Vol. 3 / 2012 No. 2

Journal on European History of Law

9 772042 640001 07

STS Science Centre

The European Society for History of Law

JOURNAL ON EUROPEAN HISTORY OF LAW

VOL. 3 / 2012 NO. 2

Editorial staff JOURNAL ON EUROPEAN HISTORY OF LAW:

JUDr. PhDr. Stanislav Balík
Constitutional Court of the Czech Republic

Prof. Dr. Barna Mezey
Eötvös-Loránd-University Budapest, Hungary

Doc. JUDr. PhDr. Jiří Bílý, CSc.
Metropolite – University Prague, Czech Republic

Dr. 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
Maître en droit Saarland University, Saarbrücken, Germany

Prof. Dr. Gábor Hamza
Eötvös-Loránd-University Budapest, Hungary

Prof. JUDr. Ignác Antonín Hrdina, DrSc.
Faculty of Law, Westbohemia University, Plzeň, Czech Republic

JUDr. Vilém Knoll, Ph.D.
Faculty of Law, Westbohemia University, Plzeň, Czech Republic

Doc. dr. sc. Mirela Kresic
Faculty of Law, University of Zagreb, Croatia

Prof. zw. dr hab. Adam Lityński
Faculty of Law, University of Silesia, Katowice, Poland

Doc. Dr. Olga Lysenko
Faculty of Law, Lomonosov Moscow State University, Russia

ao. Univ. Prof. Dr.jur. Christian Neschwara
Faculty of Law, University of Vienna, Austria

Dr. Dmitry Poldnikov
Faculty of Law, National Research University, Higher School of Economics, Moscow, Russia

Doc. JUDr. Karel Schelle, CSc.
Faculty of Law, Masaryk University, Brno, Czech Republic

Dr. Gábor Schweitzer, Ph.D.
Institute for Legal Studies of the Hungarian Academy of Sciences, Hungary

Adw. Ewa Stawicka
Attorney at Law, Warsaw, Poland

Dr. Magdolna Szűcs, Ph.D.
Faculty of Law, University of Novi Sad, Serbia

JUDr. Bc. Jaromír Tauchen, Ph.D., LL.M. Eur.Integration (Dresden)
Faculty of Law, Masaryk University, Brno, Czech Republic

TABLE OF CONTENTS

Thomas Gergen: Advokaten und Mediatoren in Frankreich im 11.–15. Jahrhundert 2

Alan Sked: Social Attitudes and Legal Constraints: Army Life in the Habsburg Monarchy, 1890–1914. 11

Nikola Galaboff: Die sozialethischen Aspekte des römischen mandatum – eine Betrachtung im Recht und in der Philosophie 33

Christoph Schmetterer: Die Funktion von kaiserlicher Sanktion und ministerieller Gegenzeichnung in der österreichischen Gesetzgebung 1861–1918 40

Alejandro Valiño: Der Vertragsstrafklausel im spanischen (gemeinen und foralen) Zivilrecht: romanistische Tradition und Reformperspektiven. 47

István Szászdi León-Borja: Castilian Justice and Columbian Injustice: the End of the Government of Christopher Columbus in Hispaniola 53

Mariavittoria Catanzariti: New arcana imperii. 59

Roberto Scevola: On the Transactions Characterized by Mutuality and Donation: Do the Modern Criteria of Legal Qualification Have Roman Origins? 68

Jacek Wałdoch: Tadeusz Wróblewski – the Advocate for krajowa Idea of the Former Grand Duchy of Lithuania at the Turn of the XIX and XX century 89

Karel Schelle: Die Rechtsregelung des Versicherungswesens in der Tschechoslowakei in der Zwischenkriegszeit 96

Antonín Lojek: Stick in the Law – Legal Symbolism of Holding, Using, Breaking and Throwing a Stick . . 110

Bohumil Poláček: Der tschechoslowakische und der tschechische Hafen in Hamburg mit Kontext des Vertrags von Versailles und des Pachtvertrags 113

Stanislav Přibyl: Der erste Kanon des Codex Iuris Canonici und seine rechtsgeschichtlichen Grundlagen. . 133

Eszter Cs. Herger: The Introduction of Secular Divorce Law in Hungary, 1895–1918: Social andLegal Consequences for Women. 138

Jakub Razim: Der Fürst Břetislav und die Anfänge des Seniorats in Böhmen 149

Balázs Pálvölgyi: Consequences of the Changing Migration Model after the World War I. Hungarian Legal Manoeuvres for Regaining a Blocked Tool in the USA. 159

Gergely Deli: „Nec facere nos posse credendum est" Ein Interpretationsversuch zur Papinian D. 28, 7, 15 . . 165

BOOK REVIEWS

Thomas Olechowski – Christoph Schmetterer (Hrsg.): Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs (BRGÖ), Band 2/2011 172

Francisco Javier Andrés Santos – Christian Baldus – Helge Dedek: Vertragstypen in Europa. Historische Entwicklung und europäische Perspektiven. 173

REPORTS FROM HISTORY OF LAW

Initial – Workshop: „Schlichten und Richten. Differenzierung und Hybridisierung" 175

JOURNAL ON EUROPEAN HISTORY OF LAW

© 2012 STS Science Centre Ltd.

All rights reserved. Neither this publication nor any part of it may be reproduced, stored in a retreival 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.. Published semiannually by STS Science Centre Ltd. „Journal on European History of Law" is a registered trademark of STS Science Centre Ltd.
Issued twice a year.

Printed in the EU.

ISSN 2042-6402

Advokaten und Mediatoren in Frankreich im 11.–15. Jahrhundert

*Thomas Gergen**

Abstract

With the beginning of legal education in schools of law and universities of law in 12th century the graduates of these institutions also called their attention in the legal practice. Some mediators could be found in South France sources (Languedoc-Roussillon) from second half of 12th century and from first half of 13th century. A specific case of mediation in South France Catalan district illustrates the ability of lawyers to conclude the list of agreement between contra parties, with the help of law. There is also a reflection of lawyers and prosecutors viewed from religious judiciary perspective since 13th century. Attention is also paid to the patron of French lawyers to Saint Yvo (Yves) of Tréguier who lived in 13th century and whose myth was built in the following centuries.

Key words: *Legal advisor; notary; mediator; school of law; arbitrator; magister; canon lawyer; prosecutor; religious judiciary; Bonaguida Aretinus/Bonaguida of Arezzo; Yves Hélory of Kermatin/Yves of Tréguier.*

Lange vor der Institutionalisierung der Anwaltschaft und der Professionalisierung des Berufsstandes[1] nahmen sich herausragende Persönlichkeiten der Rechtsfindung und Rechtsdurchsetzung an. Der eigens „Herbeigerufene" (also der „ad-vocatus"), aus dem sich das französische avoué bildete, war ein Laie im Sinne von Nicht-Kleriker bei einer kirchlichen Gemeinschaft, der weitgehend Immunität genoss, um rechtliche, administrative und militärische Funktionen auszuüben. Ursprünglich nahmen die avoués unter den Karolingern deren königliche Gewalt wahr, um einen Ausgleich aufzubieten gegenüber der *potestas* (Herrschaftsgewalt), die den Grafen übertragen worden war, und um die Verteidigung von Kircheneigentum zu garantieren. Die *advocatia ecclesiae* umschrieb den Schutz der Kirche, den die christlichen Kaiser als eine ihrer Hauptaufgaben definierten.[2] Hieraus erklärt sich im übrigen auch die Wortbedeutung des avoué für denjenigen, der für Frauen, Minderjährige, Alte und Kranke in Gerichtsduellen obsiegte. Diese Beschützerrolle wurde mehr und mehr zu einem wirksamen Mittel, den Wirkungskreis auszuweiten.[3] Das deutsche Wort „Vogt" wird in diesem Zusammenhang als Synonym für den „avoué" aufgeführt. Mit „Vogt" findet sich auch eine Übersetzung von advocatus (das im Wort Vogt auch lautmalerisch nachklingt) bei Burchard von Worms in der *Lex familiae S. Petri* (ca. 1023/25):[4] ... damit kein Vogt oder Vitztum oder Dienstmann oder sonst irgendein geschwätziger Mensch unter ihnen ... (... *ne aliquis advocatus seu vicedominus aut ministerialis sive inter eos alia aliqua loquax persona ...*).

Mit dem Schwinden der karolingischen Herrschaft und der Vererbbarkeit der Funktion des avoués bemächtigten sich diese zunehmend der kirchlichen Güter. In diesem Zusammenhang taucht der avoué neben dem vidame auf. Der vidame wurde in der Regel vom Bischof bestellt, um die weltlichen Rechte der Kirche bzw. der Diözese zu wahren[5]. Aus dem mittellateinischen *vicedominus* – der schon bei Burchard auftaucht- entstand das französische vidame, der neben der Verwaltung der kirchlichen Güter auch mit der Kriegsführung und deren Organisation betraut war.[6]

---

* Dr.iur. Dr.phil. Thomas Gergen, MA, Maître en droit ist Professor an der Universität des Saarlandes in Saarbrücken sowie Rechtskundiger im französischen und spanischen Recht. Der Beitrag fasst Forschungen zusammen, die der Verfasser dank seines Aufenthaltes am Centre d'Études Supérieures de Civilisation Médiévale (CESCM) in Poitiers (Frankreich) sowie am Institut d'Estudis Catalans (Barcelona) durchführen konnte.

1 *Hannes Siegrist*, Advokat, Bürger und Staat. Sozialgeschichte der Rechtsanwälte in Deutschland, Italien und der Schweiz, Frankfurt a.M. 1996.

2 *A. Stiegler,* in: Josef Höfer/Karl Rahner (Hrsg.), Lexikon für Theologie und Kirche, Bd. 1, 2. Aufl. 1957, Sp. 164.

3 *François-Olivier Touati,* Vocabulaire historique du Moyen Âge (Occident, Byzance, Islam), 2. Aufl., Paris 1997, Stichwort « avoué », S. 34.

4 Im Ganzen lautet die Stelle, mit der der Bischof von Worms seine Gesetze einleitet: *In nomine sancte et individue trinitatis. Ego Burchardus Wormatiensis ecclesie episcopus propter assiduas lamentationes miserorum et crebras insidias multorum, qui more canino familiam sancti Petri dilacerabant, diversas leges eis imponentes et infirmiores quosque suis iudiciis opprimentes, cum consilio cleri et militum et totius familie has iussi scribere leges, ne aliquis advocatus seu vicedominus aut ministerialis sive inter eos alia aliqua loquax persona supradicte familie novi aliquid subinferre posset, sed una eademque lex diviti et pauperi ante oculos prenotata omnibus communis.* Vgl. MGH Const. I no. 438 und zur deutschen Übersetzung *Karl Kroeschell*, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 1: Bis 1250, Köln/Weimar/Wien 2008, 13. Aufl., S. 140–143.

5 *Pierre-Clément Timbal/André Castaldo*, Histoire des institutions publiques et des faits sociaux, 8. Aufl., Paris 1990, Rdnr. 246; *Olivier Guillot/Albert Rigaudière*, Pouvoirs et institutions dans la France médiévale, 1. Band, Paris, S. 187.

6 In diesem Zusammenhang der Begriff „hoste" = lat. *hostis* = Feind, vgl. *Touati* (Fn. 2), S. 205.

Mit Beginn der juristischen Ausbildung an Rechtsschulen und Universitäten im 12. Jahrhundert machten sich auch die Absolventen dieser Einrichtungen in der Rechtspraxis nützlich und bemerkbar. Einige Mediatoren und Rechtsberater können anhand von südfranzösischen Quellen (Languedoc-Roussillon) aus der zweiten Hälfte des 12. und der ersten Hälfte des 13. Jahrhunderts ausfindig gemacht werden (I). Anhand eines konkreten Mediationsbeispiels des südfranzösisch-katalanischen Raumes wird ihr Anspruch und ihre Fähigkeit offenbar, mit Hilfe des gelehrten Rechts eine Urkunde über einen Einigungspakt zwischen verfeindeten Parteien zuwege zu bringen (II). Es folgt die Betrachtung der Advokaten und Prokuratoren innerhalb der kirchlichen Gerichtsbarkeit ab dem 13. Jahrhundert (III). Schließlich wird der Patron der französischen Rechtsanwälte, der Heilige Yvo (Yves) von Tréguier betrachtet, der im 13. Jahrhundert lebte und dessen Mythos in den nachfolgenden Jahrhunderten entstand und ausgebaut wurde (IV).

I. Mediatoren im Südfrankreich des 12. und 13. Jahrhunderts

Die zu betrachtenden Jahrhunderte sind gekennzeichnet durch eine allgemeine Romanisierung wesentlicher gesellschaftlicher Bereiche.[7] Damit verbunden war die Schaffung von Konsulatsverwaltungen und Regierungen sowie die Durchsetzung des römischen Rechts.[8] Ein Blick in prominente Biographien ermöglicht auch die Charakterisierung der Tätigkeit der Rechtsberater und die langsame Herausbildung des Berufsstandes der Anwaltschaft.

Avignon, Marseille und Toulouse sind Hauptorte des Wirkens einer Reihe von Juristen, die zum Teil nach unserer heutigen Vorstellung anwaltliche Funktionen ausübten.

1. Auzias von Avignon

Ein erster Rechtsexperte, der zu den sog. *iuris periti* gehörte, welche sich im allgemeinen mit dieser Bezeichnung von den Notaren abzugrenzen pflegten, war Auzias von Avignon, der in den Quellen oft erscheint. Mitglied einer Rittersfamilie aus Graveson seit der Mitte des 11. Jahrhunderts, begann er seine juristische Laufbahn mit einem Schiedsspruch von 1168.[9] Bei dieser Rechtsangelegenheit werden zwei Schiedsrichter genannt, die von zwei Beratern, darunter Auzias, unterstützt werden. 1192 wurde der zuvor als Gemeinderichter tätige Auzias durch einen anderen ersetzt.[10] Als Konsulatsrichter erscheint Auzias in den Jahren 1179, 1188, 1191 und 1194.[11] Er verstarb wahrscheinlich 1195/96.[12]

2. Giraud Amic

Giraud Amic kam an den Hof von Ildefons dem Keuschen (Alfons en Cast) im Jahre 1179. Im Februar 1183 war er in Dinha Zeuge einer Schenkung des Dorfes von Saint-Cannat an den Bischof von Marseille von Seiten Ildefons' I. und Sanchos. 1184 war Amic Gesandter von Raimund V., Wilhelm von Forcalquier und Sancho und unterzeichnete in ihrem Namen eine Allianz mit der ligurischen Republik. Außerdem war er Sprecher und Mediator dreier Grafen, in deren Räte er arbeitete.

3. Wilhelm von Sabran

Wilhelm (Guilhelm/Guillaume) von Sabran, Verwandter des Giraud Amic, war Berater des Grafen Raimund V. von Toulouse und damit beauftragt, alle Vereinbarungen mit dem König der Aragonen (*rex Aragonum*) und dem Grafen von Toulouse zu erstellen und zu redigieren. Im Februar 1173 war Wilhelm von Sabran verantwortlich, die Verpflichtungen zusammenzutragen, die Raimund V. oblagen, um den mit Ildefons I. geschlossenen Frieden zu halten.[13] Hier bewies Wilhelm, dass er eine wichtige rechtsberatende Tätigkeit erfüllen konnte, denn es bedurfte eines Lösungsweges für diffizile Streitigkeiten zwischen den Parteien und Lösungen für die Zukunft, die für einen Juristen aus den Rechtsschulen mit Kenntnissen im gelehrten Recht eine Herausforderung darstellten. Wilhelm starb 1206.

4. Bernard von Auriac

Unter den Kanonikern der Kathedrale von Arles war Bernard von Auriac der erste. Von adeliger Herkunft aus der Nähe von Aix-en-Provence beriet er seit 1151 den Erzbischof von Arles in jenem Jahr in einem Rechtsstreit (plaid = *placitum*) mit zwei anderen Juristen, die gleichzeitig auch Kanoniker waren und im selben Kollegium fungierten; es handelte sich um Wilhelm von Barreira sowie Peire von Cabannes.[14] Bernard gehörte der adeligen Kurie des Grafen von Barcelona an und verstarb zwischen 1178 und 1186.[15]

5. Wilhelm von Barreira

Von ritterlicher Abkunft war ebenfalls Wilhelm von Barreira, der seine juristische Karriere im Jahre 1146 begann, ohne einen

---

[7] *Jean-Pierre Poly*, Les légistes provençaux et la diffusion du droit romain dans le Midi, in: Recueil de mémoires et travaux, publié par la Société d'Histoire du Droit et des Institutions des Anciens Pays de Droit écrit, Bd. 9, Mélanges Roger Aubenas, Montpellier 1974, S. 613–635, hier S. 633.

[8] *Jean Gaudemet*, Le droit romain dans la pratique et chez les docteurs aux XIe et XIIe siècle, in: Cahiers de civilisation médiévale 1965, S. 365–380; *Marie-Louise Carlin*, La pénétration du droit romain dans les actes de la pratique provençale (XIe–XIIIe siècle), Paris 1967 (Bibliothèque d'Histoire du Droit et Droit Romain XI); *André Gouron*, Diffusion des consulats méridionaux et expansion du droit romain aux XIIe et XIIIe siècles, Bibliothèque Ecole des Chartes, 1964, S. 26–77.

[9] *Georges de Manteyer*, La Provence du premier au douzième siècle, Etudes d'histoires et de géographie politique, Paris 1908 (Mémoires et documents publiés par la Société de l'Ecole des Chartes VIII), S. 446.

[10] *Manteyer*, S. 446 (Fn. 9).

[11] *Poly* (Fn. 7), S. 619 und 622.

[12] *Poly* (Fn. 7), S. 619.

[13] *Martin Aurell*, Els fonamens socials de la dominació catalana a Provença sauta Alfons en Cast (1166–1196), in: Acta historica archaeologica medievalia V–VI (1984–1985), S. 83–110, hier S. 93.

[14] *Poly* (Fn. 7), S. 615.

[15] *Poly* (Fn. 7), S. 615.

entsprechenden Titel vorzuweisen. Er gehörte der Juristengeneration an, die das römische Recht im Kapitel von St. Trophime studierten, genauso wie Bernard von Auriac oder Peire Ferréol.[16] Wilhelm war als Schiedsrichter wie als Rechtsberater sehr häufig zu finden, und zwar in Avignon, St. Cannat, Aix, Marseille, Orange, Pont-Saint-Esprit. Als Magister trat er erst dann auf, als er regelmäßig im Kapitel in den Jahren 1177 bis 1190 arbeitete.[17] Überdies war Wilhelm Lehrer im Kapitel von Arles zwischen 1179 und 1190 und schwur im Namen des Grafen die Einhaltung des Vertrages vom Juli 1193 zwischen Wilhelm von Forcalquier und Alfons dem Keuschen.[18]

6. Peire Ferréol

Peire Ferréol war Student des römischen Rechts und gehörte derselben Generation von Juristen an wie Bernard von Auriac, Wilhelm von Barreira in den Jahren 1150–1160. Mit seinem Kollegen Milon, der ebenfalls aus Avignon stammte, war Peire Ferréol einer der ersten Legisten des Kapitels von Arles.[19] Legisten waren damals zahlenmäßig knapp. Sie wandten sich insonderheit dem römischen Recht zu und erwarben in Frankreich politische Bedeutung mit Louis IX., also dem Heiligen Ludwig (geb. 1214, gest. 1270). Auch trugen sie zur Rechtsvereinheitlichung, zur Verstärkung der königlichen Gewalt und der Verwaltungszentralisierung bei. Unter Philipp dem Schönen waren dafür insbesondere Pierre Flotte und Wilhelm von Nogaret berühmt.[20]

7. Rainaud de Sainte-Croix

Genauso wie Bernard Auriac und Wilhelm Barreira war Rainaud de Sainte-Croix Mitglied des Kapitels von Arles. Unter Alfons I. wurde er als Legist in die Kathedralkapitel berufen.[21]

8. Pons Astoaud

Pons Astoaud, ebenfalls aus einem ritterlichen Hause, erscheint zum ersten Mal als Konsulatsrichter in den Jahren 1187 und 1189 und war wie Auzias von Avignon Parteigänger des Grafen von Toulouse, dessen Berater und späterer Kanzler er war.[22]

9. Michel von Mouriès

Michel von Mouričs, genauso wie Bertran von Nyons und Gervais von Tilbury, entstammen der zweiten Generation des Kapitel von St.-Trophime, die alle römisches Recht am Ende des 12. Jahrhunderts studiert hatten.[23]

10. Oleguer von Tarragona

Oleguer, 1069–1137, Abt von Saint-Ruf[24] (1111–1116), Bischof von Barcelona (1116–1137), und Erzbischof von Tarragona (1118–1137) gehörte zur Gruppe der sog. Kanoniker-Juristen, die in St.-Ruf ausgebildet worden waren. Oleguer war rechte Hand und Berater von Raimund Berenguer III. von Barcelona.[25]

II. Causidici als Rechts – und Sachwalter

Causidicus, advocatus und *iurisperitus* sind Begriffe, die in den Quellen auftauchen, um die rechtsberatende Funktion der Akteure zu umschreiben.

1. Vorkommen in den Quellen

Der Ausdruck *magister* bzw. *magistri* hat sich in der zweiten Hälfte des 12. Jahrhunderts als Allgemeinbegriff für Juristen etabliert.[26] Spezieller ist der Ausdruck *iuris peritus* als Rechtsbewanderter und Rechtskundiger sowie auch die Termini *advocatus* und *causidicus*.[27]

Zwei Beispiele für den Begriff des *advocatus* begegnen in den Jahren 1155 und 1197: Uc aus der provenzalischen Stadt Apt war *advocatus* des Bischofs Raybaud von Nizza.[28] Ferner ist bekannt Bozo, *advocatus*, der in Six Fours im Jahre 1197 plädiert.[29] Ein Boso wird für das Jahr 1197 in Arles als *causidicus* genannt.[30] Weitere *causidici* können für die Jahre 1155, 1178, 1180, 1194, 1199, 1200, 1203 und 1206 nachgewiesen werden, wobei die Äquivalenz von *causidicus* und *iuris peritus* erscheint. Peire Audebert (1178–1219) begegnet 1178 als *causidicus*, 1219 trägt er den Titel eines Richters.[31] Giuffré d'Apt, der aus derselben Ritterfamilie wie Uc von Apt stammt, tritt in mehreren Funktionen auf: so als *causidicus* in Aix 1180, danach als Amtsvorsteher (prévôt) in den Jahren 1190 bis 1204 sowie

16 *Poly* (Fn. 7), S. 618.
17 *Poly* (Fn. 7), S. 615–616.
18 *Aurell* (Fn. 13), S. 98.
19 *Poly* (Fn. 7), S. 618 und 634.
20 *Touati* (Fn. 3), S. 159, Stichwort: Légiste.
21 *Aurell* (Fn. 13), S. 105.
22 *Poly* (Fn. 7), S. 619, 620 und 622.
23 *Poly* (Fn. 7), S. 618.
24 Saint-Ruf war in der Diözese Avignon gelegen; vgl. *Ursula Vones-Liebenstein*, Saint-Ruf und Spanien, Studien zur Verbreitung und zum Wirken der Regularkanoniker von Saint-Ruf in Avignon auf der iberischen Halbinsel (11. und 12. Jahrhundert), Paris-Tournhout, 1996. Dazu die Rezension von *Thomas Gergen*, in: Revue Historique 2 (2000), S. 479–483.
25 *Thomas Gergen*, Pratique juridique de la paix et trêve de Dieu à partir du concile de Charroux, Frankfurt a. M. 2004 (Rechtshistorische Reihe 285), S. 176.
26 *Poly* (Fn. 7), S. 614–615.
27 *Poly* (Fn. 7), S. 614–615.
28 *Poly* (Fn. 7), S. 625, zitiert Doublet, Actes des évèques d'Antibes, Paris Nr. 101.
29 *Poly* (Fn. 7), S. 618, zitiert Guerard, Cartulaire de St. Victor, Paris 1857, Nr. 1023.
30 *Poly* (Fn. 7), S. 618 beruft sich auf Albanes, Gallia Christiana Novissima, Marseille, Arles Nr. 729.
31 *Poly* (Fn. 7), S. 622.

als Bischof von 1223 bis 1229.[32] In Arles finden wir einen gewissen Alexander *causidicus*, der auch als Richter in Erscheinung tritt.[33] *Causidicus* des Erzbischofs war ein gewisser Berengarius, der ebenfalls Laie war.[34]

Erwähnenswert ist noch Isnard Audiguier, der seit 1187 bekannt ist und als Richter in den Jahren 1191, 1206, 1209 und 1215 auftrat. Als *iuris peritus* begegnet er 1201 und als *causidicus* 1203, wo er den Bischof berät.[35] Schließlich ist Bernard Ferréol als Konsulatsrichter im Jahre 1195 auszumachen. Bernard trug den Titel eines *causidicus* in einem Rechtsstreit, in dem er den Erzbischof Michael von Arles beriet.[36]

Wirkungszeit des Rostaing de Codolet war von 1198 bis 1222. Er entstammte dem Ritterstand, amtierte als Richter im Jahr 1205 und als *causidicus* wird er 1222 geführt.[37] Zu Beginn des 13. Jahrhunderts bildeten die *causidici* eine solch starke Gruppe, dass ein Notar von Avignon sie in den Urkunden im Range vor den Ministerialen (*milites*) platziert: M*ultorum etiam civium Avinionis, tam causidicorum et militum quam et aliorum proborum virorum requisito et habito consilio.*[38]

In den Kathedralskapiteln lassen sich gerade in der zweiten Hälfte des 12. Jahrhunderts etliche Legisten ausmachen, die in den Kartularien mit den Titeln *magister* oder *causidicus* figurieren. Die Kanoniker studierten sowohl das kanonische als auch das Zivilrecht. Osbert der Lombarde, Rogerius (oder Placentin genannt), die aus Norditalien kamen, führten sie in die Lektüre des *codex Iustiniani*, von dem eine provençalische Übersetzung (Lo codi) um 1150 in Arles entstand.[39]

2. Bündnisverträge

Man findet die *causidici* bzw. *iuris periti* zu Ende des 12. und in der ersten Hälfte des 13. Jahrhunderts des Öfteren als Berater der Landesherren sowie Mediatoren zwischen einzelnen Landesfürsten, deren Streitigkeiten per Traktat beendet und für die Zukunft beigelegt werden. Der bereits erwähnte Auzias von Avignon ist in Aix zugegen, als zwischen König und den Herren der Provence eine Friedensvereinbarung geschlossen wird.[40] In Avignon findet man Auzias in derselben Funktion im Jahr 1185. Als 1190 zwischen Ildefons II., König der Aragonen, und Raimund V., Herzog von Narbonnne, Graf von Toulouse und Marquis der Provence, ein Friedensvertrag geschlossen wurde, geschah dies unter Mediation des Bischofs von Béziers, Geoffroi von Marseille. Als *judices et cancellarii* firmierten neben Auzias von Avignon auch Wilhelm von Sabran sowie Giraud Amici neben weiteren namentlich genannten Juristen.[41]

Ein weiteres Beispiel dafür, dass Juristen, in diesem Fall *magistri*, bei Bündnisverträgen zwischen Herrschern in der Provence rechtlich berieten, bietet der Vertrag zwischen Peter II., Alfons II. und Raimund VI., durch den sie sich gegenseitige Hilfe gegenüber ihren Feinden versprachen. Der Vertrag wurde im April 1204 in Millau abgeschlossen und erwähnt die *magistri* Petrus und Wilhelm, letzterer war Kanzler des Grafen der Provence.[42]

III. Advokaten und Prokuratoren in der kirchlichen Gerichtsbarkeit (13.–15. Jahrhundert)

Neben den Bezeichnungen für den Rechtsanwalt, d.h. *advocatus* und *causidicus* treten in der kirchlichen Gerichtsbarkeit in Frankreich in Sonderheit die folgenden lateinischen Termini auf: *assertor, clamator, legis doctor, legum magister, miles legalis, postulans, defensor, togatus* sowie *patronus*. Im Altfranzösischen begegnen hierfür *parlier, emparlier, avant-parlier, plaideur conteur* sowie *chevalier de lois.*[43]

1. Der Advokat in der Toulouser kirchlichen Gerichtsbarkeit zu Ende des Mittelalters

Auskunft über die Funktionen und Dienstleistungen der Advokaten im Spätmittelalter bis zur frühen Neuzeit geben die Entscheidungssammlungen der Offizialate, insbesondere von Paris, Marseille, Aix-en-Provence sowie Toulouse. Die Entscheidungen der Toulouser kirchlichen Gerichtsbarkeit (Décisions de la Chapelle toulousaine) liefern die Rechtsprechung des Offizialates von Toulouse zu Ende des 14. und zu Beginn des 15. Jahrhunderts, als Jean Corsier Offizial in Toulouse war, sowie zu Ende des 15. Jahrhunderts, als Etienne Aufreri als Vorsteher des Offizialates von Toulouse arbeitete.[44]

Die Entscheidungssammlung von Toulouse beantwortet etliche Fragen zu prozessualen Regeln. Unter dem Fall Nr. 482 finden sich Regeln über den Dienst des Advokaten, der gehalten war, all diejenigen als Mandanten anzunehmen und denjenigen beizustehen, die besonderen Schutz brauchen; es werden

[32] *Poly* (Fn. 7), S. 625.
[33] *Poly* (Fn. 7), S. 618. Dies war im Jahre 1194.
[34] *Poly* (Fn. 7), S. 618. Berengarius wird für das Jahr 1200 als *causidicus* notiert.
[35] *Poly* (Fn. 7), S. 620.
[36] *Poly* (Fn. 7), S. 618.
[37] *Poly* (Fn. 7), S. 620.
[38] *Poly* (Fn. 7), S. 620, zitiert die Bibliothek von Avignon, Manuskript 2834, f° 20.
[39] *Martin Aurell*, La chevalerie urbaine en Occitanie, S. 71–118, hier S. 104–105; *André Gouron*, La science du droit dans le Midi de la France au Moyen Âge, London 1984; *Johannes Kabatek,* Die Bolognesische Renaissance und der Ausbau romanischer Sprachen. Juristische Diskurstraditionen und Sprachentwicklung in Südfrankreich und Spanien im 12. und 13. Jahrhundert, Tübingen 2005, vgl. dazu die Rezension: *Thomas Gergen*, in: Informaciones, Zeitschrift für den deutsch-spanischen Rechtsverkehr/Revista jurídica hispano-alemana (= INF) III/2006, S. 194–195.
[40] *Poly* (Fn. 7), S. 619, zitiert eine Akte aus dem Archiv Bouches-du-Rhône, 56 H 4626 = 56 H 849 bis.
[41] *Henry de Gérin-Ricard/Émile Isnard* (Hrsg.), Actes concernant les vicomtes de Marseille et leurs descendances, Paris/Monaco 1926, Nr. 288 (S. 81–83) – Siehe den Quellentext unter V. (Annex); *Aurell* (Fn. 13), Els fonamens socials, S. 92–93.
[42] Département des Bouches-du Rhône, Ile de Marseille (Hrsg.), Inventaire sommaire des archives communales antérieures à 1790, Série AA, Marseille 1907, Nr. 32 (S. 40–41).
[43] *P. Gillet*, Stichwort „Avocat", in: Dictionnaire de croit canonique, R. Naz (Hrsg.), Paris 1935, Sp. 1524–1535, hier Sp. 1524.
[44] *Jean-Louis Gazzaniga*, Droit et pratique: Notes sur les décisions de la Chapelle toulousaine, in: L'église et le droit dans le Midi (XIII–XIV s.), Toulouse 1994, S. 321–337, hier S. 322–323.

angeführt: Kinder, Frauen, Geistesschwache und diejenigen, die aufgrund der Bedeutung ihrer gegnerischen Partei niemanden finden, der sie verteidigen will. In all diesen Fällen obliegt es dem Richter, einen Anwalt zu bestellen (*debet iudex providere*). Ferner muss der Richter, sofern die Partei zahlungsfähig ist, die Höhe der Vergütung des Anwalts festlegen. Die Vergütung ist abhängig von der Beredsamkeit (*facundia*), der Bedeutung des Rechtsstreits und der sonstigen üblichen Vergleichsfälle. Kann der Mandant das Honorar nicht bezahlen, muss der Anwalt ihm kostenlos beistehen, weil er dazu eine theologisch begründete Pflicht hat. Hierzu wurde das Matthäus-Evangelium herangezogen. Bei Matthäus 22, 39 heißt es, dass man dem Nächsten wie sich selbst beistehen muss (*dileges proximum tuum sicut te ipsum*). Sollte der Anwalt seine Beistandschaft versagen, so kann der Richter ihm sogar Berufsverbot erteilen. Die Glosse fügt hinzu, dass der Anwalt, der seine Hilfe demjenigen verweigert, von dem er weiß, dass er zu arm ist, um ihn zu bezahlen und der deswegen einen erheblichen Nachteil erleidet, sogar eine Todsünde begeht. Der Richter, der unter denselben Voraussetzungen keinen Rechtsanwalt bestellt, macht sich derselben Sünde schuldig.[45]

Zu den Unvereinbarkeiten der Ämter ist zu sagen (Fall 278), dass niemandem verwehrt ist, der als Richter in der ersten Instanz tätig war, Anwalt in der Berufungsinstanz zu sein. Obwohl davon abgeraten wird, wird indes kein eindeutiges Verbot ausgesprochen.[46]

2. Anwaltskorporationen und Standespflichten der Anwälte

So wie es bei den Gerichten im Römischen Reich Anwaltskorporationen gab, bildeten sich nach und nach um die Kirchengerichte Anwaltsgesellschaften, welche bereits im 13. Jahrhundert bestanden und über eigene Satzungen und Statuten verfügten, die von den Verfügungen des Römischen Rechts inspiriert waren. Hinzu traten päpstliche Dekretalen, Konzilienbeschlüsse und örtliche Statuten.

Bei der Abgrenzung des Anwaltsstandes vom übrigen Rechtsbeistand tritt die Bezeichnung *in judicio* auf. Dabei ging man vom Prinzip aus, dass jeder privat einen Rechtsrat erteilen konnte. Derjenige der dies indes vor Gericht für seine Mandantschaft übernehmen durfte, musste zu den Anwälten gehören: *eo quod in judicio dicant causam sui clientuli*.[47] Bereits in den Degesten hieß es deutlich: *postulare est pro tribunali petere et non alibi.*[48] Den Anwaltsberuf nicht ausüben durften Frauen, Sklaven, Exkommunizierte etc. Es war eine durchgehend eisern respektierte Regel, dass ein Priester keine Anwaltsfunktionen ausüben durfte, es sei denn, dass es zugunsten seiner Kirche oder der *pauperes* und dies ohne Vergütung war. Jeder Kleriker benötigte dazu die Zustimmung seines Vorgesetzten. Zwischen dem Amt des Prokurators und dem des Advokaten bestand immer Unvereinbarkeit.[49] Mehrere Konzilien verlangen eine ernsthafte Vorbereitung auf den Anwaltsberuf, welche im Vorfeld drei Jahre dem Kirchen- und dem Zivilrecht sowie der Rechtspraxis gewidmet werden musste.[50]

Sonstige Berufsverpflichtungen der Anwälte waren: Eid, Schweigepflicht, Verbot, sich mit Anwälten und Prokuratoren zu assoziieren, unlautere Prozesse zu plädieren, auf unehrliche Vorgehensweisen zurückzugreifen, dem Richter gegenüber respektlos aufzutreten oder den Gegner während des Plädoyers zu beleidigen. Das Konzil von Saint-Quentin aus dem Jahre 1231 (can. 45), von Tours 1231 (can. 36) sowie von 1236 (can. 2 ff.) betonten diese Einschränkungen. Die Anwälte hatten Anspruch auf eine Vergütung, die auf 20 Pfund höchstens für jede Sache festgelegt wurde (Konzil von Lyon 1274, can. 19).[51]

Die Rolle des Anwalts beschränkt sich aber nicht nur auf das Plädieren. Er steht seinem Mandanten während des gesamten Prozesses bei. Das Abfassen des einleitenden Schriftsatzes (*libellus*) obliegt ihm.[52] Der dem Beklagten beigeordnete Anwalt redigiert die Einwendungen gegen den Schriftsatz des Klägers.[53] Ferner verfasst der Anwalt für den Kläger auch *interrogationes* sowie *positiones*, welche zum Ziel haben, das Beweisverfahren zu vereinfachen, indem der Anwalt klar und deutlich die streitentscheidenden Punkte auflistet, die des Beweises bedürfen.[54] Der Anwalt kann nicht als Zeuge in der Rechtssache auftreten, in der er bereits als Anwalt benannt ist, selbst nicht im Berufungsverfahren.[55] Eine gewichtige Rolle spielt der Anwalt in der Befragung der Zeugen, weil er es ist, der die *articuli* bzw. *capitula* redigiert. Die *articuli* bzw. *capitula* bezeichnet man heute als Beweisthemen, d.h. die Punkte, über die die Zeugen, die vom Kläger benannt werden, zu befragen sind. Die Kunst, Beweisthemen zu formulieren (*ars articulandi*) nahm einen breiten Raum in der Anwaltsausbildung ein. Mancherorts war es auch der Richter, der die Zeugen über die Punkte des *libellus* befragte, die vom Beklagten bestritten wurden. Insofern benötigte man keine *articuli*.[56] Der Anwalt des Beklagten formulierte seinerseits *interrogatoria* bzw. *tituli*, womit eine Liste der Fragen bezeichnet wurde, die der Richter den Zeugen zu stellen hatte. Eine solche

[45] *Gazzaniga*, S. 326–327.
[46] *Gazzaniga*, S. 328.
[47] *Postulantes alieno nomine, sive pro alio communiter dicuntur advocati, patroni causarum, oratores et causidici, eo quod in judicio dicant causam sui clientuli, et pro eodem postulent, desiderium eius exponentes, aut alterius desiderio contradicentes.* Vgl. dazu *Anaklet Reiffenstuel, Jus canonicum universum, juxta titulos decretalium in quaestiones distributum,* Paris 1865, Bd. II, tit. XXXVII, Nr. 4.
[48] *Gillet,* Sp. 1525.
[49] *Gillet*, Sp. 1526 sowie Paul Fournier, Les officialités au Moyen Âge, Paris 1880, S. 33.
[50] *Gillet*, Sp. 1526.
[51] *Gillet*, Sp. 1526.
[52] *Fournier*, S. 142.
[53] *Fournier*, S. 169.
[54] *Fournier*, S. 178–180.
[55] *Fournier*, S. 187.
[56] *Fournier*, S. 189–190.

Regel findet sich bei Bonaguida von Arezzo in seiner *„Summa introductoria super officio advocationis in foro ecclesie"*, ein Werk, das ungefähr frühestens aus dem Jahre 1263 stammt.[57]

Bonaguida Aretinus bzw. Bonaguida von Arezzo war Kanonist, Advokat zur Zeit von Innozenz IV. und lehrte kanonisches Recht in Arezzo schon 1251. Seine letzte Erwähnung stammt von 1258, sein Todesjahr ist unsicher.[58]

Es oblag den Parteianwälten, den Aussagewert der Zeugenaussagen zu diskutieren, sobald die Anhörung beendet war und die *publicatio attestationum* stattgefunden hatte. Dabei stellten die Anwälte ihre Rechtsauffassungen über die verschiedenen Punkte gegensätzlich dar. Ihre Aufgabe war es natürlich, diejenigen Zeugenaussagen hervorzuheben, die für ihre Mandantschaft günstig waren sowie die Unzulänglichkeiten und Widersprüche der Zeugenaussagen des Gegners herauszuarbeiten. Im Allgemeinen schrieben sie mit roter Tinte (*rubrum*), um einerseits die sich deckenden Behauptungen zu kennzeichnen, andererseits diejenigen, die sich widersprachen. Im Anschluss daran legten sie dem Gericht eine Abschrift des auf diese Weise aufgeschriebenen Protokolls über den Sachverhalt vor.[59]

Noch wichtiger als diese erste persönliche Intervention der Anwälte im Prozess waren die Plädoyers, welche erst dann vorgetragen wurden, sobald alle Beweismittel vorlagen und jeweils zwischen den Prozessparteien ausgetauscht waren. Nach Beendigung der Diskussion und dem Schluss der mündlichen Verhandlung (*conclusio in causa*) entschied der Richter über die Angelegenheit, die vom Urteil abgeschlossen wurde.[60]

Bis zur Veröffentlichung des *Codex Iuris Canonici* im Jahre 1917 ist im Großen und Ganzen die Gesetzgebung über die Anwälte im kirchlichen Bereich unverändert geblieben.[61]

Das Manuskript *L'ordenaire maistre Tancrez* ist zu finden in der französischen Nationalbibliothek, 1048, f. 14, recto. Es enthält eine Abschrift der Abhandlung des Tancrez, *De ordine judiciorum*, in französischer Sprache aus dem 13. Jahrhundert. Darin ist insbesondere die Rede von Zusammenschlüssen der Anwälte (*avocations*), die vor dem Richter bzw. dessen Stellvertreter einen Eid schwuren; bei Magister Tancrez war zu lesen: „Avocations est quant aucuns conte sa parole ou la son ami par devant le juge ou par devant celui qui est en son leu."[62]

3. Anwaltsausbildung

In der Regel galt eine Anwaltsausbildung von drei Jahren als angemessen. Diese Zeit musste dem Studium des kanonischen wie des weltlichen (Zivil-)Rechts und der juristischen Praxis gewidmet sein. 1295 verlangte die Synode von Canterbury von den Anwälten eine Vorbereitungszeit von vier oder fünf Jahren Studium sowie ein Jahr Praktikum bei Gericht.[63] Bereits 1281 auf dem Konzil von Lambeth, welches die Regelausbildungszeit auf drei Jahre festsetzte, beklagten sich die Teilnehmer über die Unzulänglichkeit der juristischen Ausbildung. Dazu wörtlich „Kaum haben sie den Kommentar eines rechtswissenschaftlichen Buches gehört, befleißigen sich die Anwälte damit, kirchenrechtliche Angelegenheiten vor Gericht zu vertreten. Und da sie in der Sache von diesem Recht nichts verstehen, liefern sie sich verwerflicher Irrtümer aus, die den gesamten Prozess behindern."[64]

Die Konzilien legen sehr großen Wert auf den Berufseid, der vor dem Bischof oder dem Offizial, d.h. seinem Vertreter, abgelegt werden musste. Seit 1231 schrieben den Eid die Konzilien von Rouen und Château-Gontier vor. Das zweite Allgemeinkonzil von Lyon aus dem Jahre 1274 hielt diese Verpflichtung aufrecht und erlegte sogar eine jährliche Erneuerung des Eides auf.[65] Jeder Eidbrüchige wurde dazu verurteilt, das Doppelte des Schadens zu entrichten, den er auf diese Weise den Prozessparteien zugefügt hatte. Die Statuten von Bayeux verpflichteten die Anwälte sogar zur Teilnahme von berufsethischen Kursen.[66]

Bonaguida von Arezzo berichtet, dass der Anwalt stehend plädiert und, sofern es der Richter ihm erlaubt, eine Kopfbedeckung (Barrett) trägt. Er muss dezent gekleidet sein, eine bescheidene Grundhaltung bewahren sowie einen moderaten Ton. Die Anwälte sollen nach Anciennität sitzen. Es wird ihnen empfohlen, lange Kleider zu tragen, *vestes talares*, einfarbig, genau so wie die Priester, weil sie gewissermaßen auch ein priesterliches Amt ausführten.[67] Bonaguida gibt Ratschläge über die Beziehungen zwischen Mandantschaft und Anwalt, über die Moderation der Diskussion sowie die Kürze der Plädoyers usw. Seither, und dies macht sich auch in den Konzilien bemerkbar, war die Kürze der Plädoyers sehr wichtig. So schrieb das Konzil von Canterbury im Jahre 1295 vor, geschwätzige Advokaten und Prokuratoren zu bestrafen (*de puniendo advocatos et procuratores garrulos*). Sie mussten vor Gericht, *arbitrio judicis,* bestraft werden. Im Falle ihrer Widerspenstigkeit und Unkorrigierbarkeit wurden sie sogar für immer vom Dienst suspendiert.[68] Stets wird ihnen empfohlen, der Reihe nach zu sprechen, und nicht alle auf einmal vorzutragen. Sollten mehrere Anwälte derselben Partei beistehen, so war verlangt, dass diejenigen, die nicht plädierten, sich leise austauschen sollten: *Aliis basse et sine*

---

[57] *A. Wunderlich, Anecdota quae ad processum civilem spectant*, Göttingen 1841, S. 132–345, hier *Summa* 3. Teil, Titel VII und X; *Helmut Coing*, Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, Band I, 1973, S. 391 unten.

[58] *Hans van de Wouw,* in: Lexikon des Mittelalters, Bd. II, München 1983, Sp. 401.

[59] *Fournier,* S. 192; Bonaguida, Summa, 3. Teil, 6–9, De rubricis.

[60] *Fournier*, S. 204–206; Gillet, Sp. 1527–1528.

[61] *Gillet,* Sp. 1528.

[62] *Fournier*, S. 32.

[63] *Philippe Labbe*, XI, 1409.

[64] Konzil von Lambeth, can. 26 (1281), Labbe XI, 1171.

[65] Konzil von Lyon, can. 19 (1274), Labbe, XI, 986 und 890.

[66] *Fournier*, S. 33.

[67] *Fournier*, S. 35.

[68] *Et si super hoc incorrigibilis maneat, a consistorio perpetuo suspendatur, Labbe*, XI, 1410.

strepitu consultantibus. Das Wort *strepitus* sollte die Tumulte in den juristischen Debatten bezeichnen. Im Allgemeinen bedeutet es Lärm, Getöse, Geräusch, die zu vermeiden waren: *Ad evitandum strepitum advocatorum.*[69]

Das Konzil von Lyon von 1274 belohnte den Dienst des Advokaten für seine Arbeit in einem einzigen Prozess mit der Höchstsumme von 20 Pfund. Das Konzil von Saint-Brieuc, in der Bretagne gelegen, ordnete ihnen eine Summe von 12 oder 20 Talern sowie die Kosten für die Schriftsätze zu.[70] Eine zu hohe Vergütung konnte mit einer Suspendierung von bis zu drei Jahren bestraft werden.

Den *miserabiles personae* ordnete der Richter von Amts wegen einen Anwalt bei, sofern diese zahlungsunfähigen Mandanten keinen juristischen Beistand finden konnten. Ein Kleriker, der die *miserabiles personae* verteidigte, war der bretonische Heilige Yves von Tréguier (Côtes d'Armor). In der besonderen Zuwendung, die die Gerichtsbarkeit diesen Personenkreis ab dem 13. Jahrhundert erfahren lässt, liegt ganz offenbar eine durch und durch praktische Anwendung der zeitgenössischen Moraltheologie, insbesondere der *Summae* des Thomas von Aquin.[71]

4. Prokuratoren

Im Gegensatz zu den Advokaten bildeten lange Zeit die Prokuratoren keine eigene Korporation.[72] Im 13. Jahrhundert wurde die Beauftragung eines Prokurators, die keine Verpflichtung für die Parteien darstellte, jedoch üblich.[73] Das Konzil von Lyon von 1274 stellt die Prokuratoren ungefähr auf dieselbe Stufe wie die Advokaten.[74] Die Statuten von Bayeux und von Reims beinhalten ebenfalls eigene Regeln für die Prokuratoren.[75] Seither bildeten auch die Prokuratoren eine eigene Korporation unter der Autorität der kirchlichen Richter. Es kam oft vor, dass sich eine Partei von mehreren Prokuratoren vertreten ließ. Diese mussten dann gemeinschaftlich (*in solidum*) handeln. Damit sich eine Partei nicht von allen Prokuratoren eines Gerichts vertreten ließ und damit der gegnerischen Partei keine mehr übrig bleiben konnten, steuerte die Synode von Canterbury dagegen.[76] Prokuratoren waren in allen Rechtsbereichen erlaubt, außer in Strafprozessen, die über die Anklage liefen. In diesen Fällen mussten Ankläger und Angeklagter persönlich erscheinen.[77]

Prokurator wurde man durch schriftlichen Akt bzw. durch richterliche Ernennung. Der Prokurator sollte nämlich sein Mandat belegen können. Einige Personen konnten auch ohne diese Formalität auftreten, darunter der Vater für die Angelegenheiten des Sohnes, der Ehemann für diejenigen der Frau, der Kleriker für diejenigen seiner Kirche. Nach der Rechtshängigkeit (*litis contestatio*) konnte das Mandat nur in schwerwiegenden Fällen zurückgenommen werden. Die Prokuratoren mussten unter Eid beschwören, dass sie ihre Pflichten erfüllen. Prokurator und Anwalt mussten sich über die Führung des Prozesses einig werden. Es war ihnen verwehrt, eine Abmachung zum Nachteil ihres Mandanten zu treffen. Der Prokurator durfte auch kein *libellus* oder Einwendungen verfassen, was der Stellung des Anwalts zuwiderliefe. Auch durfte er nicht die Vergütung, die dem Anwalt vorbehalten war, zurückbehalten. Die Prokuratoren waren angehalten, den Anwälten alle notwendigen Unterlagen, die dem Prozess dienlich waren, zu liefern. Ebenso wenig durften sie irgendwelche Aufgaben der Notare, insbesondere die Protokollierung, übernehmen. Die Prokuratoren wurden von den Parteien entlohnt, die sie beauftragt hatten. Das Konzil von Lyon setzte hierzu eine Summe von 12 Pfund als Maximum für jede Rechtsangelegenheit fest.[78]

Nachdem an den juristischen Fakultäten immer mehr Rechtskundige ausgebildet worden waren, bildete sich nicht nur ein einziger Juristenstand, sondern auch ein Bewusstsein für unterschiedliche juristische Berufe. Dass Religion und Rechtsfindung eng zusammenhingen, bzw. dass viele Kleriker auch ein juristisches Studium aufweisen konnten, wird deutlich in einer Person, die bis heute noch in Frankreich als Heiliger verehrt und seither von den Juristen, insonderheit den Anwälten, als ihr Berufspatron bezeichnet wird; es handelt sich um den Heiligen Yvo (Yves).

IV. Der Heilige Yves, Patron der französischen Rechtsanwälte

1. Zur Rekonstruktion der Vita Yvos aus den Quellen

Der Heilige Yves Hélory von Kermatin oder Yves von Tréguier wurde um 1250 geboren und starb 1303. Er war Priester und Offizial, also Kirchenrichter seiner Diözese Tréguier und widmete sein Leben der Gerechtigkeit und den *pauperes*, d.h. den sozial wie wirtschaftlich Abhängigen und Schutzbedürftigen, die der Kirche seit den karolingischen Kapitularien anvertraut waren. Papst Clemens VI. sprach Yvo im Jahr 1347 heilig.

Obwohl Yvo viel geschrieben hat, besitzen wir keine Quelle aus seinem Nachlass, weder aus den Gerichtsakten des Bistums Tréguier noch aus privater Hand.[79] Einzige Quellen zu seiner Vita sind die Akten seiner Kanonisation vom 23. Juni bis zum 14. August 1330 sowie eine Urkunde, datiert auf den 2. August 1297, in der steht, dass Yvo eine Schenkung machte zugunsten einer Kapelle, die er vier Jahre zuvor in Kermartin gegründet hatte.[80]

---

[69] *Fournier,* S. 35–36.
[70] *Fournier*, S. 36.
[71] Konzil von Toulouse, can. 44 (1229), *Labbe*, XI, 436. Zu den *personae miserabiles* siehe vor allem *Thomas Duve*, Sonderrecht in der Frühen Neuzeit, 2008, S. 62 ff.
[72] *Fournier*, S. 36.
[73] *Charles Bataillard*, Origines de l'histoire des procureurs et des avoués depuis le Ve siècle jusqu'au XVe siècle, Paris 1868, III.
[74] Can. 19 (1274), *Labbe*, XI, 986.
[75] *Fournier*, S. 37.
[76] Can. 18 (1295), *Labbe* XI, 1412; Fournier, S. 38.
[77] *Fournier*, S. 38.
[78] Konzil von Lyon, can. 19 (1274), *Labbe* XI, 886; *Fournier*, S. 39–40.
[79] *Jean-Christophe Cassard*, Saint Yves de Tréguier. Un saint du XIIIe siècle, Paris: Beauchesne 1992, S. 36–37. Darüber hinaus siehe die Publikationen von *Jean Le Mappian*, Etat actuel des recherches sur Yves de Tréguier, in: Mémoires de la Société d'histoire et d'archéologie de Bretagne 48 (1968), S. 15–30.

Yvo stammte aus einer adligen Familie der Bretagne in der Pfarrei Minihy-Tréguier. In der Universität von Orléans, dann in Paris studierte er Jura. Er lebte ein Leben in Armut und Demut. Nach dem Studium kehrte er zurück in die Bretagne, wo er juristischer Berater in seiner Diözese war. Bewunderung in der breiten Bevölkerung fanden seine gerechten Urteile und sein Gerechtigkeitssinn. Noch heute zeugt eine Darstellung von seiner Gerechtigkeitsfindung zwischen Arm und Reich; drei Holzfiguren aus dem 16. Jahrhundert stellen ihn dar zwischen einem Reichen und einem Armen, die er gleich behandelt. In der bildenden Kunst wird Yvo im Allgemeinen dargestellt mit einer Geldbörse in einer Hand, die beweisen soll, dass er all sein Geld zeit seines Lebens den Armen gab sowie einer Schriftrolle in der anderen Hand, die seine Aufgabe als Kirchenrichter symbolisieren soll. Das Grabmal in der Kathedrale von Tréguier wurde an der Stelle errichtet, wo Yvo 1303 begraben wurde, wobei das heutige Denkmal aus dem Jahr 1890 stammt.[81]

Louis Duval-Arnould[82] hat herausgearbeitet, dass die Anekdoten, die sich um Yves ranken, von Bouchart[83] stammen und dass etliche Autoren diese auf mündlicher oder evtl. schriftlicher Tradition beruhenden Erzählungen bis in unsere Tage getragen haben. In jedem Fall soll Yves eine ungerechte Verurteilung einer armen Frau (d.h. eine der *miserabiles personae*), Opfer von zwei Betrügen, verhindert haben. Die Schuldigen wurden bestraft.[84] Duval-Arnould schlägt für das Leben des Yves folgende Zeitleiste vor:

1247–1261 oder 1248–1262:	Kermartin, Kindheit und erste Studien
1261–1267 oder 1262–1268:	Paris, Grundstudium (Faculté des Arts)
1267–1271 oder 1268–1272:	Paris, Studium des Rechts (Faculté de Décret)
1271–1273 oder 1272–1274:	Orléans, Rechtsschule (Aufenthalt von zwei Jahren) mind. ein Jahr Studium der Dekretalen unter Wilhelm von Blaye
1273–1277 oder 1274–1277:	Paris, Theologische Fakultät
1277–1279/80:	Orléans, Rechtsschule (Studium der Institutiones unter Pierre de la Chapelle)
1280–1284:	Rennes, Offizial des Archidiakons Mauritius, Studien der Theologie im Konvent der Minoriten
1284:	Offizial (Vertreter) des Bischofs von Tréguier, zur gleichen Zeit Priester und Rektor von Tredrez
1290:	Öffentliche Predigten
1292:	Pfarramt in Louanec bis zu seinem Tod.
1293:	Yves gründet die Kapelle von Notre Dame von Kermartin.
1297:	Er bestätigt und ergänzt diese Gründung.
1298–1300:	Yves gibt die Stellung eines Offizials des Bischofs von Tréguier auf.
1309, 19. Mai	Tod von Yves[85]

Yvos verteidigte die Güter der Kirche von Tréguier. Dies durfte er nach den Regeln der Vereinbarkeit der Ämter als Priester und Anwalt tun, so wie es die Konzilien erlaubt hatten.[86] König Philipp der Schöne bedrohte nämlich die Güter der Kirche, die ebenfalls für die *miserabiles personae* bestimmt waren. Insofern war hier ein doppelter Grund für die Verteidigung als Anwalt gegeben.

Umstritten ist, ob Yves ein Doppelstudium des kanonischen Rechts und der Theologie absolviert hat.[87] Dagegen spricht, dass dies nicht erlaubt war und dass dafür die Zeugenaussagen sehr dürftig sind.

Auch ist umstritten, ob Yves ein Praktikum von einem Jahr an einem kirchlichen Gericht gemacht hatte. Der Canon 4 des Konzils von Tours von 1236 macht daraus aber keine Verpflichtung. Er stellt nur fest, dass eine praktische Ausbildung bei einem Gericht einem Studium gleichgestellt war. Ein Offizial musste fünf Jahre Regelstudienzeit des Rechts vorweisen.[88]

2. Bekanntheit Yvos bis in unsere Tage

Der Heilige und Schutzpatron aller Anwälte wurde sogar früher besungen mit „Anwalt und kein Dieb!, kaum zu glauben!“, im Französischen: „Avocat et pas voleur! chose ŕ peine croyable!“ Er wird heute noch vielfach verehrt, etwa an der Universität La Sapienza in Rom, wo die Kirche Sant'Ivo dei Bretoni auf dem Universitätsgelände seinen Namen trägt.[89] An deutschen

[80] *Louis Duval-Arnould*, Note chronologique sur saint Yves de Kermartin, in: Analecta Bollandiana (Revue critique d'hagiographie) 92 (1974), Bd. 3–4, S. 409–423, hier S. 409.

[81] *Jean-Christophe Cassard/Jacques Dervilly/Daniel Giraudon*, Les chemins de saint Yves, Verlag Skol Vreizh, Morlaix 1994; *Marie-Paule Salonne*, Saint Yves, patron des avocats, avocat des opprimés, Paris 1945; *François Semur*, Yves de Kermatin, Magistrat et avocat du XIIIe siècle, Verlag Jos Le Doaré, Chateaulin 1983; *Jean-Christophe Cassard/Georges Provost*, Saint Yves et les Bretons. Culte, images, mémoire, Presses Universitaires de Rennes, 2004.

[82] *Duval-Arnould*, Note chronologique sur Saint Yves de Tréguier (Fn. 80), S. 409–424.

[83] Les grandes chroniques de bretaigne, Paris 1514.

[84] *Duval-Arnould*, S. 409–410.

[85] *Duval-Arnould*, S. 411, 417–418.

[86] *Duval-Arnould*, S. 421.

[87] *Duval-Arnould*, S. 423.

[88] *Duval-Arnould*, S. 424, sowie *Giovanni Domenico Mansi* (Hrsg.), Sacrorum conciliorum nova et amplissima collectio, Florenz/Venedig 1759–1798, Nachdruck Paris 1899–1927, Graz, 1961-, Bd. 23, Sp. 412 E; zu anderen Thesen *Jean Le Mappian*, État actuel des recherches sur Yves de Tréguier, in: Mémoires de la Société d'histoire et d'archéologie de Bretagne 48 (1968), S. 15–30.

[89] Ebenfalls sei erwähnt die Kirche Sant'Ivo alla Sapienza, erbaut 1642–1664 von Francesco Borromini; dazu *Hans Ost*, Borrominis römische Universitätskirche S. Ivo alla Sapienza, in: Zeitschrift für Kunstgeschichte 30/1967, S. 101–142 sowie *Martin Raspe*, Borromini und die Antike, in: Borromini, Architekt im barocken Rom. Ausstellungskatalog (12. April–25. Juni 2000; Ausstellung zum 400. Geburtstag des Architekten, Wien, Albertina im Akademiehof), Mailand 2000, S. 89–100.

Juristenfakultäten wird Yvo bis heute verehrt, so zum Beispiel in Freiburg i.Br. oder Trier.[90] Das Siegel des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Universität Trier, welches die überarbeitete Fassung des Siegels der alten Trierer Juristenfakultät aus den Jahren 1473–1798 darstellt, zeigt den Heiligen Yvo, der als Gelehrter vor seinem Lesepult sitzt. Damit ehrt die Trierer Juristische Fakultät Yvo bis heute wegen seines Einsatzes vor weltlichen und geistlichen Gerichten als Verteidiger Hilfloser, Armer[91] und Unterdrückter.[92]

Alljährlich wird am 19. Mai, seinem Todestag, sein Fest begangen. In Tréguier werden dazu die Reliquien in einer Prozession getragen, wobei ein Verzeihungsakt (acte de pardon) stattfindet.

V. Annex

Der Friedensvertrag vom 26. Januar 1190 zwischen Ildefons II., König der Aragonen, und Raimund V., Herzog von Narbonnne, Graf von Toulouse und Marquis der Provence:[93]

Anno ab Incarnatione Domini M°C°LXXXIX, vii kalendas februarii. Propter discordias et contentiones, que inter dominum Ildefonsum, regem Aragonum, comitem Barchinonie et marchionem Provincie, et dominum Raymundum, ducem Narbonie, comitem Tolose et marchionem Provincie, longo tempore fuerant, super pactionibus et conventionibus quas antea apud Narbonam habuerant, ex consensu utriusque partis, mediatores sive arbitros elegerunt, scilicet G., Bitterrensem episcopum; B., vicecomitem Massilie; Hugonem, Bonarum Vallium abbatem; P. de Rigaldo, magistrum militie Templi, et P. R., Hospitalis Gerosolimitani in villa Sancti Egidii preceptorem. Quorum arbitrio et consilio firma pax et concordia inter eos facta fuit in hunc modum: scilicet quod, bona fide et sine dolo, omni fraude et calliditate esplosa, deinceps veri amici sint et de corpore, vita et membris et omnibus honoribus et facultatibus suis fideles sibi invicem existant, ita quod nullus eorum facto vel verbo sive consensu, alterius mortem sive corporis sui seu dominacionis sue vel quarumcumque rerum suarum seu facultatum jacturam vel detrimentum seu diminutionem operetur, struat, aut aliquomodo machinetur. De omnibus quoque malefactis et guerris, que inter eos emerserunt vel ad invicem sibi fecerunt, in presenti, sub jurejurando corporaliter prestito, bona fide et absque ingenio malo, perpetuum et sincerissimum finem sibi et coadjutoribus suis faciant, eo addito quod de cetero sibi invicem fideles existant, nec pro aliquo homine seu pro aliqua re vel qualicumque occasione, quilibet eorum alteri guerram faciat vel fieri faciat. Si vero aliquo in tempore contingerit aliquem eorum habere querimoniam cum homine alterutrius, homo ille, contra quem querimonia habebitur, per se in propria persona satisfactionem vel justicie plenitudinem faciat conquerenti; aut, si hoc complere noluerit, dominus ejus querelanti contra eum operam et auxilium bona fide omnimodo impendere studeat, usque dum ei satisfactum sit judiciali sentencia vel amicabili compositione. Item, si quando ambo vel alter eorum quid petere vel exigere voluerit in civitate Avinionis, sint super hoc sibi invicem boni et fideles amici et coadjutores; et quidquid ibidem adquirere poterint comuniter dividant. Quod si forte inter eos de supradictis conventionibus et pactis questio vel discordia aliqua oriatur, arbitrio B., archiepiscopi Tarraconensis, qui constitutus arbiter pro parte domini regis est, et arbitrio B., Narbonensis archiepiscopi, qui constitutus arbiter pro parte domini comitis est, in partibus illis que ultra flumen Erarium sunt, terminetur. Si vero in partibus que citra predictum flumen sunt usque ad Alpes montis jam questio vel discordia inter eos oriatur, arbitrio Drocconati et Rascacii, qui pro comite sunt, et Barralli et Blacacii, qui pro rege sunt, questio similiter terminetur, de coadjutoribus eorum idem similiter statuentes. Cum supradictis cognitoribus pro utraque parte electi sunt mediatores G., Bitterensis episcopus, et P. de Rigaldo, magister militie Templi, et prior Hospitalis. (Es folgt das Siegel des Notars).

VI. Fazit

Mit der zunehmenden Absolvierung der Rechtsschulen im französischen „Midi“ ging eine Professionalisierung der Juristen einher. Das gelehrte Recht wurde in der Praxis von kirchlicher und weltlicher Gerichtsbarkeit zunehmend angewandt und von studierten Advokaten und Mediatoren in die Prozesse eingebracht.

Es zeigt sich ferner, dass es zur Herausbildung eines „christlichen“ Advokatenbildes kam, zu dessen Leitfigur bis heute der Heilige Yvo (Yves) von Tréguier geworden ist, ein „Walter des Amtes“, der gerne die Interessen der *personae miserabiles* verficht.

---

[90] *Clausdieter Schott*, Der hl. Ivo als Patron der Juristenfakultät Freiburg i.Br., in: Signa Iuris (Beiträge zur Rechtsikonographie, Rechtsarchäologie und Rechtlichen Volkskunde) 7 (2011); *Karl-Heinz Burmeister,* Der h. Ivo und seine Verehrung an den deutschen Juristenfakultäten, in: ZRG GA 92 (1975), S. 60–88; *Annette Rieck,* Der Heilige Ivo Hélory (1247–1303). Advocatus pauperum und Patron der Juristen, Frankfurt a.M. 1998.

[91] Holzfiguren aus der Kathedrale von Tréguier, 16. Jahrhundert, sind ein bekanntes Postkartenmotiv und stellen den Heiligen Yves zwischen dem Reichen und dem Armen dar.

[92] Dekanat des Fachbereichs V Rechtswissenschaft der Universität Trier, vgl. dazu die Beschreibung des Fachbereichssiegels: „S. Iuridicae Facultatis Treverensis“ (das große S. steht für sigillum = Siegel); siehe www./uni-trier.de/uni/fb5/fb5.html. Neuerdings zur Geschichte der Trierer Juristenfakultät: *Peter Krause*, Die Geschichte der juristischen Fakultät von 1473 bis 1798 (= Rechtsgeschichtliche Schriften 23), Köln 2007.

[93] Quelle: Fn. 41.

Social Attitudes and Legal Constraints: Army Life in the Habsburg Monarchy, 1890–1914

*Alan Sked**

Abstract

The Habsburg Army between 1890 and 1914 was in many ways under attack within the Monarchy. Part of its defence mechanism was to see itself as a 'state within the state' relying on a code of honour and a separate military justice system. However, social forces meant in fact that it came more and more to resemble the wider society of the Monarchy.

Key words: *Habsburg Monarchy; Habsburg army; officer corps; honour, honour code; honour courts; duelling; military justice; punishments; suicide; sex; venereal disease; homosexuality; anti-Semitism.*

An Army Under Pressure

By 1890 the army of Francis Joseph stood in nearly all senses on the defensive. As a fighting force its reputation was not high. It could defeat Italians – as had happened in 1848 and 1849 and again in 1859 and 1866 – but in the decisive battles against the French in 1859 and against the Prussians in 1866 it had been defeated. Nor was the outlook more optimistic towards the end of the century. As Baron Beck, the Chief of the Austrian General Staff confessed to the Archduke Albrecht in October 1888[1], Austria-Hungary had an army which was weaker than that of Russia, only slightly stronger than that of Italy and had no margin or strategic reserve to take care of even the minor Balkan powers in the event of a major war. His conclusion – which Albrecht designated "very unpleasant but unfortunately very true"[2] – was that Austria-Hungary could only wage war in cooperation with another, major state. By 1914, in the words of a sympathetic German observer:[3] "the military potential of the Danubian monarchy and its army was adequate [only] for a campaign against Serbia …" The Habsburg army in short, had become the equivalent of a Balkan fighting force.

In a large measure this was due to lack of funds. According to figures contained in a pamphlet published in Vienna in 1902 the Monarchy spent less on its armed forces than any other European power. In terms of expenditure per head the figures were in 1901:[4]

Great Britain	29.7	kronen per head of population
France	24.8	kronen per head of population
Germany	11.9	kronen per head of population
Italy	11.4	kronen per head of population
Russia	9.4	kronen per head of population
Austria-Hungary	9.3	kronen per head of population

In terms of percentage of total expenditures they were:[5]

Germany	38.7%
Great Britain	30.4%
France	28.7%
Russia	23.4%
Italy	21.8%
Austria-Hungary	16.0%

According to Professor Rothenberg expenditure rose considerably between 1906–1914 but this still only allowed the percentage figure to rise to 21 %, and that was one which had been considerably boosted by extra spending in 1912/13.[6] As Professor Stone has written:[7] "Before 1914 the Monarchy trained 0.29 % of her population per annum, France trained 0.75 %, Germany 0.47 %, Russia 0.35 %. Italy 0.37 %. In 1914 the war strength of the Austro-Hungarian army was 2,265,000, the war strength of the French army, which was based on a population ten millions lower than that of Austria-Hungary, was almost four millions." Technologically the army was also backward.[8] The army remained overwhelmingly an infantry force; its artillery

* Prof. Alan Sked, Department of International History, London School of Economics and Political Science, England.

1 Gunther E. Rothenberg, *The Army of Francis Joseph* (West Lafayette, 1976), p. 117.

2 *Ibid*.

3 *Ibid*., p. 172.

4 *Militär und Zivil. Zeitgemässe Betrachtungen von einem Oesterreicher* (Vienna and Leipzig, 1904), p. 78, footnote continued from p. 77.

5 *Ibid*.

6 Rothenberg, *op. cit.*, p. 172, but cf. p. 148.

7 Norman Stone, 'Army and Society in the Habsburg Monarchy, 1900–1914', *Past and Present*, no. 33 (1966), pp. 95–111, p. 107.

8 Rothenberg, *op. cit.*, pp. 126–127.

was "fast becoming obsolete", its infantry was under-equipped with machine guns compared with Russian or Italian divisions, Franz Joseph spurned armoured cars as of no military value because they frightened horses (in civil administration he likewise spurned telephones, typewriters and elevators) and there was even a lack of uniforms. To quote Professor Stone again:[9] "It was with justice that Conrad opposed Austro-Hungarian participation in the Hague disarmament conference with the observation that 'the present condition of our army has already an appearance of permanent limitation of armament.'"

Not surprisingly, perhaps, the main job of the Habsburg army became one of maintaining internal security, a fact which the Archduke Franz Ferdinand for one fully recognised. In 1896 he informed Beck:[10] "The army's main task is not the defense of the fatherland against an external enemy, but the protection and maintenance of the throne and the dynasty against all internal enemies." In the same memorandum he called for the dismantling of the so-called "territorial" system of stationing troops in their home areas which had been introduced in the 1880s and for a return of the old system of "dislocation" (the Austrian term for "location") which moved them regularly around the Empire. As Inspector-General of the armed forces in 1913 he had Colonel Bardolff of his military chancery propose the same step.[11] His motive was fear of "national dissension" among the troops.

That national dissension existed regarding military affairs could not of course be denied. The main problem here was the Hungarians whose political life since 1867–1868 had been increasingly dominated by the army as a constitutional issue.[12] The fact was that the majority of Hungarians regarded themselves as citizens of an independent state which simply shared a ruler with the Austrians. They demanded a separate army therefore to give expression to their separate statehood. Legislation dating from 1868 gave them such an army – the Honvédség – which possessed its own flags, badges, military academy and service language and in 1912 acquired its own artillery. Yet the *Ausgleich* had established as the main face of the Monarchy a joint army over which the Hungarians had no control, whose members swore an oath of loyalty to the Emperor, whose service and command languages were German and which in Hungary was regarded as an army of occupation, the army in fact of Haynau and Windischgraetz. Magyar nationalists demanded that in Hungarian regiments of the common army, the language of command should be Hungarian, something which between 1903 and 1906 led to a constitutional crisis in Hungary and indeed to Francis Joseph giving orders in 1905 for the country to be militarily occupied.[13] In fact it never came to this, but before a compromise could be worked out in 1906 (the nationalists surrendering their demands over the army to forestall the introduction of universal suffrage in Hungary) the Hungarian parliament had been dispersed by Honvéd troops.

There were other currents of "nationalist dissension" also. For example, Czech recruits began the "Zde" movement – saying "present" on the parade ground in Czech, rather than German.[14] This was something which predictably the Hungarians picked up. Yet perhaps the most unexpected source of opposition to the army came from German nationalists, often university students, who believed that the army was not German enough and who felt themselves within the Habsburg Monarchy to be no better off than any other nationality.[15] These people were vocal in opposing Czech inroads into the bureaucracy and were to be found in greatest numbers along the geographical borderline between the German and Slav populations of the Monarchy. They were a minority among the Germans and looked not to the Habsburgs for protection but to the Hohenzollerns. In fact they repudiated everything to do with the Dual Monarchy – the dynasty, the Catholic Church, the Jews, the Slavs, the Magyars and were the forerunners of Adolf Hitler's Nazis. The point to stress here is that they also repudiated the army. Thus the M.P. Franko Stein declared in the Lower House on 1 March 1902:[16] "I say it aloud, we want to belong to the German Empire." And "Today anyone who is a patriot in Austria is a fool." On 13 March, he told a Young Czech deputy:[17] "We are just as anti-Austrian as you are." Schönerer, his leader, on 8 November 1898 had already called upon the German army to invade Austria to save its German population.[18] This was in the aftermath of the Badeni language laws fiasco which had sparked off riots in Vienna, Graz and Salzburg. Bosnian troops had been used to suppress the riots in Graz and this had given the German Nationalists an excuse to attack so-called "black-yellow Moslem Mercenaries".[19] In the Lower House of Parliament the War Minister was bitterly attacked in the following exchanges:[20]

"M.P. Schönerer:	With what right are the Bosnians in Graz at all?
M.P. Glöckner:	The Sultan has sent them!
M.P. Kittel:	Kallay has no more money for them in Bosnia.

9 Stone, *op. cit.*, p. 107.
10 Rothenberg, *op. cit.*, p. 129.
11 *Ibid*., p. 171.
12 Norman Stone, 'Constitutional Crises in Hungary, 1903–1906', *Slavonic and East European Review* 46 (1967), pp. 163–182.
13 Rothenberg, *op. cit.*, p. 135.
14 *Ibid.*, p. 130.
15 See, *inter alia*, Andrew Gladding Whiteside, *Austrian National Socialism before 1918* (The Hague, 1962).
16 *Militär und Zivil*, p. 15 (footnote).
17 *Ibid*. (footnote).
18 *Ibid*.
19 Rothenberg, *op. cit.*, p. 30.
20 *Militär und Zivil*, p. 26.

M.P. Dr. von Hofmann: The provocative behaviour of officers and men must have been a major source of injury to the population, which is not prepared to bear huge military expenditures and tolerate these other forms of mistreatment on the part of the troops.

M.P. Glöckner: It seems the War Minister is beginning to suffer from weakness in the head …"

Thus the military was coming under fire from a variety of nationalist positions. The Austrian Socialists were yet another source of opposition. Troops were often used in industrial disputes and to control mobs of workers. In Hungary according to one article[21] "workers associations were harassed, their leaders arrested and hauled into courts and their members placed under police surveillance. Riots were put down by gendarmes and soldiers firing into crowds or charging them with fixed bayonets. Repression reached a peak under Banffy's premiership (1896–1899) when a recently published source claims 51 workers were killed and 114 wounded in pitched battles with law-enforcement authorities." In Cisleithania the same sort of thing occurred and led to bitter accusations in Parliament, particularly from the Social Democrat M.P. Daszynski who after clashes between troops and workers in Trieste and Lemberg, accused the army of "mass murder".[22] He added in words designed to wound all patriots:[23] "We know that the Austrian army has always fled courageously before the enemy but we know, too, that this same army always unashamedly points its rifle-barrels at the breasts of the people." The army's response to this accusation of cowardice was to point out that, as a rule, twice as many officers as soldiers died on the battlefields[24] – a reply which for the Social Democrats merely confirmed the army's class character and hence its role as an instrument of class oppression. The Social Democrats had many other complaints to bring against the armed forces but we shall return to these later when we consider topics such as duelling, codes of honour, suicide and military justice. The point to stress just now is that the army felt increasingly under attack from its political critics and was concerned lest their views should infiltrate the ranks. "Every year in October," said Franz Ferdinand[25], "we conscript men who have, as often as not, undergone a preliminary training in nationalist, anti-Austrian atmospheres and have been educated as irredentists or anti-militarists, or who, being illiterate, know less than nothing of the world; and out of such material we have to fashion intelligent and responsible individuals and enthusiastic patriotic citizens."

Another source of worry for the army was the changing social composition of its officer corps. According to Allmayer-Beck[26], in 1863 around 60 per cent of all general staff officers were still noble (if mainly of the service nobility). In 1913 no less than 88.5 per cent of all general staff officers were of bourgeois origin. Only 58 out of 503 *Generalstäbler* were now nobles. The same trend was to be seen at work among the generals.[27] In 1859 the proportion of bourgeois was only 10 per cent but by 1878 it had risen to 52 per cent and ended in 1918 at 75 per cent. Even in the more aristocratically inclined cavalry regiments only one Prince, two Grafs and six Freiherrn were to be found as regimental commanders in 1914 as opposed to 20 colonels of service nobility and 13 commanders of bourgeois origin. By the end of the period 1890–1914 most officers were of middle-class or lower middle class origins. Even by 1900 most Czech officers were sons of artisans, petty tradesmen, railwaymen, teachers, workers and peasants.[28] After 30 years service they were awarded service nobility, yet predictably there was little social intercourse between them and the traditional nobility. The old aristocracy lasted longest in the cavalry regiments – in 1896 for example the Seventh Dragoons were still exclusively blue-blooded and totally blond – yet, as we have seen, by 1914 they had almost faded from the scene altogether.[29] The same was true, by the way for those at the very top. Among the twelve ministers of war from 1866 to 1918 only one belonged to the aristocracy and among the ten chiefs of the general staff during the same period none was an aristocrat.[30]

This did not mean that the army had become more enlightened socially. As Otto Bauer was to record for example in *Die Offiziere der Republic* even reserve officer candidates were instructed to have nothing to do with N.C.Os. "The noncommissioned officers are peasants," he was told by his superior officer[31], "an educated person has no social contact with a peasant. If I should learn that one of you talks to a noncommissioned officer outside of military duty, shakes hands with him or even joins him in the pub, he will lose eligibility to become an officer." The army was also worried lest too expensive a use be

[21] Andrew C. Janos, 'The Decline of Oligarchy: Bureaucratic and Mass Politics in the Age of Dualism (1857–1918)', in: Andrew C. Janos and William B. Slottman (eds.), *Revolution in Perspective, Essays on the Hungarian Soviet Republic* (London, 1971), p. 43.

[22] *Militär und Zivil*, p. 26.

[23] *Ibid*., p. 27.

[24] *Ibid*., pp. 29–30 (footnote).

[25] Stone, *Army and Society*, p. 101.

[26] Johann-Christoph Allmayer-Beck, 'Die Träger der staatlichen Macht: Adel, Armee und Bürokratie', in: Otto Schulmeister (ed.), *Spectrum Austriae* (Vienna, 1957), pp. 272–273.

[27] Robert A. Kann, 'The Social Prestige of the Officer Corps in the Habsburg Empire from the Eighteenth Century to 1918', in: B.K. Kiraly and G.E. Rothenberg (eds.), *War and Society in East Central Europe*, vol. 1: *Special Topics and Generalizations on the Eighteenth and Nineteenth Centuries* (New York, 1979), pp. 113–137 (pp. 120–121).

[28] Istvan Deak, 'Educating Officers for a Multinational Army: the Habsburg Empire, 1848–1918', *Colloquium Paper*, *Woodrow Wilson Center for Scholars*, 23 May 1985, p. 22. Deak's views on a variety of aspects of the careers of Habsburg officers can be found in his *Der k.(u)k. Offizier, 1848–1918*, Vienna, 1995, which is a translation of his *Beyond Nationalism. A Social History of the Habsburg Officer Corps*, Oxford, 1990.

[29] Karl Kandersdorfer, 'Der Adel im k.u.k. Officierscorps', *Oesterreichische Militaerische Zeitschrift* (1897), pp. 248–269.

[30] Kann, *op. cit.*, p. 121.

made of the old aristocratic tradition of employing "du" instead of "Sie" as a form of address between officers, particularly those of the same rank and regiment. The War Ministry declared[32] "that the use of the word 'du' in the army appears to be much too extended." And semi-official advice was given to officers to restrict its use. But if the army strove to maintain the old aristocratic spirit among its increasingly lower-middle class officers the outlook was not encouraging. As a result General Moritz von Auffenberg, the Minister of War in 1911–1912 and confidant of Franz Ferdinand felt obliged to devise schemes to isolate the officer corps by educating it above its new social origins. "Is it not quite natural," he asked[33] "that an officer who comes from a lowly background will loosen his relationship [with the people among whom he was brought up] more easily if he has benefited from an education which raises him high above his milieu? I do not refer to the bonds of heart and family but to social relations since they can under certain conditions become dangerous to the officer's thinking and feeling." The need for such an education, he felt, was clearly urgent. "I believe," he wrote[34], "that in – contrast to the past – none of the better educated occupational groups comes from such low strata of the population as the professional officer corps of our army. The situation may be similar among the rural clergy … The roots of the officer corps reach into the proletariat. Doubtless this represents a problem … All the time I find traces that overall we are confronted by socially inadequate individuals. … Within entire military units one does not find a single elegant individual, no man of distinction. … It may be noted also that mainly the older officers come from better strata, the younger ones … from the lowest. To be sure, sons of railroad watchmen, janitors of public buildings … grammar school teachers, petty businessmen may become good men and deserving officers … [Yet] what military school and an able and understanding commander can accomplish in years, may be destroyed by a furlough of several weeks in the narrow circles of a petty official or a petty bourgeois."

What was noticed by Austrian military leaders was observed by German officers also. A pamphlet published in Leipzig around 1890 entitled "*Offene Worte über die österreichisch-ungarische Armee in ihrem Verhältnis zum deutschen Reichsheer. Auf Grund eigener Beobachtungen von A von E*", for example, included an attack on the social background of the Austrian officer corps. It maintained that a not insignificant portion of them "stemmed from the lowest classes of the people" … "Servants", it declared, "social-democratic waiters comprise the relatives of hundreds of infantry-officers, who themselves in their youth served as "Piccolos" and who naturally have retained their democratic views and bad manners and now spread them further." Nor were the wives of officers spared. These, it claimed, included "washerwomen, seamstresses, maids, cooks, Jewish barmaids and the like" and were to be found in every regiment. Officers were also to be seen at the theatre "between cooks and workmen" or at the opera among students and cadets. They could be seen in the street wearing shirts and dirty trousers lacking swords by carrying walking sticks or umbrellas. Clearly therefore the Austrian officer corps left a lot to be desired. The pamphlet, of course, was full of mistakes and its descriptions bordered on or, rather, surpassed caricature. Yet its publication in Germany cannot have helped cement the Dual Alliance. The fact was that inside and outside the Habsburg Monarchy in the period 1890–1914 the army was losing respect. Written off as a fighting force, politically suspect and socially no longer distinguished, even the imperial family had no faith in it. This is implicit in Franz Joseph's attitude after 1866 as expressed to his mother:[35] "One just has to resist as long as possible, do one's duty to the last, and finally perish with honour." It is implicit also in the will he drew up which made certain arrangements in case "the crown should no longer remain with our house". He also advised his daughter to claim her fortune on his death since "it would be safer in Germany than in Vienna". The Crown Prince, Rudolf, likewise advised the Archduchess Marie Valerie to leave Austria "when Papa passes away" and, of course, himself committed suicide. His mother, the Empress Elizabeth, was no more optimistic. The Empire, she said[36], "will fall to pieces when the Emperor ceases to hold it together by the might of his stainless character and self-abnegating fulfilment of duty. Nothing else will avail to support the decaying state." Franz Joseph himself finally lost all faith in his army in 1913. According to one book:[37] "After the Redl case the Emperor wanted nothing more to do with the army. In the same year he appointed Franz Ferdinand as 'Inspector General of all the armed services', whereby he finally and officially relinquished control of the army and the fleet. 'It gave him no trouble to do so after everything that had happened that year,' observed Count Paar, Franz Joseph's adjutant, on the Emperor's decision." However the general pessimism felt in the highest circles about Austria-Hungary's chances of survival was perhaps best expressed by the future German Emperor William II in 1887 as reported by the Crown Prince Rudolf.[38] The latter told his friend, the Austrian military attaché in Berlin, that according to a Viennese lady-friend of William's, the then Crown Prince of Prussia "had expressed his intimate thoughts very tactlessly". He continued: "He spoke not altogether respectfully of our Emperor, very disparagingly of me, compared me with his father as a vain, artistic, literary, judaised seeker after popularity, without character, without virtue etc. etc. then he remarked that things were going well only in Prussia; in Austria the whole state was rotten, near to dissolution, that it would break up,

[31] *Ibid*., p. 122.
[32] A. Kielhauser, *Die Vorschrift für das ehrenrätliche Verfahren im k.u.k Heere und Ehrenratsfragen*, 4th edn. (Vienna, 1914), p. 225.
[33] Kann, *op. cit.*, p. 132.
[34] *Ibid*., pp. 132–133.
[35] Alan Sked, 'Historians, the Nationality Question, and the Downfall of the Habsburg Empire', *Transactions of the Royal Historical Society*, 5th. series, vol. 31 (1981), p. 189 for these quotations.
[36] Count Corti, *Elizabeth. Empress of Austria* (London, 1936), p. 325.
[37] Georg Markus, *Der Fall Redl* (Vienna, 1984), p. 258.
[38] *Ibid*., pp. 108–109.

that the German provinces would fall like ripe fruit into Germany's lap, that [Austria] as an insignificant Duchy would become even more dependent on Prussia than Bavaria was." William had continued: "The Emperor of Austria can, if he wishes, live out his life as an insignificant monarch in Hungary. Prussia will do nothing to bring this about quickly, it will happen in any case by itself." Rudolf added: "he likes to go hunting with us, we are all pleasant people, but useless, flabby gluttons who are no longer capable of survival. There is no sympathy in politics; his task will be to enlarge Germany at our expense …" It was against this pessimistic outlook for the Monarchy, therefore, an outlook shared by its friends, enemies, dynasty and others that one has to consider the efforts made by the officer corps to defend its reputation and honour.

Still Under Pressure

In the aftermath of 1866 a number of military reforms had been introduced.[39] The old *Inhaber* system was abolished, conscription was introduced, the white coats disappeared, the bayonet was dethroned, corporal punishment was abolished and in 1847 military education was reorganised. There were now three types of schools for training officers:[40] the military academies (prime amongst them, of course, Wiener Neustadt), the cadet schools and the schools for the professional retraining of reserve officers. The academies recruited their students mainly from special military high schools (*Militär-Unterreal-* and *Militär-Oberrealschulen*) but students from civilian high schools could also enter the academies at the age of seventeen without their matura. At the end of a three year course the students would be commissioned into the army as a full lieutenant. Only about one in eight officers, however, entered the army in this fashion. The rest came principally from the newly-established *Kadettenschulen*, whence, after a four year course, graduates entered the army as *Kadet-Offiziers-Stellvertreter* or non-commissioned warrant officers. It would usually then take an extra year to make lieutenant. There were 18 cadet schools admitting some 2000 boys each year. The two academies (Wiener Neustadt and the Technical Academy at Moedling) took about 250. The fees in the academies were twice as high as in the cadet schools but in both cases, the majority of pupils paid no fees themselves.

The élite of the army by 1900 was the General Staff.[41] This recruited from the *Kriegsschule* or War College which had been founded in 1852, although only the best graduates, about 25 in any given year, were accepted. Entrance to the War College was by stiff, competitive examination and life was not easy. The wife of one officer wrote in 1914:[42] "The demands made on the members of the staff college entail many nervous breakdowns while the facilities of advancement afforded have the effect of somewhat dangerously stirring ambition." One graduate whose ambition was stirred was Lieutenant Hofrichter.[43] Failing to be recruited into the general staff immediately he sent sachets of cyanide powder disguised as health potions, to some 40 of his colleagues who stood before him on the promotion list. One died and the affair became a huge scandal, which not only undermined the reputation of the army but, as we shall see, brought its peculiar judicial procedures into disrepute. Another graduate was Alfred Redl[44], Austria's deputy chief of military intelligence, who was forced to shoot himself in 1913. Before then, however, having been blackmailed by the Russians on account of his homosexuality, he had betrayed not only all his agents in Russia but had sold the Austrian mobilization plans for huge sums of money to the Prussians, the French, the Italians and the Serbs. His treason alone more than cancelled out any of the gains secured by the educational reforms. Besides, the Staff College under Beck and Conrad had inculcated into its officers not merely a fanaticism for detail but a spirit of the offensive.[45] The result was that when the army went into battle in the autumn of 1914 still wearing the most splendid uniforms in Europe it simply fell before the enemy's machine guns. By the end of that year it had lost no less than 49 per cent of its officer corps and 46 per cent of its common soldiers.[46] Thereafter it became a sort of "militia" to use Professor Stone's term.[47]

Hofrichter and Redl of course, were exceptions among the officer corps. Indeed so were all General Staff officers. To what extent on the other hand had the reforms improved the general level of competence among the field officers? This is a difficult question to answer. Yet the answer seems to be that although the General Staff contained many brilliant men as well as scoundrels, the average officer many not have been too impressive. For example, an article published in the *Oesterreichische Militärische Zeitung* in 1893 discussed whether it would be a good idea to teach German grammar and literature to the boys in the cadet schools – an interesting question in light of the more conventional aspects of the "language issue" in the army.[48] A knowledge of German grammar and literature it was suggested would not only enable officers to attract "educated girls" and to develop their character; most of all it would put an end to the "sharp and often drastic disappointment" felt by the educated classes when they came into social contacts with officers and discovered how limited and inarticulate they were. Another problem was the reserve officer. He was usually a recruit from the annual intake of conscripts who had completed

[39] Antonio Schmidt-Brentano, *Die Armee in Österreich. Militär, Staat und Gesellschaft, 1848–1867* (Boppard am Rhein, 1975), pp. 481–485.
[40] Deak, *op. cit.*, pp. 19–28.
[41] Markus, *op. cit.*, pp. 35–40.
[42] Dorothea Gerard, *The Austrian Officer at Work and Play* (London, 1914), p. 229.
[43] See Max Winter, *Der Fall Hofrichter* (Munich, 1910) and John E. Fahey, 'The Secret Poison Plot. Adolf Hofrichter and the Austro-Hungarian General Staff,' in the *Journal on European History and Law,* Vol. 1 (2011), pp. 66–71.
[44] Markus, *op. cit.*
[45] Deak, *op. cit.*, p. 27.
[46] Kann, *op. cit.*, p. 124.
[47] Stone, *Army and Society*, p. 107.
[48] Oberleutnant Alfred Rübenstein, 'Wozu und in welchem Umfange wäre das Studium der Literatur für den Offizier geboten?', *Österreichische Militärische Zeitschrift* (1890), pt. 3, pp. 157–166.

his high school education and had volunteered to become an officer after a brief training course. In return he only had to serve for one year rather than three and was then commissioned in the reserve. The way was also open for such a "*Einjaehriger Freiwilliger*" to become a career officer if he qualified for and completed a special course. The original aim of this system had been to make the army more liberal but according to István Deák it brought little change in attitudes:[49] "By 1900 there were 12,744 reserve officers, as opposed to 16,714 career officers, but politically and ideologically the reservists and ex-reservists, now professionals, made no difference whatsoever. The officer's vocation appealed even less to the educated and well-to-do middle class than it appealed to the old nobility and most of the reserve officers who chose a professional army career had been unemployed 'diploma-holders.'"

In Defence of Honour

The main instrument with which the officer corps protected its reputation therefore remained its code of honour. By respecting this, it was said, the army would survive all of the attacks being made upon it. And it is no exaggeration to say that the army inculcated its officer corps with the need to uphold its code of honour with no less vigour than the Church instructed its priesthood of the need to believe in God. Yet what was "honour"? According to the writer Boguslawski:[50] "One can define the general human concept of honour as: to sustain from free conviction that which is held to be moral according to the religion and cultural conditions of the nation concerned. This conviction bestows on a person the feeling of worth which it remains his duty to preserve under all circumstances." Yet honour was not merely an individual matter. Individuals themselves belonged to groups, classes and professions (*Stände*) which possessed collective honour. Thus the professional honour (*Standesehre*) of the army was involved in the behaviour of every officer as well as his honour as an individual. And it was this professional honour which the army used as an instrument to maintain obedience, loyalty and most of all, conformity. It did this formally by issuing ordinances which taken as a whole constituted a military code of honour. It then enforced this code through duelling and through courts of honour against whose verdict there was no appeal. At the same time officers were encouraged to instruct their fellows of the rules of conduct which the code enshrined. For as one of them wrote:[51] "The cult of honour must be holy to an officer; honour is his conscience; duty accompanies him until death; honour pursues him even after it."

Honour then was a mixture of individual and collective honour and there were values attached to both. As an individual the officer was expected to display "the nobility of knighthood" by despising danger, displaying physical courage, assuming responsibilities, showing decisiveness, being willing to sacrifice himself for the common good, displaying unshakeable loyalty to his flag and to his warlord, avoiding any breath of personal scandal, and resolutely sticking by his "word of honour". As a result he was supposed to respond immediately to insults, to avoid debts (especially to tradesmen), to mix socially only with the respectable classes (especially while in uniform), to be perfectly attired and always to tell the truth and keep his word. For example if captured in war he could not give a promise to the enemy not to try to escape. The service regulations strictly forbade this "under all circumstances". And if he gave such a promise and then escaped he would not be accepted back into his regiment. Since officers were poorly paid ("the most smartly dressed but poorest paid in Europe" to quote a common phrase) debts were often a problem. Yet the official response was not to increase pay but in inculcate the belief that honour was superior to wealth. Thus the advice contained in the *Book of the Officer* was:[52] "In our present era of striving after wealth at any price, of pursuing luxury and pampering, the officer must preserve these proud thoughts [on the meaning of honour] within him even more strongly and find in them a rich replacement of the sacrifices which his profession rightly demands of him. He is not permitted to envy the rich banker, who earns more perhaps in an hour at the stock-market than the state can pay him in salary for a long year of difficult services, or the great pecuniary advantages and the many enjoyments which the banker can thereby obtain. On the contrary, he must take pride that he belongs to a profession which treasures the gift of honour more highly than all riches.

If an officer cannot do this or is unhappy to do so, if he does not feel the proud power of sacrifice within him, then he must retire and indeed the sooner the better both for him and the officer corps, for it needs no one in its midst who lacks the true knightly spirit."

If an officer did have money on the other hand and wanted to make more, the army would not stand in his way. He was allowed to invest money and even to become a partner in a company. But if he chose to do so he had to be a sleeping partner and could not take active part in the company's affairs. Likewise a retired officer was only allowed to accept certain types of employment which were regarded as respectable. These did not include work which was akin to that of tradesmen.

Individual honour in many respects overlapped with professional honour. Indeed the real point of the latter concept was to extinguish any distinction between the two. The *Book of the Officer* again made this clear. It read:[53]

"The soldiers of the army form a self-contained class (*Stand*) and officers therefore have a special duty to maintain the honour of this class. It has, of course, become a cliché to speak of merging the standing army with the civilian population, and to think that it would be desirable and appropriate to our present level of culture if all differences between soldiers and other classes would as much as possible, disappear. We are not of this opinion, but exactly the opposite and hold it to be an urgent necessity to strengthen the professional self-consciousness

[49] Deak, *op. cit.*, p. 24.
[50] A. v. Boguslawski, *Die Ehre und das Duell* (Berlin, 1896), p. 1.
[51] 'Aus dem Buche vom Officier', Cap. 4: 'Standesehre', *Österreichische Militärische Zeitschrift* (1890), pt. 2, pp. 36–48 (p. 36).
[52] *Ibid*., p. 40.
[53] *Ibid*., pp. 36–37.

[*Standesbewusstsein*] of the army as much as possible, if it is intended that the latter should remain in a fit condition to be led with confidence against all external and internal enemies. The army must constitute a separate body within the state, it must have special rights and therefore special duties or it will soon sink to being a mere citizens' militia (*Bürgerwehr*). The soldier, so long as he has the honour to be able to wear the uniform of his Emperor and supreme commander (*Kriegsherr*) is not merely a man, not merely a citizen, but first of all a soldier and as such subject to completely different laws from those which other classes have."

One consequence of his special position within the state and of his duty to obey the Emperor was that he was not to be politically involved. "The army" accordingly[54], was "not supposed to give advice but to perform deeds". Its officers, "those pillars of the army" were "not to go around theorising (*'herumklügeln'*) and giving themselves the appearance of being allowed to judge all maters to the best of their individual ability." They were there "simply to execute their orders". It added:[55]

"Should it happen that an officer holds political views of such a kind (frankly it would always be best for him to be no longer interested in politics, but simply to carry out his orders) that cannot be reconciled with the oath of loyalty which he has sworn, his honour demands that he should declare this immediately and request to be retired. Many men have already done this and even if one had to oppose their opinions and see them as unfortunate victims of these, still one should not deny them a certain inner respect. At least they behaved openly and honestly and this must simply be respected under all circumstances."

There was, in fact, another aspect of honour bound up with this view of politics as irreconcilable with an officer's duties. This was the concept of "court honour". According to this anyone who wore a uniform was intrinsically as worthy as the Emperor himself. Thus, for example, all officers were "*hoffähig*", that is to say, eligible to be presented at court. This was a privilege denied the vast majority of civilians, among whom only those with sixteen quarterings of nobility who were on the list issued yearly by the *Obersthof-Meisteramt* shared the quality of *Hoffähigkeit*. Another way of expressing this privilege in military terms would have been to say that anyone who was ready to die for the Emperor was good enough to be presented to him. Yet the condition was an absolute one. To quote the *Book of the Officer* again:[56]

"Unswerving loyalty to one's monarch belongs to the holiest duties of professional honour. This is undeniable. Our monarch is by time-honoured custom also our duke (*Herzog*), i.e. 'Duke before the army', he is our supreme war-lord. In this capacity he incorporates the fatherland for us and to be loyal to the fatherland means nothing else to us than to be loyal to the Emperor. The soldier serves the Emperor, he wears the Emperor's uniform and an officer is appointed in his name. On whom could the Emperor rely if not on his officers; what assurances could he believed if even they were to be unreliable in their loyalty to him?"

Kaisertreue therefore, not nationalism was the basis of the officer's code. He did not serve his country but his monarch. The situation was still the one postulated by Francis I when he brushed aside the description he had been given of someone as "an Austrian patriot" by asking the question "But is he a patriot for me?" In the supranational empire this was indeed the key question.

To ensure that officers conformed with the demands of honour, "courts of honour", which had held unofficial sway among the corps earlier in the century were made official from 1867.[57] The rules relating to these became in practice a sort of "code of honour" and in 1911 the War Ministry in Vienna gave official approval to A. Kielhauser's *Die Vorschrift für das Ehrenräthliche Verfahren im k.u.k. Heere und Ehrenratsfragen*. By 1914 it had gone through four editions. The editor explained that he had not meant to write an *Ehrenkodex* or code of honour:[58] "He merely had the thought that, especially in the cases of younger officers and those not belonging to the active class, the cause of their mistakes is often constituted on the one hand by their ignorance of the demands of professional honour and the instructions contained in the various regulations and decrees which have been issued." On the other hand, it also derived from the fact that commanders and teachers inside the army did not do as much to inform younger and less experienced colleagues of these demands and instructions, as the military authorities desired. Until then, in fact, most officers had received what advice they could from unofficial duelling codes. Foreign ones had been fashionable until the 1880s but thereafter Austrian ones were used.[59] In 1882, for example, Bolgar's *Regeln des Duells* first appeared. It went through four editions by 1891. The Hergsell's "*Duell-Codex*" was published which went into a second edition in 1897. In the following year Teppner's *Duell-Regeln für Offiziere* appeared although Bolgar, it seems, still led the field, for his code by 1913 was into its ninth edition.

Until 1867 the *Ehrenrat* or court of honour had been an unofficial body although one which all authorities deferred to. Now it became official. Its duty was to discover whether an officer had committed an offence against honour and if so whether that offence required him to resign his commission. The decision whether to begin an investigation was taken by a specially summoned officers' assembly.[60] If an investigation were begun it was conducted by a committee consisting of a captain, a first lieutenant and a lieutenant. In the course of this the accused was left to conduct his own defence, although in the final hearing (the trial) he might be represented by an active officer of his own branch of the service who had at least to be a captain and

[54] *Ibid*., p. 37.
[55] *Ibid*., p. 38.
[56] *Ibid*.
[57] For earlier practice, see Alan Sked, *The Survival of the Habsburg Empire. Radetzky, the Imperial Army and the Class War* (London, 1979), pp. 27–28.
[58] 1914 edition, pp. 214–215.
[59] Herbert Mader, *Duellwesen und altösterreichisches Offiziersethos* (Osnabrück, 1983), pp. 41–43.
[60] Mader, *op. cit.*, pt. 4.

who had to have the permission of his superior officer to act as such. Once the final word had been spoken for the defence, the accused had to leave the "courtroom", whereupon, after deliberations and a résumé by the chairman, a vote would be taken.

The court itself consisted, in trials of *Oberoffiziere* and cadets of nine people including a colonel as chairman, two other staff officers, four captains and two subalterns. The verdicts was constituted by an absolute majority of votes and took one of three forms: "The accused is exonerated from the accusation that he violated or endangered professional honour"; "The accused has endangered professional honour"; or "The accused has violated professional honour". Any officer found guilty of violating professional honour forfeited his commission, although retired officers did not lose their pensions. An officer found guilty of endangering honour, on the other hand, only received a warning. This was linked, perhaps inevitably, however to being found unworthy of promotion. If he were again found guilty of endangering honour he would then immediately forfeit his commission. The rules concerning courts of honour changed quite considerably between 1867 and 1914.[61] Those given above describe the ones in operation between 1883 and 1908. After 1908 an appeal was allowed, greater opportunities for defence permitted, voting took place in secret, and special efforts were introduced to combat duelling.

Kielhauser in looking over the number of cases brought before courts of honour in the decade 1904–1914 calculated that about 250 cases per year were tried and that the trend was a rising one. He added:[62] "If the increase in investigations is naturally related to the expansion and reorganization of the armed forces it must not be overlooked on the other hand that more lax views about life, easier morals, a taste for luxury and the good life, a way of life beyond one's means, an unregulated lifestyle and other aspects of contemporary living appear also to have spread to a part of the officer corps and to be responsible for a large number of *ehrenräthliche* investigations." He continued:[63] "The greatest part of the violations of professional honour are committed by young men. Lack of experience of life, youthful light-heartedness, a carefree temperament, an immature character play the major role here; only in rare cases are a vulgar cast of mind and way of thinking the causes of the consequent conflicts with the demands of professional honour." The main grounds for investigation were therefore the following:[64] "Debts and failings associated with financial obligations; indifference towards the regulation of financial affairs; excesses committed while drunk; then particularly among inactive officers, incorrect procedure in the execution of affairs of honour; failure to react to insults; refusals to offer satisfaction; further: keeping unsuitable company; provocations; light-hearted giving of one's word of honour; insults; affairs of a self-serving character; incorrect management of other people's property; lack of discretion; the passing on of confidential information; giving false reports or information; incorrect behaviour regarding the female sex; concubinage; breaking the marriage vow; incorrect behaviour towards and ungrounded accusations against comrades; replies or provocations involving insults or the use of force; failure to follow directions; tactless behaviour in public; false information in obtaining a loan; disreputable company." Kielhauser concluded his list by adding:[65] "That in isolated cases among officers of the reserve, grounds for investigation have also been constituted by disloyal, unpatriotic and anti-militaristic sentiments, are isolated incidents but nonetheless the regrettable consequences of political heresies."

Clearly, therefore, it was not easy for a young officer to maintain his reputation. To be sure of doing so, Kielhauser advised him to remain silent about military matters, especially courts of honour – prudence being "recommended even in conversations among the family."[66] Article one of the service regulations stressed in any case that "internal matters were not to be discussed in the outside world."[67] Likewise, anonymous letters were either to be thrown into the wastepaper basket or given to one's commander.[68] However, plausible, their contents were not to be believed since the honour of innocent comrades had to be protected. Finally, officers had a *duty* to report the dishonourable behaviour of their comrades. They were to do so, however, *only* from the proper motives. If their own motives were shown to be dishonourable then they themselves would have to bear the consequences. A curious issue which arose was whether a person should report himself.[69] Kielhauser's advice was:[70] "This report becomes a request for the introduction of proceedings through a court of honour against oneself and undoubtedly becomes a *duty* if the officer has had his honour violated and no other means for him to obtain corresponding satisfaction are available; however, in all cases, the officer will nonetheless be able to calculate that, even if extreme grounds do not press him for the moment to apply for the introduction of proceedings against him through a court of honour, given that such a request indicates a sense of honour and regret, proceedings by means of a court of honour will produce a milder judgement of his failings than would be the case if such procedures had to be inaugurated officially."

It seems in fact to have been the case that officers quite often reported themselves especially if they had proved unable to obtain satisfaction for an insult. In this way, depending on the circumstances, they may have hoped (although usually in vain) to save their commission. Because when insults were concerned there was no doubt that satisfaction had to be obtained and

[61] *Ibid*.
[62] p. 213.
[63] *Ibid*.
[64] *Ibid*., pp. 213–214.
[65] *Ibid*., p. 214.
[66] *Ibid*., p. 215.
[67] *Ibid*., p. 216.
[68] *Ibid*., pp. 217–218.
[69] *Ibid*., pp. 218–219.
[70] *Ibid*., p. 220.

obtained *immediately* – either through a challenge to a duel or by resort to self-defence (*Notwehr*) by inflicting a couple of blows to the head with the sword (Säbelaffären).[71] Courts of honour, therefore, in upholding these rules were accused of promoting duelling.

Duelling

Duelling had been introduced to the Habsburg lands from Spain and the Netherlands at the time of Charles V.[72] Gradually a strict ritual grew up around the practice. Still this was a slow process since in the seventeenth and eighteenth centuries duellists had been confronted with far fewer rules than in the nineteenth. Yet a comparison of the rules shows that in the nineteenth century the innovations which had been established themselves were intended to make the practice less dangerous. For example these included an express prohibition on accepting a duel to the death; the guarantee of comprehensive rights to the insulted; the prohibition against extending the duel to the seconds and the granting of far-reaching rights to the second of the insulted party; prescribed rules for the proceedings involved (doctors, the production of weapons, etc.); the priority of duels "with cold steel" over the more dangerous duel with pistols; the establishment of an "unofficial code of honour" which made it beneath the contempt of an "experienced duellists" to aim for certain parts of the body; and the declaration that certain dangerous forms of duelling were "duelling exceptions" and might therefore be refused.

For the maintenance of the Habsburg officer's code of honour the main instrument was always the court of honour, which, as has been seen, became an official body from 1867. Yet there was no official connection between courts of honour and duelling save that duels fought on trivial grounds (*Duellunfug*) themselves constituted grounds for investigation through courts of honour. Against duelling as such, however, the regulations said nothing.[73] Courts of honour did not regard it as their duty to replace duels by some other means of protecting honour. On the contrary. The army was convinced that it was the duty of these courts to condemn all officers who had failed to accept a challenge to a duel – and thus had failed to protect their honour and that of their profession. Officers after all were trained for war and a duel was only a war "in miniature". Put another way, war itself was "the duel of nations". Hence it was very difficult for an officer to accept that duelling should be a crime, far less abolished. The fact that the civil law had strictly outlawed it since the seventeenth century was beside the point. The officer corps regarded itself as a state within the state and had in any case a law of its own. That too outlawed duelling as it happened – the military law of 15 January 1855 condemned it as a crime and duellists, if caught, could expect punishments of six months' to ten years' imprisonment with hard labour depending on whether anyone had been wounded or killed. Even a challenge to a duel could bring one three months' imprisonment, and if dishonourable behaviour had prompted the challenge then three to six months imprisonment followed by eventual dismissal from the army might be involved. Yet, in spite of these provisions, the duel was not abolished until 1917 and courts of honour persisted in punishing officers who refused a challenge.

Clearly therefore there was a fundamental contradiction in the army between its regulations on the one hand and its social attitudes on the other, a contradiction which resulted in officers, with the connivance of their superiors, being seen to be able to break the law. The military authorities were aware of this but were too prejudiced in favour of protecting military honour to be able to resolve the contradiction. Instead, in 1901, the War Office issued a regulation which in May 1913 was given the following semi-official interpretation by a "high officer" writing anonymously in a leading newspaper:[74]

> An affair of honour between officers is referred by the commander to the competent court of honour. This court has to consider in what manner the conflict can be settled. A duel becomes possible only in those cases where a friendly settlement fails and where personal honour appears indeed to be injured, yet not in such a way that calls for arraignment before the court. The court of honour has of course no right to direct that the quarrel should be settled through the medium of arms, since a legal organ can naturally not decree the carrying out of an action forbidden by law. The War Office takes the view that the duel is the extreme means at the disposal of men of honour for its rehabilitation when injured.

This attempt by the War Office to get the army to encourage settlements in affairs of honour was in line with certain trends in military thought. Books, for example, which advocated similar approaches, had been well received by the military press.[75] The result was that the number of duels involving officers declined before the First World War. Thus in 1905 there were sixty duels involving officers, in 1906, forty-two, in 1909 thirteen, and in 1910 fifteen. In cases where both participants were officers, only two were recorded in 1909 and three in 1910. This led one observer to write in 1914 that[76] "… one can rightly assert that the duel has been practically abolished among active officers or is restricted to those extreme cases in which it cannot be dispensed with for the protection of honour." There were perhaps two major reasons why abolition was still itself resisted. The first was that the Austrian libel/slander laws were seen to be ineffective and therefore unable to provide an alternative means of satisfaction. According to one source[77] prosecutions for libel or slander were "so common in fact that they have come to be held most significantly cheap, the verdict, more frequently than not, failing to bring conviction to the minds of the lookers-on." The penalty in any case was only 10 Kronen, an insignificant sum. The second reason was the simple fact that duels were still

[71] *Militär und Zivil*, pp. 115–118.
[72] Mader, *op. cit.*
[73] *Ibid*., pt. 4.
[74] Gerard, *op. cit.*, p. 297.
[75] E.g. Dr. Busson, *Ritterlicher Ehrenschutz* (Graz, 1907), as reviewed by Dr. G. Lelewer, in the *Österreichische Militärische Zeitschrift* (1908), pp. 567–870.
[76] Kielhauser, *op. cit.*, p. 228.
[77] Gerard, *op. cit.*, p. 293.

socially respectable. Even the War Minister used this excuse in reply to a parliamentary question in 1904.[78] He said that even although his own ministry was attempting to limit duelling, "Still, there were certain limits beyond which, according to contemporary social attitudes, duelling could not be avoided." Which led one military judge to comment:[79] "*It is not the army which clings to the institution of the duel but society which does this* and the officer, who indeed maintains his position in society like no other, who is expected to be the most sensitive in matters of honour, is the last person who can set himself in opposition to the traditions of society."

Society nonetheless contained a host of critics.[80] The struggle against the institution got off to a successful start in Europe when Prince Albert, the consort of Queen Victoria, took up the challenge in 1843. Thereafter, the English aristocracy gave him its backing. By the twentieth century this movement had reached Austria. There an Anti-Duel League was founded in 1901 by a number of noblemen and respectable bourgeois and soon collected around 5,000 members. An action committee of seventeen famous names headed its membership list. Its headquarters were in Vienna and its leaders were Count Rudolf Czernin, Minister Freiher von Chlumetzky, Count Jaroslaw Thun (a former reserve officer), Hofrat Professor Lamasch and Dr. Klein (the *Sektionschef* of the Justice Ministry). The Catholic Church was also strictly opposed to duelling but its opposition to some extent lacked force on account of its reluctance to condemn war absolutely ("the duel of peoples") and because certain of the army's chaplains spoke out in defence of the institution. They quoted in its defence biblical texts such as "Greater love hath no man than this, that he lays down his life for his friends". That seemed to represent the very ideal of *Standesehre*. Boguslawski also wrote in this respect:[81] "The feeling, to want to right a wrong that has been committed lies deep in a man, and is also somehow religious. 'Revenge is mine, I will requite, sayeth the Lord'. However, He also chooses His instruments."

Duelling therefore remained an aspect of Austrian society in the period 1890–1914, albeit one which was becoming less fashionable. By 1909–1910, there were only two to three duels being recorded between officers each year. A study by Albert Wiesinger[82] of about 50 which had taken place before 1893, on the other hand, allows us to discover what most of these were about and where most of them took place. No less than 46 % took place on Hungarian territory; about 62 % were fought with swords (only 28 % involving pistols, the weapon in the other cases being unknown); and 28 % ended in death (two out of three being the result of pistol shots). Of the causes of the duels,

11 cases concerned women;
9 cases were from unknown causes;
6 cases concerned assaults;
4 cases concerned an exchange of words;
4 cases concerned an insignificant cause;
3 cases concerned an insult; and

the rest concerned politics, the press or just differences of opinion.

These duels could only take place, however, because they occurred between persons who were *satisfaktionsfähig*. Apart from army officers, according to one code:[83]

> Only the gentleman possessed the honour of arms or the honour to use arms in personal conflict. Every honourable man is a gentleman of chivalrous thought and conduct who on account of his social position, education, studies or birth is able and entitled to be part of society ('gute Gesellschaft').

This meant that uneducated or lower-class persons might not be challenged to a duel. Satisfaction might also be refused if the challenger himself had already offended against the code of honour, had himself refused satisfaction for an insult, was involved in dishonourable activities or had already, by a decision of a court of honour, lost his right to satisfaction. The challenge of a minor was also to be refused although they too had the right to refuse a challenge. Students, however, formed an exception to this rule.[84]

Cases where honour had to be defended against persons who were *unsatisfaktionsfähig* became known as *Säbelaffären* or "sword affairs". This was because officers were expected to use their weapon immediately against anyone of inferior social status who was sufficiently unwise to insult them. According to one code:[85] "The right to an energetic and immediate response becomes an absolute obligation if the physically insulted person is an officer." Otherwise according to the views which dominated the officers' corps he would become guilty of inadequate defence of his uniform and therewith violate his honour as an officer. According to Kielhauser:[86]

> That the officer in such affairs can lose honour and existence – in one word everything – that he, if he is forced to resort to weapons, must make serious use of them and that by doing so he is only obeying a duty imposed on him – that is something nobody questions.

Yet there were many civilians, particularly of the working classes, who objected violently to being assaulted with swords whenever an officer considered his honour and commission to be at stake. The fact that he was duty-bound to wound was hardly considered to be a mitigating circumstance. Hence Kiel-

[78] Quoted by Majorauditor K. Wilckens in his review of Dr. Sigismund Fr. von Bischoffshausen, *Das Duell* (Vienna and Leipzig, 1903) in the *Österreichische Militärische Zeitschrift* (1904), pp. 466–468 (p. 467).
[79] *Ibid*.
[80] Mader, *op. cit.*, pt. 5.
[81] Boguslawski, *op. cit.*, p. 81.
[82] Mader, *op. cit.*, p. 152.
[83] Kann, *op. cit.*, p. 127.
[84] Mader, *op. cit.*, p. 15.
[85] Kann, *op. cit.*, p. 127.
[86] *op. cit.*, pp. 232–233.
[87] *Ibid*.
[88] Gerard, *op. cit.*, p. 305.

hauser's complaint that *Säbelaffären* always led to "tendentious" articles in the press and questions in parliament in which it was the officers who were always unfairly blamed.[87] In fact, this was not surprising since these affairs were always serious. The officer might not "be expected to commit manslaughter" as one observer put it[88], but he "must be able to show that he has not tamely swallowed the offence."

The last case of this sort before 1914 took place in January 1913[89] when a lieutenant driving up a Vienna thoroughfare in an automobile found his passage obstructed by a cab whose horse had fallen. Considering himself to have been insulted by the cabby whom he had asked to make way, the officer drew his sword and dealt him three cuts to the head. He was nearly lynched as a result by the crowd which had gathered and for days afterwards the press condemned his "military brutality." Yet the court of honour which tried him approved of his conduct and even the civil court in which the cabby sued for damages hesitated over its verdict until a reduced sum of money was eventually accepted as a compromise settlement. Not all officers, however, were so lucky. In another case[90], an infantry officer called N. was assaulted on leaving a house he had been visiting by the lover of the cook who had mistaken him for a rival. The officer, taken by surprise, lost a moment in getting out his sword, with the result that his assailant managed to flee. He then ran into a policeman, who, mistaking him for a thief arrested him on the spot. N., as a result, was unable to avenge his honour and was subsequently requested to lay aside his sword. One final tale will perhaps put the matter into perspective. It is told by an officer's wife whose possibly anti-semitic views will be considered later:[91]

"Of another case I knew, too, in which a cavalry officer, whose Jewish creditors, having come to demand their money, pressed upon him in so aggressive a manner, that he saw himself reduced to drawing his sword, which, unluckily for him, was a so-called drawing room sword, with blunt edges. The Jews, quickly recognising this, boldly took hold of the blade, and being three or four to one succeeded in wrenching it out of the lieutenant's hands and breaking it in two. The action was symbolical of the lieutenant's own career, which was likewise broken that day. After so palpable a disgrace as this there was no choice but to leave the army and to seek a fresh means of livelihood as riding-master or possibly as groom – in the New World, by preference. America is richly sprinkled with such ruined existences of which a large proportion hails from the Austrian army."

Military Justice

"The soldier", according to the *Book of the Officer*[92], "so long as he has the honour to be able to wear the uniform of his Emperor and supreme commander (*Kriegsherr*) is not merely a man, not merely a citizen, but first of all a soldier and as such subject to completely different laws." Part of those laws, as we have seen, were those relating to the defence of honour. Yet the soldier was also subject to criminal laws and to the special system of military justice which enforced them. The enforcement of the military penal code, therefore, constituted yet another area which separated army from society in Austria-Hungary.

