where a country, as Kant had said, could be said to belong to no one, since the people who lived there, such as the Inuit, counted as nothing.

[...]

³⁸ VATTEL de, E., *The Law of Nations*. 6th American Edition: 1844, p. 98.

³⁹ *Ibid.*, p. 98.

⁴⁰ *Western Sahara*. ICJ Advisory Opinion of 16 October 1975. 1975 ICJ Rep, p. 39, para 80.

⁴¹ OKERE, B. O., The *Western Sahara Case*. In: *The International and Comparative Law Quarterly*, 1979, p. 296-312, at p. 305-306.

⁴² Cited via B. O. Okere, fn. 27: *International Law*, 8th edn. (1924), p. 124.

⁴³ Cited via B. O. Okere, fn.28: Oppenheim, *International Law*. Vol. 1., 8th edn. (1955), p. 118.

⁴⁴ Cited via B. O. Okere, fn. 29: *Ibid.*, p. 888.

⁴⁵ FITZMAURICE, A., Discovery, Conquest, and Occupation of Territory. In: Fassbender, Bardo and Peters, Anne (Eds.) *The Oxford Handbook of The History of International Law*. Oxford, 2014, p. 859.

As it expanded in scope, *terra nullius* lost the initial focus of its meaning and rapidly assumed the signification that had also been attributed to *territorium nullius* so that the rival concept progressively disappeared from the vocabulary of international law.”

It follows from the above analysis and authority that the population in the West Bank, although permanent and settled, but unorganized into statehood, represented a mere native population that pursuant to the *territorium nullius* meaning of the doctrine of *terra nullius* did not stand in way to the legal acquisition of the territory by a subject of international law, i.e. a state.

It, therefore, follows that the 1948 occupation of the land by Trans-Jordan, although condemned at the time both by states and jurists, was, in fact, legal and the incorporation of this territory (contrary to what this author has previously observed)⁴⁶ was perfectly in conformity with international law of the time.

It also follows that when Israel was attacked by Jordan in 1967 and in course of this defensive warfare took possession of the territory of the West Bank, it, in fact, commenced exercising occupational administration as an occupying power over the territory that rightfully belonged to another subject of international law, namely Jordan.

However, when Jordan denounced its right to the West Bank in July 1988, the land became *territorium nullius* once again. This cannot be changed even by the existence of the PLO, its position under international law in the given time, and the material content of the customary doctrine of self-determination.

5. The PLO and the Nature of the Arabs in the West Bank to Self Determination

The Palestinian Liberation Organization was founded in 1964 at an Arab summit meeting in 1964 in order to bring various Palestinian groups together.⁴⁷ The founding document was the Palestine National Covenant (or Charter, depending upon translation), which is an ideological paper setting out the goals of the organization. This document was first adopted in 1964 and later replaced by a 1968 version after the war of 1967. It praises armed struggle (Article 9) as the only way to liberate Palestine (within the boundaries of the British Mandate - that is incl. the State of Israel) from Zionist occupation (Article 4).

There are differences between the 1964 and 1968 versions of the text that reflect the fact that the Arabs of Palestine were against the existence of Israel but they did not resist the fact that they were, in the West Bank, part of Jordan (be it *de iure* or *de facto*). This conclusion can be drawn from the following development of the respective articles of the Covenant:

Article 1 (1964)⁴⁸ reads: ‘Palestine is an Arab homeland bound by strong national ties to the rest of the Arab Countries and which together form the large Arab homeland.’ Whilst Article 1 (1968)⁴⁹ reads: ‘Palestine is the homeland of the Arab Palestinian people; it is an indivisible part of the Arab homeland, and the Palestinian people are an integral part of the Arab nation.’

Article 3 (1964) reads: ‘The Palestinian Arab people has the legitimate right to its homeland and is an inseparable part of the Arab Nation. It shares the sufferings and aspirations of the Arab Nation and its struggle for freedom, sovereignty, progress and unity.’ Whilst Article 3 (1968) reads: ‘The Palestinian Arab people possess the legal right to their homeland and have the right to determine their destiny after achieving the liberation of their country in accordance with their wishes and entirely of their own accord and will.’

Article 4 (1964) reads: ‘The people of Palestine determines its destiny when it completes the liberation of its homeland in accordance with its own wishes and free will and choice.’ Whilst Article 4 (1968) reads: ‘The Palestinian identity is a genuine, essential, and inherent characteristic; it is transmitted from parents to children. The Zionist occupation and the dispersal of the Palestinian Arab people, through the disasters which befell them, do not make them lose their Palestinian identity and their membership in the Palestinian community, nor do they negate them.’

In other words, the 1968 version shifts gradually to accenting the Palestinian Identity. The idea that there be something like a Palestinian nationality, somewhat different from being just another subset of the Arab nationality, was born.

The Palestine Liberation Organization, as an example of a newly surfacing category of *national liberation movements* during the second half of the 20th Century, acquired factual status of as non-State actor of international relations which is vested with exercising the right of self-determination of the Arab population within the territory of the former British Mandate of Palestine.⁵⁰ It has thus become a *sui generis* actor on the plane of international law. It was recognized by the Arab League, in 1974, at the ‘sole international representative of the Palestinian People [and] became a U.N. Observe shortly after’.⁵¹

As has been observed above, in July 1988 Jordan renounced its title to the West Bank. In November 1988 the PLO proclaimed by ‘Palestinian Declaration of Independence’ the State of Palestine as being established on the “Palestinian territory”, without explicitly specifying in what boundaries. In the State of Palestine’s application to the UN Membership in 2011, however, Mr. Abbas said the application for full membership of the UN is on the basis of the so-called 4 June 1967

⁴⁶ MACH, T., From the Balfour Declaration to the Creation of the State of Israel: The Issue of Legal Importance of this Declaration, Its Historical Role, and Consequences of the Arab Attack upon the Newly Proclaimed State of Israel on the Plane of Public International Law. In: *Journal on European History of Law*, Vol. 10, No. 1, 2019, p. 131.

⁴⁷ <https://www.britannica.com/topic/Palestine-Liberation-Organization/Intifada-and-Oslo-peace-process> (last visited 25 Oct 2020).

⁴⁸ <https://www.jewishvirtuallibrary.org/the-original-palestine-national-charter-1964> (last visited 25 October 2020).

⁴⁹ https://avalon.law.yale.edu/20th_century/plocov.asp (last visited 25 October 2020).

⁵⁰ WORSTER, T. W., Relative International Legal Personality and Non-State Actors. In: *Brooklyn Journal of International Law*, 2016, Vol. 43, No.1, p. 207-273 at p. 223.

⁵¹ Ibid.

borders.⁵² This would be in conformity with the Oslo accords where the PLO acknowledged the right of existence to Israel, although the text of the Palestine National Covenant was never altered accordingly.

It is to be noted that in November 1988 the State of Palestine was recognized quite promptly by some Arab or Muslim states and by states of the Soviet Block. Notably right on the date of its declaration, 15 November 1988, it was recognized to exist by: Algeria, Bahrain, Iraq, Kuwait, Libya, Malaysia, Mauritania, Morocco, Somalia, Tunisia, Turkey, Yemen, a day later by, *inter alia*, Afghanistan, Bangladesh, Cuba, Indonesia, Jordan, Nicaragua, Pakistan, Saudi Arabia, Yugoslavia, a few days later by Czechoslovakia, the Soviet Union and numerous countries of the third world.

The above mentioned 2011 application for UN Membership (as acceptance for membership can only take place upon the recommendation of the Security Council) was later changed to a rather informal non-member observer status. This status is not founded upon law⁵³ as there are no provisions in the UN Charter for this kind of classification. The entity called the State of Palestine shares this observer status with the Holy See, an entity in law different from the Vatican City State, but recognized under customary international law as being a subject of law parallel to the Vatican City State itself.⁵⁴ Given the fact that 138⁵⁵ of UN Member States recognize the State of Palestine, a wishful mind could be tempted to conclude, that the State of Palestine has come into existence. However, for a state to exist pursuant to international law, objective criteria of the Montevideo Convention definition of statehood, discussed above, must be positively met. Moreover, the fact that some states, like Czechoslovakia in 1988, recognized the existence of this entity⁵⁶ does not automatically mean that they treated this land-lacking entity as a state and did so since they would also feel compelled to treat it accordingly under international law (*opinio juris*).

The State of Palestine is currently in possession of no territory it governs, certainly not of the West Bank where the Israel Defense Force exercises belligerent occupation via the Civil Administration subordinated to the IDF. The Gaza Strip, ever since the IDF pulled out from there, could theoretically fulfill the definition of Statehood for a Palestinian state, but currently, not the State of Palestine as recognized by international community as that is not the government on the ground in Gaza at the time of writing this piece ((prior to the 2023 terror and the subsequent invasion of Gaza).

-o-

In relation to the West Bank, the only sustainable logical conclusion under international law thus seems to be as follows:

Trans-Jordan took the West Bank as a non-member of the UN (thus not bound by the UN Charter at the time; accepted to the UN only in 1955) in 1948 by force as a *territorium nullium* and was thus entitled to incorporate it into its territory under customary international law as (i) it is hard to conclude that by 1948 an *ius cogens* prohibition of aggressive warfare existed as a customary rule of international law and (ii) the land was not taken from any subject of international law anyhow.

When Israel occupied it in the defensive war of 1967, until July 1988 it was in legal (and remains to be in factual) occupation, thus being by July 1988 obliged to follow the Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (Fourth Geneva Convention). When in July 1988 Jordan renounced its claim over the territory, it became *territorium nullius* once again and since Israel was in factual possession of the territory, she holds it in conformity with international law not only as an occupying power (and de-facto sovereign since August 1988) but also as someone who could theoretically exercise the right of 'occupatio'. The fact that three months later (November 1988) an entity that does not fulfill the criteria of statehood called the State of Palestine was declared and claimed the territory for this 'state' is fully irrelevant to this subject matter.

Nonetheless, as has been observed above, the newly invented Palestinian nation, of which the PLO has been recognized to be the international representative, enjoys the right to self-determination. It follows that the material content of this right-of self-determination also determines whether the right of Israel to exercise the right of 'occupatio' is a mere theoretical right which must not be exercised due to a conflicting right of the Palestinian people, or whether is a right that can be asserted in practice.

6. Self –Determination as an Institution of International Law

Self-determination as an institution of politics emerged in the times around the Great War. One of its proponents was US President Wilson with his 14 points of January 1914, the other had been Lenin.⁵⁷ The idea of self-determination was at the time a political, not a legal, topic; it also applied quite selectively to only some nations of former Austria-Hungary.⁵⁸

The first discussion of this institution on the plane of law was in the famous *Aaland Island Case*. This case was about a Swedish speaking minority inhabiting these islands, off the coast of Sweden, yet belonging to the territory of Finland, who sought secession from Finland and aimed at joining Sweden. In the few years of pacifism that followed the Great War, this topic was dealt with by the League of Nations. The League of Nations constituted a Committee of Jurists of the League of Nations,

⁵² <https://news.un.org/en/story/2011/09/388322-ban-sends-palestinian-application-un-membership-security-council#.VfMZaZeM-ao> (last visited 25 October 2020)

⁵³ <https://www.un.org/en/sections/member-states/about-permanent-observers/index.html>

⁵⁴ MACH, T., *Vademecum of International Law*. Prague, 2019, p. 31

⁵⁵ https://en.wikipedia.org/wiki/International_recognition_of_the_State_of_Palestine (last visited 25 October 2020)

⁵⁶ It is to be noted that its successor, the Czech Republic, voted against even granting it the informal status of non-member observer status)

⁵⁷ CASSESE, A., *Self-Determination of Peoples: A Legal Reappraisal*. Cambridge, 1994, p. 14

⁵⁸ BROWN, P. M., Self-Determination in Central Europe. In: *The American Journal of International Law*, 1920, vol. 14. No. 1-2, pp. 235-239.

which was to legally look into the issue. In a Report of 5 September 1920, the Committee of Jurists concluded as follows:

“Although the principle of self-determination of peoples plays an important part in modern political thought, especially since the Great War, it must be pointed out that there is no mention of it in the Covenant of the League of Nations. The recognition of this principle in a certain number of international treaties cannot be considered as sufficient to put it upon the same footing as a positive rule of the Law of Nations. On the contrary, in the absence of express provisions in international treaties, the right of disposing of national territory is essentially an attribute of the sovereignty of every State. Positive International Law does not recognize the right of national groups, as such, to separate themselves from the State of which they form part by the simple expression of a wish, any more than it recognizes the right of other States to claim such a separation. Generally speaking, the grant or refusal of the right to a portion of its population of determining its own political fate by plebiscite or by some other method, is, exclusively, an attribute of the sovereignty of every State which is definitively constituted.”⁵⁹

However, this was quite not what the politicians of the League of Nations had perhaps expected. As Cassese observed:

“Although the concept of self-determination had been promoted with zeal during the war, it could not be considered an international legal norm. Specifically, it noted that although the principle was an integral part of ‘modern political thought’, it was not mentioned in the Covenant of the League of Nations and its recognition ‘in a certain number of international treaties’ [could] not be considered as sufficient to put it upon the same footing as a positive rule of the Law of Nations.”⁶⁰

Given the legally right, but politically obviously wrong answer of the Committee of Jurists, a second committee was constituted to answer the same question. In its Report, this Commission of Rapporteurs⁶¹ confirmed that the principle of self-determination ‘is not, properly speaking a rule of international law[...].’⁶² Contrary to the legal conclusions of the Committee of Jurist, however, the Commission of Rapporteurs went on to observe that ‘[i]t is a principle of justice and of liberty, expressed by a vague and general formula which has given rise to the most varied interpretations and differences of opinion’.⁶³

In further parts of the Report, the Commission went on to distinguish between a situation when minority rights within

a given State, namely rights to cultural and linguistic self-determination, are observed by the State and in situations when they are not. The former situation of domestically allowing minorities to freely exercise their cultural and linguistic rights, including the access to education in their mother tongues and to access public authorities therein, is currently called *internal* self-determination. The contrary situation when such minority rights are not respected by the state in which such minority finds itself would, in the eyes of the Commission of Rapporteurs, open way to seeking alternative solutions, suggesting what is currently called *external* self-determination via secession and creation of a new State.⁶⁴

The principle of self-determination found its way to treaties subsequent to WWII. Whilst it was not provided for in the Covenant of the League of Nations, it can be found in Art. 1(2) of the UN Charter, a document precisely 75 years old at the time of writing this piece (effective as of 24 October 1945). Amongst the authors of this document were the United Kingdom (the British Empire) and France, both of whom still had substantial colonies at the time. It is therefore hard to imagine that the authors of the treaty, apart from mere lip-services that just sounded nice, actually meant to provide for this right on the plane of international law. As Malcom Shaw observes in his leading textbook:

“It is disputed whether the reference to this principle in these very general terms was sufficient to entail its recognition as a binding right, but the majority view is against it. Not every statement of a political aim in the Charter can be regarded as automatically creative of legal obligations.”⁶⁵

The current writer shares this view. However, even if this were to be meant seriously, the above-mentioned distinction between internal and external self-determination pursuant to the Commission of Rapporteurs would have been reflected, thus giving no right to secession to nations under colonial rule as long as internal self-termination would be provided for.

The principle of self-determination, however, found its way into the ‘two Covenants of 1966’ (effective of 1976), namely the International Covenant on Civil and Political Rights and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Israel is a party to both of these covenants. Both Covenants share the same Art 1(1) which reads:

“1. All peoples have the right of self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development.”⁶⁶

⁵⁹ Report of the International Committee of Jurists Entrusted by the Council of the League of Nations, with the Task of Giving an Advisory Opinion Upon the Legal Aspects of the Aaland Islands Question. League of Nations. Official journal. Special supplement. London, 1920; Available online at: <https://www.ilsa.org/jessup/jessup10/basicmats/aaland1original.pdf> (Last access 6 August 2018)

⁶⁰ CASSESE, A., *Self-Determination of Peoples: A Legal Reappraisal*. Cambridge, 1995, p. 28.

⁶¹ Report of the Commission of Rapporteurs of the League of Nations (B.721/68/106 (1921)). Available also online in reprint at: <https://www.ilsa.org/jessup/jessup10/basicmats/aaland2.pdf> (Last access 6 August 2018)

⁶² Ibid.

⁶³ Ibid.

⁶⁴ MACH, T., *Vademecum of International Law*. Prague, 2019, p. 64.

⁶⁵ SHAW, M., *International Law*. 5th ed. Cambridge, 2003, p. 226.

⁶⁶ MACH, T., *Vademecum of International Law*. Prague, 2019, p. 67.

It follows that in course of the topic discussed in this piece one needs to be concerned with the interpretation of the provision which reads that the peoples 'have the right of self-determination [and that by virtue of that right] they freely determine their political status'.⁶⁷

As well as Israel, Canada too is a party to these Covenants. The question as to whether this provision (or indeed a corresponding customary norm of international law of the right of self-determination as has been asserted -without showing evidence of *usus longaevus* and *opinio iuris* though - by the ICJ in the Western Sahara Case⁶⁸ advisory opinion) constitutes a right of secession was discussed by the Supreme Court of Canada in a case dealing with the question whether Quebec could unilaterally secede from Canada: *Reference Re Secession of Quebec*.⁶⁹ In dealing with this question the court also utilized an expert-witness report of Professor James R. Crawford, then Whewell Professor of International Law at the University of Cambridge (currently judge of the ICJ), who observed in his report⁷⁰ the following state practice:

"63. As this brief review demonstrates, state practice since 1945 shows very clearly the extreme reluctance of states to recognize or accept unilateral secession outside the colonial context. That practice has not changed since 1989, despite the emergence during that period of 22 new states. On the contrary, the practice has been powerfully reinforced.

64. Of the new states which have emerged since 1945 outside the context of decolonization, only one case can be classified as a successful unilateral secession in the sense described in paragraph 6 above, that is, Bangladesh - and its emergence was hardly „unilateral“. In truth, the indications are that the United Nations did not treat the emergence of Bangladesh as a case of self-determination, despite good grounds for doing so - but rather as a *fait accompli* achieved as a result of foreign military assistance in special circumstances. The violence and repression engaged in by the Pakistan military regime made reunification unthinkable, and in effect legitimized the creation of the new state. In all other cases which might otherwise be classified as unilateral secession (Senegal, Singapore, the Baltic States, and Eritrea) the consent of the relevant parties was given before independence was externally recognised as accomplished, and the process was accordingly not unilateral. The key feature in the cases of Senegal, Singapore, and Eritrea was that separation was expressly agreed to by the parties directly concerned. With the Baltic states, the essential rationale was the recovery of independence forcibly suppressed. Even so, considerable importance was attached to the indication of consent given by the State Council of the Soviet Union."

The Supreme Court of Canada then observed in its ruling that:

"126. The recognized sources of international law establish that the right to self-determination of a people is normally fulfilled through internal self-determination -- a people's pursuit of its political, economic, social and cultural development within the framework of an existing state. A right to external self-determination (which in this case potentially takes the form of the assertion of a right to unilateral secession) arises in only the most extreme of cases and, even then, under carefully defined circumstances. External self-determination can be defined as in the following statement from the Declaration on Friendly Relations as [t]he establishment of a sovereign and independent State, the free association or integration with an independent State or the emergence into any other political status freely determined by a people constitute modes of implementing the right of self-determination by that people.

127. The international law principle of self-determination has evolved within a framework of respect for the territorial integrity of existing states. The various international documents that support the existence of a people's right to self-determination also contain parallel statements supportive of the conclusion that the exercise of such a right must be sufficiently limited to prevent threats to an existing state's territorial integrity or the stability of relations between sovereign states.

128. The Declaration on Friendly Relations, the Vienna Declaration and the Declaration on the Occasion of the Fiftieth Anniversary of the United Nations are specific. They state, immediately after affirming a people's right to determine political, economic, social and cultural issues, that such rights are not to be construed as authorizing or encouraging any action that would dismember or impair, totally or in part, the territorial integrity or political unity of sovereign and independent States conducting themselves in compliance with the principle of equal rights and self-determination of peoples and thus possessed of a Government representing the whole people belonging to the territory without distinction.

129. Similarly, while the concluding document of the Vienna Meeting in 1989 of the Conference on Security and Co-operation in Europe on the follow-up to the Helsinki Final Act again refers to peoples having the right to determine „their internal and external political status“ (emphasis added), that statement is immediately followed by express recognition that the participating states will at all times act, as stated in the Helsinki Final Act, „in conformity with the purposes and principles of the Charter of the United Nations and with the relevant norms of international law, including those relating to territorial integrity of States[...]"

138. In summary, the international law right to self-determination only generates, at best, a right to external self-de-

⁶⁷ Joint Art. 1(1) to the two Covenants.

⁶⁸ *Western Sahara*. ICJ Advisory Opinion of 16 October 1975. 1975 ICJ Rep, pp. 67-68

⁶⁹ *Reference Re Secession of Quebec*, [1998] 2 SCR 217.

⁷⁰ CRAWFORD, J., *STATE PRACTICE AND INTERNATIONAL LAW IN RELATION TO UNILATERAL SECESSION*. Report. 19 February 1997. Available online: https://is.muni.cz/el/law/jaro2006/MP803Z/um/1393966/INTERNATIONAL_LAW_AND_UNILATERAL_SECESSION.pdf (last visited 25 October 2020).

termination in situations of former colonies; where a people is oppressed, as for example under foreign military occupation; or where a definable group is denied meaningful access to government to pursue their political, economic, social and cultural development. In all three situations, the people in question are entitled to a right to external self-determination because they have been denied the ability to exert internally their right to self-determination.”⁷¹

In the last paragraph, the Court was probably referring to the situation in Bangladesh as described by James Crawford in his report quoted above. It is however submitted that this could well be the case in a territory under military occupation if the local residents were oppressed, i.e. denied the ‘ability to exert internally their right to self-determination’ even if that territory were not actually belonging to a particular state (i.e. constitute *territorium nullius*).

It follows from the above that the right of self-determination remains unchanged in the form as it was *de facto* founded by the Commission of Rapporteurs in the Aaland Island Case, namely divided into two categories of rights. The first is the primary right of *internal* self-determination, i.e. to freely exercise political status, social, cultural, religious, and linguistic self-determination within an existing statehood, and a second ‘last resort’ subsidiary *external* self-determination in terms of the right of seeking secession from an existing state territory (or getting rid of military occupation in a territory that would constitute *territorium nullius* – as the case would be in the West Bank) as long as internal self-determination were not to be granted. The object and purpose of the distinction between internal and external self-determination is clear, namely to prioritize stability of existing states over wild secessions causing chaos in international relations (beyond the framework of what took place in the 20th Century as the ‘decolonization movement’).

7. Conclusion

It follows from the aforesaid analysis that Israel, currently the occupying power to a land belonging to no subject of inter-

national law (*territorium nullium* as a subset of the *terra nullius* doctrine) can exercise original acquisition of this land via ‘occupatio’. If it decides to integrate the West Bank, including East Jerusalem, into its territory, such a move will not be contrary to international law.

The non-Israeli population of the West Bank, however, enjoys the right to self-determination, both now (under occupation) and in the event of integration of the West Bank into Israeli statehood. As long as the local population is not oppressed and is granted internal self-determination, there is no right of the PLO or the people it is deemed by actors of international relations to represent, to seek external self-determination. If it were to be oppressed (neither of the alternatives is subject to analysis in this piece) it would indeed enjoy the right to seek the creation of its own statehood.

Moreover, once Israel were to incorporate the West Bank into its territory, that state of military occupation would be over. Since the PLO is in practice recognized as a *sui generis* subject of international law with limited (relative) legal personality,⁷² it needs to abide by the rules of international law. Unlike in 1948, by 2020 the principle of prohibition of the use of force or the threat of use of force against (inter alia) territorial integrity of a State has acquired both (formally) customary nature and also (materially) a quality of peremptory norm that is considered to create obligations *erga omnes*.⁷³ Incorporation of the West Bank into Israel *de iure* would thus preclude any invocation of armed struggle (as still included in Art. 9 as the ‘the only way to liberate Palestine’) against Israeli control of the West Bank from legality. The PLO would then be confined merely to invoking internal self-determination, as much as it is possible in the security situation of the West Bank (under the principle of proportionality as a general principle of law recognized by civilized nations). Only if internal self-determination (under the corrective of proportionality vis-à-vis serious security concerns on the ground) were not being granted, then peaceful means of seeking secession with the aim of forming an actual (not virtual, as is the case now) state of Palestine would surface as a legal right to be exercised by the PLO on behalf of the Arab population of the West Bank.

⁷¹ Available online: <https://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1998/1998canlii793/1998canlii793.html> (last visited 25 October 2020).

⁷² WORSTER, *op. cit.*

⁷³ KACZOROWSKA, A., *Public International Law*. 4th ed. New York, 2020, p. 48.

The Role of Democratic Law and Theory of Society in the Work of J. A. Schumpeter. To the 140th Anniversary of Birth of Worlds Famous Economist, Lawyer, Historian, Politician, Social Philosopher and Humanist

Jiří Bílý*

Abstract

The article called Marking the 140th anniversary of prof. Dr. J. A. Schumpeter's birth. The author describes Schumpeter's scientific works his opinion on Marx's theories of capitalism, as well as the deep humanism of this extraordinary man, reflected in his attitude towards the people of lower status in general.

The article talks about Schumpeter's theories on the role law in the case with the interplay between law and economy, the interrelationship between law and politics. In the context of democratic society, law appears as one of the most central mechanism to ensure that the participation of the populace in a state's governance, as well as the outcome of government in the form of legislative decisions, abide by standards of democracy.

Keywords: jurisprudence; balance of values; norm; integration; crisis; tax cycles.

1. Introduction

According to many of his expert critics, Schumpeter is one of the greatest economists of the first half of the 20th century. The only one able to compete with him for first place was John Maynard Keynes. It's obvious, that this in the knowledge that in Schumpeter's case the word 'economist' is clearly an understatement, as his knowledge and his significance in sociology law, or history were of no lesser significance, and he is acclaimed not only by economists but also by many other social sciences.

Talking about Schumpeter being monopolised by various scientific disciplines, there is also the problem of which country he belonged to. We Czechs would very much like to call him ours. However, he only spent the first four years of his life in his native Moravian Třešť. He is one of the large number of Moravian-born Austrians, which includes such great names as S. Freud, G. Mahler, K. Kautsky, E. Mach, R. Musil, and many others. In those days, however, nationality was not a big issue and it was quite common for people to move around the whole Empire.¹ Vienna acted as a natural magnet for all Austro-Hungarians and even in those days, before supersonic planes, mobile telephones and the internet, some people were relatively quite mobile' and cosmopolitan. Schumpeter was a typical example of this. Having studied in Vienna, he became a university lecturer in Bukovina (nowadays in Romania) only to be granted professorship at Bonn. He worked as a lawyer in Cairo for two years, taught economics in New York, even before the beginning

of the First World War, and after its end he served (very unsuccessfully) as Minister of Finance of the new Austrian Republic for six months.² Eventually, to escape Hitler, he migrated to the USA. He spent the last 18 years of his life at the University of Harvard. All in all, he is unlikely to have been a true Austrian.

Schumpeter's relationship with the Austrian school of economics is equally complicated. It is indisputable that he belonged to this school. He was born into it and grew up surrounded by it. It is equally beyond doubt that he significantly enhanced it with his work. But he was not a true Austrian - not in the sense of economic methodology - (and at Harvard during 1930's and 1940's that would probably not have been possible, despite the fact that he had the equally opinionated Gottfried Haberler by his side). In many ways he went further, and in a different direction. After all, not all Austrians would have accepted his vision of the end of capitalism, as he outlined it in his book *Capitalism, Socialism and Democracy* (1942). Schumpeter always remained true to himself, which is why he became such a great man.³

Neither was he a theoretician in the strict sense, even though he had a better understanding of theoretical economics than anyone else. However, having said that Schumpeter was not purely a theoretician, it is obvious that I am - at least implicitly - adopting a specific definition of economic science. There is certainly a discrepancy in that on one hand we call Schumpeter one of the greatest economists of the 20th century and yet there is not a single theorem, law, or thesis in theoretical

* Doc. JUDr. PhDr. Jiří Bílý, CSc., College of European and Regional Studies, České Budějovice, Czech Republic, email: akonias@volny.cz / ORCID 0000-0002-9922-1342.

¹ ČAPEK, A., Schumpeterův věk. In: *Přítomnost*, vol. 2, Nr. 7, 1991, p. 18.

² Ministry of finance Archives Vienna, 13 R.

³ KILCULLEN, J., *Reading Guide* (10): *Schumpeter's „Capitalism, Socialism and Democracy“*. Sydney, 2012, p. 98. See chapter XII. Crumbling Walls.

economics which could be linked to him. However, there is one very important - and perhaps rather Austrian - idea which is associated with his name. He is usually cited and praised in connection with his theory of innovations, his views on their importance for economic development, and his explanation of the significance of the entrepreneur-innovator for the capitalist economy in general, both for its short-term dynamics and for its long-term fate, that is, not just for its onset but also for its end. This was a very important contribution dating back to the first German edition of his *Theory of Economic Development* in 1912, but V. Klaus feels that it was not the only reason for Schumpeter's greatness:

„I see his greatness much more in the fact that he represented a unique and, in a certain way, broad definition of economics, which by bringing together theoretical economics, economic history, history of economic doctrines, empirical (statistical-econometrical) analysis, sociology, socio-psychology, and law nearly resembled a 'heavenly parlour' not reached by anyone before or after him".⁴ I would like to point out that in Schumpeter's case this had nothing to do with the idea of multi-disciplinarity, a word so popular, but so empty, today (those who promote it usually know nothing about anything, but manage to cover it up by meeting exclusively with people from outside their own scientific discipline), as Schumpeter excelled in all of those aforementioned sciences and was able to establish himself in all of them. And that is, in my view, what makes him so exceptional. Although his thinking revolved around economy, the extent of his wisdom was incredibly, and for all of us rather depressingly, huge. This applies to his texts on the history of economic doctrines in particular, which only seem to be looking back into the past. They were a most relevant appeal to the economical problems of his time.⁵

Schumpeter's interest in economics was awakened by Austrian neo-classicists. He was a great admirer of L. Walras, whom he thought to be the greatest economist of all times, commented on the work of K. Marx and possessed a very good knowledge of Max Weber's ideas. Leon Walras (1834-1910) was a French economist, who taught at the University of Lausanne. He is best known for his neo-classical theory of general equilibrium. Not in partial markets, argued Walras, but in all markets there is a system of such prices that the total (aggregated) supply equals the total demand, and that within this system a general economic balance materialises (there is no unemployment or surplus production etc.) Generally speaking, the neo-classicists looked at society as a sum of free and equal individuals. In the micro - economic sphere this presumption led to a certain hypothesis about the behaviour of the economic subjects (ratio-

nal, calculating, and trying to maximize their profit by using their resources effectively etc.) and about the functioning of the markets where these subjects meet (pure, perfect competition).

Walras was in favour of nationalisation of certain resources (land, unique nature phenomena, railways) and promoted social economy (co-operatives). However, despite all this in trying to prove that the system of free market prices is self-regulating and that the mechanism of the free market results in an optimal economy in the end, Walras joined the liberals.

Another source of inspiration for Schumpeter was Karl Weber (1864-1920), the founder of modern sociology whose ideas such as the issue of political power, his typology of authority, the problem of rationalisation and bureaucratisation of the modern society, his theory of social stratification as a complex result of market situations, the hierarchy of prestige and the issue of the attitude towards political power, have had a strong influence on other modern social sciences.⁶

Karl Marx gripped Schumpeter with his dialectic and his logic with regard to the future of capitalism.

Schumpeter was very open towards ideas of those who inspired him and is not an easily classifiable figure. He did not reject the then popular method of static analysis, which culminated in the theory of a general equilibrium, but dedicated most of his working life to the analysis of capitalism and its development.⁷

Let us briefly explain the issues he was dealing with in his larger works.

All his major works were inspired by those mentioned above, and many others. Schumpeter's books, which I first came across some twenty years ago, influenced my own thinking about the world around us.

In *Theory of Economic Development* (Theorie der Wirtschaftlichen Entwicklung, 1912), the emphasis is on the key importance of innovations and the major role of the entrepreneur, who introduces new methods of production and new products. Schumpeter talks about the configuration of a 'cycle' (the economy is at a stage of stationary equilibrium, a stage of routine production with a constant volume of production) and the configuration of 'development' (the economy moves as a result of the reorganisation of its productive resources, which increases their effectiveness). Schumpeter defined capitalism basically as a dynamic system. Entrepreneurs, who are in a constant danger of decline and are therefore always on the lookout for new opportunities to reach profit, create with their innovations a creative imbalance within this system: new products or new methods of production, new ways of company management and new markets. Innovations come in waves and result in economic growth.⁸

⁴ KLAUS, V., Schumpeter and the modern world on. In: BUKVAJ, F. (ed.), *J. A. Schumpeter – Economist, Politician, Social philosopher, Humanist*. Třešť, 2005, p. 50.

KURZ, H. D., *Joseph A. Schumpeter: ein Sozialökonom zwischen Marx und Walras*. Marburg, 2005.

⁵ See ALLEN, R. L., *Opening Doors: The Life & Work of J. A. Schumpeter*, vol. 1 (Europe), vol. 2 (America), New Brunswick, 1994.

⁶ DAVIS, H. B., Schumpeter as Sociologist. In: *Science and Society*, vol. 24, Nr. 1., 1960, p. 13-35.

⁷ HARRIS, S., *Schumpeter: Social Scientist*. Harvard, 1951, p. 211; SHIONOYA, Y., *Schumpeter and the Idea of Social Science. A Metatheoretical Study*. Cambridge, 1997, p. 108-110.

⁸ GIERSCH, H., The Age of Schumpeter. In: *The American Economic Review*, vol. 74, Nr. 2, 1984, p. 103-109; KESTING, P., One Hundred Years From Today. Joseph A. Schumpeter: *Das Wesen und der Hauptinhalt der Theoretischen Nationalökonomie*. In: *History of Economics Review*, vol. 48 (Summer), 2008, p. 78-91.

In his book on business cycles (*Business Cycles*), published in 1939, Schumpeter distinguishes three major types of cycles depending on the size and absorption of innovation waves. Business cycles are repetitive changes in economy returning in regular amplitudes and time intervals. Economists and historians observed many adjoining cyclic changes of different length. Next to the 'short' waves (Juglar, Kitchin) there were also the 'long' cycles (Kondratjev's cycle or the so-called 'long waves') and even secular cycles (long term 'trends' affecting production, prices, and other economic factors).

Between the end of the 18th century and the beginning of the First World War there were 5 stages (equal to 2 and a half cycles): 1788-1815 (phase /A/), 1815-1848/50 (phase /B/), 1848/50-1873 (phase /A/), 1873-1896 (phase /B/, which is sometimes referred to as the great depression', even though there was no overall decline in production), 1896-1913 (phase /A/).

There had been efforts by some economists and historians to find further cycles after the First World War. However, this is difficult because long-term changes in prices no longer follow the criteria typical for the 19th century. Apart from recession, the 20th century also experienced permanent inflation tendencies.

The two best known theories of long waves are the one pointing out the influence of money (changing supply of metals) and the one formulated by J. A. Schumpeter, according to which phase /A/ is always the result of great innovation processes. Schumpeter argued that phase /A/ between 1848-1873 can be explained by the progress in railways and the metallurgical industry. The depletion of their positive dynamic effect then resulted in economic slowdown and decline. This way, argued Schumpeter, capitalism develops under the sign of a so-called 'creative destruction'. Production growth goes hand in hand with the destruction of the old and the creation of new types of technology and with the exercising of new production functions.

2. Sociological dimensions of law

Business Cycles published in 1939 was intended as a second part of the Theory of Economic Development. After many years of silence Schumpeter was trying to reclaim his reputation as theoretician of economics. He tried to look at economic science empirically. While stressing that he had no intention of giving a comprehensive summary of economics and the sociology of capitalism. In his analysis of economic developmental stages he begins with three gradually assumed details, thanks to which the growth of the theory becomes more universal. He also provided an analysis of capitalism between 1787-1938.

He arrived at a concept of four treatises on business cycles: prosperity (success - away from the baseline), recession (back to the initial baseline), depression (decline - below the baseline, to the very bottom) and Erholung (recovery).

Having done some further research, Schumpeter came to the view that having just one type of business development cycle would not be realistic. Therefore he came up with the idea of three simultaneously evolving cycles.⁹

Business cycles was the result of many years of hard work and consists of more than 1000 pages. However, Schumpeter's confidence was undermined by the fact that a growing number of students and professors were starting to respond to the efforts of his rival, J. M. Keynes, to try and eliminate his influence on the academic community at Harvard. Following Keynes' death in 1946 Schumpeter wrote a long article commenting on Keynes' views, often with fundamental disapproval.

In the 1950's and 1960's Schumpeter's analysis tended to be overlooked, but since 1974 it is again becoming of interest, mainly in connection with the economic slowdown which is being connected with the slowdown of the innovation speed in the 1960's and 1970's. Marx's vision of the future of capitalism did not come true. Throughout the last century profit margins remained surprisingly stable and there was even an increase in real wages. On the other hand he turned out to be right about the growing concentration of industry. To a great degree the revival of Marxist analysis in the 1960's and 1970's was based on the inclusion of his teachings into mainstream theoretical economics. Growing interest in Marx was also encouraged by the criticism of the neo-classicists by P. Sraf and the Cambridge School who agreed with Schumpeter in valuing the Marxist analysis of capital accumulation, division of production surplus, and the relationship between social groups.¹⁰

In his book *Capitalism, Socialism and Democracy* (1942) Schumpeter shows that capitalism destroys the social and cultural basis of the capitalist society and therefore prepares the ground for the beginning of socialism. He was, however, of the view that capitalism would be overcome by another social structure, not as a result of its deficiencies (as predicted by Marx), but because of its success. Schumpeter believed that the capitalist unit would reach an extreme size and would in effect be run by bureaucrats. Having lost its connection to owners and its interest in ownership it would lose the reason for its existence and it would eventually be taken over by the state. The book is also a great work from a sociological and historical point of view. The same is true about Schumpeter's *Imperialism and Social Classes*.¹¹

Nevertheless, even a man as extraordinary as Schumpeter did from time to time come up with rather simplified theories. I remember how shocked I was to read in his *Capitalism, Socialism, and Democracy* that it was apparently rather clear that there would be democracy in Stalin's Soviet Union only if there was democracy within the Soviet communist party. And there is more of such nonsense, luckily of less gravity. There has never been (not even today) any de-individualisation and the creatively destructive ability of capitalism quite clearly lives on, even at the beginning of this new century. But, as T. G. Masaryk once said, where there is a man there is an error, and

⁹ FELDSTEIN, M., Fiskální politika, tvorba kapitálu a kapitalismus. In: *Politická ekonomie*, vol. 43, Nr. 4, 1995, p. 39.

¹⁰ VOY, K., Schumpeter und das Socialprodukt. In: *Berliner Statistik*, vol. 4, Nr. 4., 2004, p. 130-141.

¹¹ KREISKY, E., Demokratie, Markt und Geschlecht. Die Maskuline Welt des Joseph A. Schumpeter. In: *Demokratie. Modus und Telos*. Wien-Köln-Weimar, 2015, p. 39-60.

there is no need to try to artificially glorify Schumpeter because it is evident that the majority of his theories are useful. Just like no-one is bothered by the fact that Plato did not recognise the institution of the family. Saint Augustine was in favour of burning heretics at the stake, and Jan Hus had a weakness for nice clothes.

The book was the result of 40 years of research and intensive thinking with the aim of producing an analysis of socialism and Marxism and of giving thoughts on the future of capitalism and socialism, the relationship between socialism and democracy and the history of socialist parties.

Part 1 of the book contains Schumpeter's famous analysis of Marxism. He was considered to be the first economist of the United States of America to take Marxism seriously as a possible economic development. Schumpeter respected Marx as an economist but valued his sociological thinking more than his economic thoughts. Schumpeter combined his own economic thoughts with Marx's vision of economic development.

In Part 2 of the book Schumpeter asks himself: Can Capitalism survive? Schumpeter saw capitalism as a process in which the existing economic structures are being continuously changed from the inside. The old structures are being destroyed and new ones created. There are many reasons, argues Schumpeter, why the rising monopolistic practices have a positive influence on the economy. Firstly, only large companies can afford the large investments that lead to innovations. Secondly, large businesses employ more capable people, which leads to improvements in production and greater productivity. Thirdly, a monopoly position is no basis of peace', but requires the never-ending consideration of ways of improving production, because there is always a danger that another capitalist might start to produce cheaper and better products.