Offences in the common army could be dealt with either by means of disciplinary proceedings or through the military judicial system.[93] This was based on the so-called *Theresiana* of 31 December 1768, a collection of ordinances regulating judicial procedure within the army, which had been re-issued in 1884 minus the collection of pictures accompanying the original which had depicted instruments of torture, and which had been designed to educate the executioner's assistants. The *Theresiana* was generally regarded as constituting the most reactionary military-judicial system operating in Europe after 1898 – especially after the German one was altered that year[94] – and by 1914 had come under sustained criticism, primarily as a result of the Hofrichter trial of 1910, which had brought the whole system into disrepute. In fact, a whole series of military trials in Europe around the turn of the century (not excluding the Dreyfus ones in France) had made the subject of military justice a topical one for political progressives.[95]

A brief description of the Austro-Hungarian system will soon demonstrate why it became controversial.[96] Problem cases for punishment began their life when a *Strafanzeige* (notification of an offence) was presented to the local (usually garrison) commander who occupied the position of *Gerichtsherr* (Master of the Court). He then (and he alone) had to decide whether to refer the matter for a judicial investigation. If such a decision were made the *Strafanzeige* was passed on ('for further proceedings' '*zur weiteren Amtshandlung*') to a military judge called an *Auditor*. The *Auditor* was a qualified lawyer with the rank of lieutenant, captain or major, who was a member of the regiment concerned. He then prepared the necessary orders for the *Gerichtsherr* to sign and thereafter had the task of conducting the investigation of the accused, which investigation was conducted entirely in secret and the record of which was composed solely by the *Auditor* himself. At each hearing the *Auditor* would be accompanied by another officer (*Beisitzer* or 'attender') a secretary and, if necessary, an interpreter. But the accused had no right to a defence lawyer and no control over what was entered on the record. The final hearing was in fact the trial itself and was known as the *Kriegsrecht*. At the start of this the accused was brought before the court and in his presence an oath was administered whereby all judges (*Spruchrichter*) swore to keep the affairs of the court secret, especially the process whereby the verdict would be reached. The accused would be asked whether his previous statements had been taken from him honestly and if he had anything more to add. Otherwise he would not be asked to

[89] *Ibid*., p. 306.
[90] *Ibid*., p. 307.
[91] *Ibid*., p. 308.
[92] See footnote 53.
[93] To understand this and the debate surrounding it See Fenner von Fenneberg, *Oesterreich und seine Armee* (Leipzig, 1847), chapter IX; Schmidt-Brentano, *op. cit.*, pp. 428–433; but more particularly, Dr. Ernst Franz Weisl, 'Das Militärstrafrecht', *Österreichische Militärische Zeitschrift* (1890), pt. 3, pp. 124–157; anonymous, 'Österreich-Ungarn, Deutschland und Italien mit Bezug auf die Gesetzgebung im Heere', *Österreichische Militärische Zeitschrift* (1890), pt. 1, pp. 134–156; and Dr. E.F. Weisl, 'Zur Reform des Militärstrafprozesses', *Österreichische Militärische Zeitschrift* (1910), pp. 351–373.

speak. Usually he had nothing to add. In any case he was removed from the court before his "trial" as such began. This took the form of the *Auditor* reading out his "report" (which, in fact he might well embellish verbally) as well as the most important relevant documents. He would conclude his report by proposing a motion of punishment after which the judges would retire one by one to consider their verdict. In the trial of an ordinary trooper the judges would consist of the *Auditor*, plus six other judges comprising one trooper, one lance-corporal, one corporal or platoon commander, one sergeant, one subaltern and one captain. In trials where the accused was an officer, all judges would be officers of at least the same rank as the accused. Having considered their verdicts they would then return one by one and cast their vote. No pressure meanwhile had been exerted among themselves. Since votes were cast in reverse order of rank, it often happened that the majority was reached before the *Auditor* cast his own vote on his own motion.

The accused would then be recalled to hear the verdicts but not before it had been written out by the *Auditor* and signed by the judges and taken by the captain and subaltern, along with a copy of the *Auditor*'s report, to the *Gerichtsherr* for his approval. If that approval were given then the verdict was announced immediately to the accused accompanied by a drum-roll.

It was open to the *Gerichtsherr* to approve the sentence, to mitigate it or totally to revise it. Only if he chose not to approve it at all were the relevant documents passed on to a higher judicial authority. The right of appeal was permitted only in cases were the verdict involved the degradation of an officer, in which case the formal announcement of sentence would be postponed. In cases of prison sentences it might be possible eventually to arrange for a retrial but the prison sentence in all events began immediately after the *Gerichtsherr*'s approval of the verdict had been obtained.

The system, not surprisingly, was extremely vulnerable to attack. In the first place everything took place in secret; no room was made for the public – even indeed for a military public. Secondly, the procedure was dominated by the *Auditor* and the *Gerichtsherr*. The *Auditor* was examining magistrate, prosecuting counsel, defence counsel and judge all rolled into one. This was clearly an impossible role for any one man to fill. Not only were his many roles incompatible but he might also be influenced by the *Gerichtsherr*, who was his garrison commander. This may have been the reason why the *Auditors* were not themselves required to swear an oath to uphold the articles of war, although they were naturally bound to the demands of honour. The *Gerichtsherr* was also in a powerful position. He had remarkable powers regarding the verdict (in fact he was also president of the *Kriegsrecht*, although a major usually occupied the post for him) and this despite the fact that he might never read the *Auditor*'s reports. The ordinary soldiers and the N.C.Os., of course, were in an invidious position. They might well be almost illiterate, had no knowledge of military law and were in aw of the *Auditor*. Almost invariably therefore they accepted his advice, and voted for his motion. As for the accused, he had no rights whatsoever. Denied a defence counsel and absent during most of his own trial, his fate lay entirely in the hands of the *Auditor*. Nor did he enjoy any genuine right of appeal. Hofrichter eventually confessed while in prison, according to his "unofficial" defence lawyer (a gentleman hired by his wife), because he heard a rumour that his wife had also been arrested. As the accused he had no idea what was going on. Nor indeed did the public – hence the outcry.

Why then was the system maintained?[97] It had certainly been the intention of earlier legislators to alter it in the 1850s and 1860s. Yet somehow or other it was pushed aside by the exigencies of Bismarck's wars and of the *Ausgleich*. Indeed the latter presented a problem in itself. For if a judicial reform were to be implemented, as some people advocated, which were to transfer certain crimes to the civil courts, that would mean that for the same crime, some soldiers would have to be sentenced under Hungarian and others under Austrian law, with, of course, the case of Bosnian troops (who enjoyed neither Austrian nor Hungarian citizenship) remaining anomalous. Yet the issue of whether the legal position should remain that of 20 May 1869, which assigned *all* criminal proceedings affecting military personnel *without exception* to military courts was a central issue of the debate.

The whole topic became a confusing one. Since many critics advocated the adoption of the English system (referring military personnel accused of general crimes to civil courts; retaining military courts for specifically military crimes) many officers became convinced that reform meant referring military personnel to civil courts for *all* crimes. Likewise civilian critics found it hard to accept that the existence of military courts both helped train the army for judicial proceedings in war-time (when civil justice would be impracticable) and meanwhile prevented the over-burdening of civil courts.

Another issue was that of discipline. Many military men felt that without complete military jurisdiction this was bound to suffer. Yet this had not been the effect, the critics pointed out, in France, Italy or England – nor even, according to the more historically minded in republican ancient Rome or among the old Germanic tribes. In the words of one of them[98] "misplaced fears alone do not make it possible to construct a rational counter-argument".

The question of secrecy and of defence lawyers predictably caused problems with the *Auditors*. The concession by the critics here was that, as in Germany after 1890, the public might still be excluded from trials if public decency or public order or security required this. But this only affected procedure regarding secrecy. The *Auditors* (of whom the joint army had c. 164) were more concerned about their professional status and worried lest they should lose out to better trained civilian professionals. Indeed the whole debate concerning reform began a move-

94 Gordon Craig, *The Politics of the Prussian Army, 1640–1945* (New York, 1964), pp. 246–251.
95 Weisl, *Zur Reform*, pp. 353–358.
96 See footnote 93.
97 *Ibid*.
98 Anonymous article, cited in footnote 93, p. 154.

ment among them for better professional recognition and education. Most likely, however, the *Auditors* would have benefited more than anyone else from the introduction of a proper legal system in the army, just as their civilian colleagues had benefited from a major legal reform in 1873. By 1910 according to the leading expert on the matter, the military had already conceded the following reforms in principle:[99] a) that judges should be selected only from officers or military officials; b) that there should be a right of appeal in peacetime; c) that a defence counsel should be permitted in cases of ordinary crimes or of military ones of a serious nature; d) that civilian lawyers should be allowed to represent soldiers even in cases of military crimes; e) that the roles of investigating judge and prosecutor should be separated from that of sentencing judge; and f) that the main trial should involve cross-examination and that the accused should be present. The sticking points as far as the army was concerned were: a) the admission of the public to trials; b) the concession of a defence lawyer during the initial investigation and pre-trial proceedings; and c) the separation of the power of command from military jurisdiction something which would be involved in abolishing the position of the *Gerichtsherr*.

The position of the critics, therefore, was not an easy one. In principle the issue was simple – that the "citizens in uniform" who made up the army should enjoy the same civil rights inside as outside it – yet in practice, reformers were divided over where and whether to compromise with the old system. Parliament found it difficult to reach a consensus and there was resistance from the Emperor who, of course, regarded any matter concerning the army as one which touched on his personal prerogatives. Hofrichter's "unofficial lawyer"[100] for example requested him through War Minister Schönach, to be allowed to represent his "client" at all stages of his investigations and trial. The Emperor refused albeit on the entirely reasonable grounds that to make an exception in this particular case would be to give Hofrichter an advantage over all other military prisoners. His lawyer, on the other hand, had assumed that a draft law, allowing for a defence would soon be in force in any case. In fact there had been several such laws drafted in the past which had never been implemented. It was not until 1 July 1914, it would turn out, that a draft law of 1912 eventually came into force.[101] This conceded the right to a defence lawyer in the final trial of persons accused of crimes involving sentences of five years or more in jail. He might also attend under "other defined circumstances". The public too might attend the final trial and a right of appeal was allowed which might even postpone the sentence. The *Gerichtsherr* remained but was now called the *zuständige Kommandant* and had fewer rights regarding sentences. The *Auditor* was to be called the *court officer* in the brigade court (for common soldiers) or the *military lawyer* in the division court (for officers). Altogether this represented a modest victory for the reformers. In practice, however, the new system hardly operated at all before the monarchy collapsed. In the period before the First World War therefore the military-judicial system played its part, along with the code of honour, duelling, sword affairs and courts of honour in demarcating army from society, in an attempt to maintain military morale and a sense of cohesion within the army in a rapidly changing social and intellectual environment.

That the military authorities were not at all successful in their objectives has already been implied by the decline of the duel and the partial if belated success of the campaign against the *Theresiana*. The rising number of cases to come before the courts of honour, especially with regard to young and reserve officers clearly reinforces this point. Yet there are other ways in which the army may be shown to have reflected the prevailing currents in contemporary society within the monarchy. These include its ambivalent attitude towards the Jewish question, its extremely high suicide rate and its high rate of venereal disease.

Anti-Semitism

"In the Austrian-Hungarian army", according to one account[102], "anti-Semitism – contrary to the French experience – is supposed to have played scarcely any role." Certainly the official view was that Jewish officers were to be treated in the same way as any others. And the Emperor himself was known to oppose anti-Semitism.[103] As a result, the number of Jewish officers in the army was extremely high compared to the proportion of Jews in the population. According to Rothenberg[104], although the Jewish population of the Monarchy fluctuated around five per cent, 8.6 % of the officer corps in 1896 was Jewish and between 16 and 18 per cent of reserve officers were Jewish. Indeed the Austro-Hungarian army contained more Jewish officers than any other in Europe – 2,179 in 1906 compared with 500 in Italy, 720 in France and none at all in Prussia (after 1885). The Prussians indeed attacked their Austrian colleagues for admitting Jews and the author of the pamphlet already cited which attacked the social background of the Austrian officer corps in general did not fail to make this point either. He was answered in another pamphlet by one of the leading military writers of the day, Oscar Teuber, who wrote:[105] "We must most regretfully confess to Herrn v E that there are *Jewish officers* in Austria, but we have our own views about justice in these parts and cannot invent laws which refuse the officer's porte-épeé to these taxpayers, when they are otherwise respectable and educated people. They most certainly have not caused any harm;

[99] Weisl, *Zur Reform*, p. 359.
[100] Dr. Richard Pressburger, *Zeitgeschichtliche Kriminalprozesse* (Vienna, 1937), pp. 347–348.
[101] G. Lelewer, 'Die Kriminalität der Militärpersonen', in: Frank Exner (ed.), *Krieg und Kriminalität in Österreich* (Vienna, 1927), pp. 111–112.
[102] Markus, *op. cit.*, p. 48.
[103] There was no imperial declaration, but his actions against various anti-Semites suggested this. For the general background, see *inter alia* Menachem Z. Rosensaft, 'Jews and Anti-Semites in Austria at the End of the Nineteenth Century', *Leo Baeck Institute Yearbook* (1976), pp. 57–86. For the position of officers in particular, see Istvan Deak, 'Jewish Soldiers in Austro-Hungarian Society,' the *Leo Baeck Memorial Lecture*, No. 34, New York, 1990.
[104] *Op. cit.*, pp. 128, 151 and 251, footnote 30.
[105] Oscar Teuber, 'Nachwort als Vorwort zur zweiten Auflage' of *Offene Worte für die Österreichisch-Ungarische Armee* (Vienna, 1891), p. 4.
[106] Rothenberg, *op. cit.*, p. 118.

and in any case would be numerically too few to do so." This rebuttal, however, was not enough. The Archduke Albrecht in 1896 raised the matter of the pamphlet with his German opposite number Waldersee.[106]

So much then for the official response to anti-Semitism. Yet one still has to ask to what extent the average officer was anti-Semitic, especially at a time when anti-Semitism was growing as a major force in public life. It is almost impossible to answer this question with any degree of accuracy, yet there is some reason to believe that anti-Semitism may have been widespread among the armed forces. For a start there were cases of Jewish officers being refused satisfaction in duel-challenges "because", as one anti-Semite colleague complained[107] "the challenger was not *satisfaktionsfähig* on account of belonging to the religion of Moses." True, Baron Wilhelm Gradl, the Vienna corps commander, issued an order, when he heard of this particular case, for a duel to take place "within twenty-four hours". Yet the attitude behind the refusal may well have been a typical one. Likewise, after Redl's suicide and his exposure as a spy and a homosexual, it was commonly maintained that he was a Jew, although both his parents, like himself, were Roman Catholics.[108] But the most revealing example of the Austrian officer's attitude towards Jews can be found perhaps in *The Austrian Officer at Work and Play*, published in 1914 by Dorothea Gerard the British wife of an Austrian officer, who devoted a whole chapter to *Officers and Jews*. Here is a sample:[109]

"One of the results of the social isolation described is of a pecuniary nature. Instead of making for economy it frequently has the opposite effect. Furloughs are apt to become orgies of pleasure and when a regiment exiled for years in the wilds gets transferred to anything in the shape of a town with even the travesties of a town's allurements, the chronic want of cash from which the Austrian subaltern suffers grows suddenly acute. And this unavoidably brings him into contact with the Jew. Galicia, in especial, is to the Hebrew usurer the happiest of hunting grounds. Thousands of the Chosen People, who have never in their lives done a stroke of useful work, live entirely upon the needs of subalterns. Nothing is easier for a hussar or uhlan lieutenant than to obtain money at a moment's notice and nothing more difficult than to get out of the money-lender's hands whole, that is to say, with his uniform on his back. The Jew does not wait to be sent for. Scarcely has a regiment marched into a new station than there is a swarm of usurers about it, with their pockets full of banknotes, which they literally press upon even reluctant receivers, well aware that, however long the harvest may be in the coming, the severity of Austrian military laws will cause the family in question to strain every possible resource in order to cancel the debt and thus save Young Hopeful's career."

Gerard also gives details of the trial of Natan Noteles, a Viennese Jewish moneylender saying that the "exposure of (his) business methods contributed for a day or two largely towards the hilarity of the capital."[110] The case concerned money-lending primarily to subalterns and cadets. In the end[111] "Natan Noteles got his well-earned ten months in prison, as well as being sentenced to a payment of a thousand florins and eviction from Vienna." Yet Noteles, according to Gerard, was only one member of an extensive network of Jews who preyed on the armed forces – a view which may well have been widespread in the army. She wrote:[112]

"One of the features of Hebrew usury in this country is a widespread net of secret information. It is well-known that regular registers are kept of the financial position, not only of every officer but also of his parents and relations of various degree, no matter in what part of the empire they live in order to be referred to in the interests of money-lending. Naturally, however, this secret service embraces many other fields of business. Incredible things are told of the Galician Jew's omniscience – incredible, however, only to those who have not seen him at work. By what secret channels information is circulated it is impossible for an outsider to say; but that some such secret service exists and is far more perfectly organised than that of the secret police of any country it is impossible to doubt."

Gerard's claims are difficult to evaluate. They are clearly exaggerated, although her book in most respects is based on memoirs, histories and collections of documents, not to mention personal experiences. No doubt large numbers of subalterns and cadets were in debt to Jewish moneylenders; no doubt, too, the money-lenders themselves promoted this state of affairs; most likely this helped spread anti-Semitism among the officer corps. It is difficult, however, to accept Gerard's protest at the end of her chapter, when after reciting several cases in which Jews – often money-lenders – acted honourably with regard to soldiers, she states:[113] "I trust that the citing of these latter examples may help to clear me from the stigma of that conception usually attached to the name of anti-Semite! I only regret that, in proportion to their rarity, they are far more difficult to collect than are their opposites." It is reassuring, on the other hand, to learn that, perhaps even in Austrian military circles, anti-Semitism bore a "stigma".

Suicide

Suicide was another area in which the army in Austria reflected social trends and indeed – unfortunately – intensified them. The suicide rate in Austria and Hungary by the turn of the century was relatively high and rising in terms of the European average. The following table will perhaps put this into perspective:[114]

[107] Markus, *op. cit.*, p. 48.
[108] *Ibid*.
[109] *Op. cit.*, p. 279.
[110] *Ibid*., pp. 280–283.
[111] *Ibid*., p. 283.
[112] *Ibid*., pp. 286–287.
[113] *Ibid.*, p. 292.
[114] All the tables which follow are derived from Gerhard Füllkrug, *Der Selbstmord. Eine moralstatistische und volkspsychologische Untersuchung* (Schwerin, 1919), pp. 87–105.

Average Number of Suicides per year per one million inhabitants

	1871–75	1876–80	1881–85	1886–90	1891–95	1896–1900	1901–05
Switzerland	–	227	233	221	222	222	232
France	144	168	194	216	241	241	228
Denmark	243	267	248	261	250	221	227
German Empire	–	–	221	205	211	202	212
Japan	–	110	146	159	179	185	201
Hungary proper	–	76	89	108	132	177	191
Kingdom of Hungary	–	–	84	102	123	163	176
Austria	106	162	162	160	159	158	173
Sweden	81	92	97	118	144	119	124
USA	–	–	–	–	–	–	140
Australia	99	101	98	116	119	124	125
Belgium	70	94	107	119	129	119	124
England & Wales	66	74	75	79	89	89	103
Romania	–	–	–	42	55	70	–
Norway	75	72	67	67	65	55	64
Netherlands	36	44	53	56	61	55	64
Italy	35	41	49	50	57	63	63
Scotland	33	47	53	58	60	60	60
Spain	–	–	–	–	–	92	56
Finland	29	33	39	40	48	47	55
Serbia	–	–	38	37	36	40	51
Bosnia-Herzegovina	–	–	–	6	19	37	40
Bulgaria	–	–	–	–	–	35	38
Ireland	18	18	22	24	29	29	33

The trend, as can be seen, was an upward one throughout most of Europe. In the league table however Austria and Hungary were about three-quarters of the way towards the top.

With respect to military suicide on the other hand the Austrian army turned out to be the chart-leader. Taking the figures of suicide averages per 10,000 men per year for the period 1876–1890 we get:

	Military	Civilians
Austria	12.53	1.61
Saxony	8.11	3.51
Wurttemberg	8.05	1.60
Bavaria	6.56	1.37
German Reich	6.33	2.08
Prussia	6.07	2.01
Italy	4.07	0.49
France	3.33	2.05
Belgium	2.44	1.14
England	2.09	0.77

These figures show that suicides in the Austrian army were much higher than in other European armies and much higher than among the civilian populations of Austria or Europe. They also show, however, that there was no correlation anywhere between the civilian and military suicide rates.

The Austrian military suicide rate was peculiar in another way during this period. Not only did it reach a spectacular level but it rose steeply between 1870 and 1887 from 8.9 to 13.1 per 10,000 soldiers, at a time when no such rapid increase was noted elsewhere in Europe. Moreover, according to the *British Medical Journal* of 1903 Austria maintained her leading position through the turn of the century. The figures per 10,000 men were:

Russia	1.3
France	1.8
England	2.3
Italy	2.4
Germany	2.6
India	3.0
Austria	10.5

These figures were confirmed by a Prussian source whose table for the years 1900–1906 read:

Netherlands	1900–1904	1.2
Russia	1902–1906	1.3
Belgium	1902–1906	1.5
France	1902–1906	1.8
Bavaria	1901–1906	3.1
Italy	1900–1904	3.2
Prussia	1901–1906	4.2
Austria-Hungary	1902–1906	9.9

The relevant figures up to 1910 were:

	1900	**1901**	**1902**	**1903**	**1904**	**1905**	**1906**	**1907**	**1908**	**1909**	**1910**
Austria	10.5	10.7	11.7	10.2	9.5	8.7	9.2	7.0	9.0	6.8	7.3
Prussia	3.6	4.2	4.4	5.0	3.7	3.9	3.9	3.2	4.4	4.0	4.4
France	1.8	1.9	2.0	2.0	1.8	1.5	1.6	1.5	1.7	1.9	–
Italy	4.1	3.4	3.5	2.6	2.5	2.9	2.3	2.2	–	–	–
England	2.1	3.4	3.4	2.9	3.1	1.5	1.5	1.8	2.1	2.4	2.1
Belgium	2.4	1.6	1.9	1.0	1.2	2.1	1.9	1.9	0.6	1.5	1.4
Denmark	–	–	3.0	2.0	2.0	2.0	1.9	3.2	–	–	1.9
Sweden	4.7	2.2	1.2	–	2.2	0.7	0.7	0.3	–	–	–
Netherlands	0.7	1.4	1.9	1.3	1.7	2.1	1.9	0.4	–	–	–
USA	–	–	–	4.4	5.0	6.7	6.4	4.9	5.2	4.9	4.8
Bavaria	4.6	4.5	3.7	3.1	3.2	3.1	2.5	3.5	3.3	3.6	3.8
Japan	5.3	5.1	5.1	4.8	–	–	–	6.2	5.8	5.2	–

One can easily demonstrate therefore that the Austrian army consistently had by far the highest suicide figures in Europe (and indeed in the world) between 1870 and 1910.

According to other figures for the period 1903–1907 most suicides were committed in January and May, fewest in September. Between 70 and 80 % of those who killed themselves between 1870 and 1910 did so by shooting themselves; between 10 and 20 % preferred to hang themselves. The third most popular means of death was drowning (c. 3 %) followed by poisoning, jumping from a great height or getting run over. From figures relating to the 1870s[115], it seems that suicide was more common among the infantry, cavalry and military police than among the artillery, miners or sappers. With regard to rank, junior officers and senior officers contributed a relatively higher number of suicides than non-commissioned officers. The non-commissioned troops also displayed a smaller number of suicides. Yet the figures with regard to rank are difficult to come by. It should also be noted by the way that in the Austrian army the number of attempted suicides and self-mutilations (the latter in particular among N.C.Os.) was also high.

One attempt at classifying the causes of suicides within the Prussian, Bavarian and Austro-Hungarian armies in the period 1820–1910 arrived at the following results:[116]

[115] Thomas G. Masaryk, *Suicide and the Meaning of Civilization* (Chicago and London, 1970), pp. 55–56.
[116] Masaryk, *op. cit.*, p. 57.

Cause	Prussia	Bavaria	Austria-Hungary
Fear of Punishment	49.00%	50.00%	38.00%
Embezzlement	–	–	3.80%
Misplaced sense of honour	3.10%	4.30%	3.10%
Dislike of service	6.80%	–	14.50%
Mistreatment	0.81%	–	–
Mental Illness	13.10%	20.00%	7.30%
Physical Illness	2.40%	–	2.90%
Weariness of Life	4.60%	–	2.70%
Family Misfortunes	7.00%	14.30%	10.70%
Sorrows of Love	7.90%	8.60%	16.40%
Drunkenness	1.80%	–	0.57%
Remorse or Shame	1.70%	2.90%	–
Anger	1.60%	–	–

We shall return to this particular table later. Meanwhile one should not forget that Füllkrug, who is the best source for these statistics himself, concluded that the causes of the high suicide-rate in armies in general could be listed as follows:[117]

"1. Because the soldiers are single.
2. Because they are at a favourable age for suicide.
3. Because as men they are on the above grounds less religious, less used to bearing burdens and pursuing objectives tenaciously and are more in danger of abusing alcohol than women are; moreover being in the army they are more likely to have demands made on them in precisely that respect.
4. Because they have very often been transplanted from country into town and this, despite their strict discipline, often confuses them.
5. Because military service is a hard master for them and they are not used to such moral and disciplinary pressure.
6. Because the concept of military honour and the many new service regulations fills them with constant fear that they will do or omit to do something for which they will be punished.
7. Because by entering the army they are all extracted from some sort of family life and then made totally reliant on their own resources.
8. Because barrack life involves constant observation and uncommonly sever criticism of their whole external, personal, professional and moral behaviour by their superiors and comrades which is painful and unpleasant to them.
9. Because they are given heavy physical tasks and demands which they cannot escape and which they are not used to and do not want to do.
10. Because, despite their comrades, they often lack any opportunity to express their innermost thoughts freely and in their own opinion often suffer injustices which there are no opportunities to correct."

Masaryk in another study reached broadly similar conclusions:[118]

"Many young soldiers are homesick and moreover most hate military service which tears them from their accustomed living conditions and places them in unfamiliar circumstances. One result is that the most suicides are committed by youthful soldiers rather than by older professionals. The years from 20–24 are the most dangerous and fear of punishment is a frequent cause of suicide. Dipsomania and perhaps mental illness have a proportionately greater effect on soldiers than civilians. The severe hardships and in many countries insufficient nourishment have an unfavourable effect. Finally, the military is more immoral than civilians and this is the primary issue. It is the military 'spirit' which causes the high suicide tendency of the military. This 'spirit' promotes only the surface, not the inner qualities of character. Ambition and obedience are the sole virtues, skills are demanded and taught but not morality. Barracks life is as unfavourable as imprisonment, only the latter takes the immoral while the former creates them. The tendency to suicide is equally great in both.

Considered from this point of view, the general obligation of military service appears destructive, because all men are exposed to the demoralising atmosphere of military life for long periods of time. Statistics show us that, at present, military manpower has almost reached a maximum. It is therefore not by chance that many great military states – Germany, France, and Austria – show a high suicide frequency, while England, the United States and others have neither many soldiers nor a high suicide frequency."

The causes listed by both Füllkrug and Masaryk seem very plausible. Yet they are general causes, causes which explain why the suicide rate in armies should be higher than among the general population. What they fail to do is to explain why among all the armies of the world the suicide rate among the Austro-

[117] Füllkrug, *op. cit.*, p. 104.
[118] Masaryk, *op. cit.*, pp. 55–56.
[119] Apparently this is also the case today – the incidence of suicide generally rises after the death by suicide of film-stars and pop-idols. But the author has no figures at hand to prove this.

Hungarian army should have been so easily the highest – something which by the way the Austrian authorities attempted to deny. Nor do they explain the relatively higher rates of suicide among junior and senior officers. We must then consider what might have been the factors at work in Austria-Hungary which served to inflate its statistics.

One factor which may well have been decisive was the degree to which suicide was "socially acceptable".[119] This, of course, is difficult to judge, and Austria-Hungary after all was a Catholic state. Yet William M. Johnston in his study of *The Austrian Mind*[120] informs us that "between 1860 and 1938 an astonishing number of Austrian intellectuals committed suicide. Crown Prince Rudolf was but the best known…" He goes so far, indeed, as to state[121] "that suicide was accepted as a matter of course in Austria." This may therefore have been an important factor in the statistics. Certainly it might help explain the fact that[122] "the number of suicides among young officers more than doubled within a few years after an 1875 ordinance of the Ministry of War permitted funerals with military honours for soldiers who had committed suicide." The ordinance was withdrawn in 1889 after the military clergy had complained and apparently the suicide rate for junior officers thereafter returned to its former level.

Still even social acceptability begs the question of why so many soldiers chose to take advantage of it. Two possible explanations suggest themselves here. First mistreatment of the troops and second, problems concerning their sex lives.

The curious fact about Füllkrug's statistics on the official causes of suicide is that in the case of Austria-Hungary (Bavaria too) not one single suicide was officially ascribed to the mistreatment of soldiers. Now, given the other statistics – the 38 % who killed themselves from fear of punishment and the 14.5 % who did so because they so disliked army life – this in itself seems highly implausible, especially since there is evidence from the 1840s (which the table supposedly includes) to demonstrate that soldiers were not only killing themselves from mistreatment but were even killing officers beforehand.[123] It is true that by the 1870s most forms of corporal punishment – which had earlier been used extensively and brutally – had been abolished, much to the chagrin of the officer corps; yet, according to one military lawyer writing in the 1890s, the officer corps had been able to invent innovations to compensate for this. Moreover, it was a constant complaint of Socialist members of parliament that suicides were common among the troops and that mistreatment was to blame. Thus on 2 February 1902 Daszynski made the accusation that in 1901 in the 10th Army Corps commanded by the famous F.Z.M. Galgotzy there had taken place: [124]

80 suicides of soldiers
12 suicides of officers
70 severe self-mutilations
44 cases of madness
13 degradations
400 desertions and
725 verdicts of heavy labour or strict arrest.

Moreover F.Z.M. Galgotzy had brought 49 law-suits against the press and had lost them all.

These charges went unanswered until a Hungarian M.P. called Pichler repeated them in the Hungarian parliament on 11 November 1902, whereupon the government had F.Z.M. Graf Welsersheimb announce the "true" figures. These were

12 suicides altogether
6 attempted suicides
19 self-mutilations
27 cases of madness
52 desertions

In fact in the joint-army alone (i.e. minus the *Landwehr* and *Honvédség*) the figures according to the official statistics seemed to be running in the period 1900–1914 between 25 and 40 per month i.e. roughly one per day.[125] And there must be a great probability that many of these were indeed the result of mistreatment, even if the authorities (both before and after 1918 – for the trend, it seemed, continued into the post-war period) denied this.[126]

It is more difficult to explain the higher figure for the officer corps. No doubt the stringent demands imposed upon them by the demands of honour played a significant role. Most likely problems connected with their notoriously low pay (although towards the end of the period this seems to have risen)[127] also played a part. On the other hand, as with the case of the troopers, problems affecting their love-life may well have been involved. Even Füllkrug's figures, after all, ascribed 16.4 % of suicides to the "sorrows of love".

---

[120] *Op. cit.*, p. 174.

[121] *Ibid*., p. 179 but cf. p. 177: "Suicide occurred so frequently among persons under thirty that members of the Vienna Psychoanalytical Society, led by Alfred Adler, devoted a symposium to the topic early in 1910."

[122] Kann, *op. cit.*, p. 113.

[123] Sked, *Survival of the Habsburg Empire*, pp. 39–41 for the punishment regime of Austrian soldiers before 1848.

[124] *Militär und Zivil*, p. 104. For the punishment of soldiers after 1868, see Christa Hämmerle, '**…dort wurden wir dressiert und sektiert und geschlagen…**' Vom Drill, dem Disziplinarstraftrecht und Soldatenmisshandlungen im Heer (1868 bis 1914), in Lawrence Cole, Christa Hämmerle and Martin Scheutze (eds), Glanz–Gewalt–Gehorsam, Militär und Gesellschaft in der Habsburgermobnarchie (1800 bis 1918), Vol. 18, *Frieden und Krieg, Beiträge zur historischen Friedensforschung*, Essen, 2011, pp. 31–54. By 1914 most forms of corporal punishment had been abolished in the army save for the *Anbinden* (explained in footnote 37, p. 37) which was still being used during the First World War. For details, see pp. 37–38. For the political context, particularly parliamentary questions and answers, see Hannes Leideninger, ' Suicid und Militär. Debaten–Ursachenforschungen–Reichsratinterpellationen, 1907–1914,' in Cole (and others) eds., *op. cit.*, pp. 337–358. The conclusion (pp. 357–8) is that "despite initial expectations" the nationality problem played only a "subordinate role" if any in suicides and that it was "remarkable" that the majority of parliamentarians of all nationalities never connected military suicides with national differences or treatments within the army.

[125] Monthly figures were published in the *Österreichische Militärische Zeitschrift* and *Der Militärarzt*.

[126] G. Füllkrug, *Der Selbstmord in der Kriegs- und Nachkriegszeit* (Schwerin, 1927), p. 73.

[127] Figures in *Veltzé's Armee Almanach* for each year show this; by 1909 a lieutenant was earning 1,680–2,000 K p.a.

Sex

It has to be remembered that a sort of sexual revolution took place in Austria-Hungary – in its capitals at least – between 1880 and 1914. This was seen in style, art and dress. In George Steiner's words[128] "contemporaries were quick to observe the intensity and peculiar visibility of the sensual". Syphilis and madness were taken for granted in the art and literature of the day and Schnitzler in his novellas recorded the new sexual mores (in, for example, his *Reigen* soon to become *La Ronde*). There was a vast population of domestic servants to be sexually exploited and according to police records the number of professional prostitutes in the Inner City of Vienna alone rose from 2,000 to 14,000 between 1900 and 1914.[129] The Hotel Sacher exploited *chambres particulières*[130] and even the *Neue Freie Presse*[131] regularly carried whole pages of advertisements in which men sought women or other men as "companions"; other adverts concerned the services offered by "masseuses". It was little wonder therefore that such a society should have spawned a Freud, Weininger or Krafft-Ebing to investigate the links between sex, mind and art. Nor was it difficult to explain why Austria-Hungary should have had the highest rate of illegitimate births in Europe. It is also against this background, therefore, that the "sorrows of love" of the imperial and royal troops must be seen.

Many of them, of course, must have found pleasure in the brothels of the main cities which after 1872 were inspected twice weekly by the medical authorities and were required to keep *livres de santé*.[132] Yet of perhaps up to 15,000 prostitutes in Vienna in 1888 only 1,500 were officially registered.[133] According to police regulations of 1885,[134] no new brothels were to be established but those already in existence were to be more tightly controlled. Prostitutes operating from private rooms were to give "no share or percentage in the proceeds of the vicious trade" to their landladies while minors could only be supervised by the police "when complete moral indifference, without any hope of betterment, has been unmistakenly ascertained".[135] In Prague[136] there were legally tolerated brothels numbering 25 in 1883, although the figure increased thereafter. The brothel-keepers were legally bound to ensure that the prostitutes saved sufficient money to return to an honest life. In 1882 there were 280 girls officially enrolled for a population of 292,000 inhabitants. Girls who had been found guilty of theft were not officially allowed to enrol. In Pest[137] in 1882 there were 40 brothels which were officially tolerated and which supplied 1,881 girls. The system, of course, did not work as prescribed. For example, there was a classic scandal in Vienna in 1905 when the trial of a notorious brothel-keeper, Madame Riehl, proved police corruption.[138] In return for payments and services rendered, she had been allowed to keep her girls as slaves for a decade, taking all their money and presents and keeping them naked to stop them running away. She was only eventually brought to justice because of the efforts of the *Österreichische Liga zur Bekämpfung des Mädchenhandels* (The Austrian League for Combating the Trade in Women).

Officers rather than the men visited such brothels. But the troops no doubt found cheaper sources or took up with the thousands of country girls who flocked into the cities in search of work as domestic servants or shopgirls. If they then became pregnant by someone else or wanted a more steady relationship than occasional visits from the barracks, this might well have driven some soldiers into desperation.

Officers had two problems regarding girls. First of all junior officers were relatively badly paid. Indeed, this problem was a common one among middle-class young men in the early stages of their professional careers in an age when professional training often involved enduring nominal salaries or even payments to employers. The result was, in the words of one countess:[139] "Since the men are unable to earn enough to maintain themselves they marry heiresses with jointures sufficient to support them both, but very often these fortune hunters miscalculate and the married pair find that their income is inadequate. The easiest way out of the difficulty is to resort to the *ménage ŕ trois* or even *ŕ quatre*, the wife finding a generous lover of the wealthy bourgeois class to pay her debts and the husband enjoying himself at the expense of some rich women *éprise* by his *beaux yeux* and his position in society. Thus husband and wife go their separate ways. After a time marriages began to be actually arranged on this cynical basis." She added:[140] "The lives led by the officers, especially those holding commissions in the cavalry regiments are grievously immoral and during the last fifteen years in the military career has been regarded as one long course of laziness and extravagance."

Such an existence does not in any way provide reasons for suicide. However, the point to note is that the vast majority of officers could not hope to emulate a few dandies in the cavalry.

---

[128] George Steiner, *Vienna 1900*, South Bank Show Lecture, 16.6.85.
[129] *Ibid*.
[130] Sara Graham, *The Habsburg Twilight. Tales from Vienna* (London, 1979), chapter 3.
[131] Frank Field, *the Last Days of Mankind. Karl Kraus and His Vienna* (London, 1967), p. 58.
[132] Louis Fiaux, *La Police des Moeurs en France et dans les Principaux Pays de L'Europe* (Paris, 1988), p. 518. Cf. Josef Schrank, *Die Prostitution in Wien* (Vienna, 1885).
[133] Fiaux, *op. cit.*, p. 518.
[134] Abraham Flexner, *Prostitution in Europe* (London, 1914), appendix 4: Vienna Regulations, pp. 429–444 (p. 433).
[135] *Ibid*., pp. 432 and 430.
[136] Fiaux, *op. cit.*, p. 519.
[137] *Ibid*.
[138] *Sexual-Reform. Beiblatt zu Geschlecht und Gesellschaft*, vol. 1 (1905), pp. 450–453 gives the report on the case by the *Frankfurter Zeitung*.
[139] Countess Zanardi Landi, 'The Real Austria and her Relations with Germany', *The Nineteenth Century and After*, vol. LXXVIII, pp. 1044–1056, p. 1051.
[140] *Ibid*.

A lieutenant earning 600 Gulden a year could scarcely maintain himself much less a wife in the style that the army demanded. To ensure that way of life in any case he was required to post a marriage bond or *Kaution* before the marriage.[141] In the case of a lieutenant this amounted to about 45,000 Gulden – the equivalent of almost eight years' pay – which enormous sum had usually to be found by his fiancée's family. The rationale behind this system was not merely to keep most officers unmarried but to maintain a respectable standard of living for officers' wives. The annual interest from the gilt-edged bonds in which the money was invested allowed the desired standards to be attained but the principal itself could not be touched by the officer until he retired. In fact, it often happened that both interest and principal had to be repaid to the officer's in-laws. Yet since a *Kaution* had to be found before a marriage, it often happened that an officer without private means who wished to marry a girls who also lacked private means was faced with the choice of leaving the army altogether. Otherwise a marriage compatible with a military career meant marrying for money rather than love. But even then it was not easy since Jewesses, who were often rich, were socially unacceptable and the local gentry (Poles, Hungarians) were often hostile to the army and excluded officers from their society.[142] Under these circumstances, therefore, it might well be appreciated that the "sorrows of love" might lead to suicide.

Another factor involved, of course, was homosexuality. This was illegal in Austria-Hungary as a "crime against nature" both under civil and military law. Yet attitudes were changing and Freud, Hirschfeld, Mühsam and Krafft-Ebing all believed that homosexual behaviour should no longer be penalised as was indeed already the situation in Russia, France and Italy. But until the law was changed, wrote Krafft-Ebing in his *Psychopathia Sexualis*, homosexuals would face "mental despair – even insanity and suicide – at the very least nervous disease".[143]

Homosexuality was certainly prevalent in the army. Indeed it would have been highly surprising had it not been. To quote Stefan Zweig's lieutenant:[144] "I have lived continuously in a masculine, a male environment. From morning till night, from night till morning in the dormitory … in camp, in barracks, in the mess and on the march, in the riding-school and in the class room, always and always. I have breathed an air that reeked of the male, first of boys, then of grown lads, but always of men, men …" The atmosphere in Wiener Neustadt and the cadet schools was very much like that. At Wiener Neustadt the boys were more or less locked in the Academy for five or six years and most were not permitted to leave even for holidays.[145] Physical training or ball games were despised and recreation was limited to walking round the Academy parks, often arm-in-arm.[146] Friendships made there, according to Gerard, often lasted for life.[147] According to one memoirist a great deal of *Schmalzelei* occurred (i.e. holding hands and kissing) and many "romantic friendships" arose which had "the character of love affairs" and in which the effeminate partner, if there were one, was called *die Dame*.[148] According to another set of memoirs, the troops in the army slept two to a bed.[149] If this were indeed the common practice then it is difficult to believe that homosexuality was not common. This may in fact be what Masaryk was hinting at when he wrote that military was "more immoral" than civilian life and that this immorality was the "primary cause" involved in its rate of suicide. He certainly compared barrack life with that of prisons arguing that while prisons took in immoral persons, barrack life created them, although the tendency to suicide was "equally great" in both cases. The eminent criminologist of the period Cesare Lombroso made the same point:[150] "Homosexual offenders whose crime has been occasioned by residence in barracks or colleges or by forced celibacy, plainly will not relapse when the cause has been removed." Lombroso, however, lacked a modern outlook, for he added:[151] "It will be sufficient in their case to inflict a conditional punishment, for they are not to be confused with the homosexual offenders who are born such and who manifest their evil propensities from childhood without being determined by special causes. These should be confined from their youth, for they are a source of contagion and cause a great number of occasional criminals."

Attitudes, therefore, were changing only slowly if at all. Moreover, the great homosexual scandals of the time[152] – Oscar Wilde's trials in England, Friedrich Krupp's expulsion from Italy, Maximilian Harden's accusations against Count Kuno von Moltke, Prince Philip zu Eulenburg-Hertefeld and other friends of the Kaiser, not to mention the trial and imprisonment of Paul Brandt who had accused the German Chancellor von Bülow of homosexuality – all these scandals hardly improved the atmosphere in which any campaign for reform would have had to take place. In Austria, of course, the Redl affair was to constitute a major blow for sexual reformers. The homosexual involved, it turned out, had not only been a master spy, but had sold the Empire's greatest military secrets to its major enemies – France, Russia, Italy and Serbia – all of them countries in which, coincidentally, homosexuality was legal. Thus, although there were people around who believed that homosexuality should be positively encouraged in armies – the argument, for example, contained in the book by Karl Franz von Leexow, entitled

[141] Sked, *Survival of the Habsburg Empire*, pp. 22–23.
[142] Robert B. Asprey, *The Panther's Feast* (New York, 1959), p. 49.
[143] Richard von Krafft-Ebing, *Psychologia Sexualis. With special reference to the Antipathetic Sexual Instinct. A medico-forensic Study* (London, 1965), p. 383.
[144] Quoted in Asprey, *op. cit.*, pp. 50–51.
[145] Sked, *Survival of the Habsburg Empire*, pp. 2–9.
[146] *Ibid*., p. 4.
[147] Quoted in *ibid*.
[148] Quoted in Deak, *op. cit.*, pp. 11–12.
[149] Quoted in Sked, *Survival of the Habsburg Empire*, p. 249, footnote 17.
[150] Cesare Lombroso, *Crime. Its Causes and Remedies* (London, 1911), p. 418.
[151] *Ibid*.
[152] For a review of all of them see Vern L. Bullough, *Sexual Variance in Society and History* (New York, 1976), pp. 564–583.

Armee und Homosexualität. Schadet Homosexualität der militärischen Tüchtigkeit einer Rasse? (*Army and Homosexuality. Does Homosexuality Damage the Military Virtue of a Race?)*, published in Leipzig in 1909 – there can be little doubt that most officers and soldiers would not have expressed this view in public. To do so would have been – in the case of an officer – to have invited investigation by a court of honour. Such a view might also have brought an accusation of homosexuality an accusation in turn which would have required a duelling challenge as a response. And, of course, if an officer were found guilty of committing homosexual acts he would have been imprisoned for up to four years and stripped of his commission. Indeed in such a case he would have been expected to commit suicide.

How prevalent therefore was homosexuality? Hirschfeld maintained[153] that in both the German and the Austro-Hungarian armies it was confined to only 2–3 % of the men.[154] Certainly Redl had many boyfriends among army officers – photographs found after his death attest to that – and one leading criminal lawyer wrote in his memoirs of homosexual officers who sought his advice:[155] "a hussar officer, who was being blackmailed by his batman sought my help, but in spite of being saved from the law, found no peace of mind. On such people I used to devote hours of Freudian method. I got to know the young officer as a sympathetic but weak-willed personality. To my advice that he might avoid the consequences by restraining himself on account of the outlook of his profession, he replied that he could not alter his nature and knew very well that his end would be a bullet from his own revolver."

Not all homosexuals in the army committed suicide. Many however, just like their heterosexual comrades, would have caught venereal disease. Redl, for example, according to his autopsy, was so infected with syphilis that he probably would only have lived another few years had he not been forced to shoot himself.[156] Here then was another way in which the army reflected Austro-Hungarian social changes.

Venereal disease had long been a problem for European armies and Austro-Hungarian troops were no exception.[157] In the nineteenth century it seems to have become a particular problem from the 1840s. During their war of independence of 1848–1849, for example, the Hungarians discovered that the death-rate from venereal disease among their fighting troops had increased enormously. Official reports informed the authorities that "two-thirds of the patients in field hospitals are suffering from syphilis."[158] Yet there was nothing that could be done to solve this problem. By the end of the nineteenth century venereal diseases were more prominent among Austro-Hungarian than among German, Russian or French troops.[159] The Italians, however, had a worse rate and worst of all was the British – primarily on account of conditions in India.

The figures per thousand men were:

	Russia	Germany	France	Austria-Hungary	Italy	Britain
1886–90 (average annual)		27.1	51.1	65.3	94.3	212.4
1990 (1899 for Russia)	33.7	17.8	37.2	59.8	89.7	93.4

It is difficult to know just how to interpret these figures. But since the Prussian government attempted to survey the incidence of venereal disease among its male civilian population in 1900 we can make an attempt.[160] The Prussian survey showed that an average of 28 men out of every 10,000 were infected and that in Berlin the figure rose to 142 per 10,000. The equivalent figures for Austria-Hungary are unknown. However, if they were similar to the Prussian ones, it would seem that the comparison to be made is one of 653 in the Austrian army (271 in the German) to be compared with a rate among civilian males of the 28 in the whole of Prussia or 142 in Berlin. Clearly, therefore, the Austrian army had a problem – particularly among its Hungarian and Rumanian troops. The relevant figures for them in the periods 1875–85 and 1900–1909 were 1052 and 873 and 722 and 664 respectively.[161] This, in fact, meant that the army had an extraordinarily serious health problem, especially given that there was no real cure for the disease, and that in the case of syphilis the treatment involved was one of mercury poisoning, the trick being to kill the disease before killing the patient. But even this was not effective. Medical research would soon, to be sure, discover Salvarsan, the first successful remedy against syphilis, but until then the only real

[153] Markus, *op. cit.*, pp. 150–151. See also Magnus Hirschfeld, *Sittengeschichte des Ersten Weltkrieges* (Hanau, no date), pp. 215–218.

[154] Today the "accepted" average seems about 3–5%, although Kinsey's famous survey (made in the USA in 1947) found that over 40 % of males admitted to homosexual experiences. For an excellent discussion of the issues and methodology involved see John Boswell, *Christianity, Social Tolerance and Homosexuality. Gay People in Western Europe from the Beginning of the Christian Era to the Fourteenth Century* (Chicago and London, 1981), chapters 1 and 2 and pp. 53–54.

[155] Pressburger, *op. cit.*, p. 90.

[156] Markus, *op. cit.*, p. 234.

[157] Dr. Josef Urbach, *Die Geschlechtskrankheiten und ihre Verhütung im k.u.k. Heere, in dem k.u.k. Landwehr und in der k.u.k. Kriegsmarine mit vergleichender Berücksichtigung fremder Staaten* (Vienna and Leipzig, 1912).

[158] Lajos Szodoray, 'Néhány Adat az 1848–49-i Szabadság-Harc Venereás Helyetéhez', *Communicationes Ex Bibliotheca Historiae Medicae Hungarica*, vol. 4 (1956), pp. 34–41 (p. 41).

[159] Advisory Board for Army Medical Services, *The Treatment of Venereal Diseases and Scabies in the Army. First Report* (HMSO., 1904), p. 6.

[160] Flexner, *op. cit.*, pp. 367–368.

[161] Urbach, *op. cit.*, p. 37.

remedy lay in prevention. This involved – and the same was true all over Europe – lectures to the men on practical precautions, medical inspections at regular intervals, the placing of dangerous localities out of bounds and disciplinary measures against soldiers who were repeatedly infected. Austrian military and civil law also provided punishments for anyone who deliberately infected another person with a venereal disease under the rubric "activities prejudicial to the security of life".[162] By 1914 the proposed penalty was 4 weeks to 3 years in prison. Yet in an era of sexual liberation, this must have been difficult in the extreme to enforce. Despite its attempts to isolate itself from society, therefore, the Habsburg army in this sphere as in others proved unable to do anything but reflect contemporary problems and values. This study therefore would support the thesis long ago put forward by Correlli Barnett:[163]

> It is generally true that an army is an extension of society; military disaster is often natural decline exposed by the violence of a battle. Any army thus reflects in sharp focus the social structure, the state of technological progress, and the creative vigour of a society.

One final point should perhaps be made and that is that in Austria-Hungary the dynasty itself may well have contributed to the social atmosphere which has been discussed. Although Franz Joseph was throughout most of his life a contemporary of Queen Victoria, neither he nor his family were in any way associated with "Victorian morals".[164] He was known to have had many mistresses; his wife more or less deserted him; his son committed suicide with his lover after a life full of sexual excess; one nephew died of syphilis; while his brother, the Archduke Ludwig Viktor, a notorious homosexual, known as "Luzipuzi" to his friends, was eventually exiled to the castle of Klessheim after having accosted a young man on the Graben and been beaten up. Before then fellow army officers had been instructed to refuse any invitations to visit him.

In conclusion, therefore, it may be suggested that Austro-Hungarian society formed a whole – inclusive of both army and dynasty – and that the special laws and regulations which attempted to keep the army a "state within a state" were operating with less and less success before 1914.

[162] *Ibid*., pp. 72–73.
[163] Quoted in Stone, *Army and Society*, p. 96.
[164] See, *inter alia*, *Sidelights on Austrian Society by 'X'* (London, 1916) and Lavender Cassels, *Clash of Generations* (London, 1973).

Die sozialethischen Aspekte des römischen *mandatum* – eine Betrachtung im Recht und in der Philosophie

Nikola Galaboff[*]

Abstract

The complimentary mandatum is only one of the many legal institutions which found its way to the modern codification of modern era by passing the "bridge" of reception of the ancient Roman law – e.g. to the German BGB. While concentrating on the legal-dogmatic basics it conveys quickly that the Roman mandate law was influenced to a great extent by social and socio-cultural conceptions of its day. Therefore subject of the essay at hand are the questions – what was the socio-ethical basis of this legal institution and – how much were the legal thoughts of the late-classicist Paulus in his commentary on the praetorian edict influenced by the philosophical discussions of Seneca's de beneficiis.

Key words: *mandatum; amicitia; officium; fides; Paulus; Seneca; law; philosophy.*

I. Modernes Auftragsrecht im Spiegel der Zeit

Im Wege der Rezeption des römischen Rechts als einzigartigem kulturhistorischen Prozess, der sich über einen langen Zeitraum erstreckt hat und dessen Ursachen, Wege und Auswirkungen in den einzelnen Territorien und Regionen Europas verschiedenartig waren[1], haben zahlreiche antike Rechtsinstitute Einzug gehalten in die modernen Kodifikationen der Neuzeit oder diese zumindest in erheblichem Maße bereichert und beeinflusst.

Ein Beispiel hierfür ist auch das römische *mandatum*, dessen „Geist" bis heute sowohl im französischen *code civil* als auch im italienischen *codice civile* ebenso wie im deutschen und sogar im japanischen Bürgerlichen Gesetzbuch weiterlebt. Viele der klassischen Elemente des *mandatum* sind uns – ungeachtet der enormen sozialen Umwälzungen und trotz des wirtschaftlichen Wandels im Laufe der Jahrhunderte – im modernen Auftragsrecht erhalten geblieben. Am deutlichsten zeigt sich dies im deutschen BGB, das am 01. Januar 1900 in Kraft getreten ist: Nach § 662 BGB ist der Auftrag hinsichtlich der vertragstypischen Pflichten vom Auftragnehmer notwendigerweise unentgeltlich zu erbringen, während der in der Geschäftswelt weitaus häufiger vorkommende entgeltliche Auftrag (entgeltliche Geschäftsbesorgung) in § 675 BGB als Dienst- oder Werkvertrag qualifiziert wird.

Wie sind diese Regelungen zu interpretieren? Wie sind sie vor ihrem historischen Hintergrund richtigerweise zu verstehen und einzuordnen? Um eine Antwort auf diese Fragen zu finden und um ein besseres Verständnis der Vorschriften des geltenden Rechts zu ermöglichen, erscheint daher eine genauere rechtsgeschichtliche und rechtsdogmatische Untersuchung des Wesens des klassischen römischen *mandatum* unerlässlich. Im Folgenden wird daher versucht, anhand einiger zeitgenössischer juristischer sowie philosophischer Quellen die sozialethischen Aspekte und gesellschaftlichen Hintergründe dieses Rechtsinstituts darzustellen und miteinander zu vergleichen.

II. Das *mandatum* im klassischen römischen Recht

1. Rechtsdogmatische Grundlagen und Besonderheiten des römischen *mandatum*

Die Obligation war ein Rechtsverhältnis, kraft dessen der Schuldner *(debitor)* dem Gläubiger *(creditor)* zur Erbringung einer bestimmten Leistung verpflichtet war und aus dem der Gläubiger im Falle der nicht ordnungsgemäß erbrachten Leistung den Schuldner mit einer *actio in personam* verklagen und aus einem erfolgreichen Urteil gegen ihn vollstrecken konnte.[2] Auf Seiten des Gläubigers bestand die Obligation also in einer Forderung, während sie sich auf Schuldnerseite als Verpflichtung darstellte. Der Jurist Gaius nennt in seinen *institutiones* (Gai. inst. 3, 88) zwei Hauptentstehungsgründe für Obligationen im klassischen römischen Recht: den Kontrakt *(obligationes ex contractu)* und das Delikt *(obligationes ex delicto)*. Kontrakt bedeutete in diesem Zusammenhang den zivilrechtlich klagbaren Vertrag, wohingegen als Delikte jene Verletzungen fremder Rechtsgüter bezeichnet wurden, aufgrund derer der Geschädigte einen Anspruch auf Buße *(poena)* oder Schadensersatz geltend machen konnte.[3]

* Akad. Rätin Nikola Galaboff, wissenschaftliche Assistentin und Doktorandin, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Römisches Recht und Antike Rechtsgeschichte, Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät, Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg, Deutschland.

1 Vgl. hierzu etwa COING, Helmut, Europäisches Privatrecht. Band I. Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800), München, 1985, S. 8.

2 KASER, Max, Das römische Privatrecht. Erster Abschnitt: Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, München, 1971, S. 479.

Das *mandatum* gehörte zu der ersten Gruppe, zu den Kontrakten. Jedem dieser Verträge mussten übereinstimmende Willenserklärungen *(consensus)* der jeweiligen Vertragsparteien zugrunde liegen. Danach unterschied man vier verschiedene Vertragsarten: es gab Konsensualkontrakte, bei denen das bloße Vorliegen der Willenserklärungen genügte, weiteren formalen Anforderungen bedurfte es zur rechtlichen Wirksamkeit nicht. Dazu zählten der Kauf *(emptio),* die Miete *(locatio conductio),* der Gesellschaftsvertrag *(societas)* und schließlich der Auftrag *(mandatum).* Weiterhin sind die Realkontrakte zu nennen, wobei hierfür das zusätzliche Erfordernis einer Sachhingabe spezifisch war, die Litteralkontrakte, bei denen eine bestimmte Schriftform, und schließlich die Verbalkontrakte, bei denen eine rituelle Wortform eingehalten werden musste.[4]

Die Bezeichnung des Auftrags als *mandatum* geht vermutlich auf eine Handgebärde zurück *(*von *manus* und *dare),* die jedoch weniger nach einem Handschlag als vielmehr nach einem Umschließen der Hände des Auftragnehmers (Mandatar) durch den Auftraggeber (Mandant) ausgesehen haben dürfte (vergleichbar mit der mittelalterlichen *commendatio*).[5] Als Konsensualkontrakt kam diese Obligation, wie bereits erwähnt, durch formlose, unter Umständen sogar nur durch stillschweigende Übereinkunft der jeweiligen Parteien zustande.[6] Mit der Übernahme verpflichtete sich der Mandatar unentgeltlich im Interesse des Mandanten oder eines Dritten, in jedem Falle aber nicht ausschließlich im eigenen Interesse, tätig zu werden.[7] Denn ein solches *mandatum tua gratia* wäre als bloßer Rat *(consilium)* ohne jegliche Bindung des Empfängers daran rechtlich völlig bedeutungslos gewesen.[8] Gegenstand des Auftrags konnten demnach jedwede Handlungen sein, sowohl der Abschluss von Rechtsgeschäften als auch rein faktische Verrichtungen, soweit sie gemäß der Rechtsordnung erlaubt und nach ihrem Inhalt sowie Umfang hinreichend bestimmt waren.[9] In den Quellen begegnen uns daher häufig Vertragsabschlüsse in mittelbarer Stellvertretung, insbesondere der Ankauf oder Verkauf von Gegenständen aller Art für den Auftraggeber, das Auftreten als Bürge oder *adstipulator,* das Vergeben von Kreditaufträgen und in klassischer Zeit auch Tätigkeiten in Funktion eines Prokurators.[10] Ebenso war es üblich, Angehörige höherer Schichten (Ärzte, Lehrer, Anwälte und andere Ausübende der *artes liberales*) mit der Ausführung bestimmter Dienste zu beauftragen, da sie diese aufgrund ihrer herausragenden Stellung in der römischen Gesellschaft und ihrer besonderen sozialen Herkunft nur unentgeltlich leisten durften. Während es also gerade in republikanischer Zeit innerhalb der gehobenen Stände als unehrenhaft galt, solche Dienste gegen Entgelt zu erbringen, empfand man es andererseits als nicht gegen die guten Sitten verstoßend, wenn der Beauftragte ein ihm freiwillig gebotenes Ehrensold, ein sog. *honorarium* oder *salarium* entgegennahm, was dann bald zur Regel wurde.[11] Mit einem allmählich einsetzenden Wandel in den Standesanschauungen und mit dem Aufkommen der festen Besoldung kaiserlicher Staatsbeamter setzte sich auch die Vorstellung durch, dem Mandatar stehe sogar das Recht zu, ein vereinbartes Honorar für seine erbrachten Leistungen von seinem Auftraggeber zu fordern.[12] Zwar hielt man insoweit an der ursprünglichen Unentgeltlichkeit des *mandatum* fest, indem man ihm die Möglichkeit versagte, zur Durchsetzung seiner Ansprüche den Weg des ordentlichen Prozesses zu beschreiten, wohl aber wurde ihm die Geltendmachung des Honoraranspruchs im Verfahren der kaiserlichen *extraordinaria cognitio* zugestanden.[13]

Die Wirkung des *mandatum* als privatrechtliche Obligation bestand ausschließlich darin, zwischen den beiden Parteien *(inter partes)* gegenseitige, klagbare Verpflichtungen zu erzeugen, so dass es von Natur aus im Verhältnis zu Dritten zu keiner Außenwirkung in Form einer Vertretungsmacht des Beauftragten kommen konnte. Jedoch wird, allein schon aus pragmatischen Erwägungen heraus, der Mandatar in den meisten Fällen auch legitimiert gewesen sein, quasi als „Ermächtigter" seines Auftraggebers im Rechtsverkehr aufzutreten. Das bedeutete zwar nicht, dass er dadurch im fremden Namen tätig werden konnte, denn die Idee einer direkten Stellvertretung blieb dem römischen Recht stets fremd, jedoch im fremden Interesse des Mandanten, der die Wirkungen des Handelns als von seinem Willen gedeckt dann auch gegen sich gelten lassen musste.[14]

Da es sich beim *mandatum* um ein Institut handelte, das vor allem auf gegenseitigem Vertrauen basierte, kam es trotz wirksamen Abschlusses zum Erlöschen, wenn vor der Ausführung desselben einer der beiden Parteien zurücktrat oder starb.[15] Dagegen blieb die Haftung im Falle eines Rücktritts zur Unzeit[16] oder bei Beginn der Tätigkeit in Unkenntnis des Todes

3 MAYER-MALY, Theo, Römisches Recht, Wien – New York, 1999, S. 106.
4 Vgl. hierzu die Zusammenschau bei KASER, Max/KNÜTEL, Rolf, Römisches Privatrecht, 18. Auflage, München, 2005, S. 190 f.
5 MAYER-MALY (Fn. 3) S. 150.
6 WATSON, Alan, The Law of Obligations in the Later Roman Republic, Oxford, 1965, S. 61 ff; anhand einiger weniger Fragmente aus spätklassischer Zeit wird ersichtlich, dass man sich wohl auch damit begnügte, wenn jemand bewusst die Führung eigener Geschäfte durch einen anderen duldete, vgl. Ulp. D. 17, 1, 18; D. 50, 17, 60.
7 JÖRS, Paul/KUNKEL, Wolfgang/WENGER, Leopold, Römisches Privatrecht, 3. Auflage, Berlin – Göttingen – Heidelberg, 1949, S. 224 f; siehe hierzu Gai. Inst. 3, 155 f.
8 Gai. inst. 3, 156: *si tua gratia tibi mandem, supervacuum est mandatum.*
9 Gai. inst. 3, 157.
10 KASER (Fn. 2) S. 577 f.
11 Vgl. z.B. Ulp. D. 11, 6, 1 pr. für den speziellen Fall des Feldmessers.
12 JÖRS/KUNKEL/WENGER (Fn. 7), S. 225.
13 Vgl. C. 4, 35, 1.
14 KASER (Fn. 2) S. 578 f; „ermächtigen" kann in diesem Sinne untechnisch auch *mandare* bedeuten, vgl. etwa Paul. D. 12, 6, 6 pr.
15 Gai. inst. 3, 159 f.
16 Paul. D. 17, 1, 22, 11; Gai. D. 17, 1, 27, 2.

des Mandaten weiterhin bestehen.[17] Unwirksam hingegen war ein Auftrag, zumindest in klassischer Zeit, wenn er erst mit Wirkung für die Zeit *post mortem* erteilt worden war.[18]

Das *mandatum* gehörte zu den sogenannten unvollkommen zweiseitigen Verträgen. Demgemäß gab es für die aus ihm folgende *actio mandati* sowohl eine Formel für den Hauptanspruch des Auftraggebers gegen den Beauftragten als auch – mit vertauschten Subjekten – eine Formel für den (nicht zwangsläufig entstehenden) Gegenanspruch des Beauftragten gegen den Auftraggeber.[19] Die *actio mandati directa*[20] des Mandanten gehörte zu den *iudicia bonae fidei,* bei denen, im Gegensatz zu den *iudicia stricti iuris,* dem Richter im Rahmen der Urteilsfindung ein größerer Ermessensspielraum zukam.[21] Er konnte im Wege dieser Klage zunächst die Ausführung des Auftrags gemäß den vorher von ihm erteilten Anweisungen, ferner die Herausgabe dessen, was der Beauftragte zum Zweck der Geschäftsbesorgung von ihm erhalten, aber nicht verbraucht hatte, sowie die Herausgabe des bei der Durchführung des Geschäfts von einem oder mehreren Dritten Erlangten verlangen. Insbesondere richtete sich die Klage auch auf die Abtretung derjenigen Ansprüche, die der Mandatar auf diese Weise erworben hatte.[22] Während sich in klassischer Zeit die Haftung des Beauftragten lediglich auf vorsätzlich-treuwidriges Verhalten beschränkte[23], wozu auch schwere Pflichtwidrigkeiten gezählt wurden[24], musste er nach justinianischem Recht für jedes Verschulden, d.h. bereits für einfache Fahrlässigkeit einstehen.[25] In einem solchen Falle wirkte die Verurteilung, da er sich eines Vertrauensbruchs schuldig gemacht hatte, infamierend, was den Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte bedeutete.[26] Der eventuelle Gegenanspruch des Mandatars, der nur unter bestimmten Voraussetzungen zur Entstehung gelangte, war auf Ersatz des bei der Ausführung des Auftrags entstandenen Schadens, auf Ersatz von Auslagen und Unkosten sowie auf die Befreiung von Verbindlichkeiten, die er zum Zweck der Geschäftsbesorgung eingegangen war, gerichtet.[27]

2. Die sozialethischen Aspekte des römischen *mandatum*

Macht man es sich zur Aufgabe, die sozialhistorischen sowie sozialethischen Grundlagen des römischen *mandatum* genauer zu beleuchten, ist damit keineswegs der Anspruch verbunden, das komplizierte und nicht eindeutig bestimmbare Geflecht aus juristischen Normen einerseits und sozialen Begebenheiten andererseits bis in die kleinsten Facetten zu entwirren. Es würde sich dabei um ein Unterfangen handeln, das einige, fast unüberwindbar erscheinende Hürden bereithält, zumindest aber äußerst umfangreiche Exegesen juristischer und vor allem philosophischer Quellen erforderlich machen würde. Deshalb kann es an dieser Stelle nur um eine Skizzierung der wichtigsten Punkte gehen. Mit diesem Ziel wollen wir uns auch den einschlägigen Texten nähern. Es stellt sich dabei vor allem die Frage, auf welchem sozialethischen Fundament das *mandatum* stand und inwieweit dabei die philosophischen Diskurse, die wir in Senecas *de beneficiis* finden, die juristischen Überlegungen des spätklassischen Juristen Paulus in seinem Kommentar zum prätorischen Edikt beeinflussten.

a) Freundschaft und Pflichtgefühl als gesellschaftliches Fundament des römischen *mandatum*

Der Auftrag war, wie uns Paulus berichtet, grundsätzlich unentgeltlich: *Mandatum nisi gratuitum nullum est* (Paul. D. 17, 1, 1, 4).

Für die Unentgeltlichkeit der Geschäftsbesorgung gab es zwei Gründe: Zum einen wurde es, wie wir schon gesehen haben, noch in republikanischer Zeit innerhalb bestimmter Stände der römischen Gesellschaft als Verstoß gegen die sittlichen Pflichten angesehen, höhere Dienste gegen Entgelt anzubieten und zu leisten.[28] Dementsprechend pflegten Ärzte, Gelehrte und Anwälte sie ohne Vergütung im Wege des *mandatum* zur Verfügung zu stellen. Der entgeltliche Auftrag hingegen, der auf das Erwerbsleben von Handwerkern und Tagelöhnern beschränkt war, wurde als Dienst- oder Werkvertrag qualifiziert, *locatio conductio operarum* genannt und somit schon begrifflich scharf vom *mandatum* abgegrenzt: *interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit* (Paul. D. 17, 1, 1, 4). Zum anderen folgte das Dogma der Unentgeltlichkeit aus dem *officium,* jenem Kreis sittlicher Pflichten, der die römische Gesellschaftsordnung seit alters her zusammenhielt, und aus der *amicitia,* den freundschaftlichen Beziehungen der Standesgenossen untereinander: *nam originem ex officio atque amicitia trahit, contrarium ergo est officio merces* (Paul. D. 17, 1, 1, 4). Es lässt sich daher als erstes Ergebnis festhalten, dass die beiden gesellschaftlichen und ethischen Säulen, auf denen das römische *mandatum* stand, im Pflichtgefühl *(officium)* und in der Freundschaft *(amicitia)* zu sehen sind.

Der Hintergrund hierfür liegt in den soziokulturellen Begebenheiten und Verhaltensweisen jener Zeit: Das Sozial- und Geschäftsleben der antiken, nicht allein der römischen Welt,

---

[17] Gai. inst. 3, 160.
[18] Gai. inst. 3, 158.
[19] Siehe zur Formel der *actio directa* LENEL, Otto, Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung, 3., verbesserte Auflage, Leipzig, 1927, S. 295 f.
[20] Kaser hält diesen Terminus für untechnisch, siehe KASER (Fn. 2) S. 579.
[21] MAYER-MALY (Fn. 3) S. 108.
[22] Vgl. hierzu den bei Paulus in D. 17, 1, 20 pr formulierten Grundsatz: *Ex mandato apud eum qui mandatum suscepit nihil remanere oportet.*
[23] Mod. coll. 10, 2, 3; C. 2, 12, 10; vertiefend etwa SACHERS, Erich, Zur Lehre von der Haftung des Mandatars im klassischen römischen Recht, in: ZSS 59 (1939), S. 432–497, S. 432 ff.
[24] Siehe etwa Ulp. D. 17, 1, 8, 10.
[25] Ulp. D. 50, 17, 23 ist insoweit verfälscht, vgl. JÖRS/KUNKEL/WENGER (Fn. 7) S. 226; schon in klassischer Zeit gab es eine fallweise Anerkennung für eine *culpa*-Haftung: zum *procurator* vgl. Afr. D. 15, 3, 17 pr.
[26] Siehe den Ediktstext in Iul. D. 3, 2, 1; vgl. dazu LENEL (Fn. 19) S. 77 ff.
[27] Zur Haftung im Rahmen des *iudicium contrarium* vgl. KÜBLER, Bernhard, Die Konträrklagen und das Utilitätsprinzip, in: ZSS 38 (1917), S. 73–113, S. 94 ff.
[28] So auch BÜRGE, Alfons, Römisches Privatrecht: Rechtsdenken und gesellschaftliche Verankerung. Eine Einführung, Darmstadt, 1999, S. 131.

beruhte auf einem engen und fein gewobenen Netz aus freundschaftlichen Beziehungen.[29] Um sich im praktischen Leben und dabei sowohl im privaten als auch im öffentlichen Bereich behaupten zu können, waren diese menschlichen Verbindungen, die aus wechselseitigen Abhängigkeiten und gegenseitigen Verpflichtungen bestanden, geradezu unerlässlich. Denn mit ihnen ließen sich Freundschaften knüpfen, gestalten, vertiefen und dadurch emotionale Bedürfnisse stillen, aber auch reine Nützlichkeitserwägungen befriedigen sowie die für das gesellschaftliche und berufliche Fortkommen unverzichtbare *gratia* erwerben.[30] Freundschaft umfasste die gegenseitige Erbringung von wohlgemeinten Diensten *(beneficia)* und Pflichten *(officia)*, wozu auch die selbstverständlich unentgeltliche Erfüllung von Bitten und Aufträgen *(mandata)* gehörte – kurz gesagt: Freundschaft bedeutete einander Hilfe zu leisten in allen erdenklichen Lagen des täglichen Lebens.[31]

Versucht man andererseits die sozialethische Basis der *amicitia* mit einem Schlagwort zu belegen, bietet sich hierfür der Begriff der *fides* mit all seinen Nuancen wie gegenseitige Treue und Zuverlässigkeit, Gewähren und Inanspruchnahme von Vertrauen usw. an.[32] Aber nicht nur die Freundschaft, sondern auch das *officium* war in diesem Zusammenhang auf das Engste mit der *fides* verbunden. Es handelte sich dabei um in erster Linie philosophische Begrifflichkeiten, die in der ethischen Diskussion eine tragende Rolle spielten, man denke nur an Ciceros Auseinandersetzungen darüber in seinen Werken *de officiis* und *de amicitia*.

Zusammenfassend bedeutet dies: So wie sich die *amicitia* auf die *fides* gründete, stellten die *amicitia* und das *officium* wiederum die sozialethischen Pfeiler dar, auf denen das *mandatum* fußte. Somit waren *amicitia, officium, fides* und *mandatum* untrennbar miteinander verbunden und können daher auch nicht isoliert voneinander betrachtet werden.

b) Die Juridifizierung der freundschaftlichen Beziehungen

Nach dem damaligen Verständnis galten die auf der *amicitia* und dem *officium* beruhenden Freundschaftsdienste zunächst – rechtlich gesehen – als nicht verpflichtend. Die Jurisprudenz beließ aufgrund dieser Unverbindlichkeit einen Freiraum, der lange Zeit nicht angetastet wurde und dem wir uns auch heute häufig nur von philosophischer Seite her nähern können, vor allem bei Cicero und in Senecas *de beneficiis,* die sich der Sache thematisch annahmen.[33] Vor diesem Hintergrund ist es zu erklären, dass die Römer die Haftung für die Einholung eines Rates oder einer Auskunft ausgeschlossen hatten, es sei denn, die Aufgabe war als *mandatum* übernommen worden.[34] Dies legt die Vermutung nahe, dass es irgendwann in der Geschichte einen Punkt gegeben haben musste, an dem man es für erforderlich hielt, das *mandatum* rechtlich zu strukturieren und es zu einem wirklichen Rechtsinstitut werden zu lassen. Tatsächlich hatte die einsetzende Verrechtlichung des *mandatum* schließlich zur Folge, dass durch die Rechtswissenschaft allmählich in die bisher nur von sozialethischen Normen geprägten freundschaftlichen Beziehungen auch juristisch eingegriffen wurde. Der Grund für diese Entwicklung ist in der Juridifizierung der *fides* zu sehen, die nunmehr als *bona fides* Regelungen zum *mandatum* bereithielt und damit wesentliche Elemente der Freundschaft juristischen Normen unterwarf.[35]

Selbstverständlich ging der Übergang von der Sozialethik zum Recht, der uns rückblickend betrachtet durchaus befremdlich erscheinen mag, hatte dieses System doch lange Zeit hervorragend funktioniert, nicht ohne Widersprüche und Probleme vor sich. Dieses Phänomen lässt sich sehr anschaulich am berühmten Beispiel des sog. Mandatsexzesses illustrieren. Gaius berichtet uns in Gai. inst. 3, 161: *Cum autem is, cui recte mandaverim, egressus fuerit mandatum, ego quidem eatenus cum eo habeo mandati actionem, quatenus mea interest inplesse eum mandatum, si modo implere potuerit; at ille mecum agere non potest. Itaque si mandaverim tibi, ut verbi gratia fundum mihi sestertiis C emeres, tu sestertiis CL emeris, non habebis mecum mandate actionem, etiamsi tanti velis mihi dare fundum, quanti emendum tibi mandassem; idque maxime Sabino et Cassio placuit. Quod si minoris emeris, habebis mecum scilicet actionem, quia qui mandat, ut C milibus emeretur, is utique mandare intellegitur, uti minoris, si posset, emeretur.* Ein *ego* (Mandant) beauftragt einen *tu* (Mandatar), ein bestimmtes Grundstück für ihn in Höhe von 100000 Sesterzen zu erwerben. Daraufhin erstand er es aber für 150000 Sesterzen. Hätte er das Grundstück für 100000 Sesterzen erwerben können, so steht dem Auftraggeber eine Klage, nämlich die *actio mandati directa* zu, die auf das Interesse gerichtet ist. Der Mandatar hingegen hat nicht die Möglichkeit die Konträrklage auf Ersatz seiner Aufwendungen zu erheben. Erklärt sich der Mandatar bereit, das Grundstück seinem Auftraggeber zum vereinbarten Preis von 100000 Sesterzen zu überlassen, so nützt ihm das nach Meinung der Anhänger der sabinianischen Rechtsschule (Sabinus und Cassius) nichts, wenn der Mandant das Angebot ablehnt. Sie gingen davon aus, dass der Auftraggeber den Beauftragten dann in den Mandatsprozess zwingen konnte. Demgegenüber versuchten die gegnerischen Prokulianer die Verurteilung des Beauftragten dadurch zu vermeiden, indem sie ihm diese Möglichkeit einräumten.[36] Folgt man der Ansicht der Sabinianer, wurde der Mandatar verurteilt. Das Urteil führte in den meisten Fällen zur Infamie. Eine bedeutende Wirkung

[29] Siehe Aristoteles, NE VIII 1, 1155a sq.
[30] Siehe hierzu BÜRGE (Fn. 28) S. 129.
[31] NÖRR, Dieter, Mandatum, fides, amicitia, in: NÖRR, Dieter/NISHIMURA, Shiego (Hrsg.), Mandatum und Verwandtes. Beiträge zum römischen und modernen Recht, Berlin, 1993, S. 14.
[32] Zum Zusammenhang von *fides* und *amicitia* vgl. auch FREYBURGER, D., Fides. Études sémantique et religieuse depuis les origines jusqu´ f l`époque augustuéenne, Paris, 1986, S. 177 ff.
[33] BÜRGE (Fn. 28) S. 138; bezeichnend hierfür auch der Ausspruch „Wo Freunde sind, da bedarf es keiner Gerechtigkeit" (nach Aristoteles, NE VIII 1, 1155a sq.).
[34] Siehe etwa Ulp. D. 17, 1, 42.
[35] Nörr (Fn. 31) S. 14.
[36] Dies lässt sich anderen Quellen entnehmen, vgl. etwa Inst. 3, 26, 8; Gai. D. 17, 1, 4.

der Infamie lag in dem Verbot, für einen anderen vor Gericht aufzutreten oder für sich selbst einen Vertreter im Prozess zu beauftragen.[37] Wie Ulpian an einer anderen Stelle ausdrücklich betont, handelte es sich hierbei um typische Verpflichtungen innerhalb einer bestehenden römischen Freundschaft: *Postulare autem est desiderium suum vel amici sui in iure apud eum, qui iurisdictioni praeest, exponere: vel alterius desiderio contradicere* (Ulp. D. 3, 1, 1, 2).[38] Deshalb konnte in diesem Zusammenhang die Infamie als Sanktionsmittel für den im Exzess liegenden Bruch des Mandats gesehen werden, indem man es dem Beauftragten künftig untersagte, freundschaftliche Dienste zu erbringen und gleichwohl zu erhalten. Letztlich bedeutete dies nichts anderes, als solche Personen aus dem die römische Gesellschaft zusammenhaltenden Geflecht der Freundschaften zu verbannen und ihn dadurch sozial zu isolieren.[39] Auf den ersten Blick erscheint diese Sanktionssystematik allerdings nicht gerade einleuchtend, denn es lässt sich mit der auf Gegenseitigkeit ausgerichteten *bona fides* kaum vereinbaren, dass grundsätzlich nur der Auftragnehmer mit Infamie belegt wurde.[40] Wie die Verpflichtung, sich gegenseitig helfend zur Seite zu stehen, zum Kreis des *officium* gehörte, so gehörte gleichsam die Entgegennahme und Leistung von Zuwendungen zu den *beneficia*, denen man sich weder als Geber noch als Nehmer entziehen durfte.[41] Insoweit lässt sich die Wahl dieser harten Sanktion nur mit dem strikten *fides*-Verständnis der Anhänger der sabinianischen Rechtsschule erklären, welches das Verhältnis zwischen *mandatum, amicitia* und *fides* besonders deutlich macht: Den freundschaftlichen Beziehungen im antiken Rom kam in erster Linie die Funktion zu, durch wechselseitige Erbringung von *officia* den gemeinschaftlichen Nutzen zu fördern. Wer einen Auftrag übernahm, verpflichtete sich zu dessen weisungsgebundenen Ausführung und übernahm damit gleichzeitig ein freundschaftliches *officium.* Jede Abweichung davon stellte folglich nicht nur eine Verletzung der Freundschaft, sondern auch eine Verletzung der *fides* dar, da sie das Fundament der *amicitia* bildete. Deshalb erschien die Beschränkung der Infamie auf den Mandatar, der sich eines Exzesses schuldig gemacht hatte, nur als selbstverständlich und konsequent.[42]

c) Konsequenzen der Verrechtlichung der Freundschaftsverhältnisse

Wir haben bislang festgestellt, dass die freundschaftlichen Beziehungen einer gewissen Verrechtlichung unterlagen. Wenden wir uns nun den Folgen zu, die die Juridifizierung mit sich brachte. Einhergehend mit der Qualifizierung der *fides* als *bona fides* wurden Bestandteile der Freundschaft Regeln und Normen des Rechts unterworfen. Gleichwohl muss an der Stelle eingeräumt werden, dass infolge dieser Entwicklung trotz allem kein absoluter Gleichlauf zwischen Freundschaftspflichten und Mandatspflichten bestand. Dies ist einem recht simplen Umstand geschuldet: Bei der *amicitia* ging es um eine längerfristige, auf Gegenseitigkeit und Wechselseitigkeit aufbauende, emotionale Beziehung zweier Menschen, während die Ausführung eines Auftrags lediglich ein einzelnes Rechtsgeschäft betraf.[43] Dennoch kann von einer gewissen Kollision zwischen sozialethischen und juristischen Normen im Bereich des *mandatum* ausgegangen werden.[44]

Dies wird erkennbar an einem Fragment von Paulus. In Paul. D. 13, 6, 17, 3 bemüht sich der Jurist, die *actio commodati contraria* zu rechtfertigen. Die Entscheidung, ob man etwas verleiht, sei eher eine Frage der *voluntas* und des *officium* als eine Sache der *necessitas.* Daher sei es auch Aufgabe des künftigen Verleihers, Art und Weise sowie die Dauer der Leihe zu bestimmen: *Sicut autem voluntatis et officii magis quam necessitatis est commodare, ita modum commodati finemque praescribere eius est qui beneficium tribuit.* Wenn er sich dann aber schließlich dazu durchgerungen hat, einem anderen etwas zu leihen, ist es ihm nicht mehr erlaubt, die Sache beispielsweise dem Entleiher ohne Weiteres wieder wegzunehmen. Daran hindert ihn nicht mehr nur das *officium,* also die sittliche Pflicht, sondern die jetzt auch zwischen ihnen bestehende vertragliche Verpflichtung *(obligatio): Cum autem id fecit, id est postquam commodavit, tunc finem praescribere et retro agere atque intempestive usum commodatae rei auferre non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio interdandum accipiendumque.* Das bedeutet also, dass das, was vorher lediglich Gegenstand von *beneficium* und der *nuda voluntas* war, sich nun in gegenseitige, notfalls auch klagbare Verpflichtungen umgewandelt hatte. Wenn Paulus von *voluntas* spricht, werden damit zwei Perspektiven erfasst: Zum einen geht es um die Charakterisierung der Übernahme und Durchführung eines *beneficium,* zum anderen um die Legitimierung der entstandenen vertraglichen Pflichten zwischen den beiden Parteien.[45] Paulus arbeitet an der Stelle folglich mit kontrastierenden Begrifflichkeiten der Sozialethik und des Rechts: *officium, beneficium* einerseits, *necessitas, obligatio, actiones* andererseits. Unklar bleibt hingegen zunächst das Verhältnis zwischen *voluntas* und *officium.* Eine mögliche Lösung ließe sich vielleicht mit einem Blick in das philosophische Schrifttum finden, denn auch Seneca verwendet oftmals den Begriff der *nuda voluntas.* Eine zentrale Rolle in seiner *voluntas*-Lehre spielt aber vielmehr die Frage, welche Qualität einer Handlung zukommen müsse, um als *beneficium* gelten zu können: *Quid est*

---

[37] NÖRR (Fn. 31) S. 18.
[38] Zur *amicitia* im römischen Zivilprozess siehe auch SPENGLER, Hans-Dieter, Studien zur *interrogatio in iure,* München, 1994, § 42.
[39] NÖRR (Fn. 31) S. 18.
[40] Die *bona fides*-Klausel umschreibt Gaius mit folgenden Worten: *… et invicem alter alteri tenebimur in id, quod vel me tibi vel te mihi bona fide praestare oportet* (Gai. inst. 3, 155).
[41] NÖRR (Fn. 31) S. 19; vgl. Seneca, de benef. 2, 18, 4 sq. passim.
[42] NÖRR (Fn. 31) S. 32.
[43] NÖRR (Fn. 31) S. 24.
[44] NÖRR, Dieter, Ethik und Recht im Widerstreit? Bemerkungen zu Paul. (29 ad ed.) D. 13,6,17,3, in: SCHERMAIER, Martin Josef/Végh Zoltán (Hrsg.), Ars boni et aequi. Festschrift für Wolfgang Waldstein zum 65. Geburtstag, Stuttgart, 1993, S. 268.
[45] NÖRR (Fn. 44) S. 271.

ergo beneficium? Benivola actio tribuens gaudium capiensque tribuendo in id, quod facit prona et sponte sua parata. Itaque non, quid fiat aut quid detur, refert, sed qua mente, quia beneficium non in eo, quod fit aut datur, consistit, sed in ipso dantis aut facientis animo (Seneca, de benef. 1, 6, 1). Diesen Fragen gewährt Paulus kaum einen Raum, als Juristen interessiert und beschäftigt ihn eher das "Ob" und "Dass" eines *beneficium,* weniger dessen Inhalt oder Bedeutung.[46] Obwohl zwischen den Überlegungen Senecas und Paulus durchaus gewisse Divergenzen bestehen, lassen sich beim genaueren Hinsehen aber auch strukturelle Ähnlichkeiten entdecken, was uns der Lösung unseres Problems einen Schritt näher bringt. Hierfür müssen zwei Ansatzpunkte miteinander in Verbindung gebracht werden. Paulus stellt formelhaft fest: *Voluntatis est enim suscipere mandatum, necessitatis consummare* (Paul. D. 13, 6, 17, 3). Auf der einen Seite sieht er einen Gegensatz zwischen *voluntas* und *necessitas,* auf der anderen Seite einen zwischen der Übernahme und der Ausführung eines Auftrags. Auch Seneca arbeitet hier mit einem Kontrast zwischen *voluntas* und *necessitudo, honestum* und *necessarium.* In de benef. 3, 7 verweist er auf die Tatsache, dass *gratia* von Natur aus eine Angelegenheit des *arbitrium accipientium* sei. Wird sie aber klagbar gemacht und damit *necessaria,* so verliert die dankbare Vergeltung ihren Charakter als *res honestissima: Deinde cum res honestissima sit referre gratiam, desinit esse honesta, si necessaria est.* Selbstverständlich ordnen Seneca und Paulus den Entschluss, eine Sache einem anderen zu verleihen, durchaus unterschiedlich ein: Seneca versteht die Rückerstattung eines *beneficium* als sittliche Pflicht, Paulus geht es dabei um die Erfüllung rechtlicher Verpflichtungen. Davon abgesehen wird aber hier bereits deutlich erkennbar, dass die Begriffe, derer sie sich zur Illustration des (ethischen bzw. juristischen) Problemfeldes bedienen, dieselben sind.[47] Für das uns interessierende Verhältnis zwischen *voluntas* und *officum* bedeutet dies: Die beiden Begriffe sind eingebettet in den Gegensatz zwischen Sozialethik und Recht.[48]

Eine weitere Parallele in diesem Zusammenhang findet sich zwischen dem schon erwähnten Ausspruch von Paulus in D. 13, 6, 17, 3 *voluntatis est enim suscipere mandatum, necessitatis consummare* und einer anderen Stelle in Senecas *de beneficiis* (de benef. 6, 10 f). Es geht um die Beurteilung der Problematik der Übernahme und Durchführung eines *mandatum* bzw. *beneficium* und wie sich dabei der Wille zum Vollzug desselben verhält. Für den Juristen stellt sich die Frage, einen Auftrag zu übernehmen, als Ausdruck des freien Willens dar. Ist er aber dann einmal übernommen, ist es Sache der Notwendigkeit, ihn auch auszuführen. Seneca bedient sich hierbei einer ähnlichen Gegenüberstellung von Begriffspaaren: Der bloße Wille, einem anderen ein *beneficium* zukommen zu lassen, sei zwar eine notwendige, aber nicht ausreichende Bedingung für die Verpflichtung, ihm anschließend durch ein entgegengesetztes *officium* Dank zu erweisen.[49] Denn durch die *nuda voluntas* könne zwar ein freundschaftliches Verhältnis zwischen den beiden Beteiligten entstehen, was dann zur Erbringung gegenseitiger Wohltaten führen könne, dies sei aber keine zwangsläufige Folge, sie allein vermag das Zustandekommen eines *beneficium* nicht: *Beneficium enim voluntas nuda non efficit …* (Seneca, de benef. 6, 10). Hierfür bedarf es vielmehr des Zusammenwirkens von *animus* und *res: Puta enim aliquem donare voluisse nec donasse: animum quidem eius habeo, sed beneficium non habeo, quod consummat et res et animus* (Seneca, de benef. 6, 11).

Ähnliches lässt sich für die von Seneca erörterte Frage feststellen, ob es überhaupt möglich sei, dass ein *servus* seinem *dominus* trotz seiner Stellung rein aus freundschaftlicher Zuneigung ein *beneficium* erbringen könne (de benef. 3, 18 ff).[50] Zur Veranschaulichung der Problematik wählt er ein weiteres, gegensätzliches Begriffspaar: *beneficium – ministerium. Beneficium* ist danach die Wohltat eines Fremden, eines Familienangehörigen oder Freundes, der wiederum auf die Erbringung eines *officium* quasi als Gegenleistung hoffen durfte.[51] Demgegenüber konzentriert sich im *ministerium* die einseitige Erfüllung von Dienstpflichten durch den Sklaven innerhalb seines Abhängigkeitsverhältnisses zu seinem Herrn.[52] Ausgehend von dieser Einteilung erscheint es fraglich, ob ein Sklave nur *ministeria* oder auch – wie ein Freund – *beneficia* leisten könne. Auch an dieser Stelle greift der Philosoph zur Erklärung der Gegenüberstellung von *beneficium* und *ministerium* erneut auf den Kontrast zwischen *voluntas* und *necessitas* zurück, der in seinen Überlegungen immer wieder im Fokus steht: *Quaedam sunt, quae leges nec iubent nec vetant facere; in iis servus materiam beneficii habet. Quam diu praestatur, quod a servo exigi solet, ministerium est; ubi plus, quam quod servo necesse est, beneficium est: ubi in adfectum amici transit, desinit vocari ministerium. … quidquid est, quod servilis officii formulam excedit, quod non ex inperio, sed ex voluntate praestatur, beneficium est, si modo tantum est, ut hoc vocari potuerit quolibet alio praestante.* Für Seneca schließen sich, wie wir hier sehen können, *ministerium* und *beneficium* nicht zwangsläufig aus, vielmehr komme es auf den Ursprung der Handlung an, ob sie im Moment der Erbringung durch die *nuda voluntas* oder durch die *necessitas* motiviert ist. Zwar ist der Sklave gegenüber seinem *dominus* verpflichtet, *ministeria* zu leisten, was dann Bestandteil der *necessitas* ist. Doch wenn er etwas erbringt, *quod servilis officii formulam excedit,* ist es von seiner *nuda voluntas* getragen und kann daher *beneficium* sein. Die Möglichkeit, sich seinen Herrn zum Dank zu verpflichten, führte Seneca auf das *ius humanum* zurück, das er gewissermaßen als Naturrecht betrachtete und es deshalb auch Sklaven als *humiles amici* zugestand.[53]

---

[46] NÖRR (Fn. 44) S. 271.
[47] NÖRR (Fn. 44) S. 272.
[48] NÖRR (Fn. 44) S. 271.
[49] NÖRR (Fn. 44) S. 274.
[50] Es handelt sich hierbei um eine Problematik, die darüber hinaus Aufschluss gibt über die generelle Einstellung Senecas zur Sklaverei in Rom.
[51] L. Annaeus Seneca, De Clementia. De beneficiis – Über die Milde. Über die Wohltaten, übersetzt, eingeleitet und mit Anmerkungen versehen von Manfred ROSENBACH, Darmstadt, 1999, S. VII.
[52] NÖRR (Fn. 44) S. 273.
[53] WALDSTEIN, Wolfgang, Rezension zu Mantello, Antonio, „Beneficium" servile – „debitum" naturale, Sen., de ben. 3.18.1 ss – D. 35.1.40.3 (Iav., 2 ex post. Lab.), I., Milano 1979, in: ZSS 98 (1981), S. 479–489, S. 487.

Kehren wir zurück zu unserer Ausgangfrage nach den sozialethischen Grundlagen des *mandatum.* Das Phänomen der antiken Freundschaft, das Seneca am extremen Beispiel der Freundschaft zwischen Herren und Sklaven illustriert hat, lässt sich auch am Wort *mandare* veranschaulichen. Etymologisch bewegt sich der Begriff zwischen Bitte und Befehl, was in gewisser Weise dem Wortfeld von *amicitia* entspricht. Freundschaftliche Beziehungen vermochten es, die verschiedenen Gesellschaftsschichten in Rom zu verbinden und einander näher zu bringen, nicht nur in horizontaler, sondern gerade auch in vertikaler Richtung. Denn die verschiedenen Dienstleistungen, die tagtäglich tausendfach erbracht wurden, galten allesamt als *beneficia.* In welcher Form und unter welchem Namen die jeweiligen Personen dabei auftraten, ob als Klienten, Freigelassene oder gar als Sklaven, ließ sich oft gar nicht ausmachen, war aber auch nicht weiter von Belang. Fakt ist, dass die gesellschaftlich Höherstehenden in ihrem Alltag genauso auf bestimmte Leistungen angewiesen waren wie die den Leistenden sozial gleichgestellten Römer. In den erstgenannten Fällen wurden die *inferiores* nach Erbringung ihrer Dienste zum einen mit dem Titel des *amicus* belohnt, der zugleich an die soziale Gleichrangigkeit appellieren sollte, zum anderen verpflichteten sich die *honestiores* ihren *amici* gegenüber zu entsprechenden *officia,* um ihnen auf diese Weise ihre Freundschaft auch in praktischer Hinsicht zu erweisen.[54]

3. Fazit

Gegenstand der Abhandlung war die Frage nach den Einwirkungen der Philosophie auf das römische Recht im Bereich des *mandatum*. Die wenigen, ausgewählten Quellen lassen erkennen, dass Paulus in seinem Kommentar zum prätorischen Edikt mit Konzepten aus der sozialethischen Diskussion arbeitete. Umgekehrt bediente sich aber auch Seneca zur Illustration seiner philosophischen Abhandlungen juristischer Begriffe. Die Verrechtlichung der *fides* zur *bona fides* führte zu einer gewissen Juridifizierung der bislang allein durch philosophische Normen bestimmten freundschaftlichen Beziehungen. Diese Entwicklung verlief aber selbstverständlich nicht immer reibungslos – häufig kam es zu Friktionen zwischen Sozialethik und Recht: die Philosophen forderten den *Mandatar* auf, *officia* als Teil der sittlichen Verpflichtungen zu erbringen; die Juristen erinnerten ihn an die rechtlichen Sanktionen, denen er sich mit der freiwilligen Übernahme eines *mandatum* ausgesetzt hatte. Soweit hier strukturelle Unterschiede zu erkennen sind, sind diese auf die fehlende Kongruenz von *mandatum* und *amicitia* zurückzuführen. Zudem dürften die angeführten Texte zeigen, dass die Juristen jener Zeit geradezu bemüht gewesen waren, eine völlige Übereinstimmung von freundschaftlichen *officia* und rechtlichen Verpflichtungen zu vermeiden. Gerade hierin zeigt sich eine generelle Tendenz zur Loslösung und rechtlichen Verselbstständigung des *mandatum* von seinem sozialen Fundament, der *amicitia* und dem *officium.*[55]

Vor diesem Hintergrund ist es letztlich dann auch zu verstehen, wenn der Auftrag im geltenden deutschen Recht in § 662 BGB als unentgeltliches Institut normiert wurde, obwohl Begriffe wie *amicitia, beneficium* und *officium* jedenfalls im rechtlichen Bereich keinerlei Rolle mehr spielten. Ob diese Lösung, die aus dem römischen Recht in das moderne europäische Privatrecht übernommen wurde, heute noch zeitgemäß ist, ist eine Frage, die hier nicht beantwortet werden kann und soll. Eine weiterführende Beschäftigung mit dieser Thematik an anderer Stelle lohnt aber allemal.

[54] Vgl. hierzu NÖRR (Fn. 31) S. 21.
[55] NÖRR (Fn. 44) S. 282.

Die Funktion von kaiserlicher Sanktion und ministerieller Gegenzeichnung in der österreichischen Gesetzgebung 1861–1918

Christoph Schmetterer[*]

Abstract

From 1861 to the end of the Austro-Hungarian monarchy two things were necessary to enact a new law: an act of parliament and the sanction by the emperor. Before a new law was published it had to be countersigned at least one minister. The emperor was not liable for his decisions; the ministers, however, were liable for their decisions as well as the emperor's. This article explores the scope of their liability for the emperor sanctioning laws – especially relating to the distribution of competencies.

Key words: *Austro-Hungarian monarchy; emperor; sanction; distribution of competencies; act of parliament.*

1. Ministerverantwortlichkeit

Mit dem Grundgesetz über die Reichsvertretung von 1861[1] wurde in Österreich erstmals tatsächlich ein konstitutionelles Gesetzgebungsverfahren eingeführt. § 12 des Gesetzes ordnete diesbezüglich an:

„Zu allen solchen Gesetzen ist die Übereinstimmung beider Häuser und die Sanction des Kaisers erforderlich."

Mit der verpflichtenden Beteiligung der Volksvertretung an der Gesetzgebung war zwar eine der zentralen Forderungen des liberalen Konstitutionalismus erfüllt, andere bleiben zunächst aber unerfüllt. Dazu zählte die rechtliche Verantwortlichkeit der Minister gegenüber der Volksvertretung und einem Staatsgerichtshof.[2] Die rechtliche Ministerverantwortlichkeit war zwar schon in der Oktroyierten Märzverfassung von 1849 enthalten gewesen,[3] doch in den Augusterlässen von 1851 war festgelegt worden, dass die Minister nur dem Kaiser verantwortlich sein sollten.[4] Die vom Kaiser (1852–1860 allein, dann mit Zustimmung des Reichsrats) erlassenen Gesetze wurden zwar von einem Minister gegengezeichnet; dieser übernahm damit aber keine Verantwortung gegenüber einer Volksvertretung (die es im Neoabsolutismus ja auch gar nicht gab.)

1861 ließ sich Kaiser Franz Joseph von seinen Ministern eine Erklärung abringen, in der diese mit Zustimmung des Kaisers eine rechtliche Verantwortung gegenüber dem Reichsrat grundsätzlich anerkannten. Diese Erklärung gab Schmerling dann am 2. Juli 1861 vor dem Abgeordnetenhaus ab:

„Indem die Minister die Heiligkeit, Unverletzlichkeit und Unverantwortlichkeit des Monarchen, dessen unbeschränktes Recht, die Räte der Krone nach eigenem Ermessen zu wählen, zu ernennen und zu entlassen, betonen und als unzweifelhaft aussprechen, daß dem Kaiser ausschließlich die vollziehende Gewalt zustehe und er sie durch die Minister oder sonstigen Räte ausüben lasse, erkennen sie sich verantwortlich bei ihrer Amtsführung für die Aufrechterhaltung der Verfassung sowie für die genaue Vollziehung der Gesetze und erklären sich

* Dr. iur., Dr. phil. Christoph Schmetterer ist Mitarbeiter der Kommission für Rechtsgeschichte an der Österreichischen Akademie der Wissenschaften, Wien, Republik Österreich.

1 RGBl. 20/1861.

2 Siehe dazu die Beispiele bei Adalbert LUCZ, Ministerverantwortlichkeit und Staatsgerichtshöfe (Wien 1893) 5, Anm. 2; Überblicke über die staatsrechtliche Literatur des 19. Jahrhunderts zur Ministerverantwortlichkeit sind enthalten bei Hans von FRISCH, Die Verantwortlichkeit der Monarchen und höchsten Magistrate (Berlin 1904) 23–28 und LUCZ, Ministerverantwortlichkeit 5–10, Zur Ministerverantwortlichkeit allgemein siehe außerdem: Maximilian HERBERGER, Ministerverantwortlichkeit, in: Adalbert ERLER, Ekkehard KAUFMANN (Hgg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. 3, (Berlin 1984) 578–582; Petra POPP, Ministerverantwortlichkeit und Ministeranklage im Spannungsfeld von Verfassungsgebung und Verfassungswirklichkeit (Münster 1996) 9–44; speziell zu Österreich: Franz HAUKE, Die Lehre von der Ministerverantwortlichkeit. Eine vergleichende Studie zum österreichischen Staatsrechte (Wien 1880) 60–68; Horst-Herbert LANG, Das Problem der Ministerverantwortlichkeit in der franzisko-josephinischen Ära aus der Sicht der österreichischen Volksvertretungen (phil. Diss., Universität Wien 1983); speziell zur Gegenzeichnung Erwin MELICHAR, Geschichte und Funktion der Gegenzeichnung, insbesondere in der österreichischen Verfassungsentwicklung, in: Nikolaus GRASS, Werner OGRIS (Hgg.) Festschrift Hans Lentze. Zum 60. Geburtstage dargebracht von Fachgenossen und Freunden (Innsbruck–München 1969); Martin PAAR, Die Gesetzgebung der österreichischen Monarchie im Spiegelbild der Normen und der staatsrechtlichen Literatur (Frankfurt am Main 2009) 201–212

3 RGBl. 150/1849, §§ 84, 91.

4 RGBl. 194/1851.

verpflichtet, die Verantwortung dafür auch gegenüber der Reichsvertretung zu übernehmen."[5]

Am 1. Mai 1862 erklärte Schmerling erneut vor dem Reichsrat, dass die Erklärung vom 2. Juli 1861 mit ausdrücklicher Zustimmung des Kaisers erfolgt sei.[6] Eine positivrechtliche Verankerung des Grundsatzes der Ministerverantwortlichkeit konnte Franz Joseph aber noch für einige Jahre hinauszögern. Erst 1867 brachte die Regierung den schon 1862 angekündigten Entwurf für ein Gesetz über die Ministerverantwortlichkeit im Reichsrat ein.[7] Der 15 Paragraphen umfassende Regierungsentwurf wurde im Verfassungsausschuss abgeändert und vor allem erheblich ergänzt,[8] sodass das vom Reichsrat beschlossene und vom Kaiser am 25. Juli 1867 sanktionierte Gesetz schließlich 31 Paragraphen umfasste.[9] Die vom Verfassungsausschuss ausgearbeiteten Ergänzungen bezogen sich dabei hauptsächlich auf das Verfahren über Ministeranklagen, präzisierten aber auch, wofür ein Minister überhaupt verantwortlich gemacht werden konnte. Erst mit dem Staatsgrundgesetz über die Ausübung der Regierungs – und Vollzugsgewalt vom 21. Dezember 1867[10] wurde das Prinzip der rechtlichen Ministerverantwortlichkeit auch verfassungsrechtlich festgeschrieben.

In den ersten fünf Paragraphen des Gesetzes über die Ministerverantwortlichkeit waren die materiellen Aspekte der Verantwortlichkeit geregelt, in den restlichen hauptsächlich das Verfahren einer Ministeranklage (Anklage durch Abgeordnetenhaus oder Herrenhaus, Entscheidung durch einen eigenen Staatsgerichtshof), das nicht Gegenstand dieses Beitrags ist.

§ 1 des Gesetzes stellte zunächst fest:

„Jeder Regierungsact des Kaisers bedarf zu seiner Giltigkeit der Gegenzeichnung eines verantwortlichen Ministers."

Damit ist der für den Konstitutionalismus so typische Zusammenhang zwischen der Unverantwortlichkeit des Kaisers und der Ministerverantwortlichkeit angedeutet – freilich ohne die Unverantwortlichkeit des Monarchen ausdrücklich zu erwähnen. Diese war aber ab Dezember 1867 in Art. 1 des Staatsgrundgesetzes über die Ausübung der Regierungs – und Vollzugsgewalt auch *expressis verbis* festgehalten.[11]

§ 2 des Gesetzes über die Ministerverantwortlichkeit enthielt dann die entscheidenden Regelungen, auf welche Handlungen sich die rechtliche Ministerverantwortlichkeit bezog:

„Die Mitglieder des Ministerrathes können vom Reichsrathe zur Verantwortung gezogen werden für alle innerhalb ihres amtlichen Wirkungskreises denselben zur Last fallenden Handlungen und Unterlassungen, wodurch sie vorsätzlich oder grober Fahrlässigkeit die Verfassung der im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder, die Landesordnung eines derselben oder ein anderes Gesetz verletzen."

Der „Tatbestand" war also jegliche Verletzung von Reichsverfassung, Landesverfassungen und sonstigen Gesetzen, eingeschränkt dadurch, dass die Verletzung im amtlichen Wirkungsbereich des Ministers geschehen war. Damit war die Verantwortlichkeit gegenüber dem Regierungsentwurf entscheidend erweitert worden, da im § 2 des Entwurfs nur Verletzungen der Verfassung genannt waren.

Weiters normierte § 2 des Gesetzes über die Ministerverantwortlichkeit, dass Verfassungs-und Gesetzesverletzungen sowohl durch aktives Tun als auch durch Unterlassen geschehen konnten. Auch dies war im Regierungsentwurf nicht ausdrücklich geregelt gewesen.

Schließlich regelte § 2 noch die Frage der Schuld, indem er festlegte, dass sowohl vorsätzliches als auch grob fahrlässiges Verhalten eines Ministers dessen Verantwortlichkeit begründen konnte.[12] Das stellte wiederum eine Erweiterung gegenüber dem Regierungsentwurf dar, der eine Beschränkung der Verantwortlichkeit auf vorsätzliches Verhalten vorgesehen hatte.

§ 3 des Gesetzes über die Ministerverantwortlichkeit präzisierte in lit. a und b, welches Verhalten eines Ministers innerhalb von dessen Amtsbereich gesetzt wurde.[13]

„Diese Verantwortlichkeit umfaßt insbesondere:

a) alle in die Zeit ihrer Amtsführung fallenden Acte der obersten Regierungsgewalt, und zwar vorzüglich die auf ihren Antrag erlassenen oder von ihnen gegengezeichneten oder ohne Gegenzeichnung eines Ministers vollzogenen kaiserlichen Anordnungen;
b) ihre eigenen innerhalb ihres amtlichen Geschäftskreises erlassenen Weisungen oder Befehle;
c) die absichtliche Unterstützung gröblicher Pflichtverletzung (§ 2) eines andern Ministers."

Lit. a definierte für welche Regierungsakte des Kaisers (als oberster Regierungsgewalt) ein Minister verantwortlich gemacht

---

5 Helmut RUMPLER, Monarchisches Prinzip und Ministerverantwortlichkeit in Österreich und Preußen 1848–1867, in: Bericht über den elften österreichischen Historikertag in Innsbruck (Wien 1972) 68–76, hier 72; Stefan MALFÈR (Bearb.), Die Protokolle des österreichischen Ministerrates 1848–1867, Abt. V: Die Ministerien Erzherzog Rainer und Mensdorff,, Bd. 2 (Wien 1981) 160 Anm. 11.

6 Stefan MALFÈR (Bearb.), Die Protokolle des österreichischen Ministerrates 1848–1867, Abt. V: Die Ministerien Erzherzog Rainer und Mensdorff, Bd. 3 (Wien 1985) Nr. 226 und 226b.

7 Der Entwurf ist abgedruckt in: Die neue Gesetzgebung Österreichs. Erläutert aus den Reichsraths-Verhandlungen, Bd. 1: Die Verfassungsgesetze und die Gesetze über den finanziellen Ausgleich mit Ungarn (Wien 1868) 62–63.

8 Zum genauen Ablauf siehe Barbara Haider, Die Protokolle des Verfassungsausschusses des Reichsrats vom Jahre 1867 (Wien 1997) 99–103.

9 RGBl. 101/1867.

10 RGBl. 145/1867.

11 Zur Unverantwortlichkeit des Kaisers siehe Christoph Schmetterer, Geheiligt, unverletzlich und unverantwortlich. Die persönliche Rechtsstellung des Kaisers von Österreich im Konstitutionalismus, in: Journal on European History of Law 1/Nr. 2 (2010) 2–8.

12 Das Gesetz definierte grobe Fahrlässigkeit nicht und verwies diesbezüglich auch nicht auf ein anderes Gesetz. Es erscheint naheliegend, die grobe Fahrlässigkeit mit der „auffallenden Sorglosigkeit" im Sinne der §§ 1324 und 1331 ABGB gleichzusetzen.

13 HAUKE, Ministerverantwortlichkeit 91–92, meinte, dass dieser § 3 juristisch sinnlos sei, da in § 2 ohnehin schon festgelegt sei, dass die Verantwortlichkeit für alle Gesetzesverletzungen bestehe. Meines Erachtens unterlag Hauke hier einem Missverständnis. § 3 präzisierte nicht, welche Gesetzesverletzungen die Verantwortlichkeit begründeten – das wäre in der Tat überflüssig gewesen, sondern definierte den amtlichen Wirkungsbereich. Im Regierungsentwurf war eine derartige Definition noch nicht enthalten.

werden konnte. An dieser Aufzählung ist interessant, dass jene Regierungsakte des Kaisers, die der Minister gegengezeichnet hatte, nur einer von insgesamt drei Fällen waren.

Außerdem war ein Minister für jene Regierungsakte des Kaisers verantwortlich, die dieser auf Antrag des Ministers erlassen hatte – und zwar offenbar unabhängig davon, ob der Minister diesen Regierungsakt dann auch gegengezeichnet hatte. Denkbar war hier etwa der Fall, dass ein Regierungsakt des Kaisers von einem Minister beantragt und dann nach einem Ministerwechsel von einem anderen Minister gegengezeichnet wurde. In diesem Fall wären wohl beide Minister für den Regierungsakt verantwortlich gewesen.

Schließlich bestand die Ministerverantwortlichkeit auch noch für Regierungsakte, die ein Minister vollzog, obwohl die gar nicht gegengezeichnet waren. Der offensichtliche Sinn dieser Bestimmung war es, Umgehungen zu verhindern, sonst hätte die Ministerverantwortlichkeit leicht dadurch umgangen werden können, dass ein Minister einen kaiserlichen Regierungsakt einfach nicht gegenzeichnete, dann aber trotzdem vollzog. Die Frage, ob diese Bestimmung auch für solche Bereiche gelten sollte, für die eine Gegenzeichnung überhaupt nicht vorgesehen war (also kaiserliche Prärogative[14]) wurde im Gesetzgebungsprozess offenbar nicht diskutiert.[15]

Lit. b normierte zusätzlich zur Verantwortlichkeit der Minister für Regierungsakte des Kaisers noch deren Verantwortlichkeit für ihre eigenen Weisungen und Anordnungen.

Der Einleitungssatz des § 3 des Gesetzes über die die Ministerverantwortlichkeit impliziert, dass die Aufzählung von Handlungen im Wirkungskreis des Ministers lediglich eine demonstrative ist. Freilich sind durch die lit. a und b genannten Punkte wohl alle relevanten Bereiche abgedeckt. In der zeitgenössischen Literatur wurde durchaus diskutiert, was ein Regierungsakt des Kaisers genau ist; hingegen wurde nicht erörtert, ob die Aufzählung des § 3 noch durch weitere Punkte zu erweitern sei.[16]

Anders als lit. a und lit. b präzisiert lit. c des § 3 des Gesetzes über die Ministerverantwortlichkeit nicht den Begriff des amtlichen Wirkungskreises, sondern erweitert die Ministerverantwortlichkeit darüber hinaus. Ein Minister war nämlich nicht nur für Verfassungs-und Gesetzesverletzungen in seinem eigenen Wirkungsbereich verantwortlich, sondern auch, wenn er einen anderen Minister bei Verfassungs-oder Gesetzesverletzungen in dessen Wirkungsbereich unterstützte. Die Verantwortlichkeit bestand also auch für „Beihilfe". Sowohl der unmittelbare Täter als auch der „Beihelfer" konnten grundsätzlich nur Minister sein.

Allerdings erweiterte § 4 des Gesetzes über die Ministerverantwortlichkeit personell auf Beamte, die mit der selbständigen Leitung eines Ministeriums betraut waren, also gewissermaßen „de-facto-Minister".

§ 5 des Gesetzes über die Ministerverantwortlichkeit beschäftigte sich schließlich mit der Abgrenzung von Ministeranklage und ordentlicher Gerichtsbarkeit:

„Die Verfolgung wegen der im allgemeinen Strafgesetzbuche verpönten Handlungen oder Unterlassungen, welche einem Minister zur Schuld fallen, steht in der Regel den ordentlichen Gerichten zu (§ 8.)"

Dieser Paragraph war zwar als Zuständigkeitsregel formuliert; daneben war er aber auch materiell von grundlegender Bedeutung, indem er den Tatbestand der Ministerverantwortlichkeit auf Verfassungs-und Gesetzesverletzungen einschränkte, die nicht schon nach dem StG pönalisiert waren.

Diese grundsätzliche Regelung des § 5 wurde aber durch den ersten Absatz des § 8 richtiggehend umgedreht:

„Jedes der beiden Häuser des Reichsrathes kann auch strafbare Handlungen der Minister, welche unter das allgemeine Strafgesetz fallen, soweit dieselben mit den öffentlichen Functionen des Ministers in Verbindung stehen, zum Gegenstande der Anklage machen."

Dieser Paragraph normierte, dass doch auch allgemein strafbare Handlungen eines Ministers Gegenstand einer Ministeranklage sein konnten, wenn sie mit den öffentlichen Funktionen in Verbindung standen. Diese Form der Regelung ist unnötig kompliziert. In § 2 wurde eine allgemein Regelung aufgestellt (alle Verfassungs- und Gesetzesverletzungen, wenn sie im amtlichen Wirkungskreis geschehen), von der in § 5 eine Ausnahme gemacht wurde (allgemein strafbare Handlungen). Zu dieser Ausnahme enthielt § 8 aber wieder eine Gegenausnahme (allgemein strafbare Handlungen, wenn ein Zusammenhang mit dem Amt besteht). Diese Aneinanderreihung von Regel, Ausnahme und Gegenausnahme hat keinen Sinn, da § 5 und § 8 zusammen nur das bestätigen, was in § 2 ohnehin schon normiert ist. Verletzungen des allgemeinen Strafgesetzes sind vom Text des § 2 von vornherein nur insoweit erfasst, als ein Zusammenhang

[14] Zu den Prärogativen des Kaisers siehe Friedrich TEZNER, Der Kaiser (Wien 1909) 11–25.

[15] Tatsächlich stellte sich diese Frage bei der Ausarbeitung des cisleithanischen Gesetzes über die Ministerverantwortlichkeit wohl aus verschiedenen Gründen nicht: Vom wichtigsten Bereich, in dem der Kaiser Anordnungen ohne Gegenzeichnung traf, dem militärischen Oberbefehl, war auch schon Mitte 1867 klar, dass dies eine gemeinsame Angelegenheit sein würde, auf die daher das cisleithanische Gesetz nicht anwendbar sein würde. (Zu den gemeinsamen Angelegenheiten, insbesondere der gemeinsamen Armee siehe: Karin OLECHOWSKI-HRDLICKA, Die gemeinsamen Angelegenheiten der Österreichisch-Ungarischen Monarchie (Frankfurt am Main 2001) 239–290); in den anderen Bereichen, in denen der Kaiser Anordnungen ohne Gegenzeichnung traf (Ordensverleihungen, Gnadenakte etc.), war dies jedenfalls nicht im positiven Recht normiert; vielmehr entwickelte sich in diesen Bereichen einfach die Praxis nach Verabschiedung des Gesetzes über die Ministerverantwortlichkeit entsprechend (dazu FRISCH, Verantwortlichkeit 335–371; MELICHAR, Gegenzeichnung 404–406). Dass Anordnungen des Kaisers im Rahmen des militärischen Oberbefehls keiner Gegenzeichnung bedurften, wurde aus § 5 1. Satz des Delegationsgesetzes abgeleitet (RGBl. 146/1867). Im Bereich der Militärverwaltung galten hingegen die allgemeinen Regelungen über die Gegenzeichnung und Verantwortlichkeit (dazu: Ferdinand SCHMID, Allerhöchster Oberbefehl, in: Ernst MISCHLER, Josef ULBRICH (Hgg.), Österreichisches Staatswörterbuch, Bd. 3 (Wien 1907) 730–731); eine trennscharfe Abgrenzung von militärischem Oberbefehl und Militärverwaltung war aber nur schwer möglich (dazu: Friedrich MARSCHALL VON BIEBERSTEIN, Verantwortlichkeit und Gegenzeichnungen bei Anordnungen des Obersten Kriegsherrn. Studie zum deutschen Staatsrecht (Berlin 1911)). In Österreich-Ungarn waren die beiden Landesverteidigungsministerien im Gegensatz zum gemeinsamen Kriegsministerium nur mit der Militärverwaltung befasst.

[16] Siehe dazu den vierten Teil dieses Beitrags.

zum amtlichen Wirkungsbereich besteht, da ja auch das Strafgesetz ein Gesetz im Sinne des § 2 war.

Seine Praxistauglichkeit musste das Gesetz über die Ministerverantwortlichkeit übrigens nie unter Beweis stellen. Bis zum Ende der Monarchie kam es zu keiner einzigen Ministeranklage.