In the so-called 'Schumpeter's hypotheses', which are based on these presumptions, Schumpeter concluded that innovations are more common within industries ruled by monopoly than they are in a free market environment. This is because large companies can innovate more easily than small ones. A company holding a monopoly has a better chance of preventing others from copying its production. The large profits of such company also make it easier to fund research and development.¹²

Schumpeter's question Can capitalism survive? reflects his view that capitalism was in decline. He finds proof in the following changes in the structure of the capitalist society:

- Feudal elements of a civic society are disappearing
- Modern society gives little space for the entrepreneur, who played such a great role in Schumpeter's early work
- In the past the capitalist had a close-knit relationship with the property he owned. Nowadays he owns only shares, and therefore no real commodity.

Whereas Schumpeter's deep and thorough analysis of capitalism is acknowledged as brilliant, when it comes to his analy-

sis of socialism it is a different matter. Schumpeter believed that the transition to socialism was possible only once capitalism has worn itself out. He argued that socialism is possible only in a 'state of immaturity'. By contrast, he talked about a state of immaturity'. The weariness of capitalism was described by Schumpeter as a stage in which the economic potential of capitalism had been reached, but the economic system as a whole remained stable.¹³ Under such circumstances, argues Schumpeter, it is possible to carry out the transition from capitalism to socialism. The majority of people of all classes would then co-operate and a revolution would be unlikely.

Schumpeter also gives a few reasons for the superiority of socialism over capitalism:

- no more disruptive up and down fluctuation of the business cycles
- companies can work in an atmosphere of greater security
- unemployment is minimal, the economy does not suffer from any depression.

In these thoughts Schumpeter seems to have been, willingly or not, under the influence of his time. Even though he touches on the issue of the essence of the 'struggle for socialism', his main argumentation follows a slightly different path. This is because he was not that interested in the question of the allocation effectiveness of economic processes (he was not interested in static effectiveness), because he saw its dynamics as a key characteristic of any economic system. Therefore he never concentrated fully on the clash of the Austrian school (Mises, Hayek) with the so-called market socialists (Lange, Lerner). He was much more under the influence of the prevailing view of the importance of large concerns and monopolies and therefore based his theories on Berle and Means and their well-known theory of a division between ownership and management, or, in other words, the theory of the 'end' of the importance of the function of ownership. I have always considered this concept of system dynamics to be a certain echo of these - thanks to the 'law and economics' school - negated and obsolete views and have never believed it. However, to go into detail about this controversy would mean beginning a discussion on a totally different subject.¹⁴

Schumpeter's vast knowledge and talent are reflected in his monumental, but unfortunately unfinished, *History of Economic Analysis* published in 1954, in which he goes back to Walras and Marx. He wrote that Marx's economic interpretation of history remains an "amazing analytical success" and that "the grandiose vision of imminent evolution of the economic process... proves that Marx is a great observer of economic life".

3. Law, state and economy

After the Second World War Schumpeter put all his energy into trying to finish his third large book. However, he died before he could complete the task. Having put together all the

¹² JIRÁSEK, J., Generický přístup k inovacím, inovační podnikání a transfer technologií. In: *Politická ekonomie*, vol. 49, Nr. 3, 1999, p. 18.

¹³ KLINEC, I., Friedman, Keynes or Schumpeter? In: *Anthology of the third international conference*. Jihlava, 2000, p. 12; SMITHIES, A., Schumpeter and Keynes. In: *The Review of Economics and Statistics*, vol. 33, Nr. 2, 1951, p. 163-169.

¹⁴ See McCRAW, T. K., *Prophet of Innovation: Joseph Schumpeter and Creative Destruction*. Toronto, 2007.

SAMUELSON, P. A., Paradoxes of Schumpeter's Zero Interest Rate. In: *The Review of Economics and Statistics*, vol. 53, Nr. 4, 1971, p. 391-392.

handwritten parts of the book, his wife Elizabeth felt that it must have been nearly finished and in 1954 she therefore decided to publish it posthumously.

The book describes the history of economic analysis from the Roman times to the present. Schumpeter describes here the history of economic analysis and explains the development of the necessary economic circumstances and means.

The book is divided into five parts. Part 1 deals with questions of methodology, for example how to study economics, or what makes economics a science.

Part 2 describes the development of historical, static, and theoretical knowledge about economic phenomena from their beginnings in ancient Greece until the middle of the 18th century.

Part 3 concentrates on the period between 1776-1870. Part 4 is devoted to the years 1870-1914. Part 5 is a study comparing the state of modern economy with its genesis.

As a result of new findings, Schumpeter altered his theory of entrepreneurship toward the end of his life. Although there are many similarities between the new and the old version of the theory there are some elementary differences:

- An entrepreneur no longer has to be an individual. Any part of society can adopt the role of an entrepreneur, even the state.
- With regards to the relationship between entrepreneurship and banks, according to the old version new capital should be made available by the banks by means of loans. According to the new version banks have to follow their customers in order to do business.
- A new attitude towards empirical facts. Schumpeter is aware that certain facts of economy cannot be used. Close co-operation between economic theoreticians and historians is therefore very important.
- The purpose of the historical database is to define various functions of entrepreneurship and to help understand different types of entrepreneurship.¹⁵

In the book *Sociology of Imperialism (1918/19)* are two-part treatise on economic sociology. It defines imperialism as “pointless inclination of a state to unlimited expansion”.

At the beginning of the book Schumpeter probes the imperialism of the ancient powers, especially that of Persia, Egypt, and Syria. He was convinced that imperialism is determined by the social structure of a society. All these states were based on war and would have collapsed had they not kept expanding. In his analysis of the imperialism of the absolute states, Schumpeter pointed out the importance of tradition. He was of the view that in purely capitalist societies no imperialism was possible. Many of the capitalist states of his lifetime were on their way to modern capitalism. This was because the war elements of the absolute state had survived and become part of capitalism. At the end of his book Schumpeter came to the conclusion that there is only an indirect connection between the modern

imperialism and economic factors, and that modern imperialism is determined more by the historical, rather than present, economic structure. As an example Schumpeter names the duty payments. Originally used as a way of improving the finances of a state, they later stood in the way of free market, sparking a war for new markets and therefore also new imperialism.¹⁶

Schumpeter's third contribution to socio-economic studies *Social Classes in an Ethnically Homogeneous Environment* was written in 1927. The theory of classes was of great importance to Schumpeter as he hoped that it could solve some rather problematic socio-economic issues. He believed that in order to analyse these issues the sociological concept of classes had to be applied, and not the concept of theoretical economics which had been used up until then.

Social class was, as Schumpeter saw it, a unique fact of life, which acts, suffers, and wants to be recognized as such. People prefer to communicate with other people of the same class and most people also marry within their class. The family, not the physical person, he argued, was the unique ‘individual’ and object of the class theory.

Schumpeter limited his book to the ‘formation of classes’. The main three phenomena he analysed here were the mobility of classes, mobility within a class, and the end of all classes. At the end of his book Schumpeter summarised the reasons behind the existence of social classes. He saw innovative tendencies of a whole group of people within a state or a nation as the main reason. A good innovation, argues Schumpeter, brings the innovator success, which is shared by his family. Such families then form groups and eventually a social class.

Next to his four most famous large books, the *Sociology of Imperialism* and the *Social Classes in an Ethnically Homogeneous Environment* were considered by Schumpeter his most important works.

4. Law and politics

Schumpeter's perspective of the role of law in modern society builds on his broader theoretical perspective of the nature and transformation of society. Schumpeter's theory of society most fundamentally rests on a distinction between two types of rationality and two corresponding dimensions of society that have differentiated over the course of history. First, on the basis of communicative rationality aimed at mutual understanding, society is conceived of as a lifeworld. According to Schumpeter, mutual understanding among actors, which does not exclude the possibility of dissent as the result of an unresolved communication, occurs along three dimensions: communicative actions contain an objective claim to truth, a normative claim to rightness, and expressive and evaluative claims to authenticity and sincerity. The lifeworld of rationalized societies differentiates alongside these claims to provide certain cultural values, normative standards of integration, and the formation of personalities that can function in their social environment.¹⁷

¹⁵ ROBBINS, L. C., Schumpeter's History of Economic Analysis. In: *Journal of Economic*, vol. 69, Nr. 1, 2020, p. 1-22.

¹⁶ see EBELING, R. M., *Can Capitalism Survive? 80 years after Schumpeter's answer*. Los Angeles, 2022.

¹⁷ GRACA, M., Schumpeter on the Integration of Theory and History. In: *European Journal of the History of Economic Thought*, vol. 10, Nr. 2, 2003, p. 279-301.

Second, on the basis of cognitive-instrumental rationality aimed at the successful realization of certain goals, society can be analyzed as a system. Beyond lifeworld rationalization, Schumpeter argues, modern societies have undergone a further differentiation in that certain systems have split off, or “uncoupled”, from the lifeworld to function no longer on the basis of communicative action but on the basis of money and power. Actions coordinated on the basis of money and power in systems differ from communicative action in the lifeworld in that they aim at the cognitive-instrumental organization of the production and exchange of goods on the basis of monetary profit (economy) and the formation of government on the basis of power (politics). The formation of systems is as such not problematic, but it has problematic consequences when systems intrude on the lifeworld, that is, when communicative actions become instrumentalized on the basis of monetary or administrative needs.¹⁸ Schumpeter refers to this process as the colonization of the lifeworld.

In *Theory of Economic Development*, Schumpeter attributes to law the central role of institutionalizing or “normatively anchoring” the independent functioning of the steering media of money and power. The legal institutionalization of money and power is central in bringing about the uncoupling of the economic and political systems from the lifeworld. Schumpeter posits a special connection between law and politics by arguing that political authority historically originated from judicial positions. In the framework of societies organized around the state, also, markets have arisen that are steered by the medium of money. Law plays a special role in this differentiation because the independence of state and market are legally institutionalized. The economic and political systems thus operate independently because they are “recoupled” to the lifeworld through the legalization of the media of money and power in, respectively, private and public law.¹⁹

The underlying viewpoint of Schumpeter’s discussion is that law can formally be conceived as the institutionalization of a practical discourse on norms. Schumpeter acknowledges with Weber the formal characteristics of modern law, but he also maintains that the technocratic rationalization of law does not exhaust the normative dimension of law. In other words, Schumpeter resolves the tension in Weber’s work between legality and legitimacy by arguing that modern law, even when it is formally enacted by political authority and enforced accordingly, also requires popular legitimation in order to be recognized as valid among the subjects of law.

Schumpeter applies his concept of law to the development of welfare law in terms of a process of juridification. This process of juridification came about in four stages: first, the development of capitalism gave way to civil law, granting individual rights and

obligations to private persons engaged in contractual relations; second, individual rights of non-interference are claimed against the sovereign; third, social rights are claimed in the political order through democratic participation; and, fourth, with the development of welfare law, social rights are claimed against the economic system. The last three juridification trends Schumpeter theorizes as lifeworld demands against the influences of state and market. More specifically, these stages of juridification represent attempts to secure political freedom, political equality, and, finally, economic equality. However, given the ambivalent impact of welfare law, Schumpeter argues, the demands of the lifeworld are also transformed into imperatives of bureaucratic and monetary organizations (individualization of legal claims, formalization of the conditions of application, bureaucratic implementation, and monetarization of compensation).²⁰ In this sense, Schumpeter argues, law intervenes as a medium in a systemic way into the social relations of everyday life.

Thus, in its original formulation in *Theory of Economic Development*, Schumpeter attributes an ambivalent role to law, because, on the one hand, law as an institution is part of the lifeworld, while law as a medium operates on the basis of a systematic or instrumental logic. This conceptualization can only be maintained if a rigid separation is drawn between two types of law: laws that contain a claim to normative rightness, on the one hand, and laws that are subject only to a technical analysis on the basis of standards of efficiency, on the other. This separation neglects the possibility that law as a component of the lifeworld can be restructured by systems to bring about a colonization of law, rather than that law is itself a colonizing medium. In his later work *Capitalism, Socialism and democracy*, Schumpeter has corrected this view to argue that modern law is always part of the lifeworld and thus that law can always be normatively grounded, but also that law can be colonized by systems’ imperatives. As such, Schumpeter not only posits a special relation between law and politics through the legislative process and the democratic character of modern political power, he also maintains a special relation between law and morality. Both moral and legal norms are oriented at ordering social interactions and solving conflicts that may arise in interaction. Yet, whereas moral norms may have great legitimacy and appeal to principles of justice, they miss the coercive force and certainty that comes with legal norms. For the important functions of administration and enforcement, law resorts to the political system, the exercise of which is in turn legally regulated. The character of politics as a legitimate order based on democratic principles functions as a minimum condition to the democratic nature of law as well. Schumpeter conceives of the relation between law and democracy in procedural terms.²¹

¹⁸ LAKOMSKI-LAGUERRE, O., *Les Institutions Monétaires du Capitalisme – La Pensée Monétaire de J. A. Schumpeter*. Paris, 2002.

MESSORI, M., The Trials and Misadventures of Schumpeter’s Treatise on Money. In: *History of Political Economy*, vol. 29, Nr. 4, 1997, p. 639-673.

¹⁹ NADERER, B., *Die Entwicklung der Geldtheorie Joseph A. Schumpeters. Statische und dynamische Theorie des Geldes im kapitalistische Marktsystem*. Berlin, 1990.

DANGEL-HAGNAUER, C., Schumpeter on the Institution of Law. In: ARENA, R. (ed.), *The Contribution of Joseph Schumpeter to Economics*. London, 2002, p. 203-220.

²⁰ MARGET, A., The Monetary Aspects of the Schumpeterian System. In: *The Review of Economic and Statistics*, vol. 33, Nr. 2, 1951, p. 112-121.

²¹ KOPEČEK, L., Koncept demokracie J. Schumpetera. In: HLOUŠEK, V., KOPEČEK, L. (eds.), *Demokracie. Teorie, modely, osobnosti, podmínky, nepřítel a perspektivy demokracie*. Brno, 2007, p. 178-180.

5. Conclusion

A great part of Schumpeter's life belonged to Austria. He was a senior lecturer and later Professor of Economics and Financial Law at the Faculty of Law at the University of Vienna and in the late 1920's he served briefly as Minister of Finance of the young Austrian Republic. We Czechs like the fact that he always showed great interest in our cultural and scientific life and was really pleased by the cultural and political progress of the Czech nation in its re-established state. This interest was certainly influenced by his childhood, when he was growing up in Třešť. It is interesting how much his life was influenced by characteristics so typical of many other natives of Třešť, such as a strong and straightforward character and a quest for life's certainties. A lot of that is captured in Schumpeter's diaries from 1926 to 1949 which are kept in the Harvard University Archives. These diaries were not meant for the public. Schumpeter wrote these private notes in his spare time to try to come to terms with problems that occupied him. That's why they show not just what is generally known about him, but also the extraordinary bits which gave this small, dark-skinned man with the aura of intellectual nobility and great moral strength, things that worked as medicine for people around him but also demanded respect. That, and his extraordinary expertise, made him a great scientist with a scope of knowledge from all fields of culture and a great teacher of humanism.²²

In Austria, and later in America, Schumpeter's scientific and teaching work often met with strong disapproval. His critical attitude towards the work of his colleagues was considered mean and it was thought that he "became entangled in the magnetic field of communism, from where he could rescue himself only by a brave leap". Shortly after his introductory lecture at Graz, Schumpeter wrote bitterly: "Not just the way I express it, but the idea itself which I defend, has an irritating taste for them and an unusual content around here".²³

Schumpeter was grateful for Marx's contribution to progress, but he intended to be a reformist, not a revolutionary. That says it all, in my view. While he agrees with Marx that capitalism will collapse and be replaced by socialism, Schumpeter predicts a different way this will come about. While Marx predicted capitalism would be overthrown by violent proletarian revolution, Schumpeter believed that capitalism would gradually weaken itself and eventually collapse. Specifically, the success of capitalism would lead to corporatism and to values hostile to capitalism, especially among intellectuals. Schumpeter's views were too left-wing for the West and too right-wing for the East. He, however, considered himself a conservative.

Even after all these years, the frankness of Schumpeter's words, which went against the mood of that time and for which he did not expect recognition or applause, touches one's heart. He spoke out despite risking being ridiculed and attacked by many. Although he rejected many of Marx's ideas and followed his own path, face to face with the growing threat of fascism in Germany in the 1930's when he was teaching at Bonn, he stood up in defence of the democratic governments of Europe. Using all the authority of his personality he became, with a commitment so typical of him, a devoted agitator against fascism at his university department.

His attitude can be an example to us of what it really means to be a scientist with responsibility towards the society. He was never a scholar standing aside from the quarrels of history. Taking history seriously was, for him, the same as trying to fight for causes which in his view were worth his support and help. When Adolf Hitler attempted to recruit him a disgusted Schumpeter refused any dialogue with him.²⁴ That, of course, meant that he could not stay in Germany. To escape jail, Schumpeter therefore emigrated to the USA. In 1932 he resumed his scientific activity at the University of Harvard where, in 1950, after a short post-war intermezzo in Japan, he died in Taconic, Connecticut.

²² MORGENSTERN, O., Joseph A. Schumpeter, 1883-1950. In: *Economic Journal*, vol. 61, Nr. 2, 1951, p. 197-198.

„The work was read avidly in Vienna even long after First World War, and its youthful freshness and vigor appealed to the young students. I myself remember what sort of revelation it was to me when I first laid hands on it and like many other of my generation, I resolved to read everything Schumpeter.“

²³ COLLINS, R., Rediscovering Schumpeter. In: *Contemporary Sociology*, vol. 21, Nr. 2, 1992, p. 171-175.

²⁴ Keynes was engaged in the Academic Assistance Council which had been founded at the initiative of Beveridge shortly after the Nazis' rise to power to help researchers who were discriminated for religion, political or racial reasons. Samuelson has pointed out „that more refugees from Hitler were landed in U. S. professional chairs by Schumpeter than probably by any other single person“. A good example for Schumpeter's activities is his letter to Mitchell of 19 April 1933 in which he asks for support for persecuted outstanding Hebrew colleagues in Germany. see SWEDBERG, R., *Schumpeter: A Biography*. New Jersey, 1991.

René Brouwer

Law and Philosophy in the Late Roman Republic

Cambridge, New York: Cambridge University Press, 2021, 182 S., ISBN 978-1-108-49148-8

Der Gegenstand der hier zu besprechenden Untersuchung ist die immer aufs Neue faszinierende Frage nach dem Einfluss der Philosophie auf das römische Recht, wobei *Brouwer* auch umgekehrt fragt, welchen Einfluss das Denken der römischen Juristen auf die Philosophen gehabt hat.

In zeitlicher Hinsicht beschränkt sich das nicht sehr umfangreiche Werk – es umfasst ohne Literaturverzeichnis usw. 133 Seiten – im Wesentlichen auf die Zeit von 150 v. Chr. bis 50 v. Chr. Inhaltlich stellt der *Verf.* ausdrücklich klar, dass er den Aspekt des Naturrechts grundsätzlich ausklammert (S. 20), wodurch die Darstellung etwas äußerlich bleibt. Ebenso wie das Naturrecht lässt *Brouwer* die Rhetorik größtenteils – als für das Zivilrecht weniger bedeutsam – außen vor (S. 14ff.), allerdings nicht ohne u.a. auf die *causa Curiana* zu sprechen zu kommen. Er sieht hier einen Beweis dafür, dass ab dem zweiten Jahrhundert v. Chr. freiere Auslegungsmethoden – in der *causa Curiana* vertreten vom juristisch fundiert ausgebildeten¹ Redner *L. Licinius Crassus* – Einzug hielten. Ohne diesen Rechtsfall hier erneut „aufrollen“ zu wollen, dürfte jedenfalls festzuhalten sein, dass die Streitigkeit aus dem Jahr 93 v. Chr. wohl kaum selbst eine Zäsur dargestellt hat. Die „Auslegungsmethode“, die *Crassus* anwandte, entsprach rhetorischer Lehre (*voluntas* vs. *scriptum*) und war nicht neu. *Cicero* betont mehrfach, dass sich *Crassus* auf diverse Präzedenzfälle berufen konnte.² Doch nun – zunächst zusammenfassend – zu den Kernthesen *Brouwers*:

In der Spätphase der römischen Republik, in der Zeit von der Mitte des zweiten bis zur Mitte des ersten Jahrhunderts v. Chr., habe sich, so *Brouwer*, der Austausch zwischen Recht und Philosophie als besonders produktiv erwiesen. Durch den Einfluss der Philosophie hätten die römischen Juristen begonnen, Recht wissenschaftlich zu erfassen, als regelbasiertes System, das insbesondere in die Kategorien der Person und des Eigentums unterteilt gewesen sei. Umgekehrt seien die Philosophen von den Juristen in der Weise beeinflusst worden, dass sie begonnen hätten, sich für die Betrachtung von Einzelfällen zu interessieren und die Bedeutung des Eigentums zu erörtern.

Die Untersuchung beginnt mit einer kurzen Darstellung der Wechselbeziehungen zwischen römischem Recht und griechischer Philosophie. Hier weist *Brouwer* vor allem auf das recht früh beginnende Interesse der Römer an der griechischen Kultur hin, das sich im Bereich des Rechts bereits in der Zwölf Tafelgesetzgebung als folgenreich erwiesen habe (S. 1ff.).

In der sich anschließenden Skizze des Forschungsstandes (S. 5ff.) fällt, soweit es um den Einfluss der Philosophie auf das Recht geht, auf, dass die umfangreichen Untersuchungen von *Okko Behrends* zu dem Thema³ *Brouwer* nur eine Fußnote wert sind, was – unabhängig davon, ob bzw. inwieweit man *Behrends* zustimmen möchte – zu einer gewissen Schiefelage führt.

Sodann widmet sich *Brouwer* den Primärquellen und weist für den juristischen Teil seines Themas auf die besondere Bedeutung der Schriften *Ciceros*, des Handbuchs des *Pomponius* und der Institutionen des *Gaius* hin (S. 7ff.). Damit ist zugleich ein Problem beschrieben, das selbstverständlich auch *Brouwer* vor Augen hat: die recht magere Quellenlage. Zur Einordnung *Ciceros* führt er sodann aus, dass dieser kein Jurist gewesen sei: „[...] he was not a jurist, in the sense that he performed the uniquely Roman activity of advising those responsible for the resolution of disputes on how to deal with them [...]“. Hier kann vielleicht ergänzt werden, dass für das Selbstverständnis *Ciceros*, der zunächst bei *Q. Mucius Scaevola* Augur, später beim Pontifex Maximus gleichen Namens in die Lehre gegangen war,⁴ eine Stelle aus dem *Brutus* aufschlussreich ist:⁵

Tum Brutus: cum ex tua oratione mihi videor, inquit, bene Crassum et Scaevolam cognovisse, tum de te et de Ser. Sulpicio cogitans esse quendam vobis cum illis similitudinem iudico. Quonam, inquam, istuc modo? Quia mihi et tu videris, inquit, tantum iuris civilis scire voluisse quantum satis esset oratori et Servius eloquentiae tantum adsumpsisse, ut ius civile facile possit tueri [...].

Deutsch: Da wandte Brutus ein: „Mir scheint, ich habe [L. Licinius] Crassus und [Q. Mucius] Scaevola [Pontifex] dank deiner [Ciceros] Ausführungen gut kennengelernt. Wenn ich aber über dich und [Servius] Sulpicius [Rufus] nachdenke, dann gibt es zwischen euch und jenen nach meinem Urteil einen gewissen Grad an Ähnlichkeit.“ „Aber wieso denn?“, fragte ich [Cicero]. „Weil du einerseits, wie mir scheint“, antwortete er, „so viel Kenntnis des Zivilrechts haben wolltest, wie es für einen Redner genügt, andererseits sich Sulpicius so viel Beredsamkeit angeeignet hat, dass er ohne Weiteres dem Zivilrecht Geltung verschaffen kann [...]“.⁶

¹ CICERO, *Brutus* 102, 143ff. und 148.

² *Brutus* 145 und 198; *de oratore* 1,180. Das galt aber auch für seinen Widersacher *Q. Mucius Scaevola* Pontifex (*de oratore* 1,180), dem „Verteidiger des väterlichen Rechts und dessen Erbe“ (*de oratore* 1,244). Zu den Autoritäten des *Crassus* siehe auch CICERO, *pro Caecina* 69.

³ Siehe beispielsweise BEHRENDTS, O., *Institut und Prinzip*. Göttingen, 2004 (zwei Bände) und zuletzt BEHRENDTS, O., *Römisches Recht. Von den Anfängen bis heute*. Göttingen, 2022. Interessant ist auch der Band MÖLLER, C., AVENARIUS, M., MEYER-PRITZL, R. (Hrsg.), *Das römische Recht – eine sinnvolle, in Auguralreligion und hellenistischen Philosophien wurzelnde Rechtswissenschaft? Forschungen von Okko Behrends revisited*. Berlin, Boston, 2020.

⁴ CICERO, *Laelius* 1; *Brutus* 306.

⁵ *Brutus* 150.

⁶ Übersetzung GUNERMANN, H.

Das ist doch recht bescheiden für *Cicero*, der sich gern selbst lobte und von dem *Seneca* schreibt, er habe die Taten aus der Zeit seines Konsulats nicht ohne Grund, aber ohne Ende gelobt.⁷

Zu Recht weist *Brouwer* sodann darauf hin, dass *Cicero* der wichtigste Gewährsmann für die Entwicklung der Philosophie in Rom in der in Rede stehenden Epoche ist. Richtig scheint mir auch die Qualifizierung *Ciceros* als „*sceptic of a moderate sort*“ (beides S. 10) zu sein. Hierzu schreibt *Cicero* in *de officiis* 3,20 aufschlussreich:

Nobis autem nostra Academia magnam licentiam dat, ut, quodcumque maxime probabile⁸ occurrat, id nostro iure liceat defendere.

Deutsch: Uns aber gewährt unsere Akademie die unbestrittene Freiheit, dass wir freie Hand haben, alles, was als besonders glaubwürdig entgegtritt, nach eigenem Recht zu verteidigen.⁹

Die Freiheit, die sich *Cicero* nimmt, führt so weit, dass er die Skeptiker in *de legibus* 1,39 zum Schweigen aufgefordert. Die Berufung *Ciceros* auf das (stoische) Naturrecht dürfte hier politisch motiviert sein und sich aus seinem Bemühen erklären, die überkommene republikanische Ordnung im Rahmen des Möglichen wieder zu stabilisieren.¹⁰ Sein Reden, so schreibt er in *de legibus* 1,37, ziele auf die Festigung der Staaten, die Stabilisierung des Rechts und das Wohl der Völker (lies: des römischen Staates, seines Rechts und seines Volks).

Brouwer kommt dann kurz auf die Entwicklung des römischen Rechts bis zur Mitte des zweiten Jahrhunderts v. Chr. zu sprechen (S. 22ff.). Hier vermisst man vor allem eine Auseinandersetzung mit der Rolle der *fides* bzw. der *bona fides*. Den *iudicia bonae fidei* hat *Q. Mucius Scaevola* Pontifex bekanntlich – wenn auch nach dem hier in Rede stehenden Zeitraum – größte Kraft (*summa vis*) beigemessen.¹¹ Die Bedeutung der (*bona*) *fides* für die Entwicklung des römischen Rechts wird man kaum überschätzen können.

Nach Auffassung von *Brouwer* hätten – und damit nähern wir uns dem Kern seiner Thesen – die skeptische Akademie ebenso wie der Peripatos, der Epikureismus und die Lehre der Kyniker nur marginale Wirkung auf das römische Denken gehabt. Anders hingegen die Stoa. Diese habe bis zur Mitte des ersten Jahrhunderts v. Chr. die philosophische Debatte in Rom dominiert. Wesentlich sei die Philosophengesandtschaft des Jahres 155 v. Chr. gewesen. Als wichtige Figuren nennt *Brouwer* *Diogenes von Babylon*, ein Mitglied der Philosophengesandtschaft, *Antipater von Tarsos*, *Panaïtios*, *Hekaton* und *Poseidonios* („römische Stoiker“). Selbstverständlich kommt *Brouwer* auch auf den Scipionenkreis zu sprechen (S. 27ff.). Die stoische Dialektik (etwa Einteilung in *genera* und *species*, Definitionen) habe den römischen Juristen wichtiges Handwerkszeug vermittelt (S. 37ff.). Hier verweist er (S. 44ff.) u.a. auf *Cicero, de oratore* 1,188f., auf eine in *Ciceros topica* überlieferte Definition von *P. Mucius Scaevola*¹² sowie die Unterteilung des Besitzes¹³ und der Vormundschaft¹⁴ bei *Q. Mucius Scaevola* Pontifex. *Brouwer* geht auch auf *Ciceros* Lob des *Servius* in *Brutus* 152 ein, wonach erst dieser aus dem Recht eine Wissenschaft gemacht habe,¹⁵ und zieht daraus – an frühere Überlegungen *Peter Steins* anknüpfend – den Schluss, dass er die dialektischen Methoden (lediglich) strenger und konsequenter als *Q. Mucius Scaevola* Pontifex angewandt habe (S. 46). Insbesondere der Kontakt mit der Stoa, wohl im Laufe des späten zweiten oder zu Beginn des ersten Jahrhunderts v. Chr., sei es auch gewesen, der die Römer in den Stand versetzt habe, Rechtsregeln in den juristischen Diskurs einzuführen (S. 52ff.). Aus früheren Fällen seien Regeln abgeleitet worden: „*non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat*“.¹⁶ Diese Regeln seien zum einen als Merkhilfen, zum anderen in Lehrbüchern zur Anwendung gekommen. *Brouwer* holt hier weit aus. Er spannt den Bogen beginnend bei der Erkenntnistheorie über die Ethik – hier betrachtete er unter anderem, um mit den Worten *Hossenfelders* zu sprechen, die Ausrichtung der Normen insbesondere durch *Panaïtios* nach den Möglichkeiten des Durchschnittsmenschen¹⁷ – und die Grammatik bis hin zum Begriff der Regel im römischen Recht.

In diesem Zusammenhang möchte ich nur auf einige Aspekte hinweisen:

Brouwers Ausführungen erwecken häufig den Eindruck, als sei den römischen Juristen erst um ca. 150 v. Chr. das philosophische Licht angeknipst worden. Das wird im Hinblick auf die schon früher bestehenden vielfältigen Berührungen der Römer mit der hellenistischen Kultur nicht der Fall gewesen sein. „Unser Land hat die Philosophie nie verschmäht“, lässt *Cicero* *Q. Lutatius Catulus* in *de oratore* 2,154 sagen. Auch das Motto des Juristen *Sextus Aelius*¹⁸ (Konsul 198 v. Chr.¹⁹), „*philosophari se velle, sed paucis*“²⁰ wird von *Brouwer* nur am Rande erwähnt (S. 50 Fn. 67). Hingegen liegt es tatsächlich nahe, dass das griechische Denken ab der Mitte des zweiten Jahrhunderts v. Chr. besondere Spuren im römischen Recht hinterlassen hat.

⁷ *De brevitae vitae* 5,1: *non sine causa, sed sine fine*.

⁸ Zur *probabilitas* in der Lehre der Neuen Akademie etwa HOSSENFELDER, M., *Die Philosophie der Antike 3, Stoa, Epikureismus und Skepsis*. München, 1995, S. 192ff. Auch *Brouwer* geht hierauf ein.

⁹ Übersetzung GUNERMANN, H.

¹⁰ Vgl. BALTRUSCH, E., *Recta ratio und varietas opinionum: Cicero, Karneades und die Gerechtigkeit*. In: MÖLLER, C., AVENARIUS, M., MEYER-PRITZL, R. (Hrsg.), *Das römische Recht – eine sinnvolle, in Auguralreligion und hellenistischen Philosophien wurzelnde Rechtswissenschaft? Forschungen von Okko Behrends revisited*. Berlin, Boston, 2020, S. 34ff.

¹¹ CICERO, *de officiis* 3,70.

¹² Dort 24.

¹³ D. 41,2,3,23.

¹⁴ G. 1,188.

¹⁵ *Hic Brutus: ain tu? inquit: etiamne Q. Scaevolae Servium nostrum anteponis? Sic enim, inquam, Brute, existumo, iuris civilis magnum usum et apud Scaevolam et apud multos fuisse, artem in hoc uno [...].* *Servius* wird von *Cicero* auch an anderen Stellen „gelobt“.

¹⁶ D. 50,17,1.

¹⁷ HOSSENFELDER, M., *Die Philosophie der Antike 3, Stoa, Epikureismus und Skepsis*. München, 1995, S. 95.

¹⁸ CICERO, *Brutus* 78, nennt ihn den gründlichsten Kenner des Zivilrechts.

¹⁹ KUNKEL, W., *Die Römischen Juristen, Herkunft und soziale Stellung*. Köln, Weimar, Wien, 2001 (Nachdruck der 2. Aufl. von 1967), S. 8.

²⁰ CICERO, *de re publica* 1,30.

Soweit *Brouwer* auf die Einteilung des Rechts in *genera* etc. unter Hinweis auf *Cicero, de oratore* 1,188f. zu sprechen kommt, wird nur (an späterer Stelle, S. 48) angedeutet, dass es hier nach den Worten, die *Cicero* dem *Crassus* in den Mund legt, nicht um Rechtswirklichkeit geht. *Cicero* lässt *Crassus* bezogen auf das Jahr 91 v. Chr., in dem er den Dialog stattfinden lässt, sagen, dass es ein *generatim* geordnetes Recht noch nicht gebe.²¹ Er habe aber schon längst vor, das ganze bürgerliche Recht in *genera* zu gliedern, dann hiervon gewisse Glieder abzuteilen und die Bedeutung eines jeden Teils durch Definition zu klären. Auf diese Weise würde man ein vollkommenes System des bürgerlichen Rechts erhalten.²² Derzeit müsse man sich alles noch zusammensuchen.²³ Gleichwohl werden zumindest keine Zweifel an der Überlegenheit des bürgerlichen Rechts, wie es in Rom existiert, gegenüber demjenigen anderer Völker gelassen.²⁴ Auf das Verhältnis zwischen den hier erörterten Ausführungen in *de oratore*, der Darstellung des *Pomponius* in D.1,2,2,41, wonach *Q. Mucius Scaevola* Pontifex (gest. 82 v. Chr.²⁵) das bürgerliche Recht als Erster nach *genera* geordnet habe, sowie *Cicero, Brutus* 152f., wo es heißt, *Servius* habe die bedeutendste aller Wissenschaften, die Dialektik, wie ein Licht in das Recht eingeführt, geht *Brouwer* leider nicht ein.

Schließlich dürfte es eine zu enge Sichtweise sein, wenn nahezu allein der Stoa praktische Wirksamkeit im römischen Recht zugemessen wird: *Cicero* stand, davon war schon die Rede, der skeptischen Akademie nahe. *Philon von Larissa*, dem Leiter der skeptischen Akademie, hatte er sich „mit Leib und Seele“ verschrieben.²⁶ Zwischen *Cicero* und *Servius* bestand eine Nähe in Dingen der Wissenschaft.²⁷ Man wird *Servius* philosophisch wohl ebenso beheimatet sehen dürfen wie *Cicero* – in der Skepsis. Naturrechtliche Gewissheit kannte die Skepsis nicht. Ausgehend vom *probabile* bzw. einer „Erkenntnislehre nach menschlichem Maß“²⁸ stand die Empirie bzw. die Evidenz im Vordergrund; damit einher ging die Aufforderung, klare, d.h. subsumtionsfähige Tatbestände zu schaffen.²⁹ Vor diesem Hintergrund wird man wohl die Fokussierung auf das Edikt verstehen müssen, die die Quellen nahelegen. So berichtet *Pomponius* bekanntlich, dass *Servius* der erste Kommentator des Edikts gewesen sei.³⁰ Auch *Cicero* betont dessen (neue) Bedeutung.³¹ Die Herausarbeitung klarer (bisweilen engerer) Tatbestände hat offensichtlich teilweise dazu geführt, dass der Rechtsschutz lückenhaft wurde, was aufgrund der Gebote der *acquitas naturalis* in bestimmten Fällen durch Gewährung von *actiones in factum* ausgeglichen werden musste.³² Die skeptische Akademie hat also wahrscheinlich eine prägendere Kraft auf das römische Recht ausgeübt, als *Brouwer* vermutet.

Das Kapitel über den Begriff der Person im Recht (S. 68ff.) beginnt *Brouwer* mit einem Hinweis auf den etruskischen Ursprung des Wortes (*phersu/phersuna*). Er kommt auf die Bedeutung des Begriffs im Sinne von „Maske“ zu sprechen und seine Verwendung im Zusammenhang mit Bestattungsritualen und im Theater. Letzteres habe ihn um die Bedeutung „Rollenspiel“ erweitert. Ein entscheidender Wendepunkt habe sich ab dem dritten Jahrhundert v. Chr. vollzogen, als die Stoiker begonnen hätten, über den Begriff nachzudenken. Weitere Abstraktionen wie etwa Identität oder Menschsein/Persönlichkeit seien die Folge gewesen. Hier ist dann auch von der Vier-Personen-Lehre bei *Panaitios/Cicero* die Rede. Nach Überlegungen zum Begriff der Person in der Rhetorik und der Grammatik kommt er dann auf das Recht zu sprechen und die Bedeutung, die er für Systematisierungen hatte, etwa in der bleibenden Dreiteilung *personae, res, actiones*. Am Ende des informativen Kapitels bedauert der Leser, nichts über den mit *persona* verwandten Begriff *caput* (etwa in *capitis deminutio* etc.) erfahren zu haben.

Soweit *Brouwer* die Auffassung vertritt, es habe nicht nur eine Beeinflussung der römischen Juristen durch die hellenistische Philosophie gegeben, sondern auch umgekehrt, etwa dadurch, dass ihr Interesse an der Betrachtung von Einzelfällen (S. 83ff.) oder am Eigentum (S. 103ff.) geweckt worden sei, erscheint das aufgrund der Verbindungen zwischen der römischen und der griechischen Kultur plausibel. Warum sollte nur die römische Praxis durch den griechischen Geist befruchtet worden sein?

Brouwer hat ein interessantes Buch geschrieben und dabei Sekundärliteratur in stattlichem Umfang ausgewertet. Manche Frage, so scheint mir, hätte eingehender behandelt werden können. An der Quellenlage kann freilich auch er nichts ändern. Und solange diese so ist, wie sie ist, wird jeder – ganz im Sinne *Ciceros* und der skeptischen Akademiker – zu entscheiden haben, was ihm besonders glaubwürdig erscheint.

Alexander Neumann*

²¹ *De oratore* 1,186.

²² *De oratore* 1,190.

²³ *De oratore* 1,191.

²⁴ *De oratore* 1,197.

²⁵ KUNKEL, W., *Die Römischen Juristen, Herkunft und soziale Stellung*. Köln, Weimar, Wien, 2001 (Nachdruck der 2. Aufl. von 1967), S. 18.

²⁶ CICERO, *Brutus* 306.

²⁷ CICERO, *Brutus* 156.

²⁸ BEHRENDTS, O., *Römisches Recht. Von den Anfängen bis heute*. Göttingen, 2022, S. 94.

²⁹ Vgl. etwa BEHRENDTS, O., *Römisches Recht. Von den Anfängen bis heute*. Göttingen, 2022, S. 93f.; BEHRENDTS, O., *Servius' Tat – eine kopernikanische Wende? Eine Überprüfung anhand der Urteile Ciceros*. In: MÖLLER, C., AVENARIUS, M., MEYER-PRITZL, R. (Hrsg.), *Das römische Recht – eine sinnvolle, in Auguralreligion und hellenistischen Philosophien wurzelnde Rechtswissenschaft? Forschungen von Okko Behrends revisited*. Berlin, Boston, 2020, S. 180f.; MÖLLER, C., *Römisches Recht als Gegenstand universitärer Lehre*. In: *Berliner Rechtszeitschrift*, vol. 4, Nr. 1, 2023, S. 9f. Zur Bedeutung der skeptischen Akademie neben der Stoa siehe auch MANTHE, U., *Geschichte des römischen Rechts*. München, 2019, S. 60f.

³⁰ D. 1,2,2,44.

³¹ *De legibus* 1,17.

³² Siehe etwa MÖLLER, C., *Römisches Recht als Gegenstand universitärer Lehre*. In: *Berliner Rechtszeitschrift*, vol. 4, Nr. 1, 2023, S. 10; NEUMANN, A., *Der Bürgerregress im Rahmen des römischen Auftragsrechts. Studien zur formula in factum concepta*. Baden-Baden, 2010, S. 161ff.

* Dr. Alexander Neumann ist Vorsitzender Richter am Landgericht Berlin II und leitet dort eine Zivilkammer, E-Mail: alexander.neumann.roemrecht@gmx.de / ORCID 0009-0006-8700-3248.

Wolfram Buchwitz, Matthias Ehmer (eds.)

Cicero's *Topica* und sein Programm *De iure civili in artem redigendo*

(Freiburger Rechtsgeschichtliche Abhandlungen, Neue Folge, Band 84, Abt. A: Abhandlungen zum Römischen Recht und zur Antiken Rechtsgeschichte). Berlin: Duncker & Humblot, 2023, 291 p., ISBN 978-3-428-18831-4

M. Tullius Cicero became famous as the most eloquent orator of his time and became a great model not only for Latin rhetoric but for the Latin language in general. He was able to use his rhetorical skills elaborately to implement his political ideas and plans, and later he figuratively puts them at the service of the Roman state, building a model of the ideal Roman leader, the rhetorician-politician, whose education is based on a system of theoretical knowledge of the various sciences, the so-called *artes*. Part of his idea of an ideal education is the rhetorical and legal art (*De orat.* 1,36). *Ars rhetorica* is elaborated in a series of books, the thought and writing of which was made possible by his forced retreat from the forefront of the political scene. We are unfortunately deprived of Cicero's supposed exposition of legal art by the fact that the book which should have contained it, entitled after Gellius *De iure civili in artem redigendo* (Gell. *N. A.* 1,22,7), has not been completed and preserved (as informed by Quint. *Inst.* 12,3,10, who only refers to it, but no longer has it).

In light of this situation, it was considered difficult to reconstruct Cicero's idea of a theoretically based legal art, which he formulated around 55 BC in his work *De oratore* (*De orat.* 1,42). Significant evidence, however, can be acquired by a thorough analysis of another work of Cicero, this one extant, which was written about ten years after *De orat.*, not long before 28 July 44 B.C. (Cic. *Fam.* 7,19), and in which the request for expert and systematic knowledge of the *ius civile* occurs, a work called *Topica* (*Topics*). This Latin version of Aristotle's eponymous treatise is not only a rhetorical or logical handbook, but also a source of legal examples and cases, whose comprehensive analysis, combining for the first time a Roman law and philological perspective, is what the authors aim at. In doing so, they seek to redress the previous neglect of this work by Roman law scholars (p. 10).

The book sums up the outcomes of an international research seminar held in September 2020 in Kloster Bronnbach, Germany. However, it is not a loose collection of contributions on the topic, but a collective monograph with a carefully designed structure, which is already evident from the extensive introduction to the subject. The first of the two substantive parts consists of four studies focused on the relationship of Cicero's work to Aristotle's source, in particular the level of familiarity and inspiration, the different understanding of the key term of the two writings, i.e. the term *topos/locus*, the analysis of particular *topoi*, and more generally the relationship between philosophical theory and rhetorical forensic practice (represented by the terms *inventio* and *iudicatio*). The second part examines the influence of Cicero's *Topics* in later periods, namely the relationship to Quintilian's *Institutio oratoria*, Gaius' *Institutiones* and Justinian's *Digests*. The book concludes with an Italian summary, a list of references, and a subject and name index.

An introductory thematic and methodological introduction (pp. 9–36) is followed by the first analytical chapter. In it, Thomas Baier examines Cicero's relationship to Aristotle's model, or rather describes and explains the fundamental difference in the form of the works and in the approach of the two thinkers, and situates Cicero's *Topica* in contemporary discourse (pp. 37–58). While Aristotle seeks to find a universal method that, employing common assumptions, enables uncontroversial argumentation, especially in the sphere of philosophical discussion (p. 37), Cicero, because his framework is juridical practice, wants to find the places where arguments usable for legal argument are concentrated. The practical claim is already evident in the demand for simplification of Aristotle's "obscure" draft (p. 38). At the same time, however, Cicero's interpretation has a broader reach than Aristotle's, for Cicero situates his *Topics* within the complex education and training of the perfect orator (p. 42). The author of the chapter succeeds well in demonstrating the difference through the very notion of *topos* and the subsequent example of the argument *ex definitione* in the form of the definition of the notion of *ius civile*.

Of equal significance is the analysis of particular *topoi* (pp. 59–122). Although Cicero drew them up from Aristotle and enriched them with the ideas of the Stoics, he subsequently transferred them to the legal environment, especially the judicial one, which led, among other things, to minor modifications in their classification or the use of the same examples in several *topoi*. Cicero's attention is mainly focused on substantive arguments (to the core of the problem: *in eo ipso de quo agitur*), which is why Ralph Backhaus also discusses in his chapter a group of just these 16 *topoi*, first briefly introduced and then re-examined in more detail by Cicero (from definition to *topos ex comparatione*). According to Backhaus, a clear indication of the legal focus of the writing is the fact that Cicero, while keeping the same model of *topoi* as in *De oratore* completely replaced the examples that demonstrate each *topos*. In *Topics*, these are exclusively legal cases (p. 105), the majority of them civil, which are intended to give certainty (*fidem*) to both judicial speakers and legal experts (p. 106). The work is the contribution of an experienced advocate who subordinates everything to win, and his examples are therefore, with a few named exceptions, 'vital' (p. 110).

In the following chapter, Matthias Ehmer brings a broader perspective to the reflection on the *Topics* in terms of Cicero's interplay between philosopher, orator, and jurist, which influences the methodological approach (pp. 123–180). He polemically evalu-

ates some existing views on legal methods of argumentation and shows the interplay between rhetorical invention (*inventio*) and logical reasoning (*iudicatio*) in legal practice.

Constantin Willems, on the other hand, constricts the point of view and selects a single *topos* for a detailed analysis, the *topos* of etymology (Lat. *notatio*; pp. 181–206). On it, he shows the possibility of using the wordplay with the origin of terms in favour of the legal case as well as its limits.

In the first chapter of the second part (pp. 207–230), Tobias Dänzer shows using several examples how the *Topics* were used as a tool to distinguish between legal, philosophical, and rhetorical argumentation. Dänzer portrays Quintilian as a critical reader of *Topics* whose approach contributed to a deeper understanding of *Topics*' legal and rhetorical method and a deeper connection between deductive reasoning and practical situational art.

Gaius' *Institutiones*, as the only fully extant ancient legal writing, naturally lends itself to comparison with Cicero's handbook (pp. 231–247). Wolfram Buchwitz finds striking structural parallels between the two texts, but a different methodological approach ("more liberty and wider scope" in Gaius). However, he does not derive a direct influence of Cicero from the comparison, but rather only from Quintilian's education in the same dialectical tradition. For Gaius, Cicero is only a general model.

Thomas Rűfner, the author of the chapter that concludes the publication, comes to a similar conclusion, based on a comparison of several specific *topoi* (pp. 231–266), namely that the *Digests* jurists also cite Cicero as an authority, but that his examples no longer influence their decisions.

The monograph is addressed primarily to experts in law, i.e. readers familiar with the context of the emergence of Roman legal science, but it is to the editors' credit that it also introduces the reader unfamiliar with legal science to the context in an accessible form and prevents any misunderstanding through the comments in the footnotes (just a random example of the so-called *Causa Curiana* on p. 53, note 62). The authors also quote consistently, both in translation and in the original, which on the one hand makes it easier for philologically profiled readers in particular to understand the terms, and on the other gives insight into the original context of these terms, on which other meanings have been superimposed or their meaning has developed over the centuries.

The only minor pitfall of the publication may appear to be the fact that due to the very small size of Cicero's work *Topica*, which the authors have analysed thoroughly, the individual chapters overlap in some points, and some information is repeated several times. It is important to add, however, that even if the same argument is discussed, the approach and point of view of the particular author differ, and for this reason, I do not consider this feature of the monograph under review to be a weakness, but a strength. It is easier for readers to understand all the meaning nuances of the different *topoi* and their use in various contexts. Nevertheless, it would be more reader-friendly if the editors dealt with these overlaps more intentionally and pointed them out directly in the main text (or visibly in a separate footnote) by explicit reference to places where the same argument or the same cause is addressed from a different perspective, with a commentary on what the difference will be. For if readers study individual chapters separately and adopt a problem-based reading approach (an expected reading strategy given the nature of the book), they may not get to the next occurrence despite the presence of indexes. An example is the already mentioned *causa Curiana*, about which we find the first piece of information on pp. 53ff., the next part on pp. 77ff. (note 144 refers to a previous occurrence, but is presented only as supplementary information), and finally, by linking the remaining references (on p. 124 /missing from the index, unfortunately/, 133, 151, and 199), we become aware of its significance for understanding the need to connect legal methodology to the art of rhetoric, and thus for Cicero's motivation for the program *de iure civili in artem redigendo*.

Despite this small shadow of imperfection on the overall coherent and methodologically well-anchored publication, I would like to praise the careful and honest work of the whole team of authors who have successfully exploited the potential of combining philological and legal approaches.

*Katarina Petrovićová**

* Doc. Mgr. Katarina Petrovićová, Ph.D., Department of Classical Studies, Masaryk University, Brno, Czech Republic, email: petrovic@phil.muni.cz / ORCID 0000-0003-3621-7474.

Balázs Landi

A jogellenesség eszme- és forrástörténete a magyar magánjogban

[Geistes- und Quellengeschichte der Widerrechtlichkeit im ungarischen Privatrecht]

Budapest: SZIT, 2021, 208 S., ISBN 978-963-277-975-1

1. Das Thema des Buches von *Balázs Landi* ist ein Nischenwerk in der privatrechtsgeschichtlichen Literatur Ungarns. Die Rückverfolgung eines institutionengeschichtlichen Themas bis ins Mittelalter und in Feudalismus mit den Methoden der Rechtsvergleichung und der vergleichenden Rechtsgeschichte ist relativ selten. Darin liegt kein Erstaunliches, denn eine im zeitlichen Sinne so umfassende und in der Herangehensweise derart dogmatische Erforschung der ungarischen Privatrechtsgeschichte ist

äußerst kompliziert und erfordert große Sorgfalt. Wie sich im vorliegenden Fall zeigen wird, liegt der Wert des Buches, das eine internationale Auswertung und Präsentation tatsächlich verdient, nicht unbedingt in den Ergebnissen der mittelalterlichen und frühneuzeitlichen Analysen.

Das Buch stellt die konzeptionellen, dogmatischen und kodifikatorischen Veränderungen der Deliktshaftung und, in näherer Weise, der Widerrechtlichkeit in der historischen Perspektive eines halben Jahrtausends ungarischen Rechtsdenkens, d.h. vom *Tripartitum* von *Stephanus Werbőczy* im Jahr 1514 bis zum neuen, im Jahr 2014 in Kraft getretenen Zivilgesetzbuch Ungarns, dar. Diese gewaltige Aufgabe blieb bis zum (und auch nach dem) Werk des Autors unvollendet, obwohl die meisten der Schulgründer ungarischer Zivilistik ab dem zweiten Drittel des 20. Jahrhunderts einen Großteil ihrer wichtigsten Werke zur Deliktshaftung widmeten. Trotz der politischen Paradigmenwechsel, wie zum Beispiel beim Horthy-Regime, oder bei der kommunistischen Machtübernahme, oder durch den Regimewechsel im Jahr 1989, bestand das rechtswissenschaftliche Ziel hauptsächlich darin, ein einheitliches Haftungssystem zu schaffen. Der Autor weist zu Recht darauf hin, dass diese Werke, hinsichtlich des Ziels von Haftungsvereinheitlichung in besonderer Weise, vom holistischen Ansatz des Privatrechts abgewichen sind und sich vor allem auf das untersuchte spezifische Problem der privatrechtlichen Haftung fokussiert haben.

Die grundlegende dogmatische Frage des Buches besteht darin, ob die Einheit des Zivilrechtssystems in der Hoffnung auf eine einheitliche Haftungsregelung geopfert werden sollte. Die Arbeit folgt der Einsicht, dass die Verpflichtung zum Schadensersatz keinen einzigen Platz im Privatrechtssystem hat, da sie sich sowohl aus vertraglichen als auch aus außervertraglichen Sachverhalten ergeben kann, so dass die privatrechtliche Haftung, hinsichtlich seiner sachlichen Grundlage, das gesamte Privatrechtssystem umfasst. Der Autor legt unter anderem eine der grundlegenden Thesen der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts dar und folgt damit *Gusztáv Szász-Schwarz*¹ und *Géza Marton*², wonach die Haftung kein autonomer Begriff sei, sondern ein ergänzendes Element des vielschichtigen Begriffs der Verpflichtung. Daraus folgt, dass es so viele Obligationen gebe, wie Tatsachen, und so vielfältige Haftungen seien, wie Obligationen. Diese Verschiedenartigkeit wirft unweigerlich eine weitere grundlegende Frage des ungarischen haftungsrechtlichen Denkens des letzten Jahrhunderts auf (neben Marton besonders *Gyula Eörsi*³, *Ferenc Mádl*⁴, *Attila Harmathy*⁵, *László Sólyom*⁶ und *András Földi*⁷): Kann die Deliktshaftung nur auf schuldhaftes Verhalten gestützt werden, oder auch auf schuldloses Verhalten?

Aufgrund dieser Erfahrungen versucht das Buch die Gefahren von Szylla und Charybdis der Haftungslehre zu vermeiden, und konzentriert sich auf das Grundkonzept der Rechtswidrigkeit, ein Konzept, das das Dogma und den Geist des Zivilrechts insgesamt widerspiegelt. Der Autor betont, dass Deliktshaftung auf Rechtswidrigkeit beruht, d.h. auf dem Verstoß gegen das allgemeine Verbot von unerlaubter Handlung. Damit verlagert sich das Problem der Haftung vom Verschulden auf eine andere Ebene: Es geht nämlich nicht darum, ob der Schädigung schuldig war, sondern ob der Person gegen das Verbot der unerlaubten Handlung verstoßen hat und die Möglichkeit hatte, dies zu vermeiden, m.a.W. ob er das rechtmäßige Verhalten hätte wählen können, d.h. keinen Schaden zu verursachen. In den Kapiteln des Buches wird das Konzept der Rechtswidrigkeit auf die rechtlichen und ethischen Möglichkeiten dieser Wahl gestützt.

2. Die vom Autor angewandte *Methodologie* kann wie folgt zusammengefasst werden. Die Kapitel stellen die Entwicklungsstufen privatrechtlichen Denkens und der Kodifizierungsversuche chronologisch dar, sind aber nicht mosaikartig, sondern reflektieren sich gegenseitig kritisch. Obwohl das Buch hauptsächlich theoretisch ist, zeichnet es auch die Entwicklung der Rechtsprechung in den verschiedenen Epochen nach. Dabei hat sich der Autor bemüht, Fälle mit ähnlichem Sachverhalt, die aber über einen Zeitraum von Jahrhunderten entstanden sind, zu zitieren, um die Rechtsentwicklung greifbarer zu machen. Der Verfasser zielt zur Verwendung von Primärquellen zurückzukehren, womit er den im Laufe der Jahrhunderte angehäuften Interpretationsschutz zu entfernen und Detailreichtum und Tiefe der ursprünglichen Ideen zu wiederherstellen hofft.

Die zwei grundlegenden Ideen der Monografie sind: Die Trennung von Haftung und Entschädigungspflicht einerseits, und die Betonung andererseits, dass die Widerrechtlichkeit als ein Maß für menschliches Verhalten ausgelegt werden solle, welches eine objektive Bewertung der Handlung aber nicht des Handelnden in einem ethischen, genauer gesagt christlichen Paradigma darstellt. Um dies zu begründen, versucht er, die ungarische Grundlage der antiken Prinzipien des *alterum non laedere* und der *regula aurea* zu präsentieren.

Neben der Einleitung (S. 9-14), den Schlussfolgerungen, der Bibliografie (S. 195-201) und dem Anhang (S. 202-207) mit den Ergebnissen einer sehr interessanten empirischen Forschung (detailliert unten) ist das Buch in sechs thematische Abschnitte (Kap. 2-7) gegliedert.

¹ SCHWARZ, G., *Ujabb magánjogi fejtegetések* (Neuere privatrechtliche Verhandlungen). Budapest, 1901, S. 217f.

² MARTON, G., *A polgári jogi felelősség* (Zivilrechtliche Haftung). Budapest, 1993, § 11; IDEM, *Les fondements de la responsabilité civile, Révision de la doctrine, Essais d'un système unitaire*, Paris, 1938; IDEM, *Versuch eines einheitlichen Systems der zivilrechtlichen Haftung*. In: Archiv für die civilistische Praxis 162/1-2 (1963), S. 187.

³ EÖRSI, GY., *A jogi felelősség alapproblémái. A polgári jogi felelősség* (Grundlegende Probleme der rechtlichen Haftung. Die Zivilrechtliche Haftung). Budapest 1961; IDEM, *A polgári jogi kártérítési felelősség kézikönyve* (Handbuch zur zivilrechtlichen Haftung für Schäden). Budapest, 1966.

⁴ MÁDL, F., *A deliktális felelősség a társadalom és a jog fejlődésének történetében* (Die Deliktshaftung in der Geschichte der Entwicklung von Gesellschaft und Recht). Budapest, 1964.

⁵ HARMATHY, A., *Felelősség a közreműködőért* (Haftung für Verrichtungsgehilfe). Budapest, 1974.

⁶ SÓLYOM, L., *A polgári jogi felelősség hanyatlása* (Der Niedergang zivilrechtlicher Haftung). Budapest, 1977.

⁷ FÖLDI, A., *A másért való felelősség a római jogban* (Die Haftung für andere im römischen Recht). Budapest, 2004, S. 94.

In den ersten zwei Abschnitten (*'Partielle und unklare Verhaltensmaßstabversuche bis zur Reformzeit'*, S. 15-27; *'Verhaltensmaßstab von der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts bis zur Jahrhundertwende'*, S. 28-40) versucht der Autor eine rechtsgeschichtliche Tiefenfor- schung privatrechtlicher Widerrechtlichkeit bis zum Zeitalter der privatrechtlichen Kodifikationen mit besonderer Rücksicht auf das sich formierende Eisenbahnrecht zu verwirklichen.

Das dritte Kapitel (S. 41–74) fasst die neuen Trends und Auswirkungen der Kodifikationen, wie das in Ungarn durch königliches Patent in Kraft gesetzte österreichische ABGB (1853–1861), sowie das ungarische Handelsgesetz (1875), die Entwürfe des ungarischen Allgemeinen Zivilgesetzbuchs (von 1900 bis 1915) und der Privatrechtsgesetzbuchsentwurf (1928), zusammen.

In detaillierter Weise analysiert der vierte Abschnitt (S. 75-160) die Problematik des allgemeinen privatrechtlichen Verhal- tensmaßstabs und des allgemeinen Widerrechtlichkeitsbegriffs in den Werken der bedeutendsten Vertreter der ungarischen Pri- vatrechtswissenschaft, wie folgt: *Béni Grosschmid* (1851-1938; S. 75-83), *Gyula Zachár* (1875-1964; S. 83-86), *Bálint Kolosváry* (1875-1954; S. 87-94), *Károly Szladits* (1871-1956; S. 94-102), *Géza Marton* (1880-1957; S. 102-120), *Gyula Eörsi* (1922-1992; S. 120-139), *László Asztalos* (1925-1988; S. 139-143), *László Sólyom* (1942-2023; S. 143-160).

Der fünfte Abschnitt (S. 161-179) handelt sich um die Ergebnisse einer empirischen Forschung des Rechtsgefühls bzw. des Rechtsbewusstseins von Laien in Bezug auf ein allgemeines Erwartungsniveau oder Verhaltensstandard im Privatrecht. Der Ver- fasser wiederholt *mutatis mutandis* die Forschung von *Géza Marton* aus dem Jahr 1932, die das Rechtsgefühl von Laien in Fragen objektiver Deliktshaftung getestet hat, und danach betrieb eine Vergleichung. Die lehrreichen Fazits aus dem Vergleich seiner eigenen Forschungsergebnisse mit denen von Marton lauten wie folgt: (1) Das Engagement des laizistischen Rechtsgefühls für eine objektive Haftungsbegriff ist im Vergleich zu Martons Zeit deutlich schwächer ausgeprägt. (2) Das laienhafte Rechtsbewusstsein hinsichtlich eines subjektiven Haftungsbegriff wurde ebenfalls geschwächt, wenn auch in geringerem Ausmaß. (3) Der Anteil der Laien, die zwischen den beiden Auffassungen von Haftung schwanken, stieg von 2-4 % auf fast 50 %. (4) Die Mehrheit der Laien, die zwischen der objektiven und der subjektiven Deliktshaftung schwankten, bevorzugten, wenn sie dazu gezwungen wurden, im- mer noch den objektiven Haftungsbegriff, wenn auch mit weniger Überzeugung als im Experiment von Marton. Der oben erwähnte Anhang enthält den Fragebogen und das Bewertungsformular für den wiederholten Experiment.

Im letzten Kapitel (S. 180-192) analysiert der Verfasser das allgemeine Schädigungsverbot und die Generalklauseln des Delikts- rechts im geltenden ungarischen ZGB (Gesetz V von 2013) und dessen Kodifizierungsprozess.

3. Meine *kritischen Anmerkungen* betreffen vor allem die *rechtsgeschichtlichen* Aspekte der Forschungsmethodik und -ergebnisse.

3.1. Im ersten Kapitel sucht der Autor nach dem ungarischen Urtyp des rechtlich formulierten allgemeinsten Verhaltensstan- dards, woraus er, da die Verletzung dieser rechtlichen Verhaltenserwartung zur Rechtswidrigkeit führt, den Prototyp eines ähnlich allgemeinsten Rechtswidrigkeitsbegriffs ungarischen Rechts herausfinden zu können erhofft. Landi geht von dem *Prooemium* des Tripartitums aus, in dem er die Passage der Goldenen Regel hervorhebt (ohne sie als solche zu erwähnen). Die übergeschichtliche, superreligiöse *regula aurea*, wonach 'tu anderen das an, was du willst, dass sie dir antun', erschien im Tripartitum als Teil des Na- turrechts: *'Ius naturale intellegitur, quod in lege Mosaico et Evangelio continetur, quo quis iubetur alteri facere, quod sibi vult fieri: et prohibetur, alteri inferre, quod sibi fieri nolit.'* (Prooem. Tit. II § 5). Der Autor verzichtet auf diesen lateinischen Originaltext und analysiert weder die textuelle Umgebung noch den christlich-religiösen Kontext⁸ bzw. die naturrechtlichen Vorbilder des Fragments, außerdem lässt die Möglichkeit eines Vergleichs mit den zahlreichen Fragmenten der Digesten Justinians, die im Tripartitum tatsächlich betrachtet wurden, außer Acht, und bezieht sich lediglich im Allgemeinen auf die Wirkungen der Digesten (S. 18). Obwohl die Regula unter dem Tripartitum-Titel *'de iure et divisione iuris'* erschien, wo sie als Inhaltselement des *ius naturale* vor die Definitionen des *ius gentium* und *civile* eine Rolle spielt, des Autors Ansicht nach soll die Regula als Teil des 'privatrechtlichen' Vorschriften des Tripartitums interpretiert werden, ohne jedoch den Inhalt des hier verwendeten Begriffs des 'Privatrechts' und sein Verhältnis zum Konzept von *ius civile* des Tripartitums (die sich deutlich voneinander unterscheiden) zu erläutern.

Da Landi die tatsächlich ubiquitäre und allgemeingültige *regula aurea*, die in diesem Fall als Teil der großen Sammlung des un- garischen Lehnsgewohnheitsrechts in Betracht genommen werden soll, als privatrechtlicher Verhaltensmaßstab mit christlichem Fundament auslegt, wäre es sinnvoll gewesen, die Frage in der neueren internationalen Literatur unter dem Gesichtspunkt des Privatrechts zu untersuchen. Doch die Frage hätte gestellt werden müssen: Inwieweit eine rechtlich auferlegte und äußerst allge- meine Verhaltenserwartung, deren Grundlage sowohl in der vorchristlichen Rechtsgeschichte als auch in vom Christentum unab- hängigen philosophischen Richtungen findet, als spezifisch christlich und/oder ungarisch (deutsch usw.) angesehen werden kann. Wahrscheinlich jüngst versuchte *Matthias Wendland*⁹ ein Konzept der Vertragsgerechtigkeit vorzulegen, das den römischrechtlichen Grundsatz von *suum cuique tribuere*, die klassische *regula aurea* sowie die aristotelisch-thomistische Gerechtigkeitslehre in einer Ge- samtsynthese integriert. Es scheint mir vernünftig zu sein, die Methode Wendlands in Betracht zu nehmen, obwohl sie in einem viel engeren vertragsrechtlichen Themenkreis (AGB-Inhaltskontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr) angewendet wurde. Das *argumentum a minore ad maius* darf hier nämlich gefolgt werden, da die Geltung des theoretisch allgemeinsten Verhaltensmaß- stabs durch dessen in einem engeren Bereich bewiesene Geltung nicht vermindert werden kann.

⁸ Obgleich das Tripartitum ausdrücklich auf das Evangelium als allgemeine Quelle des Naturrechts verwies, wird der passende Vers nicht korrekt zitiert. Offenbar bezieht sich Werbőczy hier auf die Verse der Bergpredigt (vgl. Lukas 6.31, Matthäus 7.12).

⁹ WENDLAND, M., *Vertrafsgerechtigkeit und Vertragsgerechtigkeit. Subjektive und objektive Gestaltungsgräfte im Privatrecht am Beispiel der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Geschäftsverkehr*. Tübingen, 2019, S. v, 243 - 255.

Selbst wenn man die Tatsache außer Acht lässt, dass ähnliche Regeln, die typischer Weise an der Spitze großer Normensammlungen stehen, oft die kraftlose Rolle einer geistesgeschichtlicher Dekoration spielen, ergibt sich meines Erachtens aus der Schlussfolgerung des Autors nicht, dass das zitierte Fragment des Tripartitums eine allgemeinste privatrechtliche und spezifisch christlich-ungarische Norm der Verhaltenserwartung definiert hätte, deren Verletzung zum Urtyp eines allgemeinsten Rechtswidrigkeitsbegriffs ungarischen Rechts führen könnte. Zugleich ist anzuerkennen, dass der autonome Versuch Landis, den allgemeinsten Begriff der Rechtswidrigkeit aus dem möglichst allgemeinsten rechtlichen Verhaltenserfordernis abzuleiten, nicht ohne rechtslogische und rechtstheoretische Eleganz ist, wenngleich sich dieser Ansatz hinsichtlich des Tripartitums ohne tiefere Analyse kaum mit den strengen Maßstäben der rechtsgeschichtlichen Forschung messen lassen kann, obgleich ein Erfolg auch nicht automatisch auszuschließen ist.

3.2. Der Verfasser fügt der Behandlung des Tripartitums als Ausgangspunkt eine nicht weniger sonderbare rechtsvergleichende Überlegung hinzu, die für mich aus den folgenden Gründen ebenfalls nicht ganz überzeugend ist. Der Autor hebt nämlich eine pfand- und *nachbarrechtliche* Vorschrift des Tripartitums über den Ersatz von in benachbarten Aussaaten, Wiesen und Wäldern verursachten Viehschaden (Teil III Titel 33 § 4) hervor, wonach das strafbewehrte Verbot nur für die Bauern des Dorfes gilt, auf dessen Grenze die Aussaat usw. stattfindet, während Fremde nicht die Strafe, sondern den Schadensbetrag zu zahlen verpflichtet sind. Nach Ansicht des Autors, die auf dem *book of authority* Sólyoms¹⁰ aufgebaut wurde, welches bedauerlicherweise eine irreführende Übersetzung des in *Donoghue v Stevenson* (1932) von Lord Atkin erschienenen ‘*neighbour principle*’¹¹ beinhaltet¹², geht die obige Regel des Tripartitums über dieses *principle*, da sie auch diejenigen, die *keine Nachbarn* sind (Fremde), zur Haftung für Schadensersatz verpflichtet.

Meines Erachtens ist dieser vergleichende Ansatz irreführend: Der Ausgangspunkt scheint mir unglücklich zu sein, und daraus folgt, dass die zu vergleichenden Faktoren auf der Grundlage der Methodik der Rechtsvergleichung nicht sinnvoll verglichen werden können. Das ganze Konzept, die spezielle *nachbarrechtliche* Haftungsregel des Tripartitums mit vergleichender Ansicht in Anspruch zu nehmen, ist insofern irrig, als in der Begründung des berühmten englischen Urteils der Rechtsbegriff von Nachbarn (im *nachbarrechtlichen* Sinne) *nicht erwähnt wird*. Indem der Richter die Gültigkeit der religiösen Lehre von der *Nächstenliebe* anerkennt, versucht er notwendigerweise, das rechtliche Äquivalent des theologischen Begriffs des Nächsten unter den relevanten Umständen des Falles zu bestimmen¹³. Fehlt das *tertium comparationis*, kann der Vergleich kaum erfolgreich sein.

3.3. Wenn der Rezensent Landis Buch richtig liest, war es ein Ziel des Autors, durch diese komplizierte Betrachtung zu beweisen, dass die christliche Grundlage für die Beurteilung der Verantwortung und damit der Haftung für widerrechtliches Verhalten in der ungarischen Privatrechtslehre zuerst im Tripartitum auf der Grundlage der *regula aurea* und später erst in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts, d.h. im Buch von Sólyom (wer kein einziges Wort über das Tripartitum schrieb), aufgrund des christlichen Gebots und ethischen Prinzips der Nächstenliebe erschien.

Dieses Ziel des Autors, den christlichen Eckpfeiler eines allgemeinen Erstbegriffs von Widerrechtlichkeit und Haftung aufzufinden, scheint mir mit einer solchen spekulativen Methode nicht erreichbar zu sein. Denn der maßgebende Einfluss des Kirchenrechts und des Christentums vom 11. Jahrhundert an nicht ausschließt, sondern vielmehr unterstützt, dass man ein allgemeiner Widerrechtlichkeitsbegriff mit christlicher-kirchenrechtlicher-römischrechtlicher Grundlage durch die Analyse mittelalterlicher Rechtsquellen Ungarns mit Sicherheit auffinden kann. Eine schnelle Suche ergab mir z.B. das Auftauchen des Prinzips von ‘*alterum non laedere*’ als Teil des Naturrechts (aus Ulp. D. 1,1,10,1 *libro 2 regularum*) in der Präambel der Gesetzesartikel von 1498: ‘Das Gesetz besteht darin, [das Volk unter unserer Gewalt] die drei Gebote der Natur zu lehren, nämlich ehrenhaft zu leben, andere nicht zu verletzen und allen das zu geben, was ihnen zusteht.’ Jedenfalls ist es nicht problematisch, dass der Verfasser das Tripartitum als Ausgangspunkt nimmt, da die Bedeutung des erwähnten Gesetzes aus dem 15. Jahrhundert ist im Vergleich zum Tripartitum sehr gering war.

Es ist auch mit Gewissheit festzustellen, dass im modernen privatrechtlichen Denken Ungarns, d.h. im letzten Drittel des 19. und in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts, die christliche Fundierung des Faches schon eingeleitet wurde¹⁴.

¹⁰ Siehe SÓLYOM, L., *A polgári jogi felelősség hanyatlása* (Fn. 6).

¹¹ Den berühmten Sätzen Lord Atkins nach ‘*The rule that you are to love your neighbour becomes in law, you must not injure your neighbour; and the lawyer’s question, Who is my neighbour?*’

¹² Siehe SÓLYOM, L., *A polgári jogi felelősség hanyatlása* (Fn. 6), S. 141 Anm. 127 (ähnlich: S. 144 Anm. 139). Sólyom falsch übersetzt die berühmten Sätze von Lord Atkin (siehe n. 11) ins Ungarische mit dem Wort für ‘Nachbar’ (‘szomszéd’) und nicht mit dem Wort für ‘Nächste’ (‘felebarát’). Der ungarische Satz ist schwer sowohl ins Englische als auch ins Deutsche wiederzugeben, da ‘Nachbar’ und ‘Nächste’ in der alltäglichen Sprache (jedoch nicht in der theologischen Terminologie) vollen Synonymen sind. Sólyom zitiert die Worte von Lord Atkin auf Ungarisch wie folgt: ‘Das Gebot der *Nächstenliebe* (hier korrekt: ‘*felebaráti szeretet*’) wird zu einem Recht: Du darfst deinem *Nachbarn* keinen Schaden zufügen; und die Frage des Juristen: Wer ist mein *Nachbar*?’ (Kursivschrift von mir). Das Wort ‘szomszéd’ (Nachbar) wird auf Ungarisch nur im Sinne verwendet, wie es im Fall z. B. von ‘Nachbarrecht’ vorkommt.

¹³ Siehe *Donoghue v Stevenson*, 1932 SC (HL) 44: ‘... persons who are so closely and directly affected by my act that I ought reasonably to have them in contemplation as being so affected when I am directing my mind to the acts or omissions which are called in question.’

¹⁴ Übrigens tat weder Sólyom (1977) noch Mádl (1964) so, da sie das Christentum hinsichtlich der westeuropäischen Rechtsgeschichte erwähnten. Dies ist nicht verwunderlich, da eine positive Forschung der christlichen Grundlagen des ungarischen Zivilrechts in den 1960er und 1970er Jahren nicht den von der politischen Ideologie bestimmten Ansprüchen der Verlage entsprach. Vgl. SÓLYOM, L., *A polgári jogi felelősség hanyatlása* (Fn. 6), S. 63-70; MÁDL, F., *A deliktális felelősség* (Fn. 4), S. 324.

3.4. Während der Autor nach dem vom Recht erforderten allgemeinsten Verhaltensstandard sucht, dessen Verletzung zur allgemeinen privatrechtlichen Widerrechtlichkeit führt, trifft er als nächste Stufe der Rechtsgeschichte auf den Begriff der sog. objektiven *bona fides*, wie er in *Jurisprudentia practica* von *Stephanus Huszty*¹⁵ (1745) definiert wurde¹⁶ (S. 20).

Dieser Ansatz ist meines Erachtens in mehrfacher Hinsicht problematisch. Erstens sagt der Autor selbst zu Recht voraus, dass der vertragsrechtliche Grundsatz der *bona fides* nicht mit der im Tripartitum erschienenen *regula aurea* gleichgestellt werden kann, auch wenn die Mehrheitsmeinung im 18-19. Jahrhundert (nicht aber bei Huszty!) den Inhalt des *bona fides*-Gebots mit dem Gehalt des *honeste vivere*-Proverbs identifiziert hat. Vor diesem Hintergrund, zweitens, ist es mir kaum nachvollziehbar, warum sich der Autor an objektiver *bona fides* in Huszty's Werk orientiert, insbesondere, wenn er die *regula aurea* auch angibt: 'Die allgemeinen Gebote des Naturrechts lauten: ehrenhaft leben, den andern nicht verletzen, jedem das Seine zugestehen, oder wende dich vom Bösen ab und tue Gutes: und was du nicht willst, dass dir selbst angetan wird, tue auch keinem andern.'¹⁷ Und drittens, so wie ich im Fall der *regula aurea* vorgeschlagen habe, bis ins 11. Jahrhundert zurückzublicken, da sie mit Sicherheit im Recht Ungarns vor dem Tripartitum entstanden ist, ist auch die Ersterscheinung der objektiven *bona fides* nicht in Huszty's zweifellos wegweisendem Werk zu finden, da ihr deutliches Erscheinen bis ins 12. Jahrhundert (!) zurückverfolgt werden kann: Tatsächlich, zur Zeit des Dritten Konzils von Esztergom (1169/1171) verzichtete König Stephan III. (1162-1172) in einer Vereinbarung mit dem Heiligen Stuhl auf das Recht der Enteignung kirchlichen Eigentums zugunsten von Papst Alexander III. (1159-1181) und lobte die ehrlichen Kirchenmänner, die das Eigentum 'nach *bona fides* und *sine fraude aliqua* um ihre Kirche wiederaufzubauen und zu Gunsten der Armen und Waisen verwendeten'¹⁸.

3.5. Dass die Idee von Gefährdungshaftung erstmals in dem preußischen Gesetz über die Eisenbahn-Unternehmungen von 1838 (*prEG*) auftauchte, ist in der internationalen Literatur seit Jahrzehnten als Evidenz angesehen¹⁹. Der Autor betont (S. 29f), dass die ungarische Rechtswissenschaft im 19. Jahrhundert die Neuerung des Haftungsrechts durch § 8 des Gesetzesartikels XXV von 1836, die also zwei Jahre vor dem *prEG* erlassen wurde, vergessen zu haben scheint, denn die Begründung des fast vier Jahrzehnten später angenommenen Gesetzesartikels XVIII von 1874 (Eisenbahngesetz), anstelle von diesem frühen ungarischen Grundstein der Gefährdungshaftung das *prEG* und weitere westeuropäische Gesetze als Referenz genannt.

Der als Eckpfeiler nehmenden § 8 des Gesetzesartikels XXV von 1836 sagte nämlich aus: 'Schäden, die zufällig oder verschulden verursacht wurden, müssen sofort und in vollem Umfang wiedergutmacht werden. Und diejenigen, die aufgrund ihrer Armut nicht in der Lage sind, den Schaden zu ersetzen, sollten nicht darauf hoffen können, einer Strafe für die Verletzung dieses Gesetzes zu entgehen.' Die Vorschrift von § 25 des *prEG* stellt fest: 'Die Gesellschaft [...] kann sich von d[er] Verpflichtung nur durch den Beweis befreien, daß der Schade entweder durch die eigene Schuld des Beschädigten oder durch einen unabwendbaren äußeren Zufall bewirkt worden ist. Die gefährliche Natur der Unternehmung selbst ist als ein solcher, von dem Schadensersatz befreiender, Zufall nicht zu betrachten.'

Auch wenn diese Vorschrift zur Vergleichung fähig zu sein scheint, sind zwei Faktoren nicht zu vernachlässigen: Zum einen die Tatsache, dass das *prEG* in anderer Hinsicht eine komplexere Regelung der Gefährdungshaftung enthält, und zum anderen die Frage, dass das ungarische Eisenbahngesetz von 1874 ebenso wie das *PrEG* eine Reihe anderer Bestimmungen enthält, bei denen der harmonisierende Charakter ganz offensichtlich ist, während das Gesetz von 1836 diese anderen Fragen des Eisenbahnbetriebs nicht behandelt hat.

Darüber hinaus wäre es nützlich gewesen, darauf hinzuweisen, dass der Autor nicht der erste war, dem den Beweis des chronologischen Vorrangs des Gesetzesartikels XXV von 1836 vor dem *prEG* zugeschrieben werden soll, weil der auch von dem Autor hoch geschätzte ungarische Romanist, *Géza Marton*, ein europäischer Gelehrter des Haftungsrechts, hatte bereits auf diesen Punkt hingewiesen²⁰, ebenso wie die sich auf Marton berufende ungarische Literatur, die dem Werk des Autors auch vorausging²¹.

¹⁵ HUSZTY, ST., *Jurisprudentia practica seu commentarius novus in jus Hungaricum compositus*. Buda, 1745.

¹⁶ Dabei stützt sich Landi auf FÖLDI, A., *A jóhiszeműség és tisztesség elve. Intézménytörténeti vázlat a római jogtól napjainkig* (Der Grundsatz von bona fides. Institutionsgeschichtlicher Überblick vom römischen Recht bis zur Gegenwart). Budapest, 2001, S. 75f und *passim*.

¹⁷ Siehe Lib. I Tit. 2 § 4: '*Generalia juris naturae praecepta sunt: honeste vivere, alterum non laedere, jus suum cuique tribuere; sive declina a malo et fac bonum: et quae tibi non vis fieri, alteri ne feceris.*' Siehe HUSZTY, ST., *Jurisprudentia practica* (Fn. 15), S. 23.

¹⁸ '*honest[i] cleric[i], qui vitae ac, morum honestate sint comprobati, [...]; qui reliqua omnia bona fide, et sine fraude aliqua ad reaedificationem ipsarum Ecclesiarum, [...] ad usus quoque pauperum, et orphanorum debent observare.*' (Kursivschrift von mir.) Den Text fand ich bei Sz. SZURÓMI, A., *Az első három Esztergomi Zsinat és a magyarországi egyházfegyelem a XII. században* (Die ersten drei Synoden von Esztergom und die Kirchendisziplin in Ungarn im 12. Jahrhundert). In: *Magyar Könyvszemle* (Ungarische Bücherschau) 115/4.1999, S. 377 -409, S. 406 Anm. 175.