2. Sanktion

Nach dem Gesetzeswortlaut kamen Reichsgesetze durch Reichsratsbeschluss und Sanktion des Kaisers und Landesgesetze durch Landtagsbeschluss und Sanktion des Kaisers zustande. Die bis 1918 herrschende österreichische Lehre gewichtete die beiden Faktoren Volksvertretung und Monarch in der Gesetzgebung allerdings unterschiedlich. Nach dieser vom deutschen Staatsrechtler Laband entwickelten Lehre legte das Parlament mit seinem Beschluss den Inhalt eines Gesetzes fest. Der Monarch erhebe diesen Inhalt durch seine Sanktion zum Gesetz und er allein sei es, der den Gesetzesbefehl erteile. Erst der Monarch und nur er mache den vom Parlament beschlossenen Inhalt verbindlich. Der Parlamentsbeschluss sei – so Laband – nur an den Monarchen gerichtet. Erst der Gesetzesbefehl des Monarchen richte sich an die Rechtsunterworfenen. Daraus leitete Laband ab, dass der Monarch der alleinige Gesetzgeber sei.[17]

Diese Lehre Labands wurde von der österreichischen Staatsrechtswissenschaft praktische einhellig übernommen und blieb bis 1918 herrschend.[18] Nur zwei österreichische Autoren (Lukas[19] und Kelsen[20]) vertraten eine abweichende Ansicht, womit sie aber auf wenig Resonanz stießen.

Nach dem Grundgesetz über die Reichsvertretung und den Landesordnungen war der Kaiser in seiner Entscheidung, ob er einen Gesetzesbeschluss des Reichsrats oder eines Landtags sanktionieren wollte, frei. Er war dabei auch an keinerlei Frist gebunden.[21]

Im System des Februarpatents und der Dezemberverfassung kam der Sanktion des Kaisers eine besondere Bedeutung für die Kompetenzverteilung zwischen Reichs- und Landesgesetzgebung zu. Das (nachmalige) Cisleithanien war kein Bundesstaat, sondern ein dezentralisierter Einheitsstaat; die Länder waren keine Gliedstaaten, sondern „Selbstverwaltungskörper höherer Ordnung".[22] Das zeigte sich nicht zuletzt daran, dass der Gesetzgeber nach zeitgenössischer Auffassung im Reich und den Ländern derselbe war, nämlich der Kaiser – nur die zustimmungsbefugten Volksvertretung war eine andere, nämlich der Reichsrat im einen und die Landtage im anderen Fall.

Aus dieser Konstruktion ergab sich eine besondere Eigenheit der Kompetenzverteilung nämlich die Gleichrangigkeit von Reichs- und Landesgesetzen. Anders als in den meisten Bundesstaaten waren die Reichsgesetze den Landesgesetzen nicht übergeordnet und derogierten ihnen nicht. Die zeitgenössische Lehre begründete das mit der Einheitlichkeit des kaiserlichen Willens. Weil der Kaiser der Gesetzgeber sowohl von Reichs- als auch von Landesgesetzen war, meinte man, dass die eine Äußerung des kaiserlichen Willens der anderen nicht grundsätzlich übergeordnet sein konnte.[23]

Wie Jellinek richtig feststellte, führte das paradoxerweise dazu, dass die Landesgesetze im dezentralisierten Einheitsstaat Österreich „stärker" waren als in echten Bundesstaaten, weil ihnen die Gesetze des Zentralstaats hier nicht derogieren konnten, was dort in aller Regel möglich ist.[24]

Die Gleichrangigkeit von Reichs- und Landesgesetzen führte allerdings zu Problemen wenn sowohl der Reichsrat als auch ein Landtag in einer bestimmten Angelegenheit die Gesetzgebungskompetenz in Anspruch nahmen. Die Frage, ob eine bestimmte Sache in der Gesetzgebung Reichs- oder Landessache war, konnte sich in drei verschiedenen Phasen stellen:

1) noch bevor ein Parlament einen Gesetzesbeschluss gefasst hatte;
2) nach einem entsprechenden Beschluss, aber noch vor der Sanktion des Kaisers und
3) nach Beendigung des Gesetzgebungsverfahrens

Für die dritte Phase war in Art. 7 des Staatsgrundgesetzes über die richterliche Gewalt festgelegt, dass ordnungsgemäß kundgemachte Gesetze von den Gerichten nicht mehr geprüft werden durften. Damit wurde dem amerikanischen System der Verfassungsgerichtsbarkeit eine Absage erteilt. Lehre und Praxis lösten Konflikte zwischen Reichs- und Landesgesetzes über denselben Gegenstand daher einfach nach dem Grundsatz *lex posterior derogat legi priori*.[25]

Für die erste Phase war in § 11 letzter Absatz des Grundgesetzes über die Reichsvertretung von 1861 ausdrücklich festgelegt:

„Bei vorkommenden Zweifeln rücksichtlich der Competenz des engeren Reichsrathes in gemeinsamen Gesetzgebungsange-

[17] Paul LABAND, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 1 (Freiburg im Breisgau–Leipzig ³1895) 490–492.

[18] Dazu PAAR, Gesetzgebung 159–173, Christoph SCHMETTERER, Der Kaiser von Österreich als (alleiniger?) Gesetzgeber, in: BRGÖ 2 (2012) (in Druck).

[19] Josef LUKAS, Die rechtliche Stellung des Parlaments in der Gesetzgebung Österreichs und der constitutionellen Monarchien des Deutschen Reiches. Eine Kritik der herrschenden Lehre (Graz 1901).

[20] Hans KELSEN, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz (Tübingen 1911) 413–417.

[21] Beides war im Kremsierer Entwurf von 1849 anders vorgesehen gewesen. Der § 87 des Entwurfs sah vor, dass der Kaiser innerhalb der Session, in welcher der Reichstag einen Gesetzesbeschluss gefasst hatte, entscheiden musste, ob er diesen sanktionieren wollte oder nicht. Nach § 88 des Entwurfs hätte der Kaiser einem Gesetzesbeschluss die Sanktion nicht mehr verweigern können, wenn der Reichstag diesen Beschluss nach zweimaliger Verweigerung der Sanktion ein drittes Mal gefasst hatte. Diese Bestimmung war einer der Gründe, aus denen der Kaiser den Entwurf ablehnte und in weiterer Folge den Kremsierer Reichstag auflöste. Dazu Edmund BERNATZIK (Hg.), Die österreichischen Verfassungsgesetze mit Erläuterungen (Wien ˛1914) 115; die Auflösung erfolgte durch kaiserliches Manifest vom 4. 3. 1849, RGBl. 149/1849.

[22] Dazu treffend Thomas SIMON, Die Föderalisierung des Kaisertums Österreich nach 1860 und der Gedanke der Selbstverwaltung' in Helmut NEUHAUS (Hg.), Selbstverwaltung in der Geschichte Europas in Mittelalter und Neuzeit (Berlin 2009) 257–283.

[23] Ewald WIEDERIN, Bundesrecht und Landesrecht (Wien–New York 1995) 65–66.

[24] Georg JELLINEK, Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich (Wien 1885) 31–32.

[25] WIEDERIN, Bundesrecht und Landesrecht 64; diese Lösung wurde von Hans Kelsen, Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung, in: Archiv für öffentliches Recht 32 (1914) 202–245, 390–425. mit fundierter dogmatischer Begründung heftig kritisiert.

legenheiten gegenüber der Competenz eines einzelnen, im engeren Reichsrathe vertretenen Landtages, entscheidet auf Antrag des engeren Reichsrathes der Kaiser."

Diese Bestimmung gab nicht an, zu welchem Zeitpunkt der Reichsrat eine Kompetenzentscheidung des Kaisers einholen konnte. Nach dem Wortlaut wären alle drei Stadien möglich. Aus einer systematischen Betrachtung ergibt sich aber, dass nur der erste Zeitpunkt gemeint sein konnte.

Hätte der Kaiser nach der Sanktion und Publikation eines Gesetzes dessen Kompetenzwidrigkeit feststellen können, hätte diese Feststellung eine Konsequenz haben müssen wie die Nicht-Anwendbarkeit oder die Aufhebung des betroffenen Gesetzes. Im Grundgesetz über die Reichsvertretung waren aber keine derartigen Konsequenzen normiert. Damit ist es ausgeschlossen, dass der Kaiser nach der Kundmachung von Gesetzen prüfen sollte, ob diese der Kompetenzverteilung entsprachen.

Die Möglichkeit Gesetze zwischen Reichsratsbeschluss und Sanktion auf die Einhaltung der Kompetenzverteilung hin zu prüfen, hatte der Kaiser ohnehin im Rahmen seiner Entscheidung, ein Gesetz zu sanktionieren oder nicht. Die Bestimmung des § 11 letzter Absatz des Grundgesetzes über die Reichsvertretung hätte keinen eigenständigen Sinn gehabt, hätte sie sich auf diesen Zeitpunkt bezogen.

Somit konnte sich § 11 letzter Absatz des Staatsgrundgesetzes über die Reichsvertretung sinnvoller Weise nur auf den Zeitraum beziehen, noch bevor der Reichsrat einen Gesetzesbeschluss gefasst hatte. Dieses Ergebnis wird durch eine weitere Überlegung bestätigt. Die Antragsberechtigung für eine Kompetenzentscheidung des Kaisers lag (nur) beim Reichsrat. Es erscheint sinnvoll, dass der Reichsrat in Zweifelsfällen im Vorhinein beim Kaiser anfragte, wie dieser (letztgültig) die Kompetenzsituation beurteilte – auch, um sich die Nicht-Sanktion eines Gesetzesbeschlusses zu ersparen. Hingegen wäre es unlogisch gewesen, dass ausgerechnet und nur der Reichsrat die Möglichkeit gehabt hätte, eine mögliche Kompetenzwidrigkeit seines eigenen Gesetzbeschlusses aufzugreifen.[26]

Für die Landtage war in den Landesordnungen keine vergleichbare Möglichkeit vorgesehen. In der Praxis dürfte es nie zu einer Kompetenzentscheidung des Kaisers auf Anfrage des Reichsrats gekommen sein – nicht zuletzt, weil der letzte Absatz des § 11 schon bei der Novellierung des Grundgesetzes über die Reichsvertretung 1867 gestrichen wurde. Begründet wurde das unter anderem damit, dass der Kaiser nicht in Streitigkeiten zwischen Reichsrat und Landtagen hineingezogen werden sollte.[27]

Somit bestand nach 1867 weder eine Möglichkeit, die Kompetenzmäßigkeit von Gesetzen im Vorhinein zu überprüfen, noch eine Möglichkeit, kompetenzwidrige Gesetze im Nachhinein anzufechten oder aufzuheben.

Nur während des Gesetzgebungsverfahrens konnte der Kaiser prüfen, ob ein Gesetzesbeschluss des Reichsrats oder eines Landtags der Kompetenzverteilung entsprach oder nicht, und die Entscheidung über die Sanktion davon abhängig machen. Allerdings war der Kaiser nicht verpflichtet, die Kompetenzmäßigkeit von Gesetzesbeschlüssen zu prüfen oder aufzugreifen. Das wäre mit seiner Unverantwortlichkeit unvereinbar gewesen.[28]

3. Gegenzeichnung

Hingegen stellte sich sehr wohl die Frage, ob die Minister verpflichtet waren, die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzesbeschlusses zu prüfen, wenn sie dem Kaiser empfahlen, den Beschluss zu sanktionieren oder nicht, oder ein vom Kaiser sanktioniertes Gesetz dann bestätigten.

Um diese Frage beantworten zu können, muss zunächst geklärt werden, ob die Gegenzeichnung der Sanktion von Gesetzen überhaupt vom Tatbestand der Ministerverantwortlichkeit erfasst war, so wie dieser im Gesetz über die Ministerverantwortlichkeit war.

Von der Mehrheit der zeitgenössischen Staatsrechtler wurde das mit ziemlicher Selbstverständlichkeit bejaht. Jellinek etwa meinte:

„Die Minister haften für die Verfassungsmäßigkeit aller Regierungsacte, also auch für die Verfassungsmässigkeit der publicierten, von ihnen contrasignierten Gesetze."[29]

Nur Kelsen kam zu dem Ergebnis, dass ein Minister für die Verfassungskonformität von Gesetzen, deren Sanktion er gegengezeichnet hatte, nicht nach dem Gesetz über die Ministerverantwortlichkeit verantwortlich gemacht werden konnte. Kelsens Überlegung war, dass ein Minister nur für „Regierungsakte" des Kaisers die Verantwortung übernahm. Er ging dabei grundsätzlich von einem engen Begriff von Regierungsakten aus, nach dem Regierungsakte nur Handlungen des Kaisers in der Exekutive sein konnten.[30]

Die kaiserliche Sanktion von Gesetzen sei aber ein Akt der Gesetzgebung, und nach dieser engen Auffassung eben kein Regierungsakt, für den ein Minister durch Gegenzeichnung die Verantwortung übernahm. Die Kundmachung von Gesetzen, die ebenfalls durch den Kaiser erfolgte, sei hingegen auch nach dieser strikten Auffassung eine Angelegenheit der Exekutive. Daher könne ein Minister für die Kundmachung eines Gesetzes sehr wohl durch Gegenzeichnung die Verantwortung übernehmen. Kelsen sah diese Überlegungen durch den Wortlaut des Art. 10 des Staatsgrundgesetzes über die Ausübung der Regierungs- und Vollzugsgewalt bestätigt.[31]

„Die Kundmachung der Gesetze erfolgt im Namen des Kaisers mit Berufung auf die Zustimmung der verfassungsmäßigen Vertretungskörper und unter Mitfertigung eines verantwortlichen Ministers."

---

[26] JELLINEK, Verfassungsgerichtshof 33.

[27] Neue Gesetzgebung 288; WIEDERIN, Bundesrecht und Landesrecht 61–63.

[28] PAAR, Gesetzgebung 179–182; KELSEN, Reichsgesetz und Landesgesetz 426; etwas differenzierter WEYR, Rahmengesetze 36–37, der meint, dass eine Rechtspflicht des Kaisers durchaus bestehen mag; diese sei aufgrund der Unverantwortlichkeit des Monarchen aber keinesfalls durchsetzbar.

[29] JELLINEK, Verfassungsgerichtshof 34.

[30] KELSEN, Reichsgesetz und Landesgesetz 427–428

[31] Ebd.

Diese Bestimmung bezieht sich tatsächlich nur auf die Kundmachung der Gesetze und nur in diesem Zusammenhang wird die Gegenzeichnung (hier Mitfertigung genannt) erwähnt. § 13 des Grundgesetzes über die Reichsvertretung, der unter anderem die Sanktion durch den Kaiser regelt, erwähnt hingegen keinerlei Gegenzeichnung. Daher kam Kelsen zu dem Ergebnis, dass der gegenzeichnende Minister nicht für die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes, sondern bloß für dessen ordnungsgemäße Kundmachung verantwortlich war.

Dieses Ergebnis sah er durch Art. 7 des Staatsgrundgesetzes über die richterliche Gewalt bestätigt, nach dem Gerichte ordnungsgemäß kundgemachte Gesetze nicht prüfen konnten; sie konnten hingegen prüfen, ob überhaupt ein ordnungsgemäß kundgemachtes Gesetz vorlag. Für Kelsen war diese Bestimmung auch auf den Staatsgerichthof und damit auf die Ministerverantwortlichkeit anwendbar. Er meinte, dass auch der Staatsgerichtshof nur die ordnungsgemäße Kundmachung eines Gesetzes prüfen könne und einen Minister auch nur deshalb verurteilen könne. Da der Staatsgerichtshof die Verfassungsmäßigkeit der Gesetze aber nicht prüfen könne, seien die Minister dafür aber nicht verantwortlich.[32]

Kelsen gestand allerdings zu, dass der Begriff Regierungsakt nicht unbedingt nur auf Akte der Exekutive beschränkt werden müsse, sondern auch in einem weiteren Sinn verstanden werden können. Er meinte dazu: „In diesem Fall haftet der Minister [...] auch, dafür daß neben dem kaiserlichen Publikationsauftrag auch ein kaiserliche Sanktionsakt erfolgte [...], dafür daß nichts als Gesetz publiziert wird, was nicht ein sanktionierter Parlamentsbeschluß ist [...]. Das, aber auch nicht mehr, kann aus dem Begriff der Sanktion für die Haftung des Ministers geschlossen werden, der durch seine Kontrasignatur die Verantwortung für die kaiserliche Sanktion übernimmt. Für die Beschaffenheit des sanktionierten Beschlusses selbst übernimmt der Minister [...] keine Verantwortung."[33]

Kelsen kam also zu dem Ergebnis, dass ein Minister keinesfalls für den Inhalt eines Gesetzes verantwortlich gemacht werden konnte. Er begründete das einerseits damit, dass es für den Sanktionsakt des Kaisers keinerlei verfassungsrechtliche Vorschriften gebe, weshalb ein Minister auch nicht für den Verstoß gegen diesbezügliche Vorschriften verantwortlich gemacht werden könne. Andererseits meinte Kelsen, dass eine Verantwortung des Ministers für den Inhalt eines Gesetzes dazu führe, dass der Minister für Akte des Parlaments verantwortlich wird.[34] Eine derartige Verantwortlichkeit sei aber in der österreichischen Verfassung nicht vorgesehen.[35]

In ähnlich ausführlicher Weise setzte sich neben Kelsen nur Weyr mit dieser Frage auseinander – und kam dabei zu einem grundlegend anderen Ergebnis. Er begann seine Überlegungen mit der Feststellung, dass ein Minister jedenfalls die Verfassung verletze, wenn er ein kompetenzwidriges Gesetz zur Sanktion empfahl oder dessen Sanktion dann gegenzeichnete. Das bedeute aber noch nicht notwendigerweise, dass der Minister dafür auch nach dem Gesetz über die Ministerverantwortlichkeit angeklagt werden konnte. Das hänge davon ab, ob der Ausdruck „Regierungsakt" in § 1 dieses Gesetzes nur Akte der Exekutive oder doch auch solche der Gesetzgebung umfassen könne.

Weyr war ein Anhänger der zweiten, weiteren Auffassung, nach der auch die Sanktion ein Regierungsakt war. Er begründete das mit dem Wortlaut des § 3 Z. 1 des Gesetzes über die Ministerverantwortlichkeit, der von „kaiserlichen Anordnungen" sprach. Weyr meinte nun, dass auch die kaiserliche Sanktion von Gesetzen eine kaiserliche Anordnung sei – dies insbesondere auch im Hinblick auf die Promulgationsformel, welche in der Regel lautete: „mit Zustimmung beider Häuser des Reichsrats finde ich anzuordnen wie folgt" und den Gesetzen damit tatsächlich den Charakter einer kaiserlichen Anordnung gab. Die Promulgationsformel war freilich insofern ein etwas schwaches Argument, als sie zwar ständige Praxis, aber nicht gesetzlich fixiert war. [36]

Weyr meinte, dass die Gegenzeichnung drei potentielle Funktionen haben könne:

„1. nichts mehr als die Bescheinigung, daß der Minister von dem Akte der Sanktion Kenntnis genommen hat,

2. die Bescheinigung, daß bei der Entstehung des Gesetzes die vorgeschriebene Form gewahrt wurde und daß die Beschlüsse der gesetzgebenden Körperschaften richtig in den publizierten Gesetzestext aufgenommen worden sind, endlich

3. die Erklärung, daß der Minister das Gesetz materiell in Ordnung findet, mit anderen Worten, daß er mit dem Inhalte desselben einverstanden ist."[37]

Die erste Variante schließt Weyr aus, weil sie gar keine Verantwortlichkeit des Ministers für die Sanktion begründen würde.[38] Daher blieben nur noch die zweite und dritte Möglichkeit. Weyr meinte, dass die zweite Variante dem allerhöchsten Kabinettsschreiben vom 20. August 1851 (einem der Augusterlässe) entspräche, das im zweiten Absatz von Punkt 4 festgelegt hatte.

„ Diese Gegenzeichnung hat die Bedeutung der Gewährleistung, daß die bestimmten Formen beobachtet und die kaiserlichen Beschlüsse genau und richtig aufgenommen sind." [39]

---

[32] Ebd. 430–431.

[33] Ebd. 428–429.

[34] In diesem Zusammenhang wird deutlich, dass Kelsen die herrschende Lehre vom Kaiser als alleinigem Gesetzgeber ablehnte; vor dem Hintergrund seiner Auffassung, dass Monarch und Parlamente gleichberechtigte und gleich zu gewichtende Faktoren in der Gesetzgebung seien, ist hingegen klar, dass eine Verantwortlichkeit des Ministers für den Gesetzesinhalt eine Verantwortlichkeit für einen Akt des Parlaments bedeutet hätte, weil das Parlament eben (Mit-)Gesetzgeber war.

[35] KELSEN, Reichsgesetz und Landesgesetz 426–435.

[36] Zur Promulgationsformel siehe: SCHMETTERER, Kaiser als Gesetzgeber.

[37] WEYR, Rahmengesetze 39.

[38] Er schreibt in diesem Zusammenhang: „Wäre diese Auslegung (sub 1) richtig, dann hätte übrigens Art. 10 des Staatsgrundgesetzes über die Regierungs- und Vollzugsgewalt die Unterschrift sämtlicher und nicht nur eines Ministers verlangt", begründet diese Überlegung aber überhaupt nicht, sodass unklar bleiben muss, was er damit gemeint hat (WEYR, Rahmengesetze 39).

[39] RGBl. 194/1851.

Er führt aber weiter aus, dass dieses Kabinettsschreiben für die konstitutionelle Ministerverantwortlichkeit nicht maßgeblich sein könne, da es „für die absolutistische Regierungsform berechnet“ sei. Tatsächlich hatte gerade dieses Kabinettschreiben einen ersten Schritt in Richtung Neoabsolutismus bedeutet und die (damals theoretisch bestehende) Ministerverantwortlichkeit gegenüber der Volksvertretung beendet. In seiner Stellungnahme von 1862, in der er im Namen des Kaisers das Prinzip der Ministerverantwortlichkeit gegenüber dem Reichsrat grundsätzlich (wieder) anerkannt hatte, hatte Schmerling auch ausdrücklich erklärt, dass das Kabinettschreiben von 1851 daher nicht mehr anwendbar sei.[40]

Somit blieb für Weyr nur mehr die dritte Möglichkeit, die er als materielle Prüfung der Gesetze bezeichnete:

„Der einzig mögliche Fall eines materiell fehlerhaften Gesetzes ist aber der, daß es von einer hiezu inkompetenten gesetzgebenden Körperschaft beschlossen wurde. Nur darauf kann sich die juristische Verantwortlichkeit des Ministeriums beziehen.“[41]

In diesem Zusammenhang wird deutlich, dass unter materieller Prüfung in der Monarchie etwas Anderes verstanden wurde als heute, nämlich ausschließlich die Prüfung der Kompetenzmäßigkeit. Der heutige Begriff eines materiell verfassungswidrigen Gesetzes, also eines einfachen Gesetzes, das inhaltlich nicht mit Verfassungsbestimmungen vereinbar ist, existierte in der Monarchie noch nicht. Da liegt daran, dass die zeitgenössische Staatsrechtswissenschaft noch keine Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung entwickelt hatte. Die damalige Lehre fasste die Frage, ob eine bestimmte Norm als Verfassungs- oder als einfaches Gesetz zu erlassen sei, nämlich als einen Kompetenzkonflikt zwischen Verfassungsgesetzgeber und einfachem Gesetzgeber auf (wobei beides freilich der Reichsrat war, wenn auch mit unterschiedlichen Quoren).[42]

Auch wenn Weyr zu dem grundsätzlichen Ergebnis kam, dass Minister für die Kompetenzmäßigkeit eines von ihnen gegengezeichneten Gesetzes verantwortlich waren, konnte diese Verantwortlichkeit seiner Meinung nach nur recht eingeschränkt geltend gemacht werden. Das leitete er daraus ab, dass nach dem Gesetz über die Ministerverantwortlichkeit nur der Reichsrat, nicht aber die Landtage eine Ministeranklage erheben konnte.

Weyr meinte nun – Jellinek folgend –, dass der Reichsrat einen Minister nicht wegen der Kompetenzwidrigkeit eines Gesetzes verantwortlich machen konnte, das der Reichsrat selbst beschlossen hatte.[43] Da nun die Landtage nicht anklageberechtigt waren, blieb nur der Fall übrig, dass ein Minister vom Reichsrat wegen der Kompetenzwidrigkeit eines von ihm gegengezeichneten Landesgesetzes angeklagt wurde.

Beim Vergleich der Argumentationen Kelsens und Weyrs fällt auf, dass beide den Begriff „Regierungsakt“ für wenig eindeutig hielten und meinten, dass er sich nur auf Akte der Exekutive beziehen konnte oder doch auch auf die kaiserliche Sanktion als Akt der Gesetzgebung. Freilich kam Kelsen zu dem Ergebnis, dass auch im zweiten Fall keine Verantwortlichkeit der Minister für die Einhaltung der Kompetenzvorschriften bestand. Er begründete das dogmatisch exakt und sehr stringent. Weyrs Argumentation scheint demgegenüber pragmatischer und teleologischer. In seiner Studie setzte er sich unter Anderem damit auseinander, wie schwierig es war, die Einhaltung der österreichischen Kompetenzverteilung durchzusetzen. Dabei versuchte er wohl, im Rahmen des bestehenden Systems alle Möglichkeiten auszuschöpfen, die sich dafür boten.

Zwischen Weyr und Kelsen bestand aber Einigkeit darüber, dass die Kompetenzverteilung von 1867 schon als solche unbefriedigend war, und die bescheidenen oder gar nicht vorhandenen Möglichkeiten, deren Einhaltung durchzusetzen, noch unbefriedigender waren.

[40] Damit sind aber die Überlegungen von Rudolf von HERRNRITT, Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts (Tübingen 1909) 204–205 und PRAZAK, Rakouské právo ústavní, Bd. 3 (Prag 1904) 381, Anm. 6, zitiert nach WEYR, Rahmengesetze 41, die sich ausdrücklich auf dieses Kabinettschreiben bezogen, wohl unzutreffend; freilich hatte Schmerling in seiner Stellungnahme nicht gemeint, dass das gesamte Kabinettschreiben nicht mehr anwendbar sei, sondern nur, dass „die in dem Ah. Kabinettschreiben vom 20. August 1851 enthaltene Bestimmung ‚daß das Ministerium allein und ausschließlich gegenüber dem Monarchen verantwortlich erklärt und gegenüberjeder andern politischen Autorität der Verantwortlichkeit enthoben worden ist‘ selbstverständlich insoweit außer Wirksamkeit getreten ist, als sie mit dem oben gedachten Grundsatze der Ministerverantwortlichkeit nicht im Einklange steht.“; MALFÈR, Protokolle V/3, Nr. 226b.

[41] WEYR, Rahmengesetze 39.

[42] JELLINEK, Verfassungsgerichtshof 17–26.

[43] Dabei ist nicht völlig klar, ob WEYR, Rahmengesetze 41, und JELLINEK, Verfassungsgerichtshof 34 eine Ministeranklage des Reichsrats wegen der Gegenzeichnung eines kompetenzwidrigen Reichsgesetzes nur für praktisch, oder auch für rechtlich unmöglich hielten. Rein praktisch war es tatsächlich sehr unwahrscheinlich, dass dieselbe Reichsrats-Mehrheit, die ein Gesetz beschlossen hatte, einen Minister dann wegen der Kompetenzwidrigkeit dieses Gesetzes vor dem Staatsgerichtshof anklagen sollte. Hingegen wäre es praktisch durchaus denkbar gewesen, dass eine nach Wahlen geänderte Mehrheit es doch tut – freilich nur, wenn es eben nicht rechtlich unmöglich war.

Der Vertragsstrafklausel im spanischen (gemeinen und foralen) Zivilrecht: romanistische Tradition und Reformperspektiven

*Alejandro Valiño**

Abstract

The author analyses the legal treatment of the penalty clause into Spanish Civil Law, with special attention to the regulation offered by the Civil Code in their articles 1152 to 1155, the differents functions which the penalty clause achieves and the differentiated regulation into Fuero Nuevo of Navarra in the Lex 518. All of this can be seen as a reflection of the dualism in Spanish Legal System between the Common Civil Law (represented by the Spanish Civil Code) and the Foral or Special Law (represented by differents regionals compilations). The regulation of the Spanish civil code sets as general rule the contractual penalty as substitute of the regime of compensation into the article 1101 of spanish Civil Code in case of breach of contract or in case of defective or untimely performance by the debtor. This provision allows to the creditor to avoid a real damage assessment, so that the penalty clause lets a advanced estimate of damages without needing to prove them. But also admits the regulation of the penalty clause into the spanish Civil Code other functions, for instance the cumulative penalty (with the legal and previously valued compensation of damages or with the specific performance). This regulation, unchanged since the enactment of the spanish Civil Code, has been object of special attention by the preliminary draft to modernisation of the law of obligations drawn up by the Commission of Codification of the Ministry of Justice in 2009, picking up some of the guidelines present in other European Civil Codes as well as in the contributions of prestigiouses scholars, which are expression of the effort aimed at the harmonisation of European Contract Law.

***Key words**: penalty clause; estimate of damages; breach of contract; performance of contract; harmonisation of European Contract Law.*

Mit diesem Beitrag beschäftige ich mich mit einigen Aspekten des spanischen Zivilrechts über von den Vertragsparteien vereinbarte Strafklauseln, deren Ziel ist, ein Rechtschuldverhältnis zu verstärken, welches aus diesem Grund Hauptverbindlichkeit genannt wird.

Ich werde also über die Eigentümlichkeit unseres privatrechtlichen Systems berichten, wobei die Regelungen in unserem Código Civil über Vertragsstrafen nicht in ganz Spanien gelten. Darum ist insbesondere die eigene Regelung hinsichtlich Vertragsstrafen der autonomen Region Navarra hervorzuheben. Auch ist zu beachten wie man hinter dieser Mannigfaltigkeit der gesetzlichen Regelung im spanischen Privatrecht die verschiedenen Auswirkungen der geschichtlichen Erfahrung des römischen Rechts erkennen kann.

Und zwar, insoweit dieses Fachgebiet (bezüglich der Pönaleklauseln und der von den Parteien vereinbarten Vertragsstrafen) in die Gesamtheit der Garantien einzureihen ist, die dazu dienen, die Erfüllung von Schuldverhältnisse sicherzustellen, scheint es unvermeidlich, eine vollständige Harmonisierung im europäischen Rechtsbereich zu verfolgen. Daraus ergibt sich, dass die Eigentümlichkeiten, die unsere Regelung im Vergleich zu anderen Rechtsystemen unserer Umgebung vorweisst, Anlass zu Überlegungen der Lehre und der Rechtsprechung gegeben haben. Und zwar wurde dies in einem Vorentwurf zusammengefasst, welcher die Modernisierung des Vierten Buches unseres Código Civil im Bereich der Schuldverhältnisse anstrebt. Damit möchte ich mich kurz befassen, obwohl dieser noch nicht das Licht der Welt erblickt hat.

Das spanische Código civil widmet der Strafklausel nur vier Artikel (arts. 1152 bis 1155), die keine Definition der Strafklausel enthalten, sodass diese Aufgabe von der Lehre und der Rechtsprechung des unseren Obersten Gerichtshofs übernommen wurde. Auf jeden Fall leiten sich drei Elemente von der verwendeten Terminologie ab, die es gilt, auseinander zu halten. Die Strafklausel, erstes Element, ist eine selbständige oder in einen Vertrag eingebundene Vereinbarung, bei der eine Leistung (das zweite Element) zu Lasten des Schuldners und zugunsten des Gläubigers für den Fall der Nichterfüllung, der nicht in gehörigen Erfüllung oder des blossen Verzugs mit einer Hauptverbindlichkeit (das dritte Element) versprochen wird.

Die Strafklausel erfüllt mannigfaltige Fuktionen, je nach dem Zeitpunkt, in dem sich das Hauptschuldverhältnis befindet. Bevor die Erfüllung verlangt werden kann, übernimmt die Strafklausel im Wesentlichen eine Zwangs- oder Garantiefunktion, indem sie das Hauptschuldverhältnis verstärkt und den Schuldner zur richtigen Erfüllung antreibt, falls er eine eventuelle Verschärfung seiner Haftung zugunsten des Gläubigers vermeiden will. Nach der Fälligkeit der Hauptverbindlichkeit wird die Strafklausel wirksam und die enthaltende zivilrechtliche Sanktion kann verlangt werden, sofern das bestimmte

* Dr. Alejandro Valiño, Lehrstuhl für römisches Recht, Juristische Fakultät, Universität Valencia, Spanien.

vorgesehene Ereignis eingetreten ist. Die Stunde der Wahrheit schlägt, der Moment in dem die Zwangs- oder Garantiefunktion sich in eine strafende Funktion wandelt.

Je nach Vereinbarung der Parteien, kann diese strafende Funktion einen unterschiedlichen Umfang erreichen. Wenn nichts anderes vereinbart ist, tritt – im Fall der Nichterfüllung – die Strafe an die Stelle des Schadenersatzes und der Verzugszinsen, sofern die Strafe nach den Bestimmungen dieses Gesetzbuches einklagbar wäre[1]. Infolgedessen erfüllt die Strafklausel vordergründig eine liquidatorische Funktion bezüglich des vom Gläubiger erlittenen Schadens im Zuge der Nichterfüllung, aber es besteht auch die Möglichkeit, dass die Vertragsparteien der Vertragsstrafe eine kumulierte oder alternative Funktion zum Schadenersatz oder dem Bestehen auf Vertragserfüllung verleihen können.

Es liegt auf der Hand, dass die mit dem Bestehen auf Vertragserfüllung oder die mit dem in unserem Código civil vorgesehen Schadenersatz kumulierte Vertragstrafe den stärksten Zwang für den Schuldner darstellt. Der Anspruch des Gläubigers im Hinblick auf die Hauptverbindlichkeit bleibt unversehrt, sodass er entweder das Bestehen auf Erfüllung der Hauptforderung, oder, falls dies nicht mehr möglich wäre, den Schadenersatz gemäss Código Civil, verlangen kann. Aber darüber hinaus kann er die Zahlung des als Vertragstrafe vereinbarten Geldbetrages einfordern. Auf diese Weise gelangt die strafende Funktion der Strafklausel in den Vordergrund.

Die Sonderfunktion (die strafende Funktion, die eine offenkundige Verabredung benötigt) geht also aus dem zweiten Absatz des Artikels 1153 unseres Código Civil hervor, wonach, ich übersetze wörtlich, "der Gläubiger nicht sowohl die Erfüllung der Verbindlichkeit als auch die Zahlung der Strafe verlangen kann, wenn ihm diese Befugnis nicht eindeutig eingeräumt worden ist".

Aber auch kann man von einer strafenden Funktion sprechen, wenn die Strafklausel eine blosse liquidatorische Funktion übernimmt, nämlich wenn die Strafklausel den im Código Civil vorgesehenen Schadenersatz ersetzt. Zunächst weil die Vertragstrafe, insofern sie eine vorweggenommene Schadensschätzung einschliesst, über den wahren Schaden hinausgehen kann, womit sie in diesen Fällen dem Gläubiger zweifellos einen Vermögensvorteil verschaffen würde.

Zweitens, weil die Vertragstrafe nur eingefordert werden kann, wenn das Ereignis, das sie bedingt, eintritt. Falls die Vertragstrafe für die Fälle entweder der völligen Nichterfüllung oder der mangelhaften Erfüllung oder des Verzuges mit der Erfüllung vorgesehen ist, wird die Strafe bei Eintritt dieser Umstände wirksam und sie tritt an die Stelle des Schadenersatzes, ohne dass der Gläubiger den Eintritt des Schadens, dessen Umfangs- oder Kausalitätszusammenhang zwischen dem Verhalten des Schuldners und dem Eintritt des Schadens nachweisen muss. Es reicht aus, die Nichterfüllung oder die Schlechterfüllung des Hauptschuldverhältnisses zu beweisen. Natürlich besteht die Ausnahme, dass der Schuldner befreit ist wenn die Nichterfüllung ohne sein Verschulden stattfindet, womit der akzesorische Charakter der Strafklausel ins Auge springt.

Demzufolge, wenn die Strafklausel eine liquidatorische Funktion übernimmt, betrachtet man ihren strafenden Charakter vor allem auf dem Gebiet des Verfahrensrechts, denn der Gläubiger ist von sämtlichen Beweisschwierigkeiten, die es immer im Bezug auf den tatsächlich eingetretenen Schaden gibt, befreit. Anders ausgedrückt, der Umstand, dass die Parteien eine Strafklausel der Hauptverbindlichkeit hinzugefügt haben, beinhaltet einen Verzicht darauf, im Prozess den Umfang, den Betrag und die Kausalitätszusammenhang des vom Gläubiger geltendgemachten Schadens zu erörtern. Daher muss der Schuldner, obwohl er keinen Schaden verursacht hat, die Vertragstrafe bezahlen.

Dagegen, im Sonderrecht von Navarra, wird die Vertragsstrafe nicht wie eine vorweggenommene Liquidation des Schadens gestaltet, sondern wie eine Sanktion gegen den Schuldner, der die Hauptverbindlichkeit nicht erfüllt hat. Also bleibt dem Gläubiger auch wenn er die Bezahlung der Strafe verlangt hat zusätzlich die Möglichkeit der Klage, um entweder das Bestehen auf Vertragserfüllung der Hauptverbindlichkeit oder den Schadenersatz einzufordern. Es besteht sogar die Möglichkeit, nachdem der Gläubiger die Vertragsstrafe schon erhaltet hat, Anspruch auf Schadensersatz zu erheben, aber nicht weil der Schadenersatz mit der Vertragstrafe kumuliert werden kann, sondern weil die vereinbarte Strafe nicht genug gewesen ist, um den vom Gläubiger tatsächlich erlittenen Schaden abzudecken.

Das Problem der Regelung unseres Código Civil ist der Bedeutungsumfang des im Artikel 1152 Futurum 'sustituirá' (dass heisst, es wird ersetzen) zu geben ist. Stehen wir vor einer zwingenden Vorschrift, wonach, wenn die Strafklausel einmal in das Hauptschuldverhältnis hinzugefügt worden ist, der Gläubiger den im Código Civil vorgesehenen Schadenersatz nicht verlangen kann, wie dies im Gegenteil in der Sonderregelung von Navarra gestattet ist?

Es ist zwar üblich, dass die Geldsumme der Vertragstrafe oberhalb des tatsächlich angerichteten Schadens festgesetzt wird. Jedoch besteht auch die Möglichkeit, dass die vorweggenommene Schadenschätzung, die die Strafklausel als Vertragstrafe enthält, leichter oder gar viel geringer als der dem Gläubiger wegen der Nichterfüllung angerichtete wahre Schaden wäre.

In diesem Fall würde genau das Gegenteil der gewünschten Wirkung eintreten, nämlich dass der Schuldner die Gelegenheit hätte, ab zu schätzen, was für ihn am besten vom Standpunkt seines Vermögens aus wäre, nämlich entweder das Hauptschuldverhältnis nicht zu erfüllen und die Folgen der Strafklausel dadurch auszulösen, oder das Hauptschuldverhältnis termingerecht und vollständig zu erfüllen, damit der Schulder die Vertragstrafe vermeiden kann.

Und die Frage des Charakter der im Artikel 1152 unseres Código Civil enthaltenen Bestimmung ist noch gewichtiger, wenn wir einen anderen wesentlichen Gesichtspunkte, sowohl im Código Civil als auch im Sonderrecht von Navarra berücksichtigen: die richterliche Mässigung der Vertragsstrafe.

Während der Artikel 1154 unseres Código Civil wie folgt lautet: "der Richter setzt die Strafe in angemessener Weise herab, wenn die Hauptverbindlichkeit durch den Schuldner zum

[1] Artikel 1152 spanisches Zivilgesetzbuch.

Teil oder mangelhaft erfüllt worden ist", lautet die Sonderregelungen von Navarra im lex 518 so: "die vereinbarte Strafe kann nicht nach richterlichem Ermessen herabgesetzt werden".

Der Begriff 'Mässigung' ist wie eine Ermässigung oder eine Minderung der Vertragsstrafe zu verstehen, sodass ihre Erhöhung oder Anhebung undenkbar ist, auch wenn die Vertragsstrafe im Verhältnis zum Schaden lächerlich klein ist.

In diesen Fällen liegt es auf der Hand, dass der Gläubiger auf der Erfüllung der Hauptverbindlichkeit bestehen wird, aber, was passiert wenn dies nicht mehr möglich ist? Muss der Gläubiger gezwungenermassen die vereinbarte Strafe verlangen oder kann er den im Código Civil vogesehenen Schadenersatz verlangen? Im Código Civil hätte der Gläubiger sich mit der Vertragsstrafe zu begnügen, wenn nichts anderes vereinbart ist, während im Foralrecht von Navarra der Gläubiger schlechthin den Schadenersatz verlangen kann, indem er auf die Vertragstrafe verzichtet.

Ausserdem lässt der Código Civil die Mässigung nicht in allen Fällen zu, sondern nur wenn die Hauptverbindlichkeit durch den Schuldner zum Teil oder mangelhaft erfüllt worden ist und die Vertragsstrafe für eine vollständige Nichterfüllung vorgesehen war. Im Unterschied zu den anderen europäischen Rechtssystemen sieht der Código Civil die Mässigung der Vertragsstrafe nicht vor, wenn sie ganz offensichtlich überhöht ist. Hingegen geht aus dem Sonderrecht von Navarra deutlich ein Herabsetzungsverbot für jeden Fall hervor.

Die Regelung des Código Civil ist entspricht vollkommen der Ersatzfunktion der Vertragstrafe im Bezug auf das Schadenersatzrecht des Código civil. Falls die Parteien den Schadensbetrag vorweg festgelegt haben, müssen sie diese Vereinbarung einhalten, sowohl wenn sie sie benachteiligt als auch wenn sie sie begünstigt. Man kann nicht von übermässigen oder niedrigen Vertragsstrafe sprechen, denn die Vertragsstrafe ist diejenige, die von der Parteien frei vereinbart worden ist, mit der Folge, dass der Gläubiger auf den im Código Civil vorgesehenen Schadenersatz verzichtet.

Wie wir oben geäussert haben, gibt es aber auch einen Fluchtweg. Der Artikel 1152 des Código Civil bestimmt nicht zwingend, dass die Vertragsstrafe anstelle des Schadenersatzes tritt. Es ist möglich, dass anderes vereinbart wird. Infolgedessen können die Parteien vereinbaren, dass die Strafklausel keinen Verzicht auf den in Artikel 1101 Código Civil vorgesehenen Schadenersatz beinhaltet. Dazu nennt der Código Civil beispielhaft einige Vereinbarungen, welche die Parteien treffen können: sie können der Vertragsstrafe einen befreienden[2] oder kumulativen[3] Charakter verleihen, aber es sind andere möglich, wie zu gestatten, dass der Gläubiger entweder den im Código Civil vorgesehenen Schadenersatz, oder einfach den nach der Zahlung der Vertragstrafe verbleibenden Fehlbetrag des Schadens verlangen kann.

Trotzdem ist die Regelung der Mässigung der Vertragsstrafe im unseren Código civil, da sie nur auf die Fälle der Teilleistungen oder Schlechterfüllung seitens des Schuldners beschränkt ist, eine "rare species". Die anderen europäischen Rechtssysteme haben die Herabsetzung der übermässigen Vertragstrafe vorgesehen. Man kann die bestimmten Regelungen in Deutschland[4], der Schweiz[5], Österreich[6] und Italien[7] berücksichtigen. Alle lassen die Herabsetzung der übermässigen Vertragsstrafe zu. Ausserdem geht das *Code civile* in Frankreich, irgendwann einmal die Quelle der Eingebung unseres Código Civil, nach der Reform vom 11. Oktober 1985 noch weiter, indem er in Artikel 1152 sogar erlaubt, die geringen Strafen anzuheben[8].

Diese generalisierten Gesichtspunkte spiegeln sich auch in den verschiedenen Bemühungen der Lehre wider, welche die Harmonisierung des europäischen Vertragsrechts verfolgen. Das kann man bei den Grundregeln des europäischen Vertragsrechts der Kommission für europäisches Vertragsrecht beachten[9]. Auch im europäischen Vertragsgesetzbuch[10]. Versäumen wir auch nicht die Gelegenheit, die Regelung der UNIDROIT Grundregeln für die internationalen handelsrechtlichen Verträge zu erwähnen[11]. Und schliesslich sollen wir die Model Rules des Draft Common Frame of Reference nicht vergessen[12].

---

[2] Artikel 1153.1: "el deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación pagando la pena, sino en el caso de que expresamente le hubiese sido reservado este derecho".

[3] Artikel 1153.2: "tampoco el acreedor podrá exigir conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena, sin que esta facultad le haya sido claramente otorgada".

[4] So lautet § 343. Absatz 1 BGB: "ist eine verwirkte Strafe unverhältnismäßig hoch, so kann sie auf Antrag des Schuldners durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden".

[5] Das Bundesgesetz betreffend der Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, welches das Obligationenrecht behandelt, bestimmt in § 163.3: "übermässig hohe Konventionalstrafen hat der Richter nach seinem Ermessen herabzusetzen".

[6] § 1336 Absatz 2 ABGB lautet: "in allen Fällen ist der Vergütungsbetrag, wenn er vom Schuldner als übermäßig erwiesen wird, von dem Richter, allenfalls nach Einvernehmung von Sachverständigen, zu mäßigen".

[7] Das Codice civile bestimmt in Artikel 1384: "la penale puň essere diminuita equamente dal giudice, se l'obbligazione principale č stata eseguita in parte ovvero se l'ammontare della penale č manifestamente eccessivo, avuto sempre riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento".

[8] Artikel 1152 lautet: "... néanmoins, le juge peut, męme d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite".

[9] Artikel 9.509(2), deutsche Fassung, lautet so: "ungeachtet einer abweichenden Vereinbarung kann jedoch der bestimmte Betrag auf einen angemessenen Betrag herabgesetzt werden, wenn er im Verhältnis zu dem aus der Nichterfüllung entstehenden Schaden und den übrigen Umständen gröblich überhöht ist".

[10] Der Artikel 170.4, deutsche Fassung, bestimmt: "die Strafe kann gerichtlich nach Billigkeit gemindert werden, wenn der Schuldner eine teilweise Erfüllung bewirkt hat, ohne dass der Gläubiger diese zurückgewiesen hat, oder wenn die Höhe der Strafe in Hinblick auf das Erfüllungsinteresse des Gläubigers offensichtlich unverhältnismäßig ist".

[11] Artikel 7.4.13(2), englische Fassung, lautet so: "however, notwithstanding any agreement to the contrary the specified sum may be reduced to a reasonable amount where it is grossly excessive in relation to the harm resulting from the non-performance and to the other circumstances".

[12] Artikel III.-3:712(2): "however, despite any provision to the contrary, the sum so specified in a contract or other juridical act may be reduced to a reasonable amount where it is grossly excessive in relation to the loss resulting from the non-performance and the other circumstances".

Diese so generalisierte Übereinstimung kann nicht an der neuen Regelung der Strafklausel im Modernisierungsvorentwurf des spanischen Zivilgesetzbuches auf dem Gebiet des Obligationen- und Vertragsrechts vorbeigehen, die in Jahr 2009 von der Abteilung 'Zivilrecht' der Allgemeinen Kommission für die Gesetzgebung des spanischen Justizministeriums abhängig ist, ausgearbeitet worden ist. Artikel 1150 des Vorentwurfs lautet: "der Richter setzt offensichtlich übermässige vereinbarte Strafe und die unverhältnismässigen Schadenersatze (im Vergleich zum tatsächlichen Schaden) nach Billigkeit (das heisst, in angemessener Weise) herab".

Um den Unterschied zwischen der geltenden Regelung der Strafklausel im spanischen Código Civil und jener des Foralrechts von Navarra zu erklären, ist es unentbehrlich, die Auffassung der römischen *stipulatio poenae* in Betracht zu ziehen. Wie ich schon gerade angedeutet habe, berufen die Unterschiede sich zwischen beiden Regelungen darauf, dass es im Sonderrecht von Navarra keine gerichtliche Mässigung der vereinbarten Strafe gibt, sowohl wenn sie offensichtlich überhöht ist, als auch wenn nur eine Teil- oder Schlechterfüllung stattgefunden hat. Aber auch unterscheiden beide Regelungen sich zur Geltendmachung der Vertragstrafe, weil sie im Foralrecht von Navarra zur Gänze verlangt werden kann, obwohl die Nicht- oder Schlechterfüllung nicht auf Verschulden des Schuldners beruht.

Das römische Recht kennt nicht die richterliche Herabsetzung der Vertragsstrafe. Die Vertragsstrafe entsteht aus einer *stipulatio*, die auch ein *iudicium strictum* auslöst. Der Richter hat dafür keine Anpassangusbefugnis, obwohl seit dem zweiten Jahrhundert die Quellen das Verbot anführen, wonach die Vertragsstrafe nicht der *usurae centesimae* übersteigen kann[13].

Was die Unteilbarkeit der Vertragstrafe in den Fällen der Teil- oder Mangelhafterfüllung betrifft, wie das *Fuero Nuevo de Navarra* widerspiegelt, finden wir den Textanhalt in manchen Digestenstellen vor[14].

Was die Beziehung zwischen dem Verhalten des Schuldners hinsichtlich der Hauptverbindlichkeit und der Einforderbarkeit der Vertragsstrafe anbelangt, sind die Quellen etwas widersprüchlich. Aus den einigen Digestenstellen[15] ergibt sich, dass derjenige von der Vertragsstrafe nicht befreit wird, wem seine Pflicht nicht erfüllt, den Sklaven zu übertragen, weil er gestorben ist oder gestohlen wurde. Dagegen ist die stehende in anderem Text[16] Verpflictung, die Vertragstrafe zu zahlen, nicht erforderlich, wenn der Vermieter, den Mieter vor dem vereinbarten Termin aus der Mietwohnung gewiesen hat, selbst im Falle der Nichtzahlung des Mietzinses durch den Mieter. Wie Knütel schon geäussert hat[17], würden solche verschiedenen Textstellen Einzelfälle bezeugen, die der privatautonomen Vereinbarung der Parteien entspringen, welche die Einfordbarkeit der Vertragsstrafe an das Verschulden mit schuldhaften Verhalten verknüpfen.

Was die Funktion der Strafklausel betrifft, ist ebenfalls die Willensautonomie der Parteien massgeblich. In Einzelfälle begegnen wir eine kumulierte Klagenkonkurrenz[18], während in anderen eine alternative Klagenkonkurrenz auftaucht[19]. Auch in anderen Fällen[20], bewirkt die Vertragstrafe die Novation der Hauptverbindlichkeit.

Die Auffassung der Strafklausel im spanischen Código Civil zeigt im Vordergrund eine von den Parteien getroffene freie Vereinbarung, in der die Vertragsstrafe, wenn nichts anderes vereinbart ist, den im spanischen Zivilgesetzbuch vorgesehenen Schadenersatz für die Fälle der Nichterfüllung oder Mangelhafterfüllung ersetzt. Da die Strafklausel eine lex privata darstellt, muss sie zwingend beachtet werden, ohne dass eine Mässigung möglich ist, die über die Fälle der Teil- oder Schlechterfüllung hinausgeht, sofern die Vertragsstrafe nicht genau für diese Fälle vorgesehen worden ist.

Im Fuero Nuevo de Navarra, mit grösserer Nähe zu den römischen Quellen, wird hingegen die Funktion der Strafklausel intesiverer hervorgehoben: den Schuldner mit der Strafandrohung zur gehörigen Erfüllung seiner Verpflichtung anzuhalten. Wenn die Strafklausel einmal vereinbart worden ist und die Nichterfüllung eingetreten ist, wird die Vertragstrafe geschuldet, obwohl sie unverhältnissmässig hoch wäre oder den Schuldner kein Verschulden trifft.

Der Umstand, dass die Vertragsstrafe immer das Interesse des Gläubigers bevorzugt, spiegelt dies sich ganz besonders im Sonderrecht von Navarra wieder, wo die Vertragsstrafe keine vorweggenommene Liquidation des Schadens darstellt. Daher verpasst der Gläubiger niemals die Gelegenheit, den gesetzlich vorgesehenen Schadenersatz einzufordern, im Unterschied zum Código Civil, wo er dies nur kann, wenn nichts anderes vereinbart ist.

Einige der Probleme, welche die Regelung der Strafklausel im spanischen Código civil verursacht, versucht der Modernisierungsvorentwurf unseres Código Civil zu beheben. Wir haben uns schon mit der gerichtlichen Mässigung der überhöhten Vertragsstrafe befasst, was einen der neuesten Aspekte des Vorentwurfes darstellt.

Nach der neuen Fassung des Artikel 1150, kann die Herabsetzung nach Billigkeit gegen die übermässigen Strafen und die im Vergleich zum tatsächlich erlittenen Schaden unverhältnissmässigen Schadenersatz vorgehen, wobei diese Bestimmung die im neuen Vorentwurf stehende Unterscheidung zwischen "Vertragsstrafe" und "vorher festgesetztem Schadenersatz" wiederholt[21].

[13] Zum Beispiel Pap. 11 *resp*. D. 22.1.9 pr.; Ulp. 32 *ad edict.* D. 19.1.13.26; und Mod. 10 *pandect.* D. 22.1.44.
[14] Ulp. 77 *ad edict.* D. 2.11.9.1; Pap. 6 *resp.* D. 19.1.47; und Paul. 75 *ad edict.* D. 45.1.85.6.
[15] Paul. 22 *ad edict.* D. 9.2.22 pr. und Cels. 12 *dig.* D. 47.2.68.1.
[16] Paul. 5 *resp.* D. 19.2.54.1.
[17] R. Knütel, *Stipulatio poenae*, Köln-Wien 1976, 251 ss.
[18] Zum Beispiel in Pap. 2 *quaest.* D. 45.1.115.2.
[19] Zum Beispiel in Ulp. 20 *ad edict.* D. 17.2.41 und Iul. 3 *ad Urs. Feroc.* D. 19.1.28.
[20] Paul. 74 *ad edict.* D. 44.7.44.6.
[21] Artikel 1150 Vorentwurf lautet so: "el Juez modificará equitativamente las penas convencionales manifiestamente excesivas y las indemnizaciones convenidas notoriamente desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido".

Soweit die Strafklausel eine liquidatorische Funktion erfüllt, ist sie im Verhältnis zum dem Gläubiger tatsächlich zugefügten Schaden zu halten. Infolgedessen tritt die Regelung des Código civil für eine Vertragsstrafe ein, die dem Gläubiger vor allem verfahrenrrechtlichen Vorteile bietet, um den erlittenen Schaden zu entschädigen.

Es wäre sogar möglich eine Vertragstrafe zu verlangen, welchen den vom Gläubiger tatsächlich erlittenen Schaden übersteigt, soweit der vereinbarte Betrag nicht masslos ist, weil es auf der Hand liegt, dass man nicht eine völlige Übereinstimmung mit des wahren Schadens erreichen kann, denn das Ziel der Strafklausel ist, die Beweisschwierigkeiten im Prozess zu vermeiden.

Hingegen, wenn die Vertragsstrafe eine Sanktionsfunktion erfüllt, hängt die Herabsetzung davon ab, dass die Strafe offensichtlich übermässig ist. Soweit erkennt man im Vorentwurf den Einfluss der angeführtenen Beiträge der Lehre im Rahmen der Harmonisierung des europäischen Vertragsrechts.

Auf jeden Fall, muss die Mässigung den Hauptcharakter (pönale oder liquidatorische Funktion) beachten, den die Parteien der Strafklausel geben wollten, sodass in denjenigen Fällen, in welchen die Vetragsstrafe mit dem im Código Civil vorgesehenen Schadenersatz kumuliert wird, ist der pönale Charakter überwiegt, denn der Parteiwille war eine echte und wirksame Sanktion bei Nichterfüllung des Schuldners festzusetzen. Demzufolge kann die Mässigung der Vertragstrafe nicht so weit gehen, dass der Vertragsstrafe ihr von den Parteien ursprünglich verliehene Charakter und Funktion entzogen wird.

Hingegen könnte diese Mässigung stärker ausfallen, wenn die Parteien eigentlich wollten, dass die Vertragsstrafe den im Gesetzbuch vorgesehenen Schadenersatz ersetzt, sodass ihr strafender Charakter sich nur auf die verfahrensrechtlichen Vorteile beschränken sollen, die sich durch die Hinzufügung einer Strafklausel im Hauptschuldverhältnis ergeben. Insofern die Parteien der Strafklausel eine liquidatorische Funktion verliehen haben, setzt dies den Verzicht auf den Umfang-, Betrag- und Kausalitätsbeziehungsbeweis des dem Gläubiger angerichteten Schadens voraus, soweit dieser Umstand allein eine ausreichende Drohung darstellt, damit der Schuldner ordentlich erfüllt. In diesem Fall hat der Richter vielmehr mengenmässigen Spielraum zur Mässigung der Vertragsstrafe, wobei er verstärkt den vom Gläubiger tatsächlichen erlittenen Schaden zu berücksichtigen hat.

Andere Neuerungen des Modernisierungsvorentwurfs findet sich im Artikel 1147 hinsichtlich der Möglichkeit, dass die nach der Zahlung der Strafe nicht gedeckten Schäden, zusätzlich bei Unzulänglichkeit der Vertragsstrafe verlangt werden können[22]. In der Regel ist das nicht möglich, aber man lässt eine gegenteilige Vereinbarung ebenso wie im europäischen Vertragsgesetzbuch zu[23].

Der Artikel 1148 sieht eine zweifache Voraussetzung vor, um die Vertragsstrafe einzufordern. Wenn die Vertragsstrafe eine pönale Funktion hat, ist das Verschulden des Schuldners erforderlich, damit die Strafe verlangt werden kann. Wenn dagegen die Strafe eine liquidatorische Funktion übernimmt, ist es ausreichend, dass die Nichterfüllung, der Verzug mit der Erfüllung oder die mangelhafte Erfüllung dem Schuldner zurechenbar ist[24]. Das Verschulden ist dadurch eine *species* des *genus* Zurechenbarkeit. Daher findet die Haftungsbefreiung des Schuldners nur statt, wenn die Unmöglichkeit der Erfüllung zur Gänze ausserhalb des Kontrollsphäre des Schuldners liegt, sodass er vernünftigerweisse weder den Schaden noch seine Folgen vorhersehbar und vermeidbar waren.

Zum Schluss legt die neue Fassung des Artikels 1149 ausdrücklich die Inkompatibilität des Bestehens auf Erfüllung und der Einforderung der Vertragsstrafe fest, ausgenommen dass die Erfüllung nicht mehr möglich geworden ist oder die Vertragsstrafe nur den Verzug der Erfüllung bestraft[25].

Dies im Unterschied zu unserem geltenden Código Civil im Artikel 1153, der die Vereinbarung gestattet, die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit samt der vereinbarten Strafe zu verlangen, wenn die Vertragsstrafe pönalen Charakter hat. Der Vorentwurf sieht dadurch vor, dass die Vertragsstrafe nur zum im Código Civil vorgesehenen Schadenersatzes kumuliert werden kann, nicht jedoch zur Zwangserfüllung.

[22] Artikel. 1147 des Vorentwurfes bestimmt so: "la fijación convencional de la indemnización impide al acreedor exigir una cantidad mayor por el daño excedente, salvo que otro hubiera sido el pacto de las partes".

[23] Artikel 170.1 des europäischen Vertragsgesetzbuches, deutsche Fassung, lautet so: "wenn die Parteien beim Abschluss des Vertrages in einer Strafklausel vereinbart haben, dass im Fall der Nichterfüllung, der nicht ordnungsgemäßen Erfüllung oder des Verzugs eine bestimmte Leistung von dem Schuldner geschuldet wird, bildet diese den Schadensersatz, den der Schuldner bei Eintritt der angeführten Sachverhalte schuldet, es sei denn, die Ersatzfähigkeit des weiteren Schadens ist nicht von der Vereinbarung umfasst; Abs. 5 bleibt davon unberührt".

[24] Artikel 1148 des Vorentwurfes berichtet so: "el acreedor solo podrá exigir la indemnización previamente convenida cuando el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso o retardado sea imputable al deudor. La aplicación de las penas convencionales requerirá la culpa del deudor".

[25] Artikel 1149 lautet so: "el ejercicio de la acción de cumplimiento en forma específica impide al acreedor reclamar la indemnización convenida de los daños y la pena convencional, salvo que éstas hubiesen sido estipuladas para el caso de retraso o que el cumplimiento en forma específica resulte imposible. Si el acreedor obtiene la resolución por incumplimiento, tendrá derecho a las indemnizaciones para el supuesto de aquélla pactadas y a las penas convencionales pactadas para el cumplimiento retrasado".

Literaturverzeichnis

M. Albaladejo, *Artículos 1152 y 1153*, en M. Albaladejo (Dir), *Comentarios al Código civil y compilaciones* forales, 15.2, Madrid 1986.

M. T. Alonso Pérez, *Remedios,* en G. García Cantero (Coord.), *Anotaciones españolas al Proyecto de Pavía*, Zaragoza 2005, 797–862.

I. Arana de la Fuente, *Algunas precisiones sobre la reforma de la cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos*, en *InDret* 4 (2010), 3–19.

P. Benjamin, *Liquidated Damages and Penal Clauses in Commercial Contracts: a Comparative Study of English and Continental Law*, en *The International and Comparative Law Quaterly* 9.4 (1960) 600–627.

J. Biancalana, *The Development of the Penal Bond with Conditional Defeasance*, en *Journal of Legal History* 26.2 (2005) 103–117.

J. J. Blanco Gómez, *La cláusula penal en las obligaciones civiles: relación entre la prestación penal, la prestación principal y el resarcimiento del daño*, Madrid 1996.

X. O'Callaghan, *Compendio de derecho civil*, 2, *Obligaciones y contratos*, 1, Madrid 2002.

J. Dávila González, *La obligación con cláusula penal*, Madrid 1992.

G. de Castro Vítores, *La cláusula penal ante la armonización del derecho contractual europeo*, Madrid 2009.

I. Espín Alba, *La cláusula penal. Especial referencia a la moderación de la pena*, Madrid 1997.

D. Espín Cánovas, *La cláusula penal en las obligaciones contractuales*, en *Revista de Derecho Privado* 30.348 (1946) 145–169.

C. Fuenteseca Degeneffe, *Diversos matices de la regulación de la cláusula penal en el ordenamiento español y alemán*, en *Foro* 13 (2011), 61–110.

C. J. Goetz – R. E. Scott, *Liquidates Damages, Penalties and the just Compensation Principle: some Notes on an Enforcement Model and a Theory of efficient Breach*, en *Columbia Law Review* 77.4 (1977) 554–594.

R. Knütel, *Stipulatio poenae. Studien zur römischen Vertragstrafe*, Köln-Wien 1976.

J. M. Lobato de Blas, *La cláusula penal en el derecho español*, Pamplona 1974.

J. M. Manresa, *Comentarios al Código civil español*[2], 8, Madrid 1907.

I. Marín García, *La cláusula penal en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos*, en *InDret* 2 (2009) 2–17.

F. Martínez Mas, *La cláusula penal en el contrato de obra*, Las Palmas de Gran Canaria 2005.

U. Mattei, *The Comparative Law and Economics of Penalty Clauses in Contracts*, en *The American Journal of Comparative Law* 43.3 (1995) 427–444.

V. Montés Penadés, *Las garantías del crédito*, en Mª. R. Valpuesta (Coord.), *Derecho de obligaciones y contratos*[2], Valencia 1995.

S. Navas Navarro, *El incumplimiento no esencial de la obligación. Análisis del incumplimiento no esencial de las obligaciones contractuales de dar*, Madrid 2004.

R. M. Roca Sastre – J. Puig Brutau, *La cláusula penal en las obligaciones contractuales*, en *Estudios de Derecho* Privado, Tomo I, Volumen VIII, *Obligaciones y Contratos*, Madrid 1948, 269–285.

J. M. Rodríguez Tapia, *Sobre la cláusula penal en el Código civil*, en *Anuario de Derecho Civil* 46.2 (1993), 511–587.

E. Ruiz Vadillo, *Algunas consideraciones sobre la cláusula penal*, en *Revista de Derecho Privado* 59 (1975), 374–412.

W. Sacher, *Vertragsstrafe und Schadenspauschalierung im spanischen Recht. Die* cláusula penal *und ihre Berücksichtigung im rahmen des deutschen AGB-Gesetzes*, München 1981.

A. M. Sanz Viola, *La cláusula penal en el Código civil*, Barcelona 1994.

T. Segrè, *Clause pénale et dommages ultérieurs en droit comparé*, en *Revue Internationale de droit comparé* 22.2 (1979), 299–311.

A. Sicari, *Pena convenzionale e responsabilità*, Bari 2001.

G. Smorto, *I criteri di determinazione del danno nelle model rules e nel diritto commune europeo*, en *Europa e Diritto privato* 1 (2011).

L. A. Soler Pascual, *Los consumidores ante la adquisición de un bien inmueble en proyecto o en fase de construcción*, en *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche* 1.3 (2008), 93–106.

M. Talamanca, *s.v. pena privata (diritto romano)*, en *Enciclopedia del Diritto* 32 (1982).

M. Ureña Martínez, *La cláusula penal en el contrato de leasing*, Madrid 2003.

R. Zimmermann, *Ius commune and the Principles of European Contract Law: Contemporary Renewal of an Old Idea*, en H. L. McQueen y R. Zimmermann (Eds.), *European Contract Law: Scots and South African Perspectives*, Edinburgh 2006, 1–42.

Castilian Justice and Columbian Injustice: the End of the Government of Christopher Columbus in Hispaniola

*István Szászdi León-Borja**

Abstract

In 2006 Consuelo Varela and Isabel Aguirre, published the book La caída e Cristóbal Colón. El juicio de Bobadilla. In it they reproduced and transcribed a new historical source that has answered many questions regrding the first decade of Spanish rule in thwe West Indies under Christopher Columbus. The "Pesquisa" against Columbus was discovered by Aguirre in the Archivo General de Simancas, in Spain. The mistery of the true reasons that led to Columbus´ dismissal from office as Governor of the Isles of the Ocean Sea has been resolved. We have researched in the plot of the Columbus Brothers against the economic officials of Queen Isabella, and how the investigation performed by Bobadilla was done following Castilian law. The death sentences signed in of Hispaniola between 1493 and 1500 have been object of interest in order to judge th personal rule of the Columbus family members.

Key words: *Columbus; Monarchy; Spain; discovery; conquest; tort process; judicial administration; charters; evangelization; Indians; forced labour; treason; Feudalism; Catholic Church; Cortes of Toledo; government of the New World; Viceroy; sources; sodomy; conspiracy; Board of Trade; Contadores Mayores; Pesquisa.*

Our subject matter is the story of how Spain developed from a society built up on the principles of Feudalism to one that constructed the Modern State by Absolute Sovereigns that developed an Atlantic colonial empire, the second in Modern History. To explain such political phenomena we will have to drill in Micro History, specially how and whom enforced Castilian Law in the first ten years of the Spanish settlements in America.

Following closely the Portuguese colonial pattern, King Ferdinand and Queen Isabella could not tolerate a feud in their Atlantic possessions, but they had to accept it until 1498 because of a legal anomaly: the Queen accepted, against the King´s will, to recognize an hereditary dominion in the Far East in favour of Columbus. In the race with Portugal to gain the riches of India, and to weaken the economic pillars of the Turkish Empire in order to defeat it, Christopher Columbus, an extravagant foreigner, a wool trader who knew little of cosmography, seemed sent by the Holy Providence in the eyes of Queen Isabella of Castile.

In 1493 Christopher Columbus returned to the Antilles after giving notice to the King and Queen of Spain of his Discovery Voyage. He returned to the tropical islands which he thought close to the Asian Mainland with huge powers, never given by King Ferdinand and Queen Isabella before in direct contradiction with Castilian Law. The reason was the *"Capitulación de Santa Fe"*, a privilege granted to Columbus in the Christian military camp during the War of Granada in order that if he discovered a new route to the Orient the Spanish Crown would reward him with the title of Admiral of the Ocean Sean, the Viceroyalty of the newly discovered insular territories and best of all, with the hereditary government of those far lands that he by his own had accomplished its discovery.[1]

Years later, in 1512, King Ferdinand confessed to his officials of the Board of Trade House of Seville (from now on *Casa de la Contratación*), that the *Capitulación* given to Columbus was granted with the certainty that it could not take place, it was an impossible scenario. No one could reach India following that route because of its distance, and as the Privilege of Santa Fe conditioned itself to the landing in Asia of Columbus and his crew, the *Capitulación* was not effective.[2]

After landing in Guanahani, October 12 1492, the first isle to be reached by the Spaniards in the Bahamas, Christopher Columbus new he would make his wish come true:

He had reached islands that he thought were near the coast of China, he had found a race of men never seen before, tanned but not negroes, with long lank dark hair and that supposedly *"had no sect"* which meant that lacked of religious beliefs, what favoured Christian conversion. And last but not least these Indians recognized gold and said that they knew where to find it. Nevertheless there was no real trace of civilization in Western

* Dr. István Szászdi León-Borja, Lecturer of History of Law and Roman Law, Universidad de Valladolid, Campus of Segovia, Valladolid, Spain.

1 The Castilian Cortes of 1480, which met in Toledo, had forbidden hereditary public offices.

2 István SZÁSZDI, "Colón, virrey. Una aproximación jurídica a la institución", in *Cristóbal Colón, 1506–2006 historia y leyenda.* Consuelo Varela Bueno (Ed.). Ayuntamiento de Palos de la Frontera – Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC.) – Universidad de Andalucía. Huelva, 2006. pp. 215–236.

standards, and Columbus supposed the enemies of the peaceful Lucayo and Taino Indians, the feared Caribs were the men of the Emperor of China.

Columbus had reached Hispaniola Island, a major island of the Antilles, which the natives called *Haiti*, where he found organized societies ruled by *caciques* the chieftains of the Arawak Indians, who called themselves *Taino,* which meant *"the good ones"*. He believed that they lived in a state of innocence because they were naked and had no shame. The Admiral reported that the Indians were apt to accept Catholicism *"because they have no sect"*. Columbus discovered that these Indians, who he thought pacific, had powerful enemies that practiced cannibalism, that used to attack them to take slaves, he thought they meant the soldiers of the Great Khan of China. The Taino Indians would sign to the South, indicating the Lesser Antilles as the home of the cannibals, the Carib Indians. It was from the South, farther away from where they traded with their enemies the desired gold melted with copper that they called *guanín.* But the Indians also showed the Christians gold nuggets found in the riverbeds of streams and rivers from their island.

I. The Judicial Organization of the West Indies (1493–1511)

The monarchs of Castile and Aragon decided to confirm the privileges given to Christopher Columbus in Barcelona, the year of 1493, after his return from his Discovery Voyage. Never had they given, nor would they ever grant so generous powers in matter of justice and government. Not only did he have full jurisdiction of the land, as Viceroy that he was, but he was Chief Justice in the sea and ports of the Indies because of his title of Admiral of the Ocean Sea, which appeared in the *Capitulación of Santa Fe*. His mission from now on would include the foundation of cities and forts in Hispaniola and its defense, as part of his duties as Governor, the establishment of gold mines, as well as the exploration of the nearby islands and the search for the mainland. And last of all he represented the Royal justice in his jurisdiction.

The Admiral commenced with imposing Castilian Law and Spanish rule to the Indians in 1493, creating an atmosphere of terror for the natives had a different concept of property and could not understand why they were punished and mutilated by the Spaniards for having pilfered goods from them. In northern Haiti it was considered right to take what was wanted or desired. Columbus had observed such a costume, and had informed the King and the Queen, so he was perfectly aware that the Taino would not be ready to make difference from what was right or wrong for the Christians.[3] Under the Viceroy there was an *Alcalde Mayor*, a judge who had jurisdiction over all Hispaniola Island, and several sheriffs.

In 1497 Christopher Colombus, Admiral of the Ocean Sea and Viceroy of the Indies, obtained from Queen Isabella the title of *Adelantado de las Indias,* for his younger brother Bartholomew Colombus, from now on in Spanish Don Bartolomé Colón.

Such grant made Bartolomé Colón the highest Justice in Hispaniola, isles and Mainland after the Viceroy himself.[4] In Castile the *Adelantamientos* were high offices related directly with the administration of Justice.[5] Seldom it was granted to persons that did not belong to the aristocracy. It meant that court appeals would end in Don Bartolomé and his elder brother the Viceroy Christopher Columbus, in a time when the Royal Courthouse of Santo Domingo, the *Real Audiencia*, did not exist. Precisely, it was due to the excesses of the Columbian government that it was founded by King Ferdinand the Catholic in 1512. The *Audiencia* of Santo Domingo had jurisdiction over all the American territory, mainland and the Antilles, and it was the best instrument of the Crown to avoid the establishment of feudalism in the New World.

Queen Juana of Castile founded the Royal *Audiencia* of Santo Domingo by a Royal Provision dated October 5th, 1511. The Queen established the first High Court of Justice in the New World, so that her vessels *"alcancen brevemente cumplimiento de justicia y no gasten su tiempo y haciendas en dilaciones y pleitos"*, for such she named three judges that were entitled to end judicial processes in law suites that were in appeal. They were the

---

[3] István SZÁSZDI LEÓN-BORJA, "La justicia colombina en el Nuevo Mundo y el Libro Copiador" *La Administración de Justicia en la Historia de España,* Cuadernos de Archivos y Bibliotecas de Castilla-La Mancha 4 / I / Junta de Comunidades de Castilla – La Mancha – ANABAD Castilla La – Mancha, Guadalajara. 1999. pp. 103–117.

- "La justicia castellana en el Nuevo Mundo durante el Segundo Viaje", *Cuadernos de Historia*. 9, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas, Córdoba (Argentina). 1999, pp. 195–218.
- "Colón Gobernador de los Indios. Amigos, vasallos y esclavos."*Cuadernos de Historia,* XXIV–XXV enero 2004–julio 2005, nº 16. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina). 2006, pp. 175–194.

[4] Christopher Columbus was the chief justice in the American Mainland, because of his entitlement as Viceroy of the Indies, and in the sea because of his title of Admiral of the Ocean Sea. Admirals in Castile also were in hold of justice in the kingdom´s seaports as well as in sea. In the case of Seville, the most important port of the Castilian Crown since the XIIIth century, we noticed the change in favour of the Admiralcy that the city´s maritime jurisdiction suffered after the privileges of 1310, against its guild tradition. In June 22, 1420, forty three fishermen and ship owners recognized the authority of the Admiral of Castile to administer them justice, civil as well as penal. His jurisdiction in the XVth century was increased through Royal privileges, the traditional system of ordinary judges that had prevailed from the days of the reign of Alphonse X, and that limited the Admiral´s judicial power to a war at sea scenario, lost force. [Enrique GACTO, *Historia de la jurisdicción mercantil en España.* Anales de la Universidad Hispalense, Serie Derecho, nº 11. Publicaciones de la Universidad de Sevilla. 1971. pp. 19–21.] In 1399 the power of the Admiral´s jurisdiction had extended to all the ports of the Kingdom, as well as to all rivers that could be navigated. [Alfonso GARCÍA-GALLO, "Los orígenes de la Administración territorial de las Indias", *Anuario de Historia del Derecho Español,* 15. 1944, pp. 42–43.]

[5] Mirow is wrong when he states that "Various graduated titles, such as *adelantado*, *alcalde mayor*, or *corregidor*, were granted according to the number and size of municipalities established." Such is a frightening statement coming from a specialist of Legal History. These officials had diverse competences and their importance was not based in the size of their jurisdiction. [M. C. MIROW, *Latin American Law. A History of Private Law and Institutions in Spanish America.* University of Texas Press, 2004. p. 14.]

licenciados Marcelo Villalobos, Juan Ortiz de Matienzo y Lucas Vázquez de Ayllón. The judges were enabled to sentence in civil and tort trials.[6]

Last but not least we must remember that since its foundation in 1503 the *Casa de la Contratación,* the Sevillian Board of Trade, became a special tribunal with jurisdiction in matters of trade and navigation relative to the Indies. Columbus resented what he felt an intrusion of the Crown, for the islands and mainland he had discovered were solely under his administration and rule. From his criteria his Privilege of Santa Fe meant absolute power – as an *alter ego* of the Catholic Monarchs – in matters of justice, government and militia. Such apprehension was in contradiction with Castilian Law. For King Ferdinand Columbus was just a Governor of far reaching isles. Before his depart in the Discovery Voyage Columbus menaced the Royal couple that if the government of the Indies was not hereditary in his favour he would travel away from Castile and offer his proyect to the King of France, such a condition was illegal but the Queen saw in the Genoese a man sent by the Holy Providence in a mission vital for Castile and for Christianity, she saw in him a holy man blessed by God, little did she care about law and science when the man promised to gain Jerusalem and deliver Holy Land from the oppression of the Turks. Thus the contents of the *Capitulación* of Santa Fe is unique in Spanish History of Law, if the intervention of the Crown would not had impeded it a late feudal state would had developed in America.

II. The Charges against the first Viceroy of the Indies

But let us return to 1493. When Christopher Columbus returned to Hispaniola with a huge armada, he found that the natives had killed his garrison in the isle. Fort Navidad was burnt and the Christians were slaughtered, including the first mixed blood child of the New World. Pope Alexander VI had signed and issued the *Inter caetera* Bull which authorized the Spaniards to navigate, trade and occupy the Indies, with an important condition: the conversion of the native Indians to Christianity.[7] The Pope had sent a Vicar to represent him who travelled with Columbus and whose name was fray Bernal Buyl. Soon happened the first incidents and quarrels between Buyl and the Viceroy of the Indies. The first asked Columbus to make justice and punish the Indians responsible of the massacre of Fort Navidad. The Genoese prefered to wait, while the Vicar protested and demanded to revenge the Christian victims. Fray Bernal took for company a group of French Franciscan friars to commence the evangelization of the Indians. From the first moment the Admiral excused to lend the few Indians that were able translators for the use of preaching, forcing the Franciscans to learn from the natives their language to preach the Holy Gospel. Such was the first difference between the Church and Columbus. The relations with the papal envoy were affected for good, and since then on the Catalan fray Bernal Buyl became the sole community leader that defied the Viceroy´s powers. While he stayed in Hispaniola, he limited Columbus´ intrusions in matter of faith. As we will see the Viceroy made use of his authority to stop baptisms in order to keep the Indians heathen and under his custody for slavery. Some were sent to work in the mines, others became servants in the household of Columbus and his cronies while the rest of the captive Tainos were sent to be sold in Seville. Buyl also complained of the hardships suffered by the Christians because of Columbus and his oppressive rule. Such moved the Vicar to blow off the lights from the altars and strip them of the Holy Service. His constant clashes against the tyrannical way of government of the Genoese brothers and specially of their administration of justice – with their costume of sentencing the death penalty for petty faults and wrong doings – made Buyl take the decision of returning to Castile to inform his sovereigns of the disaster that was taking place in Hispaniola.[8]

With the disappearance of father Buyl from the tropical scenario, Bartolomé Colón had his hands free to punish the "vassals" of his brother Christopher, closely following his

---

[6] Manuel ARANDA MENDÍAZ, *Visiones sobre el primer Tribunal de Justicia de la América Hispana. La Real Audiencia de Santo Domingo*. Las Palmas, 2007. p. 69. István SZÁSZDI, "Juan Ponce un gobernador amigo de los indios y el peligro de los gobernadores extranjeros", *Historia de las Gobernaciones atlánticas en el Nuevo Mundo.* István Szászdi León-Borja (Ed.), La Editorial de la Universidad de Puerto Rico, San Juan, 2011. pp. 202–216.

[7] István SZÁSZDI, "Después de las *Inter caetera*, ruptura y cambio en la política indiana de Alejandro VI", in *Memoria del X Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano.* II, Escuela Libre de Derecho – Universidad Nacional Autónoma de México, México City. 1995. pp. 1577–1629. Alfonso GARCÍA-GALLO, "Las Bulas de Alejandro VI y el ordenamiento jurídico de la expansión portuguesa y castellana en África y en las Indias", *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid. 1958. pp. 799–807, 814–816.]

[8] Fernández de Oviedo, who was contemporary to such events, wrote: *"El Almirante era culpado de crudo en la opinión de aquel religioso el cual, como tenías las veces del Papa, íbale a la mano; e asi como Colom hacía alguna cosa que al fraile no paresciese gusta, en las cosas de la justicia criminal, luego ponía entredicho y hacía cesar el oficio divino. Y en esa hora el Almirante mandaba cesar la ración, y que no se le diese de comer al fray Buyl ni a los de su casa."* [Gonzalo FERNÁNDEZ DE OVIEDO, *Historia General y Natural de las Indias.* Edition of Juan Pérez de Tudela, Libro I, Capítulo XIII. Biblioteca de Autores Españoles, nº 117. Ediciones Atlas, Madrid. 1992. Vol. I, p. 51.] Precisely the measure of cutting the share of foodstuffs was one of the favourite of Columbus, to the extreme of causing death by hunger. The notary Rodrigo Manzorro said that more than 50 Christians died of hunger in the city of Isabella, witnessing how bread and other foodstuffs rot in the Royal Alhondiga and was thrown to the sea. A very descriptive example was the case of a Galician priest who was the sole "astrologer" (astronomer) who publicly contradicted the Admiral of the Ocean Sea (Christopher Columbus) saying that Cuba was a long island but not mainland as Columbus assured. The Genoese made all the crew to swear and sign that the coasts they were viewing was of the continent, in order to prove to King Ferdinand and to Queen Isabella that they were close to China. Columbus took oath to the mariners in the presence of a notary public, and writing down that all those who denied the island nature of Cuba would have to pay a sum and suffer the mutilation of their tongue. In case the accused was a cabinboy or a similar, he would be lashed and his tongue would be cut as well. The Galician scholar protested and said that he would not swear what was not true. Not only because the Indian pilots insisted it was an isle but because there were several natural signs that made to think so. Such imprudence caused the priest to die of hunger. [István SZÁSZDI, "Cristóbal Colón y la muerte del Abad Gallego. Una historia de tiranos tropicales y un mito jacobeo", *Iacobvs. Revista de Estudios Jacobeos y Medievales.* 25–26, Sahagún. 2009, pp. 223–242.]

orders. Death penalties were ordered without the need of process, a practice against the Law of Castile and against the principles of natural law. Thus the Franciscan friars started calling the Viceroy the Pharaoh.

But this had not happened all the time. The first decisions taken by the Viceroy as Chief Justice after his first return to the New World World, during the period of (1493–1494) were to start implementing the *Siete Partidas*, the Castilian legal corpus, to the Indians without remorse. For legal means of the Christians the Indians had accepted the sovereignty of Isabella and Ferdinand in 1493, and on the other hand the Pope had made them the concession of the isles and mainland in the way to India that Columbus had discovered. The Arawak Taino Indians kept a very different idea of property from that of Roman legal tradition. Some *caciques* (native chieftains) were accused of theft and were condemned to public mutilation.

Columbus also clashed with the Royal servant Bernal de Pisa, whom he accused as a troublemaker and that had been sent by the Catholic Monarchs to investigate the book keeping of the Admiral in name of the *Contadores Mayores*, the high officials who were in charge of the Royal Treasury of Castile. The problem was that Columbus had not given over his books in relation to gold mining and the taxation of the Indians. Columbus was not declaring all the gold nor all the economic information of resources obtained from the Indians. Because of Pisa´s demands of the register books, he was kicked by the Viceroy himself in public by his own feet and later ordered under arrest and sent in shackles to Spain.[9] Such public humiliations of a public servant would had been punished severely in another case, but Queen Isabella did not take immediate measures against her *protegé*, instead she wrote to Columbus that she would take measures against Pisa. But before leaving the New World Bernal de Pisa managed to handle his quest to two other Royal *Continos*, servants of the Royal House under the direct orders of King Ferdinand and Queen Isabella.[10] One was called Juan de Luján, member of a noble family from Madrid who had served the Crown faithfully for generations. He and another officer were discovered in what Columbus considered a plot against him, but the charges against them were of sodomy and high treason. It meant a death sentence, Luján shouted while he was taken to the gallows that it was not true, and that he was loyal to the Queen. The execution of Juan de Luján was not only a murder but a political crime, and it was one of the most grave wrong doings that led to the Viceroys prison and dismissal. Luján was a royal officer and he had the right of being heard by King Ferdinand and Queen Isabella. His offense *contra natura* was not considered valid by Queen Isabella, because instead of capturing his belongings for the Crown – as the law ruled in the case of homosexuals – his wages were payed completely to his family as if Juan de Luján had not been condemned for the *"pecado nefando"*.[11]

The Columbus brothers had done their best to intervene all correspondence from the members of the colony sent to the King and Queen. They did not hesitate to order the killing of those that dared to inform in Castile what was really happening in the Hispaniola Island.

Sources

Until a few years ago, the reasons that moved the seizure of Christopher Columbus and his brother the *Adelantado* remained almost a mistery. It was evident that an important number of documents regarding the process that Bobadilla had initiated and that should had remained in the royal archives had been destroyed or taken out of place. It was easy to imagine that the hand responsible for such acts had been payed by the Admiral´s family. The archivist Isabel Aguirre discovered at the beginning of this century an incomplete original copy of the testimonies that Governor Bobadilla had gathered against the Viceroy of the Indies, Christopher Columbus, in Santo Domingo the year 1500. This very treasure was in the Archive of Simancas, Spain, kept uncatalogued until recent times when Varela and Aguirre published their book in 2006 with a complete transcription of the manuscript.

We have information of the death of a number of 14 Spaniards that were executed in irregular circumstances or without a legal process, with the witnesses and their answers regarding the conditions of their executions. Their names were:

1. *Pedro de Alarcón*, he suffered torture and was hanged for having rebelled against the Viceroy in company of Adrián de Múxica. Alarcón had complained that Columbus had sold him a horse for an expensive price, probably unsuitable, as well as garments. He had no process but his death sentence was registered by the scribes (*escribanos* in Spanish) Francisco de Luna, Rodrigo Manzorro and Cristóbal de Barrios in the town of Concepción in Hispaniola.
2. *Adrián de Múxica*, he was accused of rebellion and he was hanged in Concepción without a process as well. He had fled to Xaraguá disgusted of the injustices of the Viceroy. It was in this region where the *Adelantado*, Bartolomé Colón, asked the Indian princess Anacaona for mandioc and cassava bread to prevent starvation in the Christian settlements of Hispaniola.
3. *Comillas*, he had committed the crime of shouting: *"Viva el Rey"* (Long live the King!). First he was banished to the region of Cibao. Comillas was hanged in Concepción. He was processed.
4. *and 5. Pedro Gallego* and the *butler Vanegas,* both were servants of the Admiral-Viceroy. Both were members of the household of the Viceroy which permitted them access to the Alhóndiga, the public corn barn. It was there

[9] Pisa was one of he Castilian royal servants or "*continos*" that participated actively in the *Tercerías de Moura,* a measure of security taken to keep the Treaty of Peace between Portugal and Spain of 1479. If Pisa was mot executed by Christopher Columbus it was due to the great consideration of the Queen towards him.

[10] Regarding the *Continos* see, István SZÁSZDI LEÓN BORJA: "Los Continos de Los Continos de don Cristóbal Colón", *Espacio, Tiempo y Forma. Revista de la Facultad de Geografía e Historia*. Historia Medieval. Serie III, 13. Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), Madrid. 2000, pp. 397–420.

[11] Consuelo VARELA and Isabel AGUIRRE, *La caída e Cristóbal Colón. El juicio de Bobadilla*. Marcial Pons Historia, Madrid, 2006. p. 147. I have consulted Juan de Luján´s payments and salary as member of the Royal Household. They can be found in the Archivo General de Simancas, Casa Real, *continos*.

where flour and the sacks of wheat were kept. Sale and distribution of flour and bread were banned unless there were orders of the Viceroy to do so. Gallego and Venegas were accused of selling bread to some Christians. There was no investigation, nor were they processed and they were hanged to death in November 22, 1494. *Juan Vanegas* had travelled with Christopher Columbus. He was accused of selling bread to the Christians, but a witness declared that it was because he had offended Diego Colón, the younger brother of the Admiral, treating him by word as he was a fellow. Notary Manzorro said the *alcalde* (judge) opposed signing his sentence because he felt there was not matter to justify a death penalty. Because of that the Viceroy named Pero Fernández Coronel, a Jewish *"converso"* from Segovia, *Corregidor* in order to execute *Vanegas*.

6. *Martín de Lucena*, who fled from the town of Concepción because of hunger. He stayed with the Indians not to die from famine and he was accused in the gallows that he was put to death because he had given arms to the Indians. Columbus ordered his execution by hanging.
7. The Basque *Gonzalo*, who also had left Concepción for the same reasons that Lucena, after being captured and under torture confessed that he had laid with an Indian. For such wrong doing the Viceroy ordered his death in the hands of the hangmen.
8. *Juan de Luján*, the Royal Servant was sentenced to death by hanging following orders of the *Adelantado.* The *Viceroy* accused of high treason and sodomy. The second was a crime against Natural Law, the *Siete Partidas* ruled that sodomites should be burned in a stake, and it also was a case of the Inquisition. Luján shouted during his execution that he was innocent. The witness Juan de Salazar swore that Luján had been killed because he and Pisa had investigated Columbus for the *Contadores Mayores*, the Chief Financial Royal Officers of Castile, and the Viceroy discovered him.[12]
9. *Cristóbal de Madrigal,* had landed in Hispaniola in 1493 with the Admiral as a crossbowman. He was considered a rebel companion of Múxica. He was processed and tortured during his confession in presence of the Alcalde Mayor Roldán. Madrigal was hanged accused of treason, with a few days of difference from the arrival of Governor Francisco de Bobadilla to the port of Santo Domingo.
10. *Cristóbal Moyano*, has hanged in Concepción after being tortured. Moyano was one of the companions of Múxica. He fled with the Indians of Xaraguá because he could not bear the injustices of the Admiral against him. Columbus had given him a horse and later he ordered to discount it from his salary for which Moyano decided to flee with the Indians of Xaraguá.
11. *Miguel Muliart*, a Frenchman brother in law of Christopher Columbus because of his marriage with Briolanja Muñiz, did not save of the Viceroy´s fury. Muliart died while he was submitted to torture because he had translated from French to Spanish a letter to the King and Queen of one of the French Franciscan missionaries, Jean Tissin, against the Viceroy and the *Adelantado*.
12. *Adrián de Múxica,* was hanged in Concepción. Their was no processs in his case. He confessed in the presence of Francisco de Luna, notary. He was accused of rebellion. He fled to Xaraguá because he could not stand the irregularities of the government of the Columbus brothers. Some said that he coveted the Viceroy´s gold, others that he plotted to liberate from prison in Santo Domingo of the nobleman Fernando de Guevara.
13. *Pedro Riquelme,* we know little of his case, just that he was tortured and executed in Santo Domingo.
14. *Gonzalo Rodríguez de Bolaños* was another Spaniard hanged in the gallows, he was accused of plotting the murder of judge Velázquez. Francisco Roldán took his confession and presided his process in Santo Diomingo a short time before the arrival of the new Governor, the Comendador Francisco de Bobadilla.
15. *Gaspar de Salinas*, Notary of the Royal Chamber (Escribano de Cámara), he was also hanged under the accusation of sodomy. His case is the same one of Luján. He belonged as Luján to the group of Royal Officers that Pisa had entrusted to continue his investigation when Columbus imprisoned him. Instead of punishing harshly the Admiral and the *Adelantado* for their regime of terror and the constant breaking of law, when they landed in chains in Andalucia, the Queen ordered their freedom and only took him away the government of the Indies, keeping his other privileges. The suspicion that the charges against Salinas and Lujan were false is not only based on witnesses but in the irregularities of Columbus account keeping in Hispaniola that never were justified, With the deaths of Luján and Salinas, the two best informed men of the Columbian abuse and corruption, were silenced for good and the crimes of Christopher Columbus stayed impune. The Alcalde Mayor of Hispaniola, Francisco Roldán, informed Governor Bobadilla that Salina´s process was taken to Spain with Christopher Columbus.
16. *Jorge the Zamora,* was slaughtered by the Indians of the *cacique* Guarionex by precise orders of Christopher Colombus who warned the Indian chief that Zamora was an intruder who was spying him. We also know from a witness called Mateo, that Zamora was haunted out from Concepción because of hunger, he complained that he only received half of a cassava bread daily as only meal. Manzorro added that the Viceroy said that his death was necessary to stop others following his example.[13]

There were other victims, but these are those that have been recently documented from the fragment of the *Pesquisa* discovered in Simancas.

[12] See what is later said of Gaspar de Salinas.
[13] Consuelo VARELA and Isabel AGUIRRE, *La caída… Op. cit.* (note 9), pp. 146–149.

It is sad to discovery how far the Sevillian friar Bartolomé de las Casas, the said *"Apostle of the Indians"*, could go silencing all these events that spoiled the Admiral´s reputation as that of the *Adelantado*, his eldest brother. His capacity of dissimulation was due to his interest. We must never forget that Don Diego Colón, the eldest son of Christopher Columbus, was one of the protectors of Padre Casas since his first visits to the Spanish Court looking for support for his projects.

Worried of the complaints they received from Buyl and many others that had left the colony, as well from letters that escaped the control of the Admiral-Viceroy and of the *Adelantado*, the Catholic Monarchs appointed a new Governor to start a *pesquisa* or investigation that could find the truth of the complaints against the tyrannical government of Columbus. The new Governor, Frey Francisco de Bobadilla, Comendador de Aullón, arrived to Santo Domingo in late August 1500. His first sight of the colony struck him, entering the Ozama river he saw the gallows with some of the hanged. The ample powers which he had been bestowed to rule were extense. Francisco de Bobadila had to organize the investigation against the Columbus brothers as a *"juez pesquisador"*. During the first weeks Columbus protested the Royal charter with the nomination of Bobadilla. Even if Columbus menaced with resistance, and had sent for archer Indians in the countryside, Bobadilla had brought with him in his *Armada* 500 able men, plus those that were discontent in Hispaniola, made foolish any intent to disobey him. Because of this Columbus and his two brothers – Don Bartolomé and Don Diego – were taken prisoners. It was not surprising that the colonists queued to take oath and answer as witnesses. The Columbus brothers were sent by Bobadilla in chains to Spain, while he stayed behind reorganizing the territory until a new Governor was sent, which happened in early September 1501. Then Bobadilla returned to Spain and his caravel as the rest of the *Armada* shipwrecked, drowning close to Cadiz. Such a luck for Columbus was not enough from stopping to loose control of the New World, in the Royal Council he had many talented enemies like Bishop Juan Rodríguez de Fonseca who were bitter of his performance and his continued disrespect for Castilian Law. The negligence of the Admiral and the *Adelantado* to inform the Crown was an important offense, his actions to stop an official investigation of his income should had been enough for accusing them of conspiracy high treason and the murder of two royal officials. The Queen had the last word, and she spared the Genoese.

New *arcana imperii*

*Mariavittoria Catanzariti**

Abstract

The traditional approach to secrecy is differently carved out upon a public perspective, or a private one: according to the former, secrecy looks like a tool of power; according to the latter, it is an instrument of individual warranty. This framework, by and large, turns out to be the western model of admitting secrecy within the legal system.

This paper shows how secrecy, instead, does not involve different interests according to the private or the public sphere, neither we can talk about a new version of "reason d'État" nowadays. It, rather, affects at the same time the public use of information as power or control, and the private benefits of playing on individual rights.

Therefore secrecy is strictly related to the development of democracy. The hidden decisionmaking always depicts a threat in defining the public sphere, and its rise is sometimes tied to the increase of public power at the expense of individual rights. The conflict stems from the democratic process itself. Democracy, indeed, requires secrecy to protect both individual rights and state prerogatives, but an excessive use of secrecy weakens the strength of the political institutions. This paradox has been traditionally presented as the "breached promise of democracy." Its drift, in the worst case, lets public powers manage without getting public consent. It means, in other words, to make legal practices not recognizable when public interests are at stake.

Secrecy has been here adapted to a few historical patterns that mostly address it to the public/private dichotomy, from the ancient world on. Nonetheless, this is not a historical overview of secrecy, but an attempt to use history for explaining some cultural trends.

The overall thesis of the paper is that the traditional idea of the double perspective could be somehow revised. Secrecy does not give up being a propaganda of public powers even though it involves private rights, and even though it enforces private rights. It lays where more power is allocated, as an outcome either of the struggle against power, or of the use of power itself.

***Key words**: secrecy; democracy; theory of law; history of law; arcana imperii; secret; public sphere; politics; raison d'état.*

1. Law and Secrets

This paper deals with the typical notion of the "secret". However, the paper's title, "*new arcana*", points to a meaningful conceptual reinterpretation of this old notion.

Sometimes modern concepts are employed in order to understand ancient processes. In the case of "secrets" the stakes are rather the opposite. Indeed, it is challenging to find a word, which is capable of grasping everything that the Latin term *arcana* does.

A preliminary remark concerns the use of the plural "*arcana*" instead of the singular "*arcanum*" (which means hidden, secret)[1]. The plural term better illustrates the range of implications and references that the phenomenon of secrecy implies. The expression "*arcana imperii*" was coined to imply a secret art of government that imitates the old *arcana naturae* (secrets of nature). Soon, however, it ended up touching a neutral ground. Indeed only in exceptional circumstances was easy access to secrecy allowed. In the meantime, even tough the free access let public power yield to the glimmer of private expectations, it even occurred on no account. This obfuscation is the result of a sliding back and forth between public and private fields, wherein the word "secret" is seemingly kept at the same distance. The term "*arcana imperii*", however, reveals its bond to the idea of power[2]. It is for this reason that the secrecy of *arcana* defies the warp of law, lying midway between its case in point and its history.

In the following notes I examine a few conventional historical modes of arranging the relationship between *law and secrets*. More precisely, I will provide an overview of the historical reasons that end up disclosing secrecy within the public room. I ultimately describe how in the ancient world secrecy was at first hidden[3] and then later unveiled[4]. This path and the destiny of democracy seem to overlap if democracy is seen to be a space

* Mariavittoria Catanzariti, PhD., Department of European Law, University of Roma Tre, Italy.

1 The Latin term "arca" means "casket "

2 *KENNEDY*, Dunkan, 'The Stages of the Decline of the Public/Private Distinction', *University of Pennsylvania Law Review*, 130 (1982), p. 1349

3 In Latin the term used is 'secretum', which means 'concealed'

4 *ORESTANO*, Riccardo, 'Il metabolismo dei giuristi', in R. Orestano (ed.) *Diritto. Incontri e scontri*, Bologna, 1981, pp. 737–745

where secrecy is supposed to be limited in the public sphere and extended in favour of private individuals.

It is helpful to make clear at the outset that I do not deal here with the legal history of *arcana*. Nonetheless, I attempt to use history in a diachronic sense[5].

A word like *arcana* suggests an entire ensemble of cultural behaviours that in a certain moment become a social issue and disconcert the traditional split between public and private.

The word *arcana* is more pregnant than "secret" for at least a couple of reasons.

First, it brands itself as belonging to a certain epoch in the history of political thought, while the modern translation into "secret" is adapted to the particular technique of conceptual differentiation[6] of the contemporary legal framework. Indeed, with respect to secrets, law is able to appropriate a few different models of normative life for its own use. It works on a field where a secret is able to simultaneously act in a variety of different ways: like a legal form or a historical event, like a principle or a rule, like a right or a power, like public communication or a mode of governance. While *arcana*[7] has a narrower connection to politics, it certainly brings the problem back to the original core.

Second, it lets us explore power's progressive lack of visibility as a strategy of control.

This second point shapes my arguments in two different ways: first, it suggests the consistency of secrecy seen from a historical perspective; second it points to secrecy's history of adaptation to legal concepts. With respect to the first point, it is important to determine when it is possible to start talking about the emergence of relationships between public and private in terms of secrecy. Concerning the latter point, it is significant that the concept of secrecy, as a form social praxis, was carved out from beyond the confines of the legal field. In other words, secrecy seems to be present within all social systems but in such a way that it is embodied in different categories.

Thus, it becomes quite clear that secrets are intimately linked to their own time. They act like "social facts", to borrow an idea formulated by John Searle[8].

From this perspective, the aim of this paper is to single out a few relevant periods wherein the assets of secrecy among public powers and individual rights have shifted.

2. Old "arcana imperii"

The first model is that of *arcana* in the ancient world. Here the importance of secrets depends on how close society is to its structures[9]. It is crucial, for instance, that in Roman law the idea of the State has been shaped, basically, as a centre of private rights' allocation. Public law seems to be the sum of private experiences; it has no autonomy. Two consequences follow from this assumption: *i)* a concept of the State has not been framed; *ii)* the public sphere is constituted by *populus romanus*, which has inborn private rights[10].

Moreover, when the *princeps* replaces the *populus*, the institutionalisation of power acquires a personal basis through the attribution of private rights to the State.

The Roman Empire was a personal empire, where the prince could recognize himself, and citizens were nothing but subjects to the power of prince[11]. Indeed, during the republican age, the *res publica* was the centre of the king's property where, nonetheless, the king was supposed to represent the corporate interests. Within this scenario secrets increase considerably, and they develop in a fragmentary way where the boundaries between the public and the private sphere become indefinite[12].

In the Roman world, for instance, the place of power gathers prominence: *auditorium* and *consistorium* are the places of collective life. This example suggests that knowledge is increasing attached to the power of technique (*techné*). In these places people stand; Augustus is the only one who sits. This example, illustrates the fact that knowledge always implies a high award to those who can be tempted to go across forbidden thresholds.

The other place of decision-making is the *secretarium*. Here access is not allowed and the judge is kept hidden from indiscreet eyes. This indicates the erosion of the idea of public participation and, in its place, the emergence of with the paradigm of "justice administration". It is reminiscent of the concept of "taking possession of space". The property of contingent, the interest involved imposes itself as an instrument of enforcement (*instrumentum regni*).

Regardless, there is no doubt that in the Roman world, in spite of the fact that the concept of secrecy was well rooted in the social conscience and widely transposed into legal language, secrecy itself had no normative regulation. Moreover, secrecy was always present in every dimension of daily life, but it was present, paradoxically, as simultaneously both "known"/ and "hidden" (*clam/palam)*[13]. In the private sphere this phenomenon is more self evident, even though the technique of secrecy was more frequently used within the field of procedure.

A "small amazing anecdote"[14], very nicely illustrates the simultaneously known and hidden existence of secrets in the Roman world. The tale recounts the secret theft of the calendar and the tables containing the *ius civile* (civil law), which had been physically preserved in a sort of archive called *aerarium*. This theft is conventionally ascribed to Gnaues Flavius, who

---

5 *FOUCAULT*, Michel, *Discorso e Verità nella Grecia Antica* (translating *Discourse and Truth. The Problematization of Parrhesia* into Italian), Roma, 2005, p.12

6 *LUHMANN*, Niklas, *La differenziazione nel diritto*, (translating *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie* into Italian), Roma-Bari, 1990, p. 61; *WEBER*, Max, *Economia e società* (translating *Wirtschaft und Gesellschaft* into Italian), Milano, 1974, II, pp.14–17

7 As opposed to the term "secret"

8 *SEARLE*, John, *The Construction of Social Reality*, New York, 1995, pp.120–124

9 In comparison, the modern world is characterized by an important difference in its multiform perspective of the public/private dichotomy

10 *ORESTANO*, Riccardo, *Il problema delle persone giuridiche nel diritto romano*, Torino, 1968, pp.185–202; *BRETONE*, Mario – *AJELLO*, Raffaele, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli, 1971, pp. 11–16, 42–44

11 The latin term is "subiecti" (this is the origin of the modern expression 'Rechtssubjekt' or 'soggetto di diritto'

12 *ORESTANO*, Riccardo, 'Gli Arcana nel mondo romano', in R. Orestano (ed.), *Edificazione del giuridico*, Bologna, 1989, pp. 40–45

13 Ibid., p. 44; *BRETONE*, Mario, *Diritto e potere nella storia europea*; *Il diritto invisibile in Diritto e tempo nella tradizione europea*, Roma-Bari, 2004, p. 105

14 *SEEK*, Otto, *Die Kalendarfartel des Pontefices*, Berlin, 1885, p. 35

was originally a clerk and later was appointed *aedilis curulis*. The anecdote has a political meaning: it suggests the removal of law and time and its appropriation for the exclusive knowledge of pontiffs. Therefore, in a sense, the modern problem of free access to the law was actually already an existing one. The debate spread from the interpretation of the Twelve Tables. Indeed, after they were compiled, they needed to be interpreted and debated in front of the tribunal. Both, this activity and the knowledge of the *formula*, suggested a specific competence, which was reserved for the pontiffs. Only they knew, for example, the days that were available for the commencement of legal proceedings, the so called *fasti*. After his discovery of the archive, Gnaeus Flavius swore off writing[15].

This short tale is significant at least in one respect: the activity of writing locks the archive of knowledge[16]. A political act in defence of free access to law was farsighted, but it implied many consequences.

First of all, jurisprudence lost value because it was easier to enforce the public written *formula,* which was no longer kept secret. Secondly, the risk of losing a case due to "breach of *formula*" was escaped.

This story is linked to the use of secrecy in the legal framework. More than likely, the core of the whole conceptual problem of secrecy in the ancient world was the invisibility of *formula*. I properly refer to the link between *actio* and *exceptio* within the ancient trial. The Romans discovered a *formula* in order to present the "exception" (plea), which laid on the borderline of the law because it was excluded by the *ius civile.* Indeed the sentence proceeded from what defendants did not plead[17]. In this sense, the exceptio showed the contradiction between the *ius civile* and the *ius honorarium.*

The *exceptio*, in other words, shifted the boundary between the *inside* and the *outside* of law, or better yet, between its visibility and its implied existence[18].

An elaboration of the dispute about the *actio* requires the introduction of the famous controversy between Windscheid and Muther. I mention the debate not as a mere tribute to traditional legal history. Rather, a deep reason brought together the life of secrets and the problem of applying rights, a reason that I will be in a better position to explain later on.

Windscheid pointed to the substantial congruity of action, claim and subjective right. Thus, the overlapping of *actio* and *formula* would take place within the trial, not within the *ius civile*[19]. Muther considered the *actio* as a claim to a *formula*[20]. The core of the dispute was focused on the meaning and limits of the *actio.* From Muther's perspective the *actio* is a claim for erasing the legal violation of the right of another. This circumstance could occur not in every case, rather only when there was a reply[21]. This dispute was subsequently summarized by Giovanni Pugliese. Briefly, he focused on Windscheid's thesis of the meaning of *actio* as subjective right. In light of the assumption that Roman subjective right could be re-enacted as a fading demand, Windscheid argued that opting for actions that contradict subjective rights was a question of expediency[22]. On that account, the *actio* exists "because of the fact of a judge"[23]. Therefore, the difference between action and subjective right consists in the sanction of a judge[24]. Indeed, the *ius honorarium* functions as a field where subjective rights and duties of obligation[25] are recognized within the prism of *actio*[26].

So, the idea of 'legal subject' is born and moulded in a space that is seemingly free from power. It is not surprising that the discussion of secrets interweaves with the red thread of the constitutional tradition of 'subjective rights'. Secrets, within this formulation, have seemingly been built in the gaps between rules. Nevertheless, the modern legal subject is chargeable with rights, and as a result, he must acquire his for himself rights in order to be free. Thus, the absence of law exists as a *silent voice* that appears sometimes like an obligation to be born, and sometimes like a right to be defended.

However, one of the most important manifestations in the development of subjective rights, is the rise of the Franciscan rule. It represents a rights waiver and the triumph of individualism over property. This thesis has its roots in the perspective Ockham, for whom the subjective right is the endowment of individuals with a legal share in power [27]. On the basis of a modern reading framed by Niklas Luhmann, the problem is that the protection of rights is enforceable on legal grounds, but only with a great deal of abstraction[28].

---

[15] *DETIENNE*, Marcel *L'espace de la publicité: ses opérateurs intellectuels dans la cité*, in M. Detienne (ed.), *Les savoirs de l'écriture. En Grĕce ancienne,* Lille, 1988, p. 64

[16] *FÖGEN*, Marie Therese, *Storie di diritto romano* (translating *Römische Rechtsgeschichten. Über Usprung und Evolution eines sozyalen Systems* into Italian), Bologna, 2005, p. 141

[17] *AGAMBEN*, Giorgio, *Homo Sacer: il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, 2005, p. 27

[18] *FOUCAULT*, Michel, *L'ordine del discorso* (translating *L'ordre du discours into Italian*), Torino, 1972, p. 14

[19] *WINDSCHEID*, Bernhard – *MUTHER*, Theodor, *Polemica intorno all'actio*, Firenze, 1954, p. 291

[20] Ibid., p. 233

[21] Ibid., p. 175

[22] *PUGLIESE*, Giovanni, *Actio e diritto subiettivo*, Milano, 1939, p. 247

[23] Ibid., p. 247

[24] Ibid., p. 157

[25] Ibid., p. 139

[26] A similar process takes place in England during the XI–XII centuries, where the issuing of writs by clerics clashes, on the one hand, with the growth of ecclesiastic power opposite to the royal power, and on the other, with the birth of subjective rights; *see* A. Gambaro – R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, (Torino, 2002), p. 74

[27] *VILLEY*, Michel, *La formazione del pensiero giuridico moderno* (translating *La formation de la pensée juridique moderne* into Italian), Milano, 1986, p. 197; 'Les origines de la notion du droit subjectif', in M. Villey (ed.*), Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, 1957, p. 249

[28] *LUHMANN*, Niklas, *La differenziazione nel diritto,* p. 309

More precisely, this problem symbolises the legal bind[29]: the only hope for individuals is to defer their rights to the *ius fori*. This formulation (the opposite of the Thomistic Doctrine's orientation toward the concept of objective right) overlaps with the philosophical doctrine of nominalism, whereby individuals grasp the world by giving names to things. Actionable rights, in this case, are a good example[30]. The background of such an assumption, the concept of "unknown" of the world (H. Blumenberg's "*Unbekannt*"), can easily be related to the idea of *arcanum.* As long as the "secret" of language progressively comes to light, then the secrecy acquires historical weight and becomes a language of secrets. Thus progressively the connection between names and things looses its strength[31] giving way to the abstract process of rights' definition.

3. From "arcana" to the "raison d'État"

The irruption of secrets into language flows into two further models that are of semantic importance. The first comes from the medieval outline of *arcana dei* and *arcana imperii*, found in the theory of "*The mysteries of State"*[32]. It refers to the prominence of the oath. The oath permits the transfer of coercive words from the individual conscience to the realm of public relevance. In these different shifts, secrets remain under the veil of a shadow[33]. The oath represents an example of how a secret is interwoven in language. Indeed, during the Middle Age, secrecy was taken for granted like a "dogma" of political embodiment, and it was lived as an invisible entity through the rule of an impersonal institution: the crown.

The breach of the oath, for instance, was a crime *contra personam vel coronam* (that is against the *corpus mysticum* and the *corpus ecclesiae iuridicum*). The office turned into the fiction of *persona ficta.* Thus, the deathless quality of the king was in its dignity, not its office. The king simultaneously possessed both a mortal and an artificial character. In this double transition that the oath enacts, the corporative quality of royal dignity was represented by the continuity between the successor and the predecessor. In this perspective, the *corpus mysticum* had two different meanings: first, it was a visible *corpus* of the Church and an invisible liturgical sphere; second, it established a link to the idea of the sacred Empire as the social *corpus* of the Church. The metaphor of the State of emergency consists of these two meanings of *corpus mysticum.* The government was considered to be both a *mysterium* of sorts and something like the sacred *ministerium* of justice[34]. This paradox is founded on the progressive severance of the divine body from the human body. On the other hand, this fiction found its cause and its aim in a typical 'technique of *partage'* between person and office.

The question became the following: how is it possible to build the public *persona* of the king?[35] This question rested atop the basic assumption that it was not possible to ascribe the full entirety of *fiscus* to the king or the community. The problem seems to have warranted the rise of *perpetua necessitas*: the State could be omnipresent only through yearly taxation. The *fiscus* was, indeed, an impersonal entity, and as such it needed to refer not to another mortal being, but rather to the crown. Consequently, the goods that constitute the *fiscus* [36] could not be sold or transferred by the king because they represent the very things that the crown is supposed to preserve and increase: peace and justice (roughly equivalent to the modern concept of common goods). Because God and *fiscus* never die, they ensure an eternal public sphere of rule. They ensure the renewal of dynastic continuity, the *corporation* of crown and the immortality of social dignity. The immaterial features of the king persisted above and beyond his life through mandatory acts whose procedural elements strengthened their force[37].

The fictitious character of the king's body represents the first un-differentiation between king and society that will later lead to the theory of the social contract. Two distinct bodies emerge: one from nature, the other from the political order.

As a side note, Yan Thomas' examination of the regime of public goods during the Middle Age offers a nuanced interpretation of the *sujet de droit*[38]. He subtly observes that personifica-

---

[29] *VILLEY*, Michel, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, p. 202; 'Le droit de l'individu chez Hobbes', in M. Villey (ed.), *Sur le notion du contract*, Paris, 1968, p. 209; *Métamorphoses de l'obligation in Philosophies du droit anglaises et américaines et divers essais*, Paris,1970, p. 287; 'Contre l'humanisme juridique', in in M. Villey (ed.), *Sur le notion du contract*, p. 205

[30] *VILLEY*, Michel, *La formazione del pensiero giuridico moderno,* p. 146

[31] The legal framework reaches the top of the mystic language when it makes use of a typical form of speech act, when it confirms and enforces a previous linguistic sentence. A lack of correspondence requires that the whole language be thought like a name by a particular kind of speech act, the oath. At that moment the history of oath was forever bound to the history of the Western world. It acts as a warranty of language's power; and its important trace continues to follow the legal tradition; *see BENVENISTE*, Emile, 'L'expression du serment dans la Grèce ancienne', *Revue de l'histoire des religions*, (1948), pp. 81–82; *AGAMBEN*, Giorgio, Il *sacramento del linguaggio. Archeologia del giuramento*, Roma-Bari, 2008, p. 7, 73; *FOUCAULT*, Michel, *Le parole e le cose* (translating *Les mots et les choses* into Italian), Bologna, 1978, pp. 49, 79, 318; *CHIFFOLEAU*, Jacques, 'Dire l'indicible. Rémarques sur la catégorie du nefandum du XIIe au XIVe siècle', 45 Annales (1990), *Histoire, Sciences Sociales*, p. 392

[32] This theory was dubbed in its most popular version by Ernst Kantorowicz

[33] *PRODI*, Paolo, *Il sacramento del potere*, (Bologna, 1992), 444; *Fisco religione Stato nell'età confessionale*, Bologna,1989, p. 7

[34] *KANTOROWICZ*, Ernst, *Les mysteries de l'Etat,* in E. Kantorowitz (ed.), *Mourir pour la patrie et autres textes*, Paris, 1984, p. 83

[35] *CONTE*, Emanuele, 'Kantorowicz', in O.Cayla – J. L. Halpérin (ed.), *Dictionnaire des grandes ouvres juridiques*, Paris, 2008, p. 318

[36] The "res quasi sacrae" stand for "fiscalia" and were distinguished by "patrimonialia"

[37] *KANTOROWICZ*, Ernst, *I due corpi del re* (translating *The King's Two bodies. A study in Mediaeval Political Theology* into Italian), Torino, 1989, pp. 269–329; 'Christus – Fiscus', in E. Kantorowitz (ed.), *Mourir pour la patrie et autres textes*, p. 63; *TEUBNER*, Gunther, 'The King's Many Bodies: The Self Deconstruction of Law's Hierarchy', *Law and Society*, 31, 4 (1997), p. 766: "The contradictory multiplicity of law' identities and the founding paradox of law are both to be found hidden behind the facade of law's hierarchy at the top of which the king's Two Bodies are governing law's empire. The constitutional law construction of the political democratic sovereign as the top layer of law's hierarchy has allowed the law to externalize its threatening paradox and to hand it over to paradox where it is "resolved" by democracy".

[38] *THOMAS*, Yan, 'Corpus aut ossa aut cineres. La chose religieuse et le commerce', *Micrologus*, VII (1999), p. 74

tion was used to ascribe rights, rather than to protect goods[39]. These rights were imputed through the traditional distinction between persons and things: individuals, in other words, cannot be 'things owned by persons'. Moreover, Thomas recognised that rights and powers constantly exist in a dialectical relationship. From his point of view, the subjective right was not sufficient for the definite elimination of the *persona*. Rather, it produced dissociation between subject and body, thereby enabling the creation of the *persona*[40]. Finally, with the onset of modernity, subjective right comes to represent the power to act whereas nature comes to represent the object of that power, and the transformation of nature becomes a technique to indicate the power itself[41].

Regardless, the idea of a king as living law is not part of the Roman legal culture as much as it is part of the Greek one, in *nomos basilèus* for example[42]. In other words, this assumption basically produces the law/case couplet (*nomos/ tyché*). The duty of loyalty was particular to the function of the oath, and it was the first form of social contract. It consisted of a holy act wherein the objectification of power took place. It is not by chance that this happens within public law, because the enforcement of law through the enforceability of the oath is a public act.

This trace of a confidential promise merges into the next model: political Mannerism.

This historical model arises from the secularization of the king's *corpus*. Indeed, it takes place during the seventeenth century, when the strongest enforcement of the State yields the strongest constitution of individuals[43]. Law gives no space to the right of nature and so can only exist in its silences and gaps. The only valid rule forbids violating *pacts and covenants*, and it therefore becomes the natural site for the shaping of secrets. This produces – as Friedrich Meinecke observed – an "unstable logical imperfection"[44]. If public perfection is to be achieved, therefore, the king must to hide the political outcomes of moral plans. Thus, public communication becomes the only ground of dispute between king and individual[45]. The individual lends himself to society, and thereby avoids binding his conscience. From this perspective, secrecy becomes a social praxis of 'communication between the line', as Leo Strauss suggests:

"Persecution then gives rise to a peculiar technique of writing, and therewith to a peculiar type of literature, in which the truth about all crucial things is presented exclusively between the lines. That literature is addressed, not to all readers, but to trust-worthy and intelligent readers only. It has all the advantages of the private communication without having its greatest disadvantage – that it reaches only the writer's acquaintances. It has all the advantages of public communication without having its greatest disadvantage – capital punishment for the author "[46].

The secret becomes a means of social organisation because the "subject of law" constitutes "man"[47]. Under the veil of the authority of the State, private feelings are deprived of political effects. They are suppressed through the control of conscience, something that is impossible to judge outside oneself.

The Mannerist idea of "*raison d'État*" is founded on "the *secret* of policy making". The world of power is not accessible to common people, and only those who are familiar with the chaos are capable of the prudent use of passion[48]. From this perspective, prudence is the doctrine of pleasant frauds[49]. On the other hand, the secrets of politics are doubled by the secrets of individuals, who can only increase their personal aptitudes through the construction of an imperturbable front of power.

The debate about values has to come to an end because its perpetuation can only lead to civil war. Natural *laws* cannot be universally accepted because there are as many "rights of nature" as there are individuals. Individual values are therefore sacrificed in the name of the principle of power's alliance. Meanwhile, politics is again and again adapted and conformed to technique: it is not important what the rights are, but rather how they perform. It is not the "just law" that is most relevant but the "just king": who can decide and in which way. Similarly, the major question is not what constitutes an unjust war, but rather who constitutes an unjust enemy is[50].

Therefore, during the second half of sixteenth century, a conceptual difference between Mannerism and Baroque appears: the former does not yield to the irresolvable conflicts, whilst the latter shows a strong feeling of disappointment due to the "location of fear"[51]. It is interesting that this distinction exists

[39] *THOMAS*, Yan,, 'Le sujet de droit, la personne et la nature', *Le dèbat*, 100 (1998), p. 94

[40] *THOMAS*, Yan,, Ibid., p. 99; O. Cayla – Y. Thomas, *Il diritto di non nascere. A proposito del caso Perruche*, (translating *Du droit de ne pas naître* into italian), Milano, 2004, p. 112

[41] *THOMAS*, Yan,, Ibid., 105

[42] *RESTA*, Eligio, *Il diritto vivente*, Roma-Bari, 2008, p. 9

[43] *ELIAS*, Norbert, *The Civilizing Process Vol 2*, New York, 1982, p. 91

[44] *MEINECKE*, Friedrick, *L'idea della Ragion di Stato* (translating *Die Idee der Staaträson in der neuen Geschichte* into italian), Firenze, 1942, p. 328; STOLLEIS, Michael, *The Eye of the Law. Two essays on Legal History*, Abingdon,UK, 2009, p. 27

[45] Michel de Montaigne develops this idea in his discussion of the "lonely individual" who is repeatedly amalgamated with society; *see MONTAIGNE*, Michel, 'Della solitudine', in F. Garavini (ed.), *Saggi* (translating *Essays* into italian), XXXIX, Milano, 1966, p. 310

[46] *STRAUSS*, Leo, *The Persecution and the Art of Writing*, Chicago: University of Chicago Press,1988, p. 25

[47] *KIRCHHEIMER*, Otto, 'Private Man and Society', *Political Science Quarterly* 81, (1966), pp. 4–7

[48] SCHNUR, Roman, *Individualismo e assolutismo* (translating *Individualismus und Absolutismus* into Italian), Milano, 1979, p. 62; *GAUCHET*, Marcel, 'L'Etat au miroir de la raison d'Etat: La France et la chrétienté', in Y. C. Zarka (ed.), *Raison et déraison d'Etat. Théoriciens et théories de la raison d'Etat aux XVI et XVII siècles*, Paris, 1994, pp. 197, 211; *AJELLO*, Raffaele, *Il collasso di Astrea. Ambiguità della storiografia giuridica medievale e moderna*, Napoli, 2002, p. 261

[49] *BOTERO*, Giovanni, *La ragion di Stato* (1590), Roma, 2009, pp. 41–45; *MÜNKLER*, Henfried, 'Staatsräson und politische klugheitslehre', in *Pipers Handbuch der politischen Ideen*, III, (1985), pp. 59–67

[50] *GENTILI*, Alberico, *De iure belli libri tres*, translation of the edition of 1612 by John C. Rolge, IV, Oxford, 1933, p. 35

[51] *MEINECKE*, Friedrick, *L'idea della ragion di stato*, p. 58

in the domain of politics but not constitutional history[52]. Why is the distinction limited to the domain of politics?

The first reason is that politics is held to exist as though it were a pure fact where values can no longer play an independent role. The sole acknowledged value could only be achieved through obedience, the mere act of observing the king's will. Moreover, according to this theory, Mannerism seems to be the historical situation where instability and variability begin to gain clarity, a clarification that is achieved by turning against all that is conformist. Thus, this same process implies the elevation of individualism. In any case, it was born as an undifferentiated movement against "anti-state conformism"[53]. Better, it has been drawn up like an *élite* theory of unconformity, the initial assumption of which rests on the task of revealing the secret "irregular harmony" contained within the unity of contradictions.

It is not the case, indeed, that the spokesmen of that *élite* were the king's advisers. The members of that class vindicated their freedom from the Church, but the guarantor of their struggle was inevitably the king. The force of the State must be measured by the compliance it elicits with respect to the restriction of the control of the conscience[54]. Thus, not even the king can appeal to consciences. Moreover, he is subjected to the obligation of the tolerance of different religions. This represents a threat to the Church, whose dogma retains social function only as long as it does not admit differences among believers[55].

In any case, Mannerism is suited neither for the establishment of a political order nor for the construction of a political *élite;* such a *élite* remains submerged underneath the protection of an authoritarian regime. Occasionally a few individuals pan out through the knowledge of *arcana*, but such instances are entirely the product of individual characteristics[56]. This also glosses over a distinction between the political Mannerism and the traditional "raison d'État". While in the former the secrets of political decisions is a mandatory domain of politics, the latter has a plot that is entirely tied to the narrative of the king's palace.

In other words, the Baroque is the final attempt, the last gasp of a Mannerist order [57]. The baroque drama is the highest expression of this feeling, and its history has this character of transience[58]. The king represents for history because he alone can decide on the state of exception[59]. This explains the unsettled question of the Baroque as a concept of time. In one sentence, "the essence of Baroque is the simultaneity of its actions", as Hausenstein observes[60]. Such simultaneity indicates the king's inability to decide on the state of exception. The necessity of history reveals itself when the time of decision does not coincide with the "time of world"[61]. The extraordinary effect of this is that the feeling of vileness is able to coexist with the public opinion of the sacred king's violence. Tyrant and martyr are the two faces of the royal essence[62].

History, therefore, becomes a legal process when the connection between sin and accountability is broken. The king remains without blame but he is responsible for the entire community, whereas the 'subject' has a double sin, both in private (in relation to the other subjects) and in public (in relation to the king) [63]. Since the State chooses observance as its characteristic ethic, it is always inclined toward secrecy[64].

If an individual claims to be vested with a prerogative that the State reserves for itself, he has to disguise his action. The result is the necessity to negotiate the tension between the desire for power *ex parte principis* and the desire for the compensation that is offered in exchange for observing rules *ex parte populi*[65]. The close alliance between the law and the king encourages the pursuit of frauds under the cover of high ideals.

4. The dissimulation of secrets: the public use of speech

Nevertheless, during the Enlightenment – the fourth model examined here – the secret loses its moral and social meaning and takes on an intellectual one[66]. The slogan of the Enlightenment becomes the "public use of reason"[67]. This remark of Kant's refers to the use of public reason by a learned man in front of an audience of readers. The postulate of publicity

---

52 *HUBATSCH*, Walter, "Barock" als Epochenbezeichnung, *Archiv für Kulturgeschichte* 40, (1958), p. 122

53 *SCHNUR*, Roman, *Individualismo e assolutismo*, p. 90

54 *COSTA*, Pietro, *Iurisdictio: semantica del potere politico nella pubblicistica medievale*, Milano, 1969, p. 306; N. Elias, *The Court Society*, New York, 1983, p. 66

55 *SCHNUR*, Roman, *Individualismo e assolutismo*, p. 94

56 *SCHNUR*, Roman, Ibid., p. 98

57 *SCHNUR*, Roman, Ibid., p. 64; R. H. Popkin, *The History of Scepticism*, Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 239

58 *BENJAMIN*, Walter, *Il dramma barocco tedesco* (translating *Ursprung des deutschen Trauerspiels* into Italian), Torino, 1999, p. 151

59 *BENJAMIN*, Walter, Ibid., p. 39; C. Schmitt, *Political Theology*, (translating *Politische Teologie* into Italian), Cambridge: MIT Press, 1985, p. 13

60 *HAUSENSTEIN*, Wilhelm, *Vom Geist des Barock*, München, 1924, p. 9

61 *MUMFORD*, Lewis, *The City in History*, New York, 1961, pp. 353, 372

62 *GRIFFITH*, Paul, 'Secrecy and Authority in Late Sixteenth – and Seventeenth Century', *The Historical Journal* 40, (1997), pp. 935, 945–951; *BENJAMIN*, Walter, *Il dramma barocco tedesco*, p. 44

63 *STOLLEIS*, Michael, *Stato e ragion di Stato nella prima età moderna* (translating *Staat and Staatsräson in der frühen Neuzeit:Studien zur Geschichte des öffentlichen Rechts* into Italian), Bologna, 1998, p. 44; *TENENTI*, Alberto, Teoria della sovranità e ragion di Stato nella Repubblica di Jean Bodin (1576)', in *La «République» di Jean Bodin*, Atti del convegno di Perugia 14–15 November 1981, Firenze, 1981, p. 419

64 *HOBBES*, Thomas, *Leviathan* (1651), XXXI, Oxford-New York, 1996, p. 30; *BOYLE*, James,'Thomas Hobbes and the invented Tradition of Positivism: Reflections on Language, Power, and Essentialism, *University of Pennsylvania Law Review* 135, (1987), p. 400–406

65 *GORLA*, Gino,'Iura innaturalia sunt immutabilia. Limits to the powers of the "princeps" (as sovereign) in legal literature and case law between XVI and XVIII centuries', in A. Pizzorusso (ed.), *Italian Studies in Law*, I, Dordrecht, 1992, p. 61; *FEYEL*, Gylles, 'Renaudot et les lecteurs de la Gazette, les « mystères de l'État » et la « voix publique », au cours des années 1630', *Le Temps des médias*, (2004), p. 166–169; *AJELLO*, Raffaele, *Arcana juris. Diritto e politica nel Settecento italiano*, 137, Napoli, 1976, p. 137

66 *CASSIRER*, Ernst, *La filosofia dell'Illuminismo*, Firenze, 1935, pp. 19–32

67 *KANT*, Immanuel, Che cos'è l'Illuminismo? (translating *Was ist die Aufklärung?* into Italian), in G. Sasso (ed.), *Antologia degli scritti politici*, Bologna, 1977, p. 52

consists in this: the use of reason must be free at every moment, it must be without limit, and only it represents the vehicle of the Enlightenment of men. On the other hand, the private use of reason was confined to the civil role in which a person was engaged; and the private use of reason could occasionally be limited without hindering the progress of Enlightenment[68]. From Kant's perspective, the public use of reason has nothing to do with the duty of obedience; it cannot, in other words forbid the obedience of laws. In short, men are allowed to speak freely as intellectuals in front of a public[69].

At this point a few remarks are necessary. First, the Enlightenment witnessed the birth of a new *élite:* the intellectual bourgeois class. This group was able to act in public through the power of persuasion and knowledge. Second, this new intellectual class progressively replaced the old *élite* of king's advisers (the holders of the secret knowledge). Third and finally, the problem of the Enlightenment was posed by Kant in the expedient question,*"Was ist die Aufklärung?"*. The answer to the question was the following: *"Sapere aude"*[70].

The topic of forbidden knowledge is a *leitmotiv* of the evolution of power. Until the revolution of the public use of reason, the "admitted learning" excluded the traditional forms of secrets: *arcana dei, arcana naturae, arcana imperii.* Their discovery meant upsetting the balances of long-acquired certitudes. The knowledge of *arcana naturae* affected the relationships among the other forms of secrets. "Casting the sky into the earth", as Copernicus was able to do[71], gave men the confidence to also know the secrets of power[72]. Although secrets of nature were somehow foreseeable, however, secrets of power, and above all the political use of religion, were not.,[73]. Arnold Clapmar in *De arcanis rerum publicarum* described the *arcana imperii* as "*intimae et occultae rationes sive consilia eorum qui in re publica principatum obtinent"*[74]. The highest degree of public power corresponds to the smallest extension of private power. This had the double function of safeguarding the force of the State force and the person of the king while also preventing changes. The second meaning was attributed to the *arcana dominationis*[75].

The enforcement of public power was realized. All that cannot be changed was justified *pro ratione status.* Thus, the transformation of the Enlightenment was justified by individual reason and no longer within the secrecy of palaces. This produced a few consequences for public communication that, nevertheless, still did not manage to shed the old clothes of power[76]. When public communication became political ethics, moral behaviour no longer belonged to individuals. As a result, individuals were shifted to the field of public opinion, while public opinion, nevertheless, secretly left State dogma neutral. Public opinion became the judge of power without its public character.

The society of good manners grew into the new *bourgeois* ethics[77]. Forms and matters changed such that individuals not only recognised themselves as subjects but also as social creditors of the State. They negotiated two concepts of "private", the private of market and the intimate sphere of family, as is well described by Habermas[78].

For instance, middle classes found their place, not inside society, but in secret associations requiring an "apolitical" room[79]. From this point of view, ethics were adapted to secrets[80]. Secrets had to be kept by all of the members who represented a given social group, an *élite*[81]. Social secrets were taken to be neutral, void of coercion; and as a result, they. carried with them a strong social burden. Those who really knew the fickleness of opinions ignored those who talked a lot. The *élite* had to be hidden so that public opinion could lay down law inwardly[82].

Middle classes cared about their *status* and so they aimed to take a place behind the State[83]. They felt melancholy in the

---

[68] *KANT*, Immanuel, Ibid., p. 53

[69] PETRONIO, Ugo – PETRONIO, Giuseppe, *L'età dell'Illuminismo*, Messina-Firenze, 1973, p. 21

[70] *HORATIUS*, *Epistulae*, I, 2, 40 8("ad Lollium"); *FIRPO*, Luigi, *Ancora a proposito di sapere aude*, *Rivista storica italiana* 72, (1960), pp. 114–117

[71] *DONNE*, John, *Ignatius His Conclave*, in R. E. Bennett (ed.), *Complete Poetry and Selected Works*, New York, 1949, p. 365

[72] *HARLEY*, John Brian, 'The Hidden Agenda of Cartography in Early Modern Europe', *Imago Mundi* 40, (1988), pp. 57–65

[73] *GINZBURG*, Carlo, 'L'alto e il basso. Il tema della conoscenza proibita nel '500 e nel '600', *Aut Aut* 14, (1981), p. 11–14

[74] *CLAPMAR,* Arnold, *De arcanis rerum publicarum libri* VI, (Apud Ludovicum Elzevirium, 1644), p. 10

[75] *BOBBIO*, Norberto, *Il futuro della democrazia*, Torino, 1984, 89

[76] *ADORNO,* Theodor – *HORCKHEIMER*, Mark *Dialettica dell'Illuminismo* (translating *Dialektik der Aufklärung. Philosophische Fragmente* into Italian), Torino, 1988, p. 43; *HAZARD*, Paul, *European Thought in the Eighteenth Century from Montesquieau to Lessing*, ET, New Haven, CT, - London,1954, pp. 172, 199, 249

[77] *ELIAS*, Norbert, *The Civilizing Process Vol.1 The History of Manners*, New York, 1982, p. 53

[78] HABERMAS, Jürgen, *The structural transformation of public sphere. An Inquiry into Category of Bourgeois Society*, (translating *Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft* into English), Cambridge: Polity Press, 1989, pp. 28–29: "The process of the polarisation of state and society was repeated once more within society itself. The status of private man combined the role of owner of commodities with that of head of the family, that of property owner with that of "human being" *per se"*

[79] *KOSELLECK*, Reinhart, *Critica illuministica e crisi della società borghese*, (translating *Kritik und Krise* into Italian), 116–131 Bologna, 1972, pp.116–131

[80] *SIMMEL*, Georg, *Il segreto e la società segreta* (translating *Das Geheimnis und die geheime Gesellschaft* into Italian), 57 (Varese, 1992), p. 57

[81] *HABERMAS*, Jürgen, *The structural transformation of public sphere*, p. 196

[82] J. Habermas wrote about this structural transformation, p. 201: "At one time publicity had to be gained in opposition to the secret politics of the monarchs; it sought to subject person or issue to rational-critical public debate and to render political decisions subject to review before the court of public opinion. Today, on the contrary, publicity is achieved with the help of the secret politics of interest groups; it earns public prestige for a person or issue and thereby renders it ready for acclamatory assent in a climate of non-public opinion. The very phrase "publicity work" betrays that a public sphere, which at one time was entailed by the positions of the carriers of representation and was also safeguarded in its continuity through a firm traditional symbolism, must first be brought about deliberately and case to case"; *see* also *MCILWAIN*, Charles Howard, *The growth of Political Thought in the West: from the Greeks to the end of the Middle Ages,* (New York, 1959), pp. 77, 86

[83] *KIRCHHEIMER*, Otto, 'Majoritaeten und Minoritaeten in westeuropaeischen Regierungen', *Die neue Gesellschaft* 6, (1959), p. 256; Maurizio Vaudanga, La dicotomia pubblico/privato tra studio storico ed impegno civile, 38 Studi Storici, Pubblico e privato nella storia americana, 885–895 (1997)

realm of the private since it was contaminated by the public sphere. The private sphere implied nothing but the regulation of civil society where private individuals were bourgeois by employment and men by implication. Once more it is J. Habermas who observes that private parties become gala performances and private rooms become living-rooms where people hold receptions and meet each other as a theatre of a public[84]. The paradox is that while the public sphere grows, it loses its strength because it becomes a "sphere". The public again becomes a given quantity of private interest groups, but in a manner that differs with respect to the ancient world. The public loses the original propulsion that made men individuals as long as they continued to build the public room. From now on opinion and authority are strictly bounded: the former lacks the venue of the public discussion yet is nonetheless legitimated by the vogue; the latter musters up institutional procedures in order to prevent conflicts[85]. The public sphere is kept distinct from the State sphere, and it is this that explains the progressive legitimacy of the "right to privacy" and its metamorphosis: this new right was born inside the middle class, as the warrant of secrecy. The contraction of private life and, on the other hand, the opening of the public sphere comes to define a particular trend from the individual to the collective dimension. Public and private become not alternatives but constituent parts of political language.

A different dialectic emerges with the modern age. Georg Jellinek's discussion of "public subjective rights" (*diritti pubblici soggettivi*), introduces a new category that pertains to an intermediate dimension between public and private, the right to protection from illegal State coercion for example[86]. In this dimension secrets develop as the opposite of the public/private dichotomy. It is interesting to note that, after their passage through public opinion, secrets have returned to their original meaning, where they indicated the absence of law.

Thus, the concept of the secret reveals different perspectives according to different contexts in which it exists. According to this assumption, the work of *Geschichtliche Grundbegriffe* represents a significant contribution[87]. It deals with historical concepts and illustrates the changes in their used according to their different contexts. There are a few fundamental concepts that are fit to express the entire project contained within a social political context. Conceptual history becomes a middle space between linguistic genealogy and history. This approach is well suited to the case of secrecy. Indeed, the conceptual method refers to the social structures in order to take the measure of the spread between the challenge of reality and its linguistic evidence. Such an approach allows for the verification of the impact of language and history on social events. In one word, it draws attention to the interferences of diachronic and synchronic facts. With respect to the concepts of the secret, it is clear that they perform exactly in this way within the legal system. They follow routes that sometimes lead to their retaining an association with the "legal" and other times to their shedding that association.

5. "Taking Secrets seriously"...

As I approach my concluding remarks, I would like to recall the words of an Italian lawyer: the apparatus of democracy has transparency as the rule and secret as the exception, while the constitutional rights of individuals in democracy have *privacy* as the rule and publicity as the exception[88]. Truly, secrets emerge from a space that involves all dimensions of public life and politics[89]. The famous formula by Ulpiano *"salus rei publicae"* has become the "breached promise of democracy"[90]. It is not a question of functional procedures but rather of emerging cultural patterns. The problem is becoming the progressive passage from secrecy to control[91]. This also serves as a reminder of the complex relationships between freedom and control, where a more expansive freedom elicits a stricter the control[92]. It refers more deeply, on the one hand, to the protection of the private lives of individuals and their freedom, and, on the other hand, to the society of surveillance. "The right to control the way others use the information concerning us" (A. Westin) is of immediate concern to the State, because the term "others" can also include State power itself. As such, a specific duty is required of the State in order to safeguard the democratic system. When the use of information aims to obtain consent, public control is no longer necessary. If it is true that the secret is the strongest shield of tyranny, it is also true that it is an irresistible temptation for democracy[93].

Secrets satisfy an intermediate space of humanity in their focus on the material core of democracy that is not an eliminable share. In any case, it is desirable to be tied to an idea of public ethics, which, in one sense, remains consistent with the logic of secrecy.

---

84 *HABERMAS*, Jürgen, *The structural transformation of public sphere,* p. 43

85 *SIMMEL*, Georg, 'The Sociology of Secrecy and the Secret Societies', *The American Journal of Sociology* 11, pp. 464–466 (1906); *HERICKSON*, Bonnie H., 'Secrect Societies and Social Structure', *Social Forces* 60, (1981), pp. 194, 200

86 *JELLINECK*, Georg, *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*, (translating *System der subjektiven öffentlichen Rechte* into Italian), Milano, 1912, p. 11

87 *KOSELLECK*, Reinhart, *Il vocabolario della modernità* (translating selected chapters of *Geschichtliche Grundbegriffe: historisches Lexikon zur politisch- sozialen Sprache in Deutschland* into Italian), Bologna, 2009, pp. 3–25

88 *BARILE*, Paolo, 'Libertà di manifestazione del pensiero', in *Enc. Dir.*, XXIV, Milano, 1974, p. 424

89 *THOMPSON*, Dennis F., 'Democratic Secrecy', *Political Science Quarterly* 114, (1999), p. 185

90 *BOBBIO*, Norberto, *Il futuro della democrazia*, p. 97

91 *SHAPIRO*, Martin, 'From Public Law to Public Policy, or the "Public"', *Public Law,* 5 PS, (1972), pp. 414–415

92 *RODOTÁ*, Stefano, 'La privacy tra individuo e collettività', *Politica del diritto*, (1974), p. 545; *Intervista su privacy e libertà*, (Roma-Bari, 2005), pp. 101–105; *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, pp. 101–108; *SHAPIRO*, Martin, 'The Concept of Information: A Comment on Gilligan and Krehbiel's «Collective Decisionmaking and Standing Committees»', 3 *Journal of Law, Economics* & *Organization* 3, (1987), p. 349

93 *BECCARIA*, Cesare, *Dei delitti e delle pene*, Milano, 1964, p. 55

Finally, because the *raison d'État* is a never-ending agglomeration, it implies the production of truth, or better of "truth effects"[94]. If the knowledge of things has come to be considered a "strength of the State", this is surely good evidence of the impact of power on life. When law enforcement completely divorces itself from the knowledge of secrets, or at least, the consciousness that a secret exists, a risky misconception in grasping the meaning of democracy could rise[95]. Surrounded by this lack of fairness, secrets reveal a mere strategic use of power that may or may not be lawful.

6. Conclusion

In sum, the autonomy of the life of a secret depends on its impact on the public/private dichotomy. The secret shifts from a neutral position between public and private to a highly pregnant one within public power. However the interplay becomes different when secrets start to be considered as a common good, belonging to the public sphere. The underlying assumption is that the wider public power is, the tighter the public sphere will be; the broader the private rights are, the larger the public sphere will be. Along these lines lies the falling of secrecy into the domain of private life.

Nevertheless, nowadays we take part in a contrast between "public secret" and "private secret", one bound to the idea of power and the other bound to the model of warranties. Regardless, whether we consider the secret to be "the private of public" or "the private of private", only the observation of rules is at issue. Within this rude play it is to be hoped that the *rule of law* shapes secrets as *new arcana* of the legal system, but only inside it[96].

[94] *FOUCAULT*, Michel, 'La vérité et les formes juridiques', *Chimères* 10, (1990–1991), pp. 17–23

[95] *GAUCHET*, Marcel, 'Crise dans la démocratie', *La Revue Lacanienne* 2, (2008), p. 62

[96] R. Rorty, 'Postmodernist Bourgeois Liberalism', *The Journal of Philosophy* 80, part.1, (1983), p. 585; D. F. Thompson, 'Democratic Secrecy', *Political Science Quarterly* 114, (1999), pp. 184–186

Sui contratti commutativi misti a donazione: possibili origini romane dei moderni criteri qualificatori

(On the Transactions Characterized by Mutuality and Donation: Do the Modern Criteria of Legal Qualification Have Roman Origins?)

*Roberto Scevola**

Abstract

The essay, as a start-point for a wider work, aims at highlighting some guidelines in order to understand whether the legal qualification of the features concerned at the same time with bargain and donation may be linked to the Roman legal science as well as to its methods and outcomes, or the Constantinian Review (323 AD), directed to convert donation from a ***causa adquisitionis*** *into a typical real contract, is the basis for a dramatic change of perspective which founded theoretical elaborations very different from the classical ones. In other words, if one considers that current positive regulation on donation differs so much from the rules on those transactions characterized by mutuality, one may ask: as far as such a topic is concerned, is there, in the modern reconstructions, any legacy of Roman legal science? In the light of this likely legacy, may the Pandectistic theorizations be explained in a more precise manner? After examining the present legal features implied (connection of juridical acts; transactions with multiple 'objective functions'; indirect juridical act), and after determining their origins in the introductory works to the enactment of the BGB, the main scholarly trends developed on the Roman* ***negotium mixtum cum donatione*** *are taken into account; and, above all, the analysis focuses on the methodological perspectives as well as on the interpretative work directed to link the obligatory bond with the donation. The essay underlines that, notwithstanding the difference existing between modern and ancient approaches, and even after the donation was deemed as a real contract, current legal qualification draws on criteria already used by classical Roman jurists, so that, this activity is clearly grounded on a logical work which is still inspired by ancient solutions. All this will be able to help to improve at the present time the quality of application, principally if these, being at the mercy of the legal science and of the courts, will be embodied in European legal consolidations.*

Key words: *Objective function of a juridical act; linked juridical acts; 'mixed-cause' transactions; mutual transactions; roman law; indirect juridical act; principles of common European law.*

1. Considerazioni preliminari

Questo contributo si propone di individuare alcune 'guidelines' funzionali ad accertare, anche come abbrivio di una più ampia ed articolata ricerca, se le operazioni volte alla qualificazione di figure odierne nelle quali siano compresenti fattispecie contrattuali di scambio e di liberalità possano essere ricondotte a criteri metodologici enucleati dalla giurisprudenza romana, oppure la riforma costantiniana introdotta nel 323 d.C. – intesa a trasformare la donazione in un contratto reale per porre fine alla configurazione della medesima come pura *causa adquisitionis*, priva di rilievo tipico e resa efficace attraverso l'adibizione di un negozio astratto – abbia comportato il definitivo abbandono in materia delle pregresse elaborazioni di età classica. In altre parole, tenendo conto della moderna diversità di disciplina implicata nel mutato regime della donazione rispetto alle specie contrattuali commutative, si tratta di capire se in materia esista un lascito ascrivibile alla scienza giuridica romana, alla luce del quale meglio potrebbe essere spiegato il significato delle costruzioni dogmatiche di matrice pandettistica, poi più o meno convincentemente recepite da dottrina e giurisprudenza dei paesi di 'Civil Law'[1].

Due osservazioni sono preliminarmente necessarie ai fini del corretto inquadramento dell'argomento quivi introdotto, in ordine al terreno sopra il quale sarebbero state attivate tecniche qualificatorie.

In primo luogo, nel diritto romano classico la *causa donationis* sfugge costantemente alla tipicizzazione propria dei contratti nominati e, nello stesso tempo, non integra una convenzione

* Roberto Scevola, Ph.D., Senior Research Fellow, Roman and Ancient Law; Adjunct Professor, Roman Foundations of European Law, University of Padua, Italy.

[1] Sul punto, cfr. GAROFALO, Luigi, *Scienza giuridica, Europa, Stati: una dialettica incessante,* in *Europa e dir. priv.*, III, 2004, pp. 907–933, ora in ID., *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica europea. Saggi*, Padova, 2005, pp. 133–151, il quale ravvisa nella scienza giuridica il *proprium* del lascito romano classico, una volta superata dal tempo la vigenza del medesimo. La dialettica incessante cui lo studioso allude non è quindi connotata – venti secoli dopo – dall'efficacia della singola soluzione concreta (nè così potrebbe essere, se il diritto è un 'prodotto storico'), bensì dall'ordito argomentativo coglibile alle spalle della medesima, in grado di svelare il funzionamento di un laboratorio metodologico cui il giurista – nonché il legislatore – europeo non potrebbe dimostrarsi indifferente od addirittura estraneo, impoverendo la qualità del quadro normativo di riferimento e la caratura qualitativa del dibattito scientifico.

atipica, analoga nella specie a quelle cui (in progresso di tempo) sarebbe stata riconosciuta tutela civilistica attraverso l'*agere praescriptis verbis*. La donazione, quindi, viene configurata come ragione di incremento patrimoniale – *locupletatio* cui fa fronte l'impoverimento volontario e assistito da spirito di liberalità del donante – assolutamente incompatibile, quanto meno nella risalente formulazione aristoniana, con l'intento negoziale e il vincolo obbligatorio. La problematica sulla quale indugia il pensiero giusprivatistico romano sorge proprio dalla difficoltà di interpretare la combinazione di fattispecie gratuite connotate da *animus donandi* e di contratti sinallagmatici a titolo oneroso, pervenendo (con riferimento alla risoluzione di casi concreti, cardine ineludibile cui il giurista classico non avrebbe potuto rinunciare, nonostante la svolta 'sistematrice' intervenuta durante il Principato) ad una qualificazione culminante nella composizione – o coesistenza – degli eterogenei elementi versati nel *negotium mixtum cum donatione*.

In secondo luogo, la ridefinizione della *donatio* in termini di autonomo tipo contrattuale, giunto a perfezione con la consegna del bene o l'assunzione di un'obbligazione, avrebbe spazzato via tutte le discussioni pregresse trasfigurando la natura stessa del problema, non più avente ad oggetto il rapporto tra una causa tipica e una mera ragione di arricchimento, ma ora (e più semplicemente) incardinato sulla relazione tra cause irreconciliabili in chiave funzionale, ma strutturalmente ricondotte ad un medesimo piano dogmatico, quello appunto del contratto. A dirsi brevi, la liminalità non sarebbe dovuta più essere misurata dalla distanza corrente tra *negotium* e *donatio*, ma avrebbe investito la coesistenza in un unico negozio di due cause egualmente contrattuali, sì da prospettare difficoltà imputabili alla controversa operatività (e, prima ancora, identificabilità) di un contratto misto.

Né – ma è questo un aspetto ulteriore, delineato *a latere* dei precedenti – i recentissimi progetti di codificazione comune europea hanno indagato i criteri ermeneutici di qualificazione delle figure miste sciogliendo davvero qualche dilemma, se è vero che il *Draft Common Frame of Reference* (IV.H – I:202, § 1), in tema di 'transactions [which are] not entirely gratuitous', si limita a reputare donazione di beni quella pattuizione in presenza di un duplice requisito, ovvero che a) sussista *inter alia* l'intenzione di beneficiare il ricevente e b) il valore delle prestazioni sia avvertito da entrambe le parti 'as not substantially equivalent'[2]. Detto questo, tuttavia, a fronte di una (seppur vaga e discutibile) descrizione della fattispecie non viene dettata alcuna regola circa la disciplina di regime, la quale continua ad essere rimessa – così come accaduto sin dall'entrata in vigore del BGB – all'elaborazione dell'interprete, i risultati della quale devono necessariamente precedere l'indagine circa esistenza e caratura dell'eventuale sostrato romanistico.

2. Ipotesi teoriche di inquadramento giuridico del contratto misto a donazione

La dottrina tedesca si è occupata sin da epoca risalente del *negotium mixtum cum donatione*[3], al fine di individuarne la natura e formulando in argomento una pluralità di teorie, sicché da queste ultime bisogna muovere per eseguire un'operazione ricostruttiva della figura liminale di contratto commutativo misto a donazione, come tale difficilmente dominabile dalla legislazione codicistica, quanto meno in ordine alla struttura del regolamento d'interessi conseguentemente venuto in essere.

Sotto il profilo terminologico, la dizione latina continua ad essere utilizzata dalla dottrina europea sebbene, in ambito germanico, sia stata impiegata nei lavori preparatori del BGB – finendo per prevalere – l'espressione 'gemischte Schenkung', alludente alla contrapposizione tra donazione mista e donazione pura[4]. Ciò si deve all'originaria identificazione del negozio misto con la *donatio sub modo*, ispirata proprio da Savigny, il quale in quest'ultima scorgeva la fondamentale qualificazione della fattispecie, con la quale avrebbe interferito il profilo obbligatorio intrinseco nell'onere gravante sul destinatario della liberalità medesima: lo studioso procedette senza dubbio ad un rovesciamento della configurazione romana, ricevendo riscontri incoraggianti dalla dottrina europea del tempo.

---

[2] Cfr. *Principles, Definition and Model Rules of European Private Law*. *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Outline Edition Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Based in part on a revised version of the *Principles of European Contract Law*, edited by C. von Bar, E. Clive and H. Schulte-Nölke [and H. Beale, J. Herre, J. Huet, M. Storme, S. Swann, P. Varul, A. Veneziano and F. Zoll], Munich, 2009, p. 383, secondo cui (IV.H.–I:201) «an undertaking to transfer is gratuitous if it is done without reward». Quanto alle transazioni non completamente gratuite (tali da richiamare *lato sensu* la prospettiva teleologica desumibile dall'art. 809 cod. civ. it., su cui cfr. VECCHIO, Gianfranco, *Le liberalitŕ atipiche,* Torino, 2006, pp. 21–54), esse configurerebbero «primarily» una donazione se: «a) this party undertakes to transfer with an intention *inter alia* to benefit the other party; and b) the values to be conferred by the performances are regarded by both parties as not substantially equivalent». Certamente, tanto l'avverbio 'primariamente', quanto la sussistenza 'tra gli altri' dell'intento liberale non chiariscono il quadro facendo esplicito rinvio al regime applicabile, e dunque non risulta perspicuo se di debba applicare soltanto la disciplina della donazione, oppure essa debba concorrere (secondo criteri non definiti) con regole proprie dei contratti sinallagmatici.

[3] Così VON SAVIGNY, Friedrich, *System des heutigen römischen Rechts*, IV, Berlin, 1841, p. 99.

[4] Cfr. FÖSTER, Franz – ECCIUS, Max, *Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts*[7], Berlin, 1896, p. 29, i quali proposero l'espressione poi condivisa da KOEPPEN, Wilhelm, *Das 'negotium mixtum cum donatione' nach Pandektenrecht und Reichsgesetzen,* Berlin, 1901, p. 9; MECHTOLD, Franz, *Begriff und Wesen des 'Negotium mixtum cum donatione'*, Jena, 1904, p. 14; WEIRAUCH, Wilhelm, Die *gemischte Schenkung*, in *Beiträge zur Erklärung des deutschen Rechts (Gruchots Beiträge)*, XLVIII, 1904, pp. 229–254; GOLDSCHMIDT, Levin, *Die gemischte Schenkung nach Reichsrecht*, Berlin, 1907, p. 30. Quest'ultima qualificazione testuale venne comunque recepita dalla dottrina tedesca, come si evince da LEONHARD, Franz, *Allgemeines Schuldrecht des BGB*, München-Leipzig, 1929, pp. 331–334, e da TERNKA, Karl, *Die gemischte Schenkung*, Giessen, 1933, pp. 9–14, sino ad arrivare alla contrapposizione tra 'gemischte Schenkung' e 'reine Schenkung', sulla quale v. ora WIMMER-LEONHARDT, Susanne, *BGB § 516*, in *Staudinger BGB. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetz*, München-Berlin, 2005, §§ 200–212.

Tuttavia, le discussioni insorte durante i lavori preparatori del codice guglielmino[5], circa l'opportunità di introdurre (nel lib. II, parte III, tit. IV) una specifica prescrizione diretta a disciplinare il *negotium mixtum cum donatione,* sfociarono in una scelta astensiva, consistente nel devolvere la soluzione dei problemi in materia (teorici e pratici) alla scienza giuridica e alla dottrina delle corti[6].

Per formazione culturale e impostazione dogmatica, gli interpreti operanti in quel contesto storico – di matrice pandettistica – si ispirarono alla compilazione giustinianea, la quale presentava la donazione nella sua riformulazione posteriore all'intervento di Costantino, impiegando tuttavia strumenti ermeneutici desunti da schemi propri della giurisprudenza classica, la quale aveva costantemente concepito la donazione come pura *causa adquirendi.* Ne sarebbero derivate non poche anomalie metodologiche, nel senso che il negozio misto, le cui problematiche si sarebbero dovute imputare alla tensione esistente tra cause certamente confliggenti (l'una onerosa, l'altra gratuita liberale) ma non disomogenee come quelle afferenti alla configurazione della figura liminale prima della riforma costantiniana, sarebbe stato ricostruito attingendo a criteri impiegati per fare coesistere causa tipica e mera ragione d'incremento patrimoniale.

2.1 Collegamento negoziale fondato sulla 'Willenstheorie'

Una prima operazione qualificatoria, invero la più risalente, avrebbe consentito di ravvisare nel contratto misto a donazione due alienazioni contestuali, ma distinte: «una a titolo oneroso, per la quota ideale del bene per cui era stato pattuito il corrispettivo; l'altra a titolo gratuito, per la parte del bene eccedente tale 'copertura', volta ad arricchire parzialmente l'acquirente-donatario»[7].

Gli autori tedeschi di fine Ottocento e di inizio Novecento, sulla scia dell'appena precedente impostazione della Pandettistica, la quale proponeva di ravvisare nella donazione mista una scissione della volontà ('Willensthorie'), tentarono di descrivere il fenomeno attraverso una scomposizione, operante non solo sul terreno psicologico – sussistendo in parte l'intenzione di donare, in parte quella di vendere – ma anche da un punto di vista materiale[8]: la cosa, intesa come oggetto della prestazione, sarebbe stata in parte venduta ed in parte donata. Si trattava di una costruzione alquanto artificiosa, che avrebbe presto sollevato critiche, soprattutto, come aveva sottolineato Mechtold, per gli effetti distorsivi prodottisi sul concetto di 'causa' e su quello di 'motivo', tali da sfociare nell'assegnazione a quest'ultimo di un ruolo inappropriato[9].

---

[5] Testimonianze in tale direzione si evincono dai *Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich.* II. *Recht der Schuldverhältnisse,* II, Berlin, 1888, p. 287, segnatamente laddove, in tema di 'Rechtserscheinung', si precisava: «Als selbstverständlich erscheint insbesondere, dass wenn bei einem zweiseitigen Vertrage *animo donandi* eine den Wert der Gegegenleistung übersteigende Leistung vereinbart wird, dieser Vertrag, soweit der Wert der Leistung den der Gegenleistung übersteigt, als Schenkung zu beurteilen ist». Se, tuttavia, parte considerevole della dottrina desumeva l'esistenza della figura mista dallo squilibrio nel valore delle prestazioni negoziali (cfr. HAIDLEN, Oskar, *Bürgerliches Gesetzbuch,* I, Stuttgart, 1897, p. 578; ENDEMANN, Friedrich, *Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuches*[4], I, Berlin, 1898, p. 743; PLANCK, Georg, *Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz*[2], II.1, Berlin, 1900, p. 283), è pur vero che altri autori dissentivano proprio sul criterio distintivo, così come formulato dall'orientamento maggioritario. Secondo l'opposto punto di vista, ascrivibile a BEKKER, Ernst Immanuel, *System des heutigen Pandektenrechts,* II, Weimar, 1889, p. 202, nt. 10 e a LAMMFROMM, Hermann, *Teilung. Darlehen, Auflage und Umsatzvertrag,* Leipzig, 1897, p. 151, «nicht das objektive Wertverhältnis ist für das Mass der im *negotium mixtum cum donatione* enthaltenen Schenkung entscheidend, sondern die Parteiauffassung, indem nur der Wert als Objekt der Schenkung aufzufassen und rechtlich zu behandeln ist, um den nach Ansicht und Willen der Parteien der liberale Teil den Geschäftsgegner bereichert» (ne riassumeva così l'idea di fondo KOEPPEN, Wilhelm, *Das 'negotium mixtum'*, cit., p. 69). Va notato come i codici di area germanica più risalenti avessero variamente disciplinato gli effetti del negozio misto, ispirandosi in prevalenza a canoni obbiettivizzanti collegati alla *laesio ultra dimidium* (sulla quale cfr. ZILIOTTO, Paola, *La misura della sinallagmaticità: buona fede e 'laesio enormis'*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, I, a cura di L. Garofalo, Padova, 2007, pp. 597–628, ora anche in *Scambio e gratuità. Confini e contenuti dell'area contrattuale*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2011, pp. 407–438). In tale direzione, cfr. il § 935 Cod. Civ. austriaco (ABGB): «Die Anwendung des § 934 kann vertraglich nicht ausgeschlossen werden; er ist jedoch dann nicht anzuwenden, wenn jemand erklärt hat, die Sache aus besonderer Vorliebe um einen außerordentlichen Werth zu übernehmen; wenn er, obgleich ihm der wahre Werth bekannt war, sich dennoch zu dem unverhältnißmäßigen Werthe verstanden hat; ferner, wenn aus dem Verhältnisse der Personen zu vermuthen ist, daß sie einen, aus einem entgeldlichen und unentgeldlichen vermischten Vertrag schließen wollten; wenn sich der eigentliche Werth nicht mehr erheben läßt; endlich, wenn die Sache von dem Gerichte versteigert worden ist»; il § 1052 Cod. Civ. Sassonia, secondo cui «Soweit bei zweiseitigen Rechtsgeschäften die Leistung des einen aus Freigebigkeit geringer bestimmt wird, als es ohnedies der Fall gewesen sein würde, ist eine Schenkung vorhanden»; il Progetto di Cod. Civ. per il Regno di Baviera, che introduceva una 'presunzione di donazione' quando «die Leistung den Wert der Gegenleistung um mehr als die Hälfte übersteigt» (*Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern nebst Motiven,* München, 1861, p. 40).

[6] Cfr. MECHTOLD, Franz, *Begriff und Wesen,* cit., p. 26, nt. 2.

[7] Vedi DAFARRA, Angelita, *Il 'negotium mixtum cum donatione' tra autonomia privata e concrete esigenze di qualificazione giuridica,* in *Riv. not.*, LVIII.2, 2004, p. 520, secondo cui questo orientamento si fonderebbe sul collegamento di due negozi, «uno oneroso, ove il trasferimento di parte del diritto avviene a fronte del pagamento del corrispettivo, l'altro gratuito, per il 'surplus' di cui si è beneficiato rispetto a tale corrispettivo»; per una precedente visione d'insieme, cfr. FERRANDO, Gilda, *I contratti collegati*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, pp. 442–450.

[8] Cfr. BURCKHARD, Hugo, *Zum Begriff der Schenkung*, Erlangen, 1899, pp. 44 ss.; KOEPPEN, Wilhelm, *Das 'negotium mixtum'*, cit., pp. 26 ss.; WEIRAUCH, Wilhelm, *Die gemischte Schenkung*, cit., pp. 244–245.

[9] La critica viene formulata da MECHTOLD, Franz, *Begriff*, cit., p. 6, che reputa infondata, anche da un punto di vista soggettivo, una simile ricostruzione, asserendo che «die Konstruktion eines Teilwillens ist psychologisch unbegründet. Ich kann etwas zunächst, das andere an zweiter Stelle wollen, zum Beispiel einen Berg besteigen wollen, um schöne Aussicht zu genießen. Etwas zum Teil – sagen wir ½, ¾ – wollen ist nicht möglich. Ein zusammengesetzter Willensakt kann immer nur aus Willenseinheiten bestehen, nie aus Willensteilen. Daher muß man auch die *causa* als Willenseinheit sassen und sie dem vermögensrechtlichen Akt entgegenstellen, will man ihre Natur untersuchen, nicht aber den Gesamtakt als Ausgangspunkt der Betrachtung für eine Unterscheidung von Motiv und *causa* wählen». Cfr., in argomento, SCEVOLA, Roberto, *'Negotium mixtum cum donatione'. Origini terminologiche e concettuali*, Padova, 2008, pp. 73–75, nt. 55.

In effetti, non pare che il disponente esegua due diverse prestazioni, rispettivamente, a titolo gratuito ed oneroso, ma si appalesa come più verosimile l'attribuzione di parti ideali dell'unica prestazione, considerazione volta a richiamare l'unitarietà del negozio; inoltre, vi è un problema ben più rilevante «poiché, se i contraenti nella sede opportuna nulla hanno disposto rispetto a quella parte del diritto trasferito che, in base a constatazioni meramente oggettive, non trova giustificazione nel corrispettivo», all'interprete sarebbe precluso dedurre automaticamente la gratuità dell'attribuzione[10].

Evidentemente, si rischierebbe di attribuire alle parti quanto esse volontariamente non avessero dichiarato, applicando un rigido criterio oggettivistico destinato a determinare una limitazione alla sfera di autonomia privata (così come descritta nell'art. 1322 cod. civ. it.), e dunque dottrina e giurisprudenza – europee quanto italiane – propendono per la natura unitaria del negozio misto, ricondotto di volta in volta al contratto misto e al negozio indiretto.

2.2 Contratto misto: tra 'Einheitstheorie' e 'Trennungstheorie'

L'ipotesi latrice delle 'quote ideali' avrebbe ricevuto un sensibile apporto dalle riflessioni di Heinrich Höniger[11], secondo il quale la commistione di onerosità e di gratuità rinvenibile nel *negotium mixtum* si sarebbe radicata non già sulla semplice giustapposizione di elementi costitutivi, ma sulla fusione ('Verschmelzung') dei medesimi. In questo modo veniva creata, per via interpretativa, una fattispecie nuova ed intermedia tra opposte figure, come tali caratterizzate da onerosità e da gratuità allo stato puro: si ponevano così le basi per quella 'teoria dell'unitarietà' del negozio misto ('Einheitstheorie'), che tanto seguito avrebbe avuto nella dottrina germanica del secolo scorso[12].

Una simile prospettiva, però, incontrava gravi difficoltà nell'individuazione di quale fosse il regime applicabile (potendo essere la fusione variamente configurata, sì da fare prevalere l'onerosità sulla gratuità o viceversa), e lo stesso autore tedesco che aveva parlato di 'Verschmelzung' formulava tesi non prive di aporie logiche, cadendo in contraddizione nel momento in cui negava la scindibilità in due parti, l'una gratuita e l'altra onerosa[13], della prestazione apparentemente unitaria.

Tuttavia, persino la critiche rivolte alle ipotesi di Höniger rischiavano di rivelarsi evanescenti, laddove si fosse osservato come esclusivamente ai contraenti potesse essere demandato l'accertamento e l'apprezzamento della misura di gratuità/onerosità iniettata nelle singole prestazioni sicché, qualora qualsivoglia indicazione sia stata omessa, non si potrebbe ritenere di ovviare con presunti criteri oggettivi di stima[14], per quanto le posteriori elaborazioni favorevoli all''oggettivazione contrattuale', introducendo deroghe al principio di autodeterminazione delle prestazioni al fine di preservare l'equilibrio valoriale tra le medesime, abbiano attenuato la rigidità di siffatta impostazione[15].

La teoria della 'Verschmelzung', nonché la sua successiva riformulazione in chiave di unitarietà, è, come si può peraltro dedurre dalle critiche ad essa rivolte, intrisa di elementi soggettivistici. Tale connotazione psicologizzante non scomparve neppure nell'idea secondo cui il *negotium mixtum cum donatione* avrebbe dato luogo ad una sorta di 'Zwischenstufe', ossia ad un grado intermedio tra onerosità e gratuità[16]: si parla, in proposito, di 'Trennungstheorie', per designare la ricostruzione contraria alla fusione di gratuità ed onerosità, laddove nella donazione mista sarebbero rinvenibili separatamente i due elementi, ciascuno dei quali avrebbe imposto l'applicazione di

---

[10] Così DAFARRA, Angelita, *Il 'negotium mixtum'*, cit., p. 521, unitamente a CATAUDELLA, Antonino, *La donazione mista*, Milano, 1970, p. 31.

[11] Si veda HÖNIGER, Heinrich, *Untersuchungen zum Problem der gemischten Verträge,* I. *Die gemischten Verträge in ihren Grundformen*, Mannheim-Leipzig, 1910, pp. 169–173.

[12] Cfr. GOLDSCHMIDT, Levin, *Die gemischte Schenkung*, cit., p. 46; MÜLLER, Wilhelm, *Der gemischte Vertrag*, in *Jherings Jahrbücher*, XLVIII, 1904, pp. 209–250; in Italia, il relativo orientamento venne propugnato più tardi da GIORGIANNI, Michele, *Negozi giuridici collegati,* in *RISG*, LXXIII, 1937, p. 319, ora in *Scritti minori,* Napoli, 1988, p. 44, e poi da MESSINEO, Francesco, *Manuale di diritto civile e commerciale*[8], IV, Milano, 1953, p. 49. Va altresì rilevato come il contratto misto realizzasse una seconda 'medietà', in quanto collocato in posizione equidistante da contratti tipici e contratti innominati, quando non anche partecipe delle caratteristiche di entrambi (v. BISCONTINI, Guido, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratto. Il problema della donazione mista*, Napoli, 1984, pp. 187–202; SICCHIERO, Gianluca, *Il contratto con causa mista,* Padova, 1996, pp. 116–151). La questione viene ben riassunta da DAFARRA, Angelita, *Il 'negotium mixtum'*, cit., p. 523, ad avviso della quale «secondo voci autorevoli la categoria dei contratti misti, nel cui contenuto, cioè, sono presenti elementi propri di più contratti tipici, si contrappone a quella dei contratti innominati e la natura del contratto misto posto in essere è quella propria del contratto tipico di cui prevalgono gli elementi nel concreto regolamento negoziale (teoria dell'assorbimento); si nega così autonomia alla categoria dei contratti in questione. Per altra posizione, invece, le norme previste per un determinato tipo negoziale possono essere direttamente applicate anche ad un contratto concreto che possieda solo alcuni elementi di esso», sicché «a tale posizione può attribuirsi il merito di concepire la categoria dei contratti misti come una categoria intermedia, rispetto sia a quella dei contratti tipici sia a quella dei contratti atipici, dal momento che l'individuazione di una distinta categoria in tanto è utile in quanto si riconosca alla medesima una disciplina autonoma».

[13] Aderiscono, in misura e con toni diversi, alla critica nei confronti della teoria della *Verschmelzung* elaborata da Höniger, BITSCH, Otto, *Die gemischte Schenkung*, Marburg, 1935, pp. 8 ss.; STEGER, Leonhard, *Die gemischte Schenkung: 'Negotium mixtum cum donatione'*, Düsseldorf, 1935, pp. 3 ss.; ZIEGLER, Rudolf, *Die gemischte Schenkung*, Dresden, 1937, pp. 5 ss.; BRAUN, Kurt, *Die gemischte Schenkung*, Göttingen, 1950, pp. 33–45.

[14] In questo senso CATAUDELLA, Antonino, *La donazione mista*, cit., p. 134, che sottopone a riesame le critiche mosse alla teoria di Höniger, pur non condividendo la posizione assunta da quest'ultimo.

[15] Per CAMILLETTI, Francesco, *Profili del problema dell'equilibrio contrattuale*, Milano, 2004, pp. 121–122, le problematiche attinenti al prezzo – e quindi afferenti al contenuto del contratto – non ne determinerebbero la nullità, «venendo l'oggetto determinato attraverso gli strumenti integrativi previsti dalla legge» (in specie, con riferimento all'ordinamento civilistico italiano, dall'art. 1474 cod. civ., sostanzialmente forgiato sul modello francese).

[16] Invero, la 'teoria della separazione' aveva acquisito sostenitori nei primi decenni del Novecento, quando, sulla scia di talune suggestioni prefigurate da VON SAVIGNY, Friedrich, *System*, IV, cit., p. 99, si era qualificata la donazione mista in termini di negozio contraddistinto in alcune parti dal carattere dell'onerosità, e in altre da quello della non onerosità (cfr. OERTMANN, Paul, *Entgeltliche Geschäfte*, München, 1912, p. 85).

regole peculiari[17]. In proposito, si sarebbe fatto cenno ad una tecnica di qualificazione di tipo combinatorio, in quanto l'*Anwendungbereich* avrebbe abbracciato le norme valevoli tanto per l'una, quanto per l'altra fattispecie, incontrando il solo limite della reciproca compatibilità; tuttavia, non si sarebbe potuto escludere aprioristicamente un criterio differente, quale quello della 'prevalenza' (o dell'*assorbimento*', che dir si voglia), in quanto il negozio misto si sarebbe potuto sussumere, «al contempo ed integralmente, sia nello schema negoziale della compravendita sia in quello della donazione, poiché, per un verso, la prima figura non può automaticamente escludersi soltanto per la presenza di una oggettiva sproporzione tra le prestazioni, dall'altro, rientrano nella seconda figura anche liberalità alla cui attribuzione non è estranea, per così dire, l'idea di sacrificio, come nel caso delle donazioni modali»[18]. Di volta in volta, dunque, accertato quale fosse il 'tipo prevalente', si sarebbe potuto optare – diversamente dal criterio combinatorio – per l'apparato normativo afferente al regime dell'una oppure dell'altra fattispecie, con conseguenze non del tutto lineari circa la componente negoziale 'assorbita' in quella (reputata) principale[19].

Inoltre, simile impostazione non sarebbe risultata immune da censure anche perché, alludendo ad un negozio giuridico 'porzionato' (in parte donazione ed in parte vendita), la medesima avrebbe dalo luogo ad una ricostruzione recante un parallelismo concettuale tra entrambe le cause, ovvero una combinazione di fatto dei due negozi: si tratterebbe di due letture comunque inaccettabili, anche in considerazione delle critiche già rivolte alla cd. 'soggettivizzazione pandettistica della causa' che, attuata attraverso la scomposizione ('Zerlegung') della medesima, comporterebbe l'attribuzione ai motivi di un rilievo esorbitante, producendo effetti destrutturanti e complicando l'individuazione della disciplina applicabile alle diverse fattispecie[20].

2.3 Negozio indiretto e sua compatibilità con la 'Zweckwürdigungstheorie'

Laddove si qualifichi il *negotium mixtum* come fattispecie unitaria, l'alternativa alla lettura in termini di contratto misto è quella offerta dalla teorica del 'negozio indiretto': si tratterebbe, in specie, di attribuire al negozio tipico un contenuto ulteriore rispetto allo scopo che lo connota ordinariamente, inserendo clausole e pattuizioni finalizzate a conseguire gli effetti di altro negozio (anch'esso nominato).

Tale impostazione, che si snoda attraverso un procedimento indiretto, suggerisce due considerazioni, in ordine alla liceità del medesimo e alla disciplina applicabile: sotto il primo profilo, limitazioni potrebbero intervenire laddove le parti intendano eludere l'applicazione di una norma imperativa, ciò comportando la nullità dell'assetto negoziale da loro divisato; sul secondo versante, attinente alla disciplina applicabile, si devono distinguere gli aspetti formali da quelli sostanziali (ovvero aventi ad oggetto i risultati da realizzare). Infatti, mentre quelli sarebbero assoggettati al regime proprio del concreto negozio impiegato dalle parti, questi ultimi dipenderebbero dalla natura del negozio i cui effetti sarebbero indirettamente perseguiti e quindi, laddove si trattasse di realizzare una donazione, soccorrerebbe – con riguardo all'ordinamento italiano, non esistendo analoga disposizione né nel previgente codice del 1865, né in quello tedesco attualmente in vigore – il disposto dell'art. 809 cod. civ., inclusivo di liberalità risultanti o derivanti anche da negozi a titolo oneroso[21].

Sotto il profilo metodologico, la peculiare svolta normativa italiana è stata influenzata dalla reazione alla 'Trennungstheorie', che ha inteso valorizzare lo scopo perseguito dalle parti, sì da pervenire, infatti, ad una 'Zweckwürdigungstheorie', interpretata altresì come versione mitigata della precedente (cd. 'gemilderte Trennungstheorie'). In base a questa concezione – ancora oggi dominante – il criterio di fattispecie sarebbe da scorgersi nella ricerca delle volontà dei contraenti ('Parteiwille'), protesa ad identificare l'intento pratico obbiettivizzato nel regolamento di interessi, cioè, in altre parole, l'*id quod actum est*: in tal modo, la possibile deriva soggettivistica del negozio misto sarebbe preclusa, poiché la suddetta volontà acquisterebbe rilievo soltanto qualora venisse – come anticipato – oggettivata nel regolamento di interessi predisposto dai contraenti.

---

[17] Cfr. WIMMER-LEONHARDT, Susanne, *BGB § 516*, cit., § 206; WEIDENKAFF, Walter, *BGB § 516*, in *Palandt BGB Kommentare*[69], München, 2010, p. 735–736. Circa il seguito ottenuto da tale ricostruzione nella dottrina italiana, v. SANTORO PASSARELLI, Francesco, *Dottrine generali del diritto civile*[9], Napoli, 1997, p. 226, e BIANCA, Massimo, *Diritto civile*, III, Milano, 2000, p. 180, il quale ultimo escludeva la fusione tra causa della vendita e causa della liberalitŕ, reputate incompatibili in astratto (ovvero quando «si identifica la causa negoziale con il tipo normativo cui si riferisce», per DAFARRA, Angelita, *Il 'negotium mixtum'*, cit., p. 527), ma versabili in un medesimo regolamento negoziale laddove si avesse avuto riguardo alla causa 'in concreto', connotandosi il contratto misto – in questa circostanza – per il concorso (e non, giustappunto, per la fusione) della *causa venditionis* e della *causa donationis*.

[18] Lo spunto è tratto da DAFARRA, Angelita, *Il 'negotium mixtum'*, cit., p. 521, ma l'autrice attinge largamente a IACOVINO, Celeste – TAVASSI, Vincenzo – CASSANDRO, Tania, *La donazione,* Milano, 1996, p. 82; CARNEVALI, Ugo, *Le donazioni,* in *Trattato di diritto privato*[2] diretto da P. Rescigno, VI.2, Torino, 1997, p. 571; CATAUDELLA, Antonino, *La donazione mista*, cit., p. 49, pp. 82–90 (che applicava la teoria in parola ai negozi cd. 'a schema ampio').

[19] Con riguardo all'ordinamento italiano, la prevalenza dell'*animus donandi* avrebbe recato in dote l'applicazione del regime previsto per le donazioni tipiche (occorrendo la forma solenne *ex* art. 782 cod. civ. it, eccettuato il caso del 'modico valore' di cui al successivo art. 783), mentre in ogni altra circostanza – per giurisprudenza consolidata – si sarebbe perfezionato un negozio a titolo oneroso, non necessitante della forma essenziale. In ogni caso, i criteri per individuare la fattispecie normativa prevalente si identificherebbero con i principi di specialità, gerarchia (tra norme cogenti e dispositive) ed infine nel parametro offerto dalla prescrizione che maggiormente limita l'autonomia dei privati (cfr. in argomento CAREDDA, Valeria, *Le liberalità diverse dalla donazione*, Torino, 1996, p. 271).

[20] Così MECHTOLD, Franz, *Begriff und Wesen*, cit., p. 42.

[21] Cfr. CAREDDA, Valeria, *Le liberalità*, cit., *passim*, per quanto elementi rilevanti si traessero già dal risalente contributo di BIONDI, Biondo, *Le donazioni,* in *Trattato di diritto civile italiano,* a cura di F. Vassalli, Torino, 1961, p. 949, e dai saggi di CHECCHINI, Aldo, *L'interesse a donare*, in *Riv. dir. civ*., XXII.1, 1976, pp. 255–317; ID., *Liberalità (atti di),* in *Enc. giur. Treccani*, XVIII, Roma, 1990, pp. 1–6; ID., *Regolamento contrattuale e interessi delle parti (intorno alla nozione di causa)*, in *Riv. dir. civ*., XXXVII.1, 1991, pp. 229–233.

Si tratterebbe di prendere in considerazione lo scopo economico e gli interessi reciproci perseguiti dalle parti contrattuali, riservando particolare riguardo alla prevalenza del carattere oneroso ovvero di quello gratuito dello scopo stesso[22], onde determinare il regime normativo applicabile. Sino ad ora, all'operazione di riconoscimento del campo di applicazione delle diverse norme sono stati posti alcuni limiti, di talché le prescrizioni obbligatorie non possono essere eluse, così come deve essere ragionevolmente esclusa l'applicazione cumulativa di norme valevoli tanto per l'ambito gratuito, quanto per quello oneroso[23].

Tuttavia la 'Zweckwürdigungstheorie', letta in termini di 'separabilità attenuata' e sebbene compatibile eminentemente con l'interpretazione del negozio misto come donazione indiretta o liberalità atipica, non viene disdegnata da chi descrive ancora oggi il negozio *de quo* come un contratto unitario in cui al valore della prestazione di un contraente corrisponde solo in parte il valore dell'altra, per scelta concorde delle parti stesse: in questa prospettiva, l'oggettiva sproporzione tra le due prestazioni non è di per sé sufficiente a far riconoscere una donazione mista, ma rappresenta sempre un indizio importante presumendosi, in una simile evenienza, che il contratto sia a titolo gratuito[24].

Altri autori – che introducono la 'gemischte Schenkung' come una donazione permanente di beni, in cui le parti si accordano perché essa risulti in parte a titolo gratuito, in parte a titolo oneroso ("eine dauernde Vermögenszuwendung")[25] – ripropongono la teoria dell'unitarietà definendola 'Theorie des Abschlussschenkung', ossia teoria della conclusione della donazione, secondo la quale, a perfezionamento di un affare qualificabile come negozio misto, emergerebbero, seppur schermate, due cause giuridiche, una riconducibile alla donazione e l'altra alla vendita[26].

Tornando al negozio indiretto, i problemi attengono al trattamento giuridico da adottare, in particolare essendo sempre stata assai controversa l'applicabilità delle norme relative alle donazioni. Esattamente, il quesito da porre è se sia applicabile tale ultima disciplina ovvero il diritto regolante i contratti onerosi tipici, sicché la risposta, secondo taluna letteratura germanica, non potrebbe essere unitaria. Di certo, per quanto riguarda le ipotesi di responsabilità previste *ex lege*, esse rilevano soltanto in ordine alla parte onerosa del negozio, mentre diverso approccio meriterebbe il problema della forma con cui occorre concludere la donazione mista: in particolare, non è possibile invocare un criterio di divisibilità, ma è richiesta sempre la forma *ad substantiam* prevista dall'ordinamento per la donazione, a meno che non risulti chiaramente che la natura prevalente del negozio sia onerosa e non gratuita. In altri termini, sulla parte che intende concludere un negozio misto privo dei requisiti formali previsti per la donazione pura, grava l'onere di dimostrare che in tale negozio a prevalere sarebbe stata la connotazione onerosa[27].

---

[22] Ad avviso di WIMMER-LEONHARDT, Susanne, *BGB § 516*, cit., Rn. 207, «entscheidendes Kriterium ist danach der im Vertragszweck objektivierte Parteiwille. Nach diesem Ansatz kann eine sachgerechte Lösung der aufgeworfenen Fragen nur unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen der Vertragsparteien und des von ihnen beabsichtigen wirtschaftlichen Zwecks erreicht werden, wobei inbesondere darauf abzustellen ist, 'ob der entgeltliche oder der un entgeltliche Charakter überwiegt'»; inoltre per HERRMANN, Ewoud, *§ 516 BGB*, in *Bürgerliches Gesetzbuch*[12], herausgegeben von H.P. Westermann, Köln, 2008, p. 2107 § 15, «nach der Trennungstheorie ist das Geschäft in einen entgeltlichen und einen unentgeltlichen Bestandteil zu zerlegen; jeder Teil soll dann den Regeln seines Typs folgen».

[23] Per HERRMANN, Ewoud, *§ 516 BGB*, cit., p. 2107 § 15, «dem Beurteilungsspielraum sind allerdings insofern Grenzen gesetzt, als zwingende Vorschriften nicht umgangen werden dürfen und als die kumulative Anwendung von Vorschriften aus beiden Bereichen teilw sachlich ausegeschlossen ist», ancorché, per una più approfondita disamina dei regimi giuridici da applicarsi nei casi concreti, sia opportuno esaminare WESTERMANN, Harm Peter,, *§ 516 BGB*, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*[4], München, 2004, p. 1244 §§ 38 ss.

[24] Cfr. WEIDENKAFF, Walter, *BGB § 516*, cit., p. 734, secondo cui «ist ein einheitliche Vertrag, bei der Wert der Leistung des einen dem Wert der Leistung des and nur zu einem Teil entspricht, die Vertragspartei dies wissen und übereinstimmd wollen ..., dass der überschießde Wert unentgeltliche gegeben wird» (cfr. anche Id., *BGB § 525*, cit., p. 739). Nello stesso senso anche HERRMANN, Ewoud, *§ 516 BGB*, cit., p. 2107, § 151, laddove si asserisce: «damit wird ein einheitlicher Austauschvertrag bezeichnet, bei dem Leistung und Gegenleistung objectiv in einem Missverhältnis stehen und außerdem die Parteien einig darüber sind, dass der Mehrwert dem Empfanger unentgeltlich zukommen soll». Si veda anche WESTERMANN, Harm Peter, *§ 516 BGB*, in *Münchener Kommentar*, cit., p. 1240 § 29, che definisce la 'gemischte Schenkung' come segue: «eine gemischte Schenkung liegt hingegen vor, wenn sie Parteien das objective Missverhältnis von Zuwendung und Gegenleistung kennen und sich darüber einig sind, dass der Mehrwert unentgeltlich zugewendet werden soll», altresì precisando che «dies ist allerdings noch insofern einzugrenzen, als keine gemischte Schenkung, sondern zwei selbstständige, nur äußerlich zusammengefasste Verträge gegeben sind, wenn die höherwertige Zuwendung real teibar ist». Va aggiunto che tali requisiti perdono valore quando l'elargizione sia davvero concettualmente e concretamente divisibile, cioè quando le parti – pur conoscendo ed accettando lo squilibrio delle reciproche prestazioni – concepiscano il negozio stesso come complessivamente a titolo oneroso (si pensi ai casi della vendita ad un prezzo di favore, oppure ad una vendita compiuta in stato di necessità ad un prezzo assolutamente conveniente). Cfr., sul punto, HERRMANN, Ewoud, *§ 516 BGB*, cit., p. 2107 § 15, anche circa il regime da applicare al *negotium mixtum*: «die rechtliche Behandlung der gemischten Schenkung ist umstritten; die verschiedenen Auffassungen differieren allerdings in den praktischen Ergebnissen nur wenig».

[25] Si esprime in tal senso anche KAISER, Gisbert, *Bürgeliches Recht. Basiswissen und Fallschulung für Anfangssemester*[11], Heidelberg, 2007, p. 427 § 788, secondo cui «...die gemischte Schenkung ist eine dauernde Vermögenszuwendung, bei der sich di Partner darüber einig sind, dass sie teils entgeltlich und teils unentgeltlich erfolgen soll ('halb geschenkt'): hier sind sowohl Kauf- als auch Schenkungsregeln anwendbar».

[26] «Nach ihr soll Gegenstand der Schenkung der Abschluss eines günstigen Kaufs sein. Damit sind zwei Rechtsgründe (Schenkung und Kauf) hintereinandergeschaltet: der Abschluss des Kaufs ist Erfüllung der Schenkung. Die vorgelagerte Schenkcausa bleibt aber über die §§ 528, 530 für den Kauf wirksam. Auch kann dem Abschluss des Kaufs ein Schenkverbot (etwa § 2205 S. 3) entgegenstehen»; così MEDICUS, Dieter – PETERSEN, Jens, *Bürgerliches Recht*[22]. *Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung*, München, 2009, p. 171 § 380.

[27] I ragionamenti articolati in dottrina e in giurisprudenza circa la 'gemischte Schenkung' valgono integralmente anche per le ipotesi, nella pratica comuni, del credito misto ('gemischte Leihe'), che si verifica – esemplificativamente – allorquando si concluda una locazione ad un prezzo amichevole, come traspare da MEDICUS, Dieter – PETERSEN, Jens, *Bürgerliches Recht*, cit., p. 171 § 381, secondo i quali «ebenso wie eine gemischte Schenkung gibt es übrigens auch eine gemischte Leihe usw. (etwa Vermietung zum Freundespreis)», specificando altresì gli autori ulteriori ipotesi di trattamento giuridico del *negotium mixtum*, tra cui «nach den §§ 528, 530 darf der Schenker nur den Wert des unentgeltlichen Teiles seiner Leistung zurückverlangen, und Entsprechendes hat bei den §§ 2113 II, 2287 zu gelten».

In definitiva, a livello di ricostruzione teorica viene sempre preferito il modello della 'Zweckwürdigungstheorie', accolto in via interpretativa quando si prendano le mosse dal BGB: individuando il discrimine nello scopo perseguito concretamente dalle parti, il codice tedesco tempera in senso pragmatico il noto approccio astratto che lo caratterizza[28]. La teoria attenuata della divisibilità, peraltro, risulta la migliore in funzione applicativa perché comunque protetta rispetto ai rischi indotti da talune posizioni neo-soggettivistiche, le quali tendono a vedere, in ogni singolo negozio, una presunta 'causa in concreto', la cui configurazione ed individuazione è stata fonte di notevoli fraintendimenti dogmatici[29]. Il problema, di altro spessore dottrinale in relazione alle sue ricadute pratiche, consiste nel tentativo di applicare in misura equilibrata le interpretazioni basate sull'oggettivizzazione della volontà delle parti, così come essa viene trasposta nel regolamento di interessi condiviso dai contraenti.

3. Brevi considerazioni sulla recezione delle impostazioni tedesche nella dottrina italiana

Sostanzialmente mutuando gli insegnamenti tedeschi ma non senza rielaborarne gli schemi sopra un calco di matrice francese, la dottrina italiana si è agitata intorno a tre ipotesi, la prima delle quali avrebbe contemplato l'applicazione della normativa corrispondente al tipo proprio dell'elemento prevalente (teoria dell''assorbimento'), mentre la seconda avrebbe optato per l'applicazione diretta delle norme corrispondenti ai vari elementi commisti (teoria della 'combinazione') ed, infine, la terza avrebbe suggerito l'applicazione analogica delle norme suaccennate, nei limiti della reciproca compatibilità (teoria dell''applicazione analogica')[30]. Indipendentemente dall'orientamento cui si voglia aderire tra quelli indicati, il discrimine – alla luce di una dialettica tra scienza privatistica e volontà legislativa che ricorda da vicino quella romana, sfociata nella risolutiva riforma di Costantino – è comunque segnato dal dettato codicistico: a mente dell'art. 809 cod. civ., infatti, rubricato non del tutto felicemente «norme sulle donazioni applicabili ad altri atti di liberalità», cui è sottesa l'idea di donazione indiretta, si precisa come le liberalità risultanti da atti diversi da quelli previsti dall'art. 769 cod. civ. «sono soggette alle stesse norme che regolano la revocazione delle donazioni per causa di ingratitudine e per sopravvenienza di figli, nonché a quella sulla riduzione delle donazioni per integrare la quota dovuta ai legittimari».

Devesi osservare come gli 'atti da cui risulta una liberalità' non si identifichino necessariamente con 'atti di liberalità', essendo indifferente la natura dei medesimi ma possibile e voluto il risultato di esso[31], sicché il *negotium mixtum cum donatione* rimarrebbe certamente oneroso, unici essendo determinazione volitiva, oggetto e causa. Tuttavia le parti avrebbero iniettato, nel negozio oneroso, effetti di liberalità, predisponendo un apposito regolamento di interessi orientato a non sacrificare alcun aspetto, sostanziale o processuale, tipico del primo: entro questa struttura portante, indubbiamente monocausale, i contraenti avrebbero operato sopra un elemento di struttura, ossia sull'oggetto del negozio, stabilendo un corrispettivo inferiore al valore di mercato del bene per attuare (indirettamente) una liberalità, sfociante in un arricchimento al quale vengono applicati gli istituti della revoca e della riduzione.

Sembrerebbe quindi doversi negare l'esistenza di qualsivoglia mistione tra causa onerosa di scambio e causa gratuita liberale, essendo le medesime tra di loro incompatibili: si tratta, ancora una volta, di applicare la 'Zweckwürdigungstheorie', cui viene contrapposto l'orientamento ermeneutico

---

[28] Scrive ancora WEIDENKAFF, Walter, *BGB § 516*, cit., p. 735 che «praktisch brauchbare Ergebnisse sind nur ohne konsequente Durchführung einer dieser Theorien möglich, indem auf den Zweck des jeweiligen Geschäfts abgestellt wird (Zweckwürdigungstheorie)».

[29] Sul problema della 'causa in concreto' nella storia della dottrina romanistica, cfr. DALLA MASSARA, Tommaso, *Alle origini della causa del contratto. Elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*, Padova, 2004, pp. 37–40.

[30] L'orientamento dominante riconduce il *negotium mixtum cum donatione* alla figura della donazione indiretta e quindi, mediatamente, del negozio indiretto, «inteso come strumento del quale le parti si avvalgono per realizzare o uno scopo che non corrisponde alla propria causa, ma a quella di un altro contratto, ovvero uno scopo non realizzabile con alcuno strumento tipico» (così CERIO, Fiammetta *Congruità dello scambio e 'negotium mixtum cum donatione',* in *I contratti,* XV, 8–9, 2007, p. 756, riassume l'opinione prospettata e sostenuta da RUBINO, Domenico, *Il negozio indiretto,* Milano, 1937, p. 62; ID., *La compravendita,* in *Trattato di diritto civile e commerciale*[2] diretto da A. Cicu e E. Messineo, Milano, 1962, p. 270; ASCARELLI, Tullio, *Contratto misto, negozio indiretto, 'negotium mixtum cum donatione'*, in *Studi in tema di contratti,* Milano, 1952, p. 91; TORRENTE, Andrea, *La donazione,* in *Trattato di diritto civile e commerciale,* diretto da A. Cicu e E. Messineo, Milano, 1956, pp. 43–50; AURICCHIO, Antonio, voce *Negozio indiretto,* in *Noviss. dig. it.,* XI, Torino, 1965, p. 221; EMILIOZZI, Enrico Antonio, *La donazione indiretta,* in *Giust. civ.,* XLIV.2, 1994, pp. 429–430; D'ETTORE, Felice Maurizio, *Liberalità e scambio. La donazione mista,* in *La donazione,* Trattato diretto da G. Bonilini, Torino, 2001, pp. 149–286; riteneva altresì trattarsi di donazione indiretta, ma non di negozio indiretto, G. BISCONTINI, Guido, *Onerosità*, cit., pp. 187–202). Un diverso orientamento non condivide tale ricostruzione, osservando come essa «necessariamente escluda che l'intento liberale entri nella struttura del contratto in guisa da caratterizzarne la funzione, ed in conseguenza nega la sussistenza del presupposto imprescindibile perché si possa far questione di applicazione delle disposizioni sulla donazione. Il negozio indiretto, infatti, è caratterizzato dal suo impiego per la realizzazione di uno scopo ulteriore, diverso da quello tipico del negozio» (così A. CATAUDELLA, Antonino, *La donazione mista,* cit., pp. 14–21; ID., *La donazione,* in *Trattato di diritto privato.* V. *Successioni e donazioni* diretto da M. Bessone, Torino, 2005, 61; CARNEVALI, Ugo, *Le donazioni,* cit., pp. 1–600; GIORGIANNI, Michele, *Negozi giuridici collegati*, cit., p. 44).

[31] Cfr. BIONDI, Biondo, *Chiarimenti intorno al 'negotium mixtum cum donatione' e alla donazione indiretta*, in *Banca, borsa tit. cred.*, XXV, 1960, p. 193.

teso alla 'oggettivazione contrattuale'[32], desumente da uno squilibrio nel valore delle prestazioni la sussistenza di anomalie, redimibili attraverso operazioni di riassetto negoziale[33].

4. 'Zurück zum römischen Recht': lineamenti identificativi del 'negotium mixtum cum donatione' nel pensiero dei giuristi classici

È ora il momento di analizzare il pensiero giuridico romano del periodo classico e le sue soluzioni, la faticosa elaborazione delle quali sarebbe stata vanificata dagli interventi autoritativi del IV secolo d.C., volti a superare d'imperio i problemi determinati dalla difficoltà di individuare il momento esatto nel quale la *donatio* potesse qualificarsi *perfecta*.

L'unico testo nel quale viene delineata la figura liminale in parola è il seguente:

D. 39.5.18 pr.-2 (Ulp. 71 *ad ed.*): *Aristo ait, cum mixtum sit negotium cum donatione, obligationem non contrahi eo casu, quo donatio est, et ita et Pomponius eum existimare refert. Denique refert Aristonem putare, si servum tibi tradidero ad hoc, ut eum post quinquennium manumittas, non posse ante quinquennium agi, quia donatio aliqua inesse videtur: aliter atque, inquit, si ob hoc tibi tradidissem, ut continuo manumittas: hic enim nec donationi locum esse et ideo esse obligationem. sed et superiore casu quid acti sit, inspiciendum Pomponius ait: potest enim quinquennium non ad hoc esse positum, ut aliquid donetur. Idem Aristo ait, si donationis causa in hoc tradatur servus, ut post quinquennium manumittatur, sit autem alienus, posse dubitari an usucapiatur, quia aliquid donationis interveniret. et hoc genus quaestionis in mortis causa donationibus versari Pomponius ait et magis putat ut, si ita donetur, ut post quinquennium manumittatur, posse dici usucapionem sequi.*

Preliminari alla scomposizione del frammento, necessaria al fine di apprezzare la peculiarità degli orientamenti da esso desumibili, appaiono due considerazioni volte a inquadrare funzionalmente la testimonianza e a cogliere le modalità ricostruttive adottate dal giurista severiano nel riportare opinioni anteriori.

Innanzitutto, il ragionamento ulpianeo non si propone di definire teoricamente la figura liminale (inserita, peraltro, nel contesto di una trattazione riservata a mezzi ausiliari del processo formulare, in specie, all'*interdictum de precario*[34]), in quanto il suo andamento va ricollegato alla casistica presentata nel prosieguo del frammento: dunque, il *principium* – sebbene lasci intravvedere una maggiore tendenza all'astrazione – riassumerebbe risultati tratti dall'esame casistico, senza incidere sull'impostazione pratica di fondo.

Secondariamente, Ulpiano costituirebbe la terza voce del dibattito, sì riferendo il pensiero altrui (in specie, di Aristone e Pomponio), ma anche facendo emergere cautamente il proprio punto di vista[35]: va anticipato come l'opinione di quest'ultimo emerga con chiarezza dai testi in materia di *venditiones nummo uno* e *viliore pretio*, cui si accennerà nel paragrafo specificamente riservato al pensiero ulpianeo.

4.1 Rigorosa configurazione strutturale dell'"admixtio' in Aristone

Muovendo dalla figura liminale integrata dal negozio misto a donazione, Aristone delinea l'assoluta incompatibilità tanto tra negozio e donazione, quanto tra quest'ultima e il vincolo obbligatorio, questioni che meritano approfondimenti lemmatici e sistematici circa il significato di *negotium* e di *donatio*, al fine di meglio individuare l'orientamento adottato dal giurista traianeo.

> *Aristo ait, cum mixtum sit negotium cum donatione, obligationem non contrahi eo casu, quo donatio est, et ita et Pomponius eum existimare refert.*

Il termine *negotium* viene inteso genericamente come 'affare', estraneo all'accezione dogmatica assegnatagli dai pandettisti, molti secoli dopo e destinato a prendere forma precisa in relazione allo specifico contesto di impiego: in ogni caso, esso connoterebbe un'attività avente carattere oneroso, in opposizione alla liberalità insita nella donazione anche in rapporto al

---

[32] Si fa rilevare il carattere rigoroso dell'alternativa: o lo scopo di liberalità è perseguito da entrambe le parti ed entra nel contenuto del contratto, sicché non può parlarsi di negozio indiretto, oppure resta racchiuso nella sfera dei motivi, ed allora è giuridicamente irrilevante. Le conseguenze che ne discendono, tutt'altro che teoriche, afferiscono all'individuazione del regime applicabile: laddove si configuri il *negotium mixtum* come donazione indiretta, allora la fattispecie onerosa (attraverso la quale sarebbe operativa la liberalità) manterrebbe autonomia e disciplina giuridica proprie (salva l'applicazione dell'art. 809 cod. civ.), rilevando la teoria dell''assorbimento'. Se, invece, si qualificasse la figura come 'contratto misto', troverebbe applicazione la teoria della 'prevalenza' (cfr. SICCHIERO, Gianluca, *Il contratto*, cit., *passim*), per quanto sia difficile accertare l'elemento preminente, giacché la fissazione della misura dello scambio è rimessa soltanto ai contraenti e non può essere sostituita da criteri oggettivi di stima (v. CATAUDELLA, Antonino, *Donazione mista,* cit., pp. 142–149). Né risulta maggiormente soddisfacente la teoria della 'combinazione', prospettata in epoca risalente da DE GENNARO, Giovanni, *I contratti misti. Delimitazione, classificazione e disciplina. 'Negotia mixta cum donatione*', Padova, 1934, pp. 1–249, sulla scorta della quale si applicherebbero le norme dettate per ciascuno dei negozi tipici che danno luogo alla mistione: tuttavia, in caso di conflitto tra norme, prevarrebbe quella dettata per la donazione, in base alla valutazione dell'interesse da questa tutelato (cfr. CERIO, Fiammetta, *Congruità,* cit., p. 758).

[33] Sul punto, si veda CAMILLETTI, Francesco, *Equilibrio contrattuale,* cit., pp. 39–112.

[34] Sul punto, nonché in ordine al dibattito relativo alla controversa redazione di *digesta* da parte di Aristone, cfr. da ultimo SCEVOLA, Roberto, *'Negotium mixtum'*, p. 6, nt. 1, con ampia bibliografia, né va sottovalutato l'intervento in funzione generalizzante dei commissari giustinianei, del quale resta controversa la portata in ordine alla possibile introduzione di alterazioni sostanziali (come ritiene GIUFFRÈ, Vincenzo, *Recensione* a R. Scevola, *'Negotium mixtum cum donatione',* Padova, 2008, in *Iura,* LVII, 2008–2009, pubbl. 2010, p. 463). Circa la «strutturazione retorica del passo fondato sull'opposizione tra *negotium* e *donatio*», cfr. A. BURDESE, Alberto, *Recensione* a R. Scevola, *'Negotium mixtum cum donatione',* in *SDHI,* LXXVI, 2010, p. 739 e, recentemente, le considerazioni da me versate in *Il negozio misto con donazione. Elaborazioni romane e ricostruzioni moderne*, in *Scambio e gratuità*, cit., 247–254.

[35] Ad avviso di GIUFFRÈ, Vincenzo, *Recensione,* cit., p. 463, «epperò, nel testo, alla sintesi del 'dialogo' tra il giurista antoniano [Pomponio] con quello traianeo [Aristone] sembra aggiungersi comunque 'una terza voce', che ben può essere proprio quella di Ulpiano»; cfr. altresì, in argomento, SCHIAVONE, Aldo, *'Ius'. L'invenzione del diritto in Occidente,* Torino, 2005, 341 ss.

significato di *donatio*[36]. Va ritenuto che, nel *principium*, il giurista traianeo avesse voluto radicalizzare la contrapposizione, come a dire che, a fronte della *donatio,* non si ravviene una particolare tipologia negoziale ma – prescindendo da declinazioni classificatorie – 'il' *negotium* nella sua essenza[37].

Il vocabolo *donatio* non evocava in epoca classica, come anticipato, un contratto tipico, ma soltanto una *causa adquisitionis,* ovvero una ragione giustificatrice di attribuzioni patrimoniali a titolo definitivo e in assenza di corrispettivo funzionalmente ricollegato alle medesime, sicché l'esistenza e l'operatività della donazione avrebbero richiesto la fruizione, da parte del donante, di negozi astratti (dotati di efficacia reale, come la *mancipatio* e la *in iure cessio*, oppure obbligatoria, si pensi alla *stipulatio*) o a causa variabile (in specie, la *traditio*)[38].

Ciò premesso, dal *principium* di D. 39.5.18 la donazione risulta contrapposta dal giurista traianeo prima a *negotium* e poi ad *obligatio,* sì da confermare che non possono sussistere perplessità in ordine all'assenza nella *donatio* di tratti negoziali implicanti vincolatività. Non vi è altresì dubbio circa il fatto che il 'segno della meritevolezza'[39] attraverso il quale l'intento liberale transiterebbe sul terreno giuridico (rilevando sotto il profilo dell'apprestamento di tutela giudiziale) andasse scorto nella forma da cui sarebbe rivestito, sicché la realizzazione degli effetti (siano essi obbligatori o reali) dipenderebbe da un elemento di struttura, ovvero dalla corretta adibizione del negozio-mezzo. Nel momento in cui utilizza il termine *donatio,* il giurista non pensa ad una fattispecie tipica da affiancare al *negotium* laddobe la 'asimmetria strutturale' tra i due fenomeni lo impedirebbe, essendo visti i medesimi come del tutto incompatibili tanto nella loro genesi quanto nella rispettiva funzione.

Muovendo proprio dall'insanabile antitesi tra i due elementi costitutivi della definizione versata nel *principium*, il giurista traianeo identificherebbe argomentazioni capaci di giustificare la coesistenza dei medesimi in un unico assetto d'interessi: in tal senso, il *negotium* costituirebbe la struttura nella quale viene innestato un regolamento recante profili di liberalità che, in ragione della loro estraneità alla cornice di riferimento, non potrebbero mai 'fondersi' alla stessa, né potrebbe verificarsi l'integrazione causale delle due componenti in una funzione complessa perché la *causa donationis,* come detto, è mera ragione di acquisto priva di autonoma rilevanza negoziale. Essa mantiene la sua autonomia, dando vita ad un fenomeno di interferenza che si tradurrebbe nell'esistenza di una 'zona franca' all'interno della cornice negoziale, come attestato dall'inciso '*obligationem non contrahi eo casu, quo donatio est*', recante una separazione funzionale estremamente rigida laddove l'operatività della liberalità esclude il vincolo obbligatorio nascente dal negozio, ponendo così gli effetti in rigida sequenza temporale ed impedendo ai medesimi di mescolarsi[40].

Precisato che lo spazio riservato alla liberalità sarebbe immune dall'operatività del vincolo obbligatorio, in questo frangente paralizzato dall'effetto di liberalità, il giurista traianeo esprime il carattere 'composito' della figura in termini di *admixtio*, finalisticamente volta a separare l'efficacia degli elementi costitutivi versati nell'unica struttura negoziale e, quindi, a precludere qualsivoglia fusione dei medesimi, onde salvaguardare l'assoluta alterità tra *negotium* e *donatio*. In sostanza, il profilo negoziale risulta estraneo alla parte in cui vi è attribuzione donativa mentre, cessata la liberalità, il vincolo si sarebbe riattivato: in questa ricostruzione – tale essendo il dato metodologicamente

[36] Si esamini, in proposito, Ulp. 3 *ad Sab.* D. 41.1.19: *Liber homo, qui bona fide mihi servit, id quod ex operis suis aut ex re mea pararet, ad me pertinere sine dubio Aristo ait: quod vero quis ei donaverit aut ex negotio gesto adquisierit, ad ipsum pertinere* (cfr. SACCOCCIO, Antonio, *'Si certum petetur'. Dalla 'condictio' dei 'veteres' alle 'condictiones' giustinianee,* Milano, 2002, p. 304; SÖLLNER, Alfred, *'Bona fides' – guter Glaube?,* in *ZSS,* CXXIII, 2005, pp. 1–30; SCEVOLA, Roberto, *'Negotium mixtum'*, pp. 19–27 e ntt. 8–11; PEPPE, Leo, *Riflessioni intorno all'esecuzione personale in diritto romano,* in *AUPA,* LIII, 2009, pp. 160 e nt. 199). Con riferimento alle attività del *liber homo bona fide serviens*, ossia di colui il quale – pur essendo libero – reputasse in buona fede di soggiacere in condizione servile, il passaggio *'quis ei donaverit aut ex negotio gesto adquisierit'* attesterebbe una generica onnicomprensività concettuale del negozio in termini onerosi. Una volta escluso che un'eventuale qualificazione in termini di *gestum* fosse stata elisa dai compilatori, entro un orizzonte diverso dall'individuazione di *causae adquisitionis* va collocato il riferimento al negozio in D. 39.5.18 pr., perché il giurista si sarebbe concentrato sull'operatività del vincolo obbligatorio, senza ulteriormente specificare alla luce della partizione desumibile da Ulp. 11 *ad ed.* D. 50.16.19, onde rendere compatibili le concretizzazioni delle fattispecie con la loro qualificazione progressiva in termini di *gerere, contrahere* e *agere.*

[37] Secondo BURDESE, Alberto, *Il contratto romano tra forma, consenso e causa,* in *Diritto romano e terzo millennio. Radici e prospettive dell'esperienza giuridica contemporanea. Relazioni del convegno internazionale di diritto romano (Copanello, 3–7 giugno 2000),* Napoli, 2004, p. 87, ora in *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, a cura di A. Burdese, Padova, 2006, p. 88, «la nozione di *negotium* si presenta di per sé funzionalmente connotata quale atto a titolo non meramente gratuito: essa è invero prospettata nelle fonti in opposizione al concetto di *donatio*, anche se esistono forme negoziali capaci come tali di creare un vincolo (la *sponsio-stipulatio*) a prescindere dalla sottostante *causa donationis*, sia essa intesa come scopo soggettivamente perseguito o come funzione oggettivamente riscontrabile, nonché negozi causali per loro natura tipicamente gratuiti (come il mutuo) ancorché suscettibili di creare eventualmente vincoli per entrambe le parti (come mandato, deposito, comodato)». Non è dunque la patrimonialità, bensì l'onerosità il criterio discretivo rispetto alla donazione in quanto quest'ultima, come osserva da ultimo GAROFALO, Luigi, *Gratuità e responsabilità contrattuale,* in *Scambio e gratuità*, cit., p. 25, sarebbe pur sempre dotata di un contenuto economicamente valutabile.

[38] Cfr. BIONDI, Biondo, *Il concetto di donazione,* in *Studi in onore di C. Ferrini,* I, Milano, 1947, p. 160, ora in *Scritti Giuridici,* III, Milano, 1965, p. 37; ID., *Chiarimenti*, cit., p. 182; ARCHI, Gian Gualberto *La donazione. Corso di diritto romano,* Milano, 1960, p. 23; TALAMANCA, Mario, *Istituzioni di diritto romano,* Milano, 1990, p. 773; KASER, Max – KNÜTEL, Rolf, *Römisches Privatrecht*[18], München, 2005, p. 238; MARRONE, Matteo, *Istituzioni di diritto romano*[3], Palermo, 2006, p. 557.

[39] L'espressione, quanto mai calzante in relazione alla connotazione dell'atto di liberalità in termini giuridici, rimonta a GAROFALO, Luigi, *Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio,* in *Le dottrine,* cit., 352–359.

[40] Cfr. SCEVOLA, Roberto *'Negotium mixtum',* cit., pp. 61–75, e BURDESE, Alberto, *Recensione,* cit., 740, secondo cui tale separazione si sarebbe dovuta imputare «ad una sorta di *admixtio,* connotata da struttura negoziale interferendo con la quale l'elemento di liberalità, obiettivamente individuato, avrebbe reso inoperante, in sua presenza, l'obbligazione fondata sul negozio stesso: sarebbe con ciò evitata qualsiasi commistione tra i due concetti di *negotium* e *donatio*».

essenziale – prevale una valutazione oggettiva, avulsa da considerazioni circa il reale intento delle parti.

Sebbene la portata della ricostruzione in discorso sia destinata a manifestare compiutamente la propria fisionomia nei §§ 1 e 2 di D. 39.5.18, tale definizione di negozio misto non lascia dubbi in merito al carattere sovrastrutturale e liminale che la fattispecie doveva avere nella visione aristoniana[41]: richiesto di un parere per dirimere in via interpretativa incertezze circa aspetti applicativi attinenti a fenomeni di 'collisione' tra assetti negoziali e profili di liberalità, il giurista mosse – argomentando dalla disponibilità di elementi circoscritti – verso l'individuazione di criteri attraverso cui dirimere la frizione, senza tuttavia creare un *tertium genus* autonomo.

La risistemazione ulpianea dei punti di vista enucleati dai giuristi anteriori procede attraverso una concretizzazione, incardinata sull'affiancamento sequenziale di figure eterogenee operanti in momenti ben distinti, che si ricava da Ulp. 71 *ad ed.* D. 39.5.18.1:

> *Denique refert Aristonem putare, si servum tibi tradidero <mancipavero> ad hoc, ut eum post quinquennium manumittas, non posse ante quinquennium <fiduciae> agi, quia donatio aliqua inesse videtur: aliter atque, inquit, si ob hoc tibi tradidissem, ut continuo manumittas: hic enim nec donationi locum esse et ideo esse obligationem. sed et superiore casu quid acti sit, inspiciendum Pomponius ait: potest enim quinquennium non ad hoc esse positum, ut aliquid donetur.*

Aristone, il cui parere sarebbe stato conosciuto da Ulpiano tramite Pomponio, riteneva che, laddove uno schiavo fosse consegnato ad un terzo – in epoca classica trasferito con *mancipatio*, poi scomparsa e quindi elisa dai giustinianei – perché questi lo affrancasse dopo cinque anni, la controparte non avrebbe potuto proporre azione (*agi*) onde ottenerne anticipatamente la manomissione in quanto si sarebbe innestata nella fattispecie, «in base alla obiettiva valutazione dei suoi elementi»[42], una componente in certo qual modo liberale (*donatio aliqua*), atta a paralizzare l'operatività dell'obbligo di manomettere. Diversa si prospetterebbe la ricostruzione qualora il trasferimento fosse preordinato ad ottenere dal terzo la liberazione immediata (*continuo*) dello schiavo giacché, ricorrendo tale evenienza, non vi sarebbe spazio alcuno per intravvedere profili di donazione e l'attuazione dell'obbligo in capo all'acquirente non potrebbe essere dilazionata.

Secondo Otto Lenel, la cui opinione risulta ancora oggi dominante, il significato del testo non si sarebbe potuto cogliere appieno senza ripristinare il riferimento alla *fiducia* – in seguito eliminato dai compilatori in conseguenza della desuetudine dell'istituto – tra *quinquennium* e *agi,* sì da potere sussumere la fattispecie nella *fiducia manumissionis causa*[43]. Alla luce di tali aggiustamenti testuali, Aristone avrebbe asserito infatti che, se un soggetto avesse mancipato uno schiavo di sua proprietà affinché (*ad hoc ut*) il fiduciario lo manomettesse dopo cinque anni dal momento in cui ne avesse ottenuto la disponibilità, il *mancipio dans* non avrebbe potuto esperire l'*actio fiduciae* per l'intero quinquennio, ancorchè si fosse pentito e avesse inteso fare valere *ante tempus* la propria *poenitentia*[44]. Nel contempo, l'*accipiens* avrebbe potuto procedere alla liberazione dello schiavo soltanto allo spirare del periodo indicato, *quia donatio aliqua inesse videtur,* ossia perché, sul versante degli effetti, la permanenza quinquennale del servo presso il fiduciario si sarebbe tradotta in una sorta di spontaneo arricchimento senza contropartita in capo al medesimo.

Tuttavia l'identificazione del *negotium mixtum cum donatione* con la *fiducia manumissionis causa* – che riposa sull'*auctoritas* riconosciuta all'opinione leneliana, in forza della credibilità guadagnata *aliunde* dallo studioso – non appare incontrovertibile, giacché il fondamento su cui essa si regge è puramente testuale: infatti, eliminando il lemma *fiduciae* tra *quinquennium* e *agi* l'intera fisionomia del caso muterebbe, potendosi intendere come semplice *mancipatio ut manumittatur* e risultando compatibile con una convenzione del tipo di quelle

[41] Ulpiano, che altrove (emblematico il giudizio espresso in 4 *ad ed.* D. 2.14.1.3) non avrebbe esitato a notare l'eleganza di alcune soluzioni proposte da giureconsulti a lui anteriori, non qualificava come *eleganter* la soluzione aristoniana: l'assenza di apprezzamento da parte del severiano indurrebbe a ritenere che – quanto meno nel giudizio del narrante – il giurista traianeo non avesse 'inventato' nulla di nuovo, ma soltanto fissato in termini di 'Begriffsbestimmung' preesistenti posizioni pratiche.

[42] Cfr. BURDESE, Alberto, *Recensione,* cit., 740; GIUFFRÈ, Vincenzo, *Recensione,* cit., 462: va osservato come, in assenza di ulteriori precisazioni versate nel regolamento di interessi predisposto dalle parti, l'attività espletata dallo schiavo nel quinquennio sarebbe da imputare all'*accipiens,* il quale acquisirebbe al proprio patrimonio i risultati della stessa.

[43] Lenel affinò un orientamento già prefigurato da OERTMANN, Paul, *Fiducia,* cit., p. 46; HAYMANN, Franz, *Freilassungspflicht und Reurecht: ein quellenkritischer Beitrag zur Kondiktionenlehre,* Berlin, 1905, p. 38; BUCKLAND, William, *The Roman Law of Slavery,* Cambridge, 1908, p. 632 e nt. 11; GROSSO, Giuseppe, *Sulla fiducia a scopo di 'manumissio',* in *RISG,* IV.3, 1929, 251, ora in *Scritti storico giuridici,* III, Torino, 2001, 232; ERBE, Walter, *Die Fiduzia im römischen Recht,* Weimar, 1940, p. 153. In argomento, adesive all'orientamento delineato appaiono alcune rielaborazioni più recenti, proposte rispettivamente da ARCHI, Gian Gualberto, *Donazione,* cit., p. 38; BROISE, Sergio, *'Animus donandi'. Concetto romano e suoi riflessi sulla dogmatica odierna.* I. *Parte generale*, Pisa, 1970, p. 70; NOORDRAVEN, Bert, *Die Fiduzia im römischen Recht,* Amsterdam, 1999, pp. 74–75; STOLFI, Emanuele, *Studi sui 'libri ad edictum' di Pomponio,* I. *Trasmissione e fonti,* Napoli, 2002, p. 521.

[44] Cfr. RIECHELMANN, Axel, *'Paenitentia': Reue und Bindung nach römischen Rechtsquellen. Voraussetzungen und Wirkungen einseitiger Willensänderung,* Frankfurt am Main, 2005, pp. 38–57.

configuranti un '*do ut aliquid facias*'[45]. L'attendibilità dell'ipotesi alternativa troverebbe supporto in Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2, in base al quale l'accordo diverrebbe azionabile sussistendo un duplice presupposto strutturale, ossia l'impegno delle parti avente ad oggetto uno scambio di prestazioni e l'adempimento posto in essere da almeno una di esse, in esecuzione dell'impegno assunto[46]. Nel caso specifico opererebbero entrambi gli elementi citati, di talché la *conventio* – pur non integrando uno dei tipi riconosciuti dall'ordinamento civilistico – avrebbe prodotto effetti obbligatori in quanto vivificata da una *causa*[47] e sarebbe stata tutelata tramite *actio civilis incerti* (*praescriptis verbis*), volta ad ottenere l'adempimento della controprestazione e quindi il ristoro nei limiti dell'interesse positivo[48]. Non darebbe altresì luogo a problemi l'identificazione dello strumento attraverso il quale le parti avrebbero convenuto di procrastinare la liberazione dello schiavo *post quinquennium,* laddove tale risultato sarebbe acquisito mediante *pactum de non petendo in tempus* (non potendo essere apposto alcun termine alla *mancipatio,* in ragione della sua natura di *actus legitimus*). Tale dilazione pattizia, i cui precisi contenuti sarebbero stati deferiti alla libera volontà della parti, non avrebbe richiesto requisiti di forma e si sarebbe potuta concludere *in continenti,* implicando che l'iniziativa del

[45] Sul punto, riassumendo le ragioni alternative già articolate in SCEVOLA, Roberto, *'Negotium mixtum cum donatione'*, cit., pp. 89–119, e ribadite più tardi in ID., *Il negozio misto con donazione*, cit., pp. 255–263, si possono enucleare tre ordini di considerazioni. In primo luogo, la *fiducia manumissionis causa* andrebbe ricondotta alla *fiducia cum amico,* connotata dall'obbligo primario di restituzione della *res* al trasferente, tramite *remancipatio*; eppure, la manomissione implicherebbe l'esito opposto, essendo la liberazione del *servus* intrinsecamente incompatibile con la riattribuzione del medesimo al fiduciante. Per superare il problema, attinente alla stessa configurabilità dell'istituto in termini omogenei, si è obiettato che le parti avrebbero potuto modellare il *pactum fiduciae* in funzione della liberazione dello schiavo ma, se così fosse, si dovrebbe riconoscere come (forse sulla base di una valutazione estremamente elastica della *fides*) l'obbligo di restituzione fosse disponibile alle parti e – proprio a cagione di siffatta derogabilità – non costituisse elemento essenziale dell'istituto. Che la modifica attenesse al piano strutturale, è constatazione resa evidente dallo snaturamento dell'obbligazione in parola, il contenuto della quale (sostituita la manumissione alla restituzione) sarebbe stato adattato ad una funzione diversa da quella tipica. In secondo luogo, i fautori della tesi tradizionale hanno asserito che l'elemento di liberalità iniettato nella fattispecie descritta da Aristone avrebbe paralizzato l'esercizio del *ius poenitendi* spettante al *mancipio dans*, ovvero impedito al fiduciante 'pentito' di riacquisire lo schiavo prima della scadenza del quinquennio, laddove lo strumento processuale a tale scopo fruibile, da ravvisarsi nella *condictio ex poenitentia* pare essere creazione postclassica, ben difficilmente operante in età traianea, come desumibile da Ulp. 2 *disp.* D. 12.4.5.1. In terzo luogo, la riconduzione del caso concreto alla *fiducia mixta cum donatione* si reggerebbe, come anticipato, sulla restituzione testuale del § 1, dal quale i compilatori avrebbero eliso il riferimento all'*actio fiduciae* in conseguenza della desuetudine del tipo contrattuale del quale tale mezzo avrebbe costituito il presidio processuale, ma ciò presuppone che al tempo di Aristone la fiducia fosse istituto ancora pienamente fruibile nelle due forme conosciute, *cum amico* e *cum creditore.* Indipendentemente dalla seconda, all'inizio del II secolo d.C. le esigenze sottese alla prima sarebbero state ampiamente soddisfatte da contratti non formali di agevole adibizione, quali il comodato e il deposito, altresì protetti da un ampio corredo di azioni. Apprezzato l'interesse del giurista per la tutela di *nova negotia* originariamente connotati da atipicità e l'incertezza circa la persistente vitalità del negozio fiduciario di cui la *mancipatio ut manumittatur* sarebbe stata estrinsecazione, il ventilato riferimento all'*actio fiduciae* desta varie perplessità, laddove poi essa sarebbe dovuta essere attivata per ottenere la restituzione del servo in conseguenza di un intervenuto pentimento (quale indimostrata anticipazione della *condictio* postclassica) oppure di inadempimento dell'obbligo manumissorio (obiettivo in vista del quale sarebbe risultata strutturalmente inidonea).

[46] D. 2.14.7.2 (Ulp. 4 *ad ed.*): *Sed si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc* sun£llagma *esse et hinc nasci civilem obligationem. et ideo puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est Stichus. Iulianus scribit in factum actionem a pretore dandam: ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere: esse enim contractum, quod Aristo* sun£llagma *dicit, unde haec nascitur actio.* Sostiene GAROFALO, Luigi, *Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio,* cit., p. 361 che per Aristone «rilevanza giuridica era da attribuirsi a quegli accordi quando essi esibissero due elementi: gravassero le parti dello scambio di due prestazioni e risultassero parzialmente attuati, avendo uno di loro tenuto il comportamento promesso. Concorrendo entrambi, come nelle ipotesi in cui *dedi tibi rem ut mihi aliam darem, dedi ut aliquid facias,* sussisteva invero la *causa,* vale a dire la ragione che giustificava il passaggio degli accordi in parola nel mondo del diritto, mediato ovviamente dalla loro sussunzione nella categoria del contratto: ovvero, in ultima analisi, la ragione che giustificava la qualificazione del vincolo alla prestazione ancora ineseguita in termini di *obligatio* (*..subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem*). Quella ragione senza la quale, come ribadisce Ulpiano in un diverso paragrafo dello stesso frammento, era preclusa la conversione in *obligatio* del vincolo in questione: *sed cum nulla subest causa* – si legge infatti in D. 2.14.7.4 – *propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem: igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*» (cfr. anche ID., *Gratuità e responsabilità contrattuale,* in *Scambio e gratuità*, cit., 45–78).

[47] Cfr. BURDESE, Alberto, *Recensione,* cit., 741, secondo cui «nella fattispecie in D. 39.5.18.1 il trasferimento di proprietà pone l'acquirente in condizione di manomettere evitando all'alienante di procedere egli stesso alla manomissione, di contro all'acquisizione al primo dei diritti di patronato a manomissione avvenuta e comunque delle *operae servi* entro la scadenza dell'eventuale dilazione per essa fissata». Il *mancipio dans* si sarebbe potuto trovare nell'impossibilità di manomettere lo schiavo in quanto, così facendo, avrebbe violato i limiti quantitativi stabiliti dalle leggi augustee in materia, ed allora il suo interesse ad alienare sarebbe coinciso con la manomissione del servo da parte dell'accipiente (notava TALAMANCA, Mario, voce *Contratto e patto (diritto romano),* in *Dig. disc. priv. – Sez. civ.*, IV, Torino, 1989, 58 ss., ora in *Le dottrine,* cit., 60, nt. 87, come la categoria della prestazione dovesse essere intesa «in senso ampio, anche ricomprendendo comportamenti del 'debitore', che non erano suscettibili di valutazione patrimoniale [si pensi alla *datio ut manumittas*]»).

[48] La propensione a ravvisare nella *mancipatio ut manumittas* una convenzione atipica, protetta da *actio praescriptis verbis,* è manifestata anche dagli attuali fautori della teoria 'funzionalista' della causa, tra i quali va annoverato DALLA MASSARA, Tommaso, *Alle origini della causa del contratto*, cit., p. 208, secondo cui «nel passo in questione, l'argomentare di Aristone sembra addirittura seguire precisamente la scansione ben delineata in D. 2.14.7.2: dapprima si deve guardare alla funzione (si veda il primo periodo, dal quale emerge la contrapposizione tra *donatio* e *negotium*), poi alla struttura (si osservi il passaggio da *denique refert …* in avanti), ove è descritta la fattispecie. Quindi, per il tempo in cui la convenzione presenta funzione (anche solo parzialmente) donativa, mancano i presupposti affinché si possa riconoscere il prodursi di effetti obbligatori; successivamente, mutata la funzione, i medesimi effetti troveranno invece tutela. Allora il termine *negotium* verrà a significare, in realtà, qualcosa di più preciso, ossia un contratto sostenuto da una funzione meritevole, nonché caratterizzato dal sun£llagma (la fattispecie diviene quella *do ut manumittas*). Certamente, non ogni *negotium* è un contratto che esibisca questi caratteri, ma ogni contratto con questi caratteri – ed è a ciò che pensa Aristone – è anche un *negotium*».

mancipio dans, il quale avesse agito prima della scadenza del periodo onde ottenere la liberazione del servo, sarebbe stata paralizzata dall'accipiente tramite *exceptio pacti conventi*[49].

Si può dunque affermare, con sufficiente grado di probabilità, che le circostanze delineate in D. 39.5.18.1 non alludano necessariamente alla *fiducia manumissionis causa* (la cui configurabilità strutturale, d'altro canto, è controversa) o, meglio, tale fattispecie non si identifichi 'tout court' con il *negotium mixtum cum donatione,* poiché la *mancipatio ut manumittatur* evocata nel § 1 avrebbe potuto dare corpo ad altre figure, segnatamente ravvisabili in convenzioni atipiche di natura sinallagmatica, rientranti nelle dazioni *ut aliquid facias*[50].

In ogni caso, all'interno di cornici negoziali avrebbero trovato spazio effetti in qualche modo riconducibili a liberalità (*donatio aliqua),* interpretati dal giurista traianeo secondo un criterio rigorosamente obbiettivo, sì da tenere separata la causa del negozio da quella di acquisto, ambedue compresenti – dando luogo ad una *admixtio* – nella figura liminale esaminata: Aristone tralascia qualsivoglia indagine sull'effettiva volontà delle parti, non domandandosi la ragione per la quale i contraenti avrebbero disposto il rinvio *post quinquennium* della manomissione e limitandosi ad esaminare l'assetto di interessi oggettivamente riconoscibile a colui il quale osservasse la struttura negoziale ponendosi all'esterno della stessa.

In questo senso, dunque, il trasferente non avrebbe potuto vittoriosamente *agere ante quinquennium* e il giurista si sarebbe trovato nella necessità di valutare in via obbiettiva gli effetti determinati dalla piena disponibilità dello schiavo da parte dell'*accipiens*, reputati alla stregua di una *donatio aliqua*, ossia di un'attribuzione liberale congegnata ricorrendo ad una veste 'inusuale'[51]: non avendo le parti previsto alcun corrispettivo né controprestazione per tale disponibilità quinquennale

[49] Circa il *pactum de non petendo* (argomento immeritevolmente sottostimato in letteratura), si vedano da ultimi MELILLO, Generoso, *'Pacta in rem, pacta in personam': una 'divisio' classica?',* in *'Sodalitas'. Scritti in onore di A. Guarino,* III, Napoli, 1984, pp. 1459–1463; BURDESE, Alberto, *Manuale di diritto privato romano*[4], Torino, 2000, pp. 584–585; TALAMANCA, Mario, *Istituzioni,* cit., pp. 640–642; TORRENT RUIZ, Armando, *Diccionario de derecho romano*, Madrid, 2005, pp. 843–844; DALLA, Danilo – LAMBERTINI, Renzo, *Istituzioni di diritto romano*[3], Torino, 2006, pp. 419–421.

[50] Ancorché teoricamente possibile alla luce di Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.2 (*quod si tale est factum, quod locari non possit, puta ut servum manumittas, sive certum tempus adiectum est, intra quod manumittatur idque, cum potuisset manumitti, vivo servo transierit, sive definitum non fuit et tantum temporis consumptum sit, ut potuerit debueritque manumitti, condici ei potest vel praescriptis verbis agi: quod his quae diximus convenit*) in fine, meno probabile va considerata la sussunzione della fattispecie delineata da Aristone nelle *dationes ob rem,* in forza della quale si sarebbe potuta esperire la *condictio ob rem dati re non secuta* (cfr. HÄHNCHEN, Susanne, *Die 'causa condictionis': ein Betrag zum klassischen römischen Kondiktionenrecht,* Berlin, 2001, p. 10–53; BEHRENDS, Okko, *Die 'condictio causa data causa non secuta'. Ihr familienrechtlicher Tatbestand im klassischen Bereicherungssystem und ihre Erweiterung zur Kondiktion wegen Zweckverfehlung unter vorklassischem Einfluß,* in *'Status familiae'. Festschrift für A. Wacke zum 65. Geburtstag,* München, 2001, pp. 15–64; SACCOCCIO, Antonio, *'Si certum petetur'*, cit., pp. 323–335; ERNST, Wolfgang, *Die 'datio ob rem' als Austauschgeschäft. Ein Beitrag zu einseitig geregelten Geschäftsvorgängen im Verkehrsrecht,* in *'Usus antiquus juris romani'. Antikes Recht in lebenspraktischer Anwendung,* hrsgg. W. Ernst und E. Jakab, Berlin-Heidelberg, 2005, pp. 29–58; VACCA, Letizia, *Osservazioni in tema di 'condictio' e 'arricchimento senza causa' nel diritto romano classico,* in 'Fil…a'. *Scritti per G. Franciosi,* IV, Napoli, 2007, pp. 2709–2732). Infatti, in primo luogo la *condictio* avrebbe prefigurato un rimedio poco incisivo perché, nel caso di mancata restituzione del servo, la *condemnatio* sarebbe stata circoscritta al *quanti ea res est* e non avrebbe adeguatamente permesso di apprezzare l'*id quod interest,* interesse positivo cui sarebbe stato invece commisurato il risarcimento esperendo vittoriosamente l'*actio praescriptis verbis*; in secondo luogo, la manomissione sarebbe apparsa estranea alle convenzioni atipiche analizzate dal giurista traianeo, in quanto la controprestazione sarebbe stata soltanto occasionata dal comportamento del *dans* e non strutturata in termini di scambio. Sul punto, non è privo di rilievo che il trasferente avrebbe potuto tutt'al più esigere la restituzione, così risolvendo il rapporto, ma non avrebbe potuto ottenere l'adempimento dell'impegno occasionato dalla *datio* (*rectius*: la *manumissio*). Infatti, diversamente dalla dazione *ut aliquid facias,* l'esecuzione della prima prestazione non avrebbe legittimato il trasferente ad agire per l'adempimento in quanto non si sarebbe potuta ravvisare, nel tipo di relazione ricorrente tra i soggetti implicati, quella logica di scambio la quale, in presenza di un'attuazione parziale ma, nondimeno, idonea ad attestare il mantenimento dell'impegno assunto da almeno una delle parti, avrebbe indotto a ritenere che *subsit tamen causa.* Piuttosto, essendo avvenuta la consegna esclusivamente in vista di una condotta funzionale alla prima (ma scevra da qualsiasi corrispettività con la medesima) e non essendosi realizzato lo scopo per cui tale dazione sarebbe avvenuta, allora sarebbe sorto il diritto alla ripetizione dello schiavo, entro un'ottica che Aristone certamente avrebbe potuto cogliere, ma ben difficilmente condividere una volta ammessa la tutela civilistica per l'interesse positivo.

[51] Va invece rigettata senza mezzi termini l'ipotesi per la quale la *mancipatio ut manumittatur* avrebbe evocato una donazione modale, nella quale ravvisare il *negotium mixtum cum donatione*. Prendendo le mosse dalla ricostruzione pandettistica (cfr. SCHILLING, Friedrich Adolph, *Lehrbuch der Institutionen und Geschichte der römischen Privatrechts,* III, Leipzig, 1846, p. 789, nt. a; BREMER, Franz Peter, *Zur Lehre von der Insinuation der Schenkungen,* in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, XIII, 1874, p. 119; WINDSCHEID, Bernhard, *Lehrbuch des Pandektenrechtes*[8], II, Frankfurt am Mainz, 1900, p. 506, nt. 3; KOEPPEN, Wilhelm, *Das 'negotium* mixtum', cit., p. 36; MECHTOLD, Franz, *Begriff und Wesen*, cit., *des 'Negotium mixtum cum donatione',* Jena, 1904, pp 23–26, il quale ultimo, paradigmaticamente, osservava che «jede modale Schenkung enthält eben im gewissen Sinne eine *datio ob rem,* ein *contrahere,* also ein *negotium*»), la cornice strutturale si sarebbe dovuta individuare nella *donatio*, da definirsi allora *mixta cum negotio*: infatti, il trasferimento dello schiavo sarebbe avvenuto a titolo definitivo in capo al beneficiario che, in seguito, sarebbe stato tenuto all'adempimento di un onere costitutivo dell'*aliquid negotii.* Eppure, il presupposto di tale fattispecie, nella ricostruzione del giurista traianeo, sarebbe integrato da un atto negoziale e non dalla realizzazione di una liberalità: diversamente argomentando, si snaturerebbe la fisionomia della fattispecie descritta da Aristone, perché si dovrebbe identificare nella *datio* il momento genetico della liberalità e nella successiva liberazione dello schiavo l'onere gravante sul donatario. Ancora, parrebbe insanabile la contraddizione tra donazione iniziale (in special modo quando avesse carattere reale), consistente nel trasferimento immediato di un bene a titolo liberale ed assistita da definitività di effetti, con l'imposizione di un onere, «il cui adempimento costituirebbe abdicazione del bene da parte dell'acquirente» (così BURDESE, Alberto, *Recensione*, cit., 741). Il tentativo di ridurre il *negotium mixtum cum donatione* entro gli schemi dogmatici della *donatio sub modo* determina, infine, profonde incongruenze in ordine alle tutele apprestate a favore del *dans* e del terzo beneficiario: i medesimi effetti, in quanto riconducibili alla donazione, sarebbero apparsi incompatibili con qualsiasi strumento preordinato a fare valere l'adempimento di obbligazioni le quali, in specie, erano messe fuori campo proprio dal fatto che *donatio aliqua inest,* sicché soltanto una *condictio ob rem dati re non secuta* avrebbe soddisfatto le esigenze dei soggetti pregiudicati dalla mancata *manumissio,* quantunque tale esito difficilmente sarebbe stato conseguito in età classica (cfr., per quanto non condivisibile, l'analisi condotta da ZANG, Lihong, *Contratti innominati nel diritto romano. Impostazioni di Labeone e di Aristone*, Milano, 2007, pp. 184–186). Va precisato che improponibile risulta anche la ricostruzione del testo diretta ad individuare la sussistenza di un *mandatum ut manumittas*, circa la quale cfr. SCEVOLA, Roberto,*'Negotium mixtum',* cit., p. 141–143.

(o, perlomeno, così risultando al giurista richiesto del parere), il valore delle attività espletate dallo schiavo si sarebbe riversato nella sfera giuridica dell'acquirente e tale incremento patrimoniale – laddove vi fosse stato – non avrebbe potuto che essere interpretato come una liberalità realizzata attraverso modalità alternative a quelle ordinarie, trattandosi di assetti d'interessi non richiedenti l'adibizione di negozio astratto.