¹⁹ Der Autor wies in seinem Buch nicht darauf hin, aber siehe dazu OGOREK, R., *Untersuchungen zur Entwicklung der Gefährdungshaftung im 19. Jahrhundert*, Köln / Wien 1975; BENÖHR, H. P., *Zur außervertraglichen Haftung im gemeinen Recht*. In: MEDICUS, D. -SEILER, H. H. (Hgg.), *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag*. München, 1976, S. 689 -713; BAUMS, TH., *Die Einführung der Gefährdungshaftung durch F. C. von Savigny*. In: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung* 104, 1987, S. 277 -282. Jüngstens siehe FLUME, J. W., *Strict Liability in Austrian and German Law, On the concept of strict liability in the age of technological advancement*. In: *Journal of European Tort Law* 12/3, 2021, S. 205 -220, 208f.

²⁰ Siehe MARTON, G., *A polgári jogi felelősség* (Fn. 2), S. 73 Anm. 213.

²¹ Siehe SÁNDOR, I. -TÖRÖK, G., *Az atomkárért való polgári jogi felelősség szabályozásának sajátosságai* (Besonderheiten zivilrechtlicher Haftung für Atomschäden). In: *Jogtudományi Közlöny* (Rechtswissenschaftliche Gazette) 52/10.1997, S. 417 -423, S. 418 Anm. 4.

4. Meine kritischen Anmerkungen, die, wie erwähnt, im Wesentlichen nur im Zusammenhang mit den älteren rechtshistorischen Aspekten gemacht wurden, sind als Ergänzung zur ansonsten hervorragenden institutionengeschichtlichen Abhandlung zu verstehen.

In Ungarn wären viele ähnlich anregende und inspirierende Werke nötig, damit der außerordentliche Reichtum der ungarischen Privatrechtsgeschichte, der selbst die einheimische Forschung oft überrascht, sowohl in der ungarischen als auch in der internationalen Literatur der geschichtlichen Privatrechtswissenschaft angemessen kanalisiert wird.

*József Benke**

* József Benke, DSc (Doktor der Ungarischen Akademie der Wissenschaften), Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Staats- und Rechtswissenschaftliche Fakultät, Universität zu Pécs; Hilfsrichter beim Oberberufungsgericht zu Pécs, Ungarn, E-Mail: benke.jozsef@ajk.pte.hu / ORCID 0000-0003-4085-8821.

Reiner Möckelmann

Transit Istanbul – Palästina. Juden auf der Flucht aus Südosteuropa

Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 2023, 368 S., ISBN 978-3-8062-4560-8

Über das Schicksal der Juden im Zweiten Weltkrieg gibt es unzählige Bücher. Viele davon widmen sich den Grausamkeiten dieser Zeit, haben jedoch substanziell wenig Neues zu berichten. Anders, dieses Buch von Reiner Möckelmann. Seine sorgfältig recherchierte und stets mit häufig zuvor nicht beachteten Quellen belegte Studie über die Schaltstelle und Drehscheibe Istanbul bei der Flucht von tausenden von Juden aus Südosteuropa nach Palästina räumt mit zahlreichen Mythen auf und lässt die Rolle derjenigen, die sich bislang gern als Retter dieser Juden hervortaten, in neuem Licht erscheinen.

Aufgrund ihrer geografischen Lage am östlichen Mittelmeer, zwischen den Heimat- und Exilländern der europäischen Juden, war die Türkei mit ihrer die beiden Kontinente Europa und Asien verbindenden Metropole Istanbul geradezu prädestiniert als Transitland für die Flucht dieser Juden nach Palästina. So wurde Istanbul zum naheliegenden Drehkreuz der Hilfs- und Rettungsaktionen für verfolgte Juden aus Europa – sowohl für Transporte auf dem Land- als auch auf dem Seeweg. Diese Rolle konnte die Stadt am Bosphorus jedoch nur so lange ausfüllen, wie sich die im Zweiten Weltkrieg neutrale Türkei einem Anschluss an die Achsenmächte bzw. einer Besetzung durch die deutsche Wehrmacht entziehen konnte. Sobald sich die Türkei einer der Kriegsparteien angeschlossen hätte, wäre ihre Vermittlerposition obsolet gewesen.

Obwohl sich die Türkei ihrer jüdischen Bevölkerung gegenüber beispielsweise in Form von Umsiedlungsmaßnahmen sowie einer in den Jahren 1942-1944 eingezogenen existenzgefährdenden Vermögenssteuer unbarmherzig gezeigt hatte, war die türkische Regierung auf britisch-amerikanische Initiative hin bereit, Juden den Transit durch ihr Staatsgebiet zu gewähren. Dabei stand laut von Möckelmann hinzugezogenen Quellen jedoch nicht der humanitäre Aspekt im Vordergrund. Die türkische Regierung wollte die ankommenden Juden so schnell wie möglich wieder loswerden und stellte demnach nur in begrenzter Zahl Transitvisa aus, wenn – durch britische Palästina-Zertifikate garantiert – die Weiterreise nach Palästina gesichert war. Die britische Regierung war damit jedoch sehr restriktiv, weil sie als Mandatsmacht Palästinas zur Verhinderung möglicher arabischer Aufstände die jüdische Einwanderung erheblich einschränken wollte. Laut britischem Weißbuch von 1939 sollten innerhalb von fünf Jahren insgesamt nur jährlich 10.000 Juden Palästina-Zertifikate zur Einreise erhalten, zuzüglich weiterer 25.000 Zertifikate als „Beitrag zur Lösung des jüdischen Flüchtlingsproblems“.

Nicht nur anhand offizieller Quellen, sondern auch mittels zahlreicher Berichte betroffener Zeitzeugen stellt Möckelmann die Situation der auf der Flucht vor den Nazis befindlichen europäischen Juden als Spielball nationaler Interessen eindrücklich dar. So schildert er beispielsweise das Schicksal der sog. Struma-Flüchtlinge, einer Gruppe von knapp 800 jüdischen Flüchtlingen aus Rumänien, deren überbesetztes Schiff *Struma* vor Istanbul wochenlang vor Anker gehen musste, weil weder die Türkei, Großbritannien noch Rumänien die Flüchtlinge weiterreisen lassen bzw. zurücknehmen wollten. Nachdem das Schiff schließlich außerhalb türkischer Hoheitsgewässer geschleppt worden war, wurde es von einem sowjetischen Torpedo versenkt. Alle Insassen starben – bis auf einen. Ein weiteres beeindruckendes Einzelschicksal ist das des 14-jährigen jüdischen Jungen Karl Pfeifer aus Budapest, der als Auserwählter unter falschem Namen eines der wenigen Palästina-Zertifikate für einen über Istanbul abgewickelten Transport jüdischer Kinder und Jugendlicher nach Palästina ergatterte.

Während sich der deutsche Botschafter in Ankara, Franz von Papen, nach dem Krieg mit der Rettung tausender Juden über die Schaltstelle Istanbul brüstete, entlarvt Möckelmanns Recherche – anders als im Falle von Angelo Roncalli, dem späteren Papst Johannes XIII. – dessen nicht vorhandenen Beitrag anhand seines akribischen Quellenstudiums. Stattdessen stellt seine Untersuchung über das Aktionszentrum Istanbul die wahren Helden dieser Schaltstelle für Rettungsaktionen zugunsten europäischer Juden heraus: z. B. das Rettungskomitee der *Jewish Agency* in Istanbul mit seinem umtriebigen Leiter Chaim Barlas, oder den türkischen Textilkaufmann Simon Brod, der sich im Hilfskomitee der jüdischen Gemeinde Istanbul unermüdlich als äußerst kreativer Fluchthelfer hervortat. Es sei zuvorderst diesen bislang eher unbekanntenen Personen zu verdanken, dass sich zwischen Sommer

1940 und Ende 1944 nachweislich insgesamt etwa 13.000 Juden über Istanbul nach Palästina in Sicherheit bringen konnten. Mit mehr Engagement der Türkei, Großbritanniens sowie der Heimatländer der jüdischen Flüchtlinge hätten nach Darstellung Mökkelmanns jedoch noch viel mehr Juden über das Transitdrehkreuz Istanbul vor der Todesmaschinerie Nazi-Deutschlands gerettet werden können.

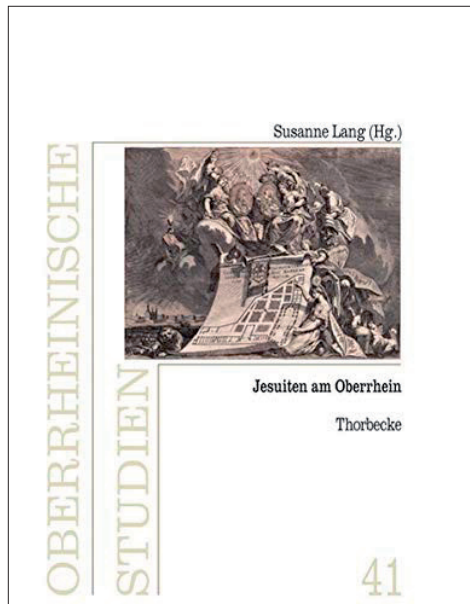
Arndt Künnecke *

* Prof. Dr. Dr. Arndt Künnecke, Istanbul, E-Mail: Arndt.Kuennecke@hsbund.de / ORCID 0000-0002-4929-1086.

Susanne Lang (Hg.) Jesuiten am Oberrhein

Oberrheinische Studien, hg. von der Arbeitsgemeinschaft für geschichtliche Landeskunde am Oberrhein e.V., Band 41, Jan Thorbecke Verlag.
Verlagsgruppe Patmos in der Schwabenverlag AG, Ostfildern, 2020, 304 S., ISBN 978-3799578417

Der Speyerer Bischof Marquardt von Hartstein wollte der Überlieferung gemäß im Jahre 1573 „das der deufel die jesubiter alle hinführe“, obschon es noch 1566 von Seiten des Domkapitels Speyer noch geheißten hatte, die Domkanzel möge von „dapffern gelerten leuthen ex Societate Jhesu alwegen bestendiglich (*sic!*) versehen werden“¹.



„Geschützt und gehasst“ oder „von der Parteien Gunst und Hass“ wird griffig das spannungsgeladene Verhältnis zu den Jesuiten beschrieben, um das Auf und Ab ihrer Ordensgeschichte zu beschreiben. So widmet sich der vorliegende Sammelband, der sich auf wichtige Niederlassungen und herausragende Persönlichkeiten der Jesuiten am Oberrhein konzentriert, einer Gegend, die konfessionsgeschichtlich in ihrer Kleinräumigkeit besonders für eine solche Forschung geeignet ist. Nur so gelingen belastbare Ergebnisse, die wiederum fruchtbar gemacht werden können zu Vergleichszwecken bezüglich eines Ordens, der bis heute weltweite Verbreitung und Vernetzung gefunden hat.

In ihrer „Spurensuche zur Einführung“ geht die Herausgeberin Susanne Lang konzipiert auf das klassische Schrifttum und die Forschungsgegenstände ein. Beginnend mit René Fülöp-Miller und seinem an Auflagen trächtigen „Macht und Geheimnis der Jesuiten. Eine Kultur- und Geistesgeschichte“² oder dem reißerischen Barthel „Die Jesuiten, Giftmischer oder Heilige?“ (1982/1991) sind obendrein zu erwähnen: O'Malley, „The Historiography of the Society of Jesus : Where Does It Stand Today?“³ oder Hufton „Every Tub on Its Own Bottom: Funding a Jesuit College in Early Modern Europe“⁴.

Darüber hinaus widmen sich die Studien von Julius Oswald und Claude Muller einmal der Deutschen Assistenz des Jesuitenordens, in Sonderheit ihrer Organisation und geographischen Gliederung zwischen 1558 und 1773, sowie

ferner dem Elsass, das als „das Land der Jesuiten“ charakterisiert wird. Hans Heid schließt in seinem Aufsatz die Markgrafschaft Baden an, ehe sich Hermann Wiegand der Mannheimer und Louis Schlaefli der Molsheimer Jesuitenkirche zuwenden. Die Mainzer Jesuiten untersucht Ute Egel nach Kirchen, Bildprogramm und Förderern.

Wesentlichen Anteil am Gesamtwerk gewinnen die Abhandlungen zum Bildungsauftrag und (hoch-)schulischen Lehramt der Jesuiten. Thematisch einschlägige Werke sind zur allgemeinen Ordensgeschichte sicherlich schon geschrieben, so Funiok/Schöndorf, Ignatius von Loyola und die Pädagogik der Jesuiten, Frankfurt a.M. 2017 oder lange zuvor Hengst, Jesuiten an Universitäten und Jesuitenuniversitäten. Zur Geschichte der Universitäten in der Oberdeutschen und Rheinischen Provinz der Gesellschaft Jesu im Zeitalter der konfessionellen Auseinandersetzung, Paderborn 1981.

Erkenntnisgewinn zur damaligen Hochschulpolitik der Jesuiten bringen für den Oberrhein die „Thesenblätter am Oberrhein – Werbegravur für jesuitische Lehranstalten“ (Sibylle Appuhn-Radtke), die bereits erwähnte Studie von Daniela Blum zum Speyerer Jesuitenkollegium sowie diejenige von Patrick Schiele zur fürstbischöflichen Universität Straßburg bei Schwerpunktsetzung auf das Profil der Universitätsbesucher im 18. Jahrhundert sowie des Lehrkörpers bis zur Ausweisung der Jesuiten im Jahre 1765.

¹ Vgl. dazu die wichtige Erörterung von Daniela Blum zur Gründung des Speyerer Jesuitenkollegiums, S. 85-101.

² Dazu kritisch: M. Sass, Die Fiktion des Faktischen. Geschichte als Literatur, exemplarisch dargestellt am Werk des rumäniendeutschen Autors René Fülöp-Miller „Der heilige Teufel“, in: Germanistische Beiträge 35/2014, 42-63.

³ In: O'Malley/Bailey/Harris/Kennedy (Hg.), The Jesuits, 2015, S. 3-37.

⁴ In: O'Malley/Bailey/Harris/Kennedy (Hg.), The Jesuits II, 2016, S. 5-23.

Unsere Buchbesprechung darf nicht schließen, ohne das Verdienst von Hans-Ulrich Kolb zu erwähnen: Kolb wandelt auf den Spuren des ehemaligen Jesuitenkollegs der Residenz- und Universitätsstadt Heidelberg im Kontext der zeitgenössischen Bibliothekstheorie, den er hierzu für das Zeitfenster 1580-1730 öffnet. Wertvoll ist der vorliegende Band zudem dank der von Kolb verantworteten Auswahlbibliographie über neuere Arbeiten zur Geschichte der Jesuitenkollegien und ihrer Bibliotheken in Europa. Auf diese Weise tritt das Gesamtwerk über die Jesuiten am Oberrhein in die internationale Vision und globale Bedeutung des Ordens.

Ein solch fulminanter Sammelband, dessen praktische Verwendung durch ein sorgfältig erstelltes Orts- und Personenregister am Ende gewährleistet ist, wäre unmöglich in der Herstellung und im Marktpreisangebot von 34 €, wenn nicht namhafte Sponsoren dahintergestanden hätten: Neben dem Ministerium für Wissenschaft, Forschung und Kunst Baden-Württemberg unterstützten den Buchdruck sowohl der Mannheimer Altertumsverein als auch der Verein *Jesuitica* e.V. (Verein zur Erforschung der Geschichte des Jesuitenordens⁵).

Thomas Gergen*

⁵ <https://www.jesuiten.org/wir-jesuiten/aus-den-archiven/jesuitica-ev/schriftenreihe-jesuitica> [28. 10. 2023].

* Prof. Dr. iur. Dr. phil. Thomas Gergen, Maître en droit, Institut Supérieur de l'Économie, ISEC Université Luxembourg, E-Mail: thomas.gergen@isec.lu / ORCID 0000-0002-0546-204X.

Dieter Miosge

Leipziger Reichsrichter jüdischer Herkunft

Schriftenreihe des Rechtshistorischen Museums Karlsruhe, Heft 41, herausgegeben von Detlev Fischer und Marcus Obert, Karlsruhe, 2023, 157 S., ISBN 978-3-922596-34-9

In den 40 Heften, die das Rechtshistorische Museum bislang in seiner Schriftenreihe herausgegeben hat und die überblicksartig besprochen sind in JEHL 14/2023, Nr. 1, S. 220-222, finden sich bereits zwei Beiträge zur Geschichte der höchstrichterlichen Judikatur in Deutschland.

Zunächst in Heft 7 (1990) die Studie von Gerd Pfeiffer über Karlsruhe auf dem Weg zur Residenz des Rechts; ferner Hans Hugo Kleins Vor- und Entstehungsgeschichte des Bundesverfassungsgerichts in Heft 34 aus dem Jahre 2018. Dieter Miosge ergänzt mit seinem neuen Buch zum Reichsgericht diese Geschichtsschreibung der Schriftenreihe, wobei er sich in erster Linie auf die Reichsrichter jüdischer Herkunft konzentriert, die in Leipzig höchstrichterlich tätig waren oder es wegen ihrer Konfession nicht dorthin schafften.

Geboren 1934 in Haldensleben bei Magdeburg wechselte Dieter Miosge mehrfach kriegsbedingt zwischen seinem Geburtsort, Schlesien und Göttingen. 1945 floh er aus Schlesien, sodann aus Haldensleben, seit Herbst 1946 in Göttingen ansässig, wo er Rechtswissenschaft studierte und im Bezirk des Oberlandesgerichts Celle seinen Vorbereitungsdienst ableistete. 1964 trat er in den Justizdienst im Bezirk des Oberlandesgerichts Braunschweig ein, wurde 1967 Amtsgerichtsrat als Strafrichter in Braunschweig. 1975 erfolgte die Ernennung zum Richter am Oberlandesgericht in Braunschweig, zunächst im Zivilsenat, ab 1982 im Strafsenat. Ab November 1990 fungierte Miosge als Vorsitzender des Besonderen Senats für Strafsachen (nach dem Einigungsvertrag) des Landes Sachsen-Anhalt beim Bezirksgericht Magdeburg. Nach Wiedereröffnung des OLG Naumburg im Herbst 1992 saß er einem Zivilsenat für Wirtschaftssachen sowie dem Landwirtschaftssenat vor. Ab 1996 arbeitete Miosge zusätzlich auf eigenen Wunsch als Vorsitzender des Strafsenats (ohne Bußgeldsachen). Nach der Pensionierung zum Jahresende 1998 und der Rückkehr nach Braunschweig im Herbst 2001 setzte er seine Arbeiten zum Schicksal jüdischer Richter und Anwälte in Braunschweig fort.

Dieter Miosge hat sich wiederholt mit dem Verfolgungsschicksal deutscher Juristen jüdischer Herkunft unter dem Terror der NS-Diktatur befasst und zahlreiche beachtliche Beiträge publiziert. Die Monographie zu den Leipziger Reichsrichtern jüdischer Herkunft gliedert sich in einen Hauptteil sowie einen Anhang (Seiten 123 bis 146), der über Moses Mendelssohn und die Folgen für jüdische Juristen in Deutschland handelt und sich somit hauptsächlich dem 18. und 19. Jahrhundert widmet. Moses Mendelssohn gilt als der Vater der Emanzipation der Juden in Preußen und Deutschland und stand als Vorbild für Lessings Nathan der Weise.

Der Hauptteil räumt in seiner beachtlichen Einleitung mit Vorurteilen und Missverständnissen auf. So führt Miosge seiner Leserschaft einen Fehler vor Augen, den ein Kanzleibeamter in der Personalabteilung des Reichsgerichts bei den Personalakten beging, und zwar nach den nach 1933 von den Nazis angeordneten Großaktionen des sogenannten Ariernachweises. Denn es kam dort zur irrigen Bezeichnung „frei mosaich“ oder „frei israelisch“, welche als Angabe zur Konfession „barer Unsinn“ war, weil es „früher“ heißen müsste statt „frei“. Auch mit der Notengebung bei den Staatsexamina mit „ausreichend“ bringt Miosge die Fakten, zählte doch in Preußen die Note „ausreichend“ sogar noch zu einer Prädikatsnote (Seiten 9-11). Miosges Darstellung hat einzig und allein den Zweck, derer zu gedenken, von denen die meisten plötzlich von einem Verbrechenregime beruflich hinausgeworfen, des Landes vertrieben wurden oder in der Haft verstarben. Dabei vergisst er nicht die Gruppe von Reichsrichtern und Reichsanwälten, die willkürlich von der sowjetischen Besatzungsmacht in Leipzig ergriffen und in Mühlberg an der Elbe und danach in Buchenwald

interniert wurden und die mit Ausnahme weniger Überlebender verhungert sind oder an Erschöpfung starben. Hierzu weist er zu recht auf die von Bettina Limperg, Michael Kißener und Andras Roth herausgegebene Schrift „Entsorgung der Vergangenheit? Die Gedenktafel zur Erinnerung an 34 Reichsgerichtsräte und Reichsanwälte im Bundesgerichtshof“ aus dem Jahr 2023 hin.

Der berufliche Zugang jüdischer Richter zum Reichsgericht (S. 12-26) folgt danach, ehe in den anschließenden Kapiteln sorgfältig die Viten betroffener Reichsrichter nachgezeichnet werden; namentlich sind dies Richard Michaelis, Alfons David, Georg Schaps, Hugo Salinger, Richard Metz, Alexander Baumgarten, Viktor Hoeniger, Maximilian Schwalb, Paul Königsberger, Ernst Julius Sontag, Curt Citron, Waldemar Koehne sowie Daniel Cohn.

Prominente Reichsgerichtsangehörige werden selbstverständlich von Miosge behandelt (Seiten 13-19): Eduard von Simson (1810-1899) mit 13 Jahren evangelisch getauft, mit 26 Jahren bereits Ordinarius für Römisches Recht in Königsberg, Präsident des Appellationsgerichts in Frankfurt/Oder, Präsident der Deutschen Nationalversammlung und des Norddeutschen Reichstages sowie schließlich Präsident des Reichsgerichts von dessen Gründung 1879 an bis 1891. Sodann ist zu erwähnen der Braunschweiger Richard Mansfeld (1865-1943), schon mehrfach von Miosge in früheren Beiträgen erforscht, welcher bereits mit 41 Jahren Reichsgerichtsrat als einer der drei jüngsten Ernannten aller anderen Reichsrichter war, 1922 dort sogar Senatspräsident. Weitere wie Jacob Friedrich Behrend oder Levin Goldschmidt, Hans von Dohnanyi werden ebenfalls porträtiert.

Jede einzelne Persönlichkeit könnte an dieser Stelle aufscheinen. Nehmen wir zum Schluss Daniel Cohn heraus (Seiten 115-120), der 1881 in Tuchel/Westpreußen geboren wurde und 1965 in Chicago verstarb. Seine Beförderungsberichte und Personalgutachten zeichnen ihn als tadellos aus, wie etwa die Beurteilung des Landgerichtspräsidenten in Halle vom 20. Mai 1921 (Seite 115): „Persönlich habe ich Cohn als gründlichen und zuverlässigen Arbeiter kennengelernt. Er ist ein kluger und tüchtiger Richter. Er besitzt ein umfassendes Wissen und einen gewandten klaren Vortrag und ist großen Anforderungen an seine Arbeitskraft gewachsen. Sein ruhiges und bescheidenes Wesen empfiehlt ihn besonders zur Mitarbeit im Richterkollegium eines Oberlandesgerichts. Er ist besonders interessiert an der Referendarausbildung.“ Einige Jahre später hieß es im Beförderungsbericht des Präsidenten des 14. Zivilsenats des Kammergerichts Berlin von 1930: „Herr Kammergerichtsrat Cohn, das bedeutendste Mitglied des Senats, hat sich nach seinen Fähigkeiten und Leistungen weiter hervorragend bewährt. Eine große Zahl besonders schwieriger Sachen hat er trefflich bearbeitet. Soweit die von ihm gefertigten Urteile der Nachprüfung des Reichsgerichts unterlegen haben, sind sie fast durchweg gebilligt worden... Er genießt das Vertrauen seiner Mitarbeiter... Er dürfte sich namentlich zum Reichsgerichtsrat gut eignen.“ (Seite 116)

*Thomas Gergen**

* Prof. Dr. iur. Dr. phil. Thomas Gergen, Maître en droit, Institut Supérieur de l'Économie, ISEC Université Luxembourg, E-Mail: thomas.gergen@isec.lu / ORCID 0000-0002-0546-204X.

Rainer Walther

Gesetzliche und vertragliche Eskalationsmodelle im privatrechtlichen Bauwesen (Bauvertrag)

Diss., DBA – Wirtschaftsrecht, Luxembourg 2023, 275 S.

Methodisch liefert der Verfasser einen Beitrag (ausstehend zur Veröffentlichung in der EIKV-Schriftenreihe) zu einem bislang wenig entwickelten Diskussionsstand und einem zukünftig erhöhten Problembewusstsein über Bauverträge und genauer: die *Eskalationsmodelle im privatrechtlichen Bauwesen*, was der Haupttitel inklusive Hauptforschungsfrage ausmacht, ohne es zu unterlassen, anhand von Fallbeispielen aus dem beruflichen Umfeld des Autors die umfangreichen gesetzlich wie vertraglich bedingten Eskalationsmodelle im nationalen wie internationalen Kontext herauszuarbeiten.

(1) Die Hauptforschungsfrage bedingt weitere Einzelfragen nach denjenigen Wegen und somit (De-)Eskalationsmodellen, die durch Gesetz bereitgestellt werden und eine umfassende Kanalisierung, Entscheidung und Erlangung eines Vollstreckungstitels durch Gerichte bieten.

Unter diesen figuriert gleichermaßen das streitige Zivilverfahren unter Nutzung der Gerichtsstandsvereinbarung, flankiert durch Nebenintervention bzw. Streitverkündung als vorzugswürdiges Instrument sowie eine vertragliche Regelung zum Erfüllungsort (auch für den Fall der Nachbesserung). Es bietet nämlich den großen Vorteil, die Dinge umfassend und mit der größten Zahl an die gerichtliche Entscheidung gebundener Parteien unter einem Dach zu klären und dies vor einem möglichst kompetenten, technikaffinen Gericht. Genau diese Lücke soll vorliegende Studie schließen, die methodisch gesehen richtigerweise gutachterlich vorgeht.

(2) Das Gesetz stellt einige Möglichkeiten bereit, Streitiges in gerichtliche Bahnen zu lenken. Dabei haben die Parteien in Abhängigkeit von ihren jeweiligen Interessenlagen die Chance, diese Wege mitunter schon durch vertragliche Ausgestaltung oder in der späteren Vorbereitung des Streitfalls zu beeinflussen, ausgehend in der Regel von den Fragestellungen, die Rechtsanwalt Walther zurecht folgendermaßen erfasst:

- Welche Vollstreckungsmöglichkeiten und -chancen hätte man mit einem gewonnenen Titel?
- Welcher Gerichtsstand erscheint dafür vorzugswürdig?

- Wie technik-affin sind Erstinstanz bzw. Zweitinstanz?
- Hat die zugehörige Zweitinstanz eine ausgewiesenes baurechtliches Profil, das auf die Untergerichte abstrahlt?
- Hat die mögliche Erstinstanz eine bekannte baurechtliche Kompetenz und ist diese eher (sofern die Erstinstanz ein Landgericht ist) bei einer allgemeinen Kammer oder der Kammer für Handelssachen angesiedelt?
- Ist das Gericht einer Partei „geneigt“?
- Sind alle in Betracht kommenden Gerichte im selben Staat angesiedelt, dessen materielles Recht auf den potentiellen Streitfall anwendbar ist (Einheitliches Forum)?
- Kann man den Gerichtsstand durch Wahl § 38 ZPO oder Wahl des Erfüllungsorts für sich positiv beeinflussen?
- Soll man eine umfassende Klärung anstreben oder genügt es in Einschätzung der Streitgegner, sich auf die schnelle, vorläufige Klärung, die Klärung der reinen Tatsachen und Fakten zu fokussieren?

Abhängig von den jeweiligen Interessen der Vertragsparteien werden in der Praxis vor allem die Hebel der Gerichtsstandsvereinbarung und die Wahl der Verfahrensart angesetzt, um eine für sich möglichst günstig gewählte Ausgangslage zu erzeugen. Bei den Fragen hätte sicher noch das „man“ nuanciert werden können, um noch mehr darüber zu erfahren, für wen genau die Maßnahmen wirken. Folgende (De-)Eskalationsmodelle gelten als führend: Durch Festlegung im Bauvertrag: die Wahl eines Gerichtsstands und/oder Erfüllungsorts. Und im späteren Streitfall: zivilrechtliche Klage oder selbständiges Beweisverfahren vor dem vereinbarten oder sich über den Erfüllungsort ergebenden Gericht, jeweils flankiert durch Streitverkündung bzw. Nebenintervention.

(3) Verf. zeigt deutlich auf, dass gerade das Eskalationsfeld sehr stark von Versuchen der Modifikation bestimmt wird. Wie schon oben festgestellt, gibt es nicht die eine, beste Lösung, sondern viele Ansätze. Dazu „eine Art Checkliste“, die bei einer Verhandlung angewendet werden kann:

- Ist die geschuldete Leistung klar und abgrenzbar definiert? Sind die Mitwirkungshandlungen klar und abgrenzbar definiert? Sind sie klar und eindeutig terminiert? Welche zeitlichen Puffer bestehen? Wem stehen die Pufferzeiten zu, wenn sie nicht gebraucht werden?
- Werden einer Partei Risiken aufgebürdet, die in ihrer Entstehung sowie ihrer Entwicklung gänzlich außerhalb seines Bereiches liegen und die sie nicht steuern kann? Ein gutes Indiz dafür ist, wenn vertragliche Pflichten aus einem Zustand, aber nicht aus Verursachung und Vertreten-müssen abgeleitet werden, denn ein Zustand (wie bspw. Terminüberschreitung) kann auch ohne Verursachung oder Vertreten-müssen bestehen.
- Kann eine Partei ihr Risiko und Art und Umfang ihrer Risiko- und Gefahrtragung bei der Angebotsabgabe abschätzen und kalkulieren?
- Erlaubt eine Regelung einer Partei eine einseitige Vertragsänderung ohne eine (teilweise) Änderung der Gegenleistung, die der anderen Partei zusteht? Welche Voraussetzungen sieht der Vertrag vor? Wie klar sind diese beschrieben?
- Führt eine Regelung zu einer Haftungsfreizeichnung von Folgen eigenen Vertretenmüssens, Fahrlässigkeit, grober Fahrlässigkeit oder eigenen Vorsatzes bei der Ausschreibung oder Ausführung?
- Bleiben die Hauptleistungspflichten und die sich daraus ableitenden Ansprüche unangetastet?
- Findet sich in den Regelungen ein Korrektiv der Zumutbarkeit bzw. des billigen Ermessens?
- Bewirkt eine Regelung ein Recht einer Partei, nach Vertragsschluss in den Bauablauf ändernd einzugreifen? Was ist die Kompensation dafür in Zeit und in Geld?
- Bewirkt eine Regelung die Möglichkeit, sich selbst oder einen Dritten anstelle der an sich verpflichteten Partei für die Ausführung der Pflicht einzusetzen? Was sind die Folgen für das zeitliche, wirtschaftliche und technische Risiko bzw. die Gefahrtragung und Haftung?
- Kann ein zeitliches Eingriffsrecht zur einer Pflicht zur Beschleunigung führen? Gilt dies auch in den Fällen, in denen der zur Beschleunigung verpflichtete für die Ursache nicht verantwortlich ist? Welche Kompensation in Zeit und Geld ist dafür vorgesehen?
- Ändert sich durch eine Regelung die gesetzliche Beweislast? Findet eine Beweislastumkehr statt? Ist gar für eine Verantwortung, Haftung oder vertragliche Pflicht gar kein Nachweis der Verursachung durch den verantwortlich oder haftbar gemachten Pflichtigen erforderlich?
- Welche Form- und Fristenfordernisse werden gestellt? Welche Wirkung tritt bei Nichterfüllung dieser Erfordernisse ein (bspw. Anspruchsverlust, Schadenersatz)? Unterscheiden Regelungen zwischen Form- und Fristenfordernissen bei eigenen Ansprüchen gegen den Vertragspartner einerseits („Angriffserfordernisse“) und solchen bei Ansprüchen der anderen Partei gegen die mit den Erfordernissen belegte Partei („Abwehreffordernisse“)? Welchen Einfluss hat Offenkundigkeit auf solche Erfordernisse?
- Sind die inhaltlichen Anforderungen einer Regelung klar und abgrenzbar formuliert und verlangen sie nichts Unzumutbares, Unmögliches oder außerhalb der Einwirkungsmöglichkeiten der verpflichteten Partei?
- Wie formal sind die zeitlichen Verfahren gestaltet, wie engmaschig sind sie? Wie wirken sie auf die Dispositionshoheit?
- Welche zeitlichen Verläufe zwischen entstehen einer Ursache, die Anlass zur Modifikation gibt und deren verbindlicher Klärung? Sind für alle Schritte dieser Verläufe Fristen und Formen vorgesehen? Von wem und von welchen Kriterien hängt diese

Klärung ab? Soweit Fristen fehlen, sollte man diese ergänzen, soweit starre Fristen vorgesehen sind, sollten diese weder zu lang sein, um eine alsbaldige Klärung zu ermöglichen, noch zu kurz, um nicht an Grenzen der Realisierbarkeit des unter Frist Verlangten zu stoßen.

Beim Eskalationsfeld Leistung-Modifikation-Kompensation existiert eben so wenig ein Königsweg. Man wird in der Herstellung des Vertragsäquivalents sicherstellen müssen, dass die Parteien bei Leistungsmodifikationen regelmäßig miteinander auf der Grundlage eines klar definierten Bausolls der Leistungsmodifikation und einer klaren Vorstellung über die wirtschaftlichen und zeitlichen Folgen zunächst miteinander reden, bevor eine Seite im Fall des Scheiterns eine Anordnung treffen kann, die dann die vertraglich geregelte automatische Folge einer angemessenen Bauzeit- und Vergütungsanpassung bewirkt, begrenzt durch eine Abwägung der beiderseitigen Interessen und der Zumutbarkeit für jede Partei.

Das Äquivalent zwischen Leistung und Gegenleistung muss auch für die Leistungsmodifikation gewahrt bleiben und durch Kompensation hergestellt werden. Es sollte zu keiner Blockadesituation im Projekt kommen. Umgekehrt ist es aus Unternehmer-sicht problematisch, wenn aus dem Zwang der einseitigen Festlegung für ihn die unausweichliche Pflicht zur Ausführung erfolgt und damit einhergehend, das Abwicklungs-, Zeit- und Kostenrisiko.

Je stärker der Grad der Verpflichtung zur Ausführung ist, desto stärker sollte auch der Grad der Verpflichtung zur Bezahlung und zur vertraglichen Vorgabe einer Berechnung (bspw. entsprechend § 650c BGB) sein. Ein Zwang zur Ausführung sollte nach gut begründeter Meinung des Verfassers auch den Zwang zur Bezahlung nach einem im Vertrag bereits klar festgelegten Preis (bspw. nach den Preisen der für die nicht-modifizierte Leistung, nach den Selbstkosten plus vereinbarten Zuschlag) zur Folge haben. Dies alles, so plausibel der Verfasser, ist stets zu begrenzen durch eine Abwägung der beiderseitigen Interessen und der Zumutbarkeit für jede Partei.

(4) Schauen wir noch auf das Eskalationsfeld Zeit-Verzug-Kompensation, wo es sich empfiehlt, sich eng an das gesetzliche Äquivalent zu halten und sowohl hinsichtlich der Voraussetzungen als auch der Beweislastverteilung nichts zu ändern.

Prüfen sollte man in der Verhandlung immer folgende Punkte, die an das vorhin vorgetragene Eskalationsfeld erinnern und deutlich Schnittmengen beinhalten:

- Ist die geschuldete Leistung klar und abgrenzbar definiert? Sind die Mitwirkungshandlungen klar und abgrenzbar definiert? Sind sie klar und eindeutig terminiert? Welche zeitlichen Puffer bestehen? Wem stehen die Pufferzeiten zu, wenn sie nicht gebraucht werden?
- Werden einer Partei Risiken aufgebürdet, die in ihrer Entstehung sowie ihrer Entwicklung gänzlich außerhalb seines Bereiches liegen und die sie nicht steuern kann? Ein gutes Indiz dafür ist, wenn vertragliche Pflichten aus einem Zustand, aber nicht aus Verursachung und Vertreten-müssen abgeleitet werden, denn ein Zustand (wie bspw. Terminüberschreitung) kann auch ohne Verursachung oder Vertreten-müssen bestehen.
- Kann eine Partei ihr Risiko und Art und Umfang ihrer Risiko- und Gefahrtragung bei der Angebotsabgabe abschätzen und kalkulieren?
- Erlaubt eine Regelung einer Partei eine einseitige Vertragsänderungen ohne eine (teilweise) Änderung der Leistung, die der anderen Partei zusteht? Welche Voraussetzungen sieht der Vertrag vor? Wie klar sind diese beschrieben?
- Wie führt eine Regelung zu einer Haftungsfreizeichnung von Folgen eigenen Vertreten-müssens, Fahrlässigkeit, grober Fahrlässigkeit oder eigenen Vorsatzes bei der Ausschreibung oder Ausführung?
- Bleiben die Hauptleistungspflichten und die sich daraus ableitenden Ansprüche unangetastet?
- Findet sich in den Regelungen ein Korrektiv der Zumutbarkeit bzw. des billigen Ermessens?
- Bewirkt eine Regelung ein Recht einer Partei, nach Vertragsschluss in den Bauablauf ändernd einzugreifen? Was ist die Kompensation dafür in Zeit und in Geld?
- Bewirkt eine Regelung die Möglichkeit, sich selbst oder einen Dritten anstelle der an sich verpflichteten Partei für die Ausführung der Pflicht einzusetzen? Was sind die Folgen für das zeitliche, wirtschaftliche und technische Risiko bzw. die Gefahrtragung und Haftung?
- Kann ein zeitliches Eingriffsrecht zur einer Pflicht zur Beschleunigung führen? Gilt dies auch in den Fällen, in denen der zur Beschleunigung verpflichtete für die Ursache nicht verantwortlich ist? Welche Kompensation in Zeit und Geld ist dafür vorgesehen?
- Ändert sich durch eine Regelung die gesetzliche Beweislast? Findet eine Beweislastumkehr statt? Ist gar für eine Verantwortung, Haftung oder vertragliche Pflicht gar kein Nachweis der Verursachung durch den verantwortlich oder haftbar gemachten Pflichtigen erforderlich?
- Welche Form- und Fristerfordernisse werden gestellt? Welche Wirkung tritt bei Nichterfüllung dieser Erfordernisse ein (bspw. Anspruchsverlust, Schadenersatz)? Unterscheiden Regelungen zwischen Form- und Fristerfordernissen bei eigenen Ansprüchen gegen den Vertragspartner einerseits („Angriffserfordernisse“) und solchen bei Ansprüchen der anderen Partei gegen die mit den Erfordernissen belegte Partei („Abwehrenderfordernisse“)? Welchen Einfluss hat Offenkundigkeit auf solche Erfordernisse?
- Sind die inhaltlichen Anforderungen einer Regelung klar und abgrenzbar formuliert und verlangen sie nichts Unzumutbares, Unmögliches oder außerhalb der Einwirkungsmöglichkeiten der verpflichteten Partei? Wahrt die Regelung das Verursacherprinzip

oder überwältigt sie das Risiko für fremde, nicht beeinflussbare Verursachung oder Verursachung durch höhere Gewalt auf den Auftragnehmer? Ist eine Verursachung des Haftenden nicht notwendig für dessen Einstandspflicht?