4.2 Duttilità interpretativa di Pomponio nella rilevazione dell'"id quod actum est'

Pomponio condivideva il responso aristoniano riscontrando l'assenza di attribuzione donativa qualora la liberazione dello schiavo fosse avvenuta *continuo,* cioè fosse stata eseguita dall'accipiente immediatamente dopo la *manumissio,* proponendo tuttavia elementi di novità nell'interpretare la permanenza quinquennale dello schiavo presso l'accipiente secondo criteri ermeneutici più flessibili. Conviene riportare di nuovo il passaggio rilevante in argomento, integrante la parte centrale di Ulp. 71 *ad ed.* D. 39.5.18.1:

> *…sed et superiore casu quid acti sit, inspiciendum Pomponius ait: potest enim quinquennium non ad hoc esse positum, ut aliquid donetur…*

Il giurista antoniniano si sofferma sul valore patrimoniale e sulla destinarietà da attribuire alle *operae* rese dallo schiavo nel *quinquennium,* premettendo come la soluzione dovesse conseguire all'adozione di un criterio interpretativo più duttile: l'innesto di profili di liberalità nel negozio sarebbe ben possibile, ma esso dovrebbe essere rilevato non ragionando sul significato obbiettivo del regolamento d'interessi predisposto dalle parti, secondo il valore ad esso comunemente riconosciuto, bensì indagando per accertare ciò che i soggetti negoziali avessero, caso per caso, effettivamente stabilito. L'*id quod actum est,* inteso questa volta come contenuto dell'assetto di interessi predisposto dalle parti[52], potrebbe infatti non collimare con l'*id quod plerumque accidit*, rendendo necessaria un'*inspectio*, ovvero un'analisi tanto ampia da ricomprendere non solo la dichiarazione negoziale, ma anche tutte le circostanze concomitanti estranee ad essa onde trarre indizi circa gli effettivi contenuti negoziali.

La maggiore forza innovatrice della meditazione di Pomponio risiede proprio nell'applicazione di un canone ermeneutico che avrebbe consentito di appurare come le parti, concordando la permanenza quinquennale dello schiavo presso l'accipiente, avessero potuto anche perseguire finalità affatto diverse da quelle liberali, nel senso che questa disponibilità si sarebbe potuta intendere come corrispettivo di precedenti rapporti obbligatori esistenti tra le parti (*causa solvendi*) operante in funzione estintiva dei medesimi, oppure come remunerazione per il successivo sacrificio imposto all'accipiente stesso, tenuto alla manomissione del servo (*causa credendi*)[53]. Che il periodo nel quale il servo sarebbe rimasto a disposizione dell'*accipiens* fosse stato '*ad hoc positum, ut aliquid donetur*' avrebbe rappresentato, quindi, uno tra i possibili risultati negoziali discendenti dall'intesa tra le parti, da accertare comunque alla luce di un'interpretazione soggettiva. Sotto questo profilo, la ricerca dell'*id quod actum est* non costituirebbe mera precisazione dell'ipotesi aristoniana, ma aprirebbe la strada ad una prospettiva più ampia: se in precedenza, alla luce di un interpretazione postulante la rigida separazione tra *negotium* e *donatio*, appariva improbabile che le parti potessero consapevolmente costruire una fattispecie mista per soddisfare

---

[52] La natura dell'*id quid actum est*, inteso come criterio interpretativo ('Auslegungsmittel') o come esito sostanziale dell'operazione ermeneutica, ha dato luogo ad un aspro contenzioso dottrinale: alla propensione per il secondo orientamento, appalesata da PRINGSHEIM, Fritz, *'Id quod actum est',* in *ZSS,* LXXXVIII, 1961, pp. 1–91, ad avviso del quale i Romani avrebbero avuto di mira «die objektive Würdigung der Partei-Interesse», onde cogliere «die Zwecke, die von der Parteien bei ihrem Geschäft verfolgt wurden» (p. 30), si sarebbe opposto GANDOLFI, Giuseppe, *Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano,* Milano, 1966, pp. 116–138, secondo cui – meditando sugli stessi frammenti esaminati dal Pringsheim – «la locuzione viene usata non già per invocare un criterio ermeneutico in contrapposizione ad un altro, ma per approfondire lo studio di una fattispecie astratta, attraverso la considerazione delle varianti che le parti possono in effetti realizzare, e che possono implicare effetti diversi rispetto ad una fattispecie-tipo che viene considerata. I testi che contengono questa locuzione sono nella quasi totalità tratti da opere di commento, ed esaminano alcune situazioni negoziali: quando l'*id quod actum* viene considerato, ciò costituisce un richiamo all'esigenza di un concreto approfondimento dell'indagine di fatto. L'*id quod actum est* non è [pertanto] un criterio applicabile in sede di interpretazione di un atto negoziale, ma è il regolamento d'interessi quale risulta scaturito dal negozio nella sua specifica concretezza: è dunque l'obbiettivo cui l'ispezione ermeneutica deve mirare». Questa risalente contrapposizione, tuttavia, appare oggi poco perspicua, laddove non coglie la complementarietà dei punti di vista: se, da una parte, non vi è dubbio che l'espressione dovesse essere riferita al concreto regolamento d'interessi divisato dalle parti, avendo riguardo al complesso delle disposizioni effettivamente volute (laddove ricavabili attraverso un'interpretazione tipica o individuale), dall'altra tale accertamento esigeva l'impiego di uno specifico criterio ermeneutico, idoneo ad orientare in modo peculiare l'analisi. In definitiva, pare preferibile l'orientamento proclive a conciliare le due posizioni, laddove l'*id quod actum est* avrebbe indicato sia l'assetto negoziale concretamente perseguito dalle parti, sia il procedimento interpretativo diretto ad accertare quest'ultimo (cfr. WUNNER, Sven Erik, *'Contractus'. Sein Wortgebrauch und Willensgehalt im klassischen römischen Recht,* Köln-Graz, 1964, 179–185; HORAK, Franz, *'Rationes decidendi'. Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo,* Aalen, 1969, pp. 212–223; VOCI, Pasquale, voce *Interpretazione del negozio (diritto romano),* in *Enc. dir.,* XXII, Milano, 1972, pp. 252–277; TALAMANCA, Mario, *'Conventio'* e *'stipulatio' nel sistema dei contratti romani,* in *Le droit romain et sa réception en Europe,* Warschau, 1978, pp. 163–218; HAUSMANINGER, Herbert, *'Id quod actum est' als Argumentationsfigur bei Celsus,* in *Festschrift für G. Wesener zum 60. Geburtstag,* Graz, 1992, pp. 159–176; MEISSEL, Frans Stefan, *'Id quod actum est' beim römischen Gesellschaftsvertrag,* in *Festschrift für H. Hausmaninger,* Wien, 2006, pp. 177–193). Rilevava BURDESE, Alberto, *Note sull'interpretazione in diritto romano*, in *BIDR*, XCI, 1988, p. 200 (il contributo è riprodotto sotto la voce *Interpretazione nel diritto romano*, in *Dig. disc. priv. – Sez. civ.*, X, Torino, 1993, pp. 1 ss.), come «in presenza di atti consistenti in dichiarazioni negoziali astratte, suscettibili di essere indirizzati a diverse funzioni, o a comportamenti non dichiarativi di cui è incerta la portata, la ricerca è orientata all'individuazione dell'*animus* dell'agente … L'interpretazione negoziale ad opera del giurista si effettua per lo più in sede di responso, in relazione ad un caso concreto: la ricerca della volontà del disponente o dei disponenti (*quaestio voluntatis*), in quanto diretta ad accertare, con ogni mezzo di prova, la loro effettiva volontà, costituirebbe *quaestio facti,* da rimettersi 'tout court' alla discrezionale valutazione del giudice» (circa tale ultimo profilo, cfr. BABUSIAUX, Ulrike, *'Id quod actum est'. Zur Ermittlung des Parteiwillens im klassischen römischen Zivilprozeß,* München, 2006, pp. 13–330, mentre, per le più risalenti accezioni dell'espressione, v. LIEBS, Detlef, *Die eigentliche Bedeutung von 'actum agere' und 'actum est',* in *Festschrift für H. Hubner zum 70. Geburtstag*, Berlin-New York, 1984, pp. 101–120).

[53] Sul punto, cfr. SCEVOLA, Roberto, *'Negotium mixtum',* cit., pp. 167–169, nt. 10.

esigenze specifiche, ora invece, nella ricostruzione pomponiana, tale opzione risulterebbe certamente praticabile[54].

L'*inspectio* rivolta ad accertare il *quid acti sit,* diversamente dall'interpretazione tipica, presupporrebbe infatti non solo che le parti avessero concordato in anticipo il valore da assegnare alla disponibilità quinquennale del *servus* in capo all'accipiente, così decidendo 'se' concludere un *negotium mixtum cum donatione,* ma anche che, in caso affermativo, le medesime avessero stabilito 'quale' configurazione quest'ultimo avrebbe dovuto assumere in funzione delle esigenze versate nel regolamento d'interessi appositamente predisposto[55].

I risultati conseguiti da Pomponio possono essere desunti dall'intersezione tra (divieto di) donazione tra coniugi e vendita a prezzo ribassato, come emergerebbe esemplificativamente da

> Pomp. 14 *ad Sab*. D. 24.1.31.3: *Si duo mancipia fuerint singula quinis digna, sed utrumque unis quinque donationis causa a viro mulieri vel contra venierint, melius dicetur communia ea esse pro portione pretii nec tandem spectandum esse, quanti mancipia sint, sed quantum ex pretio donationis causa sit remissum: sine dubio licet a viro vel uxore minoris emere, si non sit animus donandi.*

Due schiavi, ciascuno dei quali vale cinque, sono alienati dal marito alla moglie (o viceversa) non per la somma complessiva di dieci, bensì giustappunto per l'importo di cinque, divenendo comuni in proporzione al prezzo pagato. Il problema nonsarebbe rappresentato dal valore oggettivo degli schiavi, ma consisterebbe nella riduzione del prezzo pattuito, attuata *donationis causa*: in presenza del divieto citato, le soluzioni possibili sarebbero soltanto due, l'una tipica e l'altra soggettiva. Secondo la prima, la vendita a prezzo ribassato dovrebbe essere intesa, ragionando analogamente ad Aristone, come implicante un effetto di liberalità ed allora, in applicazione del divieto medesimo, andrebbe ritenuta nulla; alla luce della seconda, conseguente ad un'indagine relativa volta ad appurare l'intento pratico delle parti, la vendita tra coniugi sarebbe risultata lecita laddove si fosse accertata l'estraneità dell'*animus donandi* alla *remissio pretii*[56].

Il frammento lascia implicitamente intendere che, se la *venditio minoris* fosse conclusa *donationis causa* tra soggetti non legati da vincolo coniugale, il negozio sarebbe perfettamente valido ed efficace, ed allora – sempre che il prezzo fosse stato determinato senza dolo[57] di una parte verso l'altra, né vi fosse stata simulazione – compravendita e donazione avrebbero operato contestualmente, senza separazione diacronica, in applicazione di assetto appositamente predisposto dalle parti e versato nel relativo regolamento d'interessi. Ciò avrebbe comportato il superamento dell'*admixtio* aristoniana o, quanto meno, l'emersione di un'altra modalità di realizzazione della figura liminale, in quanto *negotium* e *donatio* avrebbero ricevuto attuazione attraverso il contratto sinallagmatico.

---

[54] Sottolinea, non senza valide ragioni, GIUFFRÈ, Vincenzo, *Recensione,* cit., p. 469, come rigidi schematismi diacronici vadano evitati: se, infatti, poniamo mente sia alla natura proteiforme del *negotium mixtum cum donatione* (la cui liminalità ne rende difficile la riconduzione a precisi modelli dogmatici), sia ai caratteri dialogici del *ius controversum* (entro il quale ciascun giurista richiamerebbe posizioni precedenti come se si trattasse di animare una discussione *inter praesentes*, tema sul quale v. anche SCEVOLA, Roberto, *La responsabilità del 'iudex privatus',* Milano, 2004, pp. 35–41, nt. 9), allora la connotazione delle opinioni giurisprudenziali in termini di evoluzione progressiva verso la 'Begriffsbestimmung' andrebbe prospettata con particolare prudenza, pur senza condurre all'annullamento della specificità del giurista (producendo una 'indistinzione' del tipo di quella ascrivibile a Savigny e più tardi a Schulz).

[55] Di parere opposto BABUSIAUX, Ulrike, *'Id quod actum est',* cit., p. 62, laddove viene rilevato come «Pomponius habe aber darauf hingewiesen, dass untersucht werden müße, was die Parteien mit der Frist von fünf Jahren bezweckt hätten *(quid acti sit*), da damit nicht nur eine Schenkung gemeint sein könne»; quanto al rimedio processuale, secondo la studiosa «auch die in den Fragmenten zur Abgrenzung von *donatio* und *negotium* häufiger in Frage stehende *condictio possessionis* ist wahrscheinlich eine durch Auslegung erreichte Erweiterung der ursprünglich nur die eigentumsverschaffende *datio* betreffende *condictio certae rei*». Eppure, l'interpretazione del giurista antoniniano appare dotata di potenzialità espansive, sì da «delineare il *negotium mixtum* non più come accidentale interferenza di elementi incompatibili (che vanno *admixti* onde salvaguardarne l'individualità e consentire ad entrambi di produrre i rispettivi effetti), ma come costruzione derivante da un assetto di interessi appositamente preconizzato dalle parti. Esse avrebbero potuto preventivamente scegliere se finalizzare il rinvio della manomissione alla realizzazione di intenti liberali oppure, diversamente, costruire una fattispecie puramente negoziale nella quale campeggiasse costantemente il vincolo obbligatorio, senza che vi fosse *locum* alcuno per la donazione» (così SCEVOLA, Roberto, *'Negotium mixtum',* cit., p. 170, nt. 11).

[56] Considerato interpolato proprio nella sezione conclusiva *sine dubio-donandi,* il frammento è stato presentato a lungo come espressivo dell'inclinazione ipersoggettivistica dei compilatori giustinianei, sicché la soluzione classica sarebbe stata opposta, recando essa l'invalidità della *venditio minori* (cfr. F. PRINGSHEIM, Fritz, *'Animus donandi',* in *ZSS,* XLII, 1921, p. 325; PARTSCH, Josef, *Die Lehre vom Scheingeschäfte im römischen Rechte,* in *ZSS,* XLII, 1921, p. 270; CUGIA, Stanislao, *La nullità parziale del negozio giuridico nel D. 24.1 'de donationibus inter virum et uxorem',* Napoli, 1922, pp. 34–35; LONGO, Giannetto, *Sulla simulazione dei negozi giuridici*, Palermo, 1933, pp. 19–20). Nell'elaborazione concettuale di chi sostiene la classicità del testo, «al criterio oggettivo del sabiniano Giuliano si contrappone quello più evoluto sostenuto dal proculeiano Nerazio, seguito da Pomponio» (così BROISE, Sergio, *'Animus donandi',* cit., p. 131; ID., *Appunti sull''animus donandi',* in *BIDR,* LXVII, 1964, p. 237; sulla base di argomentazioni diverse, ma sempre per la genuinità, cfr. ARCHI, Gian Gualberto, *La donazione*, cit., 56). In argomento, osservava TALAMANCA, Mario, voce *Vendita (diritto romano),* in *Enc. dir.,* XLVI, Milano, 1993, p. 319 e nt. 158, che «entrambi i giuristi si ponevano dal punto di vista del contratto già eseguito [onde non possiamo sapere quale sarebbe stata la disciplina di un'*emptio venditio* consensuale, in cui l'una o l'altra parte agisse per l'esecuzione: la fattispecie, però, potrebbe apparire, nel particolare contesto, di importanza marginale]. Nerazio sembrava ammettere il trasferimento della proprietà, salvo ritenere il coniuge acquirente responsabile nei limiti dell'arricchimento (con l'*actio in id quod locupletior factus est)*; Pomponio, invece, riteneva avvenuto il trasferimento proporzionalmente al prezzo realmente pagato».

[57] Cfr. Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.4.16.4: *Idem Pomponius ait in pretio emptionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire*; Paul. 34 *ad ed.* D. 19.2.22.3: *Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus quoque et conductionibus iuris est*; Hermog. 2 *iur. epit.* D. 19.2.23: *Et ideo praetextu minoris pensionis, locatione facta, si nullus dolus adversarii probari possit, rescindi locatio non potest*, sui quali cfr. dettagliatamente SCEVOLA, Roberto, *'Venditio nummo uno'*, in *La compravendita*, I, cit., pp. 543–547, nt. 89; ID., *'Negotium mixtum'*, cit., pp. 220–221, nt. 20; ZILIOTTO, Paola, *'La misura'*, in *Scambio e gratuità*, cit., pp. 410–413, ntt. 11–13. Diversamente da quanto accreditato dai Pandettisti, va ribadito che il *pretium*, come desumibile da Gai 3.140–141, sarebbe dovuto essere *certum* ed espresso in *numerata pecunia*, e che la qualificazione in termini di *iustum* e di *verum* non ha fondamento nel diritto classico.

Si deve quindi ritenere che la peculiarità dei criteri interpretativi impiegati avesse determinato divergenze alquanto marcate nelle soluzioni proposte da Aristone e Pomponio.

Per il primo, infatti, una *venditio minoris* tra coniugi (questo essendo il terreno sul quale la discussione si sarebbe radicata) si sarebbe dovuta reputare invalida in quanto la riduzione del prezzo avrebbe obbiettivamente assunto il significato tipico di una liberalità, così comportando la violazione del divieto legale. Nessun esame sarebbe stato necessario per verificare, attraverso la ricerca dell'*id quod actum est,* l'eventuale presenza dell'*animus donandi* giacché, secondo la comune interpretazione, una vendita a prezzo ribassato avrebbe contenuto un'attribuzione donativa, indipendentemente dall'ammontare del valore di quest'ultima. Analogamente, tra 'indifferenti', la commistione delle due componenti non sarebbe neppure potuta essere prefigurata in quanto, avendo le stesse carattere antitetico, la sola modalità di rapporto ipotizzabile sarebbe stata scorta nella rigida separazione degli effetti.

Nella prospettiva del secondo, invece, pur continuandosi a riconoscere la disuniformità esistente tra causa negoziale e causa d'acquisto, la *venditio minoris* conclusa tra parti non legate da vincolo matrimoniale avrebbe dato luogo ad un *negotium mixtum cum donatione* espressamente delineato dai contraenti i quali, onde perseguire finalità di volta in volta individuate e senza sconfinare nella simulazione, avrebbero strutturalmente preordinato la *mixtio* al soddisfacimento dei rispettivi interessi. Si rileva, pertanto, come causa onerosa ed effetti di liberalità sarebbero potuti coesistere operando nello stesso momento, senza che si verificasse alcuna collisione tra i medesimi: la ragione va rinvenuta nella differente natura delle due componenti, l'una sorreggente la causa del negozio (in specie, del contratto di compravendita), l'altra integrante una mera ragione di acquisto, la quale si sarebbe potuta attivare proprio perché – operando le medesime, rispettivamente, sul piano strutturale e funzionale – non si sarebbe posta in termini antagonistici alla prima.

Il progressivo ampliamento della concezione aristoniana, sempre in tema di *donationes inter virum et uxorem*, sarebbe altresì attestato dal frammento seguente:

> Ulp. 31 *ad Sab*. D. 24.1.5.5.: *Circa venditionem quoque Iulianus quidem minoris factam venditionem nullius esse momenti: Neratius autem (cuius opinionem Pomponius non improbat) venditionem donationis causa inter virum et uxorem factam nullius esse momenti, si modo, cum animum maritus vendendi non haberet, idcirco venditionem commentus sit, ut donaret; enimvero si, cum animum vendendi haberet, ex pretio ei remisit, venditionem quidem valere, remissionem autem hactenus non valere, quatenus facta est locupletior: itaque si res quindecim venit quinque, nunc autem sit decem, quinque tantum praestanda sunt, quia in hoc locupletior videretur facta.*

Giuliano negava che una vendita a prezzo ribassato tra coniugi fosse valida, perché la parziale remissione del prezzo avrebbe dato luogo ad una donazione e, quindi, infranto la prescrizione (poco rilevando la misura quantitativa della liberalità): nel suo argomentare, il giurista avrebbe adottato un'interpretazione rigorosamente tipica, accedendo alla posizione già enunciata da Aristone, secondo la quale *negotium* e *donatio* non sarebbero potuti operare insieme in quanto strutturalmente incompatibili. Nerazio riteneva invece – e Pomponio non ne disapprovava la riflessione – che si dovesse individuare l'effettiva volontà delle parti attraverso un'indagine volta a identificare l'assetto di interessi perseguito dalle medesime, cioè si dovesse indagare *sull'id quod actum est.*

Sotto tale profilo, laddove il marito avesse inteso piegare *emptio-venditio* all'esigenza di realizzare una donazione 'indiretta' (e, quindi, fosse mancato nell'alienante l'*animus vendendi*), il negozio sarebbe stato nullo, mentre, se si fosse voluta davvero realizzare una vendita[58], ancorchè connotata da parziale *remissio pretii,* sarebbe stato valido il contratto ma non la riduzione

[58] Dubbi sulla classicità del testo, con riferimento alla parte centrale – in cui assumeva un ruolo essenziale l'*animus vendendi* – e all'esemplificazione desumibile dall'epilogo, nutrivano PARTSCH, Josef, *Die Lehre,* cit., pp. 266–267; SIBER, Heinrich, *Römisches Recht,* II, Berlin, 1925–1928, p. 437; STOCK, Joachim, *Zum Begriff der 'donatio', insbesondere im Verhältnis zum 'connodatum',* Leipzig, 1932, p. 14; BETTI, Emilio, *Diritto romano. Parte generale,* Padova, 1935, p. 285, nt. 1; LAURIA, Mario, *Il divieto delle donazioni tra coniugi,* in *Studi in memoria di A. Albertoni*, II, Padova, 1937, p. 533, nt. 60; ARU, Luigi, *Le donazioni tra i coniugi in diritto romano,* Padova, 1938, p. 141, nt. 1; ARCHI, Gian Gualberto, *La donazione,* cit., 55. Peculiare, e quindi da riportare estesamente, il pensiero di PUGLIESE, Giovanni, *La simulazione nei negozi giuridici: studio di diritto romano,* Padova, 1938, p. 129, secondo il quale «un nesso vi sarebbe tra la prima e la terza parte, in quanto la decisione rigorosa di Giuliano viene attenuata, quando il prezzo non è inizialmente inferiore al normale, bensì è posteriormente condonato in parte; ma tale nesso è spezzato dalla frase di mezzo. Essa, annettendo valore decisivo alla volontà con cui si compie il negozio, rappresenta un esempio tipico – e, per quanto mi consta, unico nel *Corpus Iuris* – di simulazione relativa considerata sotto il profilo soggettivo, ed ha costituito, a mio modo di vedere, il punto di partenza delle errate interpretazioni del fr. 38 D. 18.1 e del fr. 31 § 3 D. 24.1. Ma quella frase non può ritenersi genuina: a parte ogni opinione preconcetta sulla tendenza dei classici a dare valore ad elementi puramente soggettivi, a parte il raffronto con altri testi, nei quali la *venditio donationis causa* è considerata ben diversamente, a parte infine la relazione che è possibile scorgere tra l'*animus vendendi* e l'*animus donandi,* ritenuto di provenienza bizantina, basta pensare che il testo dice essere la *venditio donationis causa* nulla, soltanto se il marito, invece di vendere, intendeva donare […] per convincersi che la frase in esame non può essere uscita dalla penna di un vero giurista, tanto meno da quella di un giurista classico. Di qui la sua espunzione». La dottrina meno risalente reputa genuino il contenuto della soluzione pomponiana, pur ipotizzando interventi giustinianei di carattere 'cosmetico', come emerge soprattutto da MISERA, Karlheinz, *Der Freundeskauf unter Ehegatten im römischen Recht,* in *Rechtswissenschaft und Gesetzgebung. Festschrift für E. Wahl,* Heidelberg, 1973, p. 33; N. DUMONT-KISLIAKOFF, Nadia, *La simulation en droit romain,* Paris, 1975, p. 156, nt. 3; BROISE, Sergio, *'Animus',* cit., p. 128; ZAZZERA, Sergio, '*Animus donandi*', in *Labeo,* XXV, 1979, p. 312, secondo cui sarebbe stato «abbastanza verosimile che la giurisprudenza classica avesse ritenuto necessario l'accertamento dell'esistenza dell'*animus donandi* in tutte le ipotesi in cui una fattispecie negoziale realizzata fra coniugi poteva apparire, quanto meno in astratto, funzionalmente adattata alla *causa donationis.* Altrimenti, non sapremmo proprio spiegarci di fronte all'apparente ambiguità di una fattispecie concreta, quale altro parametro i classici avrebbero adottato per la sua qualificazione» (considerazione, quest'ultima, comunque poco condivisibile).

del corrispettivo, nella misura dell'arricchimento conseguito dalla donna[59].

Il contrasto valutativo tra Giuliano (ispiratosi ad Aristone) da una parte, e Pomponio (sulla scia di Nerazio) dall'altro, non potrebbe apparire più radicale tanto nei risultati, quanto – e primariamente – sul piano dei metodi interpretativi: a ben vedere, il giurista antoniniano proporrebbe una qualificazione della fattispecie aliena dall'esame del *quid acti sit* e disinteressata ad esiti non coincidenti con il *quod plerumque accidit*. L'impostazione ad esso sottesa avrebbe garantito l'efficace e rigorosa applicazione del divieto di donazione tra coniugi, nel senso che la *remissio* parziale del prezzo avrebbe contrassegnato il carattere liberale dell'attribuzione, ponendo fuori campo qualsiasi commistione tra *negotium* e *donatio*: esattamente come la permanenza quinquennale dello schiavo presso l'*accipiens*, così nel caso di specie la riduzione del prezzo non sarebbe potuta essere spiegata altrimenti che con lo scopo obbiettivo di incrementare senza contropartita la sfera patrimoniale dell'altro coniuge, in contrasto con le prescrizioni legali[60].

Conformemente al secondo punto di vista, il risultato avrebbe presupposto una valutazione sganciata da canoni tipici, onde cogliere se la riduzione del prezzo potesse essere effettivamente ricondotta ad intento liberale, ovvero se all'assetto d'interessi predisposto dalle parti questa finalità fosse estranea, di talché la nullità sarebbe dipesa dall'atteggiamento simulatorio del marito (*cum animum vendendi non haberet*), il quale si sarebbe servito di una compravendita per realizzare efficacemente una donazione (*idcirco venditionem commentus sit*, *ut donaret*). Se invece la condotta negoziale dell'uomo fosse stata caratterizzata dall'*animus vendendi*, pur in presenza di una parziale remissione del prezzo e al di là della variante contemplata dal passaggio conclusivo, l'*emptio-venditio* avrebbe dovuto produrre effetti.

In definitiva, scontata l'efficacia del negozio misto a donazione tra soggetti estranei, in quanto la sua configurabilità non sarebbe preclusa dalle limitazioni proprie dei divieti esistenti *inter virum et uxorem*, la compravendita non dovrebbe simulare una donazione (*venditionem commentus sit, ut donaret*) laddove, verificandosi tale evenienza, sarebbe vanificata la natura 'mista' della fattispecie; infine, sussistendo l'*animus vendendi*, l'eventuale remissione parziale del prezzo riconducibile ad una *causa donandi* e gli effetti obbligatori generati dall'accordo contrattuale avrebbero operato simultaneamente, senza necessità di separazione tra i due momenti.

Sul versante dei mezzi di tutela, si può supporre che la compravendita simulata non sarebbe valsa come donazione per difetto di forma, in quanto l'attribuzione liberale si sarebbe dovuta realizzare attraverso l'adibizione dei negozi astratti necessari a 'vestire' la *causa adquirendi*, sicché i rimedi sinallagmatici non sarebbero stati disponibili alle parti o, in ogni caso, sarebbero stati infruttuosamente attivati. Qualora, invece, la compravendita fosse stata voluta dalle parti, le quali – intervenendo sull'oggetto del negozio – avessero poi modellato un regolamento di interessi connotato da una parziale riduzione di prezzo, le azioni tipiche avrebbero giovato ai contraenti nel caso di inadempimento e, in ipotesi, sarebbero apparsi analogamente fruibili gli strumenti preordinati a garantire il compratore dall'evizione e dai vizi della cosa venduta.

4.3 Evoluzione del pensiero ulpianeo: verso l'elaborazione della 'causa commixta'

Ad Ulpiano si deve un approccio interpretativo multiforme, il cui punto di svolta (o forse solo di assestamento definitivo, ad essere più cauti) va ravvisato con tutta probabilità nell'*oratio divi Severi*, del 206 d.C., attraverso la quale avrebbe ottenuto riconoscimento legislativo una forma di convalescenza legale delle donazioni effettuate dal coniuge, poi defunto senza esplicitare una contraria volizione: in tal modo, in capo al donatario si sarebbero consolidati definitivamente gli effetti dipendenti dall'operatività della causa d'acquisto e agli eredi sarebbe stato precluso l'esercizio di qualsiasi rimedio processuale nei confronti del donatario medesimo[61].

---

[59] Cfr. MISERA, Karlheinz, *Gebrauchsüberlassung und Schenkungsverbot unter Ehegatten,* in *Index,* III, 1972, p. 419, nt. 117; ID., *Bereicherungsgedanke bei der Schenkung unter Ehegatten,* Köln-Wien, 1974, p. 123, e ASTOLFI, Riccardo, *Recensione* a K. Misera, *Bereicherungsgedanke,* cit., il quale osservava esattamente come «Nerazio e Pomponio ritengono, a differenza di Giuliano, che non ogni *venditio minoris facta* fra coniugi presuma soltanto l'*animus donandi* e sia quindi nulla: può accompagnarsi anche all'*animus vendendi* e essere perciò valida». Pur muovendo da diversa angolazione, proprio alla luce di D. 24.1.5.5 dubitava che «die Fiktion der Teilung des Geschäft» avesse radici classiche SEILER, Hans Hermann, *'Utile per inutile non vitiatur'. Zur Teilunwirksamheit von Rechtsgeschäften im römischen Recht,* in *Festschrift für M. Kaser zum 70. Geburtstag*, München, 1976, p. 143, in quanto la scissione della volontà sarebbe risultata estranea alla riflessione giuridica romana, nonché inutilizzabile in concreto.

[60] Cfr. SCEVOLA, Roberto, *'Negotium mixtum',* cit., p. 183.

[61] Il provvedimento costituisce l'ultima tappa di un percorso – intrapreso dai giuristi proculeiani – volto a mitigare la severità del principio sotteso alla norma proibitoria, prospettando l'adozione di criteri protesi ad assicurare una ricerca più accurata degli intenti pratici perseguiti dalle parti. Ve ne è traccia in Ulp. 33 *ad Sab* D. 24.1.32.25-26: (§ 25) *idem erit dicendum et si emptio contracta sit donationis causa: nam nulla erit.* (§ 26) *plane si minoris res venierit donationis causa vel postea pretium sit remissum, admittemus donationem valere ad senatus consultum*, su cui cfr. VON SAVIGNY, Friedrich, *System,* IV, cit., p. 184; BONFANTE, Pietro, *Corso di diritto romano.* I. *Diritto di famiglia,* Roma, 1925 [rist. Milano, 1963], p. 220; SIBER, Heinrich, *'Confirmatio donationis'*, in *ZSS,* LIII, 1933, p. 99; DE ROBERTIS, Federico, *La convalescenza delle donazioni fra coniugi nelle 'orationes' di Severo e Caracalla,* in *Studi in onore di M. Barillari*, Bari, 1936, pp. 248–282, ora in *Scritti vari di diritto romano.* I. *Diritto privato,* Bari, 1987, pp. 34–68; SCEVOLA, Roberto, *'Negotium mixtum',* cit., pp. 225–238, nt. 25, con ragguaglio bibliografico. Conformemente alla nota scansione ulpianea in forza della quale viene subito enunciato il principio generale e, immediatamente di seguito, si dà conto di eventuali prescrizioni derogatrici o di dettaglio, il giurista rileva come una donazione, attuata integralmente attraverso l'adibizione strumentale di contratti consensuali tipici a prestazioni corrispettive, sarebbe stata in ogni caso priva di effetti tanto *inter virum et uxorem,* quanto *inter ceteros*. Ciò era pacifico nella giurisprudenza classica, salvo poi precisarsi – ed è questa la novità – che la *venditio minoris* sarebbe stata valida ai sensi del *senatusconsultum*; tuttavia, la disposizione presenta profili di ambiguità, in quanto non è dato rilevare con certezza se ogni vendita a prezzo ribassato avesse, dopo l'emanazione del provvedimento, generato gli effetti discendenti dal regolamento d'interessi predisposto dalle parti oppure, secondo una lettura più puntuale, la vendita a prezzo ridotto avesse prodotto la propria efficacia unicamente sussistendo i presupposti rilevanti ai fini della convalescenza dell'atto. Nonostante tali perplessità, dal brano emergono taluni profili strutturali di cui le elaborazioni

Prima di quel momento (oppure, sempre sulla linea della cautela) la posizione del giurista di Tiro si era connotata in termini assai rigorosi, come desumibile da

Ulp. 7 *disp*. D. 18.1.38.: *Si quis donationis causa minoris vendat, venditio valet: totiens enim dicimus in totum venditionem non valere, quotiens universa venditio donationis causa facta est: quotiens vero viliore pretio res donationis causa distrahitur, dubium non est venditionem valere. hoc inter ceteros: inter virum vero et uxorem donationis causa venditio facta pretio viliore nullius momenti est.*

Nei casi di vendita *donationis causa* effettuata *inter ceteros*, al di fuori, cioè, del rapporto coniugale, quella conclusa integralmente a scopo di donazione (*universa…donationis causa facta est*) sarebbe stata in ogni caso nulla perché avrebbe celato intenti simulatori; il giurista propendeva, invece, per la validità della *venditio minoris*, dal momento che gli stipulanti avrebbero effettivamente inteso confezionare il contratto sinallagmatico adempiendone le reciproche obbligazioni, né le parti avrebbero adoperato un 'tipo' negoziale per raggiungere risultati incompatibili col medesimo. Di contro, la *venditio donationis causa* tra coniugi – lo stacco è netto, sebbene forse di matrice compilatoria – avrebbe violato il divieto legale e, in conseguenza di ciò, sarebbe stata assolutamente nulla, sia qualora fosse qualificabile come *universa*, ossia completamente determinata da ragioni di liberalità, sia quando si fosse trattato di vendita *viliore pretio facta*[62].

Sostanzialmente non differente, per quanto la parte finale del passo desti qualche perplessità, enunciando una linea cui non si capisce se Ulpiano aderisca, è il risultato traibile da

Ulp. 32 *ad* Sab. D. 24.1.5.5*: Circa venditionem* [scil*. inter virum et uxorem] quoque Iulianus quidem minoris factam venditionem nullius esse momenti: Neratius autem (cuius opinionem Pomponius non improbat) venditionem donationis causa inter virum et uxorem factam nullius esse momenti, si modo, cum animum maritus vendendi non haberet, idcirco venditionem commentus sit, ut donaret; enimvero si, cum animum vendendi haberet, ex pretio ei remisit, venditionem quidem valere, remissionem autem hactenus non valere, quatenus facta est locupletior: itaque si res quindecim venit quinque, nunc autem sit decem, quinque tantum praestanda sunt, quia in hoc locupletior videretur facta.*

Il testo esprime in maniera puntuale l'opinione di Giuliano – alla quale anche Ulpiano si conforma –, il quale nega che una vendita conclusa tra coniugi *donationis causa,* quand'anche *viliore pretio facta*, possa spiegare effetti. Tuttavia, si dà conto di un'orientamento alternativo (quello neraziano, non disdegnato da Pomponio) che allude ad una compravendita mista a donazione, fattispecie da preservare parzialmente nella parte negoziale all'esito di una verifica circa l'*id quod actum est*. In questa prospettiva, i due giuristi giungevano a negare che, a priori, ogni *venditio viliore pretio* tra coniugi fosse nulla e quindi, per tacita deduzione consequenziale, a precisare che lo stesso affare concluso *inter ceteros*, in assenza di intenti simulatori, sarebbe stato certamente efficace: tuttavia Ulpiano, massimo funzionario imperiale, attento – come tale – a preservare i confini dell'ordinamento diffidando di interpretazioni destinate a tradursi in aggiramenti ed elusioni dei divieti legali (il che sarebbe equivalso a disattivarli), non avrebbe sposato con convinzione l'interpretazione più morbida, sino a che l'*Oratio divi Severi* non lo avesse indotto ad assecondare le scelte del principe.

Espressione di un compromesso, alquanto sofferto, tra la linea giulianea (cui il *praefecto praetorio* si sentiva certo più vicino concettualmente) e l'impostazione neraziana, risulta l'approdo definitivo del pensiero ulpianeo, che costituisce peraltro l'acme evolutivo della giurisprudenza classica prima della riforma costantiniana (poi in parte mitigata dal tradizionalismo giustinianeo): si veda, in proposito

Ulp. 32 *ad ed.* D. 24.1.5.2: *Generaliter tenendum est, quod inter ipsos aut qui ad eos pertinent aut per interpositas personas donationis causa agatur, non valere*; *quod si aliarum extrinsecus rerum personarumve causa commixta sit, si separari non potest, nec donationem impediri, si separari possit, cetera valere, id quod donatum sit non valere.*

Il passo può essere suddiviso in due parti: nella prima è contenuta un'affermazione di portata generale, mentre nella seconda si rinvengono due asserzioni, esplicitate nel passaggio *quod si-non valere*, le quali si riferiscono a fattispecie peculiari, che non sono riconducibili all'ordinaria casistica in tema di *donatio inter virum et uxorem*. Segnatamente, nella parte iniziale del passo, Ulpiano prospetta l'invalidità di tutti gli atti perfezionati tra coniugi *donationis causa*[63], sia se conclusi dai medesimi personalmente, sia se stipulati indirettamente attraverso soggetti collegati per parentela o fittiziamente interposti ai coniugi: si tratta

giurisprudenziali avrebbero tenuto conto in progresso di tempo: ad una *emptio-venditio* conclusa al solo scopo di simulare una donazione, attraverso la mancata fissazione del prezzo o la totale remissione pattizia di quest'ultimo, si accostava il caso in cui i contraenti avessero inteso stipulare deliberando istantaneamente un *pretium certum* inferiore a quello di mercato, così come la circostanza nella quale le parti avessero indicato nel contratto di compravendita un corrispettivo pecuniario equivalente al valore corrente della *res,* stabilendone poi una parziale revisione mediante un *pactum remissionis* al fine di arricchire, in entrambe le evenienze descritte, l'altro contraente. Premesso che la vendita integralmente conclusa *donationis causa* sarebbe stata inesistente, tanto per mancanza della forma richiesta, quanto per adibizione di tipo negoziale dotato di causa inidonea, qualora la *venditio viliore pretio* fosse stata predisposta da soggetti non uniti in matrimonio (ossia il negozio fosse stato concluso *inter ceteros*), non si sarebbe individuato alcun ostacolo tecnico alla produzione degli effetti imputabili al rapporto posto in essere; se, invece, il negozio fosse stato concluso *inter virum et uxorem,* si sarebbe dovuto innanzitutto indagare l'*an* della violazione del divieto e, in seconda istanza, il *quomodo* della sua applicazione vagliando, in specie, la *commixtio causae.* In sostanza l'*oratio divi Severi*, quand'anche avesse abbracciato un'area applicativa circoscritta alla succitata convalescenza legale, avrebbe reso eloquente una tendenza avvertita dalla stessa autorità imperiale, incline ad allargare le maglie del divieto.

62 Favorevoli alla classicità del testo, quand'anche rimaneggiato, si dichiaravano PUGLIESE, Giovanni, *La simulazione,* cit., p. 114; ARCHI, Gian Gualberto, *La donazione,* cit., p. 54; ALBANESE, Bernardo, *Recensione* a G.G. ARCHI, *La donazione,* in *Iura,* XII.2, 1961, p. 253; LEVY, Ernst, *Rehabilitierung einiger Paulussentenzen,* in *SDHI,* XXXI, 1965, p. 3, nt. 12; BROISE, Sergio, *Appunti sull'«animus donandi»*, in *BIDR,* LXVII, 1964, p. 234 e nt. 31; MISERA, Karlheinz, *Der Freundeskauf,* cit., p. 27. In ordine alla problematiche in parola, cfr. altresì SCEVOLA, Roberto, *'Venditio nummo uno',* in *La compravendita*, pp. 549–553 e ntt. 89–91; ID., *'Negotium mixtum'*, cit., pp. 199–200.

63 Il divieto discenderebbe dalla *lex Cincia* del 204 a.C. o da altro provvedimento collegato alla prima ancorchč, sul punto, la dottrina appalesi notevoli incertezze, relativamente alle quali cfr. SCHERILLO, Gaetano, *Sulle origini del divieto delle donazioni fra coniugi*, in *Studi di Storia e di diritto in onore di A. Solmi*, I, Milano, 1940, pp. 169–214, ora in *Scritti Giuridici*, II.1, cit., pp. 69–107; CASAVOLA, Francesco, *'Lex Cincia': contributo alla storia delle origini della donazione romana*, Napoli, 1960, pp. 1–200; ARCHI, Gian Gualberto, *La donazione,* cit., p. 149, p. 195; SAUERWEIN, Ingo, *Die 'leges sumptuariae'*

dell'*id quod plerumque accidit*, ossia del criterio di qualificazione ordinariamente applicabile a qualsiasi attribuzione liberale tra marito e moglie, quale che sia la forma della transazione (*donationis causa agere*).

Nella seconda parte il giurista prende in esame l'ipotesi che 'la' causa (e non 'le' cause) del negozio fosse *commixta*, in forza del coinvolgimento nell'affare di soggetti terzi e comunque non compresi nelle categorie di coloro che *ad eos non pertinent* o delle *interpositae personae*, oppure in forza della compresenza di *aliae res*, queste ultime da intendersi sia come beni materiali, che come gli ulteriori negozi od affari in qualche modo intersecantisi con il negozio concluso dai coniugi. Nelle descritte ipotesi, si sarebbe posta un'alternativa: qualora la *commixtio* fosse apparsa scindibile, sarebbero stati invalidi gli effetti collegati all'elemento della liberalità, mantenendosi invece rilevante la componente estranea all'*id quod donatum est*. Diversamente, qualora non fosse stato possibile separare la componente liberale da quella estranea alla donazione in conseguenza dell'inscindibile coesione creatasi tra gli elementi costitutivi della fattispecie, e di fronte alla prospettiva per cui 'simul stabunt, simul cadent', sarebbe dovuto prevalere il principio di conservazione degli atti, e allora la donazione 'non sarebbe stata preclusa' (*nec donationem impediri*), producendo effetti contestuali a quelli promananti dal vincolo obbligatorio. Così ragionando, il giurista avrebbe formulato una sorta di quadripartizione casistica, individuando una 'scindibilità'[64] oggettiva e soggettiva da un lato, e una 'inscindibilità'[65] anch'essa oggettiva e soggettiva dall'altro, in dipendenza di una *causa commixta*[66], certamente estranea alla prospettiva aristoniana e maggiormente consentanea – per quanto Ulpiano non ne fosse entusiasta – alle attenuazioni del divieto di donazione tra coniugi sponsorizzate dagli stessi imperatori severiani (ma, forse, enucleatesi già nella seconda metà del II sec. d.C.).

Si potrebbe quindi asserire che Ulpiano, pur mutuando l'opinione del giurista traianeo in ordine alla scindibilità oggettiva di negozio misto a liberalità e concludendo che *cetera valet, id quod donatum non valet inter virum et uxorem* (il che, in concreto, non sarebbe apparso avulso dalla soluzione versata in D. 39.5.18.1), in tema di inscindibilità oggettiva della causa se ne sarebbe distaccato, recependo prudentemente quanto suggerito da Nerazio e Pomponio. Trascorrendo a casi di inseparabilità oggettiva, ci si dovrebbe riferire ad una *venditio minoris* in cui

als römische Maßnahme gegen den Sittenverfall, Hamburg, 1970, pp. 51–55; HONSELL, Heinrich, *'In fraudem legis agere'*, in *Festschrift für M. Kaser zum 70. Geburtstag*, München, 1976, pp. 111–126; SLAPNICAR, Klaus, *'Gratis habitare': unentgeltliches Wohnen nach römischem und geltendem Recht,* Berlin, 1981, pp. 84–91; BEHRENDS, Okko, *Die 'fraus legis': zum Gegensatz von Wortlaut- und Sinngeltung in der römischen Gesetzesinterpretation,* Göttingen, 1982, pp. 19–23; EISENRING, Gabriela, *Die römische Ehe als Rechtsverhältnis,* Wien, 2002, p. 368.

64 Per il caso della scindibilità 'oggettiva', si veda Ulp. 31 *ad Sab.* D. 24.1.7.4: *Eleganter tractabitur, si mulier quindecim praedia emerit et maritus non totum pretium numeraverit, sed duas partes pretii, hoc est decem, uxor de suo quinque, deinde haec praedia valeant nunc decem, maritus quantum consequatur. et magis est, ut consequi debeat duas partem decem, ut quod periit ex pretio, utrique perierit et marito et uxori.* Una donna acquista terreni per il prezzo di quindici sesterzi, i due terzi del quale sono erogati dal marito, mentre un terzo viene corrisposto dalla donna stessa. Considerato che, in seguito, il valore dei terreni sarebbe sceso a dieci, il giurista si chiede quanto il marito debba ottenere dalla moglie e conclude che l'uomo dovrà conseguire i due terzi di dieci, in modo che la perdita del prezzo rimanente gravi tanto sull'uno quanto sull'altro coniuge. Circa una fattispecie di 'scindibilità soggettiva', cfr. Ulp. 32 *ad Sab*. D. 24.1.5: *Si maritus duos reos habeat Titium et mulierem et mulieri accepto tulerit donationis causa, neuter liberatur, quia acceptilatio non valet: et haec Iulianus libro septimo decimo digestorum scribit. plane si mihi proponas Titio accepto latum, ipse quidem liberabitur, mulier vero manebit obligata.* Il passo attiene ad un problema di obbligazioni solidali: avviene che il marito abbia due debitori, ossia Tizio e sua moglie, ed intenda liberare quest'ultima *donationis causa*, procedendo all'*acceptilatio* solamente nei confronti della medesima. Secondo Giuliano, nessuno dei due sarebbe liberato perché l'operatività del divieto di donazione precluderebbe tale possibilità per la moglie (la quale riceverebbe una liberalità), mentre sarebbe l'invalidità derivata del negozio di estinzione ad impedire pure a Tizio di fruirne. Tuttavia Ulpiano nota che, se l'*acceptilatio* riguardasse Tizio e fosse effettuata direttamente nei suoi confronti, *'cetera valere, id quod donatum sit non valere'*: in applicazione del principio desumibile da D. 24.1.5.2, la moglie non sarebbe liberata in quanto l'estinzione del vincolo senza effettivo adempimento, nei suoi confronti, configurerebbe una *donatio aliqua* mentre, di converso, Tizio sarebbe sciolto dal *vinculum iuris.*

65 Più delicate si prospettavano le fattispecie nelle quali la separazione degli effetti fondati sulla *causa donationis* rispetto a quelli negoziali sarebbe stata assai difficile da realizzare in concreto, laddove l'inscindibilità si radicasse su di un piano soggettivo. Per quest'ultima situazione si potrebbe ipotizzare che il marito avesse venduto alla moglie un *servus* per un corrispettivo pari al valore corrente della *res* e, contemporaneamente, le avesse donato la *mulier* dello stesso schiavo, *quae ab eo separari non potest*. In una simile circostanza sarebbe stato giuridicamente impossibile separare i due soggetti e la conseguenza sarebbe stata l'efficacia non soltanto della compravendita, ma anche dell'atto di liberalità *inter virum et uxorem*, nonostante l'esistenza del divieto e in contrasto con quanto Giuliano avesse deciso, qualora gli fosse stato proposto un caso analogo). Tuttavia, i casi maggiormente complessi si sarebbero scorti sul terreno dell'inscindibilità oggettiva, non tanto con riferimento a quella puramente materiale, relativa al rapporto in cui fosse versata una *res* indivisibile, quanto piuttosto a quelli relativi ad una inseparabilità giuridica. Problemi significativi si sarebbero registrati in materia di *venditio minoris*, qualora le parti avessero costruito la fattispecie secondo la tipologia risultante dalla prima parte di Ulp. 32 *ad Sab.* D. 24.1.32.26, ossia stipulando una compravendita a prezzo minore rispetto a quello di mercato: subordinando la scindibilità della causa all'esistenza di un *pactum remissionis*, che consentisse all'interprete di distinguere nettamente, all'interno del regolamento d'interessi, tra il momento negoziale e quello informato a liberalità, se ne deduce che la separazione sarebbe stata impossibile in concreto, sia perché non si sarebbe potuto determinare esattamente il corrispettivo di mercato, sia perché il procedimento idoneo ad attuare la scissione sarebbe risultato tanto artificioso da risultare impraticabile.

66 Secondo BURDESE, Alberto, *Recensione,* cit., p. 744, questa soluzione «ancora nel conservarsi della rispettiva incompatibilità funzionale [di causa negoziale e causa d'acquisto], avrebbe permesso il loro congiunto operare senza peraltro dar luogo ad una fusione tra le medesime»; rilevava sul punto GIUFFRÈ, Vincenzo, *Recensione,* cit., p. 465, come l'impostazione aristoniana fosse accolta ma rimeditata da Ulpiano, in quanto «l'approccio del giurista traianeo andava ribadito con riferimento a fattispecie in cui si verificava una oggettiva e soggettiva scindibilità, ma esso non era idoneo a regolare ogni *negotium mixtum cum donatione*», comprendendo quest'ultimo infatti «anche casi obiettivamente inscindibili». Si è detto, dunque, che accezione ulpianea di *causa commixta* andrebbe svincolata da dogmatizzazioni rigide, sì da coglierne al meglio il collegamento con il fascio d'interessi perseguiti dai contraenti: questi ultimi, intendendo conseguire obiettivi ulteriori rispetto a quelli normalmente derivanti dall'impiego dei tipi negoziali riconosciuti dall'ordinamento, avrebbero adeguato la struttura della fattispecie, improntando consapevolmente la medesima sino a preconizzarne il superamento della rispondenza a tipicità. Questa struttura, in assenza di simulazione, avrebbe dovuto costituire il segno della meritevolezza giuridica del negozio, come sarebbe attestato dall'impiego dell'avverbio *extrinsecus* (cfr. VIR, voce *Extrinsecus,* II, Berolini, 1933, p. 733, ove viene attribuita una portata isolata

una parte avesse inteso concedere una riduzione del prezzo al fine di realizzare una liberalità, e nell'accordo fosse stato direttamente versato un corrispettivo inferiore al valore di mercato del bene, senza ricorrere ad alcuna pattuizione separata dal contratto. Il giurista affermava che *si separari non potest, donationem nec impediri* tra coniugi e, pertanto, il divieto esistente tra gli stessi non sarebbe potuto essere applicato, sì da determinare due conseguenze assai rilevanti: innanzitutto, almeno implicitamente, sarebbe stata avvalorata la configurabilità del *negotium mixtum cum donatione* tra marito e moglie, quale risultato qualificatorio dell'inscindibilità oggettiva, mentre, in secondo luogo, le ricadute *inter ceteros* avrebbero accreditato risultati alternativi alle conclusioni, di ardua applicazione pratica, cui era giunto Aristone[67].

5. 'The Remains of the Day'. Impostazioni metodologiche del diritto romano nei moderni criteri di qualificazione

L'idea di *commixtio* elaborata da Ulpiano costituisce l'esito più raffinato delle elaborazioni enucleate dal diritto romano classico in tema di negozio misto con donazione, nonché l'approdo cui la giurisprudenza pervenne in età severiana trattando del rapporto esistente tra *causa negotii*, destinata ad identificare il 'tipo' contrattuale posto alla base dell'assetto d'interessi predisposto dalle parti, e *causa donationis,* intesa come mero fondamento di attribuzione patrimoniale. Pur ponendosi come alternativa al concorso parallelo prospettato dal giureconsulto traianeo, l'elaborazione in parola non avrebbe comportato alcuna 'fusione di cause', essendo preclusa quest'ultima dalla perdurante disomogenità strutturale delle medesime: esaminata in proposito la *venditio minoris* o *viliore pretio,* alla quale sarebbe stata ricondotta anche la vendita realizzata *nummo uno* (laddove non vanificata da simulazione dell'intero corrispettivo), si è rilevato come la causa fosse esclusivamente quella onerosa, tipica del negozio sinallagmatico, ancorchè risultasse errato negare che un simile regolamento di interessi sarebbe rimasto impermeabile, sul piano effettuale, all'operatività della donazione quale ragione di acquisto.

Nella riflessione ulpianea, questa valutazione non sarebbe dovuta discendere unicamente da analisi ispirata ad interpretazione soggettiva, ovvero condotta tramite la ricerca dell'intento pratico perseguito dai contraenti, ma avrebbe necessitato di agganci desunti dalla struttura stessa del negozio, con particolare riferimento al contenuto di esso. Ecco, dunque, individuato lo snodo essenziale: compravendita e donazione sarebbero potute non soltanto coesistere, ma anche operare contestualmente, perché la prima avrebbe permesso di configurare la fattispecie come negoziale in virtù della causa tipica su cui il rapporto si sarebbe radicato, mentre la seconda, pur non interferendo con l'aspetto causale, avrebbe comunque concorso a definire il contenuto del regolamento d'interessi, attraverso la determinazione del prezzo, attinente pur sempre alla struttura del negozio[68]. Seguendo sino in fondo tale percorso, Ulpiano avrebbe contribuito a precisare meglio la fisionomia della figura – la quale, non senza sforzo, potrebbe dare luogo ad una categoria – estendendone la portata ad una pluralità di fattispecie caratterizzate dall'inscindibilità oggettiva o soggettiva, senza peraltro espungere quelle che, all'opposto, sarebbero state connotate dalla scindibilità degli effetti.

Giunti a questo punto, i giuristi classici avrebbero esaurito il terreno su cui procedere, giacché un'autentica fusione di cause, preordinata alla creazione di una fattispecie che annoverasse elementi tipici dell'una e dell'altra componente costitutiva, sarebbe stata preclusa dall'incompatibilità concettuale corrente tra di esse; nel contempo, l'insuperabile antagonismo strutturale

all'uso dell'avverbio nel passo ulpianeo; HEUMANN, Hermann – SECKEL, Emil, voce *Extrinsecus,* in *Handlexicon zu den Quellen der römischen Rechts*[10], Graz, 1958, p. 202; OLD [Oxford Latin Dictionary], voce *Extrinsecus,* Oxford, 1968, p. 662. Maggiormente indicativa potrebbe risultare l'antitesi con *'intrinsecus'*, *'ipsum per se'*, *'naturale',* segnalata da DIRKSEN, Heinrich Eduard, voce *Extrinsecus,* in *'Manuale latinitatis fontium iuris civilis romanorum',* Berolini, 1877, p. 359, per cui l'avverbio sarebbe da accostare a *'extra rem', 'aliunde'*, nonché GEORGES, Karl Ernst, voce *Extrinsecus,* in *Handwörterbuch aus den Quellen zusammengetragen und mit besonderer Bezugnahme auf Synonymik und Antiquitäten*[8], Darmstadt, 1998, 2641, che richiamerebbe, in analogia, 'äußerlich', 'an der Außenseite'), con il quale Ulpiano intenderebbe dire che la compenetrazione degli scopi corrispondente alla ragione sulla cui base le parti avrebbero confezionato quel ben determinato e specifico assetto d'interessi, si rendeva esplicita nella configurazione dell'assetto di interessi perseguito, sino al punto da venire percepita obbiettivamente dall'esterno. In ogni caso, l'impiego dell'avverbio permetterebbe ad Ulpiano di realizzare un secondo scopo, ossia di evitare indebite commistioni tra profili che operano su piani diversi: la 'causa negoziale' resterebbe una soltanto, e gli altri eventuali fattori si limiterebbero ad influire sugli effetti.

67 Occorre ribadire quanto in precedenza già sottolineato circa l'inopportunità di ricorrere all'idea della 'fusione' in senso moderno: Ulpiano, infatti, avrebbe proposto un'enunciazione più ampia, sulla base della quale la *causa donationis* sarebbe risultata *commixta aliarum rerum,* ovvero di altri beni od affari (se, come è altamente probabile, il termine *res* alludeva anche ad un negozio). Inoltre, egli avrebbe ellitticamente fatto riferimento a detta 'causa', sulla quale si sarebbe innestata una ragione negoziale che, alla luce di quanto propugnato da Aristone, avrebbe condotto alla produzione di effetti non conciliabili con quelli derivanti dallo scopo di liberalità: applicando il modello del giurista traianeo, compravendita e donazione avrebbero dovuto operare in momenti rigidamente distinti, senza dare luogo ad alcuna forma di interferenza diacronica, proprio perché il vincolo obbligatorio sarebbe apparso strutturalmente incompatibile con i connotati dell'atto liberale.

68 I riflessi di tali reinterpretazioni si sarebbero avvertiti in tema di vendita nella quale fosse stato stabilito un corrispettivo pari alla minima unità monetaria laddove, dalla esiguità del prezzo, si sarebbero dedotti intenti simulatori radicalmente invalidanti: postosi il problema dell'equilibrio contrattuale, rafforzato invero dalle regole (perlomeno) dioclezianee in tema di *laesio ultra dimidium* (cfr. P. ZILIOTTO, Paola, *La misura della sinallagmaticità,* cit., pp. 297–305), si pervenne ad affermare retroattivamente che anche in età classica i contratti sinallagmatici conclusi *nummo uno* sarebbero stati inesistenti, equivalendo la minima unità monetaria a mancata fissazione del prezzo. In realtà, premesso che le fonti romane attribuivano ai contraenti la massima libertà nella fissazione del corrispettivo (ancorchè in assenza di dolo, costituente il limite invalicabile all'autonomia negoziale), la *venditio nummo uno,* verificata l'assenza di intento simulatorio, sarebbe dovuta essere vagliata sotto il profilo della meritevolezza degli interessi perseguiti. Tanto Pomp. 8 *ad Q. Muc.* D. 23.3.66 in materia dotale, quanto Gai 2.252 in tema di fedecommessi, e ancora una serie di testimonianze epigrafiche a contenuto giuspubblicistico, attestavano l'inequivocabile validità del tipo di vendita in parola, quando essa fungesse da 'Auskunftsmittel', ovvero da espediente preordinato a consentire a scopo equitativo riassetti patrimoniali altrimenti non perseguibili (cfr. SCEVOLA, Roberto, *'Venditio nummo uno',* cit., p. 471).

tra causa negoziale di scambio e ragione liberale di acquisto avrebbe impedito il superamento definitivo della concezione aristoniana. Infatti, quest'ultima veniva ribadita in relazione al raggruppamento dei casi oggettivamente (e soggettivamente) scindibili mentre, parallelamente, veniva postulata l'inidoneità di essa ad integrare in via esclusiva il *negotium mixtum cum donatione,* che avrebbe abbracciato altresì fattispecie obbiettivamente inscindibili e rispetto alle quali lo schema costruito sul presupposto della *datio (mancipatio) ut manumittas* non sarebbe potuto risultare materialmente appagante. Niente di più lontano, in definitiva, dall'idea pandettistica di 'fusione delle cause', in primo luogo perché quest'ultima avrebbe presupposto nelle stesse un'omogeneità di natura sconosciuta al diritto classico, e, in secondo luogo, in conseguenza del fatto che le fattispecie oggettivamente inscindibili avrebbero presentato soltanto una causa 'tipica', dovendosi escludere che esse potessero presentarne una pluralità[69].

L'intervento legislativo attuato da Costantino nel 323 d.C. riqualificò dogmaticamente la donazione, condannando ad immediata desuetudine l'intero dibattito giurisprudenziale in tema di *negotium mixtum cum donatione*, nonché le soluzioni in quel contesto prospettare, aprendo altresì la via a prospettive del tutto nuove: come rilevato da Gian Gualberto Archi, la riforma in parola – sollecitata da ambienti giuridici orientali e motivata da ragioni pratiche, ivi compresa la graduale eliminazione dei negozi astratti che avrebbero rivestito la *causa adquirendi* – determinò «una vera e propria frattura con una tradizione plurisecolare, saldamente radicata nella concezione romana»[70]. Puro fondamento di attribuzioni patrimoniali consistenti nel trasferimento della proprietà, nell'assunzione di un'obbligazione o nella liberazione da un debito, in forza del provvedimento imperiale la donazione divenne negozio tipico avente natura contrattuale ed effetti reali, necessitante di forme solenni le quali ne attestassero la conclusione[71]. A ben vedere, tuttavia, riconosciuta la rilevanza delle conseguenze derivanti dalla trasformazione della fattispecie in negozio causale e tipico, potrebbe costituire parziale elemento di continuità con la tradizione anteriore l'obiettivo, già esplicitato dal Talamanca, «di dare rilevanza all'intento delle parti (e quindi alla *causa donandi*), quando fosse stato versato nelle forme prescritte dall'ordinamento»[72].

Giustiniano, preso atto delle reazioni a talune rigidità che la riforma aveva suscitato *medio tempore*[73], introdusse alcuni temperamenti – in parte suggeriti dall'impostazione classicheggiante al quale si sarebbe ispirato il disegno compilatorio – senza comunque alterarne i profili causali, nel senso che la nuova collocazione della donazione in ambito contrattuale rimase intatta. Identificando nella spontaneità il tratto saliente dell'istituto, la cui *perfectio* sarebbe dipesa unicamente dalla sussistenza della *voluntas,* venivano meno quali requisiti di esistenza e validità sia l'esecuzione della *traditio,* sia l'obbligo di procedere alla redazione di un documento scritto *ad substantiam actus* (che, però, laddove predisposto, avrebbe costituito elemento essenziale del negozio). Inoltre, il fatto che la struttura della *donatio* fosse delineata e descritta in analogia a quella della *emptio-venditio*, consentì ai giustinianei di ravvisare come in entrambi i casi il momento genetico coincidesse con la prestazione del nudo consenso[74].

[69] A tale riguardo, secondo PUGLIESE, Giovanni, *Simulazione,* cit., p. 49, nt. 1, «una causa, che sussiste o manca a seconda del mutevole variare dei motivi psicologici delle parti, non è realmente una causa, poiché causa deve essere soltanto quella che si immedesima in una concreta fattispecie negoziale, ed è palesata dalla struttura esteriore del negozio, non già quella che esiste soltanto nello spirito delle parti e svanisce col mutare del loro stato d'animo».

[70] Così ARCHI, Gian Gualberto, *La donazione,* cit., p. 225, secondo cui «non si deve dimenticare, anche nella valutazione di questo caso particolare, una caratteristica propria alla legislazione di Costantino nell'ambito del diritto privato, e cioè la mancanza di ogni rispetto alla tradizione risalente e la ricerca, nel problema contingente da risolvere, di una soluzione contingente del medesimo, che risponda all'interesse specifico della politica legislativa da difendere al momento». Lo studioso faceva altresì notare come l'intervento autoritativo non fosse in sintonia con mentalità giuridica romana, protesa «ad elaborare gli istituti quasi secondo una loro intima e inespressa logica, che sembra essere in *rerum natura*». Sulla riforma in parola, cfr. altresì ID., *L'evoluzione della donazione nell'età postclassica,* in *RIDA,* V, 1958, pp. 391–399; BIONDI, Biondo, *Il concetto di donazione,* cit., pp. 136–137, ora in *Scritti Giuridici,* III, Milano, 1965, pp. 37–38; VOCI, Pasquale, *Tradizione, donazione, vendita da Costantino a Giustiniano,* in *Iura,* XXXVIII, 1987, p. 100, ora in *Ultimi studi di diritto romano,* Napoli, 2007, pp. 24–31; PALMA, Antonio, *Donazione e vendita 'advocata vicinitate' nella legislazione costantiniana,* in *Index,* XX, 1992, p. 479; MONTERREAL, Ana Aléman, *'Donatio' et 'instrumentum',* in *RIDA,* XLV, p. 219, 1998; SCEVOLA, Roberto, *'Negotium mixtum',* cit., pp. 277–282.

[71] Da *Vat. Fragm.* 249, la medesima sarebbe stata valida laddove fossero stati integrati tre requisiti: redazione scritta *scientibus plurimis*; *corporalis traditio…, advocata vicinitate, omnibusque arbitris, quorum post fide uti liceat, conventu plurimorum celebratur*; *allegatio ad substantiam actus* nei *gesta,* intendendo l'imperatore individuare «forme tipiche e proprie ad essa sola, e nel contempo affermare che chi vuole donare, lo può fare efficacemente solo se si avvale delle formalità prescritte». Sul punto, cfr. ora GIUFFRÈ, Vincenzo, *Recensione,* cit., p. 465, il quale individua in *traditio, insinuatio* e foma scritta *ad substantiam* i requisiti richiesti per l'acquisto della proprietà sì da risolvere i problemi inerenti alla *perfectio* dell'atto di liberalità, e BURDESE, Alberto, *Recensione,* cit., p. 744; effettivamente, attribuendo alla *causa donationis* caratteri negoziali, la cancelleria imperiale avrebbe perseguito il superamento sia delle difficoltà pratiche legate alla realizzazione della medesima, sia delle discussioni inerenti alla *perfectio,* destinate a riflettersi sull'agilità applicativa del divieto di donazione tra coniugi.

[72] Cfr. TALAMANCA, Mario, *Istituzioni,* cit., p. 775–776; MARRONE, Matteo, *Istituzioni*[3], cit., p. 560 (il quale ultimo ricollega la *ratio* della riforma a pressanti esigenze fiscali insorte in epoca costantiniana).

[73] La ragione profonda che avrebbe ispirato la legislazione giustinianea nell'attenuazione degli elementi di rigidità insiti nella normativa anteriore andrebbe ravvisata nell'*humanitas,* di cui è cenno in C. 8.53.34.3a: *cum enim a veteribus super hac re variatum est, aliis multas aliis unam eas definientibus, nobis causa placuit humanior, ut et multae intellegantur et omnes validae, et hi qui liberalitates accipiunt sciant veros non falsos suos esse donatores* (cfr. in argomento ARCHI, Gian Gualberto, *La donazione,* cit., p. 273; GIUFFRÈ, Vincenzo, *Recensione,* cit., p. 465).

[74] C. 8.53.35.5b (a. 530): *Sin vero et hoc praetermissum sit et usum fructum minime detinuerit, nihilo minus ex lege nostra necessitatem ei imponi etiam tradere hoc quod donare existimavit, ut non ex hoc inutilis sit donatio, quod res non traditae sunt, nec confirmetur ex traditione donatio, sed liberalitatem plenam et secundum legem nostram perfectissimam constitutam necessarius traditionis effectus sequatur, et necessitatem habeat donator omnimodo res vel partem substantiae quam nominaverit vel totam substantiam tradere.* I. 2.7.2: *…perficiuntur autem (donationes), cum donator suam voluntatem scriptis aut sine scriptis manifestaverit: et ad exemplum venditionis nostra constitutio eas etiam in se habere necessitatem traditionis voluit, ut, et si non tradantur, habeant plenissimum et perfectum robur et traditionis necessitas*

I risultati desunti dal superamento del modello ancorato al carattere concettualmente eterogeneo delle cause sottostanti rispettivamente a *negotium* e *donatio*, la quale ultima avrebbe cessato di costituire una mera ragione di acquisto per trasformarsi in contratto causale e tipico, concorsero a creare la piattaforma per sviluppi ed elaborazioni cuminati nelle ricostruzioni pandettistiche: pur permanendo una certa tensione dovuta alla dialettica tra gratuità e liberalità da un lato, onerosità e corrispettività dall'altro, si sarebbe riscontrato un forte impulso alla semplificazione perché, riportando il *negotium mixtum* alla figura del 'contratto misto', la questione più pressante sarebbe stata scorta nell'individuazione della disciplina applicabile alla compresenza di differenti tipi negoziali. Ancora problemi determinati dalla compresenza di componenti non esattamente giustapponibili, dunque, sebbene la frizione sembrasse meno drammatica rispetto alla strutturazione connotata dall'esigenza di fare coesistere *causa negotii* e *causa adquirendi* entro una cornice la quale consentisse ad entrambe di produrre (quand'anche non contestualmente) i rispettivi effetti. Da qui la ripresa ottocentesca, in ambito tedesco, della *commixtio* ulpianea, dalla quale gli studiosi avrebbero preso spunto per prospettare una fusione di cause, attribuendo al ragionamento del giurista severiano un significato del tutto diverso da (e difficilmente conciliabile con) quello originario.

Va tuttavia rilevato come le proposte moderne della dottrina tedesca, in quanto derivate dalla tradizione pandettistica, celano un dualismo dirompente: fondate su presupposti e meditazioni dogmatiche estranee alla riflessione condotta dalla giurisprudenza romana di età classica, dalla medesima mutuano gli strumenti interpretativi necessari a sciogliere le complessità insite nella figura liminale in parola.

Si intravvedono nitidamente profili argomentativi che alludono ai criteri ermeneutici romani, ampiamente 'saccheggiati' dagli studiosi tedeschi in sede di formulazione delle teorie cui si è fatto cenno all'inizio di questo contributo e, in particolare, le valutazioni paiono presupporre il contrasto tra un canone obbiettivo (di impronta aristoniana) e un criterio soggettivo (facente capo a Pomponio), cui si sarebbe aggiunta, questa volta sul versante delle soluzioni sostanziali, l'elaborazione ulpianea in tema di possibile scindibilità oggettiva. Cancellata da 'un tratto di penna' l'intera costruzione romana in tema di *negotium mixtum* e, nello stesso momento, tutte le soluzioni casistiche prospettate in riferimento alla medesima, quanto sarebbe sopravvissuto va scorto nell'impostazione metodologica, incline a cogliere nell'interpretazione dei giuristi rimani gli spunti per orientare la relazione tra cause secondo coerenti criteri qualificatori: ed infatti, nessuno dei criteri prospettati in seno alla dottrina germanica dei due secoli passati risulta scevro dall'ancoramento presso metodologie ermeneutiche delineate dalla giurisprudenza romana. In particolare – ma il richiamo non è certo totalizzante – la 'Zweckwürdigungstheorie', ora costituente il criterio qualificatorio più seguito, recupera l'esigenza pomponiana di interpretare il negozio ricercando l'*id quod actum est* e ricalcando la propria applicazione sull'articola rimodulazione proposta da Ulpiano.

In buona sostanza, il fondamento delle operazioni in parola richiama percorsi logico-metodologici ispirati al pensiero classico, capaci di contribuire odiernamente a migliorare anche la qualità applicativa delle soluzioni concrete (invero lasciate alla discrezione valutativa di giurisprudenza e dottrina), laddove gli esiti di queste ultime dovessero confluire in corpi normativi di respiro europeo.

incumbat donatori. Nonostante ciò i maestri bizantini, pur attribuendo notevole rilievo ricostruttivo alla comparazione tra donazione e compravendita sotto il profilo genetico, non ricollocarono le liberalità tra i contratti consensuali così assecondando i pratici che, ad avviso di ARCHI, Gian Gualberto, *La donazione,* cit., p. 279, continuavano a intenderla come «causa e mezzo di acquisto ad un tempo di *res, corporales* o *incorporales* non importa. È in questa sua funzione, che essa aveva agitato il mondo postclassico, in una visione non più assuefatta a distinguere per categorie e per effetti secondo i ben noti principii classici. In questa prospettiva i problemi e i nessi, che la nuova struttura della donazione come *pactum nudum* solleva, sfuggivano ai contemporanei di Giustiniano ancora affondati nella polemica e dovevano chiarirsi invece ai romanisti moderni».

Tadeusz Wróblewski – the Advocate for *krajowa* Idea of the Former Grand Duchy of Lithuania at the Turn of the XIX and XX century

*Jacek Wałdoch**

Abstract

The article presents the figure of Tadeusz Wroblewski, lawyer, politician and social activist, who represented the ideological trend of "krajowosc". It consisted of reviving the idea of the Grand Duchy of Lithuania, the rule of multinational, multicultural and tolerant at the same time. Due to the political situation movement "krajowosc" weakened from year to year, and eventually disappeared from the main arena for political action. Tadeusz Wroblewski was one of the last representative of this idea.

To the study of a person Wroblewski served primarily by its publications, which gave insight into the way of his thinking and gave the definition of "krajowosc" idea. I used the articles that he published in the newspaper and others representatives of the "krajowosc" idea. To define the concept of "krajowosc" was also used contemporary publications, which present this idea in the political context or for other persons representing the same point of view as Wroblewski.

Key words: *"Krajowosc" idea; the Grand Duchy of Lithuania; Tadeusz Wroblewski; a lawyer; social activities; Lithuania, Vilnius; politics; multicultural; multi-ethnic; Wroblewski Library.*

Krajowa (,,native'') idea – *signum specificum* of political thought of the former Grand Duchy of Lithuania was the derivative of history and moral distinctness peculiar to these lands, peculiar to the Vilnius Region in particular. Distinctiveness of this region expressed itself in architectural, linguistic and cultural diversity as well as in the fact that, throughout the centuries, the Lithuanian, the Belorussian, the Jews and the Polish lived close to each other working for the benefit of ''the common Homeland – Lithuania''[1]. But that situation changed after the year 1795[2]. Then, the cultural activity of Vilnius inhabitants gradually started to slow down under the pressure of severe Russian policy, and had to be limited to the sphere of private life[3] and to confidential activity, for example when organizing elementary schools[4]. The period of the January Uprising was symptomatic for the Vilnius people because then the governor-general count Michal Mikolajewicz Murawiew, called the Hangman, suppressed the uprising activities in a violent way. He had special powers of a governor over rebellious provinces as well as military rule since 25 April 1863[5]. Directly proportional to the increasing repressions aimed at the people all hopes for the independence disappeared. In such difficult socially – political circumstances Tomasz Wróblewski – a later forerunner of the ''krajowa'' idea worked and studied.

He was born on 8 November 1858 in Vilnius in the house of Eustachy and Emilia Wróblewski where he grew up in the atmosphere of deep historical and insurgent tradition, which surely influenced his later political views. His grandfather was Bartłomiej Beniowski, the major of the Polish army, and his uncle was Walery Wróblewski, a Belorussian insurgent from 1863. After graduating from a Vilnius high school in 1877 Wróblewski started medical-surgical studies in Sankt Petersburg, but after three years he undertook medical studies in Warsaw[6]. He had already been an active participant of political life, what was the reason for his arrest in 1880 and being jailed in the X Pavilion of Warsaw Citadel. In 1881 he had been sent up the Russian Empire, first to Tiumen and then to Jalutorowska in Tobol Province, from which he came back to Sankt Petersburg in the autumn of 1883. He continued studying but instead of medicine he chose Law at Petersburg University, where in 1886 he passed extramural law exam. He remained in this city and

* Mgr. Jacek Wałdoch, Chair for History of State and Polish Law, Faculty of Law and Administration, University of Gdansk, Poland.

1 M. P. [sign. unsolved], *O przyszłość miasta Wilna i guberni wileńskiej*, Wilno, [b.d.w], p. 17.

2 I. Jaworski, *Zarys dziejów Wilna*, Wilno 1929, p. 20.

3 L. Wasilewski, *Litwa i Białoruś. Przeszłość – teraźniejszość – tendencje rozwojowe*, Kraków, [b.d.w.] p. 72.

4 T. Wróblewski, *O szkołach „tajnych"*, Wilno 1924, pp. 4–7.

5 D. Szpoper, *Konserwatyści byłego Wielkiego Księstwa Litewskiego wobec kwestii równouprawnienia osób narodowości polskiej w guberniach północno-zachodnich Imperium Rosyjskiego w latach 1863–1905* [in:] *Gdańskie studia prawnicze*, v. XIII, Gdańsk 2005, pp. 310–311; look also: *Rok 1863. Wyroki śmierci*, ed. by. W. Studnicki, Wilno 1923, pp. 23–59.

6 K. Grzybowski, *Historia państwa i prawa Polski*, Warszawa 1982, v. IV, p. 193; Helena Drège meant Imperial University of Warsaw which replaced Main School of Warsaw.

began the practice of law as a helper of a well-known Polish social activist and lawyer Włodzimierz Spasowicz. After his father's death in 1891 he came back as a lawyer to Vilnius where he lived in a house inherited from his parents, at Uniwersytecka 9 Street. There he started his political and cultural activity, in 1900[7] organizing the first meeting of the Vilnius intelligentsia called The Company of Rascals. Wróblewski's house got the name The Dogcatcher Inn because its windows overlooked a governor square and the Statue of Murawiew[8]. In this symbolic place Saturday discussions were held and they concerned current affairs not only those of Vilnius but also in the whole ''country'' and the world. The company of lawyers, social activists and civil servants did not avoid the debates connected with political issues, which, since 1905, had been the main point of the meetings[9]. Thereby, the circle of debaters, gathered mainly in democratic and socialist milieu, became ''*quasi* political club''. Despite not having any status, new members were accepted in the club after voting, sometimes they were invited as guests[10]. Maybe because of the customs there observed, the closed character of the meetings and the elitist company Wróblewski started to be associated with the Vilnius masonry. His flat fulfilled the function of a library where he gathered numerous books, manuscripts and documents, and their collection built up to such an extent that it had to be moved to a separate building.

Wróblewski's intention was to create a library accessible to every inhabitant of Vilnius eager for knowledge. Wróblewski, full of sentiment for the traditions of Vilnius University in its old times, became a lecturer. He took part in numerous meetings of social organizations, e.g. Związek Młodzieży Postępowo – Niepodległościowej (The Union of Progressive-Independence Favouring Youth), sharing his legal knowledge[11].

Tadeusz Wróblewski did not avoid political activity, taking part in the elections to II State Duma in 1907[12]. Because of the fact that his rival was a priest Stanislaw Maciejewicz, Wróblewski's candidature divided the Vilnius clergy and, at the same time the Vilnius inhabitants, into two factions: the one supporting Wróblewski and his idea of state and the other promoting the priest, who was supported also by the National Democracy. Wróblewski, in his open letter to the Vilnius voters wrote: ,,[…] regarding myself as a Lithuanian citizen, a starting point for me when considering political and social issues is the interest of all native inhabitants of our country […][13].The election defeat did not discourage Wróblewski from political activity, which he eagerly continued as an initial candidate of the democrat milieu, even during the elections to the IV State Duma in 1912[14].The occupation of a lawyer brought him more and more appreciation and recognition among the Vilnius community, especially after the famous trials from the beginning of the twenties of the XX century, when he acted as a defender of the journalists (for example in the case of Paweł Sipowicz, the editor of ,,Lithuania'', or J. Łastowska, the editor of ,,The Voice of Lithuania'') who in their articles expressed a negative attitude to the Polish authorities and wrote about hatred between the two nations[15]. The money earned this way he invested into social and scientific activity, systematically enriching an extensive library with more books and establishing organizations of a scientific nature, for instance, on 25 February 1921 Ignacy Daniłowicz Company, bringing together the representatives of science and legal practice. In this Company the organization of science conferences, lectures, as well as research projects was undertaken[16]. Furthermore, the Company of Eustachy and Emilia Wroblewska Public Library was set up. Its aim was to build a city library and to take care of its collection. Outbreak of the war thwarted Wróblewski's plans. He had not made the next attempt to build a library until 1925, when the talks with the representative of Wydział Bibliotek Ministerstwa Wyznań Religijnych i Oświecenia Publicznego (The Department of the Libraries of Religion and Public Enlightenment Ministry) took place. The contract with the Ministry was signed by the Committee of the Company of Eustachy and Emilia Wróblewska which transferred the organization under the care of the government. The library got the proper building – a previously bought the Tyszkiewicz palace[17].

XIX century was the period of a distinct expansion of the Polish culture at the cost of Lithuanian population, which, seeing gradual decline of their language, took actions aimed at saving their own culture[18]. Lithuanian national movement, minor at first, grew rapidly and attracted more and more supporters

---

7 Z. Solak, *Między Polską a Litwą. Życie i działalność Michała Römera 1880–1920*, Kraków 2004, pp. 131; Zbigniew Solak points here at December 1899 as a date of constituting the Company of Rascals.

8 H. Drège, *Ś.p. Tadeusz Wróblewski jako założyciel biblioteki im. E. i E. Wróblewskich*, Wilno 1926, pp. 1–2; patrz też: T. Venclova, *Vilnius. A Guide to Its Names and People*, Vilnius 2009, pp. 225–226; look also: K. Okulicz, *Brzask, dzień i zmierzch na ziemiach Litwy historycznej* [in:] *Pamiętnik wileński*, Londyn – Łomianki 2010, p. 25–26.

9 P. Dąbrowski, *Siła w kulturze, jedność w narodzie. Wileńska działalność społeczno-polityczna Michała, Witolda i Emilii Węsławskich w końcu XIX wieku i pierwszej połowie XX stulecia (do 1930 roku)*, Gdańsk 2011, pp. 35–39; look also: Z Solak, *op. cit.*, p. 132.

10 Z. Solak, *op.cit*., p. 132.

11 H. Drège, *op. cit*., p. 2.

12 D. Szpoper, *Od Mińskiego Towarzystwa Rolniczego do Stronnictwa Krajowego Litwy i Białej Rusi – szkic dziejów polskiej myśli konserwatywnej na ziemiach byłego Wielkiego Księstwa Litewskiego na przełomie XIX i XX wieku* [in:] *Ostatni obywatele Wielkiego Księstwa Litewskiego*, Lublin 2005, p. 257; look also: J. Jurkiewicz, *Rozwój polskiej myśli politycznej na Litwie i Białorusi w latach 1905–1922*, Poznań 1983, p. 66.

13 Quote from J. Jurkiewicz, *op. cit*., p. 53.

14 P. Dąbrowski, *Narodowa Demokracja byłego Wielkiego Księstwa Litewskiego. Studium z zakresu myśli politycznej i działalności obozu narodowego na ziemiach litewsko-białoruskich w latach 1897–1918*, Kraków 2010, pp. 195–207.

15 *W obronie redaktora*, „Przegląd Wileński", Wilno, 23 VII 1922, no 28–29, pp. 5–6; *O podburzanie ludności*, „Przegląd Wileński", Wilno, 8 VII 1922, no 26–27, pp. 2–4.

16 M. Tarkowski, *Sprawy samorządu adwokackiego na łamach „Wileńskiego Przeglądu Prawniczego"* [in:] *Gdańskie Studia Prawnicze*, Gdańsk 2012, v. XXVII, p. 365.

17 H. Drège, *op. cit*., p. 2.

18 K. Buchowski, *Szkice polsko-litewskie, czyli o niełatwym sąsiedztwie w pierwszej połowie XX wieku*, Toruń 2005, p. 9.

because of the fact that the period of the Russian annexation forced people to look for some common ground, which would let them create a barrier against denationalization[19]. The inhabitants of Lithuania, Polish and Lithuanian people as well, were focused on looking for their own national identity, and they forgot that it had once been ,,collective name''[20] combining diverse ethnographic features.

At the end of the XIX century, press, distributed illegally in the whole ,,country'', became the support of Lithuanian spirit. The first Lithuanian monthly magazine was ,,Aušra'', published since 1883 in Ragneta and then in Tylza edited by Jonas Basanavičius – ,,the father of Lithuanian national revival''[21]. The periodical played an important role in cultivating Lithuanian language as well as in the revival of the national identity of Lithuanian people, and initiated the process of generating more Lithuanian papers[22]. It was the element of a mission conducted by Lithuanian national activists against a disappearing language which quickly became the symbol of Lithuanian spirit[23]. In accordance with the tsarist manifesto from 17 (30) October 1905 and further decrees from 30 April and 14 May 1905 considerable liberalization of law occurred, which gave people a number of civil liberties, for example, the possibility of publishing magazines in local languages[24]. Thanks to it, the Lithuanian movement, similarly to the Polish one centered around its own press and political organs, stepped rapidly into the public sphere[25].

It was then when in the Lithuanian political circles the postulate of,,the autonomy of Lithuania'' appeared[26].'' 21–22 November 1905,,the national congress'' also called,,the seym of Vilnius'' or ''the great seym'' took place. Its members were the representatives of Lithuanian parties, communes and single villages. As the result of the convention a postulate was issued in which the questions of the autonomy of Lithuanian country with a capital city in Vilnius were posed[27].

At the beginning of the XX century also Polish activists, especially those centered around the National Democracy, were concerned about the afore-mentioned national awareness. In their programme from 1903 they wrote that their activity ,,[…] is aimed at harmonious coexistence and common tolerance of a positive cultural work of each tribe […]'', and about Lithuanian movement they stated that ,,[…]it exists as a huge factor of civilization […]'', which ,,[…] politically must be closely united with the Polish one […]''. On the other hand, they objected to ,,[…] political immaturity of some Lithuanian leaders […]''[28], who put forward slogans treating the Polish as ''The Lithuanian polonized by force''[29] and Lithuania as a strictly Lithuanian-national region. Apart from fighting with Lithuanian nationalism, extreme national democrats considered *krajowa* group, which became a buffer between the two nationalisms, to be their ideological enemy. Nationalists thought it to be even greater evil than the Lithuanian element as the national group stemmed from Polish circles. As a result, ,,[…] the national camp had to start a fight to the death with that *krajowcowy* trend […]''[30].

So what was that movement aiming at and did it really pose a threat to the Polishness, as the representatives of the national-democrat movement thought? The phenomenon began to take clear shape in 1905, when after the October Manifesto the previously hidden views, especially those connected with the future of Lithuania, came out. The movement constituted a unique combination of ,,psychic elements […]" with the sentiment of tradition and varied emotions''[31]. It was the love of the idea of the former Great Duchy of Lithuania, the multinational country characterized by high tolerance to cultures forming this country. Formulating this concept was the natural process, based on subjective emotions of many people, that is why ,,[…]it was not the act of one single person and, at the moment of its birth, it was not supported by any individualized or organized social strength which could be attributed with the

---

[19] H. Wisner, *Litwa – świadomość państwowa i narodowa*, [w:] *Trudna tożsamość. Problemy narodowościowe i religijne w Europie Środkowo-Wschodniej w XIX i XX wieku. Materiały z międzynarodowej konferencji „Samoidentyfikacja narodowa i religijna a sprawa mniejszości narodowych i religijnych w Europie Środkowo-Wschodniej", Lublin 19–21 października 1993*, ed. by. J. Lewandowski, Lublin 1996, pp. 7–10; Henryk Wisner distinguished five main phases of the development of Lithuanian national movement: phase one is the appearance of the idea of common state, phase two is characterised by increase in responsibility of rulers of a country for its fate, phase three is connected with conclusion of the Union of Lublin in 1569, phase four is marked by defeats of the Grand Lithuanian Duchy in conflicts with the Russian Empire in XIX and XX century and loss of independence in XVIII, whereas chase five is the constitution of modern Lithuanian nation in the second half of XIX century.

[20] L. Janowski, *Litwa i Polska*, [Lozanna 1916], p. 6.

[21] K. Buchowski, *Szkice…,* p. 12.

[22] Idem, *Litwomani i polonizatorzy. Mity, wzajemne postrzeganie i stereotypy w stosunkach polsko-litewskich w pierwszej połowie XX wieku*, Białystok 2006, p. 44; look also: D. Szpoper, *Gente Lithuana, natione Lithuana. Myśl polityczna i działalność Konstancji Skirmuntt (1851–1934)*, Gdańsk 2009, p. 132; look also: P. Łossowski, *Po tej i tamtej stronie Niemna. Stosunki polsko – litewskie 1883–1939*, Warszawa 1985, pp. 46–53, look also: A. Jaczynowski, *Z ruchu litewskiego (Przedruk z „Gońca", no 280 i 312 from. 1905)* [in:] *Kwestia litewska w prasie polskiej*, Warszawa 1905, p. 8.

[23] Idem, *Szkice polsko-litewskie…,* p. 9.

[24] J. Jurkiewicz, *op. cit.*, p. 47.

[25] D. Szpoper, *Sukcesorzy Wielkiego Księstwa. Myśl polityczna i działalność konserwatystów polskich na ziemiach litewsko-białoruskich w latach 1904–1939*, Gdańsk 1999, pp. 18–22.

[26] K. Okulicz, *op. cit., p.* 12; look also: L. Wasilewski, *„Litwa i Białoruś. Zarys historyczno-polityczny stosunków narodowościowych"*, Warszawa 1925, p. 101.

[27] H. Wizner, *Litwa i Litwini*, Olsztyn 1992, p. 131; look also L. Wasilewski, *Litwa i Białoruś. Szkic…*, pp. 101–104; look also: *Autonomia Litwy*, MS, LMAB, F 9 – 2364, bk 2–3.

[28] *Program Stronnictwa Demokratyczno – Narodowego w zaborze rosyjskim,* Kraków 1903, p. 20, pp. 54–55.

[29] P. Dąbrowski, *Narodowa Demokracja…,* pp. 269–282.

[30] F. Raczkowski, *Dwa obozy polityczne*, Wilno 1921, p. 6; look also: *Stanowisko krajowe, a idea narodowa*, „Przegląd Wileński, Wilno 6 (10) IV 1913, no 13–14, p. 1.

[31] D. Szpoper, *Gente Lithuana…,* p. 234.

initiative process of this creation […]''[32]. In the era of shaping national awarenesses after 1905 their presence was noticed by Tadeusz Wróblewski. As Darius Staliûnas stated, Wróblewski together with Ludwik Abramowicz and Michał Römer an editor of the first domestic magazine ,,Gazeta Wileńska''[33], the organizational core of domestic movement[34]. The reason for that fact was that these people were widely known in Vilnius circles, and, what is more, they expressed similar and interest raising opinions, even though sometimes differing over the issue ,,etnocultural'' relation of the Lithuanian Polish people and the Polish from The Republic of Poland[35].

Krajowość was not a homogeneous phenomenon; there were two specific trends – conservative and democratic. They were not mutually exclusive as far as main ideological assumptions and, even more, specific detailed components were concerned. The first of these components stemmed from the circles of Polish gentry, the representatives of which believed in their almost Messianic mission consisting in the leadership over Lithuanian and Belorussian population. They only acknowledged the national rights of these nations provided the latter recognized paternalistic role of the gentry. Additionally, they were in favour of a settlement with the Russian invader in order to maintain a convenient *status quo*. The democrats presented different view. They saw Lithuania as independent of Russian influences and negated slogans of the conservatives about the dogma of gentry's Polishness[36]. Tomasz Wróblewski followed this trend and as its representative spoke during the land and municipal convention in Moscow on 27 September 1907, presenting the validity of giving autonomy to the Polish Kingdom. He stated: >>[…] All their voices blend into one powerful bronze sound of freedom and this sound reaches such a great extent of tension that a string can break<<. On the contrary, the conservatives, instead of separateness, propagated the vision of provincial government which could successfully replace autonomy. The issue of the sovereignty of the Polish Kingdom was omitted in the text of the convention resolution and these matters were postponed until the further debates[37].

The representatives of *krajowość* (,,nativeness''), contrary to their ideological opponents, for a long time had not centered around any specific political bloc. It changed on 17 and 18 July 1907 in Vilnius when the congress of gentry and intelligentsia, who were close to conservative *krajowa* (,,native'') idea, took place. As a result of talks and a program signed, a party called National Party of Lithuania and Belarus was established. Its idea originated from the tradition of Mińsk Agricultural Company, dominated by the Polish element which proclaimed the slogans of *krajowosc* (,,nativeness''). On the basis of the Party's programme, Roman Skirmuntt prepared a Proclamation of The Party of the States of Belorussia and Lithuania, published in January 1906 in ,,Lithuanian Courier''. It was probably this proclamation on which the programme for The National Party of Lithuania and Belarus was based, but which was neither signed by all members of the convention nor by Roman Skirmuntt. It resulted from adopting a ,,*stricte* national Polish character''[38]. The contents of programme assumptions shows the idea by which conservative native politicians were led. In the first point it was clearly stated that ,,the main task of our policy and the first obligation as far as the activity of our party is concerned is to work in our country and for its sake […]''. Further they referred to Christian values as the elements shaping society, but with respect to other religions. The position of native politicians was also presented by Michał Römer, who in the democrats' manifesto wrote that ,,[…] in the political, social and economic sphere our homelands are: Lithuania and Belorussia. It is only in culturally-national sphere that we are the sons of the Polish nation and this our kinship we will not renounce and we will not want to renounce''[39]. The supporters of ,,krajowosc'' (nativeness) clearly indicated their Polish nationality, at the same time accentuating their State citizenship, understood in the context of lands of the former Grand Duchy of Lithuania[40]. Konstancja Skirmuntt wrote to Ludwik Abramowicz: ,,State – is State, hereditary, own, familiar household […]''[41] and that is how Lithuania was understood by the representatives of native movement. Additionally, they preferred to address the Polish living in the Vilnius Region as ,,the Lithuanian Polish''[42], as if were a separate national entity, associated only with the lands of the Grand Duchy.

The outbreak of The First World War gave the second chance to interest the public in the fate of Lithuania. Unfortunately, an occupier did not see any benefit of creating a national state (*Nationalitätenstaat*) and was in favour of a Lithuanian-national one [43] (*Nationalstaat*). Independence movements, supported by the German, created even greater antagonisms between the nations as the Lithuanian Polish did not approve of a typically

[32] *Ibidem*, p. 234.
[33] J. Sawicki, *Michał Römer a problemy narodowościowe na ziemiach byłego Wielkiego Księstwa Litewskiego*, Toruń 1998, pp. 16–19.
[34] D. Staliûnas, *Charakterystyka poglądów ideologiczno-politycznych Tadeusza Wróblewskiego* [in:] *Lietuviu atgimimo istorijos studijos*, Vilnius 1996, pp. 264–266.
[35] *Ibidem*, p. 265; look further: A. Pukszto, *Formuły patriotyzmu Litwinów, Polaków i Żydów na Litwie na początku XX wieku* [in:] *Formuły patriotyzmu w Europie wschodniej i środkowej od nowożytności do współczesności*, Kraków 2009, pp. 275–277; look also: J. Sawicki, *Michał Römer…*, pp. 22–23.
[36] D. Szpoper, *Sukcesorzy…,* p. 50; look also: J. Bardach, *O krajowcach, krajowości i patriotyzmie krajowym – dawniej i dziś* [*w:*] *Księga Wielkiego Księstwa Litewskiego. Ku europejskim tradycjom wspólnotowości,* Sejny 2008, p. 503.
[37] P. Dąbrowski, *Narodowa Demokracja oraz krajowcy byłego Wielkiego Księstwa Litewskiego wobec kwestii autonomii Królestwa Polskiego na przełomie XIX i XX wieku* [in:] *Czasopismo Prawno-Historyczne. v.* LXII, no. 2, pp. 354–355.
[38] D. Szpoper, *Od Mińskiego Towarzystwa…,* pp. 247–258; look also: D. Szpoper, *Sukcesorzy…*, pp. 30–48.
[39] J. Jurkiewicz, *op. cit*., p. 52;
[40] D. Szpoper, *Od Mińskiego Towarzystwa…*, pp. 259–269.
[41] K. Skirmuntt, *List do L. Abramowicza*, Pińsk, 29 XII 1926, *Kolekcja Ludwika Abramowicza*, LMAVB, fond 79, file 47, bk. 30v–31; look further: D. Szpoper, *Krajowość i konserwatyzm – wokół myśli i dzieła dr Konstancji Skirmunt (1851–1934)* [in:] *Wilno i świat. Dzieje środowiska intelektualnego*, Białystok 2002, v. I, pp. 185–202.
[42] M. Römer, *List do L. Abramowicza*, Zambrów, 11 II 1918, *Kolekcja Ludwika Abramowicza*, LMAB, fond 79, teczka 45, bk. 17.
[43] J. Tomasiewicz, *„Krajowcy" – patrioci Litwy Środkowej*, „Krasnogruda", no 12, Sejny 2000, p. 176.

Lithuanian state which had a clearly negative approach to the Polishness [44]. Probably at the beginning of 1918[45] Tadeusz Wróblewski referred to the problem of national awareness and national minorities in his publication titled *Nation and its national self-determination*. That publication was the answer to the slogans of the radical Lithuanian and Polish people. Wróblewski clearly indicated that ,,[…] nation is neither an ethnological race nor a contractual association (*societas*), but a spiritual unity (*communio*) made of emotions, thoughts and their manifestations […]''. He instantly added that those elements did not determine the creation of a nation but only contribute to making s national awareness. He referred to its rapid development at the end of the nineteenth century, connected with the growth of capitalism. Constant desire to gain caused that the feature peculiar to those times was ,,[…] a patriotic feeling, transformed into nationalism, acting in the name of the power of a national state and spreading hatred to everything that was unfamiliar''. According to Wróblewski, the link missing in the national awareness necessary for creating a nation was a state, as ,,[…] only a national organization can secure the development of a national culture to the greatest extent […]''. He also said that ,,[…] the most ideal form of settling the issue of a national organization is the fusion of a nation and a state[…]. He fully realized that a state identified with only one nation was a utopian vision. The only solution to the problem with national minorities could be organizing ,,a local plebiscite". Its aim would be to define the borders of a country and to guarantee a national organization the rights of self-determination in the domain of its nation, with the possibility of representing that nation on a national forum[46]. In the case of Lithuania, emerging national movements aimed at being crystallized into the simplest form – a state. However, contrary to the Polish Lithuanians who could identify themselves with The Republic of Poland, the Lithuanians were devoid of their statehood for a long time, until The Duchy of Lithuania and later The Lithuanian Republic was set up. Wróblewski's bringing a national self-determination to the fore was dictated by the fact that it was a factor necessary for transforming a *krajowa* (,,native") idea into action as well as counterbalancing nationalist movements [47]. He thought that Lithuania was common good that is why native politicians so often referred to ,,[…] work for the country, striving for securing equal rights for the nationalities of Lithuania and Belorussia […]"[48]. As Ludwik Abramowicz said ,,[…] fight for human rights was his [Tadeusz Wróblewski's] saintest inner imperative, protection against oppression of all kinds – be it political, social or national – the principle of his professional activity.[…]"[49].

In 1918, when the war was coming to an end, Tadeusz Wróblewski wrote a letter to Ludwik Abramowicz in which he presented his own vision of the future of the Polish Country and state. Then he did not believe in the possibility of Poland gaining independence because of its weakened position. He also rejected the possibility of alliance with a stronger country, which could again lead to a domination and subjugation of Poland. According to him, the ideal solution would be ,,[…] creating the federation of borderland nations (*Randvolker*), separating the east from the west, – the federation of countries of Rewl to Odessa, which would also encompass Poland and would give it access to two seas''. The greatest obstacle in implementing that idea he saw in ,,[…] nationalism of the awakening to life nations […]", which, fed by the vision of ''self-sufficiency", prefer […] leaning on a strong arm of an occupier, entertaining optimistic illusion that one day […] apparently unknown political situation will allow to free themselves from the violence of occupation". In federalist political system he saw the future of contemporary states and the obstacles to its introduction were supposed to lie in: ,,1. Spreading trust into a good will of a strong ally and forming any permanently binding alliances, 2. Maintaining, even to a limited extent, illusions and nationalist aspirations., 3. And above all, clearly annexation and expansive aspirations or even aspiration towards hegemony". He also added that that the only way for the Lithuanian Polish people was: ,,1. Recognition of Lithuania as a totally sovereign state, free from any obligations to neighboring countries, and without any understatements and reservations; 2.Taking an active part in building Lithuanian statehood with renouncing any symptoms of nationalistic zealotry and in considering any political matters, and in this number Polish society, being directed only by the interest and advantages of the whole country"[50]. Also Piłsudski's supporters thought about a federation, but they saw it as the union of Poland and Lithuania divided into three cantons – Kaunas, Vilnius, and Minsk canton. Lithuanian National Council, a so called Taryba[51], did not want to hear about that. Also Wróblewski disapproved because ,,[…] the union of states comes into being only as an expression of will of the already independent countries and thereby, a primary aim must be demanding the independence of Lithuania together with the independence of Poland[…]''[52]. He was also critical when referring to the Polish not taking advantage of a proposition of joining Taryba, as there was a great chance that contemporary ''nationalistic and Germanophile majority'' could be dominated[53]. In the meantime, Piłsudski assured in his appeal to the inhabitants of the Former Grand Lithuanian Duchy from 22 April 1919

[44] K. Buchowski, *op. cit.*, p. 13.
[45] T. Wróblewski, *List do L. Abramowicza*, [Wilno], 25 V 1918, *Kolekcja Ludwika Abramowicza*, LMAB, fond 79, file 59, bk. 27–27 v; This date differs from the year of publication, and results from the letter of Wróblewski to L. Abramowicz from 1918 where he wrote about „Naród i samookreślenie narodowe".
[46] T. Wróblewski, *Naród i samookreślenie narodowe*, Wilno 1919, pp. 1–16.
[47] D. Staliûnas, *Charakterystyka poglądów…*, p. 264–266.
[48] J. Jurkiewicz, *op. cit*., p. 65.
[49] *Mowa p. Witolda Abramowicza*, „Przegląd Wileński", Wilno, 15 VII 1925, p.7.
[50] T. Wróblewski, *List do L. Abramowicza*, [Wilno], 25 V 1918, *Kolekcja Ludwika Abramowicza*, LMAB, fond 79, file 59, bk. 27–27 v.
[51] J. Tomasiewicz, *op.cit.*, p. 176.
[52] T. Wróblewski, *List do L. Abramowicza*, dated, Wilno, 25 V 1918, *Kolekcja Ludwika Abramowicza*, LMAB, fond 79, file 59, bk. 27–27 v.
[53] *Ibidem*.

that „[…] he wanted to >>give them the possibility of settling their internal, ethnic and religious matters in such a way as they wish them to be settled […]<<"[54].

War turmoil from 1919–1920 and the occupation of Vilnius by general Lucjan Żeligowski resulted in establishing Central Lithuania with Temporary Governing Commission as an executive organ headed by Witold Abramowicz[55]. According to Piłsudski's conception it was only a temporary form leading to federation, opted for also by the League of Nations, which put forward the project of a Belgian politician Paul Hymans[56]. That project postulated that Lithuania would become a federal state, consisting of two cantons like in Switzerland: the Kaunas and Vilnius Cantons with the capital city in Vilnius. Official languages would be Lithuanian and Polish, and „[…] in the whole Lithuanian Country all ethnic minorities would have their education, religion and right of association guarantees ensured […]"[57]. Wróblewski referred to Hymans's proposition and he considered it to be too general stating that „Hymans ignores the fact that in the Vilnius region there exist compact territories inhabited not only by the Polish but also by the Belorussian, the latter being completely ignored […]". In the project there is no mention about Belorussian nation which also occupied compact territories and that is why it should gain a possibility of establishing its own canton. Personal guarantees are "necessary for ethnic minorities not occupying greater, compact territories or scattered between compact foreign tribes". In that case, it was important to guarantee the rights of the Jew, German or Russian but also Polish on the Lithuanian side and the Lithuanian living in a Polish canton. As Wróblewski pointed out, Hymans in that case referred only to a regulation concerning official language (regulation imprecise anyway) and to general statements about respecting cultural differences, which according to him did not solve the problem. He stated that it would be enough if basic guarantees were secured in a constitutional act, and then expanded in separate provisions[58]. Hymans's project was approved neither by the Polish nor the Lithuanian side, the latter of which strongly demanded that Vilnius should be incorporated into Lithuania. After Aleksander Meysztowicz[59], a Polish conservative, took up the post of a president of the Temporary Ruling Commission it was decided that the Vilnius Seym would be organized. That Seym would replace a plebiscite previously proposed by the League of Nations. Members of parliament elections took place 8 January 1922, and as a result the representatives opting mainly for the Vilnius Region incorporation were chosen. The first session of Vilnius Seym took place 1 February 1922 and there were fifteen sessions on the whole. Two of them were organizational and only during the third one proper debates about the future of the Vilnius Region were held. It was then when the representatives of various political blocks introduced their proposals. After agitated debates, with the majority of ninety-six votes over one hundred and two voting a resolution about incorporating The Vilnius Region into Poland was adopted. On the last session a delegation of twenty people was chosen. They put forward a resolution for debate to the Legislative Seym of the Polish Republic. The proper act About assuming state authority over the Vilnius Region was passed on 6 April 1922[60].

The disagreement about Vilnius and internal conflicts resulted in a fracture between *krajowość* („nativeness") supporters. Influenced by national feelings overwhelming majority opted for joining Poland, which Wróblewski did not want to do[61]. Also, „federalist"[62] movement separated itself. The federalists saw Lithuania independent only in the case of its being closely united with Poland by means of imposed agreements, which was in direct conflict with *krajowa* („native") original idea[63]. Although Wróblewski called himself a federalist, it was only in accordance with the motto >>*Concordia res parvae crescent*<<, when „smaller countries can find the shelter of their independence in a close affinity"[64].

The supporters of the *krajowa* („native") idea were gradually drawing back and finally its last entrenchment became a weekly magazine „Vilnius Review" edited by Ludwik Abramowicz[65] in which it was promised that the slogan „the free with the free, the equal with the equal"[66] would be defended in spite of more and more frequent attacks of the Lithuanian and the press associated with a national-democrat circle[67]. Even after the annexation of the Vilnius Region into The Republic of Poland, they believed that *krajowa* idea will have a chance to revive. In „Vilnius Review" it was written: „When people are sated and satiated with the nationalistic element there will come the need for synthesis and reconciliation between divergent aspirations. People […] can go two different linguistic and cultural ways but

[54] Ochmański, *Historia Litwy*, Wrocław 1982, p. 296; look also: *Do mieszkańców byłego W. Ks. Litewskiego*, LCVA, fond 13, ap. 1, bk. 18, bk. 97.
[55] P. Łossowski, *Po tej i tamtej…,* pp. 166–167; look also: J. Ochmański, *op. cit*., p. 302.
[56] *Idem*, *Stosunki polsko-litewskie 1921–1939*, Warszawa 1997, pp. 12–21; look also: L. Wasilewski, *op. cit.,* p. 226; look also: J. Ochmański, *op. cit*., pp. 302–303.
[57] T. Wróblewski, *Uwagi o projekcie P. Hymansa*, Wilno 1921, pp. 1–7.
[58] *Ibidem*, pp. 8–36.
[59] D. Szpoper, A. Bielecki, *Aleksander Meysztowicz, portret polityczny konserwatysty*, Gdańsk 2001, pp. 100–101.
[60] Look further: A. Srebrakowski, *Sejm Wileński 1922 roku. Idea i jej realizacja* [in:] *Acta Universitatis Wratislaviensis. Historia*, Wrocław 1993, no. 99, pp. 57–122; look also: L. Wasilewski, *op. cit*., pp. 230–231.
[61] J. Bardach, *O dawnej i niedawnej Litwie*, Poznań 1988, p. 267; look also: M. Gałędek, *Wielkie Księstwo Litewskie w myśli politycznej Stanisława Cata – Mackiewicza* [in:] *Ostatni obywatele…*, p. 151.
[62] J. Tomasiewicz, *op. cit*., p. 177; look also: J. Bardach, *O dawnej…*, p. 287.
[63] *Ustrój Litwy i stosunek jej do Polski (projekt federalistów wileńskich)*, Wilno 1921, pp. 12–15; look also: L. A. [Ludwik Abramowicz], *Spaczona idea*, „Przegląd Wileński", Wilno, 1 XI 1921, p. 2.
[64] T. Wróblewski, *Uwagi…*, p. 35.
[65] M. Nekanda-Trepka, *Ludwik Abramowicz – Niepokójczycki – redaktor „Przeglądu Wileńskiego"* [in:] *Ostatni obywatele…*, pp. 49–57.
[66] *Reakcja*, „Przegląd Wileński", Wilno, 1 XI 1921, no 1, p. 2.
[67] *Wyłączność narodowa*, „Przegląd Wileński", Wilno, 26 X 1924, no 18, p. 1–2; look also: *Nasze stanowisko*, „Przegląd Wileński", Wilno, 10 VI 1922, no 22–23, pp. 1–2.

the lands they inhabit […] will always be the cement uniting different national fractions, will be the link forcing them to coexist together within the frames of a common state structure. Then the *krajowa* ideology will cease to be strange and eccentric for the society''[68]. Together with *krajowość* (,,nativeness'') dying out, also Tadeusz Wróblewski started to terminate his political activity[69]. He was losing hope for putting his idea into practice. He restricted himself to publishing articles in ,,Vilnius Review'' where he wrote mainly about legal and constitutional problems[70]. He made remarks there and put forward proposals of changes concerning, for example, bringing into being ,,a corporation'' as a form of a local government. Wróblewski distinguished between two kinds of them: an unforced corporation, for people representing a particular profession and concentrated in chambers of commerce and boards of medical, guilds and other similar professional organizations. The second type of corporation were supposed to be local obligatory associations possessing certain autonomy in the sphere of deciding about cultural, educational and economic issues. These organization would be a form the so called ,,decentralization of local government'' because their representatives would be elected by inhabitants and would not be imposed by state authorities[71]. According to Wróblewski, ,,national organizations'' could work in a similar way. They would bring together people of the same nationality which would have the right to self-determination in financial, tax and educational issues[72].

Tadeusz Wróblewski died on 3 July 1925 without living to see the revival of *krajowa* idea and the day of opening his library[73]. Although he avoided contacts with the representatives of opposing political factions[74], delegates from all Vilnius organizations came to his funeral. In ,,Vilnius Review'' and ,,Vilnius Courier'' the day of the funeral was described as ,,[…] historic because it was probably the last time that the Polish followed one coffin together with the Lithuanian and the Belorussian[75]. In the newspapers from that day it was written how highly respected that Vilnius lawyer had been. It was stated, inter alia, that ,,[…] he embodied the synthesis of individual components of our country […]''[76], was ,,[…] a staunch campaigner for noble slogans of freedom, equality and brotherhood''[77], and that ,,Wróblewski (…) loved, above all, our country with all its inhabitants without differentiating a language used, with all its rich past […]''[78]. It was also added that ,,[…] he remained a defender of all the oppressed and persecuted, all the innocent and accused. He did not fawn over anybody, he did not pander to the low instincts of the crowd. He did not move away from society but he stood far higher from an ordinary and even intelligent public and he could not be understood by them''[79]. That is precisely what Tadeusz Wróblewski, ,,the last of the Mohicans''[80] of *krajowowść* was.

[68] *Czynnik historyczny*, „Przegląd Wileński", Wilno, 11 XI 1923, no 19, pp. 1–2.
[69] D. Staliûnas, *op. cit*., p. 265.
[70] T. Woronicz [Tadeusz Wróblewski], *O obowiązującym u nas kodeksie karnym*, „Przegląd Wileński", Wilno, 23 XII 1923, no 7–8, pp. 4–6.
[71] T. Woronicz [Tadeusz Wróblewski], *O autonomii i samorządzie*, „Przegląd Wileński", Wilno, 28 I 1922, no 2–4, pp. 2–5.
[72] *Idem*, *Naród…,* p. 12.
[73] H. Drège, *op. cit*., p. 1, 4.
[74] D. Staliûnas, *op. cit*., p. 265.
[75] *Historyczny pogrzeb*, „Przegląd Wileński", Wilno, 15 VII 1925, no 12, p. 6.
[76] *Ibidem*.
[77] *Mowa p. J. Piłsudskiego*, „Przegląd Wileński", Wilno, 15 VII 1925, no 12, p. 7.
[78] *Obywatel W. Ks. Litewskiego*, „Kurier Wileński", Wilno, 7 VII 1925, no 149, p. 1.
[79] *Mowa d-ra D. Olsejki*, „Przegląd Wileński", Wilno, 15 VII 1925, no 12, p. 9.
[80] *Obywatel W. Ks. Litewskiego, op. cit.*, p. 1.

Die Rechtsregelung des Versicherungswesens in der Tschechoslowakei in der Zwischenkriegszeit

*Karel Schelle**

Abstract

The creation of Czechoslovak Republic in 1918 was an important milestone in the development of the insurance system. The legal order of the Austria-Hungarian monarchy was fully taken over by the statute Nr. 11/1918 Coll. – the reception norm. Consequently, the statute Nr. 501/1917 about insurance contract remained valid. The new state was trying to regulate the role of foreign insurance companies in Czechoslovakia. Since the beginning of the 1920s the role of foreign insurance companies was regulated by international contracts, which the republic began to conclude.

One of the most significant legal enactments in the field of insurance in the period of the first republic was the statute Nr. 198/1932 Coll. about the motor vehicle transport, which imposed obligatory insurance of legal responsibility.

The main positive thing in this period was above all the development of the private insurance law, which was how the Czechoslovak insurance system definitely gained a compact legal base. Especially in the after-war period there was therefore possible to successfully take up to this legal base.

Key words: *insurance system; insurance contract; first Czechoslovak republic; insurance companies; statute about insurance contract; insurance of legal responsibility.*

Die Entstehung der Tschechoslowakischen Republik im Jahre 1918 stellte für die Entwicklung des Versicherungswesens einen entscheidenden Markstein dar. Aus Österreich-Ungarn übernahm der neue Staat einen umfangreichen Komplex, der sich in den böhmischen Ländern aus 18 großen Anstalten mit Einkommen über 80 Mio. Kronen und aus bedeutender Zahl kleinerer gegenseitiger Versicherungsanstalten von lokaler Bedeutung zusammensetzte.[1]

Die sog. Rezeptionsnorm (Gesetz Nr. 11/1918 Slg.) übernahm die österreichisch-ungarische Rechtsordnung im vollen Umfang. Als Folge davon blieb die Geltung des Gesetzes Nr. 501/1917 RGBl., über den Versicherungsvertrag und des Versicherungsregulativs Nr. 31/1896 RGBl. in den böhmischen Ländern erhalten. In der Slowakei handelte es sich vor allem um die im Handelsgesetzbuch von 1875 enthaltenen Vorschriften über den Versicherungsvertrag.

Um die Ansprüche tschechoslowakischer Bürger sichergestellt werden konnten, erließ die Prager Statthalterei aufgrund einer Anweisung des Nationalausschusses am 9. November eine Verordnung, die bestimmte, dass sämtliche Aktien- und Kommanditgesellschaften mit Hauptsitz außerhalb der Tschechoslowakei, sich hier ihre Vertretung in 14 Tage errichten müssen, wenn sie weiter Geschäfte betreiben wollten. Diese Maßnahme betraf ohne Zweifel auch die Versicherungsanstalten. Außerdem wurde allen ausländischen Versicherungsanstalten extra auferlegt, eine Kaution bei der Landesbank für Königreich Böhmen in der Höhe der bisher gewöhnlichen Kaution in gleicher Frist zu hinterlegen.[2] Sinn und Zweck dieser Maßnahme bestand in der Bildung von Fonds für die Erfüllung der Verpflichtungen, welche die ausländischen Gesellschaften in der Tschechoslowakei hatten. Die Rechtsprechung des Obersten Gerichtes stellte bald fest, dass es sich um fremde Versicherungsanstalten handelte, wenn diese ihren Sitz in Wien hatten.

Jedoch nicht alle Versicherungsanstalten hatten die Absicht, diese Verordnung zu beachten; deswegen erließ das Innenministerium am 5. Mai 1919 eine neue Verordnung, die festsetzte, dass die in der Republik vertretenen ausländischen Lebensversicherungsgesellschaften eine Kaution in voller Höhe der auf hiesige Versicherung zufallenden Prämienreserve hinterlegen mussten. Für sonstige fremde Aktien- und gegenseitige Versicherungsanstalten wurde eine Kaution in der Mindesthöhe von 200 Tausend Kronen vorgeschrieben.[3]

Am Ende des Jahres 1918 wurden jene Bestimmungen des Gesetzes über den Versicherungsvertrag aktuell, denn ihre Wirksamkeit verschob das Gesetz Nr. 501/1917 RGBl. auf den 1. Januar 1919. Um Hinblick auf die herrschenden Verhältnisse war es zu dieser Zeit nicht möglich, und deswegen wurde diese Frist auf den 1. Februar 1920 verschoben. Nicht einmal zu diesem Zeitpunkt trat das ganze Gesetz in Wirksamkeit. Die Regierungsverordnung verschob nämlich die Wirksamkeit

* Doc. JUDr. Karel Schelle, CSc., Lehrstuhl für Rechts- und Staatsgeschichte, Juristische Fakultät der Masaryk-Universität Brno, Tschechische Republik.

1 Peča, V.: *O československém pojišťovnictví*, Praha 1937, S. 12; in dieser Zahl sind keine Filialen fremder Gesellschaften (fast 60) enthalten.

2 Pražské noviny *(Prager Zeitung)* vom 10. November 1918.

3 Pražské noviny *(Prager Zeitung)* vom 21. Mai 1919.

diesmal auf unbestimmte Zeit mit einer Formulierung, dass die angeführten Bestimmungen erst am von der Regierung in der Zukunft festgesetzten Tag in Wirksamkeit treten. Dazu kam es jedoch nie und so blieb die größere Hälfte des Gesetzes über den Versicherungsvertrag dauerhaft toter Buchstabe.[4]

Im Zusammenhang mit den Bestrebungen der Regierung, die Währung zu stabilisieren und die Inflation zu verhindern, wurde die Verordnung Nr. 184/1919 Slg. erlassen, welche allen Inhabern und Besitzern von Lebensversicherungspolizzen auferlegte, diese den Finanz-, Steuer- und Gefällsämtern zur Verzeichnisausstellung vorzulegen.[5] Aus diesen solchermaßen angemeldeten Polizzen wurden die Auszahlungen nur auf 50% des fälligen Kapitals beschränkt. Im März 1920 wurde jedoch diese Grenze von der Regierungsverordnung Nr. 146/1920 Slg. wesentlich erhöht.

Ein weiterer Schritt auf dem Wege zur Übernahme der Kontrolle über das Versicherungswesen wurde im Juni 1919 durch Regierungsverordnung Nr. 321/1919 Slg. unternommen, die das Versicherungsregulativ novellierte. Die Versicherungsveranstalten waren verpflichtet, dem Ministerium des Innern je zwei Abdrücke der geltenden Statuten und des Rechnungsabschlusses für das letzte Jahr, sowie weitere Urkunden bezeugend ihre Gründung und Konzession, Versicherungsbedingungen, Formulare und andere Urkunden vorzulegen, welche die Angaben über Organisation und Gesamtsituation der Versicherungsanstalten beinhaltetet.[6]

Für weitere Entwicklung des Versicherungswesens war § 6 dieser Verordnung von Bedeutung, denn es bewilligte den ausländischen Versicherungsanstalten den Weiterbetrieb der Versicherungsgeschäfte, falls sie auf dem Gebiet der Tschechoslowakischen Republik vor dem 28. Oktober 1918 zur Ausstellung von Polizzen berechtigte Zweigniederlassungen (Generalrepräsentanzen) gehabt haben und den durch die Staatsverwaltung gestellten Anforderungen, namentlich hinsichtlich der Sicherstellung ihrer alten Verbindlichkeiten entsprachen. Diese Bewilligung hatte jedoch nur einen vorläufigen Charakter. Zum dauernden Geschäftsbetrieb auch in der Zukunft mussten diese Versicherungsanstalten längstens binnen drei Monaten nach Erlassung dieser Verordnung die Bewilligung des Ministeriums des Innern im Sinne des kaiserlichen Verordnung Nr. 127/1865 RGBl. und des Gesetzes Nr. 42/1873 RGBl. einholen. Die Zweigniederlassungen ausländischer Anstalten waren mit Handelsbüchern und Behelfen zu versehen, die zum Betrieb von Versicherungsgeschäften und zur allseitigen Feststellung des Geschäftsstandes erforderlich waren. Im Interesse der tschechischen Versicherungsnehmer durften die Reserven der ausländischen Versicherungsanstalten ohne Bewilligung des Ministeriums des Innern in einen anderen Staat nicht übertragen werden. Die Ausweise der ausländischen Versicherungsanstalten waren in der Währung der Tschechoslowakischen Republik zusammenzustellen.

Zu weiterer Regelung des „Versicherungsrechts“ kam aufgrund der Regierungsverordnung Nr. 238/1921 Slg., nach der die Versicherungsanstalten verpflichtet waren, ein Drittel des zu einer dauernden Anlage geeigneten und zu ihrem inländischen Geschäft in Beziehung stehenden Vermögens in Staatspapieren anzulegen. Insolange dieser Vorschrift nicht entsprochen war, war wenigstens die Hälfte der neu zur Anlage gelangenden Barschaften in Staatspapieren anzulegen.

Nach dem Gesetz Nr. 417/1920 Slg., über die vierte Staatsanleihe hatten verschiedene Anstalten, einschließlich der aufgrund der Verordnung Nr. 31/1896 RGBl. oder des ungarischen Gesetzesartikels XXXVII vom Jahre 1875 errichtete Versicherungsanstalten die Kriegsanleiheschuldverschreibungen zu erlegen und für je 100 Kronen ihres Nennwertes eine Zuzahlung von 75 Kronen in barem zu leisten, wofür sie 75 Kronen Nennwert in Schuldverschreibungen der neuen fünfprozentigen Anleihe und 75 Kronen Nennwert in Schuldverschreibungen der neuen sechsprozentigen Anleihe erhielten. Die Verzinsung dieser Schuldverschreibungen sollte nach fünf Jahren auf 4.5% und nach weiteren zehn Jahren auf 4% herabgesetzt werden. Der Zeichner musste nachweisen, dass er seinen Sitz auf dem Gebiet der Tschechoslowakischen Republik am 28. Oktober 1918 und am Tage der Zeichnung hatte, und dass die erlegten Kriegsanleiheschuldverschreibungen gemäß der Verordnung des Finanzministeriums Nr. 85/1919 Slg. ordnungsmäßig zur Konskription angemeldet und bezeichnet wurden.

Die Fragen der Stellung von fremden Versicherungsanstalten, die Gültigkeit von ihren Verträgen und Verpflichtungen wurden auch zum Gegenstand der Friedensverträge zwischen den alliierten Mächten und ihren Verbündeten einerseits und den geschlagenen Staaten der Zentralmächte andererseits. Für die Tschechoslowakei war vor allem der Vertrag von Saint-Germain-en-Laye vom 10. September 1919 von Bedeutung. Sein Art. 272 legte fest, dass die Versicherungsanstalten, die ihren Hauptsitz in den Gebieten hatten, die früher einen Teil der ehemaligen österreichisch-ungarischen Monarchie bildeten, das Recht hatten, während eines Zeitraumes von zehn Jahren ihre Tätigkeit auf österreichischem Gebiet auszuüben. Während dieses Zeitraumes konnten die Geschäfte der erwähnten Anstalten von Österreich keiner höheren Gebühr oder Last unterworfen werden, als sie von Geschäften der einheimischen Anstalten eingehoben werden. Diese Bestimmungen waren nur insoweit anwendbar, als den österreichischen Versicherungsanstalten, welche früher ihre Geschäftstätigkeit in den abgetrennten Gebieten ausübten, in reziproker Weise das gleiche Recht eingeräumt wurde, ihre Tätigkeit in den erwähnten Gebieten auch in dem Falle auszuüben, wenn ihr Hauptsitz außerhalb dieser Gebiete gelegen war.

Im Grunde galten die gleichen Grundsätze auch im Art. 255 des Vertrages von Trianon vom 4. Juni 1920 betreffend Ungarn.

In alle Friedensverträge wurde ein Sonderabschnitt eingereiht, in dem das Regime des Fortbestandes von Versicherungsverträgen zwischen Subjekten geregelt wurde, die zu Feinden geworden sind. Bis auf kleine Ausnahmen wurde der Grundsatz

[4] Die gleichen Grundsätze galten auch für die Verordnung Nr. 502/1917 RGBl., betreffend die Außerkraftsetzung von Beschränkungen der Vertragsfreiheit für einige Gruppen von Versicherungsverträgen, sowie für die Verordnung Nr. 521/1917 RGBl.

[5] Diese Frist wurde später bis 20. Juni 1919 verlängert.

[6] Kleinere gegenseitige Versicherungsvereine lagen nur Statuten vor.

durchgesetzt, dass dieser Umstand keinen Einfluss auf das Fortbestehen der Verträge hatte.

Wie es aus dem oben Erwähnten ersichtlich ist, die junge Tschechoslowakische Republik erklärte sich bereits nicht zur Zulassung einer größeren Aktivität fremder Versicherungsanstalten auf ihrem Gebiet. Diesem entsprach auch die Regierungsverordnung Nr. 402/1920 Slg., nach der der Justizminister ermächtigt wurde, die Bedingungen für die Übertragung der Versicherung von ausländischen Anstalten durch die einheimischen zu vereinbaren und verabschieden, soweit es sich um Verträge handelte, die von tschechoslowakischen Staatsbürgern oder Personen mit Wohnsitz auf dem Gebiet der Republik abgeschlossen wurden. Bei diesen Übertragungen sollten die Verträge so geändert werden, damit die Interessen der Versicherungsnehmer so viel wie möglich geschützt werden.[7]

Der Rechtsausschuss des Abgeordnetenhauses des Parlaments verabschiedete diesen Vorgang der Regierung vollkommen. Zugleich forderte er die Regierung auf, so schnell wie möglich einen Gesetzesentwurf vorzulegen, der die Fragen der Übernahme der ausländischen Versicherungsanstalten durch die einheimischen ausführlich regeln würde. Die Regierung sollte sich auch für den Abschluss von völkerrechtlichen Abkommen sorgen, die die aufgrund der Nachkriegsänderungen der Valutaverhältnisse entstandenen Probleme abschaffen würden.[8]

Weitere Schritte der Regierung auf diesem Gebiet wurden von den Abgeordneten sorgfälltig verfolgt. Darüber zeugte auch die Interpellation vom 4. November 1920, die von einer Zeitungsnachricht hervorgerufen wurde, nach der Österreich den 13 tschechoslowakischen Versicherungsanstalten verboten habe, auf seinem Gebiet Versicherungsgeschäfte zu betreiben. Anlässlich dieser Angelegenheit machten die Abgeordneten darauf Aufmerksam, dass keine weiteren Schritte zur Verdrängung der ausländischen Versicherungsanstalten nach der Erlassung der Regierungsverordnung Nr. 402/1920 Slg. unternommen wurden. Sie sollten in der Tschechoslowakei eine unlautere Konkurrenz betrieben und die Interessen von einheimischen Anstalten beeinträchtigt haben.

In der Antwort auf die Interpellation wurde mitgeteilt, dass keine solchen Maßnahmen in Österreich durchgeführt wurden, und es wurde hervorgehoben, dass die Regierung den Interessenschutz tschechoslowakischer Bürger im Bereich des Versicherungswesens für ausreichend betrachtet und dass jedwede übereilte Änderungen in Richtung der Verdrängung ausländischer Versicherungsanstalten diese Interessen nur beeinträchtigen könnten.[9]

Die tschechischen Versicherungsanstalten wollten sich von Anfang an allerdings mit dieser Linie nicht identifizieren. Zum Beispiel der I. Verbandstag der tschechischen Assekuranten sprach sich im Jahre 1920 grundsätzlich gegen die Geschäftsbetreibung von fremden Versicherungsanstalten in der Tschechoslowakei aus und dieselbe Stellungnahme nahmen auch der Verband tschechoslowakischen Versicherungsanstalten, die Angestellten der Versicherungsanstalten usw. ein. Der Versicherungsanstaltenverband begann jedoch bald, dies weniger resolut zum Ausdruck zu bringen. Schon im Jahre 1921 erklärte er, dass er keine Absicht habe, sich einem fremden Wettbewerb zu verschließen, jedoch empfahl er der Regierung, dass sie bei der Konzessionenerteilung vorsichtig sein solle. Die Konzessionen sollten nur in Bereichen erteilt werden, wo die heimischen Anstalten nicht oder nur beschränkt tätig waren.[10] Ebenfalls der Assekurantenverband gelangte im Jahre 1923 zum Schluss, dass die Regierung weitere Konzessionen nur auf befristete Zeit erteilen könne.[11]

Seit Anfang der zwanziger Jahre wurde die Stellung von ausländischen Versicherungsanstalten in Abkommen geregelt, die die Republik begann zu vereinbaren. Im Art. X. des Handelsabkommens mit Deutschland vom 29. Juni 1920[12] wurde festgesetzt, dass alle Gesellschaften einschließlich der Versicherungsanstalten, welche Geschäfte in der Tschechoslowakei aufgrund der vorherigen Genehmigungen betrieben, bis 6 Monate nach dem Inkrafttreten dieses Abkommens eine Genehmigung zur Geschäftebetreibung beantragen oder ihre Tätigkeit einstellen sollten. Während des Antragsverfahrens konnten sie die bisherige Tätigkeit fortsetzen. Sofern ihre Tätigkeit genehmigt wurde, sollten sie keine Abgaben aus dem Teil des Kapitals mehr abführen, den sie schon früher bezahlten. Beide Staaten verpflichten sich, die angeführten Gesellschaften gleich zu behandeln, wie die ähnliche Institution aus Drittländern.

Vor allem die deutschen Versicherungsanstalten betraf auch die Regierungsverordnung Nr. 321/1920 Slg., betreffend die Regelung der öffentlichen Verwaltung mit Ausnahme der Gerichtsverwaltung und die Ausdehnung der Geltung der tschechoslowakischer Gesetze aus dem Bereiche jener Verwaltung auf das Hultschiner Gebiet. Nach § 10 blieben die Versicherungsverträge gegen Schäden, die von den Bewohnern des Hultschiner Gebietes mit Versicherungsanstalten eines anderen fremden Staates abgeschlossen wurden und die zum Geschäftsbetrieb in der Tschechoslowakischen Republik nicht berechtigt waren, bis zum Ende der laufenden Versicherungsperiode in Kraft. Nach dem Tage des Wirksamkeitsbeginnes dieser Verordnung mit diesen Versicherungsanstalten neu abgeschlossene Verträge durften auf keine längere Dauer als auf ein Jahr vereinbart werden.

Was Österreich anbelangt, mit ihm schloss die Tschechoslowakei vor allem eine Vereinbarung ab, auf deren Grunde die Verordnung Nr. 173/1921 Slg., über die Unterbrechung der Prozesse wegen Erfüllung von Geldverbindlichkeiten in alten

---

[7] Für ausländische Versicherungsanstalten wurden nach § 1 der Regierungsverordnung Nr. 532/1919 Slg. diejenigen gehalten, die ihren Sitz außerhalb der Tschechoslowakei hatten.

[8] Drucke des Abgeordnetenhauses der Nationalversammlung, I. Wahlperiode, Druck 1873 vom 16. März 1921.

[9] Ebenda; Druck Nr. 651 vom. 4. November 1920 und Nr. 1629 vom 14. Februar 1921.

[10] Nacionalizace nebo podmíněné koncesování zahraničních ústavů. In: *Československé assekurační listy*, 1923, Nr. 12.

[11] Peča, V.: O československém pojišťovnictví, Praha 1937, S. 15; Nacionalizace nebo podmíněné koncesování zahraničních ústavů. In: *Československé assekurační listy*, Nr. 1/1923.

[12] Diesen Vertrag setzte vorläufig die Regierungsverordnung Nr. 350/1921 Slg. in Kraft. Dieser wurde im Jahre 1922 ratifiziert und in demselben Jahr trat er in Wirksamkeit.

Kronen im Verhältnisse zur Republik Österreich im April 1921 erlassen wurde. Nach dem Zerfall der habsburgischen Monarchie begann sich die Währung in einzelnen Nachfolgestaaten abweichend zu entwickeln und zwar oft in einer Inflationsspirale. Dies führte dazu, dass die Schuldner sich bemühten, in entwerteter Währung zu zahlen, und im Gegenteil forderten die Gläubiger die Entrichtung ihrer Forderungen in beständigerer Währung. Die Folge war, dass es zu zahlreichen Streitigkeiten gekommen ist, deren Ergebnis jedoch davon abhängig war, ob diese von Gerichten des Staates des Schuldners oder des Gläubigers entschieden wurden. Hinsichtlich tschechoslowakischer Bürger und Versicherungsanstalten entstand eine solche Situation gerade in Bezug auf Österreich; sie wurde dann von der oben erwähnten Regierungsverordnung gelöst.[13] Nach dieser Verordnung konnten die auf österreichisch-ungarische Kronen lautenden Geldverbindlichkeiten, die vor dem 26. Februar 1919 zwischen beiden Republiken oder einem dieser Staaten und natürlichen oder juristischen Personen, die zu dieser Zeit ihren ordentlichen Wohnsitz im Gebiete des anderen Staates hatten, oder zwischen natürlichen und juristischen Personen, von denen die eine ihren ordentlichen Wohnsitz (Sitz) im Gebiete des einen und die andere ihren ordentlichen Wohnsitz im Gebiete des anderen Staates hatte, entstanden sind, insoweit die Währung, in der die Verbindlichkeiten beglichen werden sollten, strittig war, für festgesetzte Dauer nicht gerichtlich geltend gemacht werden. Das Moratorium dauerte zuerst vom 2. Mai 1921 bis 31. Dezember 1921, jedoch in weiteren Jahren wurde es regelmäßig verlängert.

Einen ähnlichen Zweck verfolgte auch die Regierungsverordnung Nr. 213/1923 Slg., betreffend die Unterbrechung der Prozesse wegen auf österreichisch-ungarische Kronen lautender Geldverbindlichkeiten aus Versicherungsverträgen mit reichsdeutschen Privat-Versicherungsanstalten. Im Unterschied zur Verordnung Nr. 173/1921 Slg. handelte es sich in diesem Falle um eine Sondervorschrift, die gerade den Bereich der Privat-Versicherungsanstalten betraf.

Das Handelsabkommen mit Österreich schloss die Tschechoslowakei am 4. Mai 1921 ab.[14] Seine Fassung (soweit es sich um Versicherungsanstalten handelte) näherte sich in vielen Hinsichten dem im Jahre 1920 geschlossenem Abkommen mit Deutschland. Zum Unterschied von diesem waren die vor 28. Oktober 1918 auf dem Gebiet des anderen Staates tätigen Versicherungsgesellschaften nicht verpflichtet, die Genehmigung zum Geschäftsbetrieb wiederum zu beantragen.

Das Handels- und Zahlungsabkommen vom 23. März 1921 stellte den italienischen Versicherungsgesellschaften eine volle Gewerbefreiheit, die Gleichberechtigung mit tschechischen Anstalten, die Schutzmöglichkeit ihrer Rechte im Gerichtsverfahren usw. sicher.

Aufgrund der Friedensverträge mit Österreich und Ungarn wurde die „Römer Konvention" vereinbart, welche eine wichtige Rolle bei der konkreten Regelung der Verhältnisse zwischen den Privatversicherungsanstalten in den Nachfolgestaaten der österreichisch-ungarischen Monarchie spielte.

Am 6. April 1922 traten die Regierungsvertreter der Tschechoslowakei, Polens, Rumäniens, Jugoslawiens, Österreichs und Ungarns einerseits und Italiens andererseits in Rom zusammen. Dieses Treffen der Regierungsvertreter angeführter Staaten war die erste, auf welchem die Grundsätze allgemeiner und spezieller Vereinbarungen über Finanzfragen von Privatversicherungsanstalten angenommen wurden, die auf dem Gebiet der ehemaligen österreichisch-ungarischen Monarchie vor allem im Bereich der Lebensversicherung tätig waren. Die Vereinbarung (sog. „Römer Konvention"), setzte sich aus zwei Teilen zusammen:

- einem administrativen – vorläufige Konvention über Privatversicherungsanstalten

und

- einem finanziellen – Konvention über Finanzfragen der Privatversicherungsanstalten.

Erster Teil der Vereinbarung – vorläufige Konvention – bezog sich auf die Fragen der Zuständigkeit der Lebens- und Rentenversicherungsverträge und Sicherstellungen, welche von den Privatversicherungsanstalten auf dem Gebiet der ehemaligen österreichisch-ungarischen Monarchie vereinbart wurden. In jedem Nachfolgestaat wurde die Feststellung des Status dieser Versicherungen für sämtliche Versicherungsanstalten vereinbart, welche auf seinem Gebiet tätig waren. Entscheidend für die Zuständigkeit dieser mit natürlichen oder juristischen Personen abgeschlossenen Versicherungsverträge war der Wohnsitz des Versicherungsnehmers oder der Sitz des Unternehmens auf dem Gebiet der ehemaligen österreichisch-ungarischen Monarchie zum 31. Dezember 1919. Die auf diese Art und Weise bestimmten Versicherungsverträge wurden jenem Staat zugeteilt, dem das entsprechende Gebiet nach den Friedensverträgen zufiel.

Diese Vereinbarungsbestimmungen bezogen sich auf österreichisch-ungarische Kronen sowie auf andere vereinbarte Währung lautende Versicherungsverträge.

Es wurde auch eine Einigung über Grundsätze für die Berechnung und die Ausfertigung von Zusammenstellung technischer Reserven von Lebens- und Rentenversicherungen erzielt, sowie auch über die Wertefestsetzung zur Deckung dieser Reserven nach der Zuständigkeit der Versicherungsverträge zu einzelnen Nachfolgestaaten. Die Vertreter der ungarischen Regierung verpflichteten sich dabei, sich die Stämme von Lebens- und Rentenversicherungsverträgen, sowie die Zusammenstellungen entsprechender technischen Reserven dieser Versicherungen und Angaben über Deckung dieser Reserven sowie von heimischen Versicherungsanstalten, als auch von Filialen fremder auf dem Gebiet ehemaliger österreichisch-ungarischen Monarchie aufgrund einer erteilten Konzession tätigen Versicherungsanstalten einzuholen.

Zweiter Teil der Vereinbarung – der Konvention über Finanzfragen der Privatversicherungsanstalten – hob die Notwendigkeit hervor, die Fragen zu lösen, die durch Reorganisation von öffentlichen Schulden (technische Reserven der Lebensversicherungen wurden oft durch Staatsschuldverschreibungen gedeckt), sowie vom Währungssystem in den Nachfolgestaaten

[13] Přerušení valutárních sporů u cizozemských pojišťovně. In: *Pojistný obzor*, 1922, Nr. 2, S. 20–21; dieselbe Vorschrift wurde auch in Österreich erlassen.
[14] Es wurde im Jahre 1922 ratifiziert und in demselben Jahr trat es in Wirksamkeit.

und zwar im Geiste der Friedensverträge mit Österreich und Ungarn entstanden.

Das Ergebnis der „Römer Konvention" stellte auch die Vereinbarung der Regierungsvertreter dar, dass die entsprechenden bilateralen Verträge über die Finanzregulation der Reserven nach der Feststellung von Stämmen der Lebens- und Rentenversicherungen, sowie von Werten zur Deckung ihrer technischen Reserven geschlossen werden.[15]

Aufgrund dieser Konvention schlossen Ungarn und die Tschechoslowakei eine Sondervereinbarung[16] über gemeinsame Behandlung mit Privatversicherungsanstalten, über Finanzregelung von alten auf österreichisch-ungarischen Kronen lautenden Lebensversicherungsverträgen am 13. Juli 1923 ab. Beide Staaten vereinbarten vor allem die Meistbegünstigungsklausel. Weiter wurde ermöglicht, dass die vor dem 26. Februar 1919 tätigen Privatversicherungsanstalten mit Sitz auf dem Gebiet eines Staates die erworbenen Mittel auf jedwede Privatversicherungsanstalt übertragen konnten, die Konzession zur Geschäftebetreibung in dem Staat besaß, in den die Überweisung durchgeführt wurde. Der Hauptteil dieser Vereinbarung betraf die Lösung der Lebensversicherung, welche im Zusammenhang mit dem Zerfall der habsburgischen Monarchie und mit der Entstehung von selbständigen Staaten entstand.

Schon im folgenden Jahr hat Ungarn das Abkommen gebrochen, als der Staatsaufsichtsrat kein Recht einräumte, einige Versicherungen in Kronen zu vereinbaren, denn es war in anderen Währungen zulässig, wogegen die Tschechoslowakei selbstverständlich protestierte.[17]

Vollständigkeitshalber ist noch zu bemerken, dass zwei Erlässe des Innenministeriums von 1924 die Stellung der ausländischen in den ersten Nachkriegsjahren in der Tschechoslowakei tätigen Versicherungsanstalten betrafen.

Der Erlass des Innenministeriums Nr. 31694 vom 30. April 1924 machte alle die Lebensversicherung betreibenden Privatversicherungsanstalten aufmerksam, dass es seit dem Inkrafttreten dieses Erlasses verboten war, die Versicherung in anderer als in tschechoslowakischer Währung auf dem tschechoslowakischen Gebiet abzuschließen

Der Erlass des Innenministeriums Nr. 66750 vom 30. September 1924 auferlegte den ausländischen Versicherungsanstalten, dass sie mit den Personen mit Wohnsitz in der Tschechoslowakei die Versicherung ausschließlich durch Vermittlung der hiesigen Vertretung und nicht im Wege der Geschäftsstellen außerhalb der Tschechoslowakei vereinbaren müssen.

Nach dem Abschluss des Friedensvertrages mit Ungarn und der „Römer Konvention" wurde das erste zwischenstaatliche Abkommen über Privatversicherungsanstalten zwischen den Nachfolgestaaten Österreich-Ungarns am 13. Juli 1923 abgeschlossen.

Das zwischen der Tschechoslowakischen Republik und dem Königreich Ungarn abgeschlossene Übereinkommen über die gegenseitige Behandlung der Privatversicherungsanstalten und die finanzielle Regelung der in ehemaligen ungarischen und österreichischen Kronen abgeschlossenen alten Lebensversicherungsverträge wurde unter der Nr. 228/1924 Slg. in der Gesetzessammlung verkündet. Diesem Übereinkommen gingen mehrere Verhandlungen vor, die mit der Protokollunterzeichnung am 14. Februar 1923 abgeschlossen wurde. Das Übereinkommen traf am 30. Oktober 1924 mit erfolgtem Austausch der Ratifikationsurkunden zwischen beiden Staaten in Kraft. Das Übereinkommen hatte 22 Artikel, wobei der Art. III., IV. und V. die wichtigsten waren.[18]

Nach Art. III sollten die Privatversicherungsanstalten, die in Ungarn ihren Sitz hatten und vor dem 26. Februar 1919 auf dem Gebiet der Tschechoslowakischen Republik Lebensversicherungen abgeschlossen hatten, die Lebens- und Rentenversicherungsverträge (die Unfallrentenversicherungen inbegriffen) von ihrem sonstigen Lebensversicherungsportefeuille absondern. Die vor dem 26. Februar 1919 fällig gewordenen Lebensversicherungen (Rentenraten) wurden in das tschechoslowakische Portefeuille nicht zugeordnet.

Nach Art. IV. waren in das tschechoslowakische Portefeuille – ohne Rücksicht auf die Staatsangehörigkeit des Versicherten – jede Verträge einzureihen, die von Versicherten eingegangen wurden, deren ständiger Wohnsitz sich sowohl am 26. Februar 1919 als auch am 31. Dezember 1922 auf dem Gebiet der Tschechoslowakischen Republik befunden hat. Von der Einreihung wurden die Verträge jener Versicherten ausgeschlossen, die am 31. Dezember 1922 nicht tschechoslowakische Staatsangehörige waren und die binnen vier Monaten vom Inkrafttreten dieses Übereinkommens gegen diese Einreihung Einwendungen erhoben. Abweichend von den oben angeführten Regeln konnten in das tschechoslowakische Portefeuille jene Verträge nicht eingereiht werden, bei denen der Versicherte über seinen eigenen Wunsch die Prämie seitdem 26. Februar 1919 in ungarischen oder österreichischen Kronen bezahlt hat, oder die Versicherungsanstalt die bereits eingetretenen Fälligkeiten (Rückkäufe usw.) in ungarischen oder österreichischen Kronen mit Zustimmung des Bezugsberechtigten liquidiert hat.

Nach Art. V. sollten in das tschechoslowakische Portefeuille jene auf ungarische oder österreichische Kriegsanleihetitres lautenden Lebensversicherungen (Kriegsanleiheversicherungen) einzureihen sein, welche am 31. Dezember 1922 in Kraft waren.[19]

Beide Vertragsstaaten verpflichteten sich die Privatversicherungsanstalten, die auf dem Gebiet des anderen Staates ihren Sitz hatten, in derselben Weise zu behandeln wie die gleichartigen Unternehmungen irgendeines dritten Staates. Jede Privatversicherungsanstalt, die auf dem Gebiet eines der beiden Staaten ihren Sitz hatte und vor dem 26. Februar 1919 auf dem Gebiet des anderen Staates eine Geschäftstätigkeit entfaltet hatte, konnte ihr aus dieser Geschäftstätigkeit herrührendes Portefeuille in dem anderen Staat auf eine nach ihrer freien Wahl zu bestimmende und dort konzessionierte inländische Privatversicherungsanstalt übertragen. Der Hauptteil des Über-

[15] *Dějiny pojišťovnictví v Československu, 2. díl Dějiny pojišťovnictví v Československu (1918–1945)*, Praha 1993, S. 37
[16] Sie wurde ratifiziert und im Jahre 1924 trat in Wirksamkeit.
[17] Maďarská reciprocita. In: *Pojistný obzor*, 1924, Nr. 24, S. 426.
[18] *Dějiny pojišťovnictví v Československu, 2. díl Dějiny pojišťovnictví v Československu (1918–1945)*, Praha 1993, S. 39.
[19] *Dějiny pojišťovnictví v Československu, 2. díl Dějiny pojišťovnictví v Československu (1918–1945)*, Praha 1993, S. 39.

einkommens betraf die Lösung der Lebensversicherungsfragen, die im Zusammenhang mit den Währungsproblemen nach dem Zerfall der habsburgischen Monarchie und mit der Entstehung selbständiger Staaten entstanden sind. Im Laufe der Zeit verlor dieses Übereinkommen seine Bedeutung, weil die Fragen von praktischer Bedeutung später von der Regierungsverordnung vom 25. Juni 1926 Nr. 92/1926 Slg., über die gegenseitige Behandlung der Privatversicherungsanstalten und die finanzielle Regelung der in ehemaligen ungarischen und österreichischen Kronen abgeschlossenen alten Lebensversicherungsverträge geregelt wurden.[20]

Im Zusammenhang mit dem zwischenstaatlichen Übereinkommen mit Ungarn ist die Unterbrechung der Gerichtsprozesse und Exekutionen zu erwähnen; die Rechtsregelung bildete die Regierungsverordnung vom 28. November 1924 Nr. 263/1924 Slg., betreffend die Unterbrechung der Prozesse wegen auf österreichisch-ungarische Kronen lautender Geldverbindlichkeiten aus Lebens-, Renten- oder Unfallversicherungen zwischen ungarischen Privatversicherungsanstalten und tschechoslowakischen Versicherungsnehmern oder zwischen tschechoslowakischen Privatversicherungsanstalten und ungarischen Versicherungsnehmern.

Am 23. März 1923 wurde der Handels- und Schifffahrtsvertrag zwischen der Tschechoslowakei und Königreich Italien in Rom unterzeichnet. Der Vertrag stellte den italienischen Versicherungsanstalten volle Gewerbefreiheit in der Tschechoslowakei, die Gleichbehandlung mit tschechischen Versicherungsanstalten, sowie ihren Rechtsschutz im Gerichtsverfahren sicher. Der Vertrag trat durch die Regierungsverordnung vom 9. Januar 1922 Nr. 4/1922 Slg. vorläufig in Kraft.[21]

Am 29. Juni 1920 wurde das Handelsabkommen zwischen der tschechoslowakischen und der deutschen Regierung abgeschlossen; es wurde in der Gesetzessammlung unter Nr. 359/1922 verkündet. Nach Art. X. dieses Abkommens haben die Gesellschaften (einschließlich der Versicherungsanstalten), welche ihre Geschäfte in der tschechoslowakischen Republik aufgrund einer Zulassung der früheren Regierung der ehemaligen Monarchie betrieben, binnen sechs Monaten nach Inkrafttreten dieses Übereinkommens (12. September 1922) um eine neuerliche Zulassung bei der zuständigen Behörde der Tschechoslowakischen Republik anzusuchen, oder den Geschäftsbetrieb aufzulassen. Bis zum Zeitpunkt der Erledigung dieser Gesuche konnten sie ihre Geschäfte weiter betreiben.

Beide Vertragsparteien verpflichteten sich, die oben genannten Gesellschaften in beiden Staaten in objektivrechtlicher Beziehung nicht schlechter behandeln als die als rechtlich bestehend anerkannten gleichartigen Gesellschaften irgendeines dritten Landes.[22]

Die Regierungsverordnung Nr. 213/1923 Slg., betreffend die Unterbrechung der Prozesse wegen auf österreichisch-ungarische Kronen lautender Geldverbindlichkeiten aus Versicherungsverträgen mit reichsdeutschen Privatversicherungsanstalten unterbrach die gerichtliche Verfahren und Exekutionen zwischen den reichsdeutschen Privatversicherungsanstalten und den Versicherungsnehmern, die am 26. Februar 1919 ihren ordentlichen Wohnsitz in der Tschechoslowakei hatten. Es betraf die Versicherungsverträge, die durch die Generalrepräsentanzen der reichsdeutschen Versicherungsanstalten im ehemaligen Österreich-Ungarn mit einem Erfüllungsort im Gebiet des ehemaligen Österreich-Ungarns abgeschlossen wurden, wenn sie vor dem 26. Februar 1919 fällig geworden waren. Es handelte sich um Streitigkeiten und Exekutionen aus den angeführten Geldverbindlichkeiten betreffend die Währung, in welcher diese Verbindlichkeiten zu erfüllen waren.

Aufgrund der Regierungsverordnung Nr. 142/1924 Slg. wurden die angeführten Streitigkeiten bis 31. Dezember 1924 unterbrochen.

Am 29. Mai 1925 wurde das Übereinkommen zwischen der Tschechoslowakischen Republik und der Republik Österreich über Erfüllung von Lebens- und Rentenversicherungsverträgen, welche die österreichischen Lebensversicherungsanstalten mit tschechoslowakischen Versicherungsnehmern abgeschlossen haben, in Prag unterzeichnet. Das Übereinkommen wurde unter der Nr. 34/1927 am 9. April 1927 in der Gesetzessammlung verkündet.

Nach diesem Übereinkommen sollten die österreichischen Lebensversicherungsanstalten jene vor dem 26. Februar 1919 durch die Zentralen oder durch ihre wo immer befindlichen Filialen abgeschlossenen Lebens- und Rentenversicherungsverträge, bei welchen die Versicherungsnehmer am 31. Dezember 1924 tschechoslowakische Staatsbürger waren und an diesem Tage ihren ordentlichen Wohnsitz auf dem Gebiete der Tschechoslowakischen Republik hatten, von ihren sonstigen Lebensversicherungsbeständen absondern. Bei Versicherungen mit festem Zahlungstermin oder Aussteuerversicherungen, bei welchen das Ableben des Versicherungsnehmers vor dem 31. Dezember 1924 eingetreten war, entschieden für die Einreihung in das tschechoslowakische Portefeuille die Staatsbürgerschaft und der ordentliche Wohnsitz der in der Polizze namentlich bezeichneten begünstigten Person am 31. Dezember 1924 oder, in Ermangelung einer solchen begünstigten Person, die Staatsbürgerschaft und der ordentliche Wohnsitz der Mehrheit der nächsten Familienangehörigen (Frau und Kind) des Versicherungsnehmers. Das Übereinkommen trat am 26. Februar 1927 in Kraft und durch das Gesetz vom 14. Juli 1927 Nr. 108/1927 Slg. erlangte es Gesetzeskraft.[23]

Das Gesetz Nr. 172/1925 Slg. führte die Haftpflichtversicherung der Besitzer von Luftfahrzeugen zum ersten Mal ein. Nach § 38 dieses Gesetzes hatten die Besitzer von Luftfahrzeugen vor Erteilung der Konzession nachzuweisen, dass sie behufs Sicherstellung der Schadensersatzansprüche dritter Personen nach diesem Gesetz entweder gegen die beim Betrieb des Luftfahrzeuges entstehenden Schäden versichert sind oder eine Kaution in barem, in Wertpapieren oder in Form eines Garantiescheines einer Bank beim Ministerium für öffentliche Arbeiten erlegt haben.

[20] *Dějiny pojišťovnictví v Československu, 2. díl Dějiny pojišťovnictví v Československu (1918–1945)*, Praha 1993, S. 39.
[21] *Dějiny pojišťovnictví v Československu, 2. díl Dějiny pojišťovnictví v Československu (1918–1945)*, Praha 1993, S. 40.
[22] *Dějiny pojišťovnictví v Československu, 2. díl Dějiny pojišťovnictví v Československu (1918–1945)*, Praha 1993, S. 40.
[23] *Dějiny pojišťovnictví v Československu, 2. díl Dějiny pojišťovnictví v Československu (1918–1945)*, Praha 1993, S. 124.

Am 4. Mai 1926 wurde das Übereinkommen zwischen der Tschechoslowakischen Republik und dem Königreich Italien über die Erfüllung von Lebens- und Rentenversicherungsverträgen, welche die italienischen Versicherungsanstalten mit tschechoslowakischen Versicherungsnehmern und die tschechoslowakischen Versicherungsanstalten mit italienischen Versicherungsnehmern abgeschlossen haben, unterzeichnet. Das Übereinkommen wurde unter der Nr. 35/1927 in der Gesetzessammlung verkündet und trat am 10. April 1927 in Kraft. Es ging von Art. 215 des Friedensvertrages von Saint-Germain und von Art. 198 des Friedensvertrages von Trianon aus. In diesem Übereinkommen wurde der Gleichbehandlungsgrundsatz verankert.

Nach dem Übereinkommen vom 4. Mai 1926 sollten die italienischen Lebensversicherungsanstalten jene vor dem 23. Februar 1919 abgeschlossenen Lebens- und Rentenversicherungsverträge, bei welchen die Versicherungsnehmer am 31. Dezember 1924 tschechoslowakische Staatsbürger waren und an diesem Tage ihren ordentlichen Wohnsitz auf dem Gebiet der Tschechoslowakei hatten, von ihren sonstigen Lebensversicherungsbeständen absondern.[24] War in der Zeit vor dem 31. Dezember 1924 der Versicherungsfall eingetreten oder auf Verlangen des Versicherungsnehmers oder infolge Einstellung der Prämienzahlung die Umwandlung in eine beitragsfreie Versicherung mit verminderter Versicherungssumme erfolgt oder der Rückkauf von dem Versicherungsnehmer beantragt worden, so trat anstelle des 31. Dezember 1924 der Tag des Eintrittes des Versicherungsfalles, bzw. der Tag, an dem der Rückkaufsantrag bei der Gesellschaft gestellt worden war.

In Handelsverträge mit weiteren Staaten wurde meistens ein Sonderabschnitt eingereiht, in dem das Fortbestehen von Versicherungsverträgen zwischen den während des Krieges „feindlichen" Subjekten gelöst wurde. Bis auf kleine Ausnahmen wurde der Grundsatz geltend gemacht, dass diese Tatsache auf das Fortbestehen dieser Verträge keinen Einfluss hatte.

Aus anderen die Versicherungsanstalten betreffenden Handelsverträgen führen wir folgende an:

- Regierungsverordnung vom 10. November 1921 Nr. 402/1921 Slg., über vorläufiges Inkrafttreten des am 23. April 1921 in Bukarest unterzeichneten Handelsübereinkommens zwischen der Tschechoslowakei und Königreich Rumänien; nach der Verordnung des Außenministeriums vom 10. April 1923 Nr. 80/1923 Slg. trat es am 10. März 1923 in Kraft;
- Handelsübereinkommen zwischen der Tschechoslowakei und der Republik Lettland vom 7. Oktober 1922 wurde unter der Nr. 221/1923 in der Gesetzessammlung verkündet (am 9. November 1923 trat es in Wirksamkeit);
- Handelsübereinkommen zwischen der Tschechoslowakei und der Republik Litauen vom 27. April 1923 wurde unter der Nr. 252/1924 in der Gesetzessammlung verkündet (am 21. November 1924 trat es in Wirksamkeit);
- das in Haag vereinbarte Handelsübereinkommen zwischen der Tschechoslowakei und Holland vom 20. Januar 1923 wurde unter der Nr. 250/1924 in der Gesetzessammlung verkündet (am 31. Oktober 1924 trat es in Kraft);
- Regierungsverordnung vom 30. August 1923 Nr. 175/1923 Slg., über vorläufiges Inkrafttreten des am 14. Juli 1923 in London unterzeichneten Handelsübereinkommens zwischen der Tschechoslowakei und dem Vereinigten Königreich von Großbritannien und Irland (Inkrafttreten am 1. September 1923; ratifiziert durch Verordnung des Außenministeriums vom 9. Januar 1924 Nr. 12/1925 Slg. am 14. Juli 1924;
- das in Paris vereinbarte Übereinkommen zwischen der Tschechoslowakei und der Republik Frankreich vom 18. Januar 1921 wurde unter der Nr. 273/1922 in der Gesetzessammlung verkündet und das in der Gesetzessammlung unter der Nr. 174/1923 verkündete Handelsübereinkommen zwischen der Tschechoslowakei und der Republik Frankreich;
- Regierungsverordnung vom 25. Oktober 1923 Nr. 208/1923 Slg., über vorläufiges Inkrafttreten des Handelsübereinkommens zwischen der Tschechoslowakei und Norwegen.

* * * *

Wenn auch zu dieser Zeit zu keiner wesentlicheren Änderung des Versicherungsvertrages kam und diese Angelegenheit auch nicht zum Gegenstand der Debatten in der Fachpresse wurde, mehrmals wurde das Versicherungsverwaltungsrecht novelliert.

Die Pflichtvertragsversicherung der Gewerbetreibenden wurde durch die Regierungsverordnung Nr. 358/1919 Slg., betreffend die Erlassung der Organisationsnorm für die Kreditgewährung an durch den Krieg geschädigte Gewerbetreibende in Böhmen zum ersten Mal in der Tschechoslowakei eingeführt. Nach dieser Verordnung konnte die Geldanstalt bei der Kreditgewährung dem Gewerbetreibenden auch einen Abschluss der Lebensversicherungspolizze zugunsten der Geldanstalt verlangen. Der Gewerbetreibende war ferner verpflichtet, auf die Dauer des Kreditverhältnisses sein Unternehmen samt dem Rohstoff- und Warenlager sowie auch sein übriges bewegliches und unbewegliches Vermögen bei einer inländischen Anstalt gegen Feuer zu versichern und die Polizze mit der Klausel vinkulieren zu lassen, dass der Versicherungsbetrag dem Versicherten bloß mit Zustimmung des Landeskomitees ausgezahlt werden wird.

Nach dem Gesetz Nr. 71/1922 Slg., betreffend die Auswanderung hatte der Beförderungsunternehmer gegenüber jedem von ihm beförderten Auswanderer die Pflicht, das Haupt der Familie, bzw. dessen Stellvertreter bis an den Bestimmungsort gegen Unfall und das Gepäck gegen Beschädigung und Verlust nach einem vom Minister für soziale Fürsorge genehmigten Prämientarife zu versichern. Nach der Durchführungsverordnung Nr. 170/1922 Slg. zahlte der Reisende die Versicherungsgebühr.

Nach der Regierungsverordnung Nr. 160/1923 Slg. war der Bauherr, welcher eine finanzielle Unterstützung nach dem Gesetz über die Baubewegung Nr. 35/1923 Slg. erhielt, verpflichtet, den Bau sogleich nach Herstellung des Dachstuhles gegen Feuerschäden bei einer Versicherungsanstalt in der Tschechoslowakei auf jenen Betrag zu versichern, den die politische

[24] *Dějiny pojišťovnictví v Československu, 2. díl Dějiny pojišťovnictví v Československu (1918–1945)*, Praha 1993, S. 125.

Landesbehörde für angemessen erkannte, die Vinkulierung zugunsten der Hypotekargläubiger zu veranlassen und der politischen Landesbehörde nachzuweisen, dass er die Feuerversicherung aufrecht hält und dass er die fällige Versicherungsprämie bezahlt hatte.[25]

Die Regierungsverordnung Nr. 465/1920 Slg. setzte ein Sonderregime für Gründung neuer Gesellschaften mit beschränkter Haftung und Aktiengesellschaften, sowie die Erhöhung des Grundkapitals während der Dauer der außerordentlichen Verhältnisse fest, die durch den Krieg und den Übergang aus der Kriegs- in die Friedenswirtschaft verursacht wurden. Was die Aktiengesellschaften (dh. die Versicherungsanstalten) anbelangte, für die Dauer der außerordentlichen Verhältnisse war eine besondere staatliche Bewilligung zu ihrer Gründung oder zur Errichtung von Zweiganstalten notwendig, oder mussten spezielle Fonds zur Deckung eventueller Verluste gebildet werden.

Das Schrifttum bezeichnete die Erlassung der Regierungsverordnung Nr. 505/1920 Slg., über die Änderung des Vertragsregulativs für besonders bedeutend. Sie ermöglichte, dass die neu errichteten zu gemischten Lebensversicherungsanstalten wurde, d.h. sie konnten gleichzeitig Lebens- und Nichtlebensversicherung betreiben, was bisher ausgeschossen war. Anders ausgedrückt, die neu errichteten Lebensversicherungsanstalten konnten seit dem 3. August 1920 gleichzeitig Versicherungsgeschäfte gegen Schäden und gegen die Folgen körperlicher Unfälle und der Haftpflicht betreiben, wenn sie über die Lebensversicherungsgeschäfte selbständige Rechnung führten, das Vermögen und die Fonds dieses Versicherungszweiges abgesondert verwalteten und die weiteren gegebenenfalls vom Ministerium des Innern auferlegten Bedingungen erfüllten, damit die Versicherungsverbindlichkeiten genügend sichergestellt wurden. Unter den gleichen Bedingungen war es zulässig, dass die neu errichteten Versicherungsanstalten gegen Schäden und gegen die Folgen körperlicher Unfälle und der Haftpflicht die Lebensversicherung betrieben und dass bereits bestehende Versicherungsanstalten ihre Tätigkeit auf alle für Privatversicherungsanstalten zulässigen Versicherungsarten ausdehnten. Die meisten Lebens- und Vermögensversicherungsanstalten wandelten sich in gemischte (allgemeine) Versicherungsanstalten um. Zur Durchführung der Regierungsverordnung Nr. 505/1920 Slg. wurde der Erlass des Innenministeriums vom 22. Oktober 1920 Nr. 65.745 erlassen; dieser wandelte die meisten Schadens- und Lebensversicherungsanstalten in gemischte Anstalten um.[26]

Im Jahre 1920 wurde noch eine Regierungsverordnung Nr. 524/1920 Slg. erlassen, welche den Versicherungsanstalten ermöglichte, einen Teuerungszuschlag von den Versicherungsnehmern zur Entrichtung von Verwaltungskosten zu erheben.

Im Juni 1921 lag die Regierung dem Abgeordneten Haus der Nationalversammlung einen Gesetzesentwurf über Änderung und Ergänzung einiger bisheriger Versicherungsvorschriften vor. Sein Zweck lag vor allem in der Vereinheitlichung des Versicherungsrechtes in beiden Teilen der Republik, und zwar in der Einführung einiger Bestimmungen des Versicherungsregulativs auch in der Slowakei; weiter sollte er die bei gegenseitigen Versicherungsanstalten entstehenden Unklarheiten abschaffen. Das Vereinsgesetz von 1852 enthielt nämlich in dieser Richtung keine genauen Bestimmungen, deswegen wurden Funktionäre irgendwo direkt und irgendwo indirekt gewählt. Die Regierung hielt direkte Wahl für die bessere, demungeachtet wollte sie die Frage der Funktionärenwahl den Versicherungsanstalten nicht diktieren. Daher schlug sie vor, dass die gegenseitigen Versicherungsanstalten diese Frage in ihren Satzungen selbst lösen sollten. Nur ausnahmsweise konnte das Aufsichtsamt die Durchführung der direkten Wahl auferlegen.[27] Der Entwurf wurde auch im Ausschuss unverändert angenommen und wurde zum Gesetz (Nr. 65/1922 Slg.)[28] Dieses Gesetz ermächtigte zugleich die Regierung, eine analogische Vorschrift wie das in böhmischen Ländern geltende Versicherungsregulativ Nr. 31/1896 RGBl. in der Slowakei und in der Kartapenukraine zu erlassen. Dies geschah am 19. Oktober 1922, als die Regierungsverordnung Nr. 307/1922 Slg., betreffend die Errichtung, die Einrichtung und die Geschäftsgebarung von privaten Versicherungsanstalten in der Slowakei und Karpatenukraine (sog. slowakisches Versicherungsregulativ) verabschiedet wurde.

Slowakisches Versicherungsregulativ hatte fünf Teile:

Teil A – Errichtung von Versicherungsanstalten,
Teil B – Einrichtung von Versicherungsanstalten,
Teil C – Geschäftsgebarung von Versicherungsanstalten,
Teil D – Staatsaufsicht,
Teil E – Anhang, betreffend kleinere wechselseitige Versicherungsvereine.

Die Einteilung und der Inhalt des slowakischen Versicherungsregulativs waren identisch, wie das in böhmischen Ländern geltende Regulativ.

Bald nach der Entstehung der selbständigen Republik lebten die älteren Verstaatlichungsbemühungen, sog. Veröffentlichung der Elementarversicherung auf. Das Ergebnis dieses Druckes wurde nur die Durchsetzung einer Resolution der Revolutionsnationalversammlung vom 9. April 1920; hier wurde die Regierung aufgefordert, diese Frage aufgrund der Einführung eines obligatorischen Staatszuschusses so schnell wie möglich zu lösen. Ihre Lösung versprach die Regierung tatsächlich in der Erklärung vom 22. Oktober 1922. Den ersten Schritt auf dem Wege zur Realisierung dieses Gedankens stellte die Verabschiedung des Gesetzes Nr. 149/1923 Slg. dar, das ein Fonds für Zwecke der öffentlichen Elementarversicherung im Betrag von 50 Mio. Kronen beim Ministerium für Landwirtschaf errichtete. Der Betrag war als Grundstock für die Elementarversicherung zu widmen, andersfalls war er nach von der Regierung festzusetzenden Grundsätzen von allem für die Unterstützung der im Jahre 1923 von Elementarkatastrophen betroffenen Gegenden, der Rest aber im Sinne des Gesetzes über die öffentliche Elementarversicherung zu verwenden.

---

[25] *Dějiny pojišťovnictví v Československu, 2. díl Dějiny pojišťovnictví v Československu (1918–1945)*, Praha 1993, S. 41.

[26] Siehe z.B. Peča, V.: *O československém pojišťovnictví*, Praha 1937, S. 19

[27] Drucke des Abgeordnetenhauses der Nationalversammlung, I. Wahlperiode, Druck 2736 vom 28. Juli 1921.

[28] Was die Finanzvorschriften betraf, im Wesentlichen wurde das System der damaligen Monarchie übernommen. Es kam zu einer Erhöhung der Staatsgebühr aus den Versicherungsverträgen um 100% und neu wurden die Pflichten der Versicherungsanstalten auferlegt, das Vermögen in Staatspapieren zu erlegen.

Im Jahre 1923 bereitete das Ministerium für Landwirtschaft einen Gesetzesentwurf über die Errichtung einer Vieh-, Feuer- und Hagelstaatsversicherungsanstalt vor. Dagegen leiteten die privaten Versicherungsanstalten gleich eine scharfe Kampagne. An erster Stelle hoben sie hervor, dass die Staatsbetriebe ständig im Verlust und durch Bürokratie und politische Einflüsse belastet waren. In diesem Zusammenhang warnten sie vor erhöhten Kosten, die dann die Versicherungsnehmer zahlen sollten. Es wurde auch vor allem die Absicht kritisiert, die Hagelversicherung als obligatorisch unter Hinweis darauf einzuführen, dass diese Gefahr nur in einigen Gegenden drohte, jedoch zahlen sollten alle Bauer, was zu einer potentiellen Unzufriedenheit bei einem Bevölkerungsteil führen konnte. Es wurde auch sogar so argumentiert, dass es zur Konfiskation eines Vermögensteils der Bauer und zur Beschränkung ihrer Freiheit faktisch führen könnte.

Verurteilt wurde weiter die Tatsache, dass die privaten Versicherungsanstalten erhebliche Mittel verloren hätten, die sie in die Organisation der Elementarversicherung, in erforderlichen Apparat spezialisierter Beamten und in Rückversicherungsverträge mit ausländischen Anstalten investierten. Das Bedauern wurde auch darüber ausgesprochen, dass die Geschäftsführer der Versicherungsanstalten den Anspruch auf die Provisionen aus vereinbarten Verträgen verloren.

Gegen dieses Projekt wurde empfohlen, diese Angelegenheit durch die Vorteilsgewährung der privaten Versicherungsanstalten zu lösen, sowie durch eine Propagation der Versicherungsabschüsse auf dem Lande usw.[29]

Weil es weitere Anträge auf Verstaatlichung auch weiterer Gebieten des Versicherungswesens erschienen, wurde ein Aktionskomitee des tschechoslowakischen Versicherungswesens am Ende des Jahres 1923 gebildet. Es sollte Informationen über vorbereitende Entwürfe in der Öffentlichkeit zu verbreiten und die Interessen der tschechoslowakischen Versicherungswesens zu schützen.[30]

Die Stimmen zur Verwirklichung dieser Reform waren sie jedoch in der Minderheit. Zu ihrem stärksten Argument gehörte die Feststellung, dass ein Staatsbetrieb die öffentlichen Interessen viel besser verfolgen könne und auf Profit keinen Bedacht haben müsse.[31]

Die Agrarpartei, die zu einem Hauptinitiator dieser Aktion gehörte, versprach sich von ihr ohne Zweifel eine Verstärkung ihrer wirtschaftlichen und politischen Positionen; sie geriet sich schließlich in die Minderheit. Als es dazu noch die gegen die Gefahr der Konzessionsentziehung der Versicherungsanstalten protestierenden Demarchen der italienischen und französischen Regierung gekommen ist, schien es, dass die Absicht fiel.[32] Es handelte sich jedoch um einen Aufschub, den die Agrarier von dieser Absicht nicht zurücktreten wollten.

Im Zusammenhang mit den Arbeiten an der Revision des Bürgerlichen Gesetzbuchs erschien auch die Frage der Regelung des Versicherungsvertrages und seiner Stellung in diesem Kodex im Jahre 1924.

Das Subkomitee für die Revision des Bürgerlichen Gesetzbuches war im Zweifel, ob es in Bezug auf die Existenz einer Sondervorschrift (dh. des Gesetzes Nr. 501/1917 RGBl.) besser wäre, dieses Institut auszulassen. Letztendlich kamen sie zum Schluss, dass das Versicherungsrecht keinen Bestandteil des Handelsrechts bildet und deswegen sollte es im Bürgerlichen Gesetzbuch erfasst sein. Nach der Abgrenzung des Versicherungsvertrags übernahm der Versicherer die Gefährdung des Schades und versprach einen vereinbarten Ersatz zu zahlen. Dabei haftete er für den auf diese Art und Weise zugefügten Schaden; de Versicherungsnehmer war verpflichtet, die Versicherungsgebühr zu zahlen.

Der Entwurf grenzte weiter einige Hauptpflichten beider Vertragsparteien und ein Sonderregime der Lebens- und Seeversicherung ab.[33]

In der Fachöffentlichkeit rief dieser Entwurf eher eine ablehnende Reaktion hervor. Es wurde auf die Tatsache Aufmerksam gemacht, dass die das Versicherungsrecht regelnden Bestimmungen des ABGB von 1811praktisch ein toter Buchstabe war und die Versuche um seine Belebung in der revidierten Fassung riefen Verwirrungengefahr hervor, weil es eine Sonderregelung in der Sondervorschrift gab. Veraltet und ungeeignet war auch die Auffassung des Versicherungsvertrages selbst.[34]

Angesichts der Tatsache, dass die Revision des ABGB in Unabsehbarkeit verschoben wurde, wurden auch die Diskussionen auf dieses Thema stillgelegt.

Desto aktueller wurde allerdings die Forderung auf die Regelung des obligatorischen Versicherungsrechts in einer Sondervorschrift. Eine bloße Episode stellte die Anregung des Unifikationsministers von 1924 über die Einführung des ungarischen Handelsgesetzbuches für ganze Republik dar. Dieser Antrag stoß jedoch auf grundsätzlichen Widerstand in den böhmischen Ländern und fiel.[35]

Am Ende des Jahres 1924 wurde der Verband von tschechoslowakischen Versicherungsanstalten aufgefordert, einen eigenen Gesetzentwurf über den Versicherungsvertrag auszuarbeiten; dieser sollte dann auch zur Grundlage für den Regierungsentwurf werden.

Der Verband begrüßte dies zwar, jedoch gleich bemerkte er, dass keine größeren Änderungen geltender Rechtsregelung durchgeführt werden sollten, denn sie lebte sich schon ein und wurde zum Bestandteil der Versicherungsbedingungen. Die Angelegenheit kam jedoch nicht viel voran und deswegen wurde ein Antrag auf das Wirksamkeitstreten der noch nicht in Wirksamkeit getretenen Bestimmungen des Gesetzes Nr. 501/1917

[29] Cikhardt, R.: O pojišťování krupobitím. In: *Pojistný obzor*, 1923, Nr. 1, S. 13.
[30] Král, E.: Ještě k otázce zmonopolizování životního pojištění. In: *Československé assekurační listy*, 1923, Nr. 8.
[31] Siehe z.B. Kolář R.: Zveřejnění zemědělského živelního pojištění. In: *Pojistný obzor*, 1923, Nr. 20, S. 246–248.
[32] Diplomatické zakročení ve věci krupobitního pojištění. In: *Pojistní obzor*, 1923, Nr. 19.
[33] § 1288–1292 obč. zákoníku pro Československou republiku. In: *Pojistný obzor*, 1924, Nr. 24, S. 401–403.
[34] Dr. Sch.: Reforma občanského práva pojišťovací smlouva. In: *Pojistný obzor*, 1924, Nr. 23, S. 391; Ehrenzweig, A.: Revize občanského zákoníku v Československu a smluvní právo pojistné. In: *Pojistný obzor*, 1924, Nr. 24, S. 405–406.
[35] K otázce unifikace soukromého práva pojišťovacího. In: *Československé assekurační listy*, 1924, Nr. 2–3.

RGBl. im November 1926 im Abgeordnetenhaus der Nationalversammlung gestellt. Er wurde dadurch begründet, dass die bestehende unzureichende und unverbundene Rechtsregelung die Entwicklung der tschechoslowakischen Wirtschaft bedrohe.[36]

Dieser Entwurf wurde zwar nicht realisiert, jedoch er wurde zum Anlass zu einer Umfrage des Justizministeriums vom 7. Februar 1927. Im Laufe der Debatte wurde entschieden, dass das Gesetz von 1917 zur Grundlage der gesetzgebenden Arbeiten sein und auch die in der Slowakei geltende Regelung berücksichtigt werden sollte. Zugleich wurden alle Beteiligten herausgefordert, ihre Anträge zu stellten. Der Verband der tschechoslowakischen Versicherungsanstalten tat dies noch im Jahre 1927. Es zeigte sich jedoch, dass die Streitigkeiten bezüglich der grundlegenden Frage noch nicht überwunden waren, ob das Gesetz Nr. 501/1917 RGBl. aktiviert werden oder ein völlig neues Gesetz erlassen werden sollte. Die gesetzgebenden Arbeiten wurden als für eine längere Zeit stillgelegt.[37]

In dieser Zeitperiode wurde das Versicherungsrecht nur durch eine wichtige Vorschrift ergänzt, und zwar durch die Regierungsverordnung Nr. 156/1927 Slg., betreffend den Umfang der Haftung der Versicherten für Schäden aus dem Betrieb von Kraftfahrzeugen. Die Versicherten hatten Schäden bis zu 400 Kronen im vollen Ausmaß und von höheren Schäden 10%, mindestens aber 400 Kronen ohne Anspruch auf Ersatz durch den Versicherer selbst zu tragen. Das Ausmaß der Schäden, die der Versicherte selbst zu tragen hatte, konnte durch Vereinbarung erhöht werden. Die Versicherungsanstalten begrüßten selbstverständlich diesen Schritt, wenn auch es bemerkt wurde, dass die Erhöhung der Haftung der Versicherten die Verringerung der Geldkaufkraft nicht ersetzten konnte, zu der seit der letzten Regelung im Jahre 1908 kam.[38]

Den Bereich des Versicherungswesens betraf natürlich auch das Gesetz Nr. 111/1927 Slg., gegen den unlauteren Wettbewerb. Es konnte die Klage auf Unterlassung und auf Beseitigung des anstößigen Zustandes eingebracht werden, sowie ggf. bestand der Anspruch auf Schadensersatz. Zu den Handlungen unlauteren Wettbewerbs gehörten z.B. unlautere Werbung, Herabsetzung, Bestechung und weitere. Falls die schwächeren Konkurrenten mit anerkannten Mitteln liquidiert wurden, handelte es sich um keinen unlauteren Wettbewerb.[39]

Im Zusammenhang mit der Abwesenheit einer ausführlichen Rechtsregelung löste der Oberste Verwaltungsgericht im Jahre 1925 die Frage des Unterschiedes zwischen den Versicherungs- und Unterstützungsvereinen. Für Versicherungsvereine waren diejenigen gehalten, in denen Satzungen ausdrücklich festgesetzt wurde, dass eine Leistung in festgesetzter Höhe im Falle einer ordentlichen Bezahlung festgesetzter Beträge den einen Schaden erlittenen Mitgliedern gebracht wird. Andere Erfordernisse mussten nicht beinhaltet werden. Bei Unklarheiten sollten der konkrete Inhalt und Sinn der Satzung des gegebenen Vereins grundsätzlich berücksichtigt werden.[40]

Zu erheblicheren Änderungen kam es nicht einmal in Bereichen der internationalen Beziehungen. Die einheimischen Versicherungsanstalten äußerten ihre negative Stellungnahme zur Konzessionserteilung den ausländischen Anstalten und empfahlen, diese Angelegenheit ruhig und bedächtig zu lösen, weil die Interessen der Konkurrenten zu gegebener Zeit schon gleich waren.[41]

In Jahren 1925–1926 wurde Vereinbarungen zwischen der Tschechoslowakei, Österreich und Italien über einige Angelegenheiten betreffend die Erfüllung der Lebendversicherungsverträge abgeschlossen. Den Bereich der Lebensversicherung betraf auch die Regierungsverordnung Nr. 92/1926 Slg., über Durchführung der entsprechenden Bestimmungen des Übereinkommens mit Ungarn von 1923.

Was die Verwaltungsvorschriften anbelangt, ist die Verordnung des mährischen Landespräsidenten Nr. 166/1927 Slg., über Festsetzung von neuen Grundsätzen für Wahlen in der Feuerversicherungsanstalt zu erwähnen. Einige innere und wirtschaftliche Fragen der Versicherungsanstalten der Aktiengesellschaften betraf das Gesetz Nr. 78/1927 Slg., über Stabilisierungsbilanzen.

Kurzes Schweigen in der Angelegenheit der Lebensversicherung wurde im April 1924 unterbrochen, als die sozialpolitische Kommission beim Exekutionsausschuss der Agrarpartei die Forderung beschloss, dass es zu einer beschleunigten Veröffentlichung dieses Versicherungsgebietes kommen soll, denn jährlich wurden erhebliche Schäden verursacht und die privaten Versicherungsanstalten waren nicht im Stande, einen notwendigen Schutz sicherzustellen. Zugleich wurden auch Grundsätze formuliert, von denen die neue Regelung ausgehen sollte.[42]

Zu dieser Zeit arbeitete schon das Landwirtschaftsministerium an neuem Entwurf, der anfangs 1924 den Fachleuten vorgelegt wurde. In die Öffentlichkeit sind die Informationen durchgesickert, dass es von den meist kritisierten Punkten vorherigen Entwurfes abgesehen werden sollte, was vor allem die einzelnen obligatorischen Gebühren betrifft; ganze Anstalt sollte auf den Grundsätzen der Privatwirtschaft funktionieren. Inzwischen blieb die Frage offen, ob sich der Staat ein Monopol vorbehält. Trotzdem kein offizieller Entwurf vorgelegt wurde, hörten die Privatversicherungsanstalten mit der Kritik nicht auf und auf ihre Seite gewannen sie auch den Verband der Städte; er protestierte gegen die Belastung von Stadtämtern mit einer neuen Agenda in einigen Organisationsangelegenheiten der Lebensversicherung, wie es der Entwurf vorsah. Eine grundsätzlich ablehnende Stellungnahme nahm auch die Prager Handels- und

[36] Čapek, J.: Poznámky k chystanému zákonu o smlouvě pojistné. In: *Pojistný obzor*, 1925, Nr. 34, S. 279–280; Drucke des Abgeordnetenhauses der Nationalversammlung, II. Wahlperiode, Druck 762 vom 23. November 1926.

[37] K novelizaci zákona o soukromých pojišťovnách. In*: Československé assekurační listy*, 1927, Nr. 12; Horn, J.: *Pojistné právo*, Praha 1934, S. 27.

[38] Nová pojištění v oboru pojištění automobilního. In: *Československé assekurační listy*, 1927, Nr. 9; nach der Verordnung Nr. 222/1908 RGBl. wurde die Grenze auf 100 Kronen festgesetzt.

[39] Bianchi, L.: *Právne formy monopolizácie za buržoáznej ČSR*, Bratislava 1965, S. 58 ff.

[40] Boh. Adm. 4566

[41] Do nového roku. In: *Československé assekurační listy*, 1925, Nr. 1.

[42] Venkov vom 23. Oktober 1924.

Gewerbekammer ein, die sich auch im Namen der Zentrale der tschechoslowakischen Handels- und Gewerbekammern gegen die Unternehmertätigkeit des Staates in Bereichen verwahrte, wo der Privatsektor tätig sein konnte. Jedoch nicht einmal die Vertreter dieses Projektes waren müßig und im Oktober 1925 nahmen beide Kammern der Nationalversammlung Resolutionen an, welche zu einer beschleunigten Verhandlung des Entwurfes über die Veröffentlichung der Elementarversicherung herausforderten. Das Abgeordnetenhaus und der Senat beschlossen die Resolution, die der Regierung auferlegte, einen Gesetzesentwurf so bald wie möglich vorzulegen.

Der Kampf um Veröffentlichung der Hagel- und Viehversicherung erreichte im Jahre 1928 den Gipfelpunkt. Auch trotz einem starken Widerstand der Privatversicherungsanstalten ist der Agrarpartei mit der Unterstützung der sonst oppositionellen Sozialdemokratie gelungen, die Vorlegung des Regierungsentwurfs im Abgeordnetenhaus des Parlaments durchzusetzen.[43] Der Entwurf sah vor, dass es sich um eine gegenseitige Versicherungsanstalt handeln wird, zu deren Mitgliedern Einzelne und Viehversicherungsvereine werden sollten. Die Führung sollte von den Ausschüssen der Abteilungen für Hagel- und Viehversicherung, ihren gemeinsamen Versammlungen, dem Versicherungsanstaltspräsidenten und der Direktion sichergestellt. Die Ausschüsse setzten sich aus den von den Interessengruppen gewählten und von Regierung ernannten Mitgliedern zusammen. Sie sollten andere Organe mit Ausnahme des Direktors wählen, der von der Regierung bestellt wurde. Die Tätigkeit der Versicherungsanstalt sollte der Staatsaufsicht des Landwirtschaftsministeriums unterliegen.

Im Wesentlichen galten dieselben Grundsätze auch im Falle der Viehversicherung, wo es jedoch mit der Mitgliedschaft der Viehvereine gerechnet wurde. Der Entwurf beinhaltete weiter die Grundsätze für Schadensabschätzung, Höhe der Entschädigung, Aufsichtsrechte der Versicherungsanstalt u.a.

Es galt der allgemeine Grundsatz, dass die Versicherung freiwillig sein sollte. Der Begründungsbericht stellte fest, dass der Kreis der versicherten Landwirte bisher zu klein gewesen sei und dass die zur Milderung der Elementarereignisse eingeführten Unterstützungsfonds nicht geschafft haben, die entstandenen Schäden zu decken.

Für einen Hauptmangel im Bereich der Hagelversicherung wurde ihre Zersplitterung und hohe Gebühren bezeichnet, die eine Folge des Versicherungskartells darstellten. Es wurde hervorgehoben, dass es sich um keine Monopolversicherung handeln werde und dass die entsprechende Anstalt keine Form eines Staatsunternehmens haben werde. Andererseits die vorgeschlagene Form, dh. die Interessentenvereinigung, welche die Begünstigung öffentlicher Unternehmen genießen würde, sollte sicherstellen, dass nicht nur spekulative Interessen verfolgt werden.

Bei der Viehversicherung sollte es an bestehende örtliche Selbsthilfeorganisationen angeknüpft werden, welche zu Hauptsubjekten der Versicherung würden.

Es wurden auch umfangreiche Unterstützungen aus öffentlichen Mitteln, Steuer- und Gebührenbegünstigungen begründet, die diese Anstalt erwerben sollte.

Der Entwurf rief wieder eine scharfe Reaktion der Privatversicherungsanstalten hervor, die Einkommensverluste befürchteten. Sie haben darauf Aufmerksam gemacht, dass alle Versuche um Errichtung öffentlicher Unternehmen im Bereich des Versicherungswesens bisher scheiterten; weiter wiesen sie auf hohe und dauerhafte Kosten der Staatskasse hin, sowie auf den Widerstand, den alle Staatseingriffe in den Wirtschaftskreisen nach den Kriegserfahrungen hervorgerufen haben sollten. Es wurde für ungerecht bezeichnet, dass die Hagelversicherung den Landwirt des Unternehmensgewinns enthoben hat und dass es mit der Möglichkeit des Preisausgleichs der Liegenschaften und mit weiteren unheilvollen Folgen gedroht worden ist. Eine Reihe von Fehlern wurde auch in der Organisation der Projektanstalt gesehen; dagegen wurde wieder die Forderung auf Ausnutzung und Unterstützung bestehender Anstalten gestellt.[44]

Am 17. September 1929 fand die Plenarsitzung des Verbandes tschechoslowakischer Versicherungsanstalten statt; er erklärte die vorgeschlagene Anstalt für einen Selbstzweck, denn diese sollte sowieso nur einen kleineren Teil der Elementarereignisse decken. Es wurden Argumente über Unvorteilhaftigkeit und Schädlichkeit des staatlichen Unternehmens, über die Devalvation des jahrelang dauernden Bestrebens der Privatversicherungsanstalten wiederholt, die zu den loyalsten Unterstützer des Staates gehörten.

Den Agrarier ist nicht gelungen, in der Koalition die notwendige Mehrheit zu gewinnen. Dagegen stellten sich vor allem die Vertreter der Volkspartei, denn sie befürchteten sich, dass die Agrarier auf diesem Wege ihre Positionen verstärken könnten. Gegen diesen Entwurf sprachen sich auch deutsche Parteien und Nationaldemokraten aus. Deswegen wurde der Entwurf nicht einmal im Landwirtschaftsausschuss verhandelt und bald wurde es von ihm völlig abgelassen.[45]

Die Wirtschaftskrise und ihre Folgen anfangs der dreißiger Jahre riefen eine Situation hervor, die nicht mit genug wirksamen Instrumenten gelöst werden konnte. Eine Reihe von Politikern, Unternehmer und auch Theoretiker waren sich der Tatsache bewusst, dass es nötig ist, die bisherige Anschauung vom Verhältnis des Staates und der unternehmerischen Sphäre umzuwerten. Aus diesem Grunde begann der Staat in einem größeren Maße als vorher in die Wirtschaft zu intervenieren. Zu typischen Vorschriften in dieser Richtung gehörte das Gesetz Nr. 141/1933 Slg., betreffend Kartelle und Privatmonopole (verkürzt bezeichnet als Kartellgesetz); es betraf auch wesentlich auch das Versicherungswesen. Kartellvereinbarungen nach diesem Gesetz waren Vereinbarungen selbständiger Unternehmer, durch die sich die Vertragsteile verpflichteten, untereinander die Freiheit des Wettbewerbs durch Regelung der Produktion, des Absatzes, der Geschäftsbedingungen, der Preise einzuschränken oder auszuschließen. Im Falle der

[43] Málek, K.: K otázce reformy dobytčího pojištění. In: *Pojistný obzor*, 1924, Nr. 21, S. 326–239; Ještě k otázce zestátnění krupobitního pojištění. In: *Československé assekurační listy*, 1924, Nr. 11; Proti návrhu zákona na zveřejnění životního pojištění. In*: Československé assekurační listy*, 1925, Nr. 10; Gruber, J.: *Má býti pojištění krupobitního postátněno*, Praha 1925.

[44] Drucke des Abgeordnetenhauses der Nationalversammlung, II. Wahlperiode, Druck 1703 vom 13. Juli 1928.

[45] Poznámky k referentskému návrhu zákona, kterým se zřizuje „Československá ústřední živelní pojišťovna". In: *Pojistný obzor* 73, 75–76/1928.

Versicherungsanstalten handelte es sich um Tarifvereinbarungen, wobei der Zweck der Vereinbarungen die möglichst wirksame Beherrschung des Marktes war. Die Institution der Kartelle erhielt in der Tschechoslowakei also eine Rechtsgrundlage und der Rechtsschutz wurde den Kartellen gewährt.

Die Kartelle konnten für einzelne Geschäfte nach Vorschriften des Handelsgesetzbuches eingerichtet werden, jedoch typischer waren diejenigen, welche aufgrund einer Reihe von Verträgen entstanden oder einen stabilen Charakter hatten. Zur Gültigkeit von Kartellvereinbarungen war erforderlich, dass sie schriftlich getroffen wurden. Zum Schutze der Interessen der Versicherungsnehmer sollten die Bestimmungen z.B. über die Intervention des Ministers im Falle der unangemessenen Höhe der Tarife dienen; das Ministerium konnte das Einigungsverfahren einleiten. Das Gesetz regelte weiter den Prozess des Rücktritts von Kartellvereinbarung; es war sehr kompliziert und fast unmöglich, das Kartell vor allem von seinen schwächeren Mitgliedern aufzulösen.

Zur Durchführung des Kartellgesetzes wurde eine Reihe von Regierungsverordnungen erlassen, die das Verfahren, die Grundsätze der Führung der Kartellregister und das Einigungsverfahren regelten. Damit wurde der Weg zur aktiven Regulation der politischen und ökonomischen Struktur der Gesellschaft durch den Staat in der Tschechoslowakei endgültig eröffnet. Das Kartellgesetz verstärkte größere Kartelle gegenüber den schwächeren und gleicherweise war es auch innerhalb der Kartelle, wo die stärkeren Unternehmen den kleineren diktierten. Durch Verabschiedung des Kartellgesetzes eröffneten sich der Versicherungsanstalten neue Wege, die sie jedoch (wie spätere Entwicklung zeigte) nicht voll ausnützten.[46]

Die gesellschaftliche Situation am Ende der zwanziger und anfangs dreißiger Jahre erzwang sich jedoch eine Reihe von weiteren Eingriffen in den Bereich des Versicherungswesens. Zu bekanntesten Vorschriften gehörte das Gesetz über die obligatorische Haftpflichtversicherung für alle Kraftfahrzeuge, die zur Beförderung von Personen und Transporte dienten. Die Entwicklung des Automobilismus in den zwanziger Jahren begann nämlich grundsätzlichere Änderungen in der Rechtsregelung zu fordern, und zwar unmittelbar nach dem Abschluss des II. internationalen Abkommens über Autofahrten aus dem Jahre 1926 wurde begonnen, Novellierungen bisheriger Vorschriften vorzubereiten.

Nach bisherigem Stand waren die Ansprüche von Personen, die einen Schaden durch Kraftwagenbetrieb erlitten haben, nur durch Vorschriften über die Haftpflichtversicherung sichergestellt. Im Zusammenhang mit der Verbreitung des Automobilismus begannen neue Bedürfnisse zu entstehen, was vor allem die Sicherstellung der Ansprüche von Geschädigten durch weitere Rechtsvorschriften betraf. Das Defizit der Sicherheit, dass der Geschädigte immer entschädigt wird, wurde vor allem bei der gewerblichen Kraftwagenbeförderung unterstützt. Einen ersten Versuch um Verschiebung dieser Ansprüche aus dem Privatrecht in das öffentliche Recht kann man bei der Regelung der Kraftdroschkengewerbe in Prag finden. Es handelte sich um Verordnung des Magistrats der Hauptstadt Prag vom 18. Dezember 1930, nach der die die Kraftdroschkengewerbe in Prag betreibenden Personen versicherungspflichtig im von der Verordnung festgesetzten Umfang waren.

Eine weitere Etappe dieser Entwicklung bildet die Erlassung des Gesetzes vom 23. Dezember 1932 Nr. 198/1932 Slg., über den Verkehr von Kraftfahrzeugen. Der Konzessionär war nach § 8 verpflichtet, zur Sicherstellung seiner Verbindlichkeiten, die sich aus der Betriebshaftung für die verwendeten Kraftfahrzeuge ergaben, bei einer zum Geschäftsbetrieb in der Tschechoslowakischen Republik zugelassenen Versicherungsanstalt eine Versicherung abzuschließen. Die Regierung konnte durch Verordnung die Höhe der Versicherungssumme für jede Art von Kraftfahrzeugen bestimmen, welche jedoch nicht übersteigen durfte: für einen Unfall einer Person 100 Tausend Kronen, für den ganzen Versicherungsfall bei Bussen 800 Tausend Kronen und für Sachschäden 50 Tausend Kronen. Aufgrund der im Gesetz enthaltenen Ermächtigung wurde die Regierungsverordnung Nr. 36/1933 Slg., zur Durchführung des Gesetzes über den Verkehr von Kraftfahrzeugen erlassen. Sie setzte fest dass die Mindesthöhe der Versicherungssumme betragen muss: für einen Unfall einer Person 50 Tausend Kronen, für den ganzen Versicherungsfall bei Motorrädern 100 Tausend Kronen, bei Automobilen 200 Tausend Kronen, bei Bussen (Reisebussen) mit einer zulässigen Anzahl von Sitz- und Stehplätzen für höchstens 35 Personen 400 Tausend und mir einer höheren zulässigen Anzahl von Sitz- und Stehplätzen 600 Tausend Kronen. Die Versicherung musste für jedes Kraftfahrzeug abgeschlossen werden, das zur Beförderung beim Betrieb des Transportgewerbes des Konzessionärs verwendet wurde. Der Konzessionär konnte auch die Versicherung auf höhere Beträge abschließen. Das Gesetz trat am 31. Dezember 1932 in Kraft.

Im Jahre 1935 kam es zur Erlassung des sog. großen Automobilgesetzes (Nr. 81/1935 Slg., über den Verkehr von Kraftfahrzeugen). In der Sache der Haftung ging diese Vorschrift im Wesentlichen von dem Automobilgesetz von 1908 aus, jedoch sie ging noch weiter vor allem in Richtung zur Sicherstellung von Ansprüchen Dritter.

Der Besitzer eines Kraftfahrzeuges, das im Register der tschechoslowakischen Kraftfahrzeuge eingetragen war, sowie der Besitzer von Fahrzeugen, dem Registerkennzeichen zugeteilt worden ist, war nach diesem Gesetz verpflichtet, sich, bzw. die andere Person, die mir seinem Wissen den Betrieb des Fahrzeuges auf eigene Rechnung und Gefahr ausübte, gegen die Folgen der Verantwortlichkeit aus dem Betrieb dieser Fahrzeuge bei einer zum Geschäftsbetrieb in der Tschechoslowakischen Republik zugelassenen Versicherungsanstalt zu versichern oder zur Deckung der aus dieser Verantwortlichkeit erwachsenen Verbindlichkeiten eine Kaution bei der Behörde zu erlegen, in deren Register das Fahrzeug eingetragen war oder von der er das Kennzeichen erhalten hat. Diese Verpflichtung erstreckte sich nicht auf einen Fall, in dem das Fahrzeug von der Staatsverwaltung nach den Vorschriften über die Anforderung von Transportmitteln für militärische Zwecke benutzt wurde.

Nach dem Gesetz Nr. 81/1935 Slg. waren die Versicherungsanstalten verpflichtet, den bei ihnen gegen die Folgen der gesetzlichen Haftung aus dem Betrieb der Fahrzeuge versicherten

[46] Dazu Bianchi, L.: *Právne normy monopolizácie za buržoaznej ČSR*, Bratislava 1965, S. 164 ff.

Besitzern von Kraftfahrzeugen eine Bestätigung darüber auszustellen, auf welchen Betrag sie versichert waren und für welche Zeit sie die Versicherungsprämie bezahlt haben. Der Führer des Kraftfahrzeuges war auch verpflichtet, während der Fahrt diese Bestätigung über die Versicherung bei sich zu haben. Erfüllte der Besitzer eines Kraftfahrzeuges diese Verpflichtung nicht, so wurde ihm ein besonderer Beitrag zu Gunsten eines Fonds, und zwar in der Höhe des Gesamtbetrages der Prämien vorgeschrieben, die gezahlt werden sollte – jedoch längstens für die Dauer von drei Jahren.

In Anknüpfung an das Gesetz über den Verkehr von Kraftfahrzeugen wurden in demselben Jahr die Durchführungsverordnungen Nr. 203/1935 Slg. und Nr. 204/1935 Slg. über Gebühren für Amtshandlungen für verschiedene nach dem zitieren Gesetz ausgestellten Konzessionen und Bescheinigungen erlassen.

Aufgrund des oben angeführten Automobilgesetzes wurde auch ein „Fonds zur Unterstützung bei Unfällen durch Kraftfahrzeuge" mit dem Sitz in Prag errichtet, dem die angeführten Geldstrafen zuflossen. Der Fonds war eine juristische Person und wurde von einem Kuratorium verwaltet, dessen Zusammensetzung durch Regierungsverordnung festgesetzt wurde. Die Einnahmen dieses Fonds waren mannigfaltig. Außer den angeführten Geldstrafen flossen dem Fonds auch die Geldstrafen der die Versicherungspflicht nicht erfüllenden Konzessionäre der gewerblichen Kraftwagenbeförderung zu. Auch die Versicherungsanstalten, die die Versicherung gegen die Folgen der gesetzlichen Haftung für den Betrieb von Kraftfahrzeugen betrieben, waren verpflichtet, alljährlich 1% der direkten Nettoprämie dieser Geschäfte für das abgelaufene Kalenderjahr in den Fonds abzuführen.

Aus dem oben Erwähnten folgt, dass die gesetzliche Regelung der Haftpflichtversicherung sehr präzis und elastisch war, sodass das Automobilgesetz von 1935 eine sehr lange Zeit, praktisch bis Anfang der fünfziger Jahre galt.[47]

Das bedeutendste Ereignis im Bereich der Versicherungswesensregelung stellte jedoch ohne Zweifel die Durchsetzung der Vereinheitlichung des Privatversicherungsrechts im Jahre 1934 dar.

Schon seit der Entstehung der Republik wurden Versuche um eine Reform und Vereinheitlichung des Privatversicherungsrechts unternommen.

Erst am 22. Juli 1932 lag die Regierung einen Entwurf des Gesetzes über den Versicherungsvertrag vor. Die gesetzgebenden Stellen befanden sich jedoch ständig in einer schwierigen Situation. Mit Entschiedenheit sollte das Gesetz über den Versicherungsvertrag ein organischer Bestandteil der ganzen Rechtsordnung sein. In dieser Zeit begannen jedoch Arbeiten an einer Reihe von großen Kodifikationen, vor allem am bürgerlichen Gesetzbuch. Es wurde auch eine Novellierung des Handelsrechts. Deswegen wurde nur eine provisorische Regelung in Angriff genommen; das ganze Gesetz Nr. 501/1917 RGBl. sollte mit geringfügigen Änderungen in Wirksamkeit treten. Der Regierungsentwurf wurde dem Rechtsausschuss der Nationalversammlung und dann beiden Kammern vorgelegt.

Mit dem Regierungsentwurf befasste sich zuerst der Senat und nach einer Verhandlung im Ausschuss und im Unterausschuss wurde er mit einigen kleinen stilistischen Änderungen am 5. Mai 1933 verabschiedet. Auch das Abgeordnetenhaus führte keine wesentlicheren Änderungen im Entwurf durch und endgültig wurde er am 3. Juli 1934 von der Nationalversammlung verabschiedet; am 20. Juli 1934 wurde er in der Gesetzessammlung verkündet (Nr. 145/1934 Slg.).

In diesem Zusammenhang erhielt die Regierung zwei Resolutionen. In der ersten wurden die Errichtung eines Fonds der Prämienreserven und die Eintragung der Werte dieses Fonds in einen Sonderregister verlangt. Es wurde dabei von ähnlichen Maßnahmen ausgegangen, die in der Schweiz, in Österreich und in Deutschland getroffen wurden. In der anderen Resolution wurde die Regierung aufgefordert, einen Gesetzentwurf auszuarbeiten, der das Dienstverhältnis von Versicherungsagenten regeln würde.

Das tschechoslowakische Versicherungswesen erhielt also im Jahre 1934 endlich eine vereinheitliche Rechtsregelung des Privatversicherungsrechts. Das Gesetz gliederte sich in fünf Teile. Im ersten Teil wurden Fragen betreffend sämtliche Versicherungszweige gelöst. Zweiter Teil wurde der Schadensversicherung, also der Feuer-, Hagel-, Transport- und Haftpflichtversicherung gewidmet. Im dritten Teil wurden die Vorschriften der Lebensversicherung, im vierten die Unfallversicherung und im fünften die Schluss- und Übergangsbestimmungen verankert.

Nach der Erlassung des Gesetzes über den Versicherungsbeitrag wurden endlich die Fragen betreffend den Versicherungsvertragsabschluss oder -rücktritt vereinheitlicht. In Kraft traten die Vorschriften über die Prämie, die Gefahrerhöhung, über die Versicherungsagenten, über die schuldhafte Herbeiführung des Versicherungsfalles, über die Rettungspflicht und den Rettungsaufwand und das Kündigungsrecht nach Eintritt des Versicherungsfalles in der Schadensversicherung.

In der Feuerversicherung handelte es sich um Vorschriften über den Umfang der Versicherung für einen Inbegriff von Sachen und die Ortsveränderung und um die Vorschriften über die Ausdehnung des Gebäudepfandrechtes und über die Stellung des Gläubigers bei der Wiederherstellungsklausel. Im Falle der Viehversicherung ging es vor allem um Vorschriften über Misshandlung und Vernachlässigung des Tieres, über die Nottötung, über die Ersatzleistung des Versicherers, über das Kündigungsrecht nach Eintritt des Versicherungsfalles, über den Übergang des Gewährleistungsanspruches und über die Veräußerung des versicherten Tieres. Im Falle der Haftungsversicherung handelte es sich im Vorschriften über den Umfang der Haftung, im Falle der Lebensversicherung waren es Vorschriften über unrichtige Altersangabe, über die Gefahrerhöhung, über die Unanfechtbarkeit der Versicherung, über das Kündigungsrecht des Versicherungsnehmers, über den Selbstmord und die vorsätzliche Tötung, über die Umwandlung in eine prämienfreie Versicherung und Rückkauf, über die Auszahlung der Prämienreserve, über die Polizzen auf den Inhaber oder Überbringer und über die Volksversicherung. Bei der Unfallversicherung waren

[47] Dazu siehe Mates, P. – Schelle, K.: Osmdesát let pojištění automobilů. I. část. In: *Pojistný obzor*, 65, 1988, Nr. 10, S. 142–143; Mates, P. – Schelle, K.: Osmdesát let pojištění automobilů. II. část. In: *Pojistný obzor*, 65, 1988, Nr. 11, S. 155–157.

es Vorschriften vor allem über schuldhafte Verursachung des Unfalls und über die Rettungspflicht.[48]

An das neue Versicherungsgesetz knüpfte direkt das Gesetz Nr. 147/1934 Slg., betreffend die Sicherstellung der Ansprüche der Versicherungsnehmer in der Privatversicherung und die Staatsaufsicht über die privaten Versicherungsanstalten an. Nach diesem Gesetz waren die inländischen privaten Versicherungsanstalten verpflichtet, zur Sicherstellung der Ansprüche ihrer Versicherungsnehmer oder der sonstigen berechtigten Personen besonderen Sicherstellungsfonds zu errichten. Diese Verpflichtung erstreckte sich z.B. nicht auf die Transport-, Kredit- und Hagelschlagversicherung usw.

Die pflichtmäßige Höhe des Fonds, den die sich mit der Lebensversicherung befassenden Versicherungsanstalten errichten mussten, wurde von einem verantwortlichen Versicherungstechniker nach den vom Ministerium des Innern genehmigten Grundsätzen berechnet. Die pflichtmäßige Höhe des Fonds, den die sich mit der Schadens- oder Unfallversicherung befassenden Versicherungsanstalten errichten mussten, musste wenigstens 50% der vorgeschriebenen Prämien in den betreffenden Versicherungszweigen für das abgelaufene Rechnungsjahr entsprechen.

Das Gesetz Nr. 147/1934 Slg. regelte weiter die vom Innenministeriums realisierte Staatsaufsicht über die Versicherungsanstalten. Das Ministerium des Innern führte die Aufsicht darüber, dass die Versicherungsanstalten die geltenden Vorschriften über die Versicherungsanstalten, die behördlich genehmigten Statuten sowie die in der Konzessionsurkunde oder in der Zulassungserklärung enthaltenen Bedingungen einhielten. Zur Ausübung der ständigen unmittelbaren Aufsicht in dieser Richtung konnte das Ministerium auf Kosten der Versicherungsanstalt einen oder mehrere Regierungskommissare bestellen. Ferner überwachte das Ministerium die Gebarung der Versicherungsanstalten. Die Versicherungsanstalt war verpflichtet jederzeit alle verlangten Auskünfte zu erteilen und die wirksame Ausübung der Aufsicht zu ermöglichen (Einsichtnahme in alle ihre Rechnungsbücher und Belege).

Das Gesetz beinhaltete auch entsprechende Strafbestimmungen, nach der die Mitglieder eines Verwaltungsorganes, leitende Beamten, verantwortliche Versicherungstechniker oder Liquidatoren einer Versicherungsanstalt aus grober Fahrlässigkeit in ihrem Wirkungskreis bestraft wurden. Die Strafen hatten vor allem einen Geldcharakter und ihre Höhe betrug bis 100 Tausend Kronen.

Weitere Rechtsvorschrift, welche die Versicherungsanstalten und das Versicherungswesen betraf, stammt erst aus der Zeit der zweiten tschechoslowakischen Republik. In der Atmosphäre der schrittweise durchführenden Faschisierung des politischen Lebens begannen die Stimmen überwiegen, welche Staatseingriffe in die Wirtschaft forderten. Eine von diesen Tendenzen ausgegangene Vorschrift stellte die Regierungsverordnung Nr. 384/1938 Slg., über die Errichtung eines Staatswirtschaftsrates dar. Es handelte sich um ein beim Ministerratspräsidium in Prag errichtetes Organ, das auf Aufforderung des Vorsitzenden der Regierung oder das aus eigenem Antrieb Gutachtet erstattete oder Anträge über wirtschaftliche, soziale oder finanzielle Fragen stellte. Er bestand aus einem Vorsitzenden, drei Stellvertretern und höchstens 65 Mitgliedern. Aus dem Bereich des Geld- und Versicherungswesens wurden acht Vertreter ernannt. Das Ernennungsrecht erhielt die tschechoslowakische Regierung. Ähnlich wie es in politischen Vorschlägen der Rechtsparteien war, sollte der Staatswirtschaftrat mit der Zeit die Rolle der zweiten Parlamentskammer spielen. Er sollte sich aus Vertretern einzelner Bereiche der Volkswirtschaft zusammensetzen und also eine für ständische Ordnung typische Institution darstellen. Kurze Dauer der zweiten tschechoslowakischen Republik jedoch ermöglichte nicht, ihre Tätigkeit zu entfalten; auch die Vertreter des Versicherungswesens konnten nicht ihre Pläne vollständig realisieren.

Durch die Errichtung des Protektorats Böhmen und Mähren endete die Periode der vorkriegerischen Tschechoslowakischen Republik, welche ihre Rechtsordnung in Übereinstimmung mit den Grundprinzipien der Demokratie und des Parlamentarismus aufbaute. Diese Rechtsordnung stellte selbstverständlich eine Widerspiegelung damaliger politisch-ökonomischer Situation dar. Dies bezog sich restlos auch auf das Versicherungsrecht.

In dieser Periode kristallisierte vor allem das Privatversicherungsrecht, wodurch das tschechoslowakische Versicherungswesen eine einheitliche Rechtsgrundlage für seine Tätigkeit bekam. Vor allem in der Nachkriegszeit konnte man also daran erfolgreich anknüpfen.

[48] Bílý, A.: Ku vládní osnově zákona o smlouvě pojišťovací. In: *Právní rozhled*, VII; Čapek, J.: Čsl. zákon o smlouvě pojistné. In: *Pojistný obzor*, XI, 1932–1933; Čapek, J.: K definici pojmu pojištění. In: *Pojistný obzor*, XI, 1932–1933; Čapek, J.: Poznámky o chystaném zákonu o smlouvě pojistné. In: *Pojistný obzor*, III, 1924–1925; Ehrenzweig, A.: Myšlenky k reformě čsl. práva pojistného. In: *Pojistný obzor*, VIII, 1928–1929; Peča, V.: *O československém pojišťovnictví*, Praha 1937; Haesner, F.: O reformě pojišťovacího zákonodárství v ČSR. In: *Pojistný obzor*, XIII, 1934–1935.

Stick in the Law – Legal Symbolism of Holding, Using, Breaking and Throwing a Stick*

*Antonín Lojek***

Abstract

It would be hard to find a person, who has not heard the saying: they have broken the stick over him, they tossed a stick under his feet etc. What do these sayings mean is the topic of the following article that wishes to introduce the symbolisms of the stick in history, because until quite recently a number of acts and procedures, considered to be legal nature, could not be performed without this object. A stick was necessary to make these acts legally valid. In the article the authors mainly aim to introduce the stick that symbolized judicial power, but also the powers of a number of persons.

Key words: *judicial stick; symbolism of the stick; mayor's law; Bambersky court rules 1507; Criminal Code of Maria Theresa 1769.*

Introduction

A stick is in general considered to be a symbol of power – royal or judicial, a symbol of social standing, strength, supremacy, office[1]. Stick evolved into staff and scepter.[2]

Monuments from ancient Egypt depict many sticks of various types pertaining to certain offices, privileges and powers, often included in funerary.[3] Theban painting from Sennedjem's tomb shows Osiris holding in his hand, as a judge of the dead, a stick of guidance and power. In other places pharaohs are shown holding sticks – scepters, symbols of strength, power and governance.[4]

We could describe the historical development of the stick, visit the individual legal acts carried out and made valid using a stick, discuss the types of sticks used, such as: shepherd, Moses' stick, Aesculap's stick, miraculous Aron's stick, messenger's stick, bishop's stick, abbot's stick, marshal stick, beadle stick, royal stick, Prague burgrave stick[5], etc.

But in this article we focus on the legal symbolism of holding, using, breaking and throwing a judge's stick. After all, even today we use the saying "breaking a stick over somebody" or "tossing sticks under somebody".

I. Holding and using judge's stick

As we already mentioned, judge's stick was a symbol of judicial power.

However, a stick symbolizing judicial power was not only carried by the judge, but also by other judicial persons, such as court messenger or court executor and executioner.

We encounter written records of sticks symbolizing judicial power in Drnovská Book in connection with judicial messenger: "In Czech lands court messenger, when prodding, had the seal of the land printed on a paper or parchment and in his hand a stick or a twig...".[6]

In case of sticks held by judges we might wrongly conclude that the use and holding of a stick was based solely on an ancient tradition – unwritten law. But judges were required to use judge's stick also by written rules, in valid rules of procedures.

For example, Bambersky court rules from 1507, article 95 stipulated that during sessions of felony courts should "seinen Stabe inn den hended haben", i.e. hold his stick in his hands. According to article 117 of these rules it was mandatory that the judge "breaks his stick" after the verdict.[7]

* Article created with the support of long-term conceptual development research agency RVO: 68378122.

** JUDr. Antonín Lojek, Ph.D., Institute of State and Law, Academy of Sciences of the Czech Republic.

1 According to Louis Carlena, carrying of a judicial stick was typical for the office of a judge until 1745. CARLEN, L.: *Stab und Stabträgerin der Schweiz, In Sinnenfälliges Recht: Aufsätze zur Rechtsarchäologie und rechtlichen Volkskunde,* Hildesheim 1995, p. 109.

2 NOVOTNÝ, F.: *Symboly v právu [Symbols in the Law]*, Právník, Praha 1912, year 51, p. 695.

3 BECKER, U.: *Slovník symbolů [Lexicon of Symbols]*, p. 89.

4 COOPEROVÁ, J.C.: *Encyklopedie tradičních symbolů [Encyclopaedia of Traditional Symbols]*, p. 57–58.

5 „...a najwiec purkrabie Pražský, jenž hól mocí královú nade wší zemí drží." Czech Archive, year II., Prague 1842, p. 502.

6 Kniha Drnovská, ed. BRANDL, V., Brno 1868, p. XLIII.

7 Bamberský soudní řád z roku 1507 [Bambersky court rules from 1507].

In general, the judge held during a court session a stick in his hand upwards[8] and was not allowed to put it aside until the court session was over. With a stick the judge could also carry out other legal acts, for example, by knocking on the table ordered quiet.[9]

We see such acts also carried out by mayors, who were also judges, because a stick was also a symbol of mayor's judicial power. The mayor was the judge in small disputes.

In this case it was usually small wooden stick with a tangle of straps, with handle embroidered with leather and small yellow nails. During a court session it would be taken out of a case or silk scarf and placed on the table. In case of a quarrel the mayor would hit the table with the stick and shout "law!", and the conflicting parties had to be quiet.[10]

Professor Zikmund Winter describes mayor's judicial powe in the following: *"After taking the oath mayor received signs of judicial power, such as: seal and mace or 'sheet' saying 'mayor's law', in many places it was the 'hand' that symbolized his power and people would take oath on the hand. In case the mayor wished to get rid of his office temporarily he handed the 'law' to one of his neighbors and thus this neighbor attained the power and respect of the mayor".*[11]

Why does Zikmund Winter speak about "hand" is clear from the picture of mayor's stick in the picture addendum. In the Czech lands, Moravia and Silesia people used various names for this symbol of mayor's power: stick, mallet, sheet or hand.

The stick was also used to summon municipal council or the mayor could hand it to a neighbor with an order and this one was obliged to carry out such official order and pass on the message by bringing the hole to another and that one to another neighbor, until the stick circulated the entire village and returned to the mayor.

Čeněk Zíbrt writes in his article Mayor's Law, Stick, Mallet that while summoning using the stick people would say: "the stick came, the stick goes, the wand goes".[12]

When a judge put down his stick the proceeding was considered finished. Judge's stick was often, as was the case with pastoral or bishop stick, bent in the upper part and the stick was hanged using this bent during an interruption in the proceeding. Hanging stick indicated that the court, and thus the entire proceeding, will continue.[13]

Only the presiding judge was allowed to hold a stick during the proceeding. In case other judge took part in the proceeding as an associate judge, the presiding judge handed him the stick only when the associate judge wished to ask questions or otherwise take action.[14]

The judge would accept an oath (from witness or any other person), if the person taking the oath (witness or other person) touched his judge's stick.

While the judge was holding his stick, all persons had to observe truce. According to Austrian weistümer collection the person who drew his sword during a court session was severely punished when "der richter gesessen ist mit dem stab", i.e. when the judge was presiding with a stick.[15]

However, a stick did not just represent judicial power of the judge, it was not just a symbol or attribute of judicial power, but it was used in various judicial acts and to indicate legal completion of these acts.

Judges holding and using stick is a common theme in Czech and foreign visual relics.

II. Breaking of a judge's stick

We may say that this symbolical tradition, breaking of a stick, started spreading in the entire Europe in the 15th century. A judge announcing a death sentence broke a stick above the head of the sentenced and threw the bits and pieces to his feet.

This tradition originated in England in the 13th century and only later spread around the European continent.[16]

The tradition of breaking a stick is also captured on paintings with "animal processes".[17]

However, we know about animal processes from even earlier written records. For example, in the Second Book of Moses, chapter 21, verse 28: "If an ox stroke a man or a woman to death, the ox will be stoned to death and his meat will not be eaten; his owner, however, will not be blamed".

This provision and others, especially verse 29 and 31 of the Old Testament, lead to visual records of processes against animals that injured persons or damaged property. This legal procedures bear many similarities with legal procedures applied to men.

Our forefathers believed that stranded inside an animal, as well as inside a man, could be a malicious, dangerous demon that had to be destroyed. Thus the process and the punishment was not so much directed against the animal, as it was against the devil in his chest. The animal was only the physical carrier for demons. Such processes then had different forms; as processes with demons, ghosts or phantoms.[18]

---

[8] Luis Carlen in the quoted work says (p. 111, using the works of Grimm and others) that according to paintings in the chronicle of Diebold Schilling depicting court hearings in Swiss city of Bern, a judge was holding a stick in his right hand and on another painting he holds it horizontally in front of him. In footnotes he writes that „he sometimes held it in his left hand". The question whether he held it in his right or left hand or tilted in certain direction is not crucial. In our opinion it is the fact that holding a stick (mandatory for judges according to certain court rules) was an expression of judicial power is the important point for the symbolism of judicial power – the direction in which the stick was held was not important.

[9] PUETZFELD, C.: *Deutsche Rechtssymbolik*, Berlin 1936, p. 100.

[10] HAVELKOVÁ, Vl.: *Starodávná rychtářská práva a ferule [Ancient Rights of the Mayer and Ferrules]*, Národopisný věstník československý, Praha 1912, no. 7, p. 213.

[11] The same, p. 210.

[12] Věstník kr. č. spol. nauk 1896, p. 1.

[13] PUETZFELD, C.: cit.d., p. 100–101.

[14] The same, p. 101.

[15] Sammlung Österrechischer Weistümer, ed. Austrian Academy of Sciences, Wien 1870.

[16] PUETZFELD, C.: cit.d., p. 102.

[17] DINZELBACHER, P. devoted much attention to animal processes in his work *Das fremde Mittelalter: Gottesurteil und Tierprozess*, Essen 2006, p. 103–152.

[18] FEHR, H.: *Das Recht im Bilde*, 1923, p. 60. A number of pictures from animal processes can be found in this work – attachment p. 47–49.

The stick would be broken using just the hand. The force necessary was so small that no other aid, of the knee or leg, was necessary.

The stick was broken in many ways and into several pieces. For example, the remaining fragments of Briesner stick from 1663 indicate that this stick was broken in two places. In some cases the stick was broken in three places, such was the stick in Wiesbaden in 1653, in Eichstätt in the 17th and 18th centuries, in Naumburg Land Court around 1700, in Weimar in 1821 and 1824.[19]

Breaking of a stick by a judge was often accompanied by certain phrases. The oldest of these would ask God's grace for the criminal. For example: "God help you; I could not help you earlier" – this phrase was used in Bern felony court.[20]

Another phrase could be heard during the last execution that took place in Upper Slavkov on 10th September 1751 over the sentenced offender Marie Alžbeta Früchtlová from Radošov u Verušiček, charged with poisoning her husband, murder of a maid and fleeing from the prison. After reading the verdict the municipal judge stood up and said over the sentenced: *"You heard now what verdict and what law are brought up against you? According to these you shall now die!"*. Then the judge grasped a white judge's stick with both hands and threw it to the feet of the sentenced.[21]

Other phrases[22] included:
"Gott beleye die Seel".
"Gott helff der armen Seelen".
"Genad Gott der armen Seel, vnd geb jm nach disem leben ein fröhliche Aufferstehung".
"Gott sei deiner armen Seele gnädig".
"Nun helf dir Gott, ich kann dir ferner nicht helfen".

Especially sources from lower Germany contain many phrases, sometimes even verses. For example: "Das Urtel ist gesprochen, und der Stab zerbrochen".

Carolina from 1543 picks up on the tradition of Bambersky felony code of 1507 for the Bambersky diocese. In article 96 it says under the title "Wann der Richter seinen stabe zerbrechen mag" the following: "Item wann der beklagt entlich zu peinlicher straff geurtheylt wirdet, soll der Richter an den orten da es gewonheyt, seinen stabe zerbrechen, vnnd den armen dem nachrichter beuelhen, wnnd bei seinem eyde gebieten, die gegeben vrtheyl getrewlich zuuolnziehen, damit vom gericht auffstehn vnd darob halten, damit der Nachrichter die gesprochen vrtheyl, mit guter gewarsam vnd sicherheyt volnziehen müge".[23]

This tradition, although only as a local custom, is remembered in article 27 of the Felony Code of emperor Charles V.[24]

In our lands this symbolic tradition of breaking sticks is mentioned, albeit as an option, by the Criminal Code of Maria Theresa from 1769 in article 42, section 2, paragraph 4: "After the sentence for the offender [...] is read publically, [...] the Judge, [...] breaks the stick (where this is a custom), stands up and either goes to the place of execution self or sends another judicial person..."[25].

We find this tradition surviving even in the 20th century in England, as was reported by newspaper in late 1935. One English lord was confessing in the House of Lords, because he was subjected to their authority, for killing a person in a car accident. Approximately 100 lords were present in the session dressed in purple coats with ermine collars. The Keeper of the Great Seal, who was the presiding judge in the process, was handed a white stick in the beginning of the process. The tried lord received acquittal and the Chancellor broke the white stick.[26] This was an exception from earlier judicial practice – breaking of a stick did not mean "guilty" but "not guilty".

III. Throwing judge's stick

After the verdict the broken stick was usually thrown on the ground. This act is in old records mentioned rarely, however it was accepted. The stick was thrown in various directions. Most sources agree that the judge would throw the stick in front of him or under the convicted. In some places, such as certain German towns, the judge would throw the stick behind his back.[27]

In most cases the stick was thrown on the floor of the courtroom. However, there were cases when the judge would throw the stick outside of the place of court – among the people. This was the case, for example, in Lower Saxony, as mentioned by the Lüneburg court rules.[28]

In the end, most recent sources mention that throwing of a stick was forbidden and the broken stick would be simply laid on the table. The reason for this was the belief that the pieces of the hole could drive away superstition and spells. It was therefore required that in courts, where stick was still thrown, a court servant was to collect the pieces and hand them over to the judge.[29]

[19] MOELLER, E., *Die Rechtsitte des Stabbrechens*, In: Zeitschrift für Rechtsgeschichte, XXI, Berlin 1900, s. 99.
[20] MOELLER, E.,cit.d., p. 101.
[21] Slavkovská městská kronika, městské muzeum Horní Slavkov.
[22] MOELLER, E., p. 101 a PUETZFELD, C., p. 102.
[23] http://commons.wikimedia.org/wiki/File:De_Constitutio_criminalis_Carolina_%281577%29_10.jpg, viewed on 17th March 2011.
[24] Peinl. Gerichtsordnung des Herzogtums Steiermark from 24th December 1574, I. part, sec. 27.
[25] Constitutio criminalis Theresiana from 1769.
[26] PUETZFELD, C., cit.d., p. 102.
[27] MOELLER, E., cit.d., p. 100.
[28] The same, p. 100–101.
[29] The same, p. 101.

Der tschechoslowakische und der tschechische Hafen in Hamburg mit Kontext des Vertrags von Versailles und des Pachtvertrags

*Bohumil Poláček**

Abstract

The Treaty of Versailles (a peace treaty) from 1919 provided land-locked states with the right of access to the sea. For the practical exercising of this right relating to the newly established Czecho-Slovak state, this treaty is giving to the Czecho-Slovak state the use of northern ports in Hamburg and Stettin, pursuant to articles No. 363 and 364. Based on this treaty, the leasing agreement for premises in Saalehafen and Moldauhafen (on the embankment of Hallesches Ufer and Dresdner Ufer) in the area of about 28.500 m2 was concluded in 1929 with the town of Hamburg for 99 years. Subsequently, a piece of land in Peutehafen in the area of about 13.500 m2 was purchased. The leased premises in the duty-free zone were called the Czecho-Slovak rental zone for inland navigation in the free port of Hamburg. The areas stated above were used by the Československá plavební akciová společnost Labská, later after the nationalisation, national enterprise and then state enterprise Československá plavba labsko-oderská (Czechoslovak Shipping Elbe-Oder). In 1992, the state enterprise was later privatised and Československá plavba labská, a.s. (hereinafter „ČSPL") was established. In 1992, the above-mentioned premises in Hamburg were leased to ČSPL by the Ministry of Industry and Commerce of the Czech Republic. In 2001, a dispute between the Ministry of Transport and Communications and ČSPL occurred due to the fact whether the constructions built in the concerned areas are the property of the Czech Republic or whether they were transferred to the ownership of ČSPL during the privatisation process. The same year, bankruptcy proceedings were declared to the property of ČSPL, in which the bankruptcy trustee, who in fact held up the concerned property and leased it to third persons, entered the dispute. On 1 January 2008, the Ministry of Transport concluded the agreement on the settlement with the bankruptcy trustee on the basis of which the bankruptcy trustee excluded the rights for the immovable property (real assets) of the Czech Republic in Hamburg from the bankrupt's estates of ČSPL, in which all controversial rights were settled.

Key words: *Hamburg; The Treaty of Versailles; Czechoslovak Shipping Elbe-Oder; Czecho-Slovak rental zone for inland navigation in the free port of Hamburg.*

Einleitung

Nach der Entstehung der autonomen Tschechoslowakei wurde die Wirtschaft im Land wesentlich geöffnet und richtete sich auf den Export. Die umfangreichen Geschäftskontakte im Ausland stellten Ansprüche an die Verkehrsverbindungen. Hier war die Tschechoslowakei jedoch durch die Entfernung zum Meer limitiert und darauf angewiesen, fremde Länder zu durchqueren. Der Transportpreis stellte einen nicht unerheblichen Teil des Preises für Waren mit einem hohen Gewicht oder einem hohen Volumen dar und wurde für den tschechoslowakischen Export zum Nachteil. In den benannten Zusammenhängen nahm Deutschland als größtes wirtschaftliches Gebilde in unmittelbarer Nachbarschaft für das tschechoslowakische Geschäft eine besondere Aufgabe ein. Eine unersetzbare Position nahm die Freie und Hansestadt Hamburg bei der Realisierung des tschechoslowakischen Handles ein. Diese besondere Aufgabe war bedingt durch den günstigen, bereits seit der Ungarisch-Österreichischen Republik genutzten Elbwasserweg, und zum anderen durch die einzigartige Position im internationalen Handel.[1]

Die Entstehung der Tschechoslowakei brachte relativ schnell die Sympathie der böhmischen Länder für Hamburg aufgrund der wirtschaftlichen Vorteile, da der bis zu diesem Zeitpunkt aus der Sicht des Seeverkehrs entscheidende Adria-Hafen Triest hinsichtlich der größeren Entfernung und der fehlenden Flussverbindung an Bedeutung verloren hatte.

Mit dem Verständnis der Wichtigkeit der Frachtwege, insbesondere dann der Wasserwege und Hamburg, für den neu entstandenen Staat korrespondiert auch das Vorgehen der tschechoslowakischen Delegation auf der Friedenskonferenz in Paris. Die Tschechoslowakei betonte, dass sie als einzige der

* JUDr. Ing. Bohumil Poláček, Ph.D., MBA, LL.M., Lehrstuhl für Völkerrecht, Rechtswissenschaftliche Fakultät, Westböhmische Universität Pilsen, Tschechische Republik.

[1] Siehe KUBŮ, E., JAKUBEC, I. *Hamburg und seine Aufgabe im tschechoslowakischen Außenhandel in der Zwischenkriegszeit (Hafenstreifen, Elbverkehr und Hamburger Reexport)*. Wirtschaftsgeschichte – Economic History, 1. Ausgabe, Prag: Institut für Geschichte, 1992, Nr. 20, Seiten. 128–129. ISSN 0231-7540. ISBN 80-85268-20-5.

zu den Siegesmächten zählenden Staaten keinen direkten Zugang zum Meer hat und deshalb außerordentlich an der Realisierung des Konzepts von Woodrow Wilson interessiert ist, das in seiner Botschaft an den Senat der USA am 22. Januar 1917 in diesem Sinne deklariert wurde, dass dort, wo der Zugang zum Meer nicht durch Abtreten des Territoriums erzielt werden kann, die Frachtwege unter internationalen Garantien neutralisiert werden können.[2] Ein sensibler Punkt der durch die internationalen Verträge garantierten Transitfreiheit waren die Häfen. Die tschechoslowakische Delegation unterstützte den britischen Entwurf der Konvention über die freien Häfen und in diesem Zusammenhang formulierte sie auch ihre Forderungen.

Die Strategie von Beneš basierte auf der Feststellung, dass die tschechoslowakischen Bürger während der österreichisch-ungarischen Monarchie Rechte genossen und erwarben, die daraus resultieren, dass Österreich-Ungarn ein Hafenstaat war. Diese Rechte würden sie nun verlieren, wenn sie ihnen nicht gesondert zugesichert würden. Dazugehörig ist auch das Recht, ein Schiff zu besitzen, und deshalb beantragte der tschechoslowakische Staat, dass seine Seehandelsflagge international anerkannt wird.

Man verwies darauf, dass dies via facti bereits geschehen war, denn unter der tschechoslowakischen Flagge schifften schon einige Frachter, die von Legionen aus Wladiwostok abgefertigt wurden. Jedes Schiff musste im Heimathafen registriert sein, der dem Staat unter der gleichen Flagge angehört. Eine Lösung wurde in der Gewinnung eines exterritorialen Hafens oder eher realistisch eines kleinen Teils davon gesehen, der sich jedoch jeder Kontrolle des Hafenstaats entzogen hätte. Eine gewisse „Priorität" stellte der französische Hafen Cette (heute Sete) dar, den Frankreich während des Krieges der Schweiz im Binnenland zur Verfügung stellte. Damit wurde betont, dass es sich um keine Annektierung handelte, denn von der Einrichtung eines territorial sehr kleinen eingeschränkten freien Hafenstreifens sind die Hoheitsrechte eines Küstenstaates nicht mehr betroffen als vielleicht von einem mit der Exterritorialität dotierten Botschaftsgebäude.

Am 18. Januar 1919 traf sich die Pariser Friedenskonferenz und der Rat der Siegesmächte beschloss am 23. Januar, dass die Staaten, die irgendwelche territorialen Ansprüche und Anforderungen haben, diese innerhalb von zehn Tagen schriftlich belegen müssen. Der Außenminister Beneš und seine Mitarbeiter bereiteten zu diesem Zwecke insgesamt 11 Memoranden vor, die Beneš persönlich am 5. Januar 1919 vortrug. Das zweite Memorandum mit dem Titel *„Territoriale Ansprüche der tschechoslowakischen Republik" (Mémoire No. II Las revendications territoriales de la république Tschécoslovaque)* mit dem Kartenanhang Nr. 1–6,[3] reklamiert im sechsten Teil das tschechoslowakische Recht, die Schiffe mit einer tschechoslowakischen Flagge zu kennzeichnen und das Recht auf einen Heimathafen für diese Schiffe, der an ein exterritoriales Grundstück gebunden sein sollte, das an der Küste der Flussmündungen Donau, Weichsel, Oder und Elbe liegen, sowie auch an den Häfen Triest und Rijeka. Diese Grundstücke sollten die freien tschechoslowakischen Häfen darstellen. Mit den exterritorialen Hafenstreifen sollte eine freundschaftliche Vereinbarung mit dem Hafenstaat erzielt werden. Erst als die Verhandlungen fehlschlugen, wurde ein Schiedsurteil der Vereinigten Nationen beantragt, und zwar sowohl in Sachen Ortswahl als auch in Sachen Miete und weitere finanzielle Bezahlungen. Ferner sollten die tschechoslowakischen Schiffe berechtigt sein, auch außerhalb des exterritorialen Streifens unter den Bedingungen in den freien Häfen einzulaufen, dass sie die allgemeinen Hafenvorschriften und die gesundheitlichen und polizeilichen Vorschriften respektieren. Für die Tschechoslowakei wurde auch das Recht der Küstenschifffahrt beantragt, und zwar dort, wo sie mit der Flussschifffahrt zusammenhängt, das heißt an den Mündungen der Donau, der Wisla, der Oder und der Elbe, sowie überall dort, wo dies Gegenstand einer Sondervereinbarung wird. Dabei sollten die eigentlichen Mündungen der neutralisierten internationalen Flüsse frei sein. Die Errichtung der freien Häfen wurde im Sinne des freien britischen Entwurfes in Marseille, Genua, Triest, Rijeka, Thessaloniki, Konstantinopel, Danzig, Szczecin, Hamburg und Antwerpen empfohlen.

Das erwähnte Memorandum spezifizierte nur eine einzige Anforderung an den exterritorialen Hafen, und zwar, dass der tschechoslowakische Staat *„auf jeden Fall einen kleinen exterritorialen Hafen an der Elbmündung benötigt, damit der Frachtverkehr mit den westlichen Staaten in bestimmten Fällen ohne jegliche Kontrolle durch die deutschen Behörden (z. B. Waffenimport, Goldimport, Modellimport, Formularimport usw.) möglich ist – auch die statistische Kontrolle nicht ausgenommen. Die Neutralisierung der Elbe hätte für den tschechoslowakischen Staat keine volle Bedeutung und die Verbündeten hätten gegen Deutschland keine hinreichende Garantie, wenn diese Bedingung nicht erfüllt wäre"*. Für den Import und Export der tschechoslowakischen Ladungen sollten geschlossene Flussfahrzeuge verwendet werden. In der Argumentation für die Friedenskonferenz wird unter anderem ausdrücklich aufgeführt, dass die Tschechoslowakei im Falle dessen, dass die Elbe internationalisiert wird, verkehrsmäßig und strategisch vollkommen von Deutschland abhängig ist. Die Friedenskonferenz hatte die tschechoslowakischen Anforderungen im vollen Umfang akzeptiert. Die Verträge mit Deutschland (Vertrag von Versailless), mit Österreich (Vertrag von Saint-Germain) und mit Ungarn (Vertrag von Trianon) beinhalteten eine Reihe von Bestimmungen (inkl. des separaten Kopfteils „Häfen, Wasserwege und Eisenbahn", der die Verkehrs- und Tarifpolitik aufgrund der Änderungen der

[2] „So far as practicable, moreover, every great people now struggling towards a full development of its resources and of its powers should be assured a direct outlet to the great highways of the sea. Where this cannot be done by the cession of territory, it can no doubt be done by the neutralization of direct rights of way under the general guarantee which will assure the peace itself. With a right comity of arrangement no nation need be shut away from free access to the open paths of the world's commerce." – vgl. http://www.firstworldwar.com/source/peacewithoutvictory.htm

[3] Vgl. Die tschechoslowakischen Denkschriften für die Friedenkonferenz von Paris 1919/1920, herausgegeben von Dr.jur. Hermann Raschhofer, Carl Heymanns Verlag in Berlin W8, 1938, s. 66/67–78/79.

politischen und territorialen Verhältnisse geregelt hatte).[4] Die Friedensverträge sicherten der Tschechoslowakei die Internationalisierung der Elbe, der Oder und der Donau mit der Vertretung in der internationalen Kommission der Elbe, Oder und Donau, die Abtretung eines Teils der Flotte auf diesen Flüssen inkl. der Schifffahrtsanlagen, sowie auch das Recht auf die Errichtung der freien Zonen in Hamburg und Szczecin.