- Wie formal sind die zeitlichen Verfahren gestaltet, wie engmaschig sind sie? Wie wirken sie auf die Dispositionshoheit?
- Welche zeitlichen Verläufe zwischen entstehen einer Ursache, die Anlass zur Modifikation gibt und deren verbindlicher Klärung? Sind für alle Schritte dieser Verläufe Fristen und Formen vorgesehen? Von wem und von welchen Kriterien hängt diese Klärung ab? Soweit Fristen fehlen, sollte man diese ergänzen, soweit starre Fristen vorgesehen sind, sollten diese weder zu lang sein, um eine alsbaldige Klärung zu ermöglichen, noch zu kurz, um nicht an Grenzen der Realisierbarkeit des unter Frist Verlangten zu stoßen.
- Es ist zu vermeiden, das durch § 644, 645 BGB geschaffene Äquivalent noch weiter auszudehnen.
- Erlaubt die Regelung die Inanspruchnahme auch ohne den Nachweis der Verursachung durch den Geschädigten? Führt sie zu einer verschuldensunabhängigen Haftung?
- Erlaubt die Regelung einer Partei eine einseitige Vertragsänderungen ohne eine (teilweise) Änderung der Gegenleistung?
- Würde die durch die Regelung belastete Partei zu überobligatorischen Leistungen verpflichtet sein?
- Führt eine Regelung zur gänzlichen oder teilweisen Freizeichnung? Wie verhält es sich bei sog. Kardinalpflichten?
- Es ist zu vermeiden, die gesetzliche Beweislast ganz oder teilweise umzukehren.

Es ist empfehlenswert, in den Vertrag überhaupt eine Regelung zur Zeitfortschreibung aufzunehmen, d.h. nicht nur festzulegen, unter welchen Voraussetzungen sie stattfindet, sondern auch, wie sie zu berechnen ist. Die Fälle der Sowieso-Zeit sollten dabei mitumfasst werden. Diese sehr plausible und an der Praxis ausgerichtete Empfehlungsliste verdient uneingeschränkt Zustimmung. Dies gilt ebenfalls für die unter „Eskalationsfeld Leistungsstörung-Kompensation“ vorgetragenen Verhandlungspunkte.

(5) Überzeugend und plastisch dann das Fazit: „Die beste Sicherheit ist das Geld im Haus. Im Vertrag sollte man also dafür Sorge tragen, das Geld möglichst lange oder so früh wie möglich im Haus zu haben und auch behalten zu dürfen.“ Den Liquiditätsverlauf im Vertrag festlegen und sich vom Leitbild der § 632a, 641 BGB leiten lassen, empfiehlt der Verfasser im Anschluss, denn dies beinhaltet auch Regelungen zur Abrechnung und zur Zahlung ebenso wie Regelungen zur Verjährung.

Folgende hier aufführungswürdige Fragen stellen sich für die Verhandlung:

- Inwieweit weichen die Regelungen vom gesetzlichen Äquivalent ab?
 - Welche Anforderungen werden an die Abrechnung und deren Prüfbarkeit gestellt? Bezwecken etwaige Formerfordernisse nur, die erbrachte Leistung transparent zu machen und eine Prüfung der Abrechnung zu erleichtern oder drohen Verlust von berechtigten Ansprüchen bei Nichtbeachtung von Form und/oder Frist, ein Abschneiden gesetzlicher Einwendungen oder die Festschreibung/Bestimmung eines fiktiven Leistungsumfangs mit der Folge nicht unwesentlicher Erhöhung oder Minderung der Vergütung.
 - Welche unerledigten Mängel oder Restleistungen wirken abrechnungsverhindernd?
 - Wirken Regeln zahlungsverkürzend? Wie klar und eindeutig sind Skonto, Nachlass usw. geregelt?
 - Hängt die Fälligkeit von Anforderungen ab, die das Gesetz nicht vorsieht? Sind es Anforderungen, auf die die belastete Partei keinen Einfluss hat?
 - Spiegelt ein Zahlungsanspruch ein angemessenes Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung?
 - Führt eine Regelung zur Verlängerung oder Verkürzung der gesetzlichen Verjährungsfristen?
 - Führt eine Regelung zum Ausschluss von Abtretungs- oder Gegenrechten, insb. Leistungsverweigerungsrechten?
- Werden tatsächlich Sicherheiten verlangt, muss deren Stellen ausdrücklich im Vertrag vereinbart sein. Zu überlegen ist:
- Wird eine Sicherheit verlangt, die akzessorisch als Bürgschaft oder nicht-akzessorisch als Garantie wirkt?
 - Ist sie auf erstes Anfordern ausgestaltet? Welche Anforderungen werden an die Inanspruchnahme und Realisierung gestellt?
 - Inwieweit können sich der Hauptschuldner bzw. der Sicherungsgeber einer Inanspruchnahme widersetzen? Welche Einreden und Einwendungen können geltend gemacht werden und in welcher Zeit und Form?
 - Wer ist begünstigt aus der Sicherheit?
 - Was genau fließt dem Begünstigten zu?
 - Wie beeinflusst eine evtl. Insolvenz die Sicherheit, deren Inanspruchnahme und Ausschüttung?
 - Bleibt dem Auftragnehmer ein Wahl- und Wechselrecht an unterschiedlichen Formen der Sicherheit?
 - Ist eine Barsicherheit verzinslich? Ist sie aus dem Vermögen des Schuldners ausgegliedert und damit insolvenzfest?
 - Kumulieren mehrere Sicherheiten und wenn ja, in welcher Höhe?

All diese Überlegungen sind anzustellen. Eine Orientierung am gesetzlichen Äquivalent empfiehlt sich bzw. ist an manchen Stellen sogar notwendig.

Die Betrachtung anhand der Eskalationsfelder mag zeigen, dass es nicht darauf ankommt, an einer einzigen Stelle im Vertrag erfolgreich zu sein, sondern mögliche Ansprüche von der Entstehung bis zur Verjährung in allen Stadien zu durchlaufen und ihr Schicksal am Vertrag zu verfolgen. Weiterhin empfiehlt es sich, sich vorbereitend auf die Vertragsverhandlung bspw. anhand vor-

liegender Vertragsmuster und Bestandteile Störfälle in den Eskalationsfeldern zu betrachten, die Antworten des Mustertextes zu beachten und ggf. zu modifizieren. Ganzheitlich und in Zusammenhängen der Eskalationsfelder zu denken, ist wichtig!

Deeskalation ist anzustreben, Klarheit und fairer Ausgleich beiderseitiger Interessen helfen dabei entscheidend. Vorteile zu Lasten des Vertragspartner zu ziehen, ist meist nicht von großer Nachhaltigkeit.

Am Ende ist das erfolgreiche Projekt nicht dasjenige, was die eigennützigsten Vertragsregelungen enthält, sondern das, das über die gesamte Dauer die Ziele zuverlässig, bestmöglich und schnellstmöglich erreichen lässt. Der langfristige Erfolg zählt. Genau diesen sollte man, wenn man (mit dem Harvard-Modell/Mediation) entlang der Parteiinteressen verhandelt, auch im Auge haben.

*Thomas Gergen**

* Prof. Dr. iur. Dr. phil. Thomas Gergen, Maître en droit, Institut Supérieur de l'Économie, ISEC Université Luxembourg, E-Mail: thomas.gergen@isec.lu / ORCID 0000-0002-0546-204X.

Peter Florian Eder

Rechtskonformes postakquisitorisches Vorstandshandeln mit Fallbeispielen aus der Unternehmenspraxis

Diss., DBA – Wirtschaftsrecht, Luxembourg 2023, 226 S.

Methodisch liefert der Verfasser mit seiner im Dezember 2023 in Luxemburg verteidigten Doktorarbeit, welche zeitnah in der EIKV-Schriftenreihe erscheinen wird, einen Beitrag zu einem bislang wenig entwickelten Diskussionsstand und einem zukünftig erhöhten Problembewusstsein über die Rechte und besonderen Verhaltenspflichten von Vorstandsmitgliedern im Anschluss an Unternehmensübernahmen, was der Haupttitel inklusive Hauptforschungsfrage ausmacht, ohne es zu unterlassen, anhand von 11 Fallbeispielen aus dem beruflichen Umfeld des Autors das umfangreiche Haftungspotential für die Vorstandsmitglieder des übernehmenden sowie übernommenen Unternehmens herauszuarbeiten.

I. Welche maßgeblichen gesetzlichen Grundlagen bestimmen den Rahmen für postakquisitorische Entscheidungen von Vorstandsmitgliedern in Tochterunternehmen bei der Integration eines übernommenen Unternehmens in den Konzernverbund des Erwerbers?

- (1) Aus dieser Hauptforschungsfrage ergeben sich die folgenden weiteren Einzelfragen, die hier Erwähnung finden müssen:
- Inwieweit können die speziellen Sorgfaltspflichten vor Vertragsabschluss als Verhaltenskriterien auf die Phase nach Vertragsunterzeichnung übertragen werden und lässt sich damit z. B. die Frage nach einer möglichen rechtlichen Integrationsverpflichtung des Konzernvorstands klären?
 - Innerhalb welcher Grenzen hat der Konzernvorstand die Möglichkeit zur Einwirkung auf die übernommene Gesellschaft zum Zweck der Integration?
 - Worin bestehen die typischen rechtlichen Problemfelder und Haftungsgefahren in der Zeit nach vollzogener Übernahme?
 - Welche Handlungsempfehlungen für Vorstände gibt es, um potentielle postakquisitorische Haftungsrisiken zu reduzieren?

Der Verfasser geht zutreffend von folgendem aus: Statt Sonderrechten für die Vorstandspflichten bei Unternehmensübernahmen gibt es im deutschen Recht nur allgemein formulierte Rechtsvorschriften, die speziell in Bezug auf die Zeit nach Vertragsunterzeichnung bislang erst punktuell von der Rechtsprechung ausgelegt wurden. Die Lücke soll vorliegende Studie schließen, die methodisch gesehen richtigerweise gutachterlich vorgeht.

(2) In Frage kommen zuerst die gesellschaftsrechtlichen Haftungsnormen, die § 93 Abs. 1 AktG bereithält, deren zufolge Vorstandsmitglieder im Innenverhältnis für die Schäden einzustehen haben, die der Gesellschaft durch die nicht pflichtgemäße Anwendung der aus Sicht eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters erforderlichen Sorgfalt entstanden sind. In den Grenzen der in § 93 Abs. 2 S. 2 AktG verankerten Business Judgement Rule (=BJM Rule) verfügt das Management bei unternehmerischen Entscheidungen sogar über einen weiten Ermessensspielraum und kann bei Schäden für sich Haftungsprivilegierung in Anspruch nehmen.

Für die Zeit vor Vertragsunterzeichnung existieren spezifische Sorgfaltspflichten, die sich zu weitgehend anerkanntem Gewohnheitsrecht entwickelten und in der Untersuchung als weiterer Maßstab für die Konkretisierung postakquisitorischer Verhaltenskriterien in Betracht kommen. Besondere Bedeutung in Bezug auf die Integrationsphase von Unternehmen misst der Verfasser konzernrechtlichen Bestimmungen bei. Sie regeln nämlich nicht nur die konzerndimensionalen Leitungs- und Kontrollpflichten der Vorstandsmitglieder im Mutter- und Tochterunternehmen, sondern auch die Zulässigkeit integrativer Maßnahmen und die Schranken von Einflussnahme in einer Unternehmensphase, in der Konfliktsituationen durch Aufeinandertreffen der besonderen Verantwortung des Tochtervorstands für das eigene Unternehmen mit den Interessen der um raschen Integrationserfolg bemühten Konzernspitze des herrschenden Unternehmens charakteristisch sind.

Sachverhaltsbeispiele aus dem beruflichen Umfeld des Autors und eine Reihe unterschiedlicher daraus resultierender Fallkonstellationen bereichern diese Doktorarbeit unschätzbar aus praktischer Sicht, was für eine wirtschaftsrechtspraktisch ausgerichtete Dissertation ideal ist. Einschlägige, in der Unternehmenspraxis häufig anzutreffende Entscheidungssituationen im Anschluss an M & A-Transaktionen schildern und haben den Zweck, die speziellen Rechtsprobleme in ihren komplexen Zusammenhängen zu veranschaulichen.

Die sich anschließende Frage, wie weit die Einflussnahme der Konzernleitung auf Geschäftsentscheidungen der neu in den Konzernverbund eingetretenen Tochtergesellschaft gehen darf und wann die Grenzen von rechtskonformem Vorstandsverhalten bei der Durchsetzung von Integrationsmaßnahmen überschritten sind, wird anhand eines für die Tochtergesellschaft nachteiligen Vertragsabschlusses, der ausschließlich aufgrund des Einflusspotentials der beherrschenden Muttergesellschaft zustande kommt, einer abhängigkeitsbedingten Überlassung von Betriebsmitteln der Tochtergesellschaft zugunsten einer anderen Konzerngesellschaft, die der Vorstand einer unabhängigen Gesellschaft alleine nicht beschließen würde, und einer angeordneten Veräußerung einer dem Grunde nach profitablen Beteiligung der beherrschten Gesellschaft zum Zweck der Konzernportfoliobereinigung beantwortet. Wie umfassend das aus der Vorstandstätigkeit im Anschluss an Unternehmensübernahmen resultierende Haftungspotential ist, vermag die Arbeit obendrein überblicksmäßig zu illustrieren.

(3) Ein weiterer Abschnitt widmet sich der konzernweiten Compliance-Pflicht und der Folgen mangelhafter Compliance. Häufig stehen im Anschluss an Übernahmen betriebswirtschaftlich notwendige Umstrukturierungen im Mittelpunkt, währenddessen Compliance-Aspekte generell und Überlegungen zur gezielten Einbindung des Zielunternehmens in die Compliance-Struktur des Konzerns weniger Beachtung finden. Aber welche Gründe bietet der Verfasser dafür an?

Ein Grund besteht darin, dass Geschäftsleiter generell dazu verpflichtet sind, sich im Rahmen ihrer Geschäftsführung rechtmäßig zu verhalten und im Rahmen des Erforderlichen und Zumutbaren für rechtmäßiges Verhalten der übrigen für die Gesellschaft handelnden Personen Sorge zu tragen. Die Mitglieder der Geschäftsleitung der Obergesellschaft sind jedoch, auch wenn es an einer expliziten Pflicht zur konzernweiten Legalitätskontrolle fehlt, zumindest zur Abwendung allgemeiner Schäden in der Obergesellschaft verpflichtet. Daraus folgt, dass sie im Rahmen der konzernrechtlichen Möglichkeiten auch dafür einstehen müssen, dass Compliance-widrige Vorgänge zum Schaden der Obergesellschaft in Tochtergesellschaften verhindert, aufgeklärt und sanktioniert werden, ohne dabei zu vergessen, dass ihnen betreffend der konkreten Maßnahmen und Ausgestaltung der Compliance-Organisation unternehmerisches Ermessen in Abhängigkeit von den Besonderheiten des jeweiligen Unternehmens zukommt.

Das deutsche Recht, das in Bezug auf die im Mittelpunkt stehende Organisationsverfassung einer AG als Vorbild für die Rechtentwicklung vieler anderer Staaten steht, wie z. B. Österreich, liegt der Dissertation zugrunde. Das deutsche Unternehmens-, Gesellschafts- und Konzernrecht wird flankiert von Bestimmungen aus anderen Rechtsgebieten wie dem deutschen Zivil-, Straf- und Verwaltungsrecht oder Empfehlungen aus dem DCGK (Deutscher Corporate Governance Kodex). Rechtsprobleme aufgrund von grenzüberschreitenden Sachverhalten bleiben außer Betracht. Diese Auswahl kann kritisch gesehen werden, weil nicht auszuschließen ist, dass auch andere Rechtsordnungen betroffen sind. Daher ist es eher praxisfern, lediglich eine einzige Rechtsordnung zu applizieren. Praktisch, didaktisch wie wissenschaftlich ist es aber geboten, in der Einheit einer Rechtsordnung zu bleiben. Dafür spricht, dass es in angrenzenden Rechtsordnungen große Parallelen gibt und sich diese an größeren wie der der deutschen Rechtsordnung orientieren.

II. Welche maßgeblichen gesetzlichen Grundlagen bestimmen den Rahmen für rechtskonformes postakquisitorisches Vorstandshandeln?

(1) Der Verfasser identifiziert dazu in erster Linie die generalklauselartigen allgemeinen Vorgaben des AktG, die Bestimmungen des DCGK und die punktuell durch höchstrichterliche Rspr. konkretisierten Verhaltenskriterien. Hauptaufgabe des Vorstands ist gem. § 76 bis 78 AktG die unabhängige Leitung der AG unter eigener Verantwortung und ihrer Vertretung nach außen. Leitlinien bilden das Gesellschaftsinteresse an einem dauerhaft gesicherten und profitablen Unternehmensbestand gem. dem satzungsmäßig festgelegten Unternehmensgegenstand. Ausnahmen von der Weisungsfreiheit bestehen lediglich bei zustimmungsbedürftigen Rechtsgeschäften von besonderer Bedeutung gemäß § 111 Abs. 4 S. 2 AktG i. V. m. § 82 Abs. 2 AktG, der Hauptversammlung auf Verlangen des Vorstands vorgelegten Maßnahmen gemäß § 119 Abs. 2 AktG und bei Vorliegen eines Beherrschungsvertrags gem. § 308 Abs. 1 AktG.

Beurteilungsmaßstab bei der Ausübung der Leitungsfunktion ist die nach § 93 Abs. 1 S. 1 AktG geschuldete Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters. Zugleich gilt § 93 Abs. 2 AktG als die zentrale anspruchsbegründende, dieselben tatbestandmäßigen Voraussetzungen wie die deliktische Schadenersatzpflicht voraussetzende Haftungsnorm für pflichtvergessene Vorstandsmitglieder im Verhältnis zu ihrer Gesellschaft. Unternehmerische Ermessensentscheidungen im Rahmen der Geschäftsleitung sind im Rahmen der oben schon erwähnten BJM Rule von § 93 Abs. 1 S. 2 AktG haftungsprivilegiert, solange der Vorstand vernünftigerweise annehmen durfte, auf Grundlage angemessener Informationen zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Bei besonders groben Pflichtverletzungen droht zudem die Abberufung aus wichtigem Grund gem. § 84 Abs. 4 S. 1 AktG.

Aus Sicht des Konzernvorstands erweitert sich im Anschluss an Unternehmensübernahmen die zuvor auf die eigene Gesellschaft beschränkte Leitungspflicht zu einer nunmehr über das gesamte Vermögen des Unternehmensverbands ausgedehnten Leitungs- und Überwachungsverantwortung, für deren Ausübung Ermessenspielraum nach den Regeln von § 93 Abs. 1 S. 2 AktG besteht. Die damit veränderte Pflicht zur „Einwirkung“ auf Konzerngesellschaften kann allerdings nicht weiterreichen, als die

Möglichkeiten zur Einflussnahme, die sich aus der Ausübung der Beteiligungsrechte ergeben oder laut § 291 ff. AktG konzernrechtlich zulässig sind. Die rechtlichen Einflussmöglichkeiten der Konzernspitze im Unternehmensverbund und die davon abhängige Durchsetzbarkeit von Integrationsmaßnahmen bestimmen sich nach Rechtsform der untergeordneten Gesellschaft und Art des Konzerns. Im Unterschied zum GmbH-Konzern fehlt bei nachgeordneten AGs ein verbindliches Weisungsdurchgriffsrecht. Zudem garantieren das Verbot von nachteiliger Einflussnahme gem. § 311 Abs. 1 AktG und, sofern der Konzernatbestand nicht erfüllt ist, das Verbot der Einlagenrückgewähr gem. § 57 AktG die weiterhin unverändert bestehende Leitungsautonomie von § 76 Abs. 1 AktG des Tochtervorstands. Aus den erweiterten Anforderungen ergeben sich im Vergleich zu nicht einschlägigen Sachverhalten neue Haftungstatbestände für – neben der Konzernmutter selbst – die Geschäftsleitungen von beherrschender und beherrschter Gesellschaft. War ihre Inanspruchnahme, abgesehen von der Haftung für Straftatbestände, bußgeldrechtlicher Haftung nach dem OWiG und allfälligen zivilrechtlichen Ansprüchen aufgrund deliktischer oder vorvertraglicher Haftung, bislang prinzipiell auf das Innenverhältnis infolge von Sorgfaltspflichtverletzungen nach § 93 Abs. 2 S. 2 AktG begrenzt, vergrößert sich im Unternehmensverbund das Haftungsrisiko der Konzernvorstände über Ansprüche wegen mangelhafter Konzernleitung, Konzernorganisation oder Konzernüberwachung hinaus um mögliche Direktansprüche der geschädigten Tochtergesellschaft für schädliche Einflussnahme nach § 317 Abs. 3 AktG i. V. m. § 311 AktG und – bei Nachweisbarkeit von Vorsatz – nach § 117 Abs. 1 AktG. Ähnliches gilt, wengleich weiterhin nur eine Inanspruchnahme durch die eigene geschädigte Gesellschaft in Frage kommt, für die Tochtervorstände angesichts drohender neuer Ansprüche wegen verletzter Berichtspflichten nach § 318 Abs. 1 S. 1 AktG i. V. m. § 312 AktG oder mangelhaftem Nachteilsausgleich bei veranlassten Rechtsgeschäften oder Maßnahmen nach § 93 Abs. 2 S. 2 AktG i. V. m. § 311 AktG. Auf all diese Konstellationen geht das vorliegende Werk ordentlich ein.

Die Bedeutung von organschaftlichen Sorgfaltspflichten beim Unternehmenskauf galt angesichts von in hohem Maße einzelfallgeprägten Sachverhalten, unübersichtlicher Rechtslage und verhaltener Prozessneigung lange Zeit als gering. Vor dem Hintergrund wegweisender, wengleich nur in Bezug auf Einzelaspekte punktueller, höchstrichterlicher Entscheidungen gewann die Haftungsrelevanz des Themas zuletzt an Aufmerksamkeit, und es bildeten sich in Bezug auf die Transaktionsphase gewisse Marktstandards, wie z. B. die mittlerweile obligatorische Durchführung einer Due Diligence (=DD) vor Vertragsabschluss, heraus, die bei Schäden entweder als haftungsmildernd oder im Falle von grober Missachtung als anspruchsbegründend anerkannt sind. Der Diskussionsstand in Bezug auf die Sorgfaltspflichten nach Vertragsabschluss ist demgegenüber bis heute wenig entwickelt. Dies überrascht aus zweierlei Gründen: Zum einen ist die aus § 93 Abs. 1 S. 1 AktG resultierende gesetzliche Sorgfaltspflicht der Geschäftsleitung beim Unternehmenskauf keineswegs auf den Erwerbsvorgang beschränkt und mit Unterzeichnung des Kaufvertrags erledigt. Zum anderen gilt die Integrationsphase nachweislich als erfolgskritisch für das Erreichen der mit einer Unternehmensübernahme verfolgten Ziele und nach überwiegender Ansicht als ein wichtiger, wenn nicht sogar als der wichtigste, Abschnitt im Transaktionsverlauf. Gerade diesem Manko begegnet die Studie mit Fug und Recht.

Als integraler Bestandteil des Übernahmeprozesses ist die Gestaltung der Integrationsphase gleichermaßen wie die ihr vorgelegte Kaufentscheidung selbst eine einzelfallabhängige unternehmerische Entscheidung i. S. v. § 93 AktG, für die der Vorstand Ermessensspielraum nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG genießt, solange die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters zur Anwendung kommt. Wie vor Vertragsabschluss gilt in der Zeit danach die Grenze zwischen akzeptablem Wagnis und verantwortungslosen Hasardieren als überschritten, wenn schon zum Zeitpunkt Entscheidung nicht mehr von einer auf angemessener Informationsgrundlage vorbereiteten und zum Wohl der Gesellschaft kritisch abgewogenen Sachentscheidung ausgegangen werden konnte. Es liegt daher nahe, dass als Maßstab für die Sorgfaltspflicht bei den typischen Rechtsfragen in der Phase nach Übernahmevervollzug dieselben anerkannten Verhaltenskriterien zur Anwendung kommen wie in der Phase davor.

(2) Die Frage, ob es eine rechtliche Verpflichtung zur Integration gibt, lässt sich in Anlehnung an die Frage nach den Mindestanforderungen einer sorgfältigen Transaktionsvorbereitung beantworten. Genauso wenig wie der Verzicht auf eine gründliche Untersuchung des zu erwerbenden Unternehmens vor Abschluss des Unternehmenskaufvertrags ohne nachvollziehbaren Grund nicht mit dem Erfordernis einer angemessenen Informationsgrundlage vereinbar und sohin sorgfaltswidrig ist, ist es nicht zum Wohle der Gesellschaft, wenn die Geschäftsleitung nach Transaktionsabschluss die notwendigen Integrationsmaßnahmen zur Realisierung von Synergien ohne juristische Causa unterlässt. Es steht also nicht das „Ob“ der Integration eines übernommenen Unternehmens zur Disposition, wohl aber das „Wie“ der konkreten Umsetzung in Bezug auf die Ausgestaltung, Intensität und jeweiligen Maßnahmen.

(3) Neben den sauber ausformulierten Thesen bietet die Arbeit des Weiteren eine Konkretisierung postakquisitorischer Verhaltenskriterien anhand der spezifischen Sorgfaltspflichten im Transaktionsprozess. Die Arbeit setzt also im doppelten Sinn Maßstäbe: wissenschaftlich wie für den Abschnitt im Transaktionsverlauf. Dies bezieht sich ebenso auf Kapitel 7.3, das titelt: Möglichkeiten und Grenzen der Einflussnahme zum Zweck der Integration.

Besonders wertvoll dann das Unterkapitel 7.4: Typische Problemfelder und Haftungsgefahren nach vollzogener Übernahme.

III. Worin bestehen nun die typischen rechtlichen Problemfelder und Haftungsgefahren in der Zeit nach vollzogener Übernahme?

(1) Der Unternehmensverbund des Erwerbers verlangt von der Konzernleitung im Allgemeinen tiefgehende Eingriffe in die Organisationsstruktur, Geschäftsprozesse und Strategie des bislang autonom geführten Tochterunternehmens. blieb eine DD im Übernahmeprozess aus oder traten Unregelmäßigkeiten zutage, die im Vorfeld der Transaktion nicht zur Gänze aufgeklärt werden konnten, hat die Konzernleitung zudem aufgrund ihrer Pflicht zur Verfolgung von Ansprüchen der Gesellschaft und bei

Compliance-Verstößen aufgrund der Verantwortung für regelkonformes Verhalten im Gesamtkonzern mit allen ihr zur Verfügung stehenden Mitteln auf die Durchführung einer Post Closing DD hinzuwirken und nachträglich für klare Sachlage zu sorgen.

Demgegenüber steht die starke Leitungsautonomie des Vorstands in der Tochtergesellschaft, der angesichts neuer Beteiligungsverhältnisse in der Hauptversammlung und eines meist rasch neubesetzten Aufsichtsrats Gefahr läuft, in vorausgehendem Gehorsam Maßnahmen den Erwartungen des neuen Großaktionärs entsprechend und ohne ausreichende Rücksichtnahme auf abweichende Interessen der eigenen Gesellschaft umzusetzen. So darf er etwa der Forderung nach Zulassung einer Post Closing DD nicht ohne weiteres entsprechen. Die Interessen der Gesellschaft verlangen bzgl. der Entscheidung über Zulassung oder Verweigerung ein sorgfältiges Abwägen der mit der Informationsweitergabe verbundenen Vor- und Nachteile. Dazu kommen die gesetzlichen Bestimmungen von § 311 ff. AktG, wonach der Informationsfluss an die Konzernmutter unter dem Aspekt des Nachteils kritisch zu sehen ist und an die Gewährung eines angemessenen Nachteilsausgleichs gebunden werden muss. Durch das Aufeinandertreffen der erweiterten Konzernleitungs- und Konzernüberwachungspflichten des Muttervorstands auf die unveränderte Verpflichtung des Tochtervorstands zur unabhängigen und weisungsfreien Geschäftsleitung resultieren zwangsläufig Interessenskonflikte und das Risiko von Rechtsverletzungen, was Peter Eder dem Leser gut nahebringt.

(2) Besteht kein Beherrschungsvertrag und kommt es in der Tochtergesellschaft auf Veranlassung des Konzernvorstands zur Umsetzung einer nachteiligen Maßnahme, die kompensationslos bleibt, haften gem. § 317 AktG i. V. m. § 311 AktG der Konzernvorstand und die Konzernmutter der Tochtergesellschaft gegenüber als Gesamtschuldner für den aus der nachteiligen Einflussnahme entstandenen Schaden. Überdies haften die Geschäftsleiter persönlich im Verhältnis zu ihren Gesellschaften nach § 93 Abs. 2 S. 2 AktG, der Konzernvorstand bei Inanspruchnahme der Konzernmutter aufgrund von Regress und der Tochtervorstand aufgrund verletzter Sorgfaltspflichten bei der Umsetzung von aus Sicht der Gesellschaft nachteiligen Maßnahmen. Ein Rückgriff auf weitere daneben bestehende Anspruchsgrundlagen wie z. B. die Haftung für verbotene Einlagenrückgewähr gem. § 57, 60, 62 AktG, die Verletzung allgemeiner Treuepflichten i. V. m. § 280 Abs. 1 BGB oder vorsätzlich schädigende Einflussnahme nach § 117 AktG ist wegen Überlagerung durch die o. g. spezialgesetzlichen Regelungen des Konzernrechts im Übrigen meist nicht erforderlich.

Anders jedoch gestaltet sich die Haftungslage bei Bestehen eines Beherrschungsvertrags, mit dessen Abschluss die Leitungsmacht über die Tochtergesellschaft auf den Konzernvorstand übergegangen ist. Zentraler Anknüpfungspunkt für Haftungsansprüche ist die Sorgfaltspflicht des Konzernvorstands bei der Erteilung von Weisungen gemäß § 309 Abs. 1 AktG. Diese gilt als verletzt, wenn die Weisung gegen Gesetz, Satzung oder Beherrschungsvertrag verstößt oder existenzgefährdende Auswirkung auf die Tochtergesellschaft hat. In diesen Fällen ist der Konzernvorstand gemeinsam mit der Obergesellschaft gegenüber der geschädigten Tochter direkt und persönlich so, als sei er selbst das verantwortliche Leitungsorgan der Gesellschaft, zum Schadenersatz nach § 309 Abs. 2 AktG verpflichtet. Das Haftungsrisiko auf Seiten des Tochtervorstands dagegen reduziert sich bei Bestehen eines Beherrschungsvertrags gemäß § 310 Abs. 1 AktG auf die Verletzung ihrer Pflichten im Zusammenhang mit der Prüfung von erhaltenen Weisungen in Bezug auf Rechtmäßigkeit oder dem verpflichteten Hinweis auf nicht unmittelbar aus Sicht der anweisenden Obergesellschaft erkennbare Nachteile.

(3) Ein weiteres Problemfeld stellen Compliance-Verstöße auf Ebene der erworbenen Gesellschaft in der Zeit nach Übernahme dar, weil auf Seiten der Verantwortlichen häufig Unklarheit über die Verteilung und das Ausmaß der individuellen Compliance-Pflichten innerhalb des Unternehmensverbands herrscht und geringes Problembewusstsein in Bezug auf die daraus resultierenden, sie persönlich betreffenden Haftungsrisiken besteht.

Unumstritten ist, dass sich an der Legalitätspflicht eines Vorstands und seiner Pflicht zur Kontrolle von Legalität in Bezug auf das eigene Unternehmen auch nach Übernahme und Integration in einen Unternehmensverbund nichts ändert. Zu einer Änderung kommt es in der Pflichtenlage des Konzernvorstands, obwohl hierfür eine ausdrückliche gesetzliche Normierung fehlt. Seine Compliance-Verantwortung endet im Unternehmensverbund nach überwiegender Ansicht nicht, wie in der nicht konzernierten Einzelgesellschaft, an den gesellschaftsrechtlichen Grenzen des eigenen Unternehmens, sondern erstreckt sich auf sämtliche Beteiligungen. Dies darf jedoch keineswegs als vollumfängliche Compliance-Pflicht für sämtliche Vorgänge auf Ebene der Konzernuntergesellschaften missverstanden werden, zumal gegenüber nur faktisch abhängigen Tochtergesellschaften der Konzernvorstand über keine ausreichenden rechtlichen Mittel zur Durchsetzung von Compliance-Maßnahmen ohne oder notfalls gegen den Willen des Tochtervorstands verfügt. Erwartet wird vom Konzernvorstand vielmehr mit allen ihm zur Verfügung stehenden Mitteln auf die konzernweite Einrichtung einer solchen Compliance-Organisation hinzuwirken, die erforderlich, zumutbar und geeignet ist, um Rechtsverstößen vorzubeugen und erfolgte Rechtsverstöße zu entdecken, zu beenden und zu sanktionieren.

Bei Umfang, Intensität und Ausgestaltung der Anbindung eines übernommenen Unternehmens an das Käuferunternehmen handelt es sich unter rechtlichen Gesichtspunkten um eine unternehmerische Entscheidung, für die der Vorstand des Käuferunternehmens breiten Ermessensspielraum genießt. Um als haftungsprivilegiert zu gelten, bedarf es von Seiten des Vorstands einer bewussten Entscheidung zugunsten eines bestimmten Handelns oder Unterlassens, ein Untätigbleiben ist jedenfalls nicht ausreichend; dies kann als wichtiges Zwischenresultat festgehalten werden.

IV. Welche Handlungsempfehlungen für Vorstände gibt es, um potentielle postakquisitorische Haftungsrisiken zu reduzieren? Hierzu fasst der Autor prägnant zusammen:

(1) Die einer Integrationsentscheidung zugrundeliegenden Umstände sowie des Entscheidungsprozesses selbst sind abzuwägen, damit später objektiv erkennbar ist, aus welchen Gründen der Vorstand eine bestimmte Alternative einer anderen vorgezo-

gen hat und vernünftigerweise annehmen durfte, auf Grundlage angemessener Information und zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Als rechtlich abgesicherte Grundlage zur Durchsetzung von Integrationsmaßnahmen empfiehlt sich nach Übernahme der Abschluss eines Beherrschungsvertrags. Er erweitert die sonst eingeschränkten Einwirkungsmöglichkeiten der herrschenden Gesellschaft erheblich und ersetzt die Leitungsautonomie des Tochtervorstands durch eine ausnahmslose Folgepflicht gegenüber Anweisungen des Konzernvorstands. Im Übrigen erhöht er die Rechtssicherheit der ausführenden Organe auf beiden Seiten insofern, als sich das verbleibende Haftungsrisiko des Konzernvorstands auf Sorgfaltspflichtverletzungen bei der Erteilung von Weisungen und das des Tochtervorstands auf mangelhafte oder fehlende Zulässigkeitsprüfung bei der Befolgung erhaltener Weisungen reduziert. Aus den überwiegenden Vorteilen eine rechtliche Pflicht zum Abschluss eines Beherrschungsvertrags bei Vorliegen der notwendigen Voraussetzungen abzuleiten, ginge jedoch zu weit. Umgekehrt dürfte ein unterbleibender Abschluss trotz vorhandener Dreiviertelmehrheit in beiden Hauptversammlungen nur schwer als Entscheidung zum Wohle der herrschenden Gesellschaft zu argumentieren sein.

(2) Besteht unterdessen kein Beherrschungsvertrag, ist bei der Durchsetzung von Konzerninteressen aus Rücksicht der anderen Aktionärs- und Gläubigerinteressen Zurückhaltung geboten. Zwar ist eine Einflussnahme durch die Konzernmutter nicht generell ausgeschlossen, jedoch muss jede veranlasste Maßnahme von den Vorständen in der Ober- und Untergesellschaft kritisch unter dem Aspekt des Nachteils geprüft und, sofern dies der Fall ist, ausgeglichen und in einem vom Tochtervorstand jährlich aufzustellenden Bericht an den Aufsichtsrat (AR) aufgeführt werden. Letztlich liegt es bei Fehlen eines Beherrschungsvertrags am Tochtervorstand zu beurteilen, inwieweit er den Vorstellungen des Konzernvorstands bei der Integration entsprechen darf oder nicht. Daran würde sich auch nichts ändern, wenn sich der Konzernvorstand selbst im Rahmen eines Doppelmandats zum Vorstand der Tochter bestellen ließe, hätte er diesfalls selbst strikt zwischen den Konzerninteressen und den vorrangigen Tochterinteressen zu unterscheiden. Die Unternehmensintegration auf Umwegen über Zustimmungsvorbehalte zugunsten des Tochter-AR zu forcieren, wäre unzweckmäßig, zumal Zustimmungsvorbehalte nur als „Vetorechte“ ausgestaltet sein dürfen, bestimmte Rechtsgeschäfte aber nicht positiv in die Kompetenz des AR übertragen können. Außerdem ist zu berücksichtigen, dass der AR in seiner Amtsführung unabhängig von Konzerneinflüssen zu sein hat und allein den Interessen seiner eigenen Gesellschaft gegenüber verpflichtet bleibt. Ob diese Verpflichtung in derselben Form wie anfangs existent bleibt oder nur noch als „Rumpfpflichten“ greifen, wäre noch zu diskutieren gewesen.

(3) Rechtsgeschäften mit nahestehenden Personen oder Unternehmen, unabhängig ob zwischen ihnen ein direktes oder – wie in mehrstufigen Konzernen – nur indirektes Abhängigkeitsverhältnis besteht, ist generell – sei es bei Veranlassung von außen aufgrund der für faktische Unternehmensverbände geltenden Bestimmungen von § 311 ff. AktG oder dem sonst gültigen Verbot der Einlagenrückgewähr von § 57 AktG – besondere Aufmerksamkeit zu schenken. Unproblematisch sind sie, solange ihre Konditionen zum Zeitpunkt des Abschlusses einem strengen Drittvergleich standhalten. Denn marktübliche Rechtsgeschäfte können mit jeder Vertragspartei, d. h. auch mit eigenen Aktionären oder konzernverbundenen Unternehmen, abgeschlossen werden. Betriebsmittel können konzernintern demnach nur gegen angemessenes Entgelt überlassen, Finanzierungen nur gegen drittvergleichsfähige Verzinsung und unter Berücksichtigung der Werthaltigkeit des Rückzahlungsanspruchs und Auswirkungen auf die Liquiditätslage des Darlehensgebers vergeben und Anteilsübertragungen zwischen Gesellschaften desselben Unternehmensverbands nur zu Vertragskonditionen, denen die anerkannten Methoden der Unternehmensbewertung zugrunde gelegt wurden, und unter den bei Unternehmenskäufen marktüblichen Standards vollzogen werden.

(4) Bei Uneinigkeit unter den Mitgliedern eines Vorstands, ob eine Maßnahme durchgeführt werden darf oder nicht, müssen die Bedenken mit hinreichendem Nachdruck vorgebracht, durch Abgabe einer Gegenstimme dokumentiert und nach erfolgloser „Remonstrations“ dem AR zur Kenntnis gebracht werden.

An dieser Stelle fragt sich der Leser sicherlich nach Herkunft, Inhalt und Folgen einer „Remonstrations“. Gut wäre ein Pendelblick zu anderen Rechtsgebieten, in denen es eine solche gibt (z.B. Prüfungsrecht, Bildungswesen, Hochschulen etc.)

Eine Amtsniederlegung oder Behördeninformation ist indes lediglich zur Abwehr krimineller Handlungen oder existenzgefährdender Vermögensschäden erforderlich. Bloße Stimmenthaltung oder der spätere Einwand, das eigene Abstimmungsverhalten sei unter Einfluss dominierender Vorstandsmitglieder gestanden, ist unter Haftungsgesichtspunkten unbedeutend. Wie ist dies zu werten? Als Verwirkung eigener Rechte oder bloßes „*venire contra factum proprio*“, mit anderen Worten: nicht beanstandungsfreies Handeln gegen vorher angezeigtes gegensätzliches Handeln, auf das Dritte vertrauen?

Aber lassen wir die Überlegungen weiterlaufen:

(5) Die Rechtsform der GmbH gilt in Bezug auf die untergeordneten Gesellschaftsebenen innerhalb eines Konzerns in Anbetracht der dem Gesellschafter zustehenden Weisungsbefugnis und – als Gegenstück dazu – der Folgepflicht der Geschäftsführung als beliebt. Wenngleich das GmbHG im Unterschied zum AktG keine dezidierten konzernrechtlichen Schutzbestimmungen vor schädlicher Einflussnahme kennt, darf nicht außer Acht gelassen werden, dass ein solches Verbot bereits aus dem für die GmbH zentralen Grundsatz der mitgliedschaftlichen Treuepflicht folgt und dass nachteilige Maßnahmen nicht gestattet sind, selbst wenn ein Ausgleich möglich und verbindlich in Aussicht gestellt wurde. Dahinter ist für die Praxis sicherlich ein Ausrufungszeichen zu setzen.