Mit der umfangreichen Nutzung der Elbe-Wasserstraße rechneten die tschechoslowakischen und wirtschaftlichen Kreise bereits unmittelbar nach der Entstehung der Republik, und zwar noch vor der Unterzeichnung der Friedensabkommen. Im Streben nach einer rechtzeitigen Gewährleistung der aus den Schifffahrtsregulierung auf den großen Flüssen resultierenden Vorteilen, entschlossen die vier bedeutendsten tschechischen Banken (Živnostenská, Agrární, Pražská úvěrní und Česká průmyslová) im Februar 1919, die Bewilligung der Satzungen der neu gegründeten Paroplavební akciová společnost (dt. Dampfschifffahrt Aktiengesellschaft) zu beantragen. Die entsprechende Genehmigung erteilte dann das Innenministerium am 6. Juni 1919, als es auch die Satzungen billigte. Die gegründete der „Paroplavební akciová společnost" sollte sich nicht nur mit dem Befahren der Moldau, Elbe, Oder und Donau befassen, sondern auch der March, der Weichsel, Drau, Save, sowie auch der See.[5]

Mit Zustimmung der Parlamentsversammlung unterzeichnete die Regierung am 13. Juni 1922 den Vertrag zwischen dem tschechoslowakischen Staat, der vom Handelsminister und den anderen sachlich beteiligten Ministern vertreten wurde und zwischen der Československá paroplavební akciová společnost und der Bankgruppe bestehend aus den Banken: Agrární banka československá, Česká průmyslová banka, Pražská úvěrní banka, Slovenská banka und der Živnostenská banka in Prag, über die Gründung und die Betreibung der tschechoslowakischen Schifffahrtsunternehmen auf der Elbe und der Donau.[6] Československá plavební akciová společnost labská (ČSPL), die der erste Nachfolger der erwähnten Aktiengesellschaft Československá paroplavební akciová společnost wurde, reduzierte ihre Tätigkeit auf der Elbe, auf deren Zuströme und Schifffahrtskanäle.

Aufgrund des zwischen der Tschechoslowakischen Republik und der Freien und Hansestadt Hamburg unterzeichneten Pachtvertrags verpachtete die Freie und Hansestadt Hamburg der Tschechoslowakei Flächen in der zollfreien Zone am Halleschen Ufer und am Dresdener Ufer. Die Pacht begann an dem Tag, als der Pachtvertrag in Kraft getreten war, d. h. am 2. 11. 1929[7]. Zu diesem Pachtvertrag wurden bis zum heutigen Tage 5 Nachtragsprotokolle geschlossen, ein Nachtrag zum Nachtragsprotokoll und eine Vereinbarung zum Pachtvertrag.

Neben der exterritorialen Verpachtung der Grundstükke in der freien Zone des Hamburger Hafens gewann die Tschechoslowakei die exterritoriale Pachtung der Grundstücke in der freien Zone des Hafens von Szczecin (anschließend wurde vereinbart – bereits zwischen der Tschechoslowakischen Republik und der Polnischen Republik durch die Abmachung über die Verpachtung der Flächen im Hafen von Szczecin vom 15. Juli 1949[8], der anschließend durch das Verkehrsabkommen vom 13. Januar 1956[9] ersetzt wurde – dass es sich um die Küste Ewa und Huk handelt; die Tschechoslowakei nutzte dieses Territorium für ihre Seeschiffe bis zum Jahre 1922, vertreten war die tschechoslowakische Seite hier bis zum Jahre 1994).

Friedensabkommen von Versailless

Das Friedensabkommen von Versailless legte fest, dass Deutschland dem tschechoslowakischen Staat in den Häfen Hamburg und Szczecin für einen Zeitraum von 99 Jahren Landstücke verpachtet, die der allgemeinen Ordnung über die freien Zonen unterliegen und für den direkten Transfer der Ware bestimmt ist, die aus einem dieser Staaten stammt oder für einen dieser Staaten bestimmt ist.[10] Die Umgrenzung dieser Landstücke, die Adaption, die Art der Benutzung und überhaupt alle Bedingungen der Nutzung, der Pachtpreis inbegriffen, wird von der Kommission bestimmt, die sich aus einem Vertreter für Deutschland, einem Vertreter für den Tschechoslowakischen Staat und einen Vertreter für Großbritannien zusammensetzt.

---

[4] Vgl. Internationaler Vertrag mit Veröffentlichung unter 217/1921 Slg., Nationalgesetz, Friedensabkommen zwischen den Vereinten und verbündeten Großmächten und Deutschland und das am 28. Juni 1919 in Versailles unterzeichnete Protokolle, Vgl. Internationaler Vertrag mit Veröffentlichung unter Nr. 507/1921 Slg., Nationalgesetz, Friedensabkommen zwischen den Vereinten und verbündeten Großmächten und Österreich, das am 10. September 1919 in Saint-Germain-en-Laye unterzeichnet wurde. Vgl. Internationaler Vertrag mit Veröffentlichung unter Nr. 102/1922 Slg., Nationalgesetz, Friedensabkommen zwischen den Vereinten und verbündeten Großmächten und Ungarn, Protokoll und Deklaration, unterzeichnet in Trianon am 4. Juni 1920

[5] Siehe KUBŮ, E., JAKUBEC, I. *Hamburg und seine Aufgabe im tschechoslowakischen Außenhandel in der Zeit zwischen den Kriegen (Hafenzone, Elbverkehr und Hamburger Reexport)* Economic History, 1. Ausgabe, Prag: Institition für Geschichte, 1992, Nr. 20, Seite 128–129, ISSN 0231-7540. ISBN 80-85268-20-5.

[6] Gesetz Nr. 188/1922 Slg., mit dem das Verhältnis der tschechoslowakischen öffentlichen Verwaltung zur tschechoslowakischen Schifffahrtsgesellschaft der Elbe und der Donau geregelt wird.

[7] Pachtvertrag zwischen der Freien und Hansestadt Hamburg und der Tschechoslowakischen Republik über die Pachtung der Flächen im Hamburger Hafen gemäß Artikel 363 und 364 des Friedensabkommens von Versaille vom 2. November 1929.

[8] Abmachung zwischen der Republik Polen und der Tschechoslowakischen Republik über die Verpachtung von Flächen im Hafen von Szczecin vom 15. Juli 1949, mit Abschlussprotokoll und den Anhängen

[9] Verordnung des Außenministers Nr. 74/1956 Slg., über die Transportvereinbarung zwischen der Tschechoslowakischen Republik und der Volksrepublik Polen vom 13. Januar 1956.

[10] Internationaler Vertrag mit Veröffentlichung unter der Nr. 217/1921 Slg.Nationalgesetz, Friedensabkommen zwischen den Vereinten und verbündeten Großmächten und Deutschland und das in Versaille am 28. Juni 1919 unterzeichnete Protokoll

Allgemeine Bestimmungen über die Häfen, Wasserstraßen und Eisenbahnen

Gemäß Artikel 321 des Vertrags von Versailless hat sich Deutschland verpflichtet, Transitfreiheit Personen, Waren, Schiffen, Booten, Wagen, Wagons und der Post zu gewähren, die aus einer der Vereinten oder verbündeten Großmächte kommen oder für diese bestimmt sind, unabhängig davon, ob es sich um eine ausländische Großmacht handelt oder nicht, und zwar auf den Straßen für den günstigsten internationalen Transit, entweder per Bahn, auf dem Flussstraßen oder Wasserstraßen; zu diesem Ziele wird der Transit über die territorialen Gewässer gestattet. Solche Personen, Waren, Schiffe Boote, Wagen, Wagons und die Post erhalten keine Transitgebühren, es kommt zu keinen unnötigen Verzögerungen oder Einschränkungen, und sie werden in Deutschland das Recht darauf haben, dass mit ihnen in jeder Hinsicht genauso verfahren wird wie mit Einheimischen, was die Gebühren und Erleichterungen angeht, und auch in allen anderen Hinsichgten. Die Transitware ist frei von Zoll und anderen ähnlichen Pflichten. Alle Gebühren oder Abgaben, die auf den Transitverkehr erhoben werden, müssen in Bezug auf die Verkehrsbedingungen logisch sein. Keine Gebühren, Vorteile oder Einschränkungen dürfen vom Besitztum oder von der Staatszugehörigkeit des Schiffes oder eines anderen Verkehrsmittels abhängen, das für einen bestimmten Teil der gesamten Transitstrecke verwendet würde oder verwendet werden sollte.

Artikel 323 besagt, dass es Deutschland untersagt ist, einen direkten oder indirekten Unterschid zu machen und Vorteile hinsichtlich der Abgaben, Gebühren oder Verbote bezogen auf den Import in sein Territorium oder auf den Export aus seinem Territorium zu erteilen, die die im Vertrag enthaltenen Sonderverpflichtungen schonen, egal ob es sich dabei um eine Unterscheidung gemäß dem Grenzort des Eintritts oder Austritts oder gemäß dem Charakter, gemäß dem Besitztum oder der von den Verkehrsmitteln verwendete Flagge, oder um eine Unterscheidung danach, woher das Schiff oder das Boot, der Wagon, das Flugzeug oder ein anderes Verkehrsmittel ursprünglich oder zuletzt gestartet ist, oder gemäß seinem endgültigen oder nächsten Bestimmungsort, je nach Reiserichtung oder den Verladungsorten, oder je nachdem, ob der Hafen, vor dem die Waren importiert oder exportiert wurde, ein deutscher Hafen ist oder ein fremder Hafen, oder danach, ob die Ware über See importiert oder exportiert wurde, bzw. auf dem Landwege oder auf dem Luftwege.

Es ist Deutschland insbesondere untersagt, Zuschläge bzw. direkte oder indirekte Prämien für die Ausfuhr oder Einfuhr über deutsche oder ausländische Häfen zulasten der Häfen, Schiffe oder Boote aus einem der Vereinten oder verbündeten Großmächte, auf deutschen oder fremden Schiffen und Booten einzuführen, insbesondere in Form von kombinierten Tarifen. Es ist Deutschland untersagt, Personen oder Waren, die über den Hafen oder per Schiff oder Boot aus einer der vereinten oder verbündeten Großmächte transportiert werden, Formalitäten zu unterziehen oder Verzögerungen entstehen zu lassen, denen diese Personen oder diese Ware nicht unterzogen würde, wenn sie über einen deutschen Hafen oder über einen Hafen einer anderen Großmacht befördert würden, oder wenn ein deutsches Schiff oder Boot verwendet würde oder ein Boot einer anderen Großmacht.

Gemäß Artikel 324 müssen sämtliche geeigneten Maßnahmen verwaltungstechnischer und technischer Natur getroffen werden, um den Transfer der Ware über die Grenze Deutschlands so weit wie möglich zu kürzen und damit die Abfertigung und der Warentransport von diesen Grenzen bezüglich der materiellen Bedingen gewährleistet ist, ungeachtet dessen, ob die Ware aus einer der vereinten oder verbündeten Großmächte stammt oder dafür bestimmt ist, ob sie sich im Transfer aus diesen Gebieten oder in diese Gebiete befinden, insbesondere in Bezug auf die Verkehrsgeschwindigkeit und Betreuung, damit diese Bedingungen gleichzustellen sind mit den Bedingungen für Waren derselben Art, die über das deutsche Territorium zu ähnlichen Transportbedingungen befördert werden. Insbesondere der Transport von schnell verderblicher Ware erfolgt pünktlich und regelmäßig und die Zolluntersuchungen werden so durchgeführt, dass der Warentransport direkt mit den Anschlusszügen fortgesetzt werden kann.

Artikel 325 besagt, dass die Seehäfen der vereinten und verbündeten Mächte alle Vorteile aller ermäßigten Tarife nutzen können, die auf der deutschen Bahn oder auf den befahrbaren deutschen Gewässern zugunsten der deutschen Häfen oder der Häfen einer anderen Macht geboten werden, wobei Deutschland gemäß Artikel 326 nicht die Beteiligung an den Tarifen oder Tarifsystemen ablehnen darf, die darauf abzielen, den Häfen einer der Mächte dieselben Vorteile zu gewähren, wie sie Deutschland den eigenen Häfen oder den Häfen einer anderen Macht gewähren würde.

Freie Schifffahrt

In Artikel 327 wird geschrieben, dass mit den Staatsangehörigen der vereinten und verbündeten Mächte sowie auch mit ihrem Vermögen, mit ihren Schiffen und Booten unter jeder Voraussetzung in allen Häfen und auf den deutschen Binnengewässern wie mit deutschen Staatsangehörigen, deren Vermögen, Schiffen und Booten verfahren wird. Insbesondere sind die Schiffe und Boote einer der vereinten oder verbündeten Mächte dann berechtigt, Ware aller Art und Reisende in alle oder aus allen Häfen oder Orten auf deutschem Gebiet zu befördern, die auch den deutschen Schiffen und Booten zugänglich sind, und zwar unter Bedingungen, die nicht schwieriger sind als die Bedingungen, die für einheimische Schiffe und Boote gelten; es wird mit ihnen ebenso verfahren wie mit einheimischen Schiffen und Booten, wenn es um die Vorteile und Hafen- oder Küstenabgaben geht, inkl. der Vorteile beim Aufenthalt, bei der Beladung und Verladung, ferner dann bezüglich der gewichtsbezogenen Abgaben und Gebühren, Hafenabgaben und – gebühren, Abgaben und Gebühren für die Anlandung, die Lotsendienste, Leuchtturmgebühren und Quarantänegebühren und überhaupt ähnliche Gebühren und Abgaben jeglicher Art, die im Namen und zugunsten der Regierung, der öffentlichen Ämter, Individuen, Gesellschaften oder beliebiger Betriebe erhoben werden. Würde Deutschland einer der vereinten oder verbündeten Mächte einen besonderen Vorteil bieten, werden diese Vorteile sofort und bedingungslos auf alle vereinten und

verbündeten Mächte ausgedehnt. Für Beförderung von Personen und Schiffen sowie Booten werden keine anderen Hemmnisse eingeräumt als jene, die aus den Zoll-, Polizei-, Gesundheits-, Ein- bzw. Auswanderungsvorschriften oder aus den Vorschriften über den Im- und Export verbotener Ware hervorgehen. Diese Bestimmungen müssen logisch und einheitlich sein und dürfen den Transport nicht unnötig behindern.

Freie Zone in den Häfen

Die freien Zonen gemäß Artikel 328, die am 1. August 1914 in den deutschen Häfen vorhanden waren, werden beibehalten. Diese freien Zonen und Zonen, die infolge dieses Vertrags auf deutschem Gebiet eingerichtet werden, unterliegen der in den folgenden Artikeln enthaltenen Ordnung. Für die in eine freie oder aus einer freien Zone beförderte Ware wird eine Einfuhr- oder Ausfuhrgebühr erhoben, ausgenommen davon sind die in Artikel 330 benannten Fälle. Für die in die freie Zone eintretenden Schiffe und Waren können Gebühren erhoben werden, die zur Bezahlung der Verwaltungskosten im Hafen, der Wartungs- und Verbesserungskosten bestimmt sind, sowie auch Abgaben, die für die Nutzung verschiedener Anlagen eingeführt wurden, und zwar unter der Voraussetzung, dass diese Abgaben und Gebühren im Hinblick auf die tatsächlichen Kosten nachvollziehbar sind und gemäß dem Gleichheitsprinzip im Sinne von Artikel 327 erhoben werden. Auf die Ware darf keine andere Gebühr oder Abgabe erhoben werden als die Gebühren, die statistisch maximal 1 Promille ad valorem betragen, und die ausschließlich zur Bezahlung der Serviceleistungen für die Gewährleistung des Hafenverkehrs verwendet werden.

Artikel 329 legt fest, dass die für die Einrichtung der Lagerstätten sowie auch für das Verpacken und das Auspacken der Ware gewährten Vorteile den aktuellen kommerziellen Bedürfnissen entsprechen müssen. Sämtliche Waren, deren Verbrauch in der freien Zone gestattet ist, ist frei von allen Verbrauchsgebühren und allen anderen Gebühren außer den in Artikel 328 umschriebenen statistischen Gebühren. Es wird bezüglich jeder beliebigen Vorschrift dieses Artikels keinerlei Unterschied gemacht, auch nicht zwischen Personen verschiedener Nationalitäten und Waren verschiedenen Ursprungs oder verschiedener Bestimmungsorte.

Die Einfuhrgebühren können gemäß Artikel 330 für Produkte erhoben werden, die die freie Zone verlassen, wenn sie für den Verbrauch in dem Land bestimmt sind, auf dessen Territorium der Hafen liegt. Dem entgegen können Ausfuhrgebühren für Produkte erhoben werden, die aus diesem Land stammen, wenn sie für die freie Zone bestimmt sind. Diese Einfuhr- und Ausfuhrgebühren müssen auf derselben Grundlage und gemäß denselben Tarifen erhoben werden, wie auch ähnliche Gebühren für andere Zollgrenzen des jeweiligen Landes erhoben würden. Andererseits ist es Deutschland untersagt, unter irgendeiner Bezeichnung eine Zollgebühr für die Einfuhr, Ausfuhr oder den Transfer für Produkte erhebt, die über das deutsche Territorium zu Land oder zu Wasser in die freie Zone oder aus der freien Zone und in einen beliebigen anderen Staat oder aus einem beliebigen anderen Staat transportiert wird. Deutschland muss die notwendigen Vorschriften herausgeben, um diesen freien Transfer auf diesen Bahn- und Wasserwegen auf seinem Territorium, das in der Regel als Zugang zur freien Zone dient, zu gewährleisten und zu garantieren.

Elbklausel

Im Teil von Artikel 331 wird die Elbe ab der Flussmündung der Moldau und die Moldau ab Prag als international erklärt; und jeder befahrbare Teil dieses Wassernetzes, der mehr als einem Staat als natürlicher Zugang zur See dient, unabhängig davon, ob mit Verladung von einem Schiff auf ein anderes oder ohne Verladung, ferner Nebenkanäle und Gewässerbetten für die Schifffahrt, die entweder zur Zweiteilung oder zur Vervollkommnung der natürlich befahrbaren Abschnitt des Flussnetzes errichtet wurden, oder zur Verbindung zweier natürlich befahrbarer Teile derselben Wasserstraße.

Auf den Straßen gemäß Artikel 332, die im vorangegangenen Artikel als international bezeichnet wurden, wird mit den Zugehörigen, mit dem Besitztum und mit den Flaggen aller Mächte auf der Basis einer absoluten Gleichheit verfahren, es wird also zum Schaden der Zugehörigen, des Besitztums und der Flagge keiner dieser Mächte ein Unterschied zwischen ihnen und den Zugehörigen, dem Besitztum und der Flagge des Flussstaates selbst oder des Staates gemacht, dessen Zugehörigen, Besitztum oder Flagge die größten Vorteile genießen würde. Die deutschen Schiffe dürfen jedoch keinen Personen- oder Frachttransport auf regelmäßigen Linien zwischen den Häfen einer der vereinten oder verbündeten Mächte ohne Sondergenehmigung betreiben.

Artikel 333 legt fest, dass von den Booten, die die Wasserstraßen oder den Zugang dazu nutzen, Gebühren erhoben werden können, die in Abhängigkeit von den einzelnen Flussabschnitten auch variieren können, sofern es zu einer andauernden Vereinbarung keine gegensätzliche Bestimmung gibt. Die Gebühren müssen ausschließlich dazu bestimmt sein, dass die Kosten für die Aufrechterhaltung der Befahrbarkeit und Verbesserung des Flusses und des Flusszugangs gedeckt ist, oder zur Bezahlung der den Interessen der Schifffahrt gewidmeten Ausgaben. Die Gebührentarife ermitteln sich aus diesen Kosten und hängen in den Häfen aus. Die Gebühre werden so festgelegt, dass die Kosten nicht detaillierte untersucht werden müssen, es sei denn, es besteht der Verdacht auf Schmuggle oder Ordnungswidrigkeit.

Gemäß Artikel 334 kann die transitierende Ware unter Siegel oder Zollaufsicht verbracht werden, wenn beide Ufer des internationalen Flusses demselben Staat angehören. Bildet der Fluss eine Grenze, sind die transitierenden Reisenden oder Waren frei von allen Zollformalitäten. Die Beladung und Verladung der Waren, sowie auch die Ein- und Ausschiffung der Reisenden darf nur in den dazu vom Flussstaat bestimmten Häfen erfolgen.

Artikel 335 legt fest, dass außer den in diesem Teil festgelegten Abgaben auch längs des Flusses keine Abgaben erhoben werden dürfen. Diese Bestimmung verhindert nicht, dass die Küstenstaaten Zoll, örtliche Abgaben oder Verbrauchsabgaben einführen, sowie auch gemäß den öffentlich verkündeten Tarifen logische und einheitliche Hafengebühren für die Nutzung der Kräne, Zugwerke, Küsten, Lagerstätten u. Ä.

Gibt es gemäß Artikel 336 keine Sonderorganisation zur Durchführung der Wartungs- oder Verbesserungsarbeiten am internationalen Abschnitt des Schifffahrtsnetzes, ist jeder Flussstaat verpflichtet, auf geeignete Art und Weise Maßnahmen zu treffen, die zur Beseitigung der Schifffahrtshindernisse oder Gefahr und zur Gewährleistung guter Schifffahrtsbedingungen erforderlich sind. Sollte ein Staat dieser Pflicht nicht nachkommen, kann jeder Flussstaat oder in der internationalen Kommission vertretene Staat, sofern eine solche Kommission errichtet wurde, bei dem zu diesem Zwecke von der Gesellschaft der Nationen ernannten Gericht Klage erheben. Es wird genauso gemäß Artikel 337 verfahren, wenn ein Flussstaat solche Arbeiten vornehmen würde, die der Schifffahrt im internationalen Abschnitt schaden könnten. Das im vorherigen Artikel benannte Gericht kann die Einstellung oder Aufhebung dieser Arbeiten anordnen, wobei es bei seinen Beschlüssen die Bewässerung, die Wasserkräfte und die Fischwirtschaft berücksichtigen muss, sowie auch die übrigen staatlichen Interessen, die bei der Zustimmung aller Flussstaaten oder aller in einer internationalen Kommission vertretenen Staaten, sofern eine solche Kommission ernannt wurde, Vorrang vor den Bedürfnissen der Schifffahrt hat. Eine von der Gesellschaft der Nationen eingereichte Beschwerde bei Gericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Artikel 338 hat festgelegt, dass in den Artikeln 332 und 337 geäußerte Ordnung durch die mit dem allgemeinen Abkommen eingeführte Ordnung ersetzt wird, die von den vereinten und verbündeten Mächten vereinbart und von der Gesellschaft der Nationen ratifiziert wird, und die die Wasserwege betrifft, mit dem das besagte Abkommen den internationalen Charakter einräumen würde (mit diesem internationalen Vertrag, der die Elbschifffahrt regelt, wurde anschließend der Vertrag unter Nr. 222/1923 Slg., Nationalgesetz, Elbschifffahrtsakte mit Abschlussprotokoll, die in Dresden am 22. Februar 1922 unterzeichnet und mit dem Nachtragsprotokoll ergänzt wurde, das in Paris am 31. März 1923 unterzeichnet wurde, im Wortlaut des internationalen Vertrags Nr. 37/1924, Slg., Nationalgesetz, Nachträgliches Abkommen zur Elbschifffahrtsakte, vereinbart in Prag am 27. Januar 1923, veröffentlich).

Dieses Abkommen kann sich insbesondere auf alle Flussnetze der Flüsse Elbe, Oder, Russtrom-Memel-Niemen und Donau oder auf deren Abschnitte beziehen, sowie auch auf andere Bestandteile dieser Flussnetze, die mit ihnen gemäß denselben Prinzipien beurteilt werden könnten. Deutschland verpflichtet sich in Übereinstimmung mit den Bestimmungen in Artikel 379, dem allgemeinen Abkommen beizutreten, sowie auch allen Entwürfen zur Revision der andauernden internationalen Vereinbarungen und Ordnungen.

Deutschland tritt den beteiligten vereinten und verbündeten Mächten gemäß Artikel 339 maximal innerhalb von drei Monaten nach der Bekanntgabe einen Teil der Bugsierdampfer und Boote ab, die in den Matrikenbüchern der Häfen in den in Artikel 331 geführten Flussnetzen erfasst sind. Deutschland tritt den beteiligten vereinten und verbündeten Mächten ebenfalls Material aller Art ab, das zur Nutzung dieser Flussnetze erforderlich ist. Die Anzahl der abgetretenen Bugsierdampfer und Botte und die Summe der abgetretenen Hilfsmittel sowie die Aufteilung dessen werden von dem von den Vereinigten Staaten Amerika benannten Schiedsrichter resp. Schiedsrichtern bestimmt; diese Bestimmung wird im Hinblick auf den begründeten Bedarf der beteiligten Parteien, insbesondere aufgrund des Schiffverkehrs in den letzten fünf Jahren vor dem Krieg. Alle abgetretenen Schiffe müssen mit ihrem Segeltakel und Zubehör ausgestattet sein, sich in einem guten Zustand befinden, verkehrstüchtig für den Warentransport sein und werden von den zuletzt gestellten Schiffen ausgesucht. Die in diesem Artikel umschriebenen Vorgehensweisen werden zu einer Entschädigung, deren Höhe, von einem oder mehreren Schiedsrichtern festgelegt, keinesfalls die Anschaffungskosten des abgetretenen Materials überschreiten darf, und in der Gesamtsumme verrechnet wird, die Deutschland schuldig ist; daher ist es Sache von Deutschland, die Eigentümer zu entschädigen.

Die Elbe wird gemäß Artikel 340 an die Verwaltung der internationalen Kommission abgegeben, deren Mitglieder da sind: 4 Vertreter der deutschen Flussstaaten, 2 Vertreter des tschechoslowakischen Staates, 1 Vertreter von Großbritannien, 1 Vertreter aus Frankreich, 1 Vertreter aus Italien und 1 Vertreter aus Belgien. Jede Delegation hat genauso viel Stimmen, wie ihr auch Vertreter zustehen, unabhängig davon, wie viele Mitglieder anwesend sind. Ist es nicht möglich, einige dieser Vertreter zu einem Zeitpunkt zu ernennen, in dem dieser Vertrag in Kraft tritt, ist der Beschluss der Kommission trotzdem rechtskräftig.

Die internationale Kommission trifft sich gemäß Artikel 340 drei Monate nach Inkrafttreten dieses Vertrags. Die Kommission beginnt unverzüglich mit der Erstellung des Antrags auf Revision der andauernden internationalen Vereinbarungen und Ordnungen. Dieser Entwurf wird im Einklang mit dem allgemeinen Abkommen erstellt, das in Artikel 338 berücksichtigt wird, sofern dieses Abkommen bereits vereinbart wurde; anderenfalls wird der Antrag auf Revision im Einklang mit den in den Artikeln 332 und 337 geäußerten Prinzipien erstellt.

Der im vorangegangenen Artikel benannte Entwurf soll gemäß Artikel 334 insbesondere: (i) den Sitz der internationalen Kommission wählen und die Art bestimmen, mit der der Vorsitz ernannt wird, (ii) den Umfang der Kompetenzen der Kommission definieren, insbesondere der Parteien, die die Wartungsarbeiten, Adaptionen und Verbesserungen auf dem Flussnetz durchführen, bezüglich der finanziellen Prinzipien, der Gebühreneinführung und Gebührenerhebung und bezüglich der Schifffahrtsordnung und (iii) die Flussteile und deren Nebenflüsse abgrenzen, auf die sich die internationale Verwaltung beziehen wird.

Die internationalen Vereinbarungen und Ordnungen gemäß Artkil 346, nach denen sich die Fahrt auf der Elbe richtet, bleiben vorerst bis zur Verabschiedung des obig erwähnten Revisionsantrags gültig. Jedoch in allen Fällen, in denen die Vereinbarungen und Ordnungen den Bestimmungen der oberen Artikel 332 und 345 oder der allgemeinen Vereinbarung widersprechen, die geschlossen werden soll, gelten die zuletzt benannten Bestimmungen.

Die dem tschechoslowakischen Staat die Nutzung der Nordhäfen verleihende Klausel

Artikel 363 legt fest, dass Deutschland dem tschechoslowakischen Staat im Hamburger und Stettiner Hafen Landstücke für eine Zeit von 99 Jahren verpachtet, die der allgemeinen Ordnung über die freien Zonen für den direkten Warentransfer aus diesem Staat oder in diesen Staat unterworfen werden.

Artikel 364 legt fest, dass die Begrenzung dieser Landstükke, deren Adaptierung, Art der Verwendung und überhaupt alle Bedingungen der Nutzung, inbegriffen auch der Pachtpreis, von der Kommission bestimmt wird, die sich aus einem Vertreter Deutschlands, einem Vertreter des tschechoslowakischen Staates und einem Vertreter aus Großbritannien zusammensetzt. Diese Bedingungen können alle zehn Jahre auf derselben Art und Weise untersucht werden. Deutschland erklärt zuerst, dass es mit den Bestimmungen einverstanden ist, die somit eintreten.

Beschluss der Kommission gemäß Artikel 364 des Vertrags von Versailless

Für den Import und den Export über Hamburg hatte die Umsetzung der Artikel 339. 363 und 364 des Friedensabkommens mit Deutschland über die Zuteilung und Verpachtung der Hafenzone eine besondere Bedeutung. Während die der Pachtung der Landstücke im Hamburger Hafen, die als zollfreie Zone für den direkten Transfer der Ware in die und aus der Tschechoslowakei für eine Zeit von 99 Jahren (Art. 363) verwaltet werden, gewidmeten Artikel, und die Realisierung dieser Bestimmung durch die gemischte deutsch-britisch-tschechoslowakische Kommission (Art. 364) keine unterschiedlichen Interpretationen hervorrufen, ermöglichte die Formulierung in Art. 339 (Abtretung der zugeteilten Quote der Bugsierdampfer und Boote und „des Materials aller Art, das für die Nutzung dieser Flussnetze erforderlich ist), eine nicht eindeutige Interpretation. Die deutsche Seite behauptete nämlich, dass es diese Bestimmung erfüllt hat, denn es trat an die Tschechoslowakei die gewünschte Anzahl der Schiffe ab und gewährte Anlagen außerhalb des freien Hamburger Hafens (Güterumschlagplatz in Magdeburg). Die tschechoslowakische Partei bestand jedoch auf die Gewährung einer Anlage direkt im freien Hamburger Hafen. Der amerikanische Schiedsrichter Walker D. Hines behielt sich daher am 12. August 1921 die Möglichkeit vor, den Beschluss über die Rückführung der Schiffe zu ergänzen, wenn die tschechoslowakischen Anforderungen an die Anlagen im Hamburger Hafen nicht erfüllt werden. Die tschechoslowakische Regierung erneuerte mit Zustimmung der britischen Regierung 1924 die vorherigen ergebnislosen temporären bilateralen Verhandlungen mit der deutschen Regierung über die Umsetzung der jeweiligen Artikel im Friedensabkommen, obwohl die Federführung der benannten dreiköpfigen Kommission zustand. Beide Parteien einigten sich, dass sie der Kommission ihren Entwurf vorlegen, und sollte keine Übereinkunft gefunden werden, würde die Kommission allein entscheiden. Die britische Regierung hat diese Vereinbarung respektiert.

Der zwischenbehördliche Ausschuss der tschechoslowakischen Regierung erstellte auf deutschen Antrag für die Hafenzone zu Beginn des Jahres 1924 eine Ausarbeitung mit dem Titel „Entwurf der tschechoslowakischen Antwort auf die Frage der deutschen Delegation (Vergleich der Hamburger Hafeneinrichtungen mit dem Hamburger Hafenumschlage)“. Das Begleitschreiben dazu besagt, dass „bei der Berechnung zu berücksichtigen war, dass unsere [tschechoslowakischen] lokalen Anforderungen relativ betrachtet wesentlich geringer sind als uns eigentlich gemäß der gesamten Hamburger Umladung zustehen sollte“. Die Tschechoslowakei beanspruchte für den Speicher und den Küstenlagerplatz eine Fläche von 26.000 m^2 (davon 15.000 m^2 im Oderhafen, 3.000 m^2 im Travehafen und 7.500 m^2 im Moldauhafen), ferner nicht überdachte Lagerflächen von 21.000 m (davon im Oderhafen 5.000 m^2, im Rodewichhafen 5.000 m^2, im Travehafen 8.000 m^2 und im Moldauhafen 3.000 m^2), Gebäude und Einrichtungen von 28.000 m^2 (Verwaltungsgebäude 1.000 m^2, Lager für Material und Ersatzteile 2.000 m^2, Schiffswerft 20.000 m^2 und soziale und humanitäre Einrichtungen 5.000 m^2), sowie Räume für die Sortierung und Verpachtung 10.000 m^2, insgesamt also 85.000 m^2. Hinzu kam die Anforderung an die Fläche für die Infrastruktur mit dem gleichen Maß. Insgesamt beanspruchte unsere Delegation 170.000 $m_{\text{¸}}$, was als nur 40 % des möglichen Anspruches der tschechoslowakischen Partei interpretiert wurde.

Als Grundlage für eine weitere bilaterale Verhandlung erstellte die statistische Subkommission Ende März 1925 einen umfangreichen retrospektiven Widerspruch über das wahrscheinliche Volumen des tschechoslowakischen Überseehandels und den Transfer durch Hamburg, der die Rolle des Hilfsmaterials für die Festlegung der Größe der begehrten Stellflächen erfüllen sollte. Die Verhandlungen zogen sich jedoch in die Länge. Der Chef der deutschen Delegation Artur Seelinger schlug seinem tschechoslowakischen Partner Kamil Krofta vor, die Delegationen mögen sich zuerst über die Lokalität der tschechoslowakischen Hafenzone einig werden und erst dann sollten die delikaten Angelegenheiten seines rechtlichen Regimes verhandelt werden, denn „die Deutschen sind vom tschechoslowakischen Streben nach Beschränkung ihrer souveränen Rechte über die freien Zonen schmerzlich betroffen“, insbesondere im Zollbereich.

In der Verhandlung traten weiterhin beachtliche Differenzen zwischen beiden Parteien zum Vorschein, als die Frage der Interpretation der Friedensabkommen verhandelt wurden und die Anwendungsmethoden für die statistische Berechnung des tschechoslowakischen Transfers über Hamburg. Im Juni 1925 bot Deutschland Flächen über ein Gesamtmaß von 30.000 $m_{\text{¸}}$ auf der Speeinsel an, und war bereit, einen Teil dieser Fläche gemäß Artikel 339 des Friedensabkommens außerhalb des freien Hafens zu platzieren. Im Februar 1962 hatte Deutschland diese Entwurf partiell modifiziert. Der Antrag wurde für die Tschechoslowakei unvorteilhaft, denn die angebotene Fläche war mit keinen Hafenanlagen ausgestattet und entsprach nicht den tschechoslowakischen Vorstellungen über die Möglichkeit der Errichtung einer separaten Zone ohne Nähe zu Wettbewerbsfirmen und den Vorstellungen über die rationale Zusammenführung mit den übrigen Hafenteilen.

Im Jahre 1925 und 1926 veranstaltete das Handelsministerium eine Umfrage in den tschechoslowakischen Wirtschafts- und Transportkreisen über den Bedarf eigener Seezonen und über

die Anlagen der tschechoslowakischen Seegesellschaft. Sie hatte ein „insgesamt sehr zurückhaltendes Ergebnis und berechtigte nicht dazu, umfangreiche Pläne mit Investitionen in der Höhe von mehreren Millionen zu realisieren ... Der einzige ernsthafte Interessent an der partiellen Durchsetzung unserer Rechte war die Tschechoslowakische Elbschifffahrt". Der zwischenbehördliche Ausschuss erließ aufgrund der umschriebenen Umfrage im Jahre 1926 einen Bericht an die Regierung, in dem er festhielt, dass es aus wirtschaftlichen Gründen notwendig ist, nur eine Flusszone in Hamburg einzurichten, denn die Meinung über die Einrichtung von Seezonen war nicht einheitlich und die Realisierung würde große Investitionen fordern. Er empfahl jedoch, die Rechte auf eine Hafenzone in Hamburg und einer Hafenzone in Szczecin nicht aufzugeben. Die Regierung hat diesen Bericht im Oktober 1926 verabschiedet.

Die tschechoslowakische Delegation konzentrierte sich daher nur auf die Realisierung der Pachtzone für die Binnenschifffahrt im freien Hafen von Hamburg. Das Recht auf Einrichtung der erwähnten Zonen in Hamburg und in Szczecin behielt sie sich vor. Im August und September 1927 kamen die tschechoslowakische und deutsche Delegation bezüglich der Flussschifffahrt überein. Gemäß § 363 des Friedensvertrags bot die deutsche Delegation im Saalehafen und Moldauhafen 22.650 m^2 ebene Fläche von 5.890 m^2 am Hang, womit sie ihre ursprünglichen Entwürfe erweiterte. Gemäß Art. 339 bot sie einen Platz außerhalb des freien Hamburger Hafens in Peutehafen mit einer ebenen Fläche von 4.300 m^2 und einer Fläche am Hang von 2.320 m^2 für den lokalen Verkehr zwischen der ČSR und Hamburg, für die Reparatur der Schiffe und Ankerplätze für die ČPSL unter der Bedingung, dass alle Bedingungen seitens der ČSR gemäß Art. 339 erfüllt werden und dass die ČSR auf die Möglichkeit verzichtet, dass Hines seinen Beschluss ergänzt. Am 2. November 1929 erließ die dreiköpfige Kommission (die Vertreter für Deutschland, Großbritannien und die ČSR) den „Beschluss" (Abkommen über die tschechoslowakische Pachtzone im Hamburger Hafen[11] über die Zuteilung der Landstükke im Hamburger und Stettiner Hafen gemäß Art. 364. Den Beschluss akzeptierte die bilaterale Vereinbarung der ČSR und von Deutschland hinsichtlich der Einrichtung einer tschechoslowakischen Pachtzone für die Binnenschifffahrt im freien Hafen von Hamburg und die Verschiebung der Verhandlungen über die Seezonen. Aufgrund des Beschlusses der Kommission, die gemäß § 364 des Friedensabkommens von Versailless ernannte wurde und die sich aus Dr. Arthur Seelinger, dem außerordentlichen Botschafter und bevollmächtigten Ministers, dem Vertreter für Deutschland, Dr. Kamil Krofta, dem außerordentlichen Botschafter und bevollmächtigten Ministers, Vertreter der Tschechoslowakei (*1876–†1945, Botschafter im Vatikan und in Berlin, Außenminister in den Jahren 1936 bis 1938, aktiver Widerstandskämpfer, verstarb an den Folgen der Verhaftung in der Kleinen Festung von Theresienstadt), und Francise Alfred Olivier, Esq., C.B.E., dem königlich-britischen Generalkonsul, Vertreter von Großbritannien, werden an die Tschechoslowakische Republik gemäß dem beigefügten Pachtvertrag zwischen der Freien und Hansestadt Hamburg und der Tschechoslowakischen Republik über die auf Grund der Artikel 363 und 364 des Vertrags von Versailless zu verpachtenden Landstücke im Hamburger Hafen für 99 Jahre Landstücke am Halleschen Ufer und am Dresdner Ufer im Hamburger Hafen[12] und dem Protokoll I und II über Sonderabsprachen verpachtet, wie in diesem Pachtvertrag genau markiert wurde. Der Pachtvertrag ist integrierender Bestandteil dieses Beschlusses und trat gleichzeitig mit diesem Beschluss in Kraft. Das Deutsche Reich verabschiedete eine Garantie für die Durchführung dieses Mietvertrags. Alle diese Dokumente wurden am 2. November 1929 unterzeichnet und von der Regierung am 11. April 1930 verabschiedet.

Die gepachteten Landstücke nennen sich Tschechoslowakisches Pachtgelände für die Binnenschifffahrt im Hamburger Freihafen.

Das tschechoslowakische Pachtgelände ist für den direkten Transfer aus der Tschechoslowakischen Republik und in die Tschechoslowakische Republik bestimmt. Unter direktem Transfer ist die Beförderung der Ware zwischen dem Meer und de Tschechoslowakischen Republik über das tschechoslowakische Pachtgelände ohne Verladung auf dem deutschen Zollgebiet zu verstehen. Der direkte Transfer hört jedoch nicht auf, selbst wenn wegen einer höheren Gewalt, wegen des Wasserstands oder einer Havarie die Ware umgeladen werden muss.

Entstehen Streitigkeiten über die Verwendung oder über die Interpretation dieses Beschlusses, bemühen sich insbesondere der Vermieter und der vom Mieter ernannte Vertreter diese zu begleichen. Gelingt dies nicht, unternehmen die deutsche und die tschechoslowakische Regierung denselben Versuch. Versagt auch dieser Versuch, entscheidet der Ständige Internationale Gerichtshof in Haag, sofern sich die beteiligten Staaten vielleicht nicht einigen sollten.

Die Revision dieses Beschlusses wird gemäß Artikel 364 des Friedensabkommens von Versailless alle 10 Jahre stattfinden, sofern es die Deutsche oder Tschechoslowakische Regierung vorschlagen. Die Revision kann die Abgrenzung der in Artikel 363 im Friedensabkommen von Versailless bezeichneten Landstücke betreffen, deren Adaption, die Art der Nutzung und überhaupt alle Bedingungen der Nutzung, das Pachtgeld inbegriffen.

Protokoll I über Sonderabsprachen[13]

Am 2. November 1929 erließen Dr. Arthur Seeliger, außerordentlicher Botschafter und bevollmächtigter Minister, stellvertretend für die deutsche Regierung, und Dr. Kamil Krofta, außerordentlicher Botschafter und bevollmächtigter Minister in Vertretung für die Tschechoslowakische Regierung, die Erklärung, in der beide Regierungen eine praktische Lösung der diskutierten Fragen anstreben, und zwar Protokoll I über

[11] Beschluss der Kommission vom 2. November 1929, der gemäß Art. 364 des Friedensabkommens von Versaille gefasst wurde.

[12] Pachtvertrag zwischen der Freien und Hansestadt Hamburg und der Tschechoslowakischen Republik gemäß Artikel 363 und 364 des Vertrags von Versailles vom 2. November 1929.

[13] Protokoll I über Sonderabsprachen, der zwischen Deutschland und der Tschechoslowakischen Regierung bei der Herausgabe des Beschlusses gemäß den Artikeln 363 und 364 des Friedensabkommens von Versailles vom 2. November 1929 vereinbart wurden.

Sonderabsprachen, das zwischen den Regierungen von Deutschland und der Tschechoslowakei bei Erlass des Beschlusses gemäß den Artikel 363 und 364 des Friedenabkommens von Versailless vereinbart wurden.

Unter einem direkten Transfer gemäß Artikel 363 ist gemäß den Friedensabkommen von Versailless der Transfer der Ware zwischen der Tschechoslowakei und dem Meer zu verstehen, auch wenn dies per Eisenbahn zwischen der Tschechoslowakei und der tschechoslowakischen Pachtzone in Hamburg passiert. Dem Charakter des direkten Transfers gemäß Artikel 363 des Friedensabkommens von Versailless widerspricht auch nicht, wenn die Ware auf der Bahn mit mehreren Karten (verkartete Sendungen) oder gemäß mehreren Verträgen (erneut aufgegebene Sendungen) abgefertigt wird, ohne dass die Ware tatsächlich umgeladen wird. Der Beschluss wird nicht daran hindern, dass auch die Ware, die sich nicht im direkten Transfer aus der Tschechoslowakei oder in die Tschechoslowakei befindet, über die tschechoslowakische Pachtzone transportiert wird.

Die an den gepachteten Landstücken anliegende Küste im Süden bis hin zur Niedernfelder Brücke wird während der Pacht weder vermietet, noch zur Nutzung für eine Umladung und für die private Lagerung überlassen. Dem Pächter ist es während der Dauer des Pachtvertrags gestattet, die Wasserfahrzeuge und schwimmenden Anlagen für die Umladung die Wasserflächen vor dem Halleschen Ufer und vor dem gepachteten Teil des Dresdener Ufers bis hin zur Linie, die heute von einer Reihe von Rammpfählen zum Anleinen der Schiffe im Saalehafen bestimmt wird und ungefähr 70 m von der heutigen Baulinie am Halleschen Ufer entfernt ist, einzunehmen. Auch hinter dieser Linie kann der Pächter die anliegende Wasserfläche in einem solchen Umfang mit Wasserfahrzeugen einnehmen, wie es die Verkehrsverhältnisse im Ermessen des jeweiligen Hafenamtes gestatten, wobei die tschechoslowakischen Bedürfnisse am meisten berücksichtigt werden. Dem Pächter ist die Nutzung der Wasserbrücke vorbehalten, die sich heute in Saalehafen befindet, und zwar in Übereinstimmung mit ihrer Bestimmung. Auf Wunsch des Pächters entfernt der Verpächter diese Wasserbrücke auf eigene Kosten ganz oder zu Teil. Das zuständige Hafenamt kann die benannten Wasserflächen in Rücksprache mit dem Pächter durch fremde Fahrzeuge einnehmen, sofern der Pächter diese nicht nutzt. Die Abgrenzung dieser Flächen kann sich jederzeit in Rücksprache zwischen dem Pächter und dem Verpächter ändern.

Bei der Durchführung oder Instandhaltung der Bauten und Anlagen auf den gepachteten Flächen dürfen auch unverzollte Materialien, Werkzeuge und Maschinen verwendet werden.

Es besteht Einigkeit darin, dass die bezüglich des Einfuhr-, Ausfuhr- und Transferverbots getroffenen Abmachungen, die im Freien Hafen von Hamburg gelten, nicht den von beiden Regierungen in der Frage des Transferverbots vertretenen prinzipiellen Standpunkten und deren Kontrollen bei der Verhandlung über die Durchführung der Artikel der Elbakte vorgreifen.

Was die Erteilung der Aufenthaltsgenehmigung und die Beschäftigung der Mitarbeiter anbelangt, die für den Betrieb der tschechoslowakischen Pachtzone bestimmt sind, wird von deutscher Seite ein wohlwollender Umgang bei der Anwendung der geltenden vorschriften zugesagt. Es besteht Einigkeit darüber, dass zur Unterverpachtung der verpachteten Flächen an eine Person, die weder die deutsche noch die tschechoslowakische Staatsangehörigkeit trägt, die Zustimmung des Vermieters notwendig ist.

Um den tschechoslowakischen Transfer auf der Elbe zu vereinfachen, haben sich im Prinzip beide Regierungen geeinigt, dass die Schiffe, die im Hamburger Freihafen eine Ladung zur Beförderung im direkten Transfer in die Tschechoslowakei angenommen haben, sofort nach dem Betreten des deutschen Zollgebiets von tschechoslowakischer Seite direkt mit Verschlüssen zur vorläufigen Zollabfertigung für die Tschechoslowakei versehen werden können.

Die Deutsche und Tschechoslowakische Regierung haben sich geeinigt, dass es angebracht ist, die Verpachtung der Landstücke für die Seeverfrachtung im Hamburger Freihafen auch vor Ablauf der Frist für die Revision des Beschlusses zu ermöglichen, und deshalb verpachtet der Senat der Freien und Hansestadt Hamburg, resp. die Preußische Regierung, jederzeit an die Tschechoslowakische Republik oder an eine private Gesellschaft, mit der sie haftet, unter den allgemeinen Bedingungen, die im jeweiligen Falle für tschechoslowakische Verhältnisse am günstigsten sind, die Küste für Seeschiffe mit den entsprechenden Einrichtungen im Hamburger Freihafen, und mit redlicher Berücksichtigung der tschechoslowakischen Bedürfnisse. Da die Dauer des Pachtvertrags gemäß dem deutschen Recht eingeschränkt ist, wird der Tschechoslowakischen Republik ein Optionsrecht auf Verlängerung des Pachtvertrags eingeräumt, die gemäß dem Vorangegangenen vereinbart wurden, und zwar zumindest für die Zeit, damit der Pächter innerhalb von ca. 50 Jahren ab der Vereinbarung des Pachtvertrags seine auf dem gepachteten Grundstück getätigten Investitionen amortisieren kann. Zu den günstigsten Bedingungen werden auch jene Bestimmungen des Beschlusses, des Pachtvertrags und der Sonderabsprachen über die Nutzung und den Gebrauch der gepachteten Landstücke gerechnet, die die allgemeinen Bedingungen, die sonst bei der Verpachtung der Küste für Seeschiffe in Hamburg üblich wären, überschreiten würden, sofern diese mit den besonderen Verhältnisses der Seehäfen in Hamburg vereinbar sind.

Protokoll II über die Sonderabsprachen

Am 2. November 1929 erließen Dr. Arthur Seeliger, außerordentlicher Botschafter und bevollmächtigter Minister, stellvertretend für die deutsche Regierung, und Dr. Kamil Krofta, außerordentlicher Botschafter und bevollmächtigter Minister in Vertretung für die Tschechoslowakische Regierung, die Erklärung, in der beide Regierungen eine praktische Lösung der diskutierten Fragen anstreben, und zwar Protokoll II über Sonderabsprachen, das zwischen den Regierungen von Deutschland und der Tschechoslowakei bei Erlass des Beschlusses gemäß den Artikel 363 und 364 des Friedenabkommens von Versailless vereinbart wurden.

Beide Regierungen bestätigen, dass der Besitz und die Nutzung des an der Peute im Hamburger Hafen, Peutehafen, Peutekanal und Peutestraße liegenden Grundstücks unter den Bedingungen an die Tschechoslowakische Regierung übergeht, die zwischen ihr und dem Hamburger Senat vereinbart

wurden. Die deutsche Regierung erklärt, dass wird unverzüglich ein Entwurf für die Übertragung dieses Grundstücks erstellt. Beide Regierungen bestätigen, dass die Bedürfnisse der Tschechoslowakischen Republik ferner in Absprache mit dem Hamburger Senat und der Tschechoslowakischen Republik befriedigt wurden, was die Reparaturwerkstätten und die Ankerplätze für die tschechoslowakischen Schiffe im Zollgebiet des Hamburger Hafens anbelangt. Beide Regierungen sind sich darin einig, dass damit alle Ansprüche, die die Tschechoslowakei eventuelle aus Artikel 339 des Friedensabkommens von Versailless eventuelle haben könnte, beglichen sind, sofern sich dieser Artikel auf das Elbgewässer bezieht.

Pachtvertrag zwischen der Freien und Hansestadt Hamburg und der Tschechoslowakischen Republik[14]

„Der Pachtvertrag „ wich in seiner Bedeutung vom gewöhnlichen Pachtvertrag ab. In erster Linie war er Bestandteil des „Beschlusses". Bürge wurde der deutsche Staat. Die Länge der Miete wurde auf 99 Jahre festgelegt. In Streitfällen wurde ein Schiedsverfahren eröffnet. Zu den weiteren weniger gewöhnlichen Maßnahmen gehörten das Eigentum an den Bauten und Anlagen, die Möglichkeit des Baus von Speichern, die Genehmigung von Abweichungen von den Zollbestimmungen, die Führung der Statistik durch die tschechoslowakische Partei, d. h. durch den Pächter, das Schiedsverfahren des Ständigen internationalen Gerichtshofes. Teil C des Protokolls I garantierte die den Zollverschluss, d. h. die unkontrollierte Einfuhr in Richtung ČSR nicht nur für Schiffe aus der ČSR-Zone, sondern auch aus dem gesamten Freihafen ungeachtet der Schiffsflagge. So wurde die Elbakte erweitert, denn sie bezog sich nur auf den unkontrollierten Transfer (Export) stromabwärts. Gemäß Teil D des Protokolls I war es möglich, die Zuteilung der Seezone nach gegenseitiger Absprache bei den Zehnjahresrevisionen zu beanspruchen. Deutschland hatte sich ferner verpflichtet, diese Bedürfnisse der ČSR jederzeit zu befriedigen, jedoch außerhalb des Friedensvertrags unter den gegebenen Bedingungen. Mit dem Protokoll II gewann die ČSR das Grundstück und die Wasserfläche in der Peute.

Gemäß der offiziellen Stellungnahme des Außenministeriums für wurden die Ergebnisse der aus „praktisch-wirtschaftlichen" Sicht, langjährigen Verhandlungen für die tschechoslowakische Elbschifffahrt als vollkommen ausreichend charakterisiert. Aus politischer Sicht stellten die Schlüsse jedoch einen Kompromiss dar, denn „für unsere Zugeständnisse prinzipieller Natur in der Frage eines rechtlichen Regimes entschied sich Deutschland dafür, uns in vollem Umfang auf politisch-wirtschaftlichem Feld entgegen zu kommen". In einer internen Sitzung der Sektionschefs des Außenministeriums fasste jedoch der Vertreter des Außenamtes und Chef der Delegation für Verhandlungen mit der deutschen Seite, der Sonderbeauftragte K. Krofta, die Ergebnisse der Verhandlungen realistischer zusammen: „Die maximalistischen Theorien, die die Souveränität der Tschechoslowakei in diesen Zonen bedeuteten, mussten abgelegt werden, zum einen, weil sie zweifelhaft waren und zum anderen, weil sie keine praktischen Werte hatten und insbesondere, weil das eine ständige Feindschaft mit Deutschland bedeuten würde. Wir haben praktisch nur einige Hoheitsrechte gerettet, aber in Wirklichkeit hat das keine große Bedeutung, da es sich um einen Freihafen handelt."

Im Regierungsentwurf (Druck 690) vom 2. Oktober 1930, mit dem der Nationalversammlung zur Einverständniserklärung das Abkommen und das Statut über das internationale Regime der Seehäfen vorgelegt werden, die in Genf am 9. Dezember 1923 unterzeichnet wurden, wird im Gründebericht (Artikel 2) gesagt: „Damit ... die Bedingung der Gegenseitigkeit nicht so interpretiert wird, dass die Binnenstaaten, die keinen eigenen Seehafen haben, in den fremden Häfen nicht von den Vorteilen des Statuts für ihre Flotten nutzen können, da sie den anderen Vertragsstaaten keine Gegenseitigkeit bieten können, verabschiedete die Konferenz den Entwurf der tschechoslowakischen Delegation, dass im Unterschriftsprotokoll (Punkt 4) ausdrücklich aufgelistet ist, dass auch solche Staaten dem Abkommen beitreten und die daraus sich ergebenden Vorteile nutzen können, die in diesem Falle einseitig sind. Die Binnenstaaten, die jedoch in einigen Häfen eines fremden Staates eine freie Zone haben, die für den Transit bestimmt ist (wie bspw. die Tschechoslowakei in Hamburg und Szczecin), können den Vertragsstaaten eine partielle Reziprozität in diesen Zonen bieten (siehe Art. 15)." Ferner besagt Artikel 20: „Hier ist insbesondere der Sinn dieser Bestimmung zu erläutern, soweit es um die Rechtslage der Seehäfen geht, die an einem Fluss mit internationaler Bedeutung liegen (wie bspw. Hamburg an der Elbe oder Szczecin an der Oder). Diese Häfen unterliegen sowohl den Bestimmungen dieses Staates als auch dem Statut über das Regime der Wasserstraßen mit internationaler Bedeutung (Art. 9). Eventuelle Streitigkeiten, die aus dieser Situation hervorgehen könnten, werden mit den Bestimmungen in Art. 20 in dem Sinne beseitigt, dass aus ähnlichen Bestimmungen dieser beiden Statute jenes gilt, welches der Schifffahrt größere Vorteile bietet." Gemäß Artikel 24 „kann die Tschechoslowakische Republik, die keine Seehäfen hat, nur all jene Vorteile nutzen, die das Abkommen den – bisher sehr kräftigen – Schiffen bewährt, die unter der tschechoslowakischen Flagge in den Seehäfen aller übrigen Vertragsstaaten verkehren, ohne zu Gegenleistungen verpflichtet zu sein als jene, die in Art. 15 des Statuts für den Fall vorgesehen sind, dass sie im Hamburger und Stettiner Hafen durch die Durchführung von Art. 363 des Vertrags von Versailless besondere Seezonen erwirbt.

Mit dem Beschluss der dreiköpfigen Kommission erwarb die Tschechoslowakei gemäß Art. 364 des Friedensabkommens von Versailless durch den Pachtvertrag zwischen der Tschechoslowakei und Hamburg und der Pacht der Landstücke im Hamburger Hafen gemäß Artikel 363 und 364 des Friedensabkommens von Versailless, sowie auch mit den Protokollen I und II über die Sonderabsprachen, die zwischen der tschechoslowakischen und der deutschen Regierung bei der Herausgabe des Beschlusses gemäß den Artikeln 363 und 364 des Friedensabkommens von

[14] Protokoll II über Sonderabsprachen, die zwischen Deutschland und der Tschechoslowakischen Regierung beim Erlass des Beschlusses gemäß Artikel 363 und 364 des Friedensabkommens von Versaille vom 2. November 1929

Versailles getroffen wurden (diese Dokumente wurden in Hamburg am 2. November 1929 unterzeichnet und von der tschechoslowakischen Regierung verabschiedet), nur eine Pachtzone für die Binnenschifffahrt im Freihafen Hamburg. Sollte sich jedoch für die Zukunft die Notwendigkeit zeigen, eine Seezone in Hamburg oder Szczecin zu errichten, garantieren es Tschechoslowakei einerseits einen Beschluss und zum Anderen ein Protokoll zur Befriedigung aller logischen Bedürfnisse in dieser Richtung. Durch den Beitritt zum Abkommen und zum Statut über das internationale Regime der Seehäfen werden der Tschechoslowakei, die bisher auch keine partielle Reziprozität bieten kann, von der in § 5 des Statuts gesprochen wird, einseitige Vorteile zuteil."[15]

Beurteilen wir nun das Ergebnis der Konferenzarbeiten näher aus der Position der Freiheit und Entwicklung der Schifffahrt, muss anerkannt werden, dass im Grundsatz Prinzipien verteidigt wurden, deren Geltendmachung unter der Voraussetzung einen wohlwollenden Einfluss auf diese Entwicklung nehmen wird, dass das Abkommen von möglichst einer hohen Zahl an Staaten ratifiziert wird, deren Vertreter ihn in Genf 1923 abgestimmt hatten. Die Prinzipien waren allerdings bereits in vielen Geschäfts- und Schifffahrtsverträgen aus der Vorkriegszeit enthalten und wurden in der Praxis auch dort angewandt, wo es keine vertraglichen Verpflichtungen gab. Trotzdem bedeutet die Kodifizierung in Form eines weltweit internationalen Abkommens einen großen Fortschritt und gleichzeitig eine erhebliche Vereinfachung des Nachkriegssystems der Geschäftspolitik. Die Regierung legt beiden Parlamenten der Nationalversammlung den Entwurf vor und erklärte formell den Wunsch, dass diese Vorlage im Abgeordnetenhaus vom Auslandsausschuss und von technischen Verkehrsausschuss und im Senat vom Auslandsausschuss und vom technischen Verkehrsausschuss verhandelt wird.[16]

Im Bericht des technischen Verkehrsausschusses und des Auslandsausschusses des Abgeordnetenhauses über den Regierungsentwurf (Druck 690) vom 18. Dezember 1930, mit dem die Nationalversammlung das Abkommen und das Statut über das internationale Regime der Seehäfen zur Einverständniserklärung vorgelegt hat, die in Genf am 9. Dezember 1923 unterzeichnet wurden (Druck 788) ist besagt: „Wie bekannt ist, ermöglichen Art. 363 und 364 des Friedensabkommens von Versailles der Tschechoslowakei die Einrichtung von Seezonen im Hafen von Hamburg und Szczecin. Gemäß dem Beschluss vom 2. November 1929 nutzte die Tschechoslowakei für sich die Vorteile dieser Bestimmungen bisher nur in dem Sinne, dass sie sich mit der Freien Hansestadt Hamburg und der deutschen Regierung auf die Pachtung der Zone für die Flussschifffahrt einigte, an der sie vorerst am meisten interessiert ist. Die Zone befindet sich im sog. Peutehafen, der zwar an einigen Stellen auch die Tiefe für Schiff im Fernverkehr hat, aber in diesem Abschnitt keine Hafenanlagen für die Seefahrt vorhanden ist.[17]

Mit dem Vertrag zwischen der ČSR und der ČSPL vom 26. März 1931 wurde die tschechoslowakische Zone an die ČSPL verpachtet. Die erwarb in Hamburg eine dauerhafte und vorteilhafte Basis „zu Gunsten einer schnelleren und günstigeren Ein- und Ausfuhr tschechoslowakischer Ware über die für uns wichtigste Schnittstelle des Überseehandels und – verkehrs." Es zeigten sich jedoch schnell Nachteile der Platzierung und Ausrüstung der gemieteten Landstücke im Hamburger Hafen. ČSR sondierte daher im Jahre erfolgreich 1935 die Tauschmöglichkeit gegen einen anderen Teil der Hafenfläche. Dieser Tausch fand jedoch nicht statt, denn Berlin „verpflichtete Hamburg zu einer erheblichen Reserve" und forderte beachtliche Änderungen im Pachtvertrag zum deutschen Vorteil. Die effizienteste Nutzung der tschechoslowakischen Zone erforderte jedoch eine erhebliche finanzielle Mitte, eine Rekonstruktion, und zwar nicht nur die Erneuerung des Schiffparks, sondern auch die Rekonstruktion der Lagerstätten und den Aufbaus einer Hafenwand. Die Realisierung dieser Aktionen war von der Lösung der Situation nach der Verkündung der deutschen Regierung am 14. November 1936 über die Aberkennung der Internationalität der deutschen Flüsse, also auch der Elbe, abhängig. Die tschechoslowakische Pachtzone im Freihafen Hamburg konnte jedoch nicht die gesamte Ein- und Ausfuhr in der Tschechoslowakei konzentrieren. Große Flusssendungen und der Eisenbahnverkehr gingen auch weiterhin zum Hafenumschlag im Freihafen, und zwar nicht nur aus betriebstechnischen (Be- und Entladungsanlagen, Anbindung an den Eisenbahnknoten), sondern auch aus wirtschaftlichen Gründen. Die tschechoslowakische Pachtzone diente insbesondere der strategisch interessanten Ware, ferner gab es einen Sammel- und Umverteilungsdienst für bestimmte Verhältnisse, Kennzeichnungen und Umpacken der Ware, die nicht direkt von Schiff zu Schiff verladen wurden. Langfristig wurden hier einige Waren bei schlechten Witterungsbedingungen für den Wasserverkehr gelagert. Der geplante Fertigbau der Musterlager tschechoslowakischer Exportfirmen fand nicht mehr statt.[18]

Auch das nach 1945 andauernde Interesse an der Elbstraße lässt sich daran belegen, dass auch weiterhin das Recht auf eine Hafenzone in Hamburg beansprucht wurde, das die Tschechoslowakei im Vertrag von Versailles erworben hatte. Die ursprüngliche Lagerstätte Nr. 49 wurde im Laufe der vereinigten Anflüge im Jahre 1941 zerstört. Als Ersatz wurde der Tschechoslowakei im August 1949 die Lagerstätte 41A am Amerikakai im Segelschiffhafen zugeteilt. Die Tschechoslowakei verbesserte sich sogar, denn nun konnte von den Elbbooten direkt auf kleinere Seeschiffe verladen werden. Im neuen Lager Nr. A lief das erste Schiff am 8. September 1947 ein. Auch dieser Teil wurde angepasst und der Schifffahrtsgesellschaft Československá plavbělabsko-oderská (ČSPLO seit 1952) wurde das Lager Nr. 23 am Baakenhafen im Jahre 1973 zugeteilt. Dieses Lager hatte eine Fläche von über 9.000 m^2, 450 m Hafendamm mit einer Tiefe von 7,7 m. Der Saalehafen wurde umgebaut, ebenso auch wie der Peutehafen. Für das Lager Nr. 49 im Freihafen Hamburg bezahlte die Regierung des Protektorats bis zum Jahre 1944.

[15] siehe http://www.psp.cz/eknih/1929ns/ps/tisky/t0690_01.htm
[16] siehe http://www.senat.cz/zajimavosti/tisky/3vo/tisky/T0289_02.htm
[17] siehe http://www.psp.cz/eknih/1929ns/ps/tisky/t0788_00.htm
[18] Vgl. KUBŮ, E., JAKUBEC, I. *Hamburg und seine Aufgabe im tschechoslowakischen Außenhandel in der Zeit zwischen den Kriegen (Hafenzone, Elbverkehr und Hamburger Reexport)*. Economic History, 1. Ausgabe, Prag: Historisches Institut, 1992, Nr. 20, Seiten 142–146. ISSN 0231-7540. ISBN 8085268-20-5.

Im November 1944 wurde nämlich eine Jahresquote in Höhe von 61.782,85 Reichsmark bezahlt. Die Hamburger Feuerkasse war bereit, den Ersatz für das ausgebrannte Objekt Nr. 49 für jedes Objekt zu bezahlen, insbesondere in Peute, und zwar in Höhe von 175.400 RM. Gleichzeitig tauchte wie schon mehrmals in der Zwischenkriegszeit die Frage nach dem Tausch der tschechoslowakischen Pachtzone auf. Das Landstück im Saalehafen könnte bei höheren Wasserständen nicht genutzt werden. Das Prager Ufer wurde besser bewertet. Es wurde realistisch darüber nachgedacht, dass nicht das gesamte Ufer gepachtet werden kann, sondern nur die Spitze der Mole, wo neuerdings die direkte Verladung von kleineren Seeschiffen möglich war. Im Frühjahr 1950 fanden zu diesem Thema in Hamburg mehrere Versammlungen statt. An der Informationsversammlung vom 13. Mai 1950 nahmen der Generalkonsul Josef Fořt und der Verkehrsattaché JUDr. Vladimír Prášek teil und aus Hamburg Prof. Dr. Schiller, Chef des Amtes für Wirtschaft und Verkehr des Hamburger Staates, Dr. Rogg, Dr. Ladermyer, Beamte dieser Behörde, und Dr. Sattelmexer, Leitender Beamter der Hamburger Hafen- und Lagerhaus-Aktiengesellschaft (ferner nur HHLA). Bei den Verhandlungen betonte die deutsche Seite, dass das primäre Interesse Hamburgs das Volumen der tschechoslowakischen Verladung sei, zweitrangig seien dann die Anforderungen der Hamburger Spediteure, dass die Speditionsleistungen von deutschen Spediteuren übernommen werden. Bei der Verhandlung teilte die deutsche Seite mit, dass die gegenseitigen Forderungen, die insbesondere durch die Währungsreform entstanden waren, nachträglich beziffert werden müssen, obwohl die Tschechoslowakei de facto keinen Pachtzins für das Lager 41A schuldet.

Es wurde ferner der Beginn der Verhandlungen über die Tarifermäßigungen beim Transport der tschechoslowakischen Ware von Hamburg und nach Hamburg im Eisenbahnverkehr durch Deutschland in Betracht gezogen. Auf der Versammlung teilte die deutsche Seite mit, dass sie sich dafür einsetzen wird, dass die Besatzungsämter erneut die Scheckbezahlung der in der Tschechoslowakei gekauften Ware gegen eine freie Währung freigibt, wie es auch vor dem Krieg üblich war.[19]

In Anbetracht dessen, dass der Umschlag von Stückwaren seit der Vernichtung des Lagers Nr. 49 im Jahre 1941 auf dem Wasser passierte, überlegte man zu Beginn der fünfziger Jahre neben dem Erwerb des Lagers 41B auch einen Vertragsabschluss mit der HHLA über die Pachtung der Landstücke der Norddeutschen Schifffahrts-Aktiengesellschaft Nr. 9 und 189 am Dresdner Ufer mit einer Fläche von 6.676 m^2 für 16.890 DM jährlich. Der Vertrag sollte vom 1. Juni 1953 bis 31. Mai 1983 abgeschlossen werden. Die Umsetzung blieb jedoch aus. In Hamburg nutzte die ČSPLO auch weiterhin die Landstücke im Peutehafen (außerhalb des Freihafens), wo sich das Verwaltungsgebäude befand, ferner der Schuppen 41A am Amerikakai im Segelschiffhafen, wo insbesondere Sendungen für den Überseeexport gelagert wurden, und Werkstätten und Verwaltungsbüros am Ufer des Saalehafens und des Moldauhafens (eigentliche Pachtzone). Die gepachteten Teile des Lagers im Segelschiffhafen 41A wurden mit sieben Kränen ausgestattet, und zwar mit vier Protalkräne und drei Schwenkkränen. Der Pachtvertrag von 1929 wurde nach 1945 nicht in Frage gestellt, sondern ganz im Gegenteil mit dem Zusatzprotokoll vom 13. Mai 1955 ergänzt.[20]

Auch in den sechziger und in den folgenden Jahren wurde von westdeutscher Seite das Recht der Tschechoslowakei auf die Pachtzone in Hamburg respektiert. Der Großteil des tschechoslowakischen Außenhandels über Hamburg wurde jedoch nicht über die Pachtzone abgewickelt, sondern über die Hamburger Lagerstätte Nr. 23 im Baakenhafen (seit 1973).

Aufgrund des von Dr. Kamil Krofta im Namen der Tschechoslowakei und Carl Persen für die Freie und Hansestadt Hamburg unterzeichneten Pachtvertrags verpachtet die Freie und Hansestadt Hamburg der Tschechoslowakei am Halleschen Ufer und am Dresdener Ufer gemäß dem beigefügten Plan Flächen von rund 28.540 m^2, wovon 5.890 m^2 an Hängen gelegen sind, die bei höherem Wasserstand unter Wasser liegen. Die Verpachtung erfolgte über 99 Jahre. Die Pacht beginnt an dem Tag, als der Pachtvertrag gültig geworden war (d. h. am 2. November 1929).

Der Pächter erhält ein Vorkaufsrecht für die Nutzung der Wasserflächen vor den gepachteten Landstücken zur Beistellung der Schiffe, die im direkten Transfer in die Tschechoslowakei gehen oder von dort herkommen, sowie auch die schwimmenden Umschlagsanlagen. Das zuständige Hafenamt kann nach Absprache mit dem Pächter auf den benannten Wasserflächen auch andere Wasserfahrzeuge platzieren. Die Abgrenzung der gepachteten Flächen und der zur Nutzung überlassenen Wasserflächen kann jederzeit nach gegenseitiger Rücksprache unter dem Pächter und Verpächter geändert werden.

Der Pachtzins für die gepachteten Flächen bezieht sich auf einen Quadratmeter: a) Landstück, auch Flächen am Hang über dem mittelhohem Wasser bis 31. Dezember 1930 – 2,- RM, ab Januar 1931 bis Ablauf der ersten 10 Jahre der Pachtzeit 2,50 RM, b) für eine Fläche am Hang unterhalb des mittelhohen Wasser bis zum Fuß des heutigen Hanges, sofern die Flächen bebaut werden, die Hälfte, sond ein Viertel dieses Betrags. Der Pachtzins als Ersatz für die Nutzung der bebauten Wasserflächen wird nach Ablauf der ersten 10 Jahre zwischen dem Pächter und dem Verpächter gemäß den Tarifen und Vergütungen vereinbart und ebenfalls gemäß dem Pachttarif und der Vergütung der im Freihafen für Land- und Wasserstücke dieser Art gültig sind. Sowohl der Pachtzins als auch die Bezahlung für die bebauten Wasserstücke werden an den Verpächter in Jahresfristen rückwirkend ab dem Tag bezahlt, an dem die Flächen abgegeben wurde.

Bauten und Einrichtungen, die sich an den gepachteten Flächen befinden, werden dem Pächter vom Verpächter für 230.000 RM überlassen. Der Pächter ist berechtig, über diese Bauten und Einrichtungen zu verfügen, als sei er der Eigentümer. Der Pächter kann sie jederzeit entfernen oder verkaufen.

Der Pächter ist berechtigt, auf den gepachteten Flächen folgenden Bauten und Anlagen zu installieren und zu instandzuhalten, inbegriffen sind auch Umbauten, Änderungen und die

[19] JAKUBEC, I. *Die tschechoslowakisch-deutschen verkehrspolitischen Beziehungen in der Zeit des kalten Krieges mit besonderem Augenmerk auf die Eisenbahn und die Elbschifffahrt (1945/1949–1989)*. 1. Ausgabe, Prag: Karolinum 2006, Seite 126–128. ISBN 80-246-1063-9.

[20] LAGONI, R. *Der Hamburger Hafen und die internationale Handelschiffart im Völkerrecht*. Archiv des Völkerrecht, 1988. Bd. 26, H. %, s.355.

obig erwähnte Bau- und Anlagenerhaltung: a) Werften und andere Bauten und Anlagen für den Umschlag der Waren, die im direkten Transfer zwischen der Tschechoslowakei und dem Freihafen Hamburg über die Binnengewässer befördert werden (tschechoslowakische Transferware), für den Umschlag kann auch eine schwimmende Umschlaganlage verwendet werden, b) Speicher (Silo) und Depots bis zu einer Grundstücksfläche von 5.000 m² für die Lagerung der tschechoslowakischen Transferware, die im Handel üblich sind und dem Zweck des direkten Transfers mit der Tschechoslowakei dienen.

Der Pächter ist weiterhin berechtigt, Verwaltungsgebäude, Uferwände, Eisenbahnen und Straßen zu errichten, Wasser-, Gas-, Abfluss und Stromleitungen zu legen und die gepachteten Flächen in vollem Umfang bis zum Wasser zu umgrenzen. Pläne für Neubauten beschafft der Pächter in Rücksprache mit dem Verpächter. Diese gilt ebenfalls für Bauten und Anlagen, die in den anliegenden Watten und darüber errichtet würden. Möchte der Pächter bei einem Neubau oder bei der Erweiterung der Verladeanlagen die ihm zur Nutzung überlassenen Wasserflächen nach eigenem Bedarf partiell bebauen lassen, genehmigt der Verpächter eine solche Nutzung der Wasserflächen. Der Pächter entwirft die Pläne dieser Bauten, insbesondere auch ihre Maße und in Rücksprache mit dem Vermieter und unter Berücksichtigung der Bedürfnisse der Schifffahrt im Saalehafen und im Moldauhafen.

Die vom Pächter errichteten Anlagen und Bauten bleiben nach der Pachtzeit in seinem eingeschränkten Eigentum. Der Pächter kann sie jederzeit entfernen oder verkaufen.

Der Anschluss der gepachteten Flächen an eine Wasser-, Gas-, Abfall- oder Stromleitung, sowie auch an ein Telefonnetz oder an andere allgemeinnützlichen Anlagen überhaupt erfolgt unter der Bedingung, wie sie im Hamburger Hafen unter denselben Umständen allgemein üblich sind.

Der Verpächter erschließt auf Antrag des Pächters auf eigene Kosten in kürzester Zeit und im erforderlichen Umfang einen Anschluss an die Hafenbahn bis hin zur tschechoslowakischen Pachtzone und verbindet diese mit Gleisen, die dort sind. Zur Benutzung der Hafenbahn zahlt der Pächter eine Gebühr gemäß den allgemein für gepachtete Grundstücke derselben Art geltenden Tarifen.

Der Verpächter erschließt auf Antrag des Pächters auf eigene Kosten in kürzester Zeit und im erforderlichen Umfang einen Anschluss an das öffentliche Straßennetz bis hin zur Grenze der tschechoslowakischen Pachtzone und verbindet diese mit Straßen, die dort sind.

Der Pächter erschließt vor den gepachteten Flächen und auf den Zufahrten dorthin die in gegenseitiger Absprache geklärte notwendige Fahrtiefe auf eigene Kosten und wird diese auch selbst instandhalten. Er wird flache Gewässer, die evtl. entstehen könnten, entfernen, sobald diese mindesten einen halben Meter über der angegebenen Tiefe legen. Entsteht ein solches flaches Gewässer durch Verschuldendes Pächters, trägt der Pächter die Kosten für die Beseitigung.

Wurde im Beschluss oder im Pachtvertrag nichts Gegenteiliges festgelegt, gelten in der tschechoslowakischen Pachtzone die Gesetze und Anordnungen, die zu diesem Zeitpunkt im Freihafen Hamburg allgemein gültig sind.

Von Hamburger Seite werden Anweisungen herausgegeben, damit die den Betrieb leitende Person in der Pachtzone schnellstmöglich darüber informiert ist, wenn die Organe des öffentlichen Dienstes die Pachtzone betreten. Der Name der betriebsleitenden Person in der Pachtzone muss dem Verpächter immer genannt werden.

Die tschechoslowakische Pachtzone ist Bestandteil des Freihafens Hamburg, der aus dem deutschen Zollgebiet herausgenommen wurde. Im Hinblick auf die Einschränkungen, denen die Nutzung des Freihafens Hamburg gemäß der Abmachung über die Modalitäten des Hamburger Anschlusses an das deutsche Zollgebiet vom 25. Mai 1881 unterzogen wird, die zwischen dem Deutschen Reich und dem Staat Hamburg vereinbart wurde, gelten diese Bestimmungen über die Zollmaßnahmen: a) der Pächter nutzt die Flächen nur zu den im Vertrag benannten Zwecken, achtet darauf, dass an den gepachteten Landstücken keine Schmuggelware gebracht wird, b) der Pächter gestattet nur zuverlässigen Personen, die er beschäftigt, und deren Familien, dass diese auf den gepachteten Landstücken wohnen, und das auch nur, wenn dies für die Instandhaltung und Bewachung des Landstücks notwendig ist. Der Pächter meldet der zuständigen Hamburger Behörde immer die Namen dieser Personen und weist auf Bestimmungen a), c) und d) gemäß diesem Absatz hin. Er meldet der zuständigen Hamburger Behörde, dass dies eingetreten ist, c) der Pächter achtet darauf, dass sich auf den gepachteten Landstücken keine unverzollte Ware befindet oder Ware, für die der Zoll erstattet wurde, die nicht verbraucht wurde und nicht gebraucht wurde, abgesehen von den Fällen, in denen der Verbrauch oder die Verwendung ohne Zoll gestattet ist, der Verbrauch von zu versteuernder Ware, die jedoch nicht versteuer wurde, richtet sich nach den zu diesem Zeitpunkt gültigen Vorschriften, d) der Pächter achtet darauf, dass auf den gepachteten Landstücken kein im Freihafen Hamburg verbotener Kleinhandel betrieben wird, Kleinhandel ist der Verkauf und die Herausgabe von Ware jeglicher Art mit einem Gewicht von max. 50 kg brutto, bei Spirituosen in einer Menge von max. 36 Liter, der Pächter dar Ware in kleinerer Menge verkaufen oder herausgeben als oben festgelegt wurde, wenn er diese (i) selbst in den Freihafen sendet, wenn es (ii) um die zollfreie Muster oder Proben geht, wie sie im Handel üblich sind; schenkt der Pächter den Mitarbeitern oder anderen Personen eine kleinere Menge an Waren oder Warenabfall, bzw. gestattet er ihnen diese zu nehmen, achtet er darauf, dass diese nicht im Freihafen verwendet oder benutzt werden, ist beabsichtigt, dass diese in den Zollbereich befördert werden, belehrt er die Personen, dass die Ware an der Zollgrenze zu verzollen ist, e) der Pächter achtet darauf, dass auf den gepachteten Landstücken keine Handlungen stattfinden oder von dort ausgehen, die den im Freihafen Hamburg geltenden Einfuhr-, Ausfuhr- und Transferverboten, den Zollbestimmungen und Steuergesetzen und den Hafengesetzen widersprechen; Personen, denen in einer Sonderverordnung der Zutritt zum Freihafen und die Lagerung und Beförderung von Waren verboten wurde, gestattet der Pächter nicht das Betreten der gepachteten Landstücke und er wird für diese Personen Ware weder lagern noch befördern; der Pächter lässt ebenfalls Personen durch, die er beschäftigt, und er gestattet ihnen nicht, die gepachteten Landstücke zu betreten, wenn

sie gegen eine der benannten Bestimmungen verstoßen haben, f) ändern sich künftig die Bestimmungen der Ordnung über die Zollvorkehrungen für die Pächter der Hamburger Finanzabordnungen im Freihafen, und zwar bezüglich der Punkte a) bis e), einigen sich der Pächter und der Verpächter auf die Änderung dieser Bestimmungen, um den neuen Vorschriften gerecht zu werden, bei den unter e) aufgeführten Einfuhr-, Ausfuhr- und Transferverboten gewährt der Pächter den zuständigen Behörden jegliche Hilfe und Unterstützung.

Die deutschen Behörden erhalten zu statistischen Zwecken keine Urkunden zu Schiffen, die stromaufwärts oder stromabwärts Ware im direkten Transfer zwischen der Tschechoslowakei und dem Freihafen Hamburg befördern und Ware in der tschechoslowakischen Pachtzone oder auf den dem Pächter zur bevorzugten Nutzung überlassenen Wasserflächen aus- oder aufladen. Dafür liefert der Pächter dem Verpächter Monatslisten über die benannten Schiffe und die auf diesen Schiffen im direkten Transfer beförderten Waren, auch wenn diese Schiffe nur zum Teil in der tschechoslowakischen Pachtzone oder auf den benannten Wasserflächen beladen oder gelöscht wurden. Der Verpächter trifft die geeigneten Maßnahmen, damit die Führer der benannten Schiffe oder die Vertreter der Eigentümer dem Pächter die dafür notwendigen Dokumente liefern.

Über den übrigen Warentransfer zwischen der Tschechoslowakei und Hamburg stromaufwärts liefert der Pächter Monatslisten. Der Pächter liefert dem Mieter pro Quartal die Aufstellungen über die Ausfuhr nach Übersee über den Freihafen Hamburg. Der Verpächter gibt bestimmten Schiffen im tschechoslowakischen Transfer in die tschechoslowakische Pachtzone in Rücksprache mit dem Pächter die Anweisung, dass diese in die tschechoslowakisch Pachtzone einlaufen. Dort regelt der Pächter die Zuteilung des Ankerplatzes. Sollte die dem Pächter zur bevorzugten Nutzung überlassene Wasserfläche bei der tschechoslowakischen Pachtzone nicht ausreichen, weist der Verpächter den für die tschechoslowakische Pachtzone bestimmten Schiffen freie Ankerplätze in der nächsten Umgebung oder an einem anderen Ort zu, je nachdem, wie es die Zweckmäßigkeit des Schiffsverkehr erfordert.

Der Pächter ist berechtigt, den Verkehr in der tschechoslowakischen Pachtzone im eigenen Ermessen nach seinen Bedürfnissen zu regeln. Im Zusammenhang mit dem Warenumschlag können dort an der Ware auch Umpacken, Teilungen, Sortierungen, Reinigungen vorgenommen werden, und Maßnahmen, die für den Erhalt der Ware notwendig sind, ferner auch die Lagerung der tschechoslowakischen Transferware, wie es im Handel üblich ist und dem direkten Transfer dient, sofern diese Maßnahmen zugelassen sind.

Der Pächter ist berechtigt, nach seinem freien Ermessen Gebühren für die Nutzung der gepachteten Flächen und Anlagen darauf sowie auch für die Durchführung der zulässigen Maßnahmen zu bestimmen und zu erheben. Der Pächter ist berechtigt nach eigener Auswahl Mitarbeiter und Arbeiter in sein Arbeitsverhältnis aufzunehmen und ihnen nach freiem Ermessen einen Lohn oder ein Gehalt zu zahlen, sofern diese nicht gegen die Gesetze und Vorschriften verstößt. Ausgenommen sind eventuelle internationale Sonderabkommen.

Der Pächter kann den Betrieb entweder selbst ausüben oder ihn einer dritten Person anvertrauen. Der Name des Vertreters, im letzten Fall auch den Namen des Unterpächters, meldet er dem Verpächter.

Der Eisenbahnbetrieb wird nach Absprache mit dem Pächter und der zuständigen Direktion der Reichsbahn unter den Bedingungen geregelt, die im Hamburger Hafen unter denselben Umständen allgemein üblich sind.

Aufschriften und Meldungen des Pächter werden in der tschechoslowakischen Pachtzone in deutscher und tschechoslowakischer Sprache angebracht, sofern sie nicht den internen Betrieb betreffen.

Entstehen Unstimmigkeiten über die Anwendung oder Interpretation des Pachtvertrags, bemühen sich insbesondere der Verpächter und der vom Pächter ernannte Vertreter, diese zu richten. Zu diesem Zwecke können sie ggf. ein Gutachten einholen. Den Gutachter bestimmen beide gemeinsam. Einigen sie sich nicht innerhalb eines Monats bezüglich der Person, nennt sie der Präsident der Internationalen Handelskammer. Holen die Parteien kein Gutachten ein, ergeht ein Verfahren gemäß dem Beschluss.

Kaufvertrag auf dem Landstück zwischen dem Peutehafen und dem Peutekanal[21]

Am 6. Dezember 1929 wurde vor Dr. jur. Max August Saenger, Regierungsrat bei der Finanzabordnung der Freien und Hansestadt Hamburg, in Anwesenheit von Dr. Jur. Walter August Matthaei, Vorsitzender der Finanzabordnung, und Jan Matějček, Generalkonsul der Tschechoslowakischen Republik in Hamburg der Kaufvertrag über das Landstück zwischen dem Peutehafen und dem Peutekanal geschlossen.

Der Staat Hamburg verkauft an die Tschechoslowakische Republik ein Landstück des staatlichen Grundstücks in einer Gesamtfläche von 13.574,2 m^2 mit einer Grenze am Peutehafen, Peutekanal und an der Peutestraße. Dieses Grundstück ist frei von Hypotheken und Dienstbarkeiten. Die Fläche des Grundstücks befindet sich auf dem beigefügten Lageplan der Gemeindeverwaltung vom 1. November 1929 gemäß dem Grundbuch der Gemeinde Veddel, Blatt 78. Der Kaufpreis beträgt 210.000,- RM.

Das Grundstück wird dem Käufer zwecks Binnenschifffahrt überlassen. Zu anderen Zwecken darf es nicht verwendet werden. Das Grundstück darf nur zum erwähnten Zweck verpachtet werden. In einem solchen Falle verpflichtet sich der kaufende Pächter vertraglich so, dass alle aus diesem Vertrag resultierenden Verpflichtungen gegenüber dem Verkäufer erfüllt werden.

Auf dem Grundstück dürfen die notwendigen Bauten und Einrichtungen einschließlich der Werkstätten sowie auch evtl. notwendige Wohnunterkünfte für die Zwecke des Unternehmens und die Aufsicht des Käufers, seiner Pächter oder ihrer rechtmäßigen Nachfolger des Grundstückeigentums errichtet werden. Der Betrieb auf dem Grundstück wird demnach so gestaltet, dass er der Anforderung des Polizeiamtes bezüglich der

[21] Kaufvertrag für das Landstück zwischen dem Peutehafen und dem Peutekanal vom 6. Dezember 1929

Gewährleistung des Brandschutzes entspricht. Zu diesem Zwecke muss daher seinen Beamten jederzeit der Zugang zu diesem Grundstück gestattet sein.

Der Käufer lässt notwendigen Zufahrten auf dem öffentlichen Grundstück auf eigene Kosten durch das Bauamt errichten. Nach der Fertigstellung gehen diese sofort an das Eigentum des Verkäufers über.

Der Käufer sorgt für den guten Zustand der Ufer und Deiche unter Aufsicht des Bauamtes, Abteilung Bauarbeiten am Fluss und an Hafenbauten, ggf. für die entsprechende Erneuerung und er ist selbst für die Sicherheit verantwortlich. Der Käufer schützt den Verkäufer vor allen Schäden, die durch Brand oder eine dritte Person durch Einsturz der Ufer und Deiche entstehen könnten.

Zeichnungen und weitere Unterlagen für den Bau der Verschlusswand (Bolzenwand) oder des Hafendamms im Peutehafen müssen zuerst dem Bauamt, Abteilung für Flussstrom und Hafenbauten, zur Freigabe vorgelegt werden. Bei der Baudurchführung ist die vorgeschriebene Tiefe des Hafens und des Peutekanals zu berücksichtigen. Der Bau erfolgt unter Aufsicht und gemäß den Richtlinien des Bauamtes, Abteilung für Flussstrom und Hafenbau, auf eigene Kosten. Der Käufer legt diesem Bauamt auch die Zeichnungen und die übrigen Unterlagen für den Bau auf oder hinter der Uferverfestigung vor und die Arbeit führt er gemäß der Anweisung dieses Amtes auf eigene Verantwortung durch.

Der Käufer erhält ein Vorzugsrecht für die Nutzung der Wasserflächen vor dem Grundstück, um die Wasserfahrzeuge anlegen lassen zu können. Das jeweilige Hafenamt kann diese benannten Wasserflächen mit Zustimmung der Käufer auch mit fremden Schiffen belegen.

Der Käufer erhält auf eigene Kosten die vorausgesetzte Tiefe des Bodens dieser Zeit minus 1 Hamburger Null im Peutehafen und minus 0,5 Hamburger Null im Peutekanal aufrecht. Er wird eventuelle entstandene Watte entfernen, sobald diese mindestens ″ Meter unter der obig benannten Wassertiefe erreichen. Entsteht eine Untiefe durch Verschulden des Käufers, seines Pächters oder seines rechtlichen Nachfolgers des Grundstückvermögens, trägt er die Kosten für die Beseitigung.

Der Käufer trägt die Kosten für den Anschluss des Grundstücks am Abfluss und an der Wasserleitung. Die äußere Anpassung der Aufschriften, Verkündungen und Aushängeschilder unterliegt der Genehmigung des Polizeiamtes, Abteilung Baupflege.

Der Käufer räumt dem Verkäufer ein Vorkaufsrecht ein, das vor jedem Verkauf Gültigkeit hat, d. h., der Verkauf des Grundstücks im Ganzen als auch in seinen Teilen. Das Vorkaufsrecht erlischt, wenn es nicht innerhalb von einer dreißigtägigen Frist genutzt wird. Diese Frist beginnt am Tag, an dem der Finanzabordnung für den Verkäufer eine beglaubigte Kopie des Kaufvertrags für dieses Grundstück zwischen dem Käufer und seinem rechtlichen Eigentumsnachfolger oder einer dritten Person zugestellt wird. Der Käufer macht von seinem Vorkaufsrecht nicht Gebrauch, wenn der Käufer dieses Grundstück der tschechoslowakischen Binnenschifffahrtsgesellschaft verkauft, die im Handelsregister eingetragen ist, oder wenn es diese Gesellschaft erneut an den Käufer zurückverkauft. Der Käufer verpflichtet diese Binnenschifffahrtsgesellschaft beim Verkauf des Grundstücks dazu, die Bestimmungen dieses Vertrags ebenso einzuhalten, wie der Käufer im Hinblick auf den Verkäufer.

Der Käufer fügt sich der Zugehörigkeit der Gericht der Stadt Hamburg für die aus diesem Vertrag resultierenden Ansprüche.

Zusatzprotokoll[22]

Das 1. Zusatzprotokoll zum Pachtvertrag zwischen der Freien und Hansestadt Hamburg und der Tschechoslowakischen Republik über die aufgrund der Artikel 363/364 des Vertrags von Versailles zu verpachtenden Landstücke im Hamburger Hafen, vom 2. März 1931, legte fest, dass gemäß Artikel 3 des Pachtvertrags vereinbart wird, dass sich die Abgrenzung der verpachteten Landstücke am Halleschen Ufer, die gemäß Artikel 1, Absatz 1, des Pachtvertrags gemäß dem beigefügten Plan ändert. Für die tschechoslowakische Seite hat Herr J. Matějček unterzeichnet und für Hamburg R Ross.

2. Zusatzprotokoll[23]

Das 2. Zusatzprotokoll zum Pachtvertrage zwischen der Tschechoslowakischen Republik Freien und der Hansestadt Hamburg über die auf Grund der Artikel 363/364 des Vertrags von Versailles zu verpachtenden Landstücke im Hamburger Hafen vom 2. November 1929, vom 13. Mai 1955, legt neuerdings fest, dass gemäß Artikel 3 des Pachtvertrags vereinbart wird, dass sich die Abgrenzung der verpachteten Flächen am Halleschen Ufer, die gemäß Artikel 1, Absatz 1, des Pachtvertrags vom 2. November 1929 und des Zusatzprotokolls vom 2. März 1931 ändert, wie aus dem beigefügten Plan hervorgeht. Gemäß diesem Lageplan vom 1. Dezember 1954 ist ein Teil des Grundstücks 179 an der Straße Am Moldauhafen mit einer Fläche von 900 m˛ und ein Teil des Grundstück 210 an der Straße Am Saalehafen mit einer Fläche von 25 m˛ für die Erweiterung der Straße und den Bau der Eisenbahngleise notwendig. Diese Flächen wurden am 31. Dezember 1954 aus der Pacht herausgenommen. Der Berechnung der Pachtzins liegt also mit Gültigkeit ab 01. Januar 1955 eine Grundfläche von ca. 27.610 m˛ zugrunde. Für die tschechoslowakische Seite hat Dipl.-Ing. Josef Brandejs unterzeichnet und für Hamburg Dr. Kurt Struve und Hans Rechter.

Am selben Tag, d. h. am 13. Mai 1955 wurde ein Brief datiert, in dem Herrn Dipl.-Ing. Josef Brandejs, dem Bevollmächtigten der Tschechoslowakischen Republik für die Unterzeichnung des 2. Zusatzprotokolls, mitgeteilt wird, dass **mit**

[22] Zusatzprotokoll zum Pachtvertrag zwischen der Freien und Hansestadt Hamburg und der Tschechoslowakischen Republik über die die aufgrund der Artikel 363/364 des Vertrages von Versailles zu verpachtenden Landstücke im Hamburger Hafen vom 2. November 1929, vom 2. März 1931

[23] 2. Zusatzprotokoll zum Pachtvertrag zwischen der Freien und Hansestadt Hamburg und der Tschechoslowakischen Republik über die aufgrund der Artikel 363/364 des Vertrages von Versailles zu verpachtenden Landstücke im Hamburger Hafen vom 2. November 1929, vom 13. Mai 1955

dem Nachtrag zu dem heute unterzeichneten **2. Zusatzprotokoll**[24] zum Pachtvertrag zwischen der Tschechoslowakischen Republik und der Freien und Hansestadt Hamburg über die auf Grund der Artikel 363/364 des Vertrags von Versailles zu verpachtenden Landstücke im Hamburger Hafen vom 2. November 1929, dass die Freie und Hansestadt Hamburg: (i) den Zaun auf der östlichen Seite des Grundstücks 179 in der bisherigen Bauausführung im Rahmen der Erweiterung der Straße und des Baus der Eisenbahngleise auf eigene Kosten an die neue Grenze verlegt, sowie auch die Verlegung der Einfahrt und des Tors an der südlichen Seite des Grundstücks nach Westen, (ii) an die Gesellschaft Československé plavbě labské a.s. národní správa v Praze, Niederlassung Hamburg, sofort nach der Räumung der abgetretenen Flächenzone (a) einen Ersatz in Höhe von 45 Tsd. DM und (b) einen Pauschalbetrag für den Abriss der von der Räumung betroffenen Gebäude und für die Errichtung der Ersatzgebäude in Höhe von 50 Tsd. DM bezahlt, (iii) auf eigene Kosten den Umzug der Familie Bedřich Graf finanziert, die auf dem Grundstück 179 ein notdürftiges Haus errichtet hatte und mit Herrn Graf alle damit zusammenhängenden Fragen direkt klärt. Dieses Schreiben ist unteilbarer Bestandteil des 2. Zusatzprotokolls. Am selben Tag (13. Mai 1955) bestätigte Dipl.-Ing. Josef Brandejs in seinem an Dr. Kurt Struve und Hans Rechter adressierten Schreiben den Empfang des Schreibens von den benannten Herren.

3. Zusatzprotokoll[25]

Aufgrund des 3. Zusatzprotokolls zum Pachtvertrag zwischen der Freien und Hansestadt Hamburg und der Tschechoslowakischen Republik über die aufgrund der Artikel 363/364 des Vertrages von Versailles zu verpachtenden Landstücke im Hamburger Hafen vom 2. November 1929, vom 20. August 1987, wird vereinbart, dass das gepachtete Objekt mit Wirksamkeit ab 1. Januar 1986 um die Teilflächen mit einer Größe von 1.355 m¸ erweitert wird, die Bestandteil des beigefügten Planes vom 6. Januar 1986 sind. Das gepachtete Objekt besteht aus einer Fläche von ca. 28.910 m^2.

Mit Wirksamkeit ab 1. Januar 1986 beträgt der jährliche Pachtzins für 20.678 m¸ im Saalehafen 65.135,70 DM und für 4.361 m^2 an Grundstücken im Moldauhafen 15.263,50 DM. Dieser Betrag wird für eine halbjährliche Bezahlung auf 80.400 DM aufgerundet. Halbjährlich muss immer zum 1. April und zum 1. Oktober eines jeden Kalenderjahres an die Landeshauptkasse gezahlt werden. Eine eventuelle Nachzahlung muss spätestens am 21. Tag nach der Unterzeichnung dieses Zusatzprotokolls bezahlt werden. Für die insgesamt 3.87 m^2 Wasserfläche wird kein Pachtzins bezahlt. Für die tschechoslowakische Partei hat Herr Švarc unterzeichnet und für Hamburg Herr Heese.

4. Zusatzprotokoll[26]

Im 4. Zusatzprotokoll zum Pachtvertrag zwischen der Freien und Hansestadt Hamburg und der Tschechoslowakischen Republik über die aufgrund der Artikel 363/364 des Vertrages von Versailles zu verpachtenden Landstücke im Hamburger Hafen vom 2. November 1929 wurde vereinbart, dass das Pachtobjekt mit Wirksamkeit ab dem 1. Januar 1996 um eine Fläche von ca. 114 m^2 erweitert wird, wobei dieser Flächenteil im beigefügten Lageplan vom 28. August 1995 angeführt ist. Pachtobjekte sind somit Flächen mit einer Gesamtausdehnung von ungefähr 29.024 m^2.

Auf einem Teil der Fläche verlegte die Tschechoslowakische Republik unterirdische Leitungen und Kabel einschl. Zubehör in den Trassen, die im Lageplan gekennzeichnet sind, und baute ebenfalls Schächte für Durchflussmesser und Stromzählerkästen. Die Tschechische Republik hält die Stadt von etwaigen Schadenersatzansprüchen seitens dritter Personen frei, die durch die Existenz oder den Betrieb der Kabel und Leitungen entstehen könnten. Bei Beendigung der Pachtbeziehung muss die Tschechische Republik die Kabel, Leitungen und sonstigen Vorrichtungen auf eigene Kosten beseitigen und den ursprünglichen Zustand der genutzten Grundstücksteile wiederherstellen. Entlang der *Lücke* bei der Straße auf die Sachsenbrücke befinden sich auf dem Grundstück *Schaltschränke der Verteilerämter*. Die Tschechische Republik muss diese weiterhin dulden und darf in Hinsicht auf die bestehenden Leitungen in der nahen Umgebung keinerlei Aushubarbeiten durchführen.

Die Jahrespacht für die Grundstücke mit einer Fläche von 20.792 m^2 beim Saalehafen und für die Grundstücke mit einer Fläche von 4.361 m^2 beim Moldauhafen beläuft sich zusammen ab dem 1. Januar 1996 auf 84.531,- DM. Der Pachtzins wird ab dem 1. Januar 1997 jährlich jeweils um ca. 3 % angehoben. Daraus ergeben sich zum Tag der Kontrolle der Pachtzinszahlungen ab dem 1.1.1997: 87.047,- DM, ab dem 1.1.1998: 89.562,- DM, ab dem 1.1.1999: 92.295,- DM und ab dem 1.1.2000: 94.811,- DM. Sofern ab 12. Januar 2001 keine weiteren Maßnahmen ergriffen werden, erhöht sich der Pachtzins jährlich jeweils um 3 %. Dies bezieht sich immer auf den zuletzt bezahlten Betrag.

Unabhängig davon führt die Freie und Hansestadt Hamburg zum 1.7.2000 eine allgemeine Kontrolle der Pachtzinsen im Hafen durch. Sollte das *Finanzamt* oder der Senat im Rahmen

[24] Schreiben von Dr. Kurt Struve und Hans Rechter an Dipl.-Ing. Josef Brandejs, Bevollmächtigter der Tschechoslowakischen Republik zur Zeichnung des 2. Zusatzprotokolls, über den Nachtrag zum unterzeichneten 2. Zusatzprotokoll zum Pachtvertrag zwischen der Tschechoslowakischen Republik und der Freien und Hansestadt Hamburg vom 2. November 1929 über die aufgrund der Artikel 363/364 des Vertrages von Versailles zu verpachtenden Landstücke im Hamburger Hafen vom 2. November 1929, vom 13. Mai 1955. Schreiben von Dipl.-Ing. Josef Brandejs an Dr. Kurt Struve und Hans Rechter über die Empfangsbestätigung des Schreibens über den Nachtrag zum unterzeichneten 2. Zusatzprokoll zum Pachtvertrag zwischen der Tschechoslowakischen Republik und der Freien und Hansestadt Hamburg vom 2. November 1929 über die aufgrund der Artikel 363/364 des Vertrages von Versailles zu verpachtenden Landstücke im Hamburger Hafen vom 2. November 1929, vom 13. Mai 1955

[25] 3. Zusatzprotokoll zum Pachtvertrag zwischen der Freien und Hansestadt Hamburg und der Tschechoslowakischen Republik über die aufgrund der Artikel 363/364 des Vertrages von Versailles zu verpachtenden Landstücke im Hamburger Hafen vom 2. November 1929, vom 20. August 1987

[26] 4. Zusatzprotokoll zum Pachtvertrag zwischen der Freien und Hansestadt Hamburg und der Tschechoslowakischen Republik über die aufgrund der Artikel 363/364 des Vertrages von Versailles zu verpachtenden Landstücke im Hamburger Hafen vom 2. November 1929, vom 9. August 1996

dieser allgemeinen Pachtzinskontrolle für die Grundstücke im Hafen mit Wirksamkeit ab dem 1. Juli 2000 einen niedrigeren Pachtzins für die Flächen festsetzen, als in diesem Vertrag festgelegt, wird der neue Pachtzins in diesem Fall auch von diesem Moment an eingeführt.

Der Pachtzins ist in vierteljährlichen Beträgen vorab zahlbar und muss zum 1. Werktag jedes Kalenderquartals bei der Landeshauptkasse gutgeschrieben sein. Eine etwaige Nachzahlung ist am 21. Tag nach Unterzeichnung dieses Zusatzprotokolls fällig. Für die Wasserfläche von insgesamt 3.871 m^2 ist kein Pachtzins festgesetzt. Für die tschechoslowakische Seite hat Dipl.-Ing. M. Němec unterzeichnet und für die Hamburger Seite (Finanzamt, Immobilienverwaltung) Hr. Hensch und eine weitere Person mit einer unleserlichen Unterschrift.

Am 24. Januar 2000 wurde eine **Vereinbarung zum Pachtvertrag**[27] zwischen der Freien und Hansestadt Hamburg und der Tschechoslowakischen Republik über die aufgrund der Artikel 363/364 des Vertrages von Versailles zu verpachtenden Landstücke im Hamburger Hafen vom 2. November 1929 abgeschlossen, welche regelte, dass die Tschechische Republik (in der Vereinbarung ist nach wie vor die Tschechoslowakische Republik angeführt) auf die entsprechenden Anforderungen zur Maßnahme der Freien und Hansestadt Hamburg eingeht, die im beigefügten Verhandlungsprotokoll (in der abschließenden Niederschrift) des Ingenieurbüros Körting *als Flächen zum Anlegen von Baustellenflächen für den Zeitraum der Bauarbeiten an den Hochwasserschäden für den Zeitraum von April 2000 bis Oktober 2002 dem Baufortgang* entsprechend bezeichnet sind. Details sind im beigefügten Protokoll erfasst, das Bestandteil dieser Vereinbarung ist. Für die Dauer der Vereinnahme bis zum Abschluss der jeweiligen Bauarbeiten verzichtet die Tschechische Republik auf Pachtzins für die betreffenden Flächen. Die Tschechische Republik ist berechtigt, eine Refundierungssumme in Höhe des halbjährlichen Pachtzinses zurückzuhalten. Die Freie und Hansestadt Hamburg verpflichtet sich, auf Forderungen gegen die Unterpächter der Tschechischen Republik zu verzichten, die während dieses Zeitraums im Zusammenhang mit der Lagerung von Baumassen in der Nutzung eingeschränkt sind. Für den entsprechenden Zeitraum entfällt die *Akzeptanz der Anforderung auf die Pflicht der Verkehrssicherheit* der Tschechischen Republik. Die Freie und Hansestadt Hamburg hält die ČSPL AG und die Tschechische Republik gleichzeitig von Ansprüchen Dritter frei.

5. Zusatzprotokoll[28]

Das 5. Zusatzprotokoll zum Pachtvertrag zwischen der Freien und Hansestadt Hamburg und der Tschechischen Republik über die aufgrund der Artikel 363/364 des Vertrages von Versailles zu verpachtenden Landstücke im Hamburger Hafen vom 2. November 1929, vom 10. Dezember 2008 vereinbart, dass anstelle der Freien und Hansestadt Hamburg die Hamburg Port Authority (HPA) – eine Institution des öffentlichen Rechts in das Vertragsverhältnis eintritt. Die Jahrespacht beträgt ab dem 1.1.2008: 65.209,- Euro, ab dem 1.1.2009: 67.818,- Euro und ab dem 1.1.2010: 70.531,- Euro. Der Betrag des Pachtzinses, der sich aus der neuen Berechnung ergibt, ist zahlbar am 21. Tag nach Unterzeichnung des Zusatzprotokolls. Der Pachtzins ist weiterhin fällig in Halbjahresraten und muss der HPA am 1. Werktag des zweiten und vierten Quartals auf dem Konto bei der Deutschen Bundesbank gutgeschrieben sein. Der neu festgesetzte Pachtzins gilt für den Zeitraum vom 1.1.2006 bis zum 31.12.2010, so dass Stichtag für die nächste Überprüfung des Pachtzinses der 1.1.2011 ist. Für die tschechische Seite wurde das Protokoll von Ing. Libor Tejnil, Oberdirektor des Verkehrsministeriums unterzeichnet. Die beiden Hamburger Unterschriften sind unleserlich.

Gegenwart

Die Bereiche in der Freihandelszone – Saalehafen und Moldauhafen (tschechoslowakischer Pachtstreifen für den Binnenschiffsverkehr im Hamburger Freihafen) und die Halbinsel Peute nutzte die *Tschechoslowakische Elbeschifffahrts- Aktiengesellschaft*, anschließend nach der Verstaatlichung im Jahr 1949 der VEB und danach der Staatsbetrieb Tschechoslowakische Elbe-Oder-Schifffahrt. Im Jahr 1992 erfolgte die Privatisierung dieses Staatsbetriebs und es entstand die Tschechoslowakische Elbschifffahrt AG (ČSPL). Im Jahr 1992 wurden die oben angeführten Flächen in Hamburg vom Wirtschaftsministerium der Tschechischen Republik der ČSPL verpachtet. Im Jahr 2001 entstand eine Streitigkeit zwischen dem Verkehrsministerium und der ČSPL, ob die auf den angeführten Flächen errichteten Gebäude Eigentum der Tschechischen Republik sind oder ob sie im Rahmen der Privatisierung in das Eigentum der ČSPL übertragen wurden. Im gleichen Jahr wurde auf das Vermögen der ČSPL Konkurs erklärt und in den Streitfall trat der Verwalter der Konkursmasse ein, der die gegenständlichen Immobilien faktisch besaß und an Dritte vermietete. Zum 1. Dezember 2008 schloss das Verkehrsministerium eine Vergleichsvereinbarung mit dem Konkursverwalter ab, auf deren Grundlage der Konkursverwalter die Rechte an den immobilen Vermögenswerten der Tschechischen Republik in Hamburg aus der Konkursmasse der ČSPL ausschloss und es gleichzeitig zum Ausgleich aller strittigen Rechte kam.

Aufgrund des langen Zeitraums, während dem praktisch überhaupt nicht in die Vermögenswerte der Tschechischen Republik in Hamburg investiert wurde, befindet sich dieses Eigentum in einem erbärmlichen Zustand. Im Teil Moldauhafen ist es unmöglich Schiffe zu vertäuen, da der einzige mögliche Liegeplatz (Werkstattschiff) verkauft wurde. Hier wird der völlige Abriss der bestehenden ursprünglichen Holzobjekte, die als Werkstätten dienen, und der befestigten Flächen erforderlich sein, ferner die Erneuerung der Umzäunung des Geländes, der Tore und Türen für die Zufahrt zum Gelände, die Wiederherstellung einer funktionierenden Grundstücksbeleuchtung, die Entsorgung nicht benutzter und beschädigter Dalben und Pfähle, eine Generalreparatur des Zugangsstegs, damit die

[27] Vereinbarung zum Pachtvertrag zwischen der Freien und Hansestadt Hamburg und der Tschechoslowakischen Republik über die aufgrund der Artikel 363/364 des Vertrages von Versailles zu verpachtenden Landstücke im Hamburger Hafen vom 2. November 1929, vom 24. Januar 2000

[28] 5. Zusatzprotokoll zum Pachtvertrag zwischen der Freien und Hansestadt Hamburg und der Tschechoslowakischen Republik über die aufgrund der Artikel 363/364 des Vertrages von Versailles zu verpachtenden Landstücke im Hamburger Hafen vom 2. November 1929, vom 10. Dezember 2008

Mannschaft vom Ufer auf das Schiff gelangen kann; außerdem sind Schwimmpontons gemäß den lokalen Vorschriften für das Vertäuen von Schiffen einschl. elektrischer Anschlüsse und Beleuchtung anzufertigen, die Anlegeflächen für Schiffe auszubaggern; es ist eine Gesamtrevitalisierung des Gebiets erforderlich einschl. der Pflege des Bewuchses, alte und beschädigte Gehölze sind zu entfernen, aus den Flutbereichen ist der Wildwuchs zu entfernen. In einem Teil des Saalehafens sind die Zufahrtswege instand zu setzen – Schlaglöcher, Fahrbahndeformierungen, öffentliche Beleuchtung, zerstörte Masten, ein Teil der Stromverteilung ist außer Betrieb, Erneuerung der Sozialeinrichtungen der Unterkunftsräume, säubern der Körbe der Kanalisationseinlaufgruben, Befestigen der Navigation und Ufer, Erneuerung der Umzäunung, Sanitäranlagen, im Sozialgebäude muss eine Generalreparatur der Fenster im gesamten Gebäude erfolgen, die Reparatur der Kanalisationsreihe außerhalb des Gebäudes (Abflüsse von den WC und Bädern des Wohnheims), Reparatur der Undichtheiten des Außenmantels sowie des Daches des Gebäudes (Eindringen von Wasser in die Innenräume – Büros usw.), Austausch defekter Wasserhähne, Instandsetzung der Bäder, Duschecken (Undichtheiten, Schimmel); komplexe Revisionen – Wasser, Strom, Kanalisation, Heizung, Brandschutzhilfsmittel; im Verwaltungsgebäude eine Generalreparatur des gesamten Objekts – Umbau, sämtliche Anlagen sind in Hinsicht auf das Baujahr (1978) und die Dauer der Stilllegung (seit 2004) technisch nicht verwendbar; in der Lagerhalle – Revision Strom, Brandschutzhilfsmittel, Reparatur der Ummantelung, Fußböden und Rampen einschl. der Fahrflächen. Im Peutehafen Auswechseln des Kessels, Revision der Absperrvorrichtungen der Warm- und Kaltnutzwasserreihe (nicht funktionstüchtig), Austausch des Kanalisationsrohrs vom Sockel des Hauses bis in den Schacht auf der Hauptstraße, Destruktion infolge des Setzens der Navigation, Erneuerung der Außenbeleuchtung unterhalb des Sockels des Hauses, Erneuerung – Abdichtung der Deckung auf dem Garagendach – Durchregnen; Erneuerung der Verschlüsse und Dichtungen der Fenster in den Wohnungen und auf den Gängen, komplexe Revision – Wasser, Strom, Kanalisation, Heizung, Brandschutzhilfsmittel; Erneuerung des Zufahrtsweges auf dem Grundstück ab dem Haupttor (Deformierung und zerbröckeln der Oberfläche), Erneuerung – Generalreparatur des Laufstegs für die Schiffsbesatzung zum Ufer, Erneuerung (Verlegung) – Verfestigen des Pflasters der Parkflächen, Entsorgung des nicht benutzten beschädigten Stegs und der Pilote; kompletter Abriss des ehemaligen Hausmeisterhauses (Neigung ca. 1,5 m von der senkrechten Achse) und des angrenzenden Schuppens und Herrichtung der Oberfläche.

Am 23. Oktober 2009 veröffentlichte das Verkehrsministerium eine Ausschreibung für Mieter und Untermieter der immobilen Vermögenswerte im Eigentum oder in Pacht der Tschechischen Republik in der Bundesrepublik Deutschland in der Stadt Hamburg. Zweck dieser Ausschreibung war der Abschluss eines Miet- und Untermietvertrags für die spezifizierten Vermögenswerte mit dem Interessenten, der das günstigste Angebot gemäß den festgesetzten Kriterien und unter den angeführten Bedingungen vorlegt.[29] Die Ausschreibung für einen Mieter für das „tschechische Gebiet" im Hamburger Hafen endete ohne Sieger. Dem Verkehrsministerium meldete sich nämlich niemand. Auch eine Verschiebung des Ausschreibungsschlusses von Ende November auf Mitte Dezember half nicht. Laut Jindřich Vodička von der Gesellschaft České přístavy waren die Bedingungen der Ausschreibung unvorteilhaft und zu einschränkend. Er erinnerte auch daran, dass in das sogenannte Becken in Hamburg nicht ordentlich eingelaufen werden kann, da es zugeschwemmt und vernachlässigt ist. „Und vor allem: für einen tschechischen Hafen gibt es derzeit keine größere Verwendung, " sagt Vodička. Vor einigen Jahren zeichnete sich ein Kontrakt zwischen der Firma České loděnice und China ab. In Tschechien würden nur die Schiffsrümpfe chinesischer Schiffe gebaut, in Hamburg würde dann „ausgerüstet". Der Kontrakt kam aber nicht zustande.[30]

Der Hamburger Senat entschied, dass er die Bundesregierung um Aufhebung der Freihandelszone ersucht. Damit endet die mehrjährige intensive Diskussion über die Zukunft des zollfreien Hafens. Die Entscheidung geht von einem breiten, mit der Handelskammer und den Hafenwirtschaftsverbänden erzielten Konsens aus. Die jeweiligen Firmen werden in der heutigen zollfreien Zone ab dem 1. Januar 2013 die Seezollhäfen betreffenden Zollvorschriften einhalten müssen, so wie dies auch im Übrigen Teil des Hamburger Hafens, in Rotterdam, Antwerpen und anderen europäischen Häfen der Fall ist. Die Behörde für Wirtschaft und Arbeit wird sich bei der Bundesregierung für eine rechtzeitige Verabschiedung und Veröffentlichung der Durchführungsvorschriften zum aktualisierten Zollcodex der EU einsetzen, der schon im Jahr 2008 formuliert wurde, so dass die Firmen ausreichend Zeit für eine Umstellung auf das Systems haben. Außerdem soll das Zollorgan in Zukunft seinen Entscheidungsraum so weit als möglich zugunsten der Hafenunternehmen verschieben, vor alle was die Einnahme von Kautionen für Einfuhrabgaben im Zusammenhang mit der Lagerung von Waren betrifft, die nicht von EU Gebiet stammen. Ferner sind sich Senat, Handelskammer sowie Hafenwirtschaft darin einig, dass das Zollorgan vor Aufhebung der zollfreien Zone ein geschlossenes Konzept des Logistikzentrums Hamburg vorlegen soll, das weitestmöglich das Prinzip „Zoll zum Kunden" berücksichtigt. Der Senator für Wirtschaft Axel Gedaschko: „Die gemeinsamen Bemühungen von Senat und Hafenwirtschaft um eine Vereinheitlichung der Standpunkte zur Zukunft der zollfreien Zone hat sich ausgezahlt. Mit Aufhebung der zollfreien Zone erlangt Hamburg die volle Gestaltungs- und Planungssouveränität zurück. Das stärkt den Hafen allgemein. Firmen, die dies betrifft, bieten wir zusammen mit der Zollverwaltung, der Handelskammer Hamburg und den Hafenwirtschaftsvereinigungen Unterstützung für einen möglichst fließenden Übergang an." Nach Verabschiedung durch die Hamburgische Bürgerschaft beantragt der Senat beim Bundesfinanzministerium die Aufhebung der zollfreien Zone, wozu ein Bundesgesetz erlassen werden muss. Zur Beseitigung der Zollbarriere kommt es erst nach Aufhebung der zollfreien Zone

[29] http://realit.cz/aktualita/stat-hleda-najemce-pozemku-a-budov-v-nemeckem-hamburku
[30] http://aktualne.centrum.cz/ekonomika/doprava/clanek.phtml?id=656757

zum 1.1.2013, sofern sie aus Sicherheits- oder Kostengründen an einigen Stellen nicht aufrecht erhalten werden muss. Der Senat untersucht die Auswirkungen der Aufhebung der zollfreien Zone auf den Verkehr und legt einen Projektentwurf der Verkehrsrouten, der Steuerung und Regulierung des Verkehrs vor.