(6) Von der Compliance-Warte aus gesehen, gilt es nach Abschluss einer Transaktion, das erworbene Unternehmen zügig und konsequent in die Compliance-Organisation der Erwerbgesellschaft einzugliedern und eventuell bestehende unklare Sachlagen aufzuklären. Denn neben dem Tochtervorstand trifft nunmehr auch den Konzernvorstand die Pflicht, im Rahmen seiner konzern-

weiten Compliance-Verantwortung für rechtmäßiges Verhalten in der neuen Tochtergesellschaft zu sorgen: Sollte der Gesellschaft infolge eines Compliance-Verstoßes Schaden entstehen, ist es für den Tochtervorstand wie für den Konzernvorstand haftungsentcheidend, darlegen und beweisen zu können, dass die gewählte Compliance-Organisation den zeitgemäßen Anforderungen sorgfältiger Unternehmensführung entsprach. Dabei kommt es nicht auf die bloße Existenz von nach außen beachtlich erscheinender Compliance-Standards an, sondern auf die Frage, ob und in welcher Weise diese von der Unternehmensleitung und den Mitarbeitern unterstützt und gelebt wurden.

Wurden die erforderlichen Aufsichtsmaßnahmen unterlassen, drohen den Vorständen aufgrund ihrer Stellung als Überwachungsgarant – selbst, wenn sie von den Vorgängen im Unternehmen keine Kenntnisse hatten – neben zivil- und bußgeldrechtlicher Inanspruchnahme eine Verurteilung wegen Beihilfe zu möglicherweise strafrechtlich relevanten Tatbeständen.

Die Arbeit stellt den Praktiker wie Dogmatiker ersichtlich zufrieden und füllt eine Wissens- und Forschungslücke doktorabel aus.

*Thomas Gergen**

* Prof. Dr. iur. Dr. phil. Thomas Gergen, Maître en droit, Institut Supérieur de l'Économie, ISEC Université Luxembourg, E-Mail: thomas.gergen@ isec.lu / ORCID 0000-0002-0546-204X.

Möglichkeiten eines Moments. Zum Handbuch des Römischen Privatrechts¹

1. Wenn das Wort „Momentaufnahme“, nahezu unmetaphorisch, ein Foto bezeichnet, dann bezeichnet es etwas recht Dünnes, heute im Zweifel Virtuelles. Metaphorisch kann mehr gemeint sein. Das HRP² ist real und dick, nicht im Vergleich zu all den Werken natürlich, die es nachweist oder diskutiert, aber drei Bände sind doch nichts mehr für die Jackentasche. Dennoch: Es ist eine Momentaufnahme. Es belichtet eine Wissenschaft aus bestimmter zeitlicher und fachlicher Perspektive, es ist in einem bestimmten historischen Moment entstanden, und aus diesem Moment heraus will es verstanden werden und künftigen Perspektiven dienen. Lassen Sie mich kurz etwas sagen zu den Perspektiven, die das Werk prägen (2.) und sich in seiner Struktur abbilden (3.), zu denen, die man auf das Werk einnehmen mag (4.), und zu den weitergehenden, die sich künftig bilden mögen (5.). Ein kurzer Dank mag diese Skizze abschließen (6.). Wichtig scheint mir vor allem der Blick in die Zukunft, aber ohne einige Worte zur Genese des HRP wird nicht deutlich, was es welchem Publikum bieten kann und was nicht.

Vorab: Dies an diesem Ort skizzieren zu dürfen, ist eine Ehre. Man ist als Heidelberger gern einmal in einer wirklich alten Universität, und wenn ich an die über zehn Jahre denke, die wir gemeinsam am HRP gearbeitet haben, dann bleiben für mehr als großzügige logistische Unterstützung vor allem die Universitäten Wien und Zürich im Gedächtnis. So schließt sich heute ein Kreis.

2. Wir sind oft nach dem „neuen Kaser“ gefragt worden. Nun war früh beschlossen, dass wir gerade keinen neuen Kaser schreiben wollten. Nicht weil das „Römische Privatrecht“ von 1971/1975 (und übrigens auch die Erstauflage von 1955/1959)³ obsolet werden sollte oder könnte. Ich konsultiere weiterhin auch Kaser in beiden Auflagen und beiden Bänden, nicht nur aus wissenschaftsgeschichtlichen Gründen. Aber Kasers Standardwerk ist Kind seiner Zeit, so wie das HRP Kind der unsrigen. Das betrifft vor allem seine Struktur, in der pandektistische Systembildung nachwirkt,

beginnend damit, dass das Zivilprozessrecht komplett ausgelagert ist. Auch über den Sinn einer prinzipiellen Trennung zwischen klassischem und nachklassischem Recht kann man heute streiten.

Wir wollten eine Darstellung schaffen, die in zweifacher Hinsicht Prozesshaftes betont (dazu sogleich), und dies in deutscher Sprache. „In deutscher Sprache“ bedeutet nicht „aus deutscher Perspektive“. In der gegenwärtigen Romanistik ist die notwendige Anzahl qualifizierter und muttersprachlich schreibender Autorinnen und Autoren nur in den beiden dominierenden Arbeitssprachen zu finden, Italienisch und Deutsch. Das ist nicht misszuverstehen als Herabsetzung der in anderen Sprachen aufgewachsenen Kolleginnen und Kollegen (bitte gestatten Sie mir, im Folgenden meist das generische Maskulinum zu verwenden): Rechtsromanistik ist eine Materie weniger Spezialisten, die Arbeit muss aufgeteilt werden, weil niemand allein dreitausend Seiten gut schreiben kann, und am besten schreibt jeder in seiner eigenen Sprache, ganz gleich, wie gut man – branchenüblich – Fremdsprachen beherrscht. Ein italienischsprachiges Werk hätten nur italienische Kollegen konzipieren und organisieren können. Wir wären übrigens geradezu begeistert, wenn es dazu käme, in Auseinandersetzung mit dem HRP; davon würden alle profitieren.

Also auf Deutsch, und dies nicht mit dem Ziel, Mommsens bekanntes⁴ Diktum abwandeln, das 21. Jahrhundert wieder eines der deutschen Romanistik werden zu lassen, sondern mit dem, eine möglichst hohe Zahl von Autoren zu versammeln, die in ihrer eigenen Sprache den internationalen Forschungsstand diskutieren können. Der Kreis der muttersprachlich Schreibenden aus Österreich, der Schweiz und Deutschland war dann groß genug, dass im Verein mit weiteren Kollegen aus insgesamt nochmals acht Ländern, die freundlicherweise fast alle deutsche Texte eingereicht haben, sämtliche aus unserer Sicht wichtigen Themen behandelt werden konnten. Übrigens sind gleich die ersten vier Beiträge

¹ Vorgetragen bei der Präsentation in Wien am 15. Mai 2023. Die Vortragsform ist unverändert beibehalten. Für die Initiative und die Einladung danke ich Franz-Stefan Meissel, für kritische Lektüre Elisabeth Dux, Simon Loheide und Robin Repnow, M.A. (vgl. HRP I S. XXI). Vgl. bereits (in Vorbereitung der Lissabonner Präsentation am 31. März 2023) Christian Baldus, *A historicidade dos pontos de interrogação: a experiência do novo Tratado de Direito Privado Romano* (Editorial), in: *Interpretatio Prudentium* V.2020.2, 19-25.

Zwischenzeitlich sind uns folgende Besprechungen zum HRP bekannt geworden: Reinhard Zimmermann, *ZEuP* 21 (1923) 731-735; Stefan Vogenauer, *Roman Law Reloaded*, *Rg* 31 (2023) 220f.; Dagmara Skrzywanek-Jaworska / Joanna Kulawiak-Cyrankowska, *JEHL* 14 (2023) 250ff.; Nils Jansen, *RabelsZ* 87 (2023) 839-50; Ulrike Babusiaux / Franz-Stefan Meissel (Selbstanzeige), in: *SavZRG* 2024 (i.V.); A.J.B. Sirks, *TR* 91 (2023) 603-606; David Johnston, *JRS* 2024 (online: S. 1-3). Mit weiteren ist nach Auskunft des Verlages zu rechnen.

² Ulrike Babusiaux u.a. (Hg.), *Handbuch des Römischen Privatrechts* (Tübingen 2023).

³ Max Kaser, *Das römische Privatrecht*. Erster Abschnitt. Das altrömische, das vorklassische und das klassische Recht (München 1955; 2. Aufl. München 1971); Zweiter Abschnitt. Die nachklassischen Entwicklungen (München 1959; 2. Aufl. München 1975).

⁴ Wie man zu sagen pflegt, sicher belegt ist es nicht; vgl. Francesco Paolo Casavola, *Ritratto di Contardo Ferrini*, in: Dario Mantovani (a cura di), *Contardo Ferrini nel I centenario della morte. Fede, vita universitaria e studio dei diritti antichi alla fine del XIX secolo* (Milano 2003) 3-9 (8); zur Überlieferungsgeschichte Dario Mantovani, *Contardo Ferrini e le opere dei giuristi*, a.a.O. 129-170 (143f. Fn. 55).

aus französischer beziehungsweise italienischer Feder. Wenn das HRP dazu beitragen sollte, dass auch künftig ausländische Nachwuchswissenschaftler Deutsch lernen, dann wäre das nur gut so; die Vielsprachigkeit unserer Wissenschaft ist eine ihrer Stärken.

Nun aber zur inhaltlichen Grundentscheidung für die doppelte Prozesshaftigkeit: Zum einen geht es um die römische Rechtsgeschichte selbst als Prozess, also um eine diachrone Darstellung, die in Zeiten beginnt, über die man nur mit Umsicht sprechen kann, weil die Quellen nur indirekt Auskunft geben, die sodann alle Eigenheiten des „Vorklassischen“ und des „Epiklassischen“ ernstnimmt, die nicht eine monolithische „Klassik“ postuliert, sondern Strömungen und Entwicklungen, Individualitäten und Vernetzungen herausarbeitet, die dem „Nachklassischen“ ohne Vorurteil begegnet – und die auch dem justinianischen Recht seinen Eigenwert belässt.

Vielleicht war diese Zielsetzung in der Umsetzung besonders schwierig, weil von Thema zu Thema der Quellenbefund sehr unterschiedlich ausfällt. Die ganze römische Rechtsgeschichte in privatrechtlicher Hinsicht zu behandeln, muss aber Anliegen eines Werkes sein, das sich Handbuch nennt. Vielleicht ist es am Ende auch deswegen der gangbarste Weg, weil die Quellen uns nun einmal nicht den Gefallen tun, immer aus genau der Zeit zu sein, über die man gerade etwas wissen will. Zeitliche Versetztheit, textliche Geschichtetheit, daraus resultierende inhaltliche Brüche sind Signaturen vieler römischer Quellen, nicht nur der justinianischen. Dass eine Beschränkung auf nur eine Epoche aus genau diesem Grunde Schwierigkeiten bereitet, zeigen zwei berühmte – und bis heute lesenswerte – Versuche in dieser Richtung: Alfred Pernices⁵ ab 1873 erschienener „Labeo“ für die Frühklassik und Ernst Rabels⁶ „Römisches Privatrecht“ von 1915, das den – scheinbar – einfacheren Versuch einer Konzentration auf die Spätklassik unternimmt.

Zum anderen war uns daran gelegen, die Bedeutung prozessualer Aspekte zum Verständnis römischer Rechtstexte zu betonen. Das heißt weder, dass es keine Entwicklungen gegeben hätte, die materiellrechtliche Dogmatik prägen (in vielen Feldern bis heute), noch heißt es, dass Prozess in Rom

immer dasselbe gewesen wäre. Im Gegenteil: Prozesshaft im Sinne eines diachronen, aber nicht linearen oder bruchlosen Durchgangs durch alle Epochen ist auch die Entwicklung des Prozessrechts.⁷ Man denke nur an das Nebeneinander von spätem *lege agere*, Formularverfahren und Anfängen des Kognitionsverfahrens im frühen Prinzipat – und damit sind provinzielle Entwicklungen noch gar nicht besonders angesprochen. Immer aber ist es so, dass der moderne Blick automatisch „materiellrechtliche Inhalte“ sucht. Dagegen sollte man sich bewusst machen, dass für römische Juristen der Denk- und Handlungsrahmen stärker prozessual geprägt war als heute. In einer Digestenexegese legt man das für die einzelne Quelle selbstverständlich zugrunde;⁸ in einer Gesamtdarstellung, die dem modernen juristischen Leser zugänglich sein muss, ist es wesentlich schwieriger, Verzerrungen der Perspektive zu vermeiden. Übrigens wäre es interessant, Besprechungen aus weniger prozessorientierter Perspektive zu lesen, denn diese Frage betrifft das Werk in seiner Gesamtheit.

Ich werde gleich auf den Aufbau des HRP eingehen; für diesen Aufbau einen Kompromiss zwischen der Struktur der Fragen, von der moderne Leser (oder Autoren) sich nicht freimachen können, und den Eigenheiten der Quellen zu finden war vielleicht die größte konzeptionelle Herausforderung. Wo thematisch möglich, haben wir daher vorgegeben, eine Rekonstruktion der Prozessformel an den Anfang des einzelnen Beitrags zu stellen und die einzelnen Elemente der Formel zu diskutieren. Auch das kann man selbstverständlich mehr oder weniger kritisch tun. Sollte das HRP damit 150 Jahre nach dem Tode Rudorffs⁹ und fast 100 Jahre nach dem Erscheinen der dritten Auflage Lenels¹⁰ einen Beitrag zur Wiederbelebung der Diskussion um das Edikt und seine Rekonstruktion leisten, wäre schon das ein Erfolg. Denn diese Diskussion ist um 2000 steckengeblieben, auch wenn beispielsweise die *Scriptores Iuris Romani* zugleich wertvolle Beiträge zu Palingenesie und (je nach Werk)¹¹ Ediktsrekonstruktion darstellen.

Negativ: Was wollten wir nicht? Zunächst eine Orientierung an bestimmten leitenden Theorien oder Narrativen. Ganz abgesehen davon, dass große Teile der Zunft eher

⁵ Alfred Pernice, *Labeo. Römisches Privatrecht im 1. Jahrhundert der Kaiserzeit*, 5 Bde. Halle 1873–1900 (Ndr. Aalen 1963).

⁶ Ernst Rabel, *Römisches Privatrecht* (Berlin 1915; 2. unv. Aufl. Darmstadt 1955).

⁷ Dieser Gedanke prägt auch Mario Varvaro, *Lineamenti di procedura civile romana* (Napoli 2023).

⁸ Vgl. nur Christian Baldus, *Quae a philosopho desideretur oder Die Digestenexegese als Kunst der Vorfrage*, in: Dimitris Charalambis / Charis Papacharalambous (Hrsg.), *jus, ars, philosophia et historia. Festschrift für Johannes Strangas zum 70. Geburtstag* (Baden-Baden / Athen / Thessaloniki 2017) 789–807.

⁹ Vgl. nur Christian Baldus, *E agora Rudorff?* (Editorial), in: *Interpretatio Prudentium* VI.2021.2, 19–22.

¹⁰ Otto Lenel, *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung* (3. Aufl. Leipzig 1927); vgl. die teils erheblich abweichenden Voraufgaben (1883, 1907; frz. Paris 1901/1903). Für Aktualisierung und schnellen Zugriff bleibt unersetzt Dario Mantovani, *Le formule del processo privato romano* (2. Aufl. Padova 1999).

¹¹ Jedenfalls die beiden Bände zu Paulus ad ed.: Giovanni Luchetti / Antonio Leo De Petris / Fabiana Mattioli / Ivano Pontoriero, *Iulius Paulus ad edictum libri I–III* (Roma 2018); Giovanni Luchetti / Martina Beggato / Sabrina Di Maria / Fabiana Mattioli / Elena Pezzato, *Iulius Paulus ad edictum libri IV–XVI* (Roma / Bristol 2022). Aber auch bei jedem anderen Werk, dessen Aufbau ediktale Elemente enthält, ist an Rückschlüsse zu denken. Zur Systemdiskussion zuletzt Robin Repnow / Aaron Stumpf, *Themen in ‚ad Vitellium‘ und die äußeren Systeme der klassischen Jurisprudenz*, in: Christian Baldus / Giovanni Luchetti / Massimo Miglietta (a cura di), *Prolegomena per una palingenesi dei libri ‚ad Vitellium‘ di Paolo. Atti dell’incontro di studi italo-tedesco* (Bologna – Ponte Ronca 26–29 maggio 2016), Alessandria 2020, 307–352.

theorieavers sind:¹² Der Auftrag eines Handbuches ist es, zunächst einmal den *state of the art* festzuhalten und zu erschließen. Jede Autorin und jeder Autor hat einen eigenen Standpunkt und soll diesen auch äußern, aber nicht auf Kosten einer verlässlichen Darstellung des gegenwärtigen Erkenntnisstandes insgesamt. Steile Thesen mag man in Aufsätze oder Monographien packen, wenn man das für sinnvoll hält; in ein Handbuch gehören nur Perspektiven, die den eigenen Erkenntnisweg des Lesers respektieren. Nur diese Orientierung am *state of the art* konnten die Herausgeber, jenseits von Formalia, prüfen, und der Aufwand dafür war – je nach Autor – zum Teil sehr gering, zum Teil sehr hoch. Entsprechend haben wir darauf verzichtet, selbst *directions de recherche* zu benennen. Wer aufmerksam liest, wird bei vielen Autoren offene – und zentrale – Fragen finden.

Zweitens wollten wir keine enzyklopädische Darstellung, bei der kein Detail unerörtert bleibt. So etwas wäre schön, ist aber praktisch unmöglich und dient auch dem wohlverstandenen Interesse des Publikums an einem lesbaren Buch nicht. Die Artikel geben zu vielen Fragen ausdrücklich an, dass nur Weiterlesen zur Vertiefung führt, und eine möglichst umfassende Literaturverwertung war erbeten. Die jedem Artikel vorangestellte *bibliographie raisonnée* will den Zugriff erleichtern. Übrigens erlaubt sie bereits erste wissenschaftsgeschichtliche Schlüsse: Bei manchen Artikeln waren selbst zehn relevante Texte nur unter Einbeziehung des 19. Jahrhunderts zu finden, bei anderen musste schon für die neueste Zeit strikt ausgewählt werden.

Drittens haben wir uns gegen eine Darstellung entschieden, die ausdrücklich Brücken zur Gegenwart schlägt. Die Frage nach dem Verhältnis von Rechtsgeschichte und geltendem Recht findet viele legitime Antworten, und wenn man zu jeder Zentralessage auch nur drei europäische Zivilgesetzbücher oder Vereinheitlichungsprojekte zitierte, hätte man einerseits inhaltlich noch nichts zu Entwicklungen und deren Gründen gesagt, andererseits durch bloße Textnennungen Kontinuitäten und Parallelen im lebenden Recht insinuiert, die es geben mag, aber nicht muss. Außerdem veralten moderne Gesetze schneller als römische Quellen. Wer das HRP zur Vorbereitung einer Lehrveranstaltung gebraucht, in der er Verbindungs- oder Kontrastlinien ziehen will, findet zum antiken Recht alles, was er braucht, und alles andere muss er selbst kennen und verantworten. Das HRP ist durchaus auch für Menschen geschrieben, die beispielsweise wissen wollen, was heutiges Bereicherungsrecht mit den justinianischen *condictiones* oder der klassischen *condictio* oder den prätorischen Bereicherungsklagen oder mit der *legis actio per conditionem* zu tun hat. Gerade solche Leser brauchen aber niemanden, der ihnen vermerkt „Vgl. auch § 812 BGB“; sie brauchen eine Darstellung, die Entwicklungen so trans-

parent wie möglich darstellt, ohne Komplexitäten und Unsicherheiten zu unterschlagen. Inhaltsverzeichnis und Register führen sie an die Stellen des HRP, an denen ihnen Angebote gemacht werden.

3. Wie hat sich das alles in der Struktur des Werkes niedergeschlagen? Sie finden das Inhaltsverzeichnis vor sich.

Die oben erwähnte prozessuale Prägung wird deutlich in den Abschnitten II und V. Namentlich Abschnitt II hat den Herausgebern selbst unerwartete Einsichten vermittelt (besonders erwähnen möchte ich hier den Text von Georg Klingenberg). Abschnitt V macht nicht zufällig den gesamten zweiten Band aus. Seine Binnengliederung kann zunächst unproblematisch der römischen Trias der Klagen (*in rem, in personam, mit Adjudikationsklausel*) folgen und auch bei der Unterteilung der zahlreichen persönlichen Klagen sowie der Gruppierung der *actiones adiecticiae qualitatis* und der Verteidigungsmittel zeitgenössische Vorstellungen aufnehmen.

Die Abschnitte I – IV (erster Band) orientieren sich daran, dass der heutige Leser viele Fragen haben kann, die er nicht ohne weiteres mit einer *actio* (oder mit einer leicht identifizierbaren *actio*) verbinden wird. Wir haben diese Abschnitte daher sozusagen vor die Klammer gezogen, aber nicht im Sinne eines ahistorisch systematisierenden¹³ Allgemeinen Teils, sondern in dem einer Entlastung des Abschnitts V und einer selbstständigen Grundlegung zu ihm: Abschnitt I (Grundlagen) gibt einen geschichtlichen Überblick und eine Quellenkunde, die bewusst den Blick auch auf vernachlässigte Quellengruppen lenken will. Der bereits erwähnte Abschnitt II enthält mit den Handlungsformen den Versuch, Elemente, die in den verschiedensten Prozesssituationen bedeutsam werden konnten und über solche Situationen hinaus prägend gewirkt haben, zusammenfassend zu skizzieren. Ebenso vor die Klammer zu ziehen war mit dem Abschnitt III das Personenrecht, gerade weil in Rom vermögensrechtliche Modelle, mit denen wir uns bis heute auseinandersetzen müssen, unter ganz anderen sozialgeschichtlichen Bedingungen gewachsen sind. Es ist dies übrigens einer der Teile des Werks, bei dem wir besonders auf ein Gespräch mit der Geschichtswissenschaft hoffen. Mit den *personae* ist zugleich das erste Element des Gaiuschemas erreicht, das dritte werden die *actiones* in Band II sein. Dazwischen stehen im Abschnitt IV die *res*, insoweit in einem gajanisch weiten Sinn, als wir das Erbrecht dazu geschlagen haben.

Dieser Aufbau führt zu Überschneidungen. Es gibt Artikel über *iura in re aliena* im Abschnitt IV, und es gibt einen über *actiones negatoriae* und *confessoriae* in Abschnitt V. Man findet das Testament bei den Handlungsformen, bei den *res* und bei den erbrechtlichen Klagen. Die Beispiele ließen sich vermehren, wie Sie der Gliederung entnehmen.

¹² Vgl. Christian Baldus, Wer braucht die Meistererzählungen? Eine rechtsromanistische Perspektive, in: ZNR 43 (2021) 92-118.

¹³ Zur Historizität des AT-Modells Wojciech Dajczak / Christian Baldus (Hrsg.), Der Allgemeine Teil des Privatrechts. Erfahrungen und Perspektiven zwischen Deutschland, Polen und den lusitanischen Rechten (Frankfurt a.M. u.a. 2013); dies. (Hrsg.), Der Allgemeine Teil des Privatrechts. Historische Wurzeln – Leistungsfähigkeit im 21. Jahrhundert (Frankfurt a.M. u.a. 2018).

Aber: Ohne Kompromisse ging es nicht. Wir haben im antiken Recht trotz einiger Experimente kein Darstellungsschema gefunden, das vollständig hätte übernommen werden können, weil es für moderne Leser hinreichend transparent wäre. Wir haben umgekehrt keine modernen Lesern leicht zugriffsfähige Gliederung gefunden, die nicht zu einem ahistorischen Bild des römischen Rechts geführt hätte; und es ist legitim, wenn Leser im Schwerpunkt auf klassisches Vermögensrecht schauen, denn dieses Recht ist am besten dokumentiert und hat am stärksten fortgewirkt.

Das im gewählten Modell angelegte Risiko eines erhöhten Koordinationsaufwandes hat sich freilich ebenso realisiert wie dasjenige, dass einzelne Institute und Phänomene erst im Verlauf der Bearbeitung zugeordnet werden konnten. Um die internen Verweise haben wir uns sehr bemüht. Verknüpfungen können gleichwohl zum Teil nur die Register schaffen (die der Verlag leserfreundlich in einen gesonderten Band gebracht hat), künftige Forschung mag manche Lücke solcherart erkennen und schließen. Kompromisse generieren oft neue Reibungen bis ins Begriffliche hinein.

Leserinnen und Lesern, Rezensentinnen und Rezensenten wird all das auffallen: Wir freuen uns auf Hinweise. Und wir freuen uns, wenn man uns sagt, wie besser hätte verfahren werden können, ohne entweder ein modernes System zurückzuprojizieren oder aber dem modernen Leser Steine statt Brot zu geben.

4. Wer soll das lesen? Unser Wunsch: möglichst viele Kolleginnen und Kollegen, aber auch schon Studierende beispielsweise für Seminararbeiten. Man wird sich nicht die Illusion machen, alle Geltendrechtler zu erreichen. Wer in drei Minuten wissen will, wie das so war mit Treu und Glauben bei den alten Römern, dem ist mit keinem Buch geholfen. Wer sich aber die nötige Zeit für eine ernsthafte Auseinandersetzung nehmen kann und will, wer sich ein eigenes Bild von Kontinuitäten und Diskontinuitäten, Parallelen und Divergenzen machen will, für den ist dieses Buch geschrieben, hoffentlich so, dass fachliche Präzision den Zugang nicht versperrt. An dieser Stelle sollte ich ein „tu felix Austria!“ einschieben: Wo römisches Recht Pflichtfach ist, da verfügt jeder Geltendrechtler über Grammatik und Vokabular des römischen Rechts. In Deutschland ist dies hingegen im Wesentlichen eine Frage von Studienorten und Studienpräferenzen.

Das HRP ist aber auch für Historiker, Philologen und andere Vertreter jener Fächer geschrieben, von denen die Rechtsromanistik so viel lernen kann, angefangen bei der Quellenauswahl und Quellenkritik. Der Dialog mit den anderen Altertumswissenschaften ist leider im deutschen Sprachraum ebenso verbesserungsfähig wie der mit dem geltenden Recht (im italienischen liegen die Dinge günstiger, was die Nachbarfächer, und weniger günstig, was das geltende Recht angeht). Auch die Defizite im interdisziplinären altertumswissenschaftlichen Gespräch liegen an beiden Seiten. Wir

Rechtsromanisten lesen zu wenige so genannte nichtjuristische Quellen, zu wenige Neuerscheinungen aus den Philosophischen Fakultäten, und wir hinterfragen zu wenig die Wirkungen, die eine juristische Ausbildung auf den Umgang mit historischen Fragen hat: Juristen müssen immer eine Antwort finden, Historiker müssen oft genug sagen, dass die Quellen leider keine Antwort geben. Der Umgang mit der *ars nesciendi* markiert disziplinäre Grenzen. Probleme gibt es aber auch auf der anderen Seite – Scheu vor der Arbeit mit dem, was man konventionell „juristische Quellen“ nennt, in manchen Zirkeln auch die Verselbständigung modischer oder politischer *turns*, die am Ende von den Sachfragen wegführen, wie Jonas Grethlein¹⁴ es jüngst eindrucksvoll für die *Classics Debate* vorgeführt hat. Wer aber an der Geschichte normativer Phänomene und an den Dokumenten interessiert ist, in denen solche Phänomene sich niedergeschlagen haben, der findet im HRP das, was Rechtsromanisten heute belastbar sagen können.

Ehrlich sollte man ein Drittes sagen: Das HRP richtet sich nicht an ein breiteres Publikum. Das geben Materie, Format und Preis nicht her. Für Popularisierung, die immer mit wissenschaftlichen Risiken verbunden ist, eignen die Technizitäten sich nicht, die nun einmal alle und im Zusammenhang diskutiert werden müssen, wenn ein wissenschaftlicher Diskurs geführt werden soll. Romanisten können durchaus einzelne Fragen oder Fälle populär aufbereiten; bei einer Gesamtdarstellung hat das keinen Sinn. Die Chance, dass in Bahnhofsbuchhandlungen Werke für 629 € gekauft werden, ist ohnehin gering.

5. Wie soll es weitergehen? Wissenschaftler sind eitel und wollen in Rezensionen lesen, sie hätten ein Monument geschaffen; aber Vorsicht empfiehlt sich: Auf Monumenten steht oft, wir haben es eben gehört, *Dis manibus*, und unserer Wissenschaft wollen wir noch längeres Leben wünschen als uns selbst. Monument kommt von *monere*, ob aber die Nachwelt sich mahnen lassen will, liegt an ihr. Bleiben wir also einstweilen bei der Momentaufnahme, beim *movere*, fragen wir uns, ob ihr ein Momentum innewohnen kann – und ob ein solches Momentum wünschenswert ist. Dazu drei Gedanken: Filterung, Fokussierung, Katalyse.

Filterung: Wenn ein Referenzwerk existiert, dann enden viele Recherchen dort. Wir schlagen eine Quelle oder einen Begriff bei Kaser nach, und wenn dort etwas uns Überzeugendes steht, suchen wir nur dann weiter, wenn es um mehr geht als eine Abrundungsfußnote. Aspekte oder Ansichten, die im Referenzwerk nicht stehen, können wissenschaftsgeschichtlich in Vergessenheit geraten. Das führt zu Pfadabhängigkeiten negativer Art – Wege wachsen zu.

Fokussierung: Im Gegenzug haben Wege, die das Referenzwerk begeht, positiv die Chance, von vielen begangen und dadurch wichtiger zu werden. Was inhaltlich oder wenigstens als Gegenstand von Literaturhinweisen im Werk erscheint, kann weiterwirken.

¹⁴ Jonas Grethlein, *Antike und Identität. Die Herausforderungen der Altertumswissenschaften* (Tübingen 2022).

Diese Effekte sind umso stärker, je besser das Referenzwerk ankommt. Lehrbücher können ganze Meistererzählungen¹⁵ transportieren, man denke nur an Fritz Schulz¹⁶ oder Franz Wieacker¹⁷. Ein vergleichsweise heterogenes Bild wie das vom HRP erzeugte ist möglicherweise weniger suggestiv. Doch auch hier tragen Autoren und Herausgeber eine erhebliche Verantwortung an einer Schleuse der Wissenschaftsgeschichte. Die Chance, Filterungs- und Fokussierungseffekte zu reduzieren, besteht am ehesten in dem Moment, in dem das Referenzwerk auf den Markt kommt. Die frühen Leser haben noch den Vergleich mit der weniger übersichtlichen, aber reicheren, Diskussion, die durch das Werk alsbald neu strukturiert wird.

Das HRP strebt es nicht bewusst an, Pfadabhängigkeiten zu schaffen; dass sie nicht ganz vermeidbar sind, weiß es. Auch deswegen sind Rückmeldungen jeder Art, von der individuellen Nachfrage zu einem einzelnen Punkt über Reflexionen zur Qualität und Vernetzung einzelner Beiträge bis hin zum Rezensionssaufsatz, so wichtig. Solche Rückmeldungen werden vermutlich in näherer Zeit nicht in eine Neuauflage oder auch nur in einen um Druckfehler bereinigten Neudruck eingehen, wengleich wir uns natürlich möglichst viele Menschen und Institutionen wünschen, die partout nicht wissen, wie sie gerade 629 € ausgeben könnten. Sie wirken aber sachwidriger Filterung und Fokussierung entgegen und tragen zu dem bei, was ich Katalyse nennen möchte, gerade weil das HRP zunächst einmal so bleiben wird, wie es ist.

Katalytisch wirkt eine umfassende Momentaufnahme insoweit, als sie das Diskutieren über alle Probleme erleichtert. Das ist die positive Seite des Filterns und Fokussierens. Man hat zu jedem relevanten Thema eine aktuelle Darstellung zur Hand und muss nicht zumindest Kasers zweite Auflage mit einer Recherche über fünfzig Jahre hinweg kombinieren, um eine literarische Grundlage zu haben. Die Diskussion kann sich also beleben, ausgehend nicht zuletzt von dem Referenzwerk selbst und den Reaktionen, die es erzeugt. Wenn die solcherart ermöglichten oder beschleunigten Reaktionen dann dazu führen, dass der Diskussionsstand voranschreitet und das Referenzwerk irgendwann überarbeitungsbedürftig wird (überflüssig werden rechtshistorische Werke nie), dann hat die Momentaufnahme über den Moment hinaus gewirkt. An Kasers Handbuch kann man diesen Effekt gut beobachten.

6. Wir haben im Vorwort und in der Mitarbeiterliste so knapp als möglich allen gedankt und aller gedacht, ohne die

es dieses Werk nicht gegeben hätte. Ich möchte dem hier nur einen Aspekt hinzufügen: Dankbar sind wir auch dem Werk selbst, denn es hat als erstes unseren eigenen Blick auf unsere Forschungsgegenstände verändert. Ein Handbuch mit 65 Autoren und 112 Beiträgen ist zwar Quelle enormen konzeptionellen und koordinierenden Aufwandes, aber Konzeption und Koordinierung zwingen zur Reflexion über die Materie insgesamt, und solche Reflexion tut gerade Wissenschaftlern gut, die sich schon einige Jahrzehnte im Fach bewegen und damit in der Gefahr stehen, ihre eigenen Präferenzen, Ansätze und Deutungen zu wichtig zu nehmen.

Vor allem war es wichtig, dass die Herausgeber selbst mitgeschrieben haben: nicht in der durchaus unangemessenen Vorstellung, die besten Experten für die betreffenden Artikel zu sein oder gar generelles Vorbild für die anderen Autoren, von denen einige uns durch die Exzellenz ihrer Beiträge geradezu beschämt haben, sondern zwecks Einordnung in und Unterordnung unter das Projekt. Genau dies bringt einen dann über das Projekt hinaus weiter: Die Herausforderung, eine Materie in den wesentlichen Punkten vollständig und doch lesbar darzustellen, lehrt Bescheidenheit, und sie lehrt Römisches Recht.

Ich nehme vorsichtshalber mein eigenes Beispiel. Als ich die Liste sämtlicher Quellen, die nach dem lexikalischen Befund möglicherweise etwas mit der *rei vindicatio* zu tun haben (und wir wissen, dass die Exegese überdies Ergebnisse jenseits des Lexikalischen hervorbringen kann), zusammen hatte, war mir klar, dass ich noch viel über ein mir nicht ganz neues Thema lernen würde. Als ich gemeinsam mit den Mitarbeitern am Ende einzelne für uns nicht lösbare Probleme unter den Teppich gekehrt habe, der da Fußnotenapparat heißt, war mir klar, dass ich noch viel mehr würde lernen müssen. (Wenn Sie barfuß über den Teppich gehen, spüren Sie die Unebenheiten. Exegeten gehen barfuß.) Jeder von uns hat erste Nebenprodukte der Handbucharbeit¹⁸ vor sich, und jeder hat bei neuen Projekten einen veränderten Zugriff. Das alles hätte man nicht, wenn man den Aufwand nicht getrieben hätte.

7. Das HRP spiegelt die Möglichkeiten des Moments. Es ist verbesserungsfähig wie jede Bestandsaufnahme, und es wird wissenschaftsgeschichtlich selbst zur Quelle wie jede Momentaufnahme. Wenn es dazu beiträgt, in künftigen Momenten die Arbeit zu erleichtern und den Weg für neue Perspektiven zu eröffnen, dann ist schon viel gewonnen. Ob es einmal als Monument gelten wird, steht nicht zu unserer

¹⁵ Vgl. nochmals Baldus (Fn. 11) und die ganze ZNR-Serie zu diesem Thema, beginnend mit Emanuele Stolfi, Zwischen Gesamtdarstellungen und „Microhistoire“: Einige Bemerkungen über die heutige italienische Rechtsgeschichtsschreibung, in: ZNR 2020, 243-264.

¹⁶ Zu ihm jetzt Philipp Rohdenburg, Die Entwicklung der romanistischen Methode bei Fritz Schulz (Tübingen 2022).

¹⁷ Vgl. Okko Behrends / Eva Schumann (Hrsg.), Franz Wieacker – Historiker des modernen Privatrechts (Göttingen 2010) 213-221.

¹⁸ Vgl. zu dem soeben gegebenen Beispiel des § 59 (Herausgabeklage des Eigentümers, *rei vindicatio*) bisher: Christian Baldus, Vermächtnisaussetzung, Bestattungsprivileg und *actio utilis*. Bemerkungen zu Scaev. 2 quaest. D. 11. 7. 46, in: Lisa Isola (Hrsg.), Klauselgestaltungen in Römisches Testamenten. Akten einer Internationalen Tagung zum Römisches Testamentsrecht (6./7. November 2020 / Wien/online) (Frankfurt a.M. u.a. 2021) 79-93; ders., *Exceptio rei venditae et traditae* und Peregrinenrecht, in: *Seminarios Complutenses de Derecho Romano (SCDR)* 34 (2021) 43-59. An zahlreichen Stellen konnten Einsichten aus dem HRP-Projekt verarbeitet werden in Alfred Söllner / Christian Baldus, *Römisches Recht* (6. Aufl. Heidelberg 2022).

Beurteilung. Auch insoweit kann man von Max Kaser lernen: Wenn ihm eine neue Schrift zur Kenntnis kam, dann ließ er sich bis ins hohe Alter auch von den Ansichten junger Kollegen überzeugen. Die Unterschiede zwischen der ersten und der zweiten Auflage seines Römischen Privatrechts zeigen diese Offenheit für den Diskurs besonders deutlich. Kaser hatte weiterhin die Größe, ausdrücklich offenzulassen, was er mit den jeweils verfügbaren Möglichkeiten nicht lösen konnte, wie die Fußnoten belegen, in denen es etwa heißt „Die Frage bedarf neuer Erörterung“. Was Kaser in diesem Sinne nicht geklärt schien, ist normalerweise Stoff genug zumindest für einen Aufsatz. In diesen Arbeitsanweisungen für ganze Generationen von Romanisten liegt ein Teil der Monumentalität des Kaser'schen Werkes.

Das HRP hat nicht alle Fragen gelöst, die Kaser neu beabsichtigt sehen wollte. Es legt auch nicht alle Fragen offen, die zur Überzeugung der Autorinnen und Autoren offen bleiben, sondern geht einen Mittelweg zwischen strukturierender Darstellung und kritischem Forschungsbericht. Es verfolgt mit den Mitteln unserer Zeit das, was schon Kasers Ziel war: Juristen und Nichtjuristen einen Zugang zu unserem Fach zu bieten; den Diskurs zu fördern, ohne den es keinen



Fortschritt geben wird. Wir sehen im HRP die Romanistik des frühen 21. Jahrhunderts. Durch sie sehen wir hoffentlich möglichst viel *diritto romano dei romani*, *diritto romano problematico*:¹⁹ römisches Recht, soweit und so wie das frühe 21. Jahrhundert es denn imstande ist zu sehen.

Christian Baldus*

¹⁹ Dass die erste Formel, soll sie nicht völlig illusorisch sein, nur im Sinne der zweiten gebraucht werden kann, hat lange vor dem HRP Mario Talamanca gesehen – und auch seither niemand klarer als er.

* Prof. Dr. Christian Baldus, Institut für geschichtliche Rechtswissenschaft, Juristische Fakultät, Universität Heidelberg, Deutschland, E-Mail: baldus@igr.uni-heidelberg.de / ORCID 0000-0002-4740-0410.

Report from the International Memorial Course Marko Petrak: Roman Legal Tradition and Contemporary Legal Systems

Roman law lives on today. It is embedded in every European legal system, within specific institutions and rules, and burns most passionately in the academics who study it. It stands as the sole academic discipline that has been taught and studied in nearly its entirety for over one thousand five hundred years. Marko Petrak (1972–2022), the late esteemed professor of Roman law at the University of Zagreb played a pivotal role in advancing Roman legal science through his exceptional contributions as both a researcher and a teacher. His multidisciplinary background as a lawyer, legal philosopher, and theology student led to his interest in Canon Law, and the philosophical aspects of Roman and Byzantine Law. Among numerous works, the Romanists are most grateful for his amended and revised student's book *Rimsko pravo (Roman Law)*, meanwhile *Traditio Iuridica, volumes I and II* simplify legal studies in a great deal. The first part – *Regulae iuris* – represents a collection of still relevant Roman legal maxims, the second part – *Verba iuris* – contains

important legal terminology and institutes. Much appreciated are also a co-authored textbook *Katolička crkva, vjerske zajednice i hrvatski pravni sustav (Catholic Church, Religious Communities, and the Croatian Legal System)* and *Religion and Law in Croatia*. His contributions of one hundred and thirty entries to *The Croatian Encyclopedia* and six hundred entries from the Roman and canon law field to the legal lexicon represent an enviable achievement as well. He added to the growth of legal science as a member of the editorial board of several prestigious international and local legal journals – *Legal Roots: The International Journal of Roman Law, Legal History and Comparative Law, Ius Romanum, Forum Prawnicze, Akropolis: Journal of Hellenic Studies, Studia Iuridica Montenegrina, Studies in the History of Private Law, Studia Canonica: Studies in the History of Private Law* and *Collected papers of Zagreb Law Faculty (Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu)*.¹

The seminar *Roman Legal Tradition and Contemporary Legal Systems: International Memorial Course Marko Petrak* was

¹ See also HELD, H. R., In memoriam Marko Petrak, in: *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 72, Nr. 3, 2022, p. 947–954.

held at the *Inter University Centre Dubrovnik*, Croatia, from October 16–18, to honour the extraordinary work of the late scholar and to ensure that his legacy continues. Additionally, the event provided participants with the opportunity to forge new friendships and exchange experiences from the exploration of Roman law and legal history.

At the beginning of the course, the co-organiser of the event, professor Tomislav Karlović, (*Faculty of Law, University of Zagreb*) welcomed the participants: professors, assistants, and students from Croatia, Germany, Bosnia and Herzegovina, Serbia, Italy, Poland, Montenegro, and Slovenia. A special greeting was extended to Iva Petrak, Marko Petrak's mother, a professor at the Faculty of Medicine, University of Zagreb.

Professor Karlović then introduced the seminar's programme and announced the first session titled *Roman Legal Tradition, Methodology and Teaching of Roman Law of Contemporary World*. It was opened by Professor Franciszek Longchamps de Bérier (*Faculty of Law and Administration, Jagiellonian University*) and his lecture *Utriusque Iuris and the Universality of Legal Studies*.² The lecturer focused his discussion around the notable Polish astronomer Copernicus, who, surprisingly, also had a doctorate in both laws (*ius utrumque*). The following lecture was given by Professor Emeritus Janez Kranjc (*Faculty of Law, University of Ljubljana*) entitled *What Kind of Roman Law (If Any!) Should We Teach/Learn in the Age of AI?* He underscored the optimal role of artificial intelligence in shaping the future landscape of legal studies, highlighting the increasing importance of interpreting legal rules in the face of a boundless influx of data. This marks a departure from the conventional focus on memorisation in legal education, signalling a need for greater emphasis on the nuanced interpretation and evaluation of legal principles. Professor Nikol Žiha (*Faculty of Law, J. J. Strossmayer University*) delved into *Value Education in the Roman Legal Curriculum* introducing various methods of integrating moral dilemma debates into the teaching of Roman law, sparking an engaging discussion, which ultimately led to a consensus that values are an essential component of teaching Roman law. Professor Pierangelo Buongiorno (*Faculty of Law, University of Macerata*) continued with his lecture entitled *In re praesenti. Roman Jurisprudence and Administration Between the Republic and Early Principate*.³ He analysed the locution *in re praesenti* on the basis of various legal and literary sources and pointed out the several semantic shifts it underwent over time, giving the audience

a methodological insight into how concretely legal historians should work with Roman legal sources.

Later, the session on *Roman Legal Issues* took place, starting with Professor Silvia Schiavo (*Faculty of Law, University of Ferrara*), who spoke on *Ingratitude in Roman Legal Tradition*.⁴ Through the analysis of late classical rescripts, she addressed the question of *revocatio in servitutum* caused by the ingratitude of the freedman. She sought to refute the prevailing view, which asserts that such sanctions were forbidden according to the contemporary constitutions. The next speaker was Professor Tommaso Beggio (*Faculty of Law, University of Trento*) who spoke on *Ancient legal history and the study of Roman law: the Scientific Tension Between Dogmatics and the Historisierung of Roman law in the Thought of Ludwig Mitteis*.⁵ He investigated the dichotomy between methodological approaches to studying Roman law, e.g. systematic and dogmatic *die Pandektenwissenschaft* (the Pandect-science) and the interpolation research (*Interpolationenforschung*), that came to the forefront among Romanists in the 19th and early 20th century. He also discussed the position of the Ljubljana-born jurist Ludwig Mitteis in this methodological debate. The day ended with a guided tour of Dubrovnik offered by the Dubrovnik Tourist Board. This proved to be a wonderful opportunity to discover the fascinating sights of a city which, through trade and skilful diplomacy, made a name for itself as an independent maritime republic from 1358 to 1808.

The next day professor Enrico Sciandrello (*Faculty of Law, University of Torino*) delivered the presentation on *The Roman Conception of Contract and its Legacy in Modern Legal Systems*.⁶ He outlined the evolution of the contract in Roman law, from Labeo's definition of the contract as a reciprocal obligation to Ulpian's concept in D. 50, 16, 19, where the *consensus* became the central element of the contract. He concluded by highlighting the impact of Roman theories on modern legal systems. Assistant Professor Grzegorz Blicharz (*Faculty of Law and Administration, Jagiellonian University*) followed with a lecture entitled *Locatio conductio as an Innovative Factor in Private Law*. He discussed the use of *locatio conductio* in the ancient period and its relationship with religion. Finally, he compared the legal status of Roman freedmen, who performed work for their former owners on the basis of *locatio conductio*, and modern platform workers, such as Uber drivers.⁷ Assistant Professor Marko Sukačić (*Faculty of Law, J. J. Strossmayer University*) took floor by delivering his contribution on the topic *Error in Substantia and Material Defects*.

² See LONGCHAMPS DE BÉRIER, F., The Historical Lawyer and the Goals of Legal Education. In: *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 72, Nr. 3, 2022, p. 777–797.

³ To pay respect to the late academic, a special issue of *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* is about to be published. See BUONGIORNO's article, titled "In re praesenti, in rem praesentem". Indagine semantica su una locuzione tecnico-giuridica.

⁴ See SCHIAVO, S., Sulla *revocatio in servitutum* dei liberti ingrati in alcuni rescritti tardoclassici. In: *Tesserac Iuris*, vol. 3, Nr. 2, 2022, p. 105–130.

⁵ See BEGGIO, T., Tra Rechtsdogmatik e vergleichende Rechtsgeschichte. Questioni di metodo e studio del diritto romano nell'opera di Paul Koschaker. In: *Methodenfragen der Romanistik im Wandel: Paul Koschakers Vermächtnis 80 Jahre nach seiner Krisenschrift*. Tübingen, 2020.

⁶ See SCIANDRELLO, E., 'Nomen contractus' e 'nuovi contratti'. L'agere praescriptis verbis laeoniano tra tipicità e atipicità contrattuale. In: *Diritto@storia*, vol. 8, Nr. 12, 2014.

⁷ See BLICHARZ, G., Platform Workers as 'Freedmen': Reflections on the EU Proposal. In: *Constitutional Discours*, 2022.

He examined the conflicting perspectives of Roman jurists regarding the situations where the distinction between *error in substantia* and *error in qualitatem* was unclear. During his presentation, he aimed to highlight the differences between these two errors and discussed the potential legal consequences that could arise. Subsequently, Assistant Professor Aleksander Grebieniow (*Faculty of Law, University of Warsaw*) presented a discussion on *Anticipating Succession Mortis Causa in a Light of Roman Law Sources - a Methodological Problem*.⁸ The focal point was the fact that in ancient Rome, as well as nowadays, people turned to other legal institutions in order to achieve goals that were discouraged by the law. For example, if the legal system tries to restrict the possibility of leaving assets to a particular person when you die, you could opt for a gift during your lifetime. After that, Professor Tomislav Karlović (*Faculty of Law, University of Zagreb*) gave his lecture on *Error in Persona - Introduction of the Concept Through Canon Law*, stressing that the so-called *error in persona* cannot be found in Roman sources, as it is an invention of canon law. Its emergence was influenced by Roman law and moral theology.

Afterwards, the participants visited the State Archives in Dubrovnik, where they were able to view outstanding historical documents, including what are believed to be the oldest quarantining decrees in Europe⁹ and the almost thousand-year-old Statute of *Ragusa* (Dubrovnik). After lunch, the attendees were offered a tour of the Dubrovnik city walls. With stunning natural surroundings, including the nearby island of Lokrum, and amazing architecture, it was easy to see why Dubrovnik is so popular with visitors from all over the world.

On the final day, the morning session entitled *Medieval and Canon Law – Contributions to the Roman Legal Tradition and Vice Versa* began with a lecture by Professor Guido Pfeifer (*Faculty of Law, Goethe University of Frankfurt am Main*). He spoke on the *Late Medieval Reception of Roman Law as a Matter of Creative Adaption – the Case of Ius Regale Montanorum*.¹⁰ He focused on the analysis of the role of Roman law in the formation of rules regulating relationships in mines. Profes-

sor Andreja Katančević (*Faculty of Law, University of Belgrade*) then presented *Mining Laws in Medieval Serbia* focusing on the possible influences of Saxon mining law on Serbian law.¹¹ *The exciting life of the Superficies solo cedit Principle* was the penultimate presentation of the section delivered by Professor Marko Kambič (*Faculty of Law, University of Ljubljana*), who discussed the application of one of the fundamental principles in property law, namely the principle of *superficies solo cedit*, tracing its use from ancient Roman times to the present day. Among various insights, he highlighted a remarkable shift that occurred after the socialist communist revolution in the former People's Republic of Yugoslavia. The principle was ideologically reversed to *solum cedit superficiei*, meaning that, in many cases, a builder who unintentionally built a structure on someone else's land became the owner of both the building and the land.¹² Finally, Professor Henrik-Riko Held (*Faculty of Law, University of Zagreb*), who made a presentation *Res Sacrae – Roman Law, Canon Law and Contemporary Protection of Cultural Goods*¹³ directed his attention to the legal status of *res sacrae*, in particular those objects that enjoy dual legal protection. He highlighted how this concept has been incorporated into both canon law and contemporary secular legal systems.

The final session began with Mr Matteo Cristinelli (*Faculty of Law, University of Trento*) presenting *In Universum ab Accusatione Desistere: Crimen Tergiversationis in Criminal Trials During the Principate*. He focused on a specific case, illustrating a criminal trial during the Principate, in which only two of the heirs appeared before the court, leaving the others vulnerable to *crimen tergiversationis*. This offence involved the withdrawal of the accuser from a criminal trial.¹⁴ Mr Kacper Ładkowski (*Faculty of Law and Administration, Jagiellonian University*) then spoke on the *Roman or Greek? On the Origin of the Rhodian Law of Jettison*.¹⁵ The presentation dealt with the *lex Rhodia de iactu*, which raised many questions about its origin. Hereafter, Mr Bartosz Wiśniewski (*Faculty of Law and Administration, Jagiellonian University*) discussed *The Reception of Roman Law in China*.¹⁶ The next speaker was Vid Žepič (*Faculty of Law, University of Ljubljana*). In his lecture entitled

⁸ See GREBIENIOW, A., Law of Succession: Roman Framework and Comparative Perspective. In: *Index: quaderni camerti di studi romanistici, international survey of roman law*, vol. 1, Nr. 41, 2013, p. 333–342.

⁹ The Decree of Dubrovnik was issued by the Great Council of Dubrovnik on 27 July 1377 and is of great historical importance. However, as noted by ŽEPIČ, V., 'Pandemic Criminal Law' in Continental European Legal History. In: *Journal on European History of Law*, vol. 13, no. 2, 2022, p. 54, the Visconti Decree of 1374 concerning the city of Reggio had already ordered the isolation of the infected and those in close contact with them.

¹⁰ See PFEIFER, G., *Ius Regale Montanorum: ein Beitrag zur spätmittelalterlichen Rezeptionsgeschichte des römischen Rechts in Mitteleuropa (Abhandlungen zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung)*. Ebelsbach, 2002.

¹¹ See KATANČEVIĆ, A., Legal Regime of Land in the Mining Areas of Medieval Serbia. In: *Collected Papers of the Faculty of Law, University of Novi Sad*, vol. 54, Nr. 3, 2020, p. 1065–1078.

¹² See KAMBIČ, M., Preživetje rimskega prava v ODZ in usoda načela superficies solo cedit. In: *Podjetje in delo: revija za gospodarsko, delovno in socialno pravo = Company and labour: A journal for commercial, labour and social law*, vol. 38, Nr. 1, 2012, p. 58–74.

¹³ See HELD, H.-R., *Res sacrae* in Romano-canonical Legal Tradition. Vicissitudes of a Roman Legal Concept in Canon Law and Contemporary Legal Systems. In: *A New Role for Roman Taxonomies in the Future of Goods?* Padova, 2022, p. 121–147.

¹⁴ See CRISTINELLI, M., *La desistenza dall'accusa nei processi criminali di età imperiale: tergiversatio e abolitio criminum*. Trento, 2023.

¹⁵ See ŁADKOWSKI, K., *Zasada rodyjska o rzucie według prawa rzymskiego*. Kraków, 2021.

¹⁶ See WIŚNIEWSKI, B., The Reception of Roman Obligations in China. In: *Confrontation and Cooperation 1000 Years of Polish-German-Russian Relations*, vol. 4, Nr. 1, 2018, p. 40–45.

Etymology as *Argumentative Topos* in Roman Legal Literature, he pointed out the immense importance of etymology, using the illustrative examples of *fides*, *furtum*, *pignus*, *mutuum* and *servus*. He emphasised that, according to ancient stoics philosophers as well as Roman jurists, the origin of words proved to be helpful when trying to understand the meaning of legal institutions.¹⁷ Assistant Mirna Dajak (*Faculty of Law, University of Split*) dealt with the *Physicians as a Part of the Concept of Artes Liberales*. She spoke about several legal aspects surrounding the *operae liberales* in ancient Rome and emphasised the problem of physicians' legal liability. Mrs Enida Dučić (*Faculty of Law, University of Sarajevo*) presented the topic *Ius commune Europaeum: Reviving Roman Law for Modern Legal Harmonization*.¹⁸ The final speaker was Mr Mirza Hasić (*Faculty of Law, University of Sarajevo*), who shared his thoughts on *Roman Legal Rules in the Practice of the Court of the European Union and Their Influence on the Harmonization of the EU Law*.

On top of Professor Petrak's extraordinary work, what truly set him apart was his inspiring and genuine personality. This was the sentiment echoed by many of his colleagues, friends, professors, young researchers, and also students who participated in the course. Since such an extraordinary com-



bination of personal qualities is so rarely encountered these days, the multiple-time awarded¹⁹ scholar's friends sincerely hope that the Dubrovnik seminar will be the first of many more in the future.

*Zala Breclj**, *Teja Benčič***, *Neli Dobnikar Klepec****,
*Izabela Franetič*****, *Domen Bogdan******

¹⁷ See ŽEPIČ, V., Etymology as Argumentative Topos in Roman Legal Literature. In: *Keria: Studia Latina et Graeca*, vol. 24, Nr. 2, 2022, p. 113–152.

¹⁸ See DUČIĆ, E., Striving for Legal Convergence: Assessing the Challenges and Benefits of *Ius Commune Europaeum* in Bosnia and Herzegovina's Privat Law. In: *XXVIIth Annual Forum of Young Legal Historians »Meeting of Legal Cultures«, Book of Abstracts*. Sarajevo, 2023.

¹⁹ In 2002 he was awarded the annual prize for young researchers and artists' yearly award of university teachers and other scientists of Zagreb (Godišnja nagrada Društva sveučilišnih nastavnika in drugih znanstvenika u Zagrebu). Thirteen years later Croatian Canon Law Association (*Consociatio canonistica Croatica*) honoured him for his extraordinary scientific contribution to the development of canon Law.

* Zala Breclj, Faculty of Law, University of Ljubljana, Slovenia, email: zala.breclj@gmail.com / OCRID 0009-0003-2791-5518.

** Teja Benčič, Faculty of Law, University of Ljubljana, Slovenia, email: teja.bencic@gmail.com / OCRID 0009-0009-2654-6339.

*** Neli Dobnikar Klepec, Faculty of Law, University of Ljubljana, Slovenia, email: 0009-0005-6265-2762 / neli.dobnikar@gmail.com.

**** Izabela Franetič, Faculty of Law, University of Ljubljana, Slovenia, email: izabela.franetic3@gmail.com / OCRID 0009-0004-3207-8109.

***** Domen Bogdan, Faculty of Law, University of Ljubljana, Slovenia, email: domenbogdan1@gmail.com / OCRID 0009-0000-9963-6575.

Bemerkungen aus Landes- und Rechtsgeschichte zur Fotoausstellung „Glaubens- und Lebenswelt der Bergleute: Glück auf, Glück auf, den kreutzbraven Leut!“ (Püttlingen/Saar, Oktober bis Dezember 2023)

Die Arbeits- und Glaubenswelt der Bergleute an der Saar war Thema der Ausstellung, die am 7. Oktober 2023 im Püttlinger Kloster Heilig Kreuz eröffnet wurde. Die Fotografenmeisterin Marion Sänger hat diese Ausstellung mit dem vollen Titel „Glaubens- und Lebenswelt der Bergleute: Glück auf, Glück auf, den kreutzbraven Leut!“ konzipiert. Unsere nachstehende Eröffnungsrede, die durch weitere Quellen und Hinweise erweitert wurde, stellt dazu wesentliche Punkte vor.

Liebe Frau Fotografenmeisterin Marion Sänger, sehr geehrte Abordnungen der Bergmannsvereine, Bergleute mit Familien,

liebes Leitungsteam des Geistlichen Zentrums sowie geistliche wie weltliche Vertreter und Besucher dieser Ausstellung,

als ich von Ihrer Idee, diese Fotoausstellung im Kloster Heilig Kreuz anzubieten, hörte, sagten mein Kopf wie mein Gemüt sofort innerlich und äußerlich „Ja“ zur Mitwirkung an der Vorbereitung und dem Halten dieses Einführungsvortrages. Als Stellvertretender Vorsitzender der Kommission für Saarländische Landesgeschichte und Rechtshistoriker komme ich der Bitte ebenfalls sehr gerne nach.

Obwohl es zur Industrie-, Berg- und Hüttenarbeitergeschichte¹, insgesamt zur Strukturkrise der Montanregion² als auch zum „Erbe“ des saarländischen Bergbaus, bereits einige Veröffentlichungen gibt -siehe insbesondere die Arbeiten von Delf Slotta mit dem Titel „Der Saarländische Steinkohlen Bergbau – Bilder von Menschen, Gruben und bergmännischen Lebenswelten“³ und Heinz Quasten⁴-, zeigt die Ausstellung von Frau Säger eine völlig neue Perspektive. Die allzu verbreitete industrierbe-lastige Betrachtung steht bei Marion Säger hinten. Es ist nicht die Rede von touristisch erlebbarer Industriekultur, die effektiv und gewinnorientiert vermarktet werden soll⁵. Bergarbeiter und Bergleute als „Gegenstände“ der Abwicklung, im „Untergang“ des Bergbaus; all dies riecht nach Ende, Konkurs, Untergang, Absterben, Abwicklung, gepaart mit Eventmanagement, Erlebnisgastronomie, aber auch Wirtschaftskrise und Transformation. Die Ausstellung sieht nicht den Bergmann, der nur „Gegenstand der Forschung“ zu sein scheint.

I. Was gab und gibt es bislang an Veröffentlichungen und Forschungen?

(1) Delf Slotta formulierte die wichtigen Fakten im Vorspann zu Band 2 seines Buches zum Saarländischen Steinkohle-Bergbau⁶:

„Der 30. Juni 2012 wird als Zeitenwende in die Geschichte des Saarlandes eingehen. An diesem Tag endet mit dem Steinkohlenbergbau an der Saar eine bedeutende Zeitepoche, die weit mehr war als nur eine große Industrie-Epoche. Mehr als 260 Jahre lang, seit der Verstaatlichung im Jahre 1751 durch Fürst Wilhelm Heinrich von Nassau-Saarbrücken, war der Bergbau von fundamentaler ökonomischer Bedeutung. Der Steinkohlenbergbau leitete die Industrialisierung der Saar ein, bedeutete Aufschwung und Expansion für die Region, sicherte Versorgung mit Kohle, Koks und Energie, Arbeit und Auskommen für Generationen von Menschen.“

An der Seite des Bergbaus entstanden eine leistungsfähige Kokereiwirtschaft und Kokereitechnik, eine innovative Kraftwirtschaft mit Strom- und Fernwärmeerzeugung, und Zulieferunternehmen, die heute mit Erfolg Bergbautechnik von der Saar weltweit vermarkten.

Über lange Zeit war der Bergbau größter Arbeitgeber, Auftragsgeber und Ausbilder. Mit dem Rückzug des Bergbaus und seiner endgültigen Stilllegung ging in den Bergbauregionen ein enormer Verlust an Arbeitsplätzen und Wirtschaftskraft einher, den der regionale Strukturwandel nicht ausgleichen konnte.“

(2) Das Landesarchiv schloss im Oktober 2023 sein Digitalisierungsprojekt zum Saarbergbau im 19. und frühen 20. Jahrhundert erfolgreich ab, rund 1000 Archivakten mit über 310.000 Einzelscans sind nunmehr rund um die Uhr und weltweit kostenfrei im Internet zugänglich! Die zugehörige Pressemitteilung inkl. Direktlink auf die Digitalisate im Archivportal-D ist unter https://www.saarland.de/landesarchiv/DE/aktuelles/aktuelle-meldungen/_functions/pressemitteilung_bergbau_digital_online.html verfügbar.

Beim weiteren Überlegen fällt dem Landeshistoriker sicherlich der Aufsatz von Frank HIRSCH⁷ ein: „Die Bergmannsleut‘ sein’s kreuzbrave Leut?“ *Protest und Devianz von Saar-Bergleuten im Zeitalter der Industrialisierung*. In: Preußen an der Saar. Saarbrücken: Kommission für Saarländische Landesgeschichte e.V., 2018, S. 109-125. Dr. Hirsch, Leiter des Dokumentationszentrums der Arbeitskammer des Saarlandes hat zurecht die Mär der 100%igen Linientreue, der „Kreuzbravheit“, wenn wir dieses Wort an dieser Stelle (neu) schöpfen, enttarnt. Ungeachtet der Abweichung, der Kritik, des Protestes aus den Bergarbeiterkreisen und -vereinen sowie den Bergmannsfamilien vornehmlich in der Preußenzeit ist und bleibt als Lebensgrundpfeiler die Frömmigkeit, die das gesamte Familien-, Privat- und Berufsleben erfasst, d.h. eine Glaubenshinwendung, die im Alltag Kraft und Heimat bietet, ja sogar eine Versicherung gegen Unbill, Gefahren und Berufsunfähigkeit.

¹ Die Geschichte der Montanunion und der ersten Schritte der europäischen Einigung nach dem II. Weltkrieg kann hier nur angedeutet werden, siehe als Notiz die Tätigkeit der Montan-Stiftung: <https://www.montan-stiftung-saar.de/montanstiftung/de/stiftung/geschaeftsfuehrung/index.shtml> [30. 10. 2023].

² Hans-Christian HERRMANN (Hg.), Die Strukturkrise an der Saar und ihr langer Schatten. Bilanz und Perspektiven von Montanregionen im europäischen Vergleich, St. Ingbert, 2020. Barbara HESSE beleuchtet in diesem Buch den Untergang des lothringischen Kohlebergbaus, der ebenfalls einen Teil der Ausstellung bildet.

³ So der Beititel des Buches: Der Saarländische Steinkohlen Bergbau Band 1, Dillingen 2011. Weitere Publikationen siehe unter: <https://www.delfslotta.de/index.php/publikationen/gesamtverzeichnis> [12. 12. 2022].

⁴ QUASTEN, Die Rohstoffe der saarländischen Montanindustrie seit dem späten 19. Jahrhundert. In: Forschungsaufgabe Industriekultur: die Saarregion im Vergleich, Saarbrücken 2004 (Schriftenreihe der Kommission für Saarländische Landesgeschichte und Volksforschung), S. 73-106 sowie zuvor bereits die Saarbrückener Dissertation von DEMS., Die Wirtschaftsformation der Schwerindustrie im Luxemburger Minett, Saarbrücken 1970 (Arbeiten aus dem Geographischen Institut der Universität des Saarlandes 13).

⁵ Klarer Befürworter dessen im Klartext: Mensch und Meinung, ist Meinrad Maria GREWENIG in seinem Beitrag für die SZ vom 8. 9. 2023 namens „Industriekultur ist die größte Kulturentdeckung der Gegenwart“, S. B4 unten steht als Schlussfolgerung und Handlungsempfehlung des Ex-Weltkulturerbechefs der Völklinger Hütte: „Dabei wäre es bei dieser Vergangenheit so einfach, das Saarland zu einem ertragreichen kulturellen Sehnsuchtsland für die Menschen zu machen. Wenn man das will.“

⁶ https://www.delfslotta.de/download/publikationen/aktuell/Der_saarlaendische_Steinkohlenbergbau_Band2.pdf [12. 12. 2022]. Der Saarländische Steinkohle Bergbau Band 1 (2011) sowie Band 2 (2012), erschienen in Dillingen/Saar.

⁷ HIRSCH, Fördertürme und Schloten waren die Wahrzeichen einer neuen Zeit: die Stahlindustrie prägt neben dem Bergbau die Region seit Jahrhunderten. In: AK des Saarlandes - Arbeitnehmer 64, 5, 2016, S. 10-11.

(3) Im schon genannten Sammelband zu „Preußen an der Saar“ springen zur saarländischen Literatur die Studie von Torsten Mergen⁸ ins Auge. Gleichfalls der Aufsatz „125 Jahre Saarbrücker Bergmannskalender“ von Joachim Heinz⁹.

Was Bergleute lasen, ist in der Literatur der Arbeitswelt und Arbeiterliteratur an der Saar untersucht worden.¹⁰

Nennen wir zuerst die sozialdemokratischen bzw. sozialistischen Zeitungen „Saarwacht“ (seit 1905) und „Volksstimme“ (seit 1911 erscheinend). Sie waren vornehmlich Presseorgane, die sich, seit den Anfängen der Arbeiterbewegung, mit dem preußischen Staat auseinandersetzten.

Von der Bergwerksdirektion herausgegeben lasen Bergleute den „Bergmannsfreund“, der schon Anfang der 1870er Jahre erschien als „Wochenblatt zur Unterhaltung und Belehrung für Bergleute“. In der Ausgabe vom 6. September 1872 kündigte der „Bergmannsfreund“ den „Saarbrücker Bergmannskalender“ an, der 1873 zum ersten Mal erschien. In der Ankündigung heißt es: „Derselbe enthält neben dem Kalendarium, Jahrmarktverzeichnis und sonstigen Kalendernachrichten mit hübschen Bildern ausgestattete Erzählungen aus dem Bergmannsleben, eine Weihnachtsgeschichte von Wilhelm Fischer sowie eine reiche Auswahl anderer unterhaltender und für Haus und Leben nützlicher Beiträge aller Art. Der Preis beträgt nur 3 Sgr. (= Silbergroschen) Bestellungen können bei der Expedition des „Bergmannsfreund“ bei den bekannten Personen auf den Gruben sowie bei den Buchhandlungen gemacht werden.“¹¹

Die Bergverwaltung war bemüht, eine möglichst große Verbreitung der Bergmannskalender sicherzustellen. Schnell waren die ersten Ausgaben vergriffen. Das Motto zur Unterstützung bildete das geistige Wohl der Arbeiter. Im Saarbrücker Bergmannskalender von 1873 heißt es:

*„Glückauf! dem, der fleißig und aufrichtig ist,
Glückauf! dem, der Gottesfurcht nimmer vergißt,
Glückauf! dem, der bergmännische Tugend liebt,
Glückauf! dem, der solcher sich gänzlich ergibt!“*

So wurde den Bergarbeiterfamilien seitens der Bergverwaltung sogar die Schuld an ihrer Not gegeben, zum Beispiel wegen der Putz- und Prunksucht der Bergarbeiterfrauen und deren Unvermögen, mit dem kargen Lohn sparsam umzugehen¹².

Dem späteren Geheimen Bergrat, Bergassessor Franz Anton Haßlacher, ging es neben den allgemeinen Tugenden und der Abwehr sozialistischer Einflüsse als Redakteur beider Periodika um die Hebung eines ganzen Standes, des Bergmannsstandes. Als Haßlacher am 1. Oktober 1880 ins Handelsministerium versetzt wurde, bilanzierte er seine Redaktionsarbeit betreffend folgendermaßen: „Unbeirrt von den Wogen der politischen und religiösen Tageskämpfe unserer Zeit habe ich das mir vorgesteckte Ziel, den Bergmannsstand zu heben und sein wahres Wohl zu fördern, durch den Bergmannsfreund und auch den Bergmannskalender nach Kräften zu verfolgen mich bemüht.“¹³

In der sogenannten „saarabischen“ Zeit erschien der Saarbrücker Bergmannskalender monarchisch, antisozialistisch und militaristisch¹⁴. Eine wichtige Schlussfolgerung ist: Wie auch zu Zeiten des preußischen Staatsbergbaus an der Saar enthielt sich der Saarbrücker Bergmannskalender während der Völkerbundszeit offener politischer Stellungnahmen und vermied Berichte über sozialpolitische Probleme im Saarbergbau. Weder zum 100tägigen Bergarbeiterstreik 1923 noch zum Abstimmungskampf der Jahre 1933 bis 1935 oder zur schwierigen wirtschaftlichen Situation auf den Gruben Ende der 1920er Jahre bezog er Stellung; damit führte die französische Grubenverwaltung eine alte Tradition aus preußischer Zeit fort¹⁵.

(4) Für die „braune“ Zeit gilt leider: Die Gemeinsamkeit von „Gefolgschaft und Betriebsführung“, der Kampf der Saarbergleute als „Wirtschaftssoldaten, bis dass der Sieg Deutschlands da ist“ wurden in den folgenden Jahrgängen des Saarbrücker Bergmannskalenders ebenso oft wiederholt, wie die soziale Realität auf den Saargruben ausgeschaltet wurde. Mit dem Beginn der rüstungswirtschaftlichen Mobilisierung kam die Verlängerung der Arbeitszeit ab 13. Dezember 1937 von der Siebeneinhalb- zur Achtstundenschicht und ab 1. April 1939 die Verlängerung auf 8 und mehr Stunden. Auf der anderen Seite wurde vom NS-Regime unter persönlichem Engagement des „roten Gauleiters“ Bürckel die soziale Aussöhnung der Bergarbeiter mit dem Regime propagiert und betrieben, nicht ohne Erfolg. „Materielle Untermauerung fand der propagandistische ‚Sozialismus der Tat‘ durch Ansätze einer aktiven Sozialpolitik des NS-Staates und insbesondere der DAF, die nicht nur Aktionen gegen Arbeitslo-

⁸ Bergmannsfreund, Bergmannskalender, sodann die Belletristik mit Liesbet Dill und Johannes Kirschweg, Preußen an der Saar, v.a. S. 143-146 und 148-149.

⁹ Joachim HEINZ, 125 Jahre Saarbrücker Bergmannskalender. Zeitzeuge der wechselvollen Geschichte des Saarbergbaus und seiner Region, in: Saarbrücker Bergmannskalender 1998, S. 5-22.

¹⁰ Astrid SCHOMMERS/Peter WALTER, Literatur der Arbeitswelt und Arbeiterliteratur an der Saar von 1850 bis zur Gegenwart. Kommentierte Bibliographie und Typologie, Saarbrücken 1999, S. 6-9 sowie Torsten MERGEN, S. 137 - 146.

¹¹ Joachim HEINZ, Älteste deutsche Werkzeitschrift feiert 125jähriges Jubiläum: Streifzüge durch eine wechselvolle Geschichte der Werkzeitschrift, in: Saarbrücker Bergmannskalender 1996, S. 37-55 sowie Bergmannsfreund, 2. Jahrgang, Nummer 36, vom 6. September 1872.

¹² Vgl. Alexander VON BRANDT, Zur sozialen Entwicklung im Saargebiet, Leipzig 1904, S. 152-162 mit Beispielen aufgezählt von Joachim HEINZ, 125 Jahre Saarbrücker Bergmannskalender, in: Saarbrücker Bergmannskalender 1998, S. 5-22, hier S. 7.

¹³ Zitiert bei HEINZ, 125 Jahre Bergmannskalender, S. 7.

¹⁴ Näheres bei HEINZ, S. 8.

¹⁵ Überzeugend: HEINZ, S. 14.

sigkeit und Wohnungsmisere umfaßten, sondern auch vor staatlichen Eingriffen in die private Verfügungsgewalt der Unternehmer nicht zurückschrecken.“ Ab 1940 rückte die Kriegsberichterstattung mit Endsiegedeologie an die zentrale Stelle im Bergmannskalender, welcher mit der Ausgabe 1944 sein Erscheinen für zwei Jahre einstellen musste.¹⁶

Saarbrücker Bergmannskalender wie Bergmannsfreund fungierten mithin als Instrument der Bergwerksdirektion zur Erziehung der Arbeiter sowie als ein nicht zu unterschätzendes Propagandamittel im Kampf gegen die Sozialdemokratie. Didaktisch konzipiert, wurden die intendierten Ansätze und Weltanschauungen vorrangig durch moralisierende Kalendergeschichten und Gedichte bzw. Lieder transportiert. Der Saarbrücker Bergmannskalender konnte sich etablieren. Allein im Saarbrücker Bezirk wurden wenige Jahre nach der Gründung 3294 Exemplare abgesetzt, reichsweit insgesamt 5300. Die Texte gewähren stetig Einblicke in die gefährlichen Seiten des Bergarbeiterberufs, regen zu Gehorsam und Vertrauen in die Vorgesetzten an, artikulieren auch die Hingabe der Saarbergleute gegenüber dem Kaiser als oberstem Bergherrn und schildern Liebesgeschichten im Bergmannsmilieu¹⁷.

Der Bergmannsfreund intendierte ebenfalls die Erziehung der Leserschaft zu Königstreue und nationaler Gesinnung.

Was im Bergmannsfreund stand, wurde über seinen Bezieher- und Leserkreis hinaus im Grubenrevier bekannt. Das Blatt war in Schlafhäusern, Kaffeeküchen und den Wirtschaften der Bergmannsorte zu finden. Dort wurde auch über seine Inhalte diskutiert. Einen Höhepunkt erreichte die Auflage 1914 mit 20.000 Exemplaren. Das Blatt war zur „Unterhaltung und Belehrung für Bergleute“ gedacht, ja zur „Erziehung“. Es enthielt technische Berichte, aber auch gemeinverständliche Betrachtungen naturkundlicher Art oder aus anderen Wissensgebieten, Romane, Erzählungen, Novellen samt buntem Allerlei. Die Schilderung sozialer Problemkonstellationen, aber eben nicht der Aufruf zur Änderung, Plädoyers für patriarchalisch auftretende Fabrikbesitzer und Hinweise auf die Allmacht des Bergfiskus wurden verknüpft mit staats-affirmativen Intentionen¹⁸. Die Harmonie in der Glaubenswelt, die Berufs- wie Privatleben erfüllte, rundeten die Lebenswelt der Bergleute und ihrer Familien ab.

(5) Der von Bergleuten errichtete Rechtsschutzsaal¹⁹ in Bildstock zeugt noch heute vom starken gewerkschaftlichen Arbeitsschutz an der Saar seit Ende des 19. Jahrhunderts.²⁰ In den 1890er Jahren kämpften die saarländischen Bergleute unter Führung von Nikolaus Warken um gerechtere Lebens- und Arbeitsverhältnisse. Da die damalige Obrigkeit öffentliche Versammlungen unter freiem Himmel nicht duldete, plante der Rechtsschutzverein den Bau eines eigenen Versammlungsraums. Dieser Rechtsschutzsaal wurde von den Mitgliedern des Rechtsschutzvereins finanziert. Jeder steuerte eine Reichsmark und zwei Backsteine zum Bau bei.²¹

Der I. Weltkrieg trat dazwischen. In der Zeit des Völkerbundes von 1920 und 1935 gab es wichtige Regelungen für das Berg- und Knappschaftswesen, die wir im Folgenden betrachten. Charakteristisch für die Zwischenkriegszeit im Saargebiet (also für die Jahre 1920 bis 1935) ist die Berg- und Knappschaftsgesetzgebung.²²

Die **Knappschaft**, Gesamtheit der im Bergwesen tätigen Bergleute (Knappen), fungierte als allgemeiner Träger eines Fürsorge- und Sozialversicherungssystems für Bergleute. Während die linksrheinischen „Berggesetze“ durch die preußische Gesetzgebung beeinflusst wurden und das französische Recht bis zum Ende des 19. Jahrhunderts mit den „Rheinischen Institutionen“ vorherrschte, lief dies rechtsrheinisch ganz anders, wo man sich erst spät mit der Berggesetzgebung befasste²³.

Mit dem Einfrieren des Rechtszustandes zum 11. November 1918 behielt das Saargebiet sein bestehendes Sozialversicherungssystem, vor allem die Reichsversicherungsordnung. Die gesamte Sozialversicherung unterstand fortan dem Präsidenten der Regierungskommission des Saargebietes Victor Rault. Ferner blieb das preußische Knappschaftsgesetz in der Fassung vom 17. Juni 1912 gültig. Letzteres löste den die Knappschaftsvereine behandelnden 7. Titel des Allgemeinen Berggesetzes in der Fassung vom 19. Juni 1906²⁴ aus diesem heraus. An dieser Stelle ist das Allgemeine Berggesetz für die preußischen Staaten vom 24. Juni 1865 zu erwähnen, welches seinerzeit bereits alle bisherigen bergrechtlichen preußischen Gesetze abgelöst hatte²⁵. Das Knappschaftsgesetz erfüllte die langjährige Forderung der Bergleute nach geheimer Wahl der Knappschaftsältesten und eröffnete die Möglich-

¹⁶ HEINZ, m.w.N., S. 15.

¹⁷ MERGEN, S. 141-142. Dort auch ausführlich zur katholischen Wochenzeitschrift „Nach der Schicht“. Im Vorwort der ersten Ausgabe (November 1905): „Spannende, aber sittlich einwandfreie Romane, Erzählungen, Humoresken und Skizzen.“, zitiert nach SCHOMERS/WALTER, S. 26.

¹⁸ Vergleichliche JOHANN MATHEIS, Stellt euch entgegen der roten Schar. Gedicht, in: Der Bergmannsfreund 23, 1892, S. 484; MERGEN, S. 140-141

¹⁹ Gerhard FRANZ, Abschied von der Kohle. Das Backstein-Bollwerk von Bildstock. In: SZ 2012, 68 vom 20. 3., S. A2.

²⁰ Anika MEYER, „Wenn Dein starker Arm es will!“. über das Bergarbeiterleben an der Saar, Rechtsschutzsaal, Arbeitergesellschaften und Persönlichkeiten, Friedrichstal 2021 (Schriften der Stiftung Rechtsschutzsaal 1).

²¹ <https://www.rechtsschutzsaal.de/> [12. 12. 2022].

²² GERGEN, Die Zwischenkriegszeit in der saarländischen Rechtsgeschichte - mit Beispielen aus Arbeits- und Sozialrecht im Saarjahrhundert (1920-2020). In: Saar(jahr)hundert, hg. Arbeitskammer des Saarlandes, 2020, S. 30-67.

²³ Heinrich ACHENBACH, Das Französische Bergrecht und die Fortbildung desselben durch das preußische Allgemeine Berggesetz, Bonn 1869; Überblick bei Peter BURG, Knappschaft an der Saar wird 200 Jahre alt. Saar-Knappschaftskasse wurde 1797 als Selbsthilfeeinrichtung für Bergleute gegründet. In: Saarbrücker Bergmannskalender 1998, S. 27-32.

²⁴ Ulrich LAUF, Die Preußische Knappschaftsnovelle von 1906. In: Der Kompaß 1996, S. 297-304 (Teil 1) sowie S. 366-373 (Teil 2).

²⁵ Hans THIELMANN, Die Geschichte der Knappschaftsversicherung, Bad Godesberg 1960, S. 51.

keit des Zusammenschlusses, in einem rechtsfähigen Rückversicherungsverband, dem nach und nach auch außerpreußische Knappschaftsvereine beitraten und der als Vorläufer der späteren Reichsknappschaft angesehen wird.

Hinsichtlich der Leistungen erbrachte das Knappschaftsgesetz keine Änderungen²⁶. Die Reformbestrebungen des Knappschaftsrechts im Reich waren indes für die Saar unerheblich. Untermauert durch Art. 161 der Weimarer Reichsverfassung²⁷ wurde vor allem die Beseitigung der Zersplitterung des Knappschaftswesens gefordert²⁸. Das Reichsknappschaftsgesetz, verkündet am 23. Juni 1923, trat zwar überall im Reich zum 1. Januar 1924 in Kraft, doch nicht an der Saar. Es schuf 1924 einen einheitlichen knappschaftlichen Versicherungsträger für das gesamte Reichsgebiet. Die bisherigen Knappschaftsvereine bestanden lediglich bis zum 31. Dezember 1923, ihr Vermögen wurde von der Aufsichtsbehörde, dem Reichsarbeitsministerium, festgestellt und dem Reichsknappschaftsverein überwiesen.

Im vom Reich abgekoppelten Saargebiet mussten unterdessen Versicherungsträger eingerichtet werden, die die Funktionen der bisherigen Reichsanstalten übernahmen, so etwa die Saarknappschaftsberufsgenossenschaft am 1. Juli 1920 oder das Saarknappschaftsoberversicherungsamt. Die Verordnung der Regierungskommission vom 16. September 1925 bewirkte, dass sich die Knappschaftsvereine der Kohlenbergwerke des Saargebietes zum 1. Januar 1926 als „**Saarknappschaftsverein**“ zusammenschlossen. Auf diese Weise wurde der ehemals bayerische Teil des Saargebietes²⁹ gleichfalls den Bestimmungen des preußischen Knappschaftsgesetzes in der Fassung vom 17. Juni 1912 unterworfen. Es kam also zu einer Rechtsbereinigung zugunsten des preußischen Rechtes.

Die sogenannte Heidelberger Abrede vom 13. Oktober 1927 hatte zum Ziel, die Renten der Mitglieder des Saarknappschaftsvereins durch einen monatlichen Zuschuss zu ergänzen, wofür die Reichsknappschaft die nötigen Mittel zur Verfügung stellte. Weitere Neuerungen waren die Errichtung eines Oberbergamtes per Verfügung des Präsidenten der Regierungskommission zum 25. März 1925 sowie der Wegfall der Kürzung der Knappschaftspension bei gleichzeitigem Bezug einer Invalidenrente gemäß Beschluss der Knappschaftsgeneralversammlung vom 2. Oktober 1923.

Zu Verstimmungen und erheblichen Protesten der Bergleute trug bei, dass die Höhe der Pensionen trotz Umstellung von Reichsmark auf Franken nicht geändert wurde, sich aber die Beiträge allmählich erhöhten.

Die finanzielle Situation des Saarbrücker Knappschaftsvereins verschlechterte sich derart, dass dieser am 15. Dezember 1923 beschloss, den Völkerbund anzurufen: Am 6. Februar 1925 richteten die beiden saarländischen Bergarbeitergewerkschaften eine Denkschrift an die französische Regierung, in der dafür gestritten wurde, die Altersrente für Bergleute wie im Reichsknappschaftsgesetz einzuführen, welches an der Saar wie gezeigt in der Saargebietszeit nicht in Kraft trat. Die französische Regierung gestand lediglich eine Altersgrenze von 55 Jahren zu. Die Verordnung über die gesetzliche Regelung des Knappschaftsvereins für den Saarbergbau, in Kraft seit 1. Januar 1926, brachte neben der Errichtung des Saarknappschaftsvereins folgende Festschreibungen:

- Die Altersgrenze für die Pensionsversicherung wurde auf 14 Jahre abgesenkt, diejenige für die Alterspension bei angenommener Berufsunfähigkeit auf 55 Jahre nebst einer Mindestleistung fixiert.
- Überdies wurde für die Knappschaftswahl die Verhältniswahl eingeführt und zwei Versichertenvertreter in die Geschäftsführung aufgenommen. Durch Nachträge wurden vor allem die Beiträge neugefasst, die Angestelltenmitgliederklassen neu eingeteilt und die Wartezeit auf 36 Monate festgesetzt³⁰.

Zum 1. März 1935 trat auch das **Reichsknappschaftsgesetz für das Saarland** (Hitler hasste den Begriff „Saargebiet“, da er Sprache des unbeliebten Versailler Vertrages war!) in Kraft, d.h. es entfaltete an der Saar erst Wirkung, als die Völkerbundzeit vorbei und die Saar wieder „daheim im Reich“ war. Mit diesem Tag wurde die Saarknappschaft zur **Bezirkknappschaft der Reichsknappschaft**. Zahlreiche Übergangsvorschriften regelten die Eingliederung. Bei der Wartezeit kam es nunmehr zu einer Erhöhung von 36 auf 60 Monate, demgegenüber bei der Altersrente wegen Berufsunfähigkeit zu einer Absenkung der Altersgrenze von 55 auf 50 Jahre. Ferner wurden Beiträge gesenkt und angepasst³¹.

²⁶ Preußische Gesetzessammlung 1912, S. 137; Artur MAY, Die geschichtliche Entwicklung des Knappschaftsrechts. In: Zeitschrift für Bergrecht (ZfB) 1958, S. 424-455, hier S. 439-440; Gerhard DAPPRICH, Geschichtliche Entwicklung der Knappschaft. In: Bundesknappschaft (Hg.), 10 Jahre Bundesknappschaft, Bochum 1979, S. 19-54, hier S. 48.

²⁷ Art. 161. Zur Erhaltung der Gesundheit und Arbeitsfähigkeit, zum Schutz der Mutterschaft und zur Vorsorge gegen die wirtschaftlichen Folgen von Alter, Schwäche und Wechselfällen des Lebens schafft das Reich ein umfassendes Versicherungswesen unter maßgebender Mitwirkung der Versicherten.

²⁸ THIELMANN, S. 103-105.

²⁹ Siehe dazu Karl RABENAU, Das bayerische Knappschaftswesen mit Berücksichtigung der Arbeiterfürsorge des Staates als Bergwerks-, Hütten- und Salinebesitzer bis zum Erlaß des Berggesetzes vom 20. März 1869, Coburg 1909.

³⁰ Johann KLEIN, Die Entwicklung der Sozialversicherung unter besonderer Berücksichtigung der Knappschaftsversicherung, Wiebelskirchen 1965, S. 203-235, S. 50, 117 und 255-258. Johann Klein war saarländischer Minister für Arbeit und Wohlfahrt. In seiner lediglich kurzen Ministerzeit vom 7. Juli 1954 bis 29. Oktober 1955 bemühte sich der CVP-Politiker um eine deutliche Akzentuierung des Versicherungsprinzips in der Rentenversicherung, d.h. um eine Äquivalenz zwischen Beitragsleistung und Rentenhöhe. Klein (1902-1976) plante dazu eine Rentenreform mit einer Neuordnung der Beitragsleistung und bildete eine Arbeitsgemeinschaft zwecks Kodifizierung der Sozialversicherungsgesetze, siehe dazu Hans-Christian HERRMANN, Sozialer Besitzstand und gescheiterte Sozialpartnerschaft. Sozialpolitik und Gewerkschaften im Saarland 1945 bis 1955, Saarbrücken 1996, S. 146. Dort auch Benennung der Quellen im Landesarchiv. Zur Vita Kleins, S. 510-511.

³¹ THIELMANN, S. 153-154; KLEIN, S. 303-305.

(6) Die Nachkriegsverfassung vom 15. Dezember 1947³², die noch heute gilt, allerdings mit Veränderungen, führt Begriffe „Bergleute“ oder „Bergbau“ nicht auf. Sucht man nach „Grube“ findet sich der Landtagsausschuss zur Grubensicherheit in Artikel 80:

Der Landtag bildet einen Ausschuss für Grubensicherheit. Dieser hat auch die Rechte eines Untersuchungsausschusses. Auf Antrag eines Viertels seiner Mitglieder hat er die Pflicht, eine Angelegenheit zum Gegenstand seiner Untersuchung zu machen.

Viele Aspekte -unsere Aufstellung kann lediglich beispielhaft sein- wurden also in der Landes-, Industrie- und Wirtschafts- wie in der Rechtsgeschichte des Saarlandes bislang veröffentlicht.

II. Doch nun zurück zur Ausstellung von Marion Sänger

Frau Sängers Ausstellung rückt in den Mittelpunkt allein die Glaubens- und Lebenswelt der Bergleute, die das „Aufwärts“ in sich trägt, das wahre „Glück auf“. Das Geheimnis dieser Ausstellung ist **hier** die sonntägliche wie alltägliche Frömmigkeit der Bergleute: „Glückauf“ ohne Tourismus-Konzept und Business-Plan, authentisch und ohne Umschweife orientiert am christlichen Glauben, der den Bergleuten die nötigen Kraftressourcen gab, gibt und geben wird.

Obwohl historisch aufgebaut, ist die Ausstellung gerade nicht Industrieerbe-orientiert, sondern sie zeigt ganz neue Wege der Landes- und Alltagsgeschichte der Bergleute: Vorbild und Maßstab für uns Nachfahren, den Gedanken der Geschwisterlichkeit „in Freud und Leid“ auch heute zu leben und an die kommenden Generationen weiterzugeben. Nur im Hause Gottes gibt es dieses „Glückauf“, das die Fotoausstellung von Marion Sänger bezeugt. Die Fotografenmeisterin führt diesen Beweis mit Präzision, aber auch mit Demut und Dankbarkeit gegenüber ihrem Großvater, der als Bergmann und seinen bergmännischen Tugenden für alle steht: Nikolaus Ballas aus Altenkessel³³.

Die Ausstellung wird im Kloster der Redemptoristinnen gezeigt. Die Chronik der Redemptoristenhäuser in Püttlingen wie Bous haben wir bereits 2020 herausgegeben.

Aus der Bouser Chronik fiel mir sofort die Passage zum Grubenunglück in Ensdorf am 23. Dezember 1948 ein. Das Grubenunglück war kurz vor Heiligabend 1948. Die Redemptoristen, im Einklang und sogar auf Anregung von Ministerpräsident Johannes Hoffmann (CVP)³⁴ waren sofort zur Stelle. Pater Alfons Maria Reinstadler³⁵ als Ensdorfer war am richtigen Ort, was Bergleute, Familien und die Gesamtbevölkerung hoch einschätzten.

Lassen wir zu diesem Thema die Chronik sprechen über den 23. Dezember 1948³⁶:

23. Dezember 1948. Abends das große Grubenunglück in Ensdorf auf Schacht Duhamel. P. Reinstadler fuhr mit seinem Bruder³⁷ sofort zur Unglücksstelle.

Ministerpräsident, der gerade beim Geburtstagsfeiern war, eilte herbei und die andern Spitzen der Saar. – Es dauerte lange bis die ersten Toten herauskamen.

Ein schwerer Brand hatte sich in einer der untersten Sohlen, 1300m unter der Erde entzündet und vielen Bergarbeitern den Weg versperrt, da sie es zu spät merkten. – Ein 16jähriger Junge aus Lisdorf merkte es und lief herum, es den Männern zu berichten und kam dabei selbst um. – Auf Anregung des Ministerpräsidenten fuhren wir - inzwischen waren auch Pfarrer Görgen und Kaplan Lorenz eingetroffen – in Steigeruniform in die Grube zur Unglücksstelle.

Ein nicht gefahrloses Unternehmen, da ständig Explosionen schlagender Wetter zu befürchten waren. – 7 Vergiftete und 20 Tote waren das Resultat. Man konnte den aus dem Brandherd herausgeschafften nur noch die hl. Ölung geben. – Selten habe ich so ernste Männer gesehen. Die einzelnen Rettungsabteilungen mussten rechnen, nicht mehr zurückkehren zu können aus dem Herd. –

Sie waren froh, Priester um sich zu haben. – Beim Herausfahren über Tag trug P. Reinstadler mit die Leiche des 16jährigen Jungen, dessen Grubenlampe noch immer an seinem Helm brannte. – Niemand wagte es, sie zu löschen.

26. Dezember 1948: Trauerfeier der verunglückten Bergleute. – (10-14 Uhr). – P. Reinstadler machte den Diakon bei Weihbischof Dr. Stein von Trier, der die Feier hielt und die Totenansprache. –

Die Redemptoristen wie ab 1960 die Redemptoristinnen in Püttlingen³⁸ waren also im Alltag, in der Gemeindemission für die Menschen, hier die Bergleute ansprechbar und

³² GERGEN, Die Saar-Verfassung: Demokratiebegleiter seit 75 Jahren. In: Die Saar-Verfassung als Magazin, Hamburg 2022, S. 6-7. Sowie DERS., Die saarländische Verfassung von 1947: Landesgrundgesetz mit Frankreich-Präambel. In: Die Saar 1945 - 1955: Ein Problem der europäischen Geschichte - La Sarre 1945-1955: Un problème de l'histoire européenne. Hrsg. von Rainer Hudemann, Raymond Poidevin † und Armin Heinen. Unter Mitarbeit von Thomas Kees. 3. maßgeblich erweiterte Auflage. München: de Gruyter Oldenbourg 2022, S. 557-574.

³³ Marion SÄNGER in einer Email vom 20. 08. 2023: „Mein Großvater war der Nikolaus Ballas aus Altenkessel, genannt ‚Nickel‘.“

³⁴ GERGEN, Priester und Politik vor dem Zweiten Vatikanischen Konzil: das Beispiel der Redemptoristen an der Saar. In: IK-Nachrichten. Pro Sancta Ecclesia, 22 (2021), S. 4-5.

³⁵ Reinstadler, Alfons Maria, biografiert in Saarland Biographien, Joachim CONRAD/Thomas GERGEN, http://www.saarland-biografien.de/frontend/php/ergebnis_detail.php?id=1637 [30. 10. 2023].

³⁶ Thomas GERGEN (Hg.), 60 Jahre Redemptoristenklöster Bous und Püttlingen. Europa und Glaube bieten Zukunft, St. Ingbert 2020, S. 73-74.

³⁷ August Reinstadler, ebenfalls Pater. Zu ihm siehe GERGEN, http://www.saarland-biografien.de/frontend/php/ergebnis_detail.php?id=4903 [30. 10. 2023].

³⁸ <https://www.kloster-heilig-kreuz.de/pater-alfons-maria-reinstadler-redemptorist-und-gruender-der-kloester-heiligenborn-bous-und-hl-kreuz-puettingen/> [30. 10. 2023].

teilten das Leid mit ihnen³⁹. Viele Bergleute halfen, nach der Schicht dieses Kloster zu errichten⁴⁰. Religion und Heimat waren Gottesdienst. Dienst an den Menschen vor Ort war, ist und soll Gottesdienst sein. Im bergmännischen Alltag, in der Lebens- und Glaubenswelt der Bergleute.

Der vollständige Titel der Ausstellung von Frau Fotografenmeisterin Marion Sänger spiegelt diese Leitgedanken wider: „Die Glaubens- und Lebenswelt der Bergleute, Glück auf, Glück auf den kreutzbraven Leut“⁴¹. Die Beweggründe zu dieser Ausstellung sind damit präzise zusammengefasst und spielen an verschiedenen Orten der Saargegend, von der die Ausstellung ihre Quellen bezieht; nennen wir Kollerbach, Dudweiler, Heiligenwald, Bildstock, Marpingen, insbesondere Alweiler im St. Wendeler Land, Erzbergwerk Düppenweiler, aber auch grenzüberschreitend in Lothringen sowie Annaberg in Sachsen. Viele von uns hatten und haben dort: (Ur-)Großväter, Onkel, Väter, Brüder waren Bergleute, die Kinder gewannen dadurch Einblick in die bergmännische Mentalität.

Marion Sänger dazu in ihrer sie kennzeichnenden Bescheidenheit: „Nach Ende des Bergbaus 2012 habe ich über die politischen Nachrufe gelesen und dabei festgestellt, der Bergbau/Bergmann wurde **abgewickelt**, der Mensch blieb auf der Strecke. Vor allem wurde die Glaubenswelt fast gänzlich außer Acht gelassen. Ich habe nun in diese Richtung (Glauben und Leben) neue Fotos, alte Fotos, Zeichnungen, Gemälde, Besonderheiten zusammengetragen. Diese Ausstellung soll kein politischer Nachruf werden, sondern eine Hommage an die Bergleute, die das Saarland geprägt haben.“

„Kreuzbrav“ heißt „im Reinen mit dem Kreuz“ sein: Familiensinn, Berufsethos, in Leid wie in der Freude, was die Ausstellung mit der Tafel „Feste“ zeigt. Der 4. Dezember hat seinen eigenen Platz: Die Heilige Barbara ist Bezugspunkt der Bergleute für Familie und Bruderschaft, d.h. Geschwisterlichkeit in Beruf und Gesellschaft, Fleiß und Tatkraft, Beharrlichkeit, Unverruckbarkeit sowie die starke Verwurzelung im Glauben, – all das können die Nachfahren der

Bergleute, aber auch alle Saarländer davon lernen: Selbsthilfe, Nachbarschaftshilfe sowie eine gelebte Solidarität des Alltags, nicht für salbungsvolle Sonntagsreden geeignet, sondern Christsein „unter der Woche“. Alte Werte versus neuer Zeitgeist? Darauf kommt es nicht an.

Die Ausstellung kolportiert ebenso wenig die romantischen Vorstellungen, die wir aus der Schlagerwelt (Schwarzes Gold, Peter Alexander) oder gar aus der lyrischen Ecke kennen. Hier möchte ich den am 3. Oktober 2023 verstorbenen Johannes Kühn aus Hasborn-Dautweiler erwähnen, der seit der Veröffentlichung seiner Lyrik in der F.A.Z. in den ersten Rang der saarländischen Schriftsteller auffuhr. „Der Winkelgast“ Kühn handelt von den „schwarzen Männern“⁴²; zwar mit hoher Anerkennung, aber gleichwohl schwingen sozialromantische und verklärende Elemente hierbei mit, die Frau Sängers Ausstellung eher als das bislang Vorgetragene auflöst durch das fotografische Einfangen der Alltagsgeschichte an Saar, in der Grenz- und Groregion SaarLorLux sowie in Sachsen⁴³.

III. Lassen wir in den folgenden Minuten die Ausstellung auf uns wirken:

Die sorgfältig geplante und liebevoll umgesetzte Ausstellung, die wir besuchen, hat einen roten Faden: Das Kreuzbrave – nicht untertanige, duckmauserische. Nein: „Gehorsam, gehorsam bis zum Tod am Kreuz!“ Diese Grundeinstellung ist Lebensmotto: Gehorsam in der Pflicht, die wiederum Freude gibt am Leben.

(1) Beginnen wir mit Pfarrer Johann Anton Joseph Hansen, an der Saar als Pfarrer in Ottweiler und Lisdorf bekannt, der sich für die Bildung der Bergarbeiter und ihre Organisation in Bruderschaften einsetzte, die die körperlichen Strapazen im Sinne der Balance von Körper, Seele und Geist durch die Beschäftigung mit den wahren Bildungsgutern und Lektüren auszugleichen suchten.

Dann folgt Architektur, greifbar, in Gebäuden: Bergmannssiedlungen, Schlafhauser. Konkret: Das Bethaus in Altenkessel oder der Schlafsaal in Von der Heydt sind heu-

³⁹ GERGEN, Volksmission und Politik an der Saar bei der Arbeit des Redemptoristenklosters Bous – Ein Blick in die Quellen von 1949 bis 1956. In: Journal on European History of Law 13, 1/2022, S. 102-113. Beispiel Roden: Die Bouser Patres machten Dampf – Missionswoche in Roden vor 70 Jahren. In: Rodener PRISMA, Heft 11 (2021), S. 26-27.

⁴⁰ Norbert SPERLING, Chronik Püttlingen, in: Gergen (Hg.), 60 Jahre Redemptoristenkloster Bous und Püttlingen. Europa und Glaube bieten Zukunft, St. Ingbert 2020, S. 436.

⁴¹ E-Post an den Verfasser vom 13. Januar 2023. Wichtig ist der Einkehrtag, geleitet von Prof. emer. Dr. Stephan E. Müller (Ethik und Moral), Katholische Universität Eichstätt, vorgesehen für den 14. Oktober 2023 im Kloster Heilig Kreuz, der allerdings wegen Krankheit des Referenten verschoben werden musste.

⁴² SZ vom 5. Oktober 2023, Bericht von Catrin Elss-Seringhaus.

⁴³ Sehr plastisch auch jüngst die Vorstellung der Studie in Berlin am 10. Oktober 2023 von Christian Rau über den Kalibergarbeiterstreik der beginnenden 1990er Jahre:

Hungern für Bischofferode. Protest und Politik in der ostdeutschen Transformation

Am 1. Juli 1993 traten in Bischofferode 40 Kalibergleute in einen Hungerstreik, um „ihren Schacht“ vor der Schließung zu bewahren. Sie erhielten damit breite Aufmerksamkeit in Ost- und Westdeutschland. Christian Rau hat in seiner Studie über diesen Hungerstreik nicht nur dessen häufig sehr einseitig diskutierte wirtschaftliche Dimensionen untersucht, sondern diesen auch in andere relevante Zusammenhänge eingebettet. Auf diese Weise ist eine differenzierte Darstellung entstanden, die einen wichtigen Beitrag zur Transformationsgeschichte Ostdeutschlands nach 1989/90 leistet.

Buchpräsentation und Podiumsdiskussion mit Christian Rau (Institut für Zeitgeschichte München-Berlin) und Katrin Budde (MdB). Moderation: Hermann Wentker (Institut für Zeitgeschichte München-Berlin). ORT: Forum Willy Brandt Berlin, Behrenstrae 15, 10117 Berlin.

te noch sichtbar und besichtigungsfähig, wie die Bildende Kunst von Michael B. Hardt (geboren in Nettetal im Jahre 1951) oder Fritz Zolnhofer (1896-1965 in SB), genauso wie die Glaskunst in den Kirchen, die die Heiligen darstellen wie die Heilige Oranna in Berus und insbesondere die Heilige Barbara. Wichtig ist der im Oktober 2022 gestorbene Spiesener Künstler und Glasmaler Ferdinand Selgrad, der zu Ehren der in Luisental am 7. Februar 1962 verunglückten 299 Bergleute im Jahre 1964 in der früheren Bergwerksdirektion ein Glas-Triptychon gestaltet hat. Heute eingebettet in den Einkaufsalltag in der Saar-Galerie. Darüber kann man streiten, ob es der richtige Ort ist. M.E. wesentlich ist, dass die Hommage an die Bergleute in den Alltag der Menschen integriert ist, selbst wenn es „nur“ zum oder beim Einkaufen zum Anschauen kommt.

Hinzu tritt Johann Wolfgang Goethe am brennenden Berg in Dudweiler.

(2) Nach dem Gesamtblick ordnet Marion Sänger Gemütslagen ein, wie zunächst die Verarbeitung der Trauer, die religios verarbeitet und im christlichen Wiederauferstehungsglauben zur Stärke erwächst. Wie sonst hätte das Volk an der Saar 299 Tote und 60 Verletzte beim Grubenunglück 1962 in Luisental aushalten und im kollektiven Erinnerungsvermögen verkraften können? Oder schon vorher die Explosion in Ensdorf Duhamel, wo 1949 die Redemptoristen bei den Bergleuten und ihren Familien waren. All die Unglücke hat die Kameradschaft St. Barbara Bexbach aus Quellen des Landesarchivs zwischen den Jahren 1844 und 1986 zusammengestellt.

Den Ort verlassen für den bloßen Tourismus? Nein, Wall- und Bittfahrten sind photographisch festgehalten: An der Saar zum Heiligen Rock nach Trier, zur Wendalinus-Wallfahrt in die Basilika St. Wendel, ja sogar Rom.

Mitgestaltung der Prozessionen wie Fronleichnam, das Fest der Heiligen Barbara, und eindrucksvoll die Überführung der Fatima-Statue an Mariä Himmelfahrt am 15. August 1957 auf der Papiermühle in Schwalbach. Danach sehen Sie Fotografien zur Marienverehrung im Hartelwald in Marpingen, dem „deutschen Lourdes“. Sind bereits für 1858 im südfranzösischen Lourdes Marienerscheinungen festgehalten, so traten sie in Marpingen 1876 sowie erneut 1999 auf.

Ausstellung zum Bergbau 18.04. - 12.05.



„Glückauf, Glückauf ihr kreuzbraven Leut“
Ausstellung zu den Lebens- und Glaubenswelten der
saarländischen Bergleute

Vernissage am Donnerstag, 18.04.2024, 19 Uhr,
Gemeindebücherei Quierschied (Marienstr.3) mit
Prof. Dr. Dr. Thomas Gergen

Öffnungszeiten der Bücherei:

Di-Fr 9-12 Uhr

Di 15-18 Uhr

So 10-12 Uhr



Freude, Feste, Musik schließen sich an. Die Fotos sprechen für sich. Sie werden von Texten begleitet, die sie zur Erlauferung hinzuziehen können.

(3) Sehr lehrreich der Bezug zur Märchenwelt, der ins Mittelalter zurückreicht, Schneewittchen und die 7 Zwerge. Aus einem Gemälde ersehen wir die Herkunft der Bergmannsmutze, die nämlich die Heilige Barbara trägt, die obendrein als eine der 14 Nothelfer in Vierzehnheiligen verehrt wird.

Eindrucksvoll in Velsen die Barbaradarstellungen mit dem „Einfahrtsgebet“, das Sie sicher ebenfalls dazu einlädt, im kurzen Gebet innezuhalten, im Dank an dieses wunderbare Erbe, das wir an der Saar haben und das wir in Demut und Anerkennung grüßen.

Velsen, Alsweiler, Dorf im Warndt, Fraulautern (dort Anfang Juni 2023 Einweihung des Platzes des Bergmanns vor dem Vereinshaus) sowie Kollerbach⁴⁴ erweitern sich um

⁴⁴ Zur Grube Viktoria vermerken wir: Diese Grube lag am Ortsrand von Püttlingen, wurde ab 1869 abgeteuft und nach der damaligen Kronprinzessin Victoria Adelaide Mary Louisa von Sachsen-Coburg und Gotha, geborene Princess Royal von Großbritannien und Irland (1840 bis 1901) benannt. Sie war das erste Kind von Albert von Sachsen-Coburg und Gotha sowie von Königin Victoria von Großbritannien. Nach ihrer Heirat mit Friedrich III. wurde sie, ganz kurz und spät, preußische Königin und deutsche Kaiserin. Auch war sie die Mutter von Kaiser Wilhelm II. (1859-1941), dem letzten deutschen Kaiser. Alles Wesentliche ereignete sich im „Drei-Kaiser-Jahr“ 1888, zunächst regierte Wilhelm I. von 1871–1888, Friedrich III. lediglich im Jahr 1888 und der erwähnte Wilhelm II. zwischen 1888–1918.

Victoria war also die Tochter von der legendären Queen Victoria, die sehr lange Zeit englische Königin war, bis 1901. Mutter und Tochter starben im selben Jahr, also 1901. Nur durch die letzte Queen Elisabeth II. wurde Queen Victoria in der Länge der Regentschaft übertroffen.

„Unsere“ Victoria war aber nie Königin von England, sondern nur „Princess Royal“, also Königliche Prinzessin von England. Allerdings, und dies ist für die Grube Victoria von Belang: Sie war die preußische Königin und deutsche Kaiserin, denn sie heiratete den Preußen Friedrich III., der sehr spät zum Zuge kam und lediglich im Jahre 1888 für kurze Zeit regierte.

Ein rein englischer Bezug hätte an dieser Stelle nicht gepasst. Die Saar war 1869 preußisch (und natürlich auch teilweise bayerisch) und danach, also nach 1871 Reichsgründung, Teil des Deutschen Reiches. So war Victoria die Mutter des letzten deutschen Kaisers, Wilhelm II., der mithin eine englische Großmutter, Queen Victoria, hatte.

die lothringischen Nachbarn und die Photographien, die Frau Sänger im lothringischen Morsbach aufnahm:

*Sainte Barbe, Patronne Protectrice de la Cité, en reconnaissance
Vœu du 8 octobre 1944.*

Die Heilige Barbara wurde zu den schlimmsten Kriegszeiten im Herbst 1944 als Schutzpatronin des Ortes angefleht. Dieses Gelübdes (*vœu*) wurde hier gedacht, und das Ereignis für die Zukunft in Stein gemeißelt.

Über die Grenzen hinweg der Besuch bei minus 24° Celsius im Erzgebirge in Annaberg-Buchholz, Ende 2022.

Alle Gemütslagen sind photographisch erfasst. Nehmen wir Frau Sängers Botschaft an: die Verehrung des Kreuzes und des „Braven“ – das vielleicht wenig spektakuläre, aber doch ausgeglichene Lebenskonzept, wie ich meine.

Vielen Dank und „Glück auf, Glück auf, den Kreuzbraven Leut!“⁴⁵

*Thomas Gergen**

⁴⁵ <https://www.ruhrkohle-chor.de/die-tradition/das-lied-des-bergmannes/> [25. 09. 2023].

* Prof. Dr. iur. Dr. phil. Thomas Gergen, Maître en droit, Institut Supérieur de l'Économie, ISEC Université Luxembourg, E-Mail: thomas.gergen@isec.lu / ORCID 0000-0002-0546-204X.


Öffnungszeiten der Fotoausstellung

Montag bis Freitag von 9.00 – 12.00 Uhr
Samstag und Sonntag
nach der Abendmesse um 18.00 Uhr

Für Gruppen mit Führung:
gesonderte Termine nach Vereinbarung mit
Marion Sänger,
Völklinger Straße 197 – Am Kloster Heilig Kreuz
66346 Püttlingen
Tel.: 06898 – 7599064
E-Mail: marion.saenger@web.de

Einkehrtag im Kloster Heilig Kreuz
mit Vortrag im Rahmen der Ausstellung
„Glaubens- und Lebenswelt der Bergleute“
von Prof. Dr. Stephan E. Müller, Eichstätt.
Thema: „Wege zur Gotteserfahrung –
in angefochtener Glaubenszuversicht“
Samstag, 14. Oktober 2023 – Beginn 10.00 Uhr

Anmeldungen: Kloster Heilig Kreuz
Tel.: 06898-66213 oder im Geistlichen Zentrum
dienstags und freitags von 9.00 – 12.00 Uhr
Telefon 06898-6940962
oder per Mail:
geistliches.zentrum.puettingen@gmail.com





Die renommierte Fotografenmeisterin Marion Sänger ist als Saarländerin familiär eng mit dem Bergbau verbunden. Ihre Dokumentation „Glaubens- und Lebenswelt der Bergleute: „Glück Auf, Glück Auf den kreuzbraven Leut!“ bezeugt, wie sehr der Bergbau und das Leben der Bergleute die Kultur unseres Landes geprägt haben und die Grundlagen für die Entwicklung ihrer Familien und den Wohlstand der Bergbaugemeinden schufen.

Nicht die Industriekultur, sondern den Menschen stellt Marion Sänger in den Mittelpunkt, das von der harten Arbeit geprägte Leben der Bergleute, die Sorge um das Wohl ihrer Familien, die gelebte Kameradschaft und die sich daraus entwickelnden Knappen- und Bergmannsvereine – all das zeigt die Fotografin mit ihrer



Ausstellung. Die aus der täglichen Nähe zum Tod entsprungene Religiosität und die vielfältigen musischen Begabungen kamen in den Bruderschaften, den Vereinen zum Tragen. Keine Prozession, kein Fest im Saarland waren ohne das Mitwirken der Knappen-Vereine und ihrer Musikkapellen denkbar.

Das breite Spektrum des Bergmannslebens, die typischen Bergmannssiedlungen, das gesellschaftliche und religiöse Leben der Bergmannsfamilien hat Marion Sänger mit der Kamera eingefangen und dabei auch die Parallelen in lothringischen und schlesischen Bergbaugemeinden mit ihren Traditionsvereinen liebevoll dargestellt. Insofern ist die Ausstellung eine längst überfällige Ergänzung zu den Dokumentationen über den saarländischen Bergbau.

Eröffnung der Ausstellung:
Sonntag, 8. Oktober 2023; 16.30 Uhr

In die Ausstellung führt Prof. Dr. Dr. Thomas Gergen,
Vorstand der Kommission für Saarländische Landesgeschichte.
Musikalische Umrahmung: Stadtkapelle Püttlingen

Instructions for Authors

Formal Requirements

1. The Journal on European History of Law (JEHL) publishes posts from legal history, the history of legal thought, and Roman law. The ideal length of a post should be 50,000 to 60,000 characters (including spaces). The editorial office does not rule out the exceptional publication of more extensive studies of fundamental importance. However, it can be at most 130,000 characters. It must be written in English or German. All works undergo a rigorous review process. The executive editor decides whether to publish the materials and in which order. After the review, the decision will be sent to the author by email.
2. The recommended length for reviews and reports on scientific life is 9,000-18,000 characters.
3. The manuscript should meet the following formal requirements: font size 12, font type Times New Roman, line spacing 1.5, and margins of 2.5 cm on each side. Each manuscript must be continuously paginated and divided into paragraphs and chapters with numbered subheadings. The introduction and conclusion should not be numbered. The electronic version of the manuscript must be prepared using a widely accessible word processor (e.g. MS Word). Number the footnotes consecutively and place them at the bottom of the page (footnotes). In the footnotes, do not refer to other footnotes in the text but to specific sources.
4. The manuscript should be submitted in a version of how the article will be published. It must include the title in English (although the manuscript is in German), an abstract in English (1200-1500 characters), and about five keywords in English (not more than 20 keywords).
5. Authors are fully responsible for the linguistic and formal quality of the manuscript, which is one of the partial criteria for overall evaluation. The editorial office only makes necessary primary language edits to accepted texts, such as apparent typos.

Additional Requirements for the Journal on European History of Law

1. The papers must be in the formats DOCX, DOC, or RTF (MS Word). Use Times New Roman, font size 12, and spacing 1.5 in the editor.
2. If your text contains pictures or tables (only black and white), mention their meaning in the text. If the pictures are sent electronically, they must be in JPG, TIFF, or EPS format. All tables, pictures, and graphs must be placed somewhere in the text and sent separately.
3. Since the European Society for History of Law is a non-profit organisation and no payment is made for papers published in the Journal on European History of Law, the society cannot provide the authors with free copies of the Journal. Nevertheless, each author receives an electronic version (via email) of the issue in which their paper was published.
4. If the requirements for the papers are not complied with (mainly the prescribed form of quotation), the paper will not be accepted and presented to reviewers.

Each work must contain:

1. Title:

Short and understandable title.

If the title is in German, please also provide an English translation.

The full name and surname of the author(s), including academic titles and workplace.

Address of the author(s), including the country code before the postal code (e.g., CZ). Follow this with your email address and the authors' ORCID.

2. Abstract:

Summarises the content of the work in English, usually up to 10 lines (1200–1500 characters). It should clearly describe the central question of the research, solution, sources, and methodology (according to the type of research).

3. Keywords:

Several terms (no more than 20 words) in English characterise the work. Words from the title can be repeated.

4. Division of the Main Text:

For better orientation, the text should contain headings. The headings except Introduction and Conclusion should be numbered (e.g., 1, 1.1, 1.1.1). Use footnotes, not endnotes. Footnotes should be placed after punctuation. Each note should end with a period.

5. List of References:

The list of sources (literature) will not be printed directly with the manuscript but will serve professional databases' records. The bibliography will be compiled in alphabetical order according to the following pattern:

BRAUN, A. – NEUMANN, K., *Kirchenrecht*. Wien, 2005.

BRAUN, A., Zur Entwicklung des Kirchenrechts. In: *Journal on European History of Law*, Vol. 6, No. 1, 2016, p. 25–34.

BRAUN, A., Zur Entwicklung des Kirchenrechts. In: KLEIN, O. (ed.), *Enzyklopädie der österreichischen Rechtsgeschichte*. Wien, 2016, p. 25–34.

BRAUN, A., *History of European Law* [online]. 2023. Available at: <http://www.europeanlawjournal.eu/history> [Accessed 7 June 2024].

Quotation Format:**- Publications in English:**

BRAUN, A. – NEUMANN, K., *Kirchenrecht*. Wien, 2005, p. 151–152.

BRAUN, A., Zur Entwicklung des Kirchenrechts. In: *Journal on European History of Law*, Vol. 6, No. 1, 2016, p. 25–34.

BRAUN, A., Zur Entwicklung des Kirchenrechts. In: KLEIN, O. (ed.), *Enzyklopädie der österreichischen Rechtsgeschichte*. Wien, 2016, p. 25–34.

BRAUN, A., *History of European Law* [online]. 2023. Available at: <http://www.europeanlawjournal.eu/history> [Accessed 7 June 2024].

- Publications in German:

BRAUN, A. – NEUMANN, K., *Kirchenrecht*. Wien, 2005, S. 151–152.

BRAUN, A., Zur Entwicklung des Kirchenrechts. In: *Journal on European History of Law*, Jg. 6, Nr. 1, 2016, S. 25–34.

BRAUN, A., Zur Entwicklung des Kirchenrechts. In: KLEIN, O. (Hrsg.), *Enzyklopädie der österreichischen Rechtsgeschichte*. Wien, 2016, S. 25–34.

BRAUN, A., *Geschichte des europäischen Rechts* [online]. 2023. Verfügbar unter: <http://www.europeanlawjournal.eu/history> [Zugriff am 7. Juni 2024].

Copyright and Originality of the Submitted Manuscript

1. The submitted manuscript is assumed to have not been published before. Authors must inform the editorial office if the entire manuscript, parts of it, or any substantial parts have already been published. It is also necessary to inform about publications on the Internet, including university repositories.
2. Furthermore, it is assumed that the submitted manuscript is sufficiently different from other texts published or intended for publication. Please do so to avoid terminating the review process. It is assumed that the manuscript is an original academic work.
3. If the manuscript is derived from a school work (diploma, dissertation, qualification thesis, etc.), this must be communicated to the editorial office. It is necessary that the manuscript, which is derived from this already published work, be expanded by at least one-third with entirely new sections.
4. Reports on events from scientific life, such as conferences or workshops, should usually be sent to the editorial office within a half year of their occurrence. The report on the event must include a characterisation of its course, information on the presenters' significant theses, some opinions of a discussion nature, and arguments that may have arisen in stimulating discussions following some manuscripts.
5. Reviews must go beyond mere annotation. A review must include, besides characterising the structure and content of the reviewed work, a critical evaluation of the work regarding its strengths and weaknesses. This implies pointing out the merits of the work and its manuscript to the field, supported by specific examples, as well as reporting on those opinions of the author of the reviewed publication to which there are reasons to object or which deserve further discussion, further argumentative elaboration, or development.
6. By submitting a manuscript (author's work) to the editorial office, the author acknowledges that the work will be made available online to internet users and preserved after its publication in the *Journal on European History of Law*. Until the publication decision, the author must inform the editorial office that they do not allow their work to be available online. The author's rights to further use of the work are not affected.

Peer Review Process

Submitted manuscripts first undergo an in-house review by the Editors, who decide on acceptance or rejection for the complete review procedure based on conformity to the formal and substantive requirements of the *Journal*.

If accepted, the article is then sent to two reviewers, experts in the given area of research. Every effort is made to maintain professional and personal independence between the author and the reviewers; however, we ask the authors to indicate the persons who have read the paper and cooperated in its completion before its submission. Also, the author may state in a separate letter why they wish specific persons should not be contacted for reviewing purposes. Editors, however, reserve the right to decide on the reviewers. Please be advised that the completion of the review process typically requires a period of six months to one year. Based on the verdicts, we will either:

- Publish the article as it is or after minor revisions (specified and subsequently reviewed by the Editors).
- Ask the author for a significant revision and resubmission, after which another round of external reviewing will occur.
- Decline the text for further consideration.

Although the opponents' reviews are crucial, the editorial team and the editor-in-chief are responsible for deciding whether to accept or reject the article for publication. A third opinion will be solicited in case of contradictory or otherwise conflicting reviews.

Privacy Statement and Ethical Guidelines

We are committed to adhering to the "Privacy Statement" and "Ethical Guidelines" outlined on our website <https://journaloneuropean-historyoflaw.eu/index.php/JEHL>.

STS Science Centre Ltd., 20-22 Wenlock Road, London, England, N1 7GU
The European Society for History of Law, Foltýnova 2, Brno, 635 00, Czechia

www.sts-books.co.uk
www.historyoflaw.eu