Der im Jahr 1881 im Rahmen des Prozesses der Annahme der Regeln der Zollunion und des Anschlusses von Hamburg an das Deutsche Reich abgeschlossene Vertrag setzte eine Umzäunung des außerhalb deutschen Gebietes liegenden „zollfreien Hafens" voraus, der im Jahr 1888 seinem Zweck zugeführt wurde. Als Ausgleich für die Abtretung der Souveränität an das Deutsche Reich erhielt Hamburg 40 Millionen Goldmark, die zum Bau der Speicherstadt verwendet wurden. Mit Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) wurde eine Zollunion zwischen den Staaten geschaffen. Das Zollrecht wurde damit europäisches Recht. Durch den 2008 verabschiedeten modernisierten EU Zollcodexes wurde die letzte Phase der zollrechtlichen Integration der mittlerweile als zollfreie Zonen bezeichneten, bisherigen Freihäfen vollendet, die schon 1994 eingeleitet wurde und in den komplexen Verzicht auf nationale Zoll- und Steuerprivilegien mündete. Die zollfreie Zone Hamburg nimmt derzeit ca. 23 % der Hafenfläche ein. Der Senat war gezwungen, die Hamburger zollfreie Zone wegen weitgreifender Änderungen des EU Zollrechts, die diese betreffen, wegen der künftigen logistischen Konzeption und urbanistischen Entwicklung einer neuen Analyse zu unterziehen. In Hinsicht auf die Veränderungen in der internationalen Sicherheitssituation haben die Weltzollorganisation und die Europäische Union neue Rahmenbedingungen für die Kontrolle des internationalen Warentransports festgelegt. Sämtliche zollrechtlichen Verfahren werden in Zukunft in allen EU Häfen ungeachtet ihres zollrechtlichen Status gleichgestellt. Gegen die ursprünglich gefällte Entscheidung des Senats über eine Verkleinerung der zollfreien Zone hat die Bundeszollverwaltung umfangreiche Vorbehalte geltend gemacht.[31]

Verwendete Dokumente

[I] Mezinárodní smlouva uveřejněná pod č. 217/1921 Sb.z.n., Mírová smlouva mezi Mocnostmi spojenými i sdruženými a Německem a Protokol, podepsané ve Versailless dne 28. června 1919

[2] Mezinárodní smlouva uveřejněná pod č. 507/1921 Sb.z.n., Mírová smlouva mezi Mocnostmi spojenými i sdruženými a Rakouskem, podepsaná v Saint-Germain-en-Laye dne 10. září 1919

[3] Mezinárodní smlouva uveřejněná pod č. 102/1922 Sb.z.n., Mírová smlouva mezi Mocnostmi spojenými i sdruženými a Maďarskem, Protokol a Deklarace, podepsané v Trianonu dne 4. června 1920

[4] Mezinárodní smlouva uveřejněná pod č. 222/1923 Sb.z.n., Labská plavební akta se Závěrečným protokolem, podepsaná v Drážďanech dne 22. února 1922 a doplněná Dodatkovým protokolem, podepsaným v Paříži dne 31. března 1923, ve znění mezinárodní smlouvy č. 37/1924 Sb.z.n., Dodatečná úmluva k Labské plavební aktě, sjednaná v Praze 27. ledna 1923

[5] Mezinárodní smlouva uveřejněná pod č. 64/1932 Sb.z.n., Úmluva a Statut o mezinárodním režimu námořních přístavů, podepsané v Ženevě dne 9. prosince 1923

[6] Rozhodnutí komise ze dne 2. listopadu 1929 ustavené podle článku 364 Versaillesské mírové smlouvy – kopie originálu (Ministerstvo dopravy ČR, Hamburg Port Authority)

[7] Nájemní smlouva mezi Svobodným a Hansovním městem Hamburkem a Československou republikou o nájem prostor v hamburském přístavě podle článků 363 a 364 mírové smlouvy Versaillesské ze dne 2. listopadu 1929 – kopie originálu (Ministerstvo dopravy ČR, Hamburg Port Authority)

[8] Protokol I o Zvláštních ujednáních, jež byla sjednána mezi Německou a Československou vládou při vydání Rozhodnutí podle článků 363 a 364 mírové smlouvy Versaillesské ze dne 2. listopadu 1929 – kopie originálu (Ministerstvo dopravy ČR, Hamburg Port Authority)

[9] Protokol II o Zvláštních ujednáních, jež byla sjednána mezi Německou a Československou vládou při vydání Rozhodnutí podle článků 363 a 364 mírové smlouvy Versaillesské ze dne 2. listopadu 1929 – kopie originálu (Ministerstvo dopravy ČR, Hamburg Port Authority)

[10] Kupní smlouva na území mezi přístavem Peute a kanálem Peute ze dne 6. prosince 1929 – kopie originálu (Ministerstvo dopravy ČR, Hamburg Port Authority)

[II] Dodatkový protokol k Nájemní smlouvě mezi Svobodným a Hansovním městem Hamburkem a Československou republikou o nájem prostor v hamburském přístavě podle článků 363 a 364 mírové smlouvy Versaillesské ze dne 2. listopadu 1929, ze dne 2. března 1931 – kopie originálu (Ministerstvo dopravy ČR, Hamburg Port Authority)

[12] Úmluva mezi republikou Polskou a republikou Československou o pronájmu ploch v štětínském přístavě ze dne 15. července 1949, se Závěrečným protokolem a s Přílohami – kopie originálu (Ministerstvo dopravy ČR, Hamburg Port Authority)

[13] Vyhláška ministra zahraničních věcí č. 74/1956 Sb., o Dopravní dohodě mezi Československou republikou a Polskou lidovou republikou ze dne 13. ledna 1956

[31] siehe www.hafen-hamburg.de

[14] 2. Dodatkový protokol k nájemní smlouvě ze dne 2. listopadu 1929 mezi Československou republikou a Svobodným a Hansovním městem Hamburkem o nájmu prostor v hamburském přístavu podle článku 363/364 mírové smlouvy Versaillesské, ze dne 13. května 1955 – kopie originálu (Ministerstvo dopravy ČR, Hamburg Port Authority)

[15] Dopis Dr. Kurta Struveho a Hanse Rechtera adresovaný Ing. Josefu Brandejsovi, zmocněnci Československé republiky pro podepsání 2. dodatkového protokolu, o dodatku k podepsanému 2. dodatkovému protokolu k nájemní smlouvě mezi Československou republikou a Svobodným a Hansovním městem Hamburkem z 2. listopadu 1929 o nájmu prostoru v hamburském přístavu podle článku 363 a 364 mírové smlouvy Versaillesské, ze dne 13.5.1955 – kopie originálu (Ministerstvo dopravy ČR, Hamburg Port Authority)

[16] Dopis Ing. Josefa Brandejse adresovaný Dr. Kurtu Struvemu a Hansi Rechterovi o potvrzení příjmu dopisu o dodatku k podepsanému 2. dodatkovému protokolu k nájemní smlouvě mezi Československou republikou a Svobodným a Hansovním městem Hamburkem z 2. listopadu 1929 o nájmu prostoru v hamburském přístavu podle článku 363 a 364 mírové smlouvy Versaillesské, ze dne 13.5.1955 – kopie originálu (Ministerstvo dopravy ČR, Hamburg Port Authority)

[17] 3. Dodatečný protokol k nájemní smlouvě mezi Svobodným a Hansovním městem Hamburk a Československou republikou o pozemcích v hamburském přístavu, pronajatých na základě článku 363/364 Versaillesské smlouvy, z 2. listopadu 1929, ze dne 20. srpna 1987 – kopie originálu (Ministerstvo dopravy ČR, Hamburg Port Authority)

[18] 4. Dodatkový protokol k nájemní smlouvě mezi Československou republikou a Svobodným a Hansovním městem Hamburk o nájmu pozemků v hamburském přístavu podle článků 363 a 364 mírové smlouvy Versaillesské z 2. listopadu 1929, ze dne 9. srpna 1996 – kopie originálu (Ministerstvo dopravy ČR, Hamburg Port Authority)

[19] Dohoda k nájemní smlouvě mezi Svobodným a Hansovním městem Hamburg a Československou republikou o pozemcích v hamburském přístavu, pronajatých na základě článku 363/364 Versaillesské smlouvy, z 2. listopadu 1929, ze dne 24. ledna 2000 – kopie originálu (Ministerstvo dopravy ČR, Hamburg Port Authority)

[20] 5. Dodatkový protokol k nájemní smlouvě mezi Svobodným a Hansovním městem Hamburk a Českou republikou o kusech země k pronájmu v hamburském přístavu na základě článku 363/364 smlouvy z Versailless ze dne 2. listopadu 1929, ze dne 10. prosince 2008 – Kopie des Originals (Verkehrsministerium der ČR, Hamburg Port Authority)

[21] JAKUBEC, I. *Československo-německé dopravněpolitické vztahy v období studené války se zvláštním zřetelem na železnici a labskou plavbu (1945/1949–1989).* 1. vydání, Praha: Karolinum 2006, 187 s. ISBN 80-246-1063-9.

[22] KUBU, E., JAKUBEC, I. *Hamburk a jeho úloha v československém zahraničním obchodu meziválečného období (Přístavní pásmo, doprava po Labi a hamburský reexport).* In: Hospodářské dějiny – Economic History, 1. Ausgabe, Praha: Historický ústav, 1992, č. 20, s. 310. ISSN 0231-7540. ISBN 80-85268-20-5.

[23] LAGONI, R. *Der Hamburger Hafen und die internationale Handelsschifffahrt im Völkerrecht.* Archiv des Völkerrecht, 1988. Bd. 26, H. $^{3}/_{4}$, s. 355.

[24] www.hafen-hamburg.de

[25] http://realit.cz/aktualita/stat-hleda-najemce-pozemku-a-budov-v-nemeckem-hamburku

[26] http://aktualne.centrum.cz/ekonomika/doprava/clanek.phtml?id=656757

[27] http://www.psp.cz/eknih/1929ns/ps/tisky/t0788_00.htm

[28] http://www.senat.cz/zajimavosti/tisky/3vo/tisky/T0289_02.htm

[29] http://www.psp.cz/eknih/1929ns/ps/tisky/t0690_01.htm

[30] http://www.firstworldwar.com/source/peacewithoutvictory.htm

Der erste Kanon des Codex Iuris Canonici und seine rechtsgeschichtlichen Grundlagen

*Stanislav Přibyl**

Abstract

The author of the article presents the first of the six canons of the Code of Canon Law issued in 1983. The partition of the Catholic Church into Latin and Eastern rites has its long historical development. The church of the Christian West attempted to reinstall a unity lost at the beginning of the second millennium. At present two kinds of Eastern Churches exist: One united with Rome as head of the Church, whose discipline is also regulated by the Code of Catholic Eastern Churches, the other is essentially Orthodox. According to this norm, the Code concerns only the Church of Latin rite and discipline. This regulation supposed future issue of special Code for the Eastern Catholic churches. Obviously, both Codes include norms valid for both rites, especially those concerning the dogmatic principles and natural law.

Key words: *First Canon; Code of Canon Law.*

Der Kodex des kanonischen Rechtes, promulgiert durch Papst Johannes Paul II. am 25. Januar 1983 in der apostolischen Konstitution *Sacrae disciplinae leges* (CIC/1983), trat am 27. November 1983 in Kraft und enthält einleitend sechs sog. präliminare Kanones. Durch sie grenzt der Gesetzgeber zunächst das Verhältnis des neuen Kodex zu anderen normativen Systemen ab. Er berücksichtigt die Autonomie der in den katholischen Ostkirchen geltenden kanonischrechtlichen Regelung (Can. 1), weil er lediglich für die Disziplin der sog. lateinischen Kirche bestimmt ist; er postuliert eine höhere Rechtskraft des Kodex gegenüber der liturgischen rechtlichen Regelung (Can. 2); das bisher vereinbarte Konkordatsrecht bleibt jedoch unberührt im Einklang mit dem völkerrechtlichen Hauptgrundsatz *pacta sunt servanda*, auch wenn es den Kodexnormen widersprechen sollte (Can. 3). In Sachen Subjektivrechte berücksichtigt der Kodex im Prinzip die wohlerworbenen Rechte und Privilegien (Can. 4). Ferner, wenn auch mit bestimmten Einschränkungen, erkennt er die weitere für das kanonische Recht typische Quelle des Normativrechts an, nämlich das bisher in der Kirche geltende Gewohnheitsrecht (Can. 5). Gegenüber dem bislang gültigen gesetzlichen Recht bestimmt er eine verhältnismäßig umfangreiche Derogationsklausel (Can. 6).

Der vorherige Kodex des kanonischen Rechts aus dem Jahre 1917 (CIC/1917) zählte ähnliche präliminare Kanones, insgesamt sieben an der Zahl, wobei der letzte eine nicht gerade organisch eingeordnete Bestimmung des Begriffs „Apostolischer Stuhl" oder „Heiliger Stuhl" enthielt; diese wurde im neuen Kodex von 1983 in nicht viel geänderter Form auf eine geeignetere Stelle versetzt.[1]

1. Geschichte der kirchlichen Schismen und der Versuche deren Überwindung

Keine andere Lösung des historischen, im zweiten Jahrtausend des Christentums entstandenen Schismas zwischen der östlichen (orthodoxen, „prawoslawischen") und der westlichen (lateinischen) Kirche konnte sich die westliche („katholische") Kirche vorstellen als die Rückkehr der östlichen Kirche in ihren „Schoß", was praktisch vor allem die Anerkennung von Jurisdiktionsansprüchen des Papsttums bedeuten sollte. Der oft als entscheidender Moment des Schismas angegebene Zwischenfall in Konstantinopel im Jahre 1054 war selbst vielmehr eine Teilepisode.[2] Die gegenseitige Entfremdung des christlichen Ostens und Westens ging allmählich bereits im Laufe vieler Jahrhun-

* JUDr. Stanislav Přibyl, Ph.D, JC.D, Metropolitan Kirchengericht Prag; Lehrstuhl der systematischen Theologie, Theologische Fakultät, Südböhmische Universität, České Budějovice, Tschechische Republik.

[1] Can. 361 CIC/1983: „Unter der Bezeichnung Apostolischer Stuhl oder Heiliger Stuhl ist in diesem Gesetzbuch nicht nur der Papst zu verstehen, sondern auch, wenn nicht aus der Natur der Sache oder aus dem Kontext anderes offensichtlich ist, das Staatssekretariat, der Rat für die öffentlichen Angelegenheiten der Kirche und andere Einrichtungen der Römischen Kurie."

[2] „Die Ostkirche maß dem Ereignis von 1054 nie die Bedeutung einer außerordentlich wichtigen kanonischen und definitiven Angelegenheit bei. Das Anathema, mit dem der Osten auf die Provokation des Kardinals Humbert als Autor des hasserfüllten und verleumderischen Dekrets antwortete, war gegen konkrete Personen gerichtet. Damit stellte die Ostkirche die Möglichkeit einer Versöhnung frei. Jeder Papst, der bereit gewesen wäre anzuerkennen, dass Humbert und seine Gefährten ohne Bevollmächtigung ihrer Kirche gehandelt hatten, hätte stets den Weg offen gehabt, an die Kirchengemeinschaft erneut anzuknüpfen." – ALEŠ, Pavel, *Cirkevné dejiny III*, Košice 1993, S. 68

derte davor vor sich[3] und faktisch vollendet wurde sie erst durch den Fall Konstantinopels während des vierten Kreuzzuges (1202–1204). Die Situation ist umso komplizierter, dass außer den orthodoxen (prawoslawischen) Ostkirchen, also Kirchen des byzantinischen Ritus, noch weitere sog. altorientalische Kirchen existieren, die sich von der einen ursprünglich nicht geteilten Kirche bereits vor der Mitte des ersten Jahrtausends trennten, und zwar vor allem im Zusammenhang mit der durch die neuen Definitionen der Glaubenslehre der ökumenischem Konzile in Ephesos (431) und Chalkedon (451) entstandenen Lage, und die Trägerinnen anderer Traditionen und Riten als der lateinischen oder der byzantinischen sind.[4]

Rechtsinstrumente für eine Rückabsorbierung autonomer östlicher, mit der katholischen „nicht vereinigter" orthodoxer oder auch altorientalischer Kirchen gab es grundsätzlich zwei. Einmal, im Mittelalter, ökumenische Konzile, bei denen den eingeladenen Repräsentanten östlicher Kirchen verbindliche dogmatische und disziplinäre Dokumente zum Anerkennen und Unterzeichnen vorgelegt wurden,[5] und zum anderen, in der Neuzeit, Schaffung von sog. „Unionen", d. h. von Gebiets- und Personalstrukturen, wo ein Teil bisher prawoslawischer Hierarchie vertragsmäßig sowie faktisch das päpstliche Primat anerkannt hat. Von der Uzhoroder Union, gebildet 1646–1649, leitet ihre Existenz auch unsere „uniatische" (unierte) Kirche ab, gemäß der Terminologie des Staatskirchenrechts „griechisch-katholische" Kirche, richtiger noch „katholische Kirche byzantinischen Ritus" ab.[6]

2. Ökumenismus in den Beziehungen der katholischen Kirche zu den Ostkirchen

In der neuen Situation nach dem Zweiten vatikanischen Konzil (1962–1965), im Zusammenhang mit der Anerkennung der ökumenischen Bewegung und mit der Durchführung des Ökumenismus-Dekrets *Unitatis redintegratio*, hat sich die Uniatismus-Methode als anachronisch und für die ökumenischen Beziehungen der katholischen Kirche mit der Weltorthodoxie als sehr störend erwiesen. Im Artikel 22 des Konvergenzdokuments „Uniatismus, Unionsmethode der Vergangenheit und das gegenwärtige Bemühen um eine volle Gemeinschaft", verträglich unterschrieben im Jahre 1993 im libanesischen Balamand, verpflichtet sich die katholische Kirche einseitig gegenüber den Orthodoxen, künftig nicht mehr zur Uniatismus-Methode zu greifen: „Die Seelsorgetätigkeit der katholischen Kirche, sowohl der lateinischen als auch der östlichen, setzt sich nicht mehr als Ziel, die Gläubigen zum Übertritt aus einer Kirche in eine andere zu zwingen, und ist nicht mehr auf Proselytismus unter den Orthodoxen orientiert. Ihr Anliegen ist es, die geistlichen Bedürfnisse ihrer eigenen Gläubigen zu befriedigen, also kein Wille zur Expansion zum Nachteil der prawoslawischen Kirche."[7] Die katholischen Ostkirchen sind jedoch weiterhin da und besitzen ihr altertümliches partikulares Recht, zum großen Teil identisch mit dem Recht ihres jeweiligen mit Rom „nicht vereinten" orthodoxen oder altorientalischen Gegenübers. Ohne zu übertreiben kann gesagt werden, dass deren Mitglieder, insbesondere während der Verfolgungen unter Stalin, für den Papst starben,[8] zudem leiden östliche katholische Christen in vielen Ländern der Nahen und Mittleren Ostens unter der dortigen explosiven Gesellschafts- und Sicherheitslage, so dass sie aus diesen Staaten massenhaft emigrieren, vorwiegend nach Europa und Nordamerika; deshalb erfordern ihre Rituspezifika einen erhöhten kanonischrechtlichen Schutz, damit sie nicht ihrer Identität verlustig würden auf Gebieten, wo mehrheitlich die lateinische Kirche wirkt.[9]

---

[3] Das sog. Photianische Schisma im 9. Jahrhundert wurde im Prawoslawentum nachträglich als bedeutender Versuch einer Autonomie des christlichen Ostens reflektiert: „Er (Photios) starb um das Jahr 890 in Klosterhaft. 1012 wurde er jedoch heiliggesprochen und die Ostkirche reihte ihn unter die Verfechter der Rechtgläubigkeit und Unabhängigkeit vom römischen Papst ein." – ŘÍČAN, Rudolf – MOLNÁR, Amedeo, *12 století církevních dějin,* Praha 1989, S. 334.

[4] Aus der alexandrinischen Tradition stammen die koptische und die äthiopische Kirche; aus der antiochischen Tradition die syrische, die maronitische Kirche und syro-malankarische Kirche; aus der armenischen Tradition die armenische Kirche; aus der chaldäischen Tradition die chaldäische und syro-malabarische Kirche.

[5] Das zweite Lyoner Konzil (1274); das Konzil von Basel-Ferrara-Florenz-Rom (1431–1445).

[6] „Ein Dokument über Schaffung dieser Union im Jahre 1646 wurde bis heute nicht vorgelegt, deshalb muss angenommen werden, dass es kein solches gab. Bekannte Dokumente stammen aus späterer Zeit. Die Durchsetzung der Union war mit großer an der Bevölkerung verübten Gewalt verbunden. Aufgrund des Dekrets Maria Theresias wurden den Prawoslawischen alle Gotteshäuser sowie ihr Eigentum weggenommen und auf die Uniaten, bezeichnet als griechische Katholiken, überschrieben. Diese neue Benennung ist jedoch inadäquat und unwahr, höhnisch, und wird in den offiziellen vatikanischen Dokumenten nicht verwendet." – PRUŽINSKÝ, Štefan, *Aby všetci jedno boli. Pravoslávie a ekumenizmus*, Prešov 1997, S. 51.

[7] in: *Ekumenické konsensy I. Katolicko-pravoslavné konsensy na celosvětové úrovni*, übers. BUGEL, Walerian, Velehrad-Roma 2001, S. 85–102; S. 95.

[8] Auch in der Tschechoslowakei war die griechisch-katholische Kirche in der stalinistischen Zeit absolut unerwünscht: „Die kommunistische Macht versuchte sogar einen so starken Bestandteil der katholischen Kirche zu liquidieren, den die griechisch-katholische Kirche darstellte (sie hatte damals auf dem Gebiet der Tschechoslowakischen Republik etwa 306 000 Mitglieder, vorwiegend in der Ostslowakei). Während des sog. Sobor (Versammlung) von Prešov, abgehalten am 28.4.1950, bei dem kein Bischof anwesend war, beschloss unter Drohungen und Druck eine manipulierte Gruppe griechischer Katholiken den Übertritt zum Prawoslawentum. Die Mehrheit der Priester und Ordensleute trat nicht zum Prawoslawentum über, keinem einzigen von ihnen wurde die staatliche Zustimmung zur Ausübung priesterlicher Tätigkeit erteilt, und so wurde die ganze Kirche *via facti* aufgelöst, ohne jegliche gesetzliche Grundlage. Man kann also weder von ihrem Verbot noch von ihrer Auflösung sprechen. (…) Zu einer teilweisen Erneuerung dieser Kirche kam es aufgrund der Verordnung der ČSSR-Regierung über die wirtschaftliche Absicherung der griechisch-katholischen Kirche durch den Staat Nr. 70/1968 Sb.; die Durchführungsinstruktion dazu ist aus dem Jahre 1973, die volle Realisierung ihrer Erneuerung ist seit 1990 im Gange." – TRETERA, Jiří Rajmund, *Stát a církve v Česke republice,* Kostelní Vydří 2002, S. 50.

[9] Can. 32 CCEO § 1 drückt das grundlegende Prinzip in dieser Sache aus: „Niemand kann ohne Zustimmung des Apostolischen Stuhls zu einer anderen Kirche *sui iuris* übertreten." – Durch systematische Deutung lässt es sich logisch folgern, dass die lateinische Kirche in diesem Zusammenhang analog eben als eine der Kirchen *sui iuris* zu verstehen ist; sogar als jene, um die es im Zusammenhang mit der Absicht des Gesetzgebers vor allem geht.

3. Katholische Ostkirchen *sui iuris* und die lateinische Kirche

Die Rechtsdisziplin des Kodex des kanonischen Rechtes von 1983 bezieht sich also direkt und lediglich auf die lateinische Kirche, wie der erste Kanon bestimmt: *Canones huius Codicis unam Ecclesiam latinam respiciunt.* – „Die Kanones dieses Kodex beziehen sich lediglich auf die lateinische Kirche." Im Jahre 1990 wurde dann ein ähnlicher Kodex für die katholischen Ostkirchen herausgegeben (*Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium,* CCEO), der ihr gemeinsames allgemeines Recht unifizierte und seinen ersten Paragraphen im Spiegelbild zu seinem lateinischen Gegenüber formuliert: *Canones huius Codicis omnes et solas Ecclesias orientales respiciunt, nisi, relationes cum Ecclesia latina quod attinet, aliud expresse statuitur.* – „Kanones dieses Kodex beziehen sich auf alle Ostkirchen; auch was das Verhältnis zu der lateinischen Kirche betrifft, falls nicht anders bestimmt ist."

Eine weitgehende Autonomie von insgesamt dreiundzwanzig katholischen Ostkirchen drückt deren rechtliche Qualifikation aus: es sind eigenberechtigte Kirchen (*Ecclesiae sui iuris*).[10] Während für die katholischen Ostkirchen grundsätzlich eine dreistufige hierarchische Struktur Papst – Patriarch – Bischof typisch ist,[11] im christlichen Westen wurde die patriarchale Struktur von der in beschleunigtem Tempo vor allem seit Anfang des zweiten Jahrtausends verlaufenden päpstlichen Zentralisierung absorbiert und zum einzigen Patriarchen wurde faktisch nur der römische Bischof selbst, also der Papst.[12] Diese Zentralisierung war die eigentliche tiefere Ursache der Entfremdung zwischen der westlichen katholischen Kirche und der Orthodoxie, die in das große Schisma zwischen dem christlichen Westen und Osten einmündete.

Als „lateinische" Kirche, von der der erste Kanon CIC/1983 spricht, kann *cum grano salis* gerade jener Teil der katholischen Kirche bezeichnet werden, in dem der Papst nicht nur „höchster Hohepriester" ist, sondern auch Patriarch des christlichen Westens. Dazu muss allerdings hinzugefügt werden, dass der gegenwärtige Papst Benedikt XVI. auf den Titel „Patriarch" verzichtet hat, was das päpstliche Jahrbuch (*Annuarium pontificium*) schweigend bezeugt und bereits im Jahre 2008 diesen Titel tatsächlich weggelassen hat. Die eigentlichen Gründe dieser Entscheidung des Papstes sind Gegenstand vieler Diskussionen und Spekulationen. Für die Zwecke der Interpretation des Unterschiedes zwischen dem Charakter der lateinischen Kirche und dem der Ostkirchen *sui iuris* ist jedoch der traditionelle päpstliche Titel „Patriarch des Westens" nützlich, obwohl es stimmt, dass der lateinische Kodex des kanonischen Rechtes ihn nicht verwendet und im Kodex außer dem Begriff „lateinische Kirche" in demselben Sinne die Bezeichnung „katholische Kirche" (*Ecclesia catholica*)[13] sowie „Universalkirche" (*Ecclesia universa*)[14] vorkommt.

4. Die dogmatischen Definitionen und das *ius divinum* im Kodexrecht

Im Unterschied zum CIC/1983 präzisiert der Kodex des kanonischen Rechtes aus dem Jahre 1917 in seinem ersten Kanon, er „verpflichte die Ostkirche nur dann, wenn es sich um Angelegenheiten handelt, die sich ihrer Natur gemäß (*ex ipsa natura rei*) auch auf die Ostkirche beziehen".[15] Offensichtlich geht es um jene Tatsachen, die außerhalb des Rahmens der aktuellen, durch den Gesetzgeber bestimmten und zeitbedingten Disziplin liegen. Außer ihr inkorporieren die Kodexnormen nämlich allgemeinere dogmatische und normative Systeme.[16] Die für die katholische Glaubenslehre typischen dogmatischen Formulierungen sind z. B. in den Kanones CIC/1983 enthalten, namentlich in jenen über die göttliche Bestimmung des apostolischen Kollegiums mit dem römischen Hohepriester als Haupt,[17] über die päpstliche Unfehlbarkeit[18] oder über die Einsetzung der

[10] Can. 27 CCEO: „Die hierarchisch rechtsnormgemäß gefügte Gemeinschaft von Christen, die die höchste kirchliche Autorität ausdrücklich anerkennt oder schweigend zulässt, wird in diesem Kodex als Kirche *sui iuris* bezeichnet."

[11] „Die Patriarchalkirchen sind eine typische östliche Kirchenstruktur, die der neue Kodex (CCEO) nicht nur akzeptiert, sondern, ausgehend von den heiligen Kanones und wahren östlichen Traditionen, auch bestätigt hat. Verglichen mit der vorherigen Legislative wurden aus dem heutigen CCEO manche Elemente beseitigt, die sich in die Legislative patriarchaler Kirchen im Laufe der Jahrhunderte unter westlichem Einfluss eingeschlichen hatten und den typisch östlichen Charakter der die Patriarchalkirchen betreffenden Gesetzgebung entstellten." – VASIĽ, Cyril, *Patriarchálne cirkvi v Kódexe kánonov východných cirkví,* Trnava 1999, S. 195.

[12] Can. 438 CIC/1983: „Der Titel eines Patriarchen und eines Primas bringt, abgesehen von dem Ehrenvorrang, in der lateinischen Kirche keine Leitungsgewalt mit sich, soweit nicht bei einigen aufgrund eines apostolischen Privilegs oder einer anerkannte Gewohnheit etwas anderes feststeht."

[13] Can. 11 CIC/1983: „Durch rein kirchliche Gesetze werden diejenigen verpflichtet, die in der katholischen Kirche getauft oder in diese aufgenommen worden sind, hinreichenden Vernunftgebrauch besitzen und, falls nicht ausdrücklich etwas anderes im Recht vorgesehen ist, das siebente Lebensjahr vollendet haben."

[14] Can 838 § 2 CIC/1983: „Sache des Apostolischen Stuhles ist es, die heilige Liturgie der ganzen Kirche zu ordnen, die liturgischen Bücher herauszugeben und ihre Übersetzungen in die Volkssprachen zu überprüfen sowie darüber zu wachen, dass die liturgischen Ordnungen überall getreu eingehalten werden."

[15] Der neue Kodex nennt die Ostkirchen mit Absicht nicht: „Der Wirksamkeitsumfang der Kodexnormen ist nur auf die lateinische Kirche beschränkt. Die so direkte und einfache Formulierung des Can. 1 wurde gewählt, damit Missverständnisse vorgebeugt würden und Klarheit herrsche. Diese Nichteinbeziehung oder, wenn man will, die Ausschließung östlicher Kirchen bedeutete eine genaue und absichtliche Wahl: diese Kirchen überhaupt nicht zu erwähnen und in sie absolut nicht über einzugreifen." – GARCÍA MARTÍN, Julio, *Le norme generali del Codex Iuris Canonici*, Roma 1996, S. 18–19.

[16] „Die Bestimmungen des CIC, welche die verbindliche Glaubens- und Sittenlehre enthalten oder das göttliche Recht konkretisieren, gelten für alle Menschen und damit auch für die Ostkirchen. Ihre gesamtkirchliche Verbindlichkeit ergibt sich aus dem vorpositiven Wesen dieser Normen (vgl. Can. 1 CIC/1917), nicht aus ihrer Einbeziehung in den lateinischen Kodex." – LÜDICKE, Klaus (Hrsg.), *Münsterischer Kommentar zum Codex Iuris Canonici. Band I (cann. 1-203)*, Essen 2009,1/5.

[17] Can.330 CIC/1983: „Wie nach der Weisung des Herrn der heilige Petrus und die übrigen Apostel ein einziges Kollegium bilden, so sind in gleicher Weise der Papst als Nachfolger des Petrus und die Bischöfe als Nachfolger der Apostel untereinander verbunden."

[18] Can. 749 § 1 CIC/1983: „Unfehlbarkeit im Lehramt besitzt kraft seines Amtes der Papst, wenn immer er als oberster Hirt und Lehrer aller Gläubigen, dessen Aufgabe es ist, seine Brüder im Glauben zu stärken, eine Glaubens- oder Sittenlehre definitiv als verpflichtend verkündet."

Sakramente durch Christus selbst.[19] Andere Kanones des Kodex reproduzieren die Normen des göttlichen Rechts (*ius divinum*). Als Beispiel können jene angeführt werden, die das dogmatische Verständnis des Papsttums in rechtliche Norm überführen: die Fülle der Jurisdiktion gehört dem Papst sowohl gegenüber der universalen katholischen Kirche als Gesamtheit, als auch gegenüber den partikularen territorialen oder personalen Strukturen innerhalb dieser,[20] gegen die Entscheidungen des Papstes gibt es keine Berufung[21] und niemand darf über ihn Gericht halten.[22]

5. Das Naturrecht und das rein kirchliche Recht

Während die eben angeführten Bestimmungen Ausdruck von Normen des sog. göttlichen positiven Rechts sind, also des aus der Heiligen Schrift durch die Praxis und die Tradition der katholischen Kirche hergeleiteten, interpretiert die Kirche andere Normen des göttlichen Rechts als Naturrecht, eingeschrieben in die menschliche Natur, entweder ausdrücklich wie z. B. im Falle des Ehehindernisses Impotenz[23] oder durch Transkription des Zivilisations- und Kulturmodells im Falle des Inzest-Hindernisses.[24]

Die katholische Kirche ist gegenwärtig wahrscheinlich die bedeutendste Institution weltweit, die in ihren offiziellen Dokumenten und ihrer Doktrin den Begriff „Natur" verwendet und ihm darüber hinaus eine möglichst eindeutige Interpretation gibt, wodurch sie sich allerdings von der säkularen Auffassung des Naturrechts unterscheidet.[25] Deutlich drückt dies die Rechtskraft der höchsten kirchlichen Autorität gerade in Sachen der Ehehindernisse aus. Jene, die von göttlichem (positiven sowie natürlichen) Recht sind, werden vom Papst nur deklariert, verlautbart,[26] während weitere Hindernisse von ihm als sog. rein kirchliche Gesetze[27] bestimmt, eingesetzt werden; durch die Macht seiner Autorität kann er also bestehende rein kirchliche Hindernisse aufheben oder ändern ggf. neue Hindernisse dieser Art einführen.

6. Einschränkung der personalen Wirksamkeit des katholischen Kirchenrechts

Infolge der ökumenischen Auffassung zwischenkirchlicher Beziehungen nach dem II. vatikanischen Konzil expandiert die katholische Kirche durch den Wirkungsbereich ihrer innerkirchlichen, rein kirchlichen Normen jedoch nicht mehr zu Mitgliedern der anderen Kirchen. Während der Kodex von 1917 alle Getauften verpflichtete, also die in welcher Kirche auch immer oder (wie es der damalige Gesetzgeber nicht gerade schmeichelhaft ausdrückte) die in nichtkatholischen Sekten (*sectae acatholicae*) Getauften,[28] wird diese Sichtweise durch einen ähnlichen Kanon durchbrochen und der neue Kanon verpflichtet bis auf bestimmte Ausnahmen lediglich die Katholiken.[29] Eine solche Ausnahme stellt auch das erwähnte Recht des Papstes dar, rein kirchliche Rechtshindernisse

[19] Can. 840 CIC/1983: „Die Sakramente des Neuen Bundes sind von Christus dem Herrn eingesetzt und der Kirche anvertraut; als Handlungen Christi und der Kirche sind sie Zeichen und Mittel, durch die der Glaube ausgedrückt und bestärkt, Gott Verehrung erwiesen und die Heiligung der Menschen bewirkt wird; so tragen sie in sehr hohem Maße dazu bei, dass die kirchliche Gemeinschaft herbeigeführt, gestärkt und dargestellt wird; deshalb haben sowohl die geistlichen Amtsträger als auch die übrigen Gläubigen bei ihrer Feier mit höchster Ehrfurcht und der gebotenen Sorgfalt vorzugehen."

[20] Can. 333 § 1 CIC/1983: „Der Papst hat kraft seines Amtes nicht nur Gewalt in Hinblick auf die Gesamtkirche, sondern besitzt auch über alle Teilkirchen und deren Verbände einen Vorrang ordentlicher Gewalt, durch den zugleich die eigenberechtigte, ordentliche und unmittelbare Gewalt gestärkt und geschützt wird, die die Bischöfe über die ihrer Sorge anvertrauten Teilkirchen innehaben."

[21] Can. 333 § 3 CIC/1983: „Gegen ein Urteil oder ein Dekret des Papstes gibt es weder Berufung noch Beschwerde." (*Contra sententiam vel decretum Romani Pontificis non datur appellatio nec recursus.*)

[22] Can. 1404 CIC/1983 erwähnt den altertümlichen Grundsatz *Prima sedes a nemine iudicatur*, und Can. 1406 § 1 bestimmt: „Wird gegen die Vorschrift des Can. 1404 verstoßen, so gelten Rechtshandlungen und Entscheidungen als nichtig."

[23] Can. 1084 § 1 CIC /1983: „Die der Ehe vorausgehende und dauernde Unfähigkeit zum Beischlaf, sei sie aufseiten des Mannes oder der Frau, sei sie absolut oder relativ, macht die Ehe aus ihrem Wesen heraus ungültig *(ex ipsa eius natura)*."

[24] Can. 1091 § 1 und § 4 CIC/1983: „In der geraden Linie der Blutsverwandtschaft ist die Ehe ungültig zwischen allen Vorfahren und Nachkommen, ob ehelichen oder nichtehelichen." (…) „Eine Eheschließung darf niemals gestattet werden, wenn ein Zweifel darüber besteht, ob die Partner in irgendeinem Grad der geraden oder im zweiten Grad der Seitenlinie blutsverwandt sind."

[25] „Ende des 19. Jahrhunderts (..) sind auch Erwägungen aufgetreten, ob das natürliche Recht tatsächlich das sei, was uns *eingeboren* ist, oder ob für natürlich nicht das zu halten sei, was durch unsere Mitwirkung *geboren* ist. Die Argumentation wird dann im Laufe des 20. Jahrhunderts in dem Sinne geführt, dass die Konnotation des Begriffs *Natur* nicht nur unbestimmt sei, notwendig zu einem Legitimierungspluralismus im Verständnis des Naturrechts führe, was das häufigste Argument des Rechtspositivismus gegenüber verschiedenen Richtungen des Iusnaturalismus war und ist, sondern sie sei auch historisch veränderlich, was übrigens die jeweiligen Veränderungen der Legitimierungsgrundlagen des natürlichen Rechts beweisen." – GERLOCH, Aleš, *Teorie práva*, Plzeň 2004, S. 22.

[26] Can. 1075 § 1 CIC/1983: „Es ist Sache allein der höchsten kirchlichen Autorität authentisch zu erklären, wann das göttliche Recht die Ehe verbietet oder ungültig macht."

[27] *Leges mere ecclesiasticae* im Sinne des Can. 11 CIC/1983.

[28] Can. 12 CIC/1917: „Durch rein kirchliche Gesetze werden nicht diejenigen verpflichtet, die die Taufe nicht empfangen haben, noch jene Getauften, die keinen hinreichenden Vernunftgebrauch besitzen, noch jene, die zwar Vernunftgebrauch erlangt, aber noch nicht das siebente Lebensjahr vollendet haben, es sei denn, das Recht hatte ausdrücklich etwas anderes bestimmt."

[29] CIC/1983 Can. 11 „Durch rein kirchliche Gesetze werden diejenigen verpflichtet, die in der katholischen Kirche getauft oder in diese aufgenommen worden sind, hinreichenden Vernunftgebrauch besitzen und, falls nicht ausdrücklich etwas anderes im Recht vorgesehen ist, das siebente Lebensjahr vollendet haben." „Dass der neue Kodex durch seine rein kirchlichen Gesetze nur Katholiken verpflichtet, stellt einen wahrhaftig qualitativen Sprung dar. Und zwar nicht nur dank dem ökumenischen Geist, der den Kodex beseelt, sondern auch der realistischen Sichtweise der sozial-religiösen Lage, wie sie in Wirklichkeit erscheint. Es ist offensichtlich, dass die absolute Mehrheit getaufter Katholiken keine Kenntnis der Gesetze der katholischen Kirche besitzt (der rein kirchlichen Gesetze) und überhaupt kein Interesse daran zeigt." – CASTAÑO, José F., *Introduzione al diritto costituzionale della Chiesa*, Roma 1994, S. 184–185.

„für Getaufte“ (*pro haptizatis*) zu bestimmen. Das Recht der höchsten kirchlichen Autorität (außer dem Papst auch des ökumenischen Konzils, dem der Papst allerdings vorsitzt),[30] bleibt also in dieser Hinsicht theoretisch unberührt, die Kirche verzichtet immerhin darauf mit Rücksicht auf die neue zwischenkirchliche sowie sozialkulturelle Situation.

7. Schlusswort

Hinter der lapidaren Formulierung der erörterten Bestimmung des ersten Kanons des Kodex des kanonischen Rechtes von 1983 verbirgt sich offenbar eine verwickelte rechtsgeschichtliche sowie theologische Entwicklung. Die katholische Kirche ist sich in der heutigen Situation bewusst, dass es nicht möglich ist, das Modell früherer Versuche einer einseitig initiierten Union mit den die Jurisdiktion des päpstlichen Stuhls nicht anerkennenden Ostkirchen anzuwenden. Zugleich will sie auch nicht durch eine spezifische, die Disziplin des lateinischen Ritus betreffende Rechtsregelung die autonome Disziplin jener Ostkirchen verpflichten, die die päpstliche Autorität anerkennen.

[30] Can. 336 CIC/1983: „In dem Bischofskollegium *(Collegium episcoporum)*, dessen Haupt der Papst ist und dessen Glieder kraft der sakramentalen Weihe und der hierarchischen Gemeinschaft mit dem Haupt und den Gliedern des Kollegiums die Bischöfe sind, dauert die apostolische Körperschaft immerzu fort; es ist zusammen mit seinem Haupt und niemals ohne dieses Haupt ebenfalls *(quoque)* Träger höchster und voller Gewalt in Hinblick auf die Gesamtkirche.“

The Introduction of Secular Divorce Law in Hungary, 1895–1918: Social and Legal Consequences for Women

*Eszter Cs. Herger**

Abstract

The codification of civil law failed to materialize in the period of classical liberalism in Hungary. The legislative acts of the second part of the 19th century stuck to traditional family model, which assured the dominate role of the husband for the future, too. The first aspect I concentrated in the course of my research is: why the secularized law for married women was more favorable than the traditional divorce law of the denominations. I also examined the differences between the rules concerning men and women in the uniform divorce law and its consequences in the judicial practice. The acts of matrimonial cases, especially the reasons for a judgment gave me insight into the marital conflicts and therefore into the everyday life of the Hungarian families at the end of the 19th century. In light of these factors, I ask: what the position of the husband as head of the family effectively meant.

Key words: *divorce law; judicial practice; traditional family model; marital conflict; Jewish Matrimonial Law; Protestant Matrimonial Law; canonic law; Austro-Hungarian Monarchy.*

1. The subject of the study

Conservative opponents of the first Hungarian secular Matrimonial Causes Act (Act 31 of 1894, hereinafter MA) has often denounced it as the "creature of Jewish mind and feminism"[1] and the cause of the "degeneration of morals"[2] since its entering into force (1st of October, 1895). On the other hand, outstanding contemporary specialists of private law on the whole appreciated both the act itself and its social effect, although expressing minor criticisms.[3] Consequently, when the late codification process of private law finally resulted in the bill on the Hungarian Private Law Code (hereinafter PLC, 1928)[4], it left the whole of the MA untouched.

There is no simple answer as to the question of whether the divorce law of the MA was conservative or liberal in accordance with the "spirit of time", and whether the objective of women's emancipation actually influenced its creation. The period of the Austro-Hungarian Monarchy (1867–1918) was a special phase of bourgeois transformation in which conservative and liberal motives alike operated in the field of legislation as well. Marriage was regarded as a moral community the maintenance of which had to be safeguarded by the state although in a manner respecting the personal autonomy of the parties, "without applying any external compulsion".[5] This liberal approach operated in the framework of the special community orientation of the era allowing for the survival of the traditional Hungarian family model in which the husband was undoubtedly the "head of the family" after the turn of the century and even in the system of the PLC.

This study intends to examine to what extent the divorce provisions of the MA complied with the requirement of gender equality in terms of actual norm content, judicial practice and social effects. A legal historian can answer these questions on the basis of the wording of the act, the works of outstanding contemporary experts in private law and the still extant documentation of matrimonial cases. My findings concerning the latter are based on the documentation of cases initiated at the royal court of Pécs.[6]

* Eszter Cs. Herger, associate Professor, Department of Legal History, Faculty of Law, University of Pécs, Hungary.

1 STUCKNER, János, *A házassági elválás* [Matrimonial Divorce], Katolikus Szemle,1903, p. 308–326. or speech by Géza Kenedy in LAKY, Dezső, ed. *Az elválások és öngyilkosságok okai és leküzdésüknek eszközei. A Magyar Statisztikai Társaság értekezlete 1927. február hó 14. és 17-én* [The Causes of Divorces and Suicides and the Means of their Elimination. Conference of the Hungarian Statistical Society on the 14 and 17 of February 1927], Debrecen, 1927, p. 10.

2 VÉCSEY, József Aurél, *A házassági elválások és a népszaporodás* [Matrimonial Divorce and Increase in the Population], Magyar Kultúra, vol. 2/1915, p. 460–467.

3 DEGRÉ, Alajos, *A polgári házasság kialakulása Magyarországon* [The Development of Civil Marriage in Hungary], Jogtudományi Közlöny, vol. 1/1983, p. 36–42.

4 Published as Magyarország Magánjogi Törvénykönyve [Private Law Code of Hungary], Budapest, 1928.

5 The general explanatory statements of the government proposal are published in GROSSCHMID, Béni, *A Házassági törvény* [Matrimonial Causes Act], Budapest,1908, vol. 2 p. 646.

6 All the cases are documentated at the County Archive of Baranya under the sign VII/2b. For further information see the particular cases.

2. Secular divorce law from the point of view of women

Prior to the commencement of the MA, *eight denominational matrimonial legal orders*[7] existed in the Hungarian part of the Austro-Hungarian Monarchy with substantial differences in terms of the possibility for divorce, the grounds for divorce, the procedural law and the judicial forums. These factors in themselves precluded the fundamental requirement of a civil state, namely a uniform legal order covering each citizen, moreover, in some cases they even caused severe moral and financial harm to the persons involved.

Since the Council of Trent (1545–1563) stipulated the tenet of the sanctity and indissolubility of validly contracted marriages as a dogma in its *Tametsi Decree*, the issue of dissolution was one of the points of controversy among the denominations. Although the denominational map of Hungary was rather heterogeneous since the 16th century, in the era of re-catholicization the Roman Catholic Church became the largest church once again. Consequently, *canon law* guided the matrimonial cases of the substantial part of Hungarian society: the non-faulty party being Catholic could request separation from bed-and-board (*divortium particulare, separatio a thoro et mensa)* against the spouse at fault only on one ground, on the ground of adultery.[8] In such cases, however, the bond remained although cohabitation was terminated, consequently no new marriage could be contracted.

In the absence of a legal solution, Catholic parties separated from bed-and-board or simply living separately often established a concubine relationship (so called left-handed marriage, swearing on a horse head, gypsy faith and living together). While such illegal co-habitation had been acceptable only among gypsies before 1870, from then on it began to spread in towns, villages and farmsteads regardless of religion – albeit those living together were still held in contempt in closed communities.[9] Although concubinage was detrimental to both parties, in the case of the woman it meant total defenselessness – because she was not in the legal status of the wife.

In the years following the introduction of the MA, the subjects of nearly every other matrimonial bond suit (47.9% in 1895, 45.4% in 1896, 54% in 1897) initiated at the royal court of Pécs were Roman Catholics or persons with mixed religion (Catholic-Lutheran or Catholic-Reformed). It appears from the data (references to long-standing concubinage and under aged children born in the concubinage) that parties belonging to the Catholic faith initiated divorce proceedings in order to be able to legalize their concubinage relations after divorce. This happened in the following case as well.

Ferenc F. contracted marriage with Mária M. by the rites of the Catholic Church on 30th May, 1882. The woman left her husband after four months' cohabitation and then both parties established concubinage. Ferenc F. requested the royal court of Pécs to dissolve their marriage only 34 years later, in 1916, when approaching an elderly age. (He may have done so to ensure his life partner's right of insurance.) It is also interesting that the petitioner requested the court dispense with conciliation which was practically always ordered. He argued as follows: "so our ways departed after having lived together for four months and now we have lived separately for 34 years, I haven't even seen her since then, so we have totally become estranged from each other, which is quite natural on my side, and our possible conciliation would be rather tragi-comic, and my petition is justified in asking for a divorce and getting rid of my wife who impenitently conducted an immoral way of life and most seriously neglected her conjugal duties." According to the minutes taken on 27th January 1917, the court ordered conciliation regardless of the circumstances and then following its – not surprising – unsuccessfulness, the court dissolved the marriage under Article 80 point a. of the MA declaring both parties to be at fault.[10] In the light of all this it is clear that *the MA was liberal indeed compared to canon matrimonial law*: it retained the institution of separation from bed-and-board (Articles 104–106) for those adhering to the bond for religious reasons but ensured the possibility of divorce as well.

However, the situation is totally different if the laws of the Protestant and Jewish denominations are examined. Under rabbinic private law mutual support and the order to be fruitful meant the natural side of marriage, whilst its religious side is comprised of "the mutual affection of the spouses and the perfect union of the two parties who consider the other as a part of themselves".[11] Nevertheless, observing the provisions of the Torah,[12] it left the moral decision concerning dissolution to the persons involved, without any external compulsion, respecting the person of the human being with free will. Although *the Jewish denominational matrimonial law* was regulated by a state norm[13] in Hungary before the MA, this took into consideration the Jewish traditions for the most part. Consequently, the purpose of matrimonial cases was not to maintain the bond by any means but to "prevent light-minded divorces thus exerting the ennobling effect of good morals".[14] In addition to the principle of fault, the change of faith and an objective cause (incurable mental disease or any other incurable disease) could also serve as a ground for divorce, moreover there was even the possibility of collaborative dissolution.

---

7 1. Roman Catholic, 2. one Serb Greek Orthodox and three Romanian Greek Orthodox autokefal legal orders, 3. Hungarian Reformed and Lutheran, 4. Transylvanian Reformed, 5. Transylvanian Lutheran, 6. Hungarian Israelite, 7. Transylvanian Israelite, 8. Unitarian.

8 KAZALY, Imre, *A katholikus egyházjogtan kézikönyve különös tekintettel Magyarország viszonyaira* [The Companion of Catholic Canon Law with Special Regard to Hungary], Vác, 1877, p. 541, 672–674.

9 BRAUN, Róbert, *Magyar munkásszociográfiák* [Sociographic Studies of Hungarian Workers], Budapest, 1974, p. 142 and 178.

10 II/1916/2922 2922/17/1916.

11 SÜSZ, Ignacz, *A zsidó házassági jog tekintettel hazai törvényeinkre* [Jewish Matrimonial Law with Regard to our Domestic Statutes], Kőszeg, 1882, p. III.

12 Deuteronomy 24:1.

13 Court Chancery Decree of November 2nd, 1863.

14 KASSAY, Adolf, *A zsidó házasságokra vonatkozó jogelvek és szabályok a megfelelő rendeletekkel és határozatokkal* [Legal Principles and Rules with the Relevant Decrees and Resolutions Pertaining to Jewish Marriages], Budapest, 1891, p. 59.

The common matrimonial legal order of the Reformed and Lutheran Churches, which was also governed by a state norm, Joseph II's Letters Patent of March 6th, 1786 was similar. Like under canon law, it also allowed for requesting temporary or final separation from bed-and-board.[15] The divorce law of the letters patent, however, reflected two substantially different viewpoints. On the one hand the divorce grounded on the principle of fault representing an extremely strict religious perception: the purpose was to restrict divorce to the most serious situations.

Albert S. and Mária V. contracted marriage in Kistótfalu in March 1856. Both were followers of the Reformed faith. The woman left her husband after having lived together for ten years and established concubinage. Although Albert S. submitted a divorce petition under denominational law in 1886, the second instance court reversed the divorce decree of the first instance court and rejected the petition. When Albert S. requested the dissolution of their marriage – under the MA – in 1898, after having lived separately for 32 years, the woman stated in her counterclaim that her husband had been living in concubinage since 1878. The royal court of Pécs declared the dissolution of the marriage under Article 80 point c. of the MA, finding both parties at fault.[16] It appears from the concubinages of the parties that the strict religious norm was an external compulsion and its observance was not the result of intrinsic belief.

On the other hand, the grounds for divorce based on the principle of fault under the Protestant denominational law in Hungary was supplemented with the ground of irreconcilable differences by the above mentioned letters patent of Joseph II, which ground was further "broadened" in judicial practice – perhaps just due the rigidity of the principle of fault. My research shows that this ground of irreconcilable differences was not usually relied on independently but was a background reason before 1895 in legal practice. Divorce petitions were primarily grounded on the principle of fault and secondly on irreconcilable differences between the parties, as happened in the following case.

Júlianna T. and János S. contracted marriage by the rites of the Reformed Church in Haraszti on 20th of January 1869. In 1872 the woman grounded her divorce petition on the fact that her husband committed adultery and left her after having lived together for three years. They had no children born in the marriage and Júlianna T. did not have any financial claim against her husband, but in addition to the divorce, she requested the court to allow both of them to re-marry. She attached to her petition a certificate recording three failures of attempt at conciliation by a parson. The first instance court rejected the petition on 20th June 1873.[17] Following an appeal by the petitioner, the second instance court ordered two months' separation from bed-and-board for the sake of reconciliation as "*the petitioner grounded her petition partly on her husband's irreconcilable hatred towards her*" and ordered a new attempt at conciliation.[18] There was no reconciliation and the petitioner could request divorce again referring to this fact. The divorce proceedings lasted for seven years and the reasoning of the divorce decree stated that the irreconcilable differences did not cease to exist during separation[19] as it could well be predicted. The Court of Appeal of Pest as the second instance court added to the reasoning that the respondent agreed to the divorce and the three attempts at conciliation by the parson did not lead to reconciliation either.[20]

What this hatred actually meant was not specified: emotions unascertainable by the judge and the irretrievable breakdown of marriage were mentioned without any special reasoning. (For this reason it was at the discretion of the judge to order temporary separation from bed-and-board twice.[21]) Moreover: the judge could not even be sure whether it was actually a case of mutual agreement. After admitting mutual repugnance they only had to prove by witnesses that the parties had publicly shown signs of this repugnance and that this repugnance had continuously existed for years.[22] The fact that this "broadening" was substantial is best indicated by the lack of finding either party at fault. Thus judicial practice could find a solution to a genuine need.

It was a common feature of the Jewish and Protestant matrimonial legal order that there was no need to "air the family's dirty linen in public" in the case of mutual consent and irreconcilable differences. However, in the course of the preparatory work on the MA, this could not persuade either the Minister of Justice responsible for it, or the legal experts drafting the bill. Concerning the duality of the dignitaries of the Catholic Church, being backed by the conservative and Catholic ruler Franz Joseph I and having great social influence, and the liberal government with mainly Protestant affiliation it was obvious that the solution could only be a kind of compromise. The panel performing the preparatory work disregarded divorce by mutual consent and also reference to irreconcilable differences. Their argumentation was simple. Marriage as a legal institution of an ethical nature "would be leveled with property law contracts if it could be terminated by the mutual agreement of the parties" and it cannot be ascertained by the judge whether irreconcilable differences are genuine.[23] Consequently, *the MA was rather moderate and restrained compared to the Jewish and the Protestant legal order "broadened" by judicial practice*: it was not the "creature of Jewish mind" at all, neither was it that of feminism as we will see below.

[15] BEÖTHY, Zsigmond, *Az evangel. házasságügyi uj törvények gyakorlati magyarázata* [Practical Explanation of the New evangelica augustana and evangelica reformata Matrimonial Laws], Pest, 1853, p. 43.
[16] II/1898/173 15041/1898.
[17] II/1872/188 2954/1873.
[18] II/1872/188 40013/1873.
[19] II/1872/188 2262/1879.
[20] II/1872/188 55998/1879.
[21] BEÖTHY, *Házasságügy,* p. 69.
[22] BEÖTHY, *Házasságügy,* p. 102.
[23] GROSSCHMID, *Ht*, p. 654.

3. Differences between rules concerning men and women in the uniform divorce law and in the judicial practice

This moderate and restrained nature, which undoubtedly equally affected both parties, meant that the MA only acknowledged grounds for divorce based on the fault principle which were classified into two groups. If one of the so called absolute grounds (Article 76 adultery, fornication, bigamy; Article 77 willful desertion without just cause a) in the case of a respondent with a known residence and b) in the case of a respondent with an unknown residence; Article 78 the infliction of willful and grievous bodily harm on the spouse or an attempt on the spouse's life).

Since the panel performing the preparatory work was of the opinion that "the nature of marriage relation does not permit the casuistic list of divorce grounds",[24] it seemed necessary to include as a general clause the willful and grievous breach of conjugal duties (Article 80 point a.) among the divorce grounds. The legislator – not quite logically – named three possible realizations for this (Article 80 points b-d.). If the petition was grounded on one of these four relative divorce grounds, the judge granted a divorce decree under the so called disruption principle if, having thoroughly considered the personalities and living conditions of the spouses, he satisfied himself that the maintenance of the bond is unbearable for the party seeking dissolution. The aspects of individualization were elaborated in detail in the legal literature of the 1930s,[25] but during the 24 years (1895–1918) chosen as a sample for this study the examination of disruption had no significance in practice. After the commencement of the MA judicial practice relaxed the strictness of the system applying the principle of fault by always establishing disruption in the case of relative divorce grounds – which could more easily be proven anyway. In this respect there was no difference whether the divorce ground was realized by the conduct of the husband or the wife.

As regards the absolute grounds for divorce, the number of divorce petitions grounded on Article 77 point a. of the MA increased steadily from 1895 to the outbreak of World War I. That is why it was of great importance that although the wording of the Act complied with the requirement of gender equality, judicial practice did not comply with it when applying this Article. In the perception of the era – as we will see it later – it was not discrimination at all and the wife owed obedience in the interest of the unity of the family due to the legal status of the husband as the head of the family: thus judicial practice established willful desertion without just cause if the woman (and only if the woman) did not follow the husband who had left their till then common place of residence due to any reason.

Following his father's death, Péter K. moved to the family estate to administer it and work there "and although … he repeatedly called his wife, she refused to follow him saying that she was not on good terms with his sister and found the house there too small" though Péter K. was willing to alter it. Katalin B., the wife requested divorce under Article 77 point a. of the MA. The royal court rejected her petition stating that "the wife must always follow her husband and even the petitioner admitted that she had not followed her husband despite his calling."[26] Decisions in such cases were always grounded on the wife's breach of her duties, often with a more detailed reasoning as can be seen in the following case.

Péter B. left his father-in-law's house because of his father-in-law's hard drinking habit, but his wife, Júlianna K. did not follow him. Thus cohabitation was dissolved by the husband and the marital conflict derived from the generations' living together. The royal court rejected the divorce petition of Júlianna K., which was grounded on Article 77 point a. of the MA, stipulating that "Considering the fact that the spouses' domicile and residence are generally determined by the husband, it follows from this and also especially from the concept of married life that the wife generally has to follow her husband. (…) The husband is not obliged to stay at or return to the house of the wife's parents."[27]

In the case of petitions grounded on Article 77 points a. and b. it also meant a problem that divorce could only be requested if the deserted party first initiated in a separate petition the restitution of conjugal life and the court ordered the deserting party to do so in an out of court proceeding whose order the deserting party failed to obey without justification. According to the principle of an explanatory nature issued in 1897, the judge did not grant the order if, when filing the petition, it was clear that the petitioning party did not want to uphold the marriage and the single reason for the petition was to obtain entitlement to the dissolution of marriage.[28] Thus the court thoroughly examined the intention of the deserted party to see whether it was really the restitution of conjugal life or not.

The duality of the above principle and of the MA was not just moderate and restrained but far stricter than the former Protestant denominational law, which, in cases initiated on the ground of desertion, only requested that the petitioner could prove by a certificate from the local authorities that the deserting party's residence was unknown. In the case of the deserting party failing to appear in court despite the summons, the marriage was dissolved.[29] Both the citizens and those administering the law became used to desertion as a ground for divorce and its application in practice. However, the creators of the MA found that this legal institution of Protestant denominational law could only be included in the new matrimonial legal order in a stricter

[24] GROSSCHMID, *Ht,* p. 702–704.
[25] NAGY, Domokos, *A házassági jog és a Kuria gyakorlata* [Marriage Law and the Practice of the Curia], Budapest, 1940, p. 210–224.
[26] II/1903/176 13591/1903. The Royal Court of Appeal upheld the first instance decision.
[27] II/1908/84 8379/1906. The Royal Court of Appeal upheld this decision.
[28] Curia 1522/1897, *Felsőbíróságaink elvi határozatai. A m. kir. Curia és a kir. táblák elvi jelentőségű döntéseinek rendszeres gyűjteménye* [Authoritative Rulings of our Higher Courts. The Systematical Collection of the Decisions of Theoretical Significance Adopted by the Hungarian Royal Curia and the Royal Courts of Appeal], ed. MÁRKUS, Dezső, vol. 7–15, Budapest, 1897–1905.
[29] Curia 6649/1883 and 6869/1883, published in SZTEHLO, Kornél, *Eljárás a házassági perekben* [Procedure in Matrimonial Cases], Budapest, 1896, p. 25–26.

form: in addition to its new name even the assumption of the deserted party not having desired the divorce in the beginning was a novelty. However, this legislative presumption was far from being the reality.

Nevertheless, the judiciary was open to remedy the defect which came to light in the course of the application of the law and to relax the strictness of the Act in practice. This intention was realized approximately five years after the commencement of the MA by fading the borderline between Article 77 points a-b. and Article 80 point a. when rationalizing the grounds for divorce. Since, as we have seen, Article 77 point a. specified only one conjugal duty, namely the wife's obligation to follow her husband, it was obvious to include such breaches of duty in the general clause stipulated in Article 80 point a. In its decision adopted on 3rd May 1900 the Curia upheld the decision of the Court of Appeal of Budapest, according to which the respondent woman breached her conjugal duty (that is Article 80. point a.) by moving to a place different from her husband's place of residence and by becoming an actress despite the husband's objection.[30] Before long, on 28th August in the same year, the Curia declared the following in a new authoritative ruling: "the fact that the respondent has not been fulfilling the obligation to live together and support each other for more than two years entails the serious breach of conjugal duties".[31]

The authoritative ruling unified the till then unsettled practice of local courts and divorces grounded on Article 77 points a. and b. could remain what they were intended for by the legislator: a final solution in case the party obliged to do so in an order is not willing to restitute conjugal life. In case the deserted party did not want it either, he or she was given the opportunity to rely on the general clause of the breach of conjugal duty.

After the turn of the century the dissolution of marriage was more and more frequently requested on the ground of willful desertion without just cause but under Article 80 point a. as in the above case. In my view there is only one problem with this: judicial practice tried to relax the legislative strictness and adjust divorce law based on the principle of fault to social needs, nonetheless it firmly insisted on the idea that it was the husband's right to choose the place of residence. The lateness of the codification of private law and the lack of a unified code meant that the exhaustive enumeration of conjugal duties could exclusively be made on the basis of judicial practice in Hungary at the turn of the century.[32] The rigidity shown by Hungarian judges in this respect can be explained by only one reason: it was required by the scale of values prevalent in society.

Having described the grounds for divorce, now let us examine to what extent the institution of finding someone at fault and its consequences complied with the requirement of gender legal equality. Since the MA adhered to the exclusive application of the principle of fault, a marriage could only be dissolved if the faulty conduct of one or both of the parties realized a ground for divorce. Divorce cases had some features of a criminal law nature as regards evidence procedures; further the legislator imposed several sanctions on the party found at fault. In the case of adultery, the party at fault was prohibited from marrying the person with whom the adultery was committed (Article 85). Considering the conditions of the time, it was a serious "punishment" that the woman found to be at fault was not allowed to bear the husband's name (Article 94) and could not claim alimony either (Article 90). The institution of establishing someone to be at fault could have a significant deterring effect in the case of a parent devoted to the child. Unless the parents agreed otherwise, children under the age of seven stayed with their mothers, while children over seven with the parent not found at fault. In case both parents were found at fault, boys usually stayed with their fathers and girls with their mothers though courts could award the custody of the children to a third person if circumstances justified derogation from these rules (Article 95). The legal consequences of finding someone at fault expressed the negative legislative/social judgment of all conduct breaking the unity of the family.

In the period between 1895 and 1918 in more than half of the bond suits (respondent woman: 49.5% + petitioner woman: 0.8%) initiated at the royal court of Pécs, the wife was found to be at fault. On the contrary, husbands were found to be at fault in 30.2% of the cases (respondent man: 29% + petitioner man: 1.2%) and both parties were found to be at fault in 5.2% of the cases.[33] Except for one year, the data showed the same ratio when broken down year by year and national data also showed the same pattern. The breakdown of the data as to the party at fault by sex followed the divorce willingness of the sexes both in my sample and according to the national data: as the number of petitions filed by men grew, the number of respondent women found at fault grew as well.

In my opinion the reason for the increase in the number of the petitions filed by men was not that women were more inclined to make peaceful cohabitation impossible by their faulty conduct. I should rather think that since divorce could not be requested on the ground of mutual consent, in the case of a marriage broken down irretrievably one of the parties, and because of the traditional family model typically the woman, undertook to suffer the legal consequences of being found at fault.

4. Marital conflicts and everyday life

Marital conflicts are usually regarded as life situations in which a conflict of interests in emotions and/or intentions arise between the parties and then the parties become aware of this conflict which is also expressed in hostile interactions. Such problems, whichever phase of marriage they arise in, determine the quality of the marriage and lead to its irretrievable breakdown unless alleviated and solved. The structure of marital conflicts are surveyed hereinafter on the basis of the frequency of their occurrence in the records of the marital bond suits initiated at the royal court of Pécs between 1895 and 1918

[30] Curia 17927/1899.
[31] Curia 1069/1900.
[32] NAGY, *Kuria,* p. 164.
[33] During the period of the 24 years examined no-one was found to be at fault in 14.3% of the matrimonial cases (as these were not divorce cases) or the decision recording it is not extant.

and not on the basis of the traditional typology applied in the special literature of Hungarian sociology of the family[34]. Thus my findings exclusively apply to conflicts causing the irretrievable breakdown of marriage in the consequence of which one or both of the parties decided to initiate a case against the other spouse. Conflicts are described in the order of their frequency beginning with the least frequent type of conflict.

4.1. Difference in religion

Unfortunately, the era of religious intolerance did not end in 1894–1895, when in the framework of the modernization of ecclesiastical matters secularized matrimonial law was introduced, the registration of birth, marriage and death was nationalized,[35] the determination of the child's religion was provided for[36] and the Jewish religion was recognized as a religion by law.[37] Although individuals were ensured the freedom of religion, the freedom of the community practice of religion had some restrictions: besides the recognized denominations there was the group of denominations acknowledged by law and the category of extra-denominational which were commonly referred to by the name "sect". Public attitude in terms of values to the new Neoprotestant churches (Baptists, Nazarenes, Pentecostals) was still mainly negative, but the appearance of political anti-Semitism at the end of the century should be kept in mind as well. The well-established statement in the special literature of the sociology of the family suggesting that marriage is more likely to be successful in the case of spouses with a homogeneous worldview,[38] proved to be true in the period examined as well. It is interesting to note that I could not find a single case in which the conflict was caused by the conversion of the husband.

Anna Mária Sz. was converted from a Lutheran to a Baptist in 1889, the members of which denomination were regarded to be extra-denominational even after 1895. Following her conversion, the relationship between Anna Mária Sz. and her husband deteriorated. Henrik W. put his wife's belongings out to the street and forced her to leave, and then, since his wife failed to implement order no. 10201/1902 obliging her to restitute conjugal life, he requested the royal court of Pécs to dissolve their marriage contracted in 1882 under Article 77 point a. of the MA. His petition was rejected by the court establishing that "the conversion of the respondent to the Baptist faith could not serve as a ground for the procedure applied against the respondent as neither spouse is obliged to subordinate his or her freedom of thought and conscience or religious conviction to the other spouse".[39] Well, this marriage was – formally – upheld, but the conflict was not solved.

4.2. Traditional family structure

Until the middle of the 19th century persons hardly ever took part in the socio-economic system as individuals but rather as members of a family. Legal ethnographic research has shown that there were three types of the so called descent-families (two-generations living together)[40]. Usually the woman entered into the husband's family. In this case the generations living together could live "on one bread" or in separate households. If the husband was "taken in the family as a son-in-law", they moved to the house of the wife's parents, the husband became financially dependent and was usually referred to by the nickname of his wife's family. The husband and the wife, the so called small or nuclear family, could live in a separate house making themselves as independent of the two families of origin as much as possible. The free will of the young couple prevailed only indirectly even then. These traditional constraints began to be relaxed in urban areas at the beginning of the 20th century then slowly the same happened in rural areas as well. Marital conflicts were typically caused by the close interdependence of generations when the husband moved to his wife's parents.

Conjugal life between Juli B. and Ferenc Sz. was broken in May 1902 because "the respondent man left the house of the petitioner's parents", where they used to live together until then. The reason why he left the house was that "his father-in-law and mother-in-law wanted to get him to make his wife a co-owner of his property" and he was charged with living together with his mother. In the June of 1902 the respondent was waiting for his wife in front of the church with the intention of reconciliation. The woman came out of the church in the company of her mother, who stabbed to death the mother of the husband, who was also present. The mother of the petitioner woman was sentenced to 3.5 years imprisonment, the attempt at conciliation failed and soon both parties entered into concubinage. The royal court dissolved their marriage under Article 80 point c. of the MA and found both of them at fault.[41]

4.3. Lack of offspring

The examination of the fertility of the marriages involved in the marital bond suits initiated at the royal court of Pécs between 1895 and 1918 yields the finding that the lack of offspring, the barrenness of one of the parties (on its own or together with other conflicts) caused the marriage to break down in several cases. The first claim is justified by the case below and the second by diagram 1.

József G. contracted marriage with Eleonóra Gy. In 1897. according to the wife their marriage had never been happy since her husband "was always condemning her" for her child-

[34] CSEH-SZOMBATY, László, *A házasság minősége* [Quality of Marriage], in Törések és kötések a magyar társadalomban, ed. Zsuzsanna Elekes and Zsolt Spéder, Budapest, 2000, p. 239–253.
[35] Act 33 of 1894.
[36] Act 32 of 1894.
[37] Act 42 of 1895.
[38] CSEH-SZOMBATY, *A házasság minősége*, p. 248.
[39] II/1902/283 2977/1903.
[40] TÁRKÁNY SZÜCS, Ernő, *Magyar jogi népszokások* [Hungarian legal folk traditions], Budapest, 2003, p. 41. and 407.
[41] II/1904/58 8131/1905.

lessness. She admitted that after six years of barren marriage she "pretended to be pregnant" and then she travelled to her distant relatives when approaching the time of the end of her pregnancy and the childbirth. She managed to persuade her husband in the May of 1904 that she gave birth to twins but the boy died and the girl was too weak. For this reason she returned home but her daughter would be brought after her later. Soon after this the aunt of the woman really appeared with a baby girl who, nevertheless, was not the child of the respondent. According to the documents attached to the records of the case Eleonóra Gy. was sentenced to 14 days imprisonment for the commission of a misdemeanor against family status. The marriage was dissolved under Article 80 points a. and d. of the MA and the respondent woman was found at fault because she "disgustingly cheatd her husband".[42]

4.4. Problems with marital relation

To what extent parties were contended with their intimate relation played an important part in the quality of marriage in the past as well. Such conflicts ranging from "continuously refusing carnal relation for five years" 43 to impotency often led to the irretrievable breakdown of marriage.

After living together for thirteen months, Katalin G. requested the dissolution of her marriage contracted with János K. because her husband had not consummated the marriage. This allegation was verified by the statement of the respondent and the opinion of the forensic medical expert. The royal court established in its divorce decree that the respondent grievously breached his conjugal duty by this conduct (Article 80 point a. of the MA).[44]

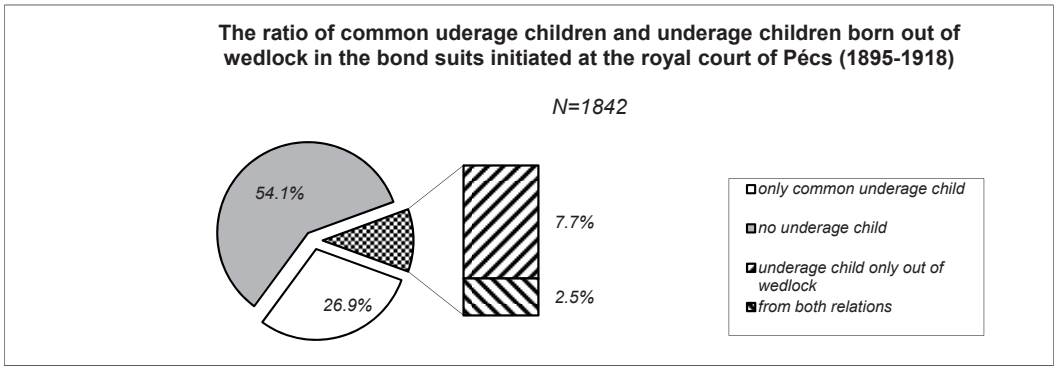

Diagram 1

Gyulát T. was found at fault in the divorce decree issued by the royal court because he urged his wife, Józsa H. to keep wooers because he was impotent.[45] According to the court Gyula T. realized the ground for divorce stipulated in Article 80 point a. of the MA.

Before getting married Krisztina W. was warned by her doctor that she would need an operation in order to be able to have sex with her husband. Since the woman did not undergo this otherwise quite simple surgical intervention, in the divorce suit initiated against her the royal court found her at fault for willfully and grievously breaching her conjugal duty (Article 80 point a. of the MA).[46]

4.5. Lightness

After the turn of the century in more simple cases judgments became shorter, the lithographed templates were merely filled in with personal data written in handwriting and the reasoning consisted only of a few words. Besides the change in judicial practice it is also remarkable that severe conflicts breaking human lives were not mentioned any longer, parties referred to some convenient reasons and the court easily accepted them. I have selected and described below some samples from among such cases under the heading light-mindedness.

In her petition Franciska H. claimed that her husband, Lipót G. was "a feeble-minded man with a disgustingly dirty character, he assaulted her and called her a w…". The court entertained the petition and found the respondent man at fault in its decision under Article 80 point a. of the MA.[47]

József K. contracted marriage with Teréz K. by the rites of the Roman Catholic Church in 1889, but after living together for nine years, he deserted his wife. In the divorce suit initiated against him the explanation he gave for it was that he did not love his wife and "he got bored with her anyway". The court found the respondent man at fault and dissolved the marriage under Article 77 point a. of the MA.[48]

In the course of the preparatory work of the MA the conservative counter-argument according to which the dissolvability of marriage and the "wide" range of divorce grounds might lead to marriages entered into light-mindedly and similarly to light-minded divorces. The data of diagram 2 clearly show

[42] CAB II/1904/453 8478/1907
[43] II/1912/751 6538/1913.
[44] II/1910/88 16943/1910.
[45] II/1900/347 12546/1902.
[46] II/1909/211 9162/1911.
[47] II/1901/46 2274/1904.
[48] II/1903/208 9160/1903.

that the number of marriages shorter than two years fluctuated between 4% and 19.7% in the first four years after the commencement of the MA then reached its peak in 1914 due to a steady increase from 1899. According to the conservative interpretation[49], this figure of 32% meant that their fears were justified: the conjugal life of the parties lasted for an extremely short period of time (five months, one and a half years) in every third bond suit in 1914.

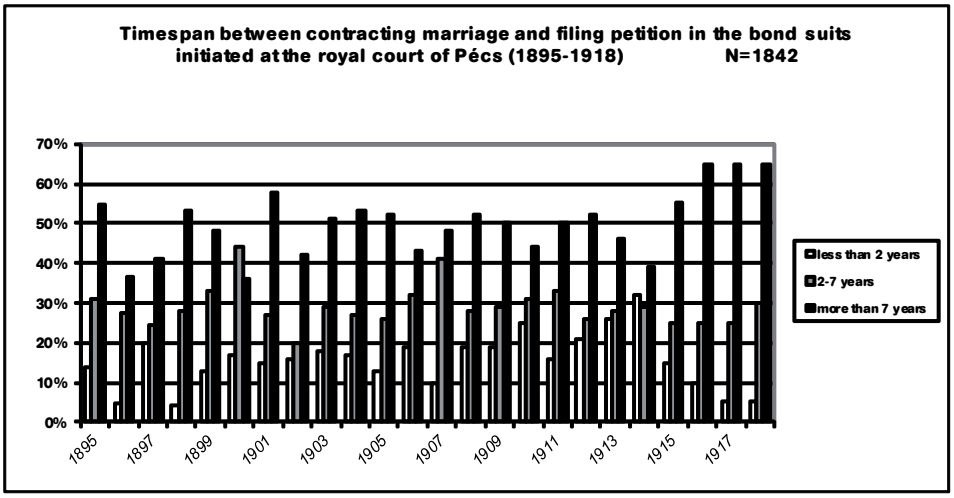

Diagram 2

husband and left her family alone several times. The court grounded its decision on Article 80 point a. of the MA.[50]

Mór N. sent back his wife to her parents' house after living together for one year because he could not maintain her. He lost his job and then became totally decadent. The court entertained the divorce petition of Róza R., found the respondent at fault and dissolved their marriage under Article 80 point a. of the MA.[51]

4.7. Alcoholism and assault

Assault in the family is not only a modern phenomenon. According to some research physical violence had an outstanding position within marital conflicts even in the 18th century and at the beginning of the 19th century,[52] and my research yielded the same finding in respect of the years from 1895 to 1918. In villages, the "beating of women", generally related to excessive and regular alcohol consumption, was used as a normal means of disciplining the wife, which formed part of everyday life.

Antal K. admitted in the divorce suit initiated against him that he regularly beat his wife, but in his defense he told the court that Júlianna P. well deserved it. The royal court rejected the woman's petition because Júlianna P. did not prove her allegations by witnesses and in a bond suit confession on its own was not sufficient evidence.[53]

Sámuel Sch. regularly treated his wife ruthlessly and finally burned her eyelashes with a candle. He was sentenced to one and a half years imprisonment for inflicting grievous bodily harm by the royal court of Pécs. Lujza K. requested the dissolution of their marriage after ten years spent together, right after the final judgment was passed. Her petition was entertained under Article 78 of the MA with finding the respondent at fault.[54]

4.8. Lack of conjugal fidelity

The royal court of Pécs – quite oddly – added following to one of its decisions adopted in 1906: "(…) it follows from the moral nature of the legal institution of marriage that as long as the bond exists under law, its (…) moral purity must carefully be safeguarded by both parties".[55] The judge must have been induced to provide this lesson by the fact that the lack of conjugal fidelity was the most frequently occurring type of marital conflict in the case of both genders.

The marriage of Ferenc Cs. and Hildegard Sch. broke down because the woman regularly had lovers. This faulty conduct

4.6. Lack of care

Cases in which one of the parties did not adequately take care of the family occurred quite frequently within marital conflicts. This more often than not was connected to excessive alcohol consumption and an idle or prodigal way of life.

Anna M. was found at fault in the divorce suit initiated against her at the royal court because she neglected the household, mistreated the children born in the first marriage of her

[49] VÉCSEY, *Elválások*, p. 467.
[50] II/1903/7 7588/1905.
[51] II/1903/430 1169/1905.
[52] FARAGÓ, Tamás, *Házastársi konfliktusok a 18. században az egykorú források tükrében* [Marital conflicts in the 18th century in the mirror of contemporary sources], in Törések és kötések, p. 342.
[53] II/1909/208 339/1910.
[54] II/1902/28 14508/1902.
[55] II/1906/40 8408/1908.

was assessed by the royal court under Article 80 point a.[56]

At the royal court Mária K. proved by witnesses her allegation that her husband, Sándor R. wanted to get her to lead an immoral way of life, in consequence of which their conjugal life was broken. Then the respondent took another woman to live with him and had a child from that woman. Their marriage was dissolved by the court under Article 80 point a. of the MA with the respondent being found at fault.[57]

The marriage of Márton K. and Anna E. was dissolved by the royal court under Article 80 point a. of the MA with finding the respondent at fault because the respondent woman left her husband after having lived together with him for six years, established concubinage and had two children.[58]

Katalint Cs. was found at fault by the royal court in accordance with the request of her husband, Gyula Cs. because she mingled with ill-famed women and led a life of debauchery.[59]

Károly K. "got to know and married Éva V. as a prostitute". However, a few months later "the woman returned to her former debauched life and went to live in a whorehouse again in Barcs", and two years later Károly K. requested the dissolution of their marriage as he had no hope for his wife returning to him. The respondent admitted the statement of the respondent, which was also proven by witnesses.[60] We have no knowledge of the outcome of the case, there was no decision adopted.

Like cohabitation outside wedlock, prostitution was also wide-spread in the second part of the 19th century. However, the legislator attached negative legal consequences to the latter only in divorce law. The operation of whorehouses was regulated in line with a view to public hygiene and public morals in towns and counties where the local legislative organ found it necessary. There was no legal norm pertaining to this issue with national effect and from among the concomitant phenomena of prostitution, only soliciting was included in the criminal code of 1878. The legislator totally "forgot" about procuring and white-slave traffic until the first amendment act of the code.[61] Except for the women's rights movement, nobody dealt with the forms of conduct of men without which prostitution could not have existed, and public opinion was not as negative of the visitors of whorehouses as it was of prostitutes. Divorce law at the same time was strictly based on the fault principle – showing the schizophrenic state of both the legislator and the system of social values.

5. The survival of the traditional family model in the bourgeois legal order

At the time of the preparatory work of the MA it was not an issue whether a state of the rule of law could discriminate its citizens on the ground of sex. With reference to adultery as a ground for divorce, this was expressed in the ministerial explanatory statements attached to the bill as follows: "Concerning (…) the mutual nature of conjugal fidelity and the principle of the equality of the two spouses, the proposal does not allow for discrimination."[62] In spite of it *the MA itself did not stipulate the principle of the legal equality of the spouse and the legal effect of marriage on persons was still established by judges on the basis of traditional customary law*.

The legal effect of marriage on persons was considered to be the total of non-pecuniary rights and duties of a moral nature which spouses enjoyed and owed to each other and which originated from the fact of their valid marriage. Parties were obliged to live in matrimony[63], which in 19th century Hungary meant that parties had to owe fidelity to each other, mutually discharge conjugal debt (*debitum conjugale*) and live together. Neither the MA nor the first draft of the PLC (*General Civil Code*, hereinafter GCC, 1900)[64] provided expressly for the obligation of fidelity. However, in 1928 the PLC – not quite surprisingly in the light of deteriorating divorce statistics – laid down this requirement evident even before.[65]

With regard to the legal effect of marriage on persons, specialists of private law of the 19th century emphasized that the husband was the head of the family who consequently had a decisive say in managing family matters. This role was slightly modified at the turn of the century: under Section 95 of the GCC "the husband shall be the head of the family circle", but he is obliged to "take into consideration the sensible advice and objections of his wife and he shall not abuse such power at all". This approach was fully accepted by Zlinszky[66] in the revised edition of his monograph published two years later in 1902. In 1928 the PLC ensured a "decisive say" in "matrimonial matters",[67] which meant the joint existence of mutual conciliation and the leading position of the husband. Thus, during the three decades that passed from the commencement of the MA the wording was polished but the essence remained the same.

The position of the husband as the head of the family[68] can explain the fact that alimony – although being an institution of

[56] II/1905/339 2012/1906. The Royal Court of Appeal upheld this decision.
[57] II/1896/9 14309/1897. The Royal Court of Appeal partly modified this decision and dissolved the marriage under Article 80 point c. of the MA.
[58] II/1896/213 5975/1898. The Royal Court of Appeal changed the ground for divorce for Article 80 point c.
[59] II/1905/293 2720/1908.
[60] II/1912/25 8437/1912.
[61] Act 36 of 1908.
[62] GROSSCHMID, *Ht,* p. 678–679.
[63] MA 67, 77 and 88 §§, GCC 94 §, PLC 111 §.
[64] A Magyar Általános Polgári Törvénykönyv tervezete, első szöveg [Bill of the General Civil Code of Hungary, first draft], Budapest, 1900.
[65] PLC 111 §.
[66] ZLINSZKY, Imre, *A magyar magánjog mai érvényben különös tekintettel a gyakorlat igényeire* [Contemporary Hungarian private law with special regard to the needs of practice], Budapest, 1902, p. 899.
[67] PLC 112 §.
[68] Curia 5889/1885, 9243/1892 and 4/1897. See JANCSÓ, György, *A magyar házassági és házastársi öröklési jog* [Matrimonial law and marital inheritance law in Hungary], Budapest, 1901, p. 577–578.

property law – was dealt with in the area of the legal effects of marriage on persons both in the GCC[69] and in special literature[70]: According to the principle established by judicial practice in the 19th century the husband as "the head of the family" fulfilled his "spousal (and paternal) obligation"[71] when providing maintenance for his wife and underage children In respect of maintenance the wife was taken into consideration in the same way as an underage child. Most of the Hungarian women had no qualifications and conducted no gainful activity even in the turn of the 19th–20th centuries. Alimony continued to be interpreted as the consequence of actual living conditions[72] and failing to provide alimony constituted a breach of duty severe enough to serve as a ground for divorce.[73]

It was a natural element of matrimonial legal relation that "the wife shall perform housework and support her husband's gainful activity" and "shall contribute to the bearing of the burden of marriage to an equitable extent". The GCC[74] and the PLC[75] modified this customary law by providing that the wife was obliged to undertake work independently if necessitated by living conditions. Thus, the so called two-breadwinner model of the family was acknowledged at the turn of the 19th–20th centuries but performing gainful activity became an ancillary duty of the woman – let us make it quite clear – not in the spirit of gender equality but only if necessary, due to lack of a better solution. Although the PLC remained a bill, it was applied as customary law, that is why it was often referred to as the "uncodified code". The above mentioned rule of the PLC soon got rooted in judicial practice, [76] although – stemming from its ancillary nature – the maintenance of the family remained the obligation of primarily.[77]

The institution of the maintenance of the husband, which was otherwise totally alien to the traditional Hungarian private law, did not appear in judicial practice and then in the GCC based on it because of gender equality either. The husband could claim this unconditionally during marital cohabitation and conditionally during separation if he could not maintain himself due to his lack of resources or incapacitation.[78] The PLC likewise established the woman's obligation to support both when living together and when living separately,[79] however, final maintenance for the husband was provided for in line with the general rules of supporting relatives.[80]

In the 19th century and also under the PLC the obligation of the (separated or cohabitating) surviving woman or husband to decently bury the deceased spouse if the inheritors could not pay the costs of a decent funeral from the estate belonged to the legal effect of marriage on persons.[81] There was no difference between husband and wife in this respect.

As it has already been mentioned, the wife bore her husband's surname during marriage, widowhood and after the dissolution of marriage provided she expressed her wish to further bear that name unless the divorce decree established her fault.[82] The explanation of this provision in the ministerial explanatory statements of the statute was that the bearing of name of the divorced woman might have an impact on her social status, but the faulty woman "who had stained her husband's name" "deserved" that society would protect the family's name against her.[83] This bearing of name was cemented into the PLC following the pattern common at that time: the name of the husband (János Kiss) was supplemented by a suffix indicating marriage (János*né* Kiss*)*, to which the woman's own maiden name could be added (János*né* Kiss *Júlia Kovács*).[84]

On contracting marriage, the wife obtained her husband's title and status, thus the husband's title of nobility was conferred on the non-noble wife, further, the wife acquired the husband's citizenship and domicile.[85] These rules inherited from the 19th century were not mentioned in the PLC – although they had some private law consequences – thus were left untouched. One of such consequences was that the wife was obliged, though not unconditionally, to follow her husband to his residence.[86] We have already seen what role this obligation played in finding a party at fault. However, this practical experience only slightly modified the position taken by legal science. Concerning the right to choose residence, Zlinszky referred to Section 95 of the GCC and highlighted that like in the case of other provisions deriving from the position of the husband as the head of the family, the husband could only have the "decisive say" in this

[69] Part II. Title I. Chapter I. of the GCC, A házastársak személyes viszonya egymáshoz [Personal relationship between spouses].
[70] JANCSÓ, *Házasság,* p. 578., ZLINSZKY, *Magánjog,* p. 897–901.
[71] Curia 6843/1883. See JANCSÓ, *Házasság,* p. 578.
[72] JANCSÓ, *Házasság,* p. 578.
[73] NAGY, *Kuria,* p. 173–174.
[74] GCC 99 §.
[75] PLC 116 §.
[76] The wife is obliged to fully cover the expenses from the income of her separate property or earnings in the case of unconditional necessity (Curia 2033/1928), or even undertake independent earning activity to this end. (Curia 5724/1931). See NAGY, *Kuria,* p. 171.
[77] Curia 2604/1929. See NAGY, *Kuria,* p. 171.
[78] GCC 94–106 §§.
[79] PLC 117 § and 118 §.
[80] PLC 119 §.
[81] PLC 120 §.
[82] MA 94 §.
[83] JANCSÓ, *Házasság,* p. 577.
[84] PLC 114 §.
[85] Act 50 of 1879 5 and 34 §§, Act 22 of 1886 7 §. Accordingly, under Section 12 of the GCC „the wife's residence shall be that of her husband's. The wife can have a separate residence: in case she lives separately from her husband with a lawful cause or her husband has no residence." The PLC contained no such provision.
[86] GCC 95 §, PLC 112 §.

matter if he satisfied the needs of the spouse, contrary to the situation in which the wife had to cover the expenses of the household from her separate property or earning activity. In the 20th century the breath of new times made this complement sensible, but as the GCC was not enacted, no change occurred in judicial practice.

The dominance of the husband was explained by "the nature of marital cohabitation" in legal literature emphasizing at the same time that this did not exclude the principle of the equality of spouses.[87] This equality first of all manifested itself in the full capacity of women and also of men living in matrimony. The wife could independently enter into any kind of legal transaction; neither the wife nor the husband could bind his or her spouse by their independent legal transactions.[88] Although the husband was liable for the legal transactions concluded by the wife for domestic arrangements even if he did not directly benefit from them; generally the husband could not represent the wife in a lawsuit or elsewhere without authorization. [89] Further, they could freely enter into legal transactions *inter vivos* and *mortis causa* not only with third parties but with each other as well.

In the light of all this we may come to the conclusion that *the MA failed to expressly provide for the principle of legal equality because the position taken by legal science did not diverge either then or later from the traditional family model which showed a complex, twofold nature.* It included the independence of both spouses relating to property and person but the legal status of the husband as the head of the family as well. This latter not only ensured primacy over the wife, but brought the wife to a disadvantageous position in divorce law. In a bourgeois society it should have been the duty of the legislator to consistently ensure the prevalence of the principle of equality in all areas of law. This deliberately remained the deficit of the first secularized matrimonial casus act and legal practice thus aligning with the expectation of the dominant part of the contemporary society.

6. The MA in the 20. century

Although the above claims are based on my research into the legal practice of the period of time between 1895 and 1918, they hold true without any major changes until the middle of the 20th century. Once the stormy times of the dissolution of the Austro-Hungarian Monarchy had passed, in the neo-baroque culture of "gentry Hungary", conservative and clerical forces loudly urged the reform of the liberal but at the same time moderate and restrained divorce law. Practically, what happened in the years of the preparatory work on the MA during the period of the so called "*Hungarian cultural struggle*" happened again: the dignitaries of the Roman Catholic Church argued for tightening the rules and re-introducing church wedding in the name of the canonical principle of the indissolubility of marriage, condemning the "extension of individual liberty",[90] while on the side of Protestants attention was drawn to the fact that "it is better to dissolve a broken marriage than to live in obvious fornication".[91]

It was not just a coincidence that in 1928 the PLC left the MA untouched: although slight amendments would have been necessary, it was not practical to add fuel to the debate on ecclesiastical policy again. The lack of divorce by mutual consent had already been made up for by judicial practice: Article 77 of the MA was perfectly suitable for this. Moreover, the general clause stipulated in Article 80 point a. substantially contributed to the "broadening" of the system based on the fault principle. So no major corrections were needed anyway. Consequently, the next reform of marriage bond law was introduced in Hungary only after World War II.

[87] JANCSÓ, *Házasság,* p. 575. and ZLINSZKY, *Magánjog*, p. 901.
[88] FRANK, Ignác, *A közigazság törvénye Magyarhonban* [The law of public justice in Hungary] Buda, 1845, p. 333.
[89] Act 59 of 1881 12 § and Act 18 of 1893 7 §.
[90] Speech by Ottokár Prohászka in Dezső Laky, ed. *Elválások,* p. 37–38.
[91] Speech by László Ravasz in Dezső Laky, ed. *Elválások,* p. 39–40.

Der Fürst Břetislav und die Anfänge des Seniorats in Böhmen

*Jakub Razim**

Abstract

Presented paper aims to answer the question how succession to the Bohemian throne during the Přemyslid era was reflected by narrative sources of the 12th century. The main interest lies in re-examining the famous bohemian Chronicle of Cosmas and its description of duke Břetislav I´s deathbed scene (1055) that is most often explained as a foundation of the seniority rule. In addition to that all relevant contemporary sources are taken into account, which can complete the evidence of Cosmas and thus deliver better insight to the problem of the medieval law of succession in Bohemia (Monk of Sazava, Canon of Vyšehrad, Gerlach of Milevsko etc.).

***Key words**: Přemyslids; Middle Ages; Bohemia; Seniority Rule; Břetislav I.; Cosmas.*

Das sgn. „Senioratsgesetz“ aus dem Jahre 1055 wird von der heutigen rechtsgeschichtlichen Forschung als ein Meilenstein in der Entwicklung des tschechischen Thronrechts präsentiert. Die Chronik des Kosmas von Prag, die als Quelle unserer Kenntnisse dient, verleiht diesem „Gesetz“ die Form eines politischen Testaments. Mittels der Senioratsukzession soll der sterbende Fürst Břetislav die Kontinuität der Ausübung des Herrscheramtes und einen glatten Regierungsübergang an weitere Generationen der Přemysliden-Dynastie garantieren wollen. Um Nachfolgerdisputen, die die schwache Machtstruktur der frühmittelalterlichen Monarchie gefährdeten, vorzubeugen, wurde der Thron immer dem Ältesten von Břetislavs männlichen Nachfolgern vorbehalten und die Anderen sollten sich dem Familiensenior unterwerfen.

Die Vorstellung, dass sich in der historischen Abhandlung des Prager Dekans Kosmas ein authentisches Zeugnis über Břetislavs zielbewusste Legislativaktivität erhalten hat, weist eine überraschend lange Lebensdauer auf. Sie stand am Anfang unserer kritischen Geschichtschreibung im 19. Jahrhundert und war damals sogar so anziehend, dass sie den Editor des mährischen Urkundenbuchs Antonin Boček dazu veranlasste, einem Wissenschaftswerk eine gefälschte Urkunde beizufügen, die die Inspiration durch Kosmas Werk nicht verleugnen kann. Das Regest, das sich als eine Umschrift der Chronik des Hildegards von Hradiště ausgibt, trägt das Datum 1054 und der Fürst Břetislav verteilt darin Mähren zwischen seine jüngeren Söhne (*filios natu minores*) Vratislav, Konrad und Otto in ihrem Erbbesitz. Dabei werden sie nachdrücklich dazu aufgefordert, als mährische Fürsten immer unter der Oberherrschaft des Fürsten von Böhmen zu verbleiben. Aus Bočeks Falsum geht so hervor, dass der älterende Břetislav mit der Oberherrschaft für seinen ältesten Sohn Spytihněv gerechnet hat, der nach seinem Tod der Senior der Familie werden sollte.[1]

Die Urkunde wurde zwar durch die moderne Geschichtskritik sicher entlarvt und als Falsum aufgedeckt. Und doch beherrscht bis heute den wissenschaftlichen Diskurs die Ansicht, dass es gerade Břetislav I. war, der die Nachfolgeverhältnisse endgültig für weitere Jahrhunderte festlegte.[2] Die enge und interpretationsschwierige Quellenbasis, an der sich die Meinung der Majorität stützt, ruft nichtsdestoweniger nach Vorsicht und öffnet sogleich die Tür für eine legitime Kritik. In ihrem Rahmen ergibt sich dann die Möglichkeit, die Aussage des Chronisten Kosmas einer gründlicheren Analyse zu unterziehen und mit den anderen Quellen, in denen die Senioratsordnung ihre historische Spur hinterließ, zu vergleichen.

* PhDr. Mgr. Jakub Razim, Lehrstuhl für Rechts- und Staatsgeschichte, Juristische Fakultät der Masaryk-Universität Brno, Tschechische Republik.

1 *Codex diplomaticus et epistolaris Moraviae I (396–1199)*. BOČEK, A. (ed.), Olomouc, 1836, Nr. 144, S. 129–130: *„Bracislaus dux pater prouidus terram Morauie distribuens inter filios suos natu minores hanc sancit legem coram primatibus Bohemie et Morauie ut Wratislaus teneat prouinciam cum ciuitate Olomuc, Otto uero prouinciam de Brne et Cunradus prouinciam de Znoim hereditarie tribu videlicet in herili, et ut duces Morauienses sint semper sub potestate eius, qui dux Bohemorum extiterit in tempore.“* Vgl. ŠEBÁNEK, J., Moderní padělky v moravském diplomatáři Bočkově do roku 1306. In: *Časopis Matice Moravské*, Jg. 60/1936, S. 27–84 und 455–499, hier S. 34f.

2 Die Diskussion wird rekapituliert von LOSERTH, J., Das angebliche Senioratsgesetz des Herzogs Bretislaw I. und die böhmische Sukzession in der Zeit des nationalen Herzogtums. Ein Beitrag zur altböhmischen Rechtsgeschichte. In: *Archiv für österreichische Geschichte*, Jg. 64/1882, S. 1–78, hier S. 7–15; ŽEMLIČKA, J., *Čechy v době knížecí (1034–1198).* Praha, 1997, S. 430f. Anm. 56.

I. Die Senioratsordnung im Text der Chronik des Kosmas von Prag

Widmen wir uns zuerst dem Jahre 1055. Für dieses Datum bestimmte Kosmas seine oft zitierte Passage vom Tod des Fürsten Břetislav I. und von der Geburt der Senioratsordnung[3]. Břetislav war gezwungen, die Vorbereitungen für seine bereits dritte Ungarnkampagne aufzugeben wegen einer Krankheit, die ihm bei der Burg Chrudim überfiel und die sich in Kürze als tödlich aufwies. In der Vorahnung seines baldigen Endes hat Břetislav zu sich einige Anführer, die sich in seinem Gefolge befanden, befohlen, wogegen die meisten Krieger zurückgeblieben wahren und bislang noch nicht Chrudim erreicht haben (*Dux Bracizlau ... precedens suum expectat exercitum*). An seinem Totenbett konnte der Böhmenfürst noch die denkwürdige Rede halten, in der er den Wunsch äußerte, dass zwischen seinen Söhnen oder Nachfahren (*inter meos natos sive nepotes*) immer der Älteste die höchste Macht und den Fürstenthron erhalten soll (*semper maior natu summum ius et solium obtineat in principatu*) und dass alle seine Brüder oder die, die aus der Herrscherfamilie stammen, unter der Herrschaft des přemyslidischen Familienseniors verbleiben sollen (*omnesque fratres sui sive, qui sunt orti herili de tribu, sint sub eius dominatu*).

Břetislav strebte danach, die Regeln der Nachfolge durch eine höhere transzendentale Autorität zu unterstützen, und so verpflichtete er die anwesenden Magnaten durch einen heiligen Eid, so dass sie für die Zukunft immer den ältesten Přemysliden wählen sollen (*obtestor fidei vestre per sacramentum*).[4] Durch die Regulation der Herrschernachfolge sollten mögliche künftige Konflikte zwischen den Nachfahren von Břetislav über die Landesherrschaft eliminiert werden (*previdendum est, ne post mea fata aliqua inter eos oriatur discordia propter obtinenda regni gubernacula*). Die Ablehnung von der Alleinherrschaft des Seniors (*nisi monarchos hunc regat ducatum*) war somit in der Logik von Kosmas Darlegung pessimistisch interpretiert worden, weil sie Lebensverluste in den Reihen der Magnaten und Einkommensverluste bei dem einfachen Volk zu Folge hatte (*vobis principibus ad iugulum, populo ad magnum deveniet damnum*).

Die Lösung der Nachfolgefrage, so wie sie hier auf den Seiten von Kosmas Chronik entworfen wird, kann man also in fünf Punkten zusammenführen. Das Subjekt des Transfers der Fürstenrechte ist (1.) die Oberherrschaft über das Land und ihre Bewohner, die (2.) erblich in der Přemyslidenfamilie und (3.) monarchisch ist und (4.) immer durch den ältesten lebenden Přemysliden ausgeführt wird, (5.) dessen Senioratsrechte alle jüngeren Familienmitglieder einträchtig respektieren sollen. Zu den einzelnen Aspekten der Thronfolgeordnung lassen sich dabei weitere detailliertere Beobachtungen hinzufügen:

Ad 1. Die oberste Regierung wird von dem Chronisten durch die figurative mittelalterliche Sprache als „das höchste Recht" (*summum ius*) und „der Thron" (*solium*) bezeichnet. Mit dem Termin *summum ius* sind wohl die allgemeinen Rechte gemeint, die dem obersten Fürsten angehören. Es sind die gleichen Rechte, die als *iura principatus* bei der Wahl und Inthronisierung von Vladislav I. in Prag im Jahre 1109 auf die Anregung des Bischofs Hermann und des Kastellans von Vyšehrad Fabián erwähnt werden.[5] Der Anfang der Fürstenrechte (*iura ducis*) kommt zusammen mit der sagenhaften Entstehung des Staats. Sie werden dem eponymen Ackermann Přemysl zugeschrieben, dessen Nachfolger – Přemysliden – diese Rechte weiter nur verwalten sollen.[6] Den Inhalt der fürstlichen Vorrechte offenbart einerseits die Rede der Libussa zu den

---

[3] *Cosmae Pragensis Chronica Boemorum (= Monumenta Germaniae Historica. Scriptores Rerum Germanicarum. Nova series 2)*. BRETHOLZ, B.–WEINBERGER, W. (ed.), München, 1995, II/13, S. 101–103: *„Anno dominice incarnationis MLV. Dux Bracizlaus ... iam tercia vice proposuerat invadere Pannoniam, dumque precedens suum expectat exercitum, Hrudim in urbe acri pulsatur egritudine; quam ut sensit magis magisque ingarvescere et sui corporis vires evanescere, convocat eos qui forte aderant terre primates, quibus astantibus verbis fatur talibus: „Quia me mea fata vocant et atra mors iam pre oculis volat, volo vobis assignare et vestre fidei commendare, qui post me debeat rem publicam gubernare. Vos scitis, quia nostra principalis genealogia partim sterilitate partim pereuntibus in inmatura etate me usque ad unum fuit redacta. Nunc autem, ut ipsi cernitis, sunt mihi a Deo dati quinque nati, inter quos dividere regnum Boemie non videtur mihi esse utile, quia omne regnum in se ipsum divisum desolabitur. Quia vero ab origine mundi et ab initio Romani imperii et usque ad hec tempora fuerit [fratrum] gratia rara, testantur nobis exempla rata. Nam Cain et Abel, Romulus et Remus et mei attavi Bolezlaus et sanctus Wenczlaus si spectes quid fecerint fratres bini, quid facturi sunt quini? Hos ergo quanto potiores ac potentiores intueor, tanto mente presaga peiora augurior. Heu mens semper pavida genitorum de incertis fatis natorum. Unde previdendum est, ne post mea fata aliqua inter eos oriatur discordia propter obtinenda regni gubernacula. Qua de* ***re rogo vos per Dominum et obtestor fidei vestre per sacramentum, quatinus inter meos natos sive nepotes semper maior natu summum ius et solium obtineat in principatu omnesque fratres sui sive, qui sunt orti herili de tribu, sint sub eius dominatu****. Credite mihi, nisi monarchos hunc regat ducatum, vobis principibus ad iugulum, populo ad magnum deveniet damnum." Dixerat et inter astancium manus Corporeos artus linquens petit ethera flatus eius IIII. id. Ianuarii."* (weiter nur Kosmas). Tschechische Übersetzung HRDINA, K.–BLÁHOVÁ, M. (přel.), *Kosmova kronika česká*. Praha-Litomyšl, 2005, S. 95. Vgl. NOVOTNÝ, V., *České dějiny I/2. Od Břetislava I. do Přemysla I*. Praha, 1913, S. 72ff.; BALZER, O., O kształtach państw pierwotnej Słowiańszczyzny zachodniej. In: *Pisma pośmiertne Oswalda Balzera 3*. Lwów, 1937, S. 5–226, hier S. 194ff.; BLÁHOVÁ, M.–FROLÍK, J.–PROFANTOVÁ, N., *Velké dějiny zemí Koruny české I. Do roku 1197*. Praha, 1999, S. 402f.; ŽEMLIČKA, J., *Čechy v době knížecí,* S. 69ff.; WIHODA, M., *Morava v době knížecí (906–1197)*. Praha, 2010, S. 251ff. Speziell zum Seniorat LOSERTH, J., Das angebliche Senioratsgesetz, passim; WIHODA, M., Testament knížete Břetislava. In: *Sága moravských Přemyslovců. Život na Moravě od XI. do počátku XIV. století. Sborník a katalog výstavy pořádané Vlastivědným muzeem v Olomouci a Muzeem města Brna k 700. výročí tragické smrti Václava III., posledního českého krále z dynastie Přemyslovců.* Olomouc, 2006, S. 33–50.

[4] Zur gesellschaftlichen Funktion mittelalterlicher Schwure KOLMER, L., *Promissorische Eide im Mittelalter*. Kallmünz, 1989, hier vor allem S. 162–167 und 351–363; PRODI, P., *Sakrament der Herrschaft. Der politische Eid in der Verfassungsgeschichte des Okzidents*. Berlin, 1997, S. 55–196; DERS., *Der Eid in der europäischen Verfassungsgeschichte*. München, 1992, S. 5–19. Für heimische Verhältnisse ŽEMLIČKA, J., Sacramenta v politickém životě přemyslovských Čech. In: BŘEZINA, L.–KONVIČNÁ, J.–ZDYCHINEC, J. (ed.), *Ve znamení zemí Koruny české. Sborník k šedesátým narozeninám prof. PhDr. Lenky Bobkové, CSc*. Praha, 2006, S. 16–26.

[5] Kosmas III/28, S. 197: *„Ut et sacramenta fierent inviolata* ***et Wladizlaus iura principatus*** *iure adoptata omnibus assentientibus obtineret; elevatus est autem in solium."*

[6] Kosm. I/8, S. 18: *„Hic vir (sc. Přemysl der Ackermann – Anm. JR) ... hanc efferam gentem legibus frenavit et indomitum populum imperio domuit et servituti, qua nunc premitur, subiugavit atque omnia iura, quibus hec terra utitur et regitur, solus cum sola Lubossa dictavit"*. Vgl. TŘEŠTÍK, D., Počátky přemyslovské státnosti mezi křesťanstvím a pohanstvím. In: WIHODA, M.–MALAŤÁK, D. (ed.), *Stát, státnost a rituály přemyslovského věku. Problémy, názory, otázky. Sborník příspěvků z konference konané dne 18. října 2005 v Brně.* Brno, 2006, S. 25–46, hier S. 28; DERS., *Kosmova kronika: Studie k počátkům českého dějepisectví a politického*

böhmischen Magnaten,[7] anderseits die Rede der Gesandten der Libussa zu Přemysl[8]. Sogleich der legendäre Ackermann zum Fürsten erhoben wird, wird er nicht nur zum Richter, der über Leben und Tod entscheidet, aber auch zum Herr, Verwalter und Patron der Böhmer, zwischen denen Přemysl die neu errichteten Landesämter einteilt. In der Perspektive von Kosmas Herrschaftsauffasung mit einem starken Monarchen an der Spitze[9] werden die Fürstenrechte nicht zufällig mit *manus*, wörtlich „der Hand", identifiziert. Diese *manus* findet nämlich ihr Vorbild im römischen Familienrecht und auf das Eigentum sowie auf die souveräne Macht über Menschen und ihre Besitztümer verweist (*omnia nostra et nos ipsi in tua manu sumus*).[10]

Das *Solium,* manchmal auch als *sedes principalis* bezeichnet, ist ein Steinthron, der irgendwo an der Stelle des heutigen Presbyteriums der Sankt-Veits Kathedrale auf der Prager Burg gestanden hat.[11] Er bildete eine stille Kulisse der Inthronisationszeremonie, eines alten Inaugurationsrituals, durch dessen Vermittlung die Přemysliden vor den Augen des anwesenden Volkes die Regierung antraten. Das *Solium* symbolisierte deswegen auch die Herrschaft des Prager Fürsten über Böhmen und hatte, wie Jacek Banaszkiewicz behauptet, „eine regierungsformende Wirkung". Erst nachdem sich der Přemslidenbewerber auf den Fürstenstuhl physisch gesetzt hat, wurde er zu einem allgemein anerkannten Landesherrscher und sobald der eingesetzte Fürst von dem Thron verjagt wurde, verlor er seine privilegierte Position zwischen anderen Mitgliedern der Herrscherfamilie (*duces*).[12]

Ad 2. Einerseits steht die heutige Forschung skeptisch gegenüber der Präsenz von strikten Regeln des Übergangs des Herrscheramtes auf dem Boden der frühmittelalterlichen slawischen Monarchien. Andererseits wird es als ein charakteristischer Ausdruck der gesellschaftlichen Transformation von der Stamm- zur staatlich organisierten Gesellschaft betrachtet, dass das Recht auf den Thron in der „Gründerdynastie" erblich wird.[13] In Böhmen ist die erbliche Regierung der Přemyslidendynastie, die Kosmas als Herrscherfamilie (*tribus herilis*[14]) bezeichnet, seit dem 10. Jahrhundert belegt. Aus dieser Zeit stammt sowohl eine kurze Erwähnung des erblichen Throns in der Vostokov Edition der ersten altslawischen Legende vom heiligen Wenzel[15] als auch die Přemysl-Sage aus dem Feder des sgn. Christians. In seinem hagiographischen Werk berichtet Christian über die erbliche Herrschaft der Nachfahren des fabelhaften Ackermann Přemysl, dessen Wahl zum Fürsten den wilden böhmischen Stamm zähmen und von einer Pestepidemie

myšlení. Praha, 1968, S. 163; KOPAL, P., „Politické hry" v Kosmově kronice. In: DOBOSZ, J. – KUJAWIŃSKI, J.–MATLA-KOZŁOWSKA, M. (red.), *Pierwsze polsko-czeskie forum młodych mediewistów. Materiały z konferencji naukowej Gniezno 27–29 września 2005 roku*. Poznań, 2007, S. 89–121, hier S. 101ff. Die gleiche Meinung wie bei Kosmas finden wir auch später bei Ondřej von Dubá. *Nejvyššího sudího království českého Ondřeje z Dubé Práva zemská česká.* ČÁDA, F. (ed.), Praha, 1930, Art. 10, S. 123: *„Právo zemské české jest dávno nalezené, ještě od pohanstvie a najviece od Přemysla oráče a od těch pánóv, kteříž jsú té chvíle byli."*

7 Kosmas I/5, S. 14: *„„Inprimis facile est ducem ponere, sed difficile est positum deponere; nam qui modo est sub vestra potestate, utrum eum constituatis ducem an non, postquam vero constitutus fuerit, vos et omnia vestra erunt eius in potestate. Huius in conspectu vestra febricitabunt genua, et muta sicco palato adherebit lingua. Ad cuius vocem pre nimio pavore vix respondebitis: ‚Ita domine, ita domine', cum ipse solo suo nutu sine vestro preiudicio hunc dampnabit et hunc obtruncabit, istum in carcerem mitti, illum precipiet in patibulo suspendi. Vos ipsos et ex vobis, quos sibi libet, alios servos, alios rusticos, alios tributarios, alios exactores, alios tortores, alios precones, alios cocos seu pistores aut molendinarios faciet. Constituet etiam sibi tribunos, centuriones, villicos, cultores vinearum simul et agrorum, messores segetum, fabros armorum, sutores pellium diversarum et coriorum. Filios vestios et filias in obsequiis suis ponet; de bubus etiam et equis sive equabus seu peccoribus vestris optima queque ad suum placitum tollet. Omnia vestra, que sunt potiora in villis, in campis, in agris, in pratis, in vineis, auferet et in usus suos rediget'."*

8 Kosmas I/6, S. 16: *„„Domna nostra Lubossa et plebs universa mandat, ut cito venias et tibi ac tuis nepotibus fatale regnum accipias.* ***Omnia nostra et nos ipsi in tua manu sumus****, te ducem, te iudicem, te rectorem, te protectorem, te solum nobis in dominum eligimus.'"* Zur Libuše- und Přemysl-Sage vgl. TŘEŠTÍK, D., *Mýty kmene Čechů (7.–10. století): tři studie ke „Starým pověstem českým"*. Praha, 2008, S. 101–167; DERS, *Kosmova kronika*, S. 166–183; DERS., Kosmovo pojetí přemyslovské pověsti. In: *Český lid*, Jg. 52/1965, S. 305–314. Zuletzt im Kontext mittelalterlicher *Origines gentium* PLASSMANN, A., *Origo gentis. Identitäts- und Legitimitätsstiftung in früh- und hochmittelalterlichen Herkunftserzählungen*. Berlin, 2006, S. 324ff.

9 Neben diesem autoritativen Konzept arbeitet der Chronist auch mit dem konsensuellen Staatsmodell, wie man in Jaromirs Rede bei Břetislavs Intronisierung im Jahre 1037 bemerkt (Kosmas I/42, S. 78–79). Vgl. BLÁHOVÁ, M. Stát a vláda státu v pojetí kronikáře Kosmy. In: PANIC, I.–SPERKA, J. (red.), *Średniowiecze polskie i powszechne 2.* Katowice, 2002, S. 115–137, hier vor allem S. 122–123; DIES., Die Anfänge des böhmischen Staates in der mittelalterlichen Geschichtsschreibung. In: ERKENS, F.-R.–WOLFF, H. (hg.), *Von Sacerdotium und Regnum. Geistliche und weltliche Gewalt im frühen Mittelalter. Festschrift für Egon Boschof zum 65. Geburtstag.* Köln – Weimar – Wien, 2002, S. 67–76, hier S. 69–72.

10 Vgl. die Rede der Fürstin Wirpirk an Wratislav II. bei Kosmas II/45, S. 152: *„„Nonne nos et nostra tua sunt?'"*. Über die mittelalterliche Symbolik der Hand SCHMITT, J.-C., *Svět středověkých gest*. Praha, 2004, S. 70ff.

11 Kosmas I/42, S. 78. Vgl. BORKOVSKÝ, I., Poloha kopce Žiži na Pražském hradě. In: *Časopis Společnosti přátel starožitností*, Jg. 62/1954, S. 15–21, hier S. 17.

12 Zu der Thronsymbolik allgemein BANASZKIEWICZ, J., *Polskie dzieje bajeczne mistrza Wincentego Kadłubka*. Wrocław, 1998, S. 277ff. Für tschechische Verhältnisse ŽEMLIČKA, J., *Přemyslovci: jak žili, vládli a umírali*. Praha, 2005, S. 80ff.; DERS., Pražský kámen a koruna králů v legitimizační symbolice přemyslovské epochy. In: DOLEŽALOVÁ, E.–MEDUNA, P.–BAGGE, S. et al. (ed.), *Co můj kostel dnes má, nemůže kníže odníti: Věnováno Petru Sommerovi k životnímu jubileu*. Praha, 2011, S. 169–180, hier vor allem S. 170–172.

13 SAMSONOWICZ, H., Dynastia, czyli od społecznej struktury plemiennej do państwowej. In: DOBOSZ, J. (red.), *Przemyślidzi i Piastowie – twórcy i gospodarze średniowiecznych monarchii.* Poznań, 2006, S. 5–22, hier vor allem S. 16; DERS., Państwo i plemię. In: *Kwartalnik Historyczny*, Jg. 112/2005, S. 5–20, hier vor allem S. 11; ŽEMLIČKA, J. *Čechy v době knížecí*, S. 72.

14 Kosmas II/13, S. 102. Siehe auch Kosmas I/29, S. 52 (*„domini terrae"*); Kosmas III/29, S. 198 (*„stirps herilis"*).

15 *Sborník staroslovanských literárních památek o sv. Václavu a sv. Lidmile.* VAJS, J. (usp.), Praha, 1929, S. 15. Vgl. GRAUS, F. Kirchliche und heidnische (magische) Komponenten der Stellung der Premysliden. Premyslidensage und St. Wenzelsideologie. In: GRAUS, F.–LUDAT, H. (hrsg.), *Siedlung und Verfassung Böhmens in der Frühzeit.* Wiesbaden, 1967, S. 148–160, hier S. 149.

wunderbar befreien sollte.[16] Die Worte des Legendisten werden durch genealogische Forschungen befördert, die zu einer statistisch bemerkenswerten Entdeckung kamen, dass bis ins das Jahr 1306 die böhmischen Länder nur von den Agnaten des ersten historischen Fürsten Bořivoj beherrscht wurden, mit der Ausnahme des Svatopluk von Mähren und Boleslaw des Tapferen.[17]

Ad 3. und 5. Für die Denker des lateinischen Mittelalters war eine Monarchie im Sinne der Etymologien des Isidors von Sevillen eine Alleinherrschaft.[18] Sie bedeutete eine von Gott gegebene und gewollte Ordnung menschlichen Zusammenlebens, dessen Zweck war, Frieden dem Lande und eine gerechte Behandlung ihren Bewohnern sicherzustellen.[19] Aus dieser Perspektive lässt sich auch die von Kosmas wiedergegebene Geschichte über den Stab auslegen, der von Přemysl in die Erde eingepflanzt wurde. Es wuchsen von dem Stab drei Sprosse auf, wobei zwei Sprosse vertrockneten, aber die dritte wesentlich verstärkte. Přemysl legte dieses Zeichen dann in seiner „Antrittsrede" so aus, dass aus seiner Linie viele Herren kommen werden, immer aber nur einer regieren wird. In seinen Worten spricht dabei Kosmas selbst, der offenbar das monarchistische Ideal mit seinen gebildeten Zeitgenossen teilte und, wie gezeigt wurde, Alleinherrschaft in die „Verfassungsgrundlagen" des böhmischen Staates einfügte.[20]

Das Ideal der Eintracht, geteilt sowie durch die heidnische[21], als auch die christliche Geistestradition[22], hinterließ in den letzten Worten von Břetislav I. den gleichen deutlichen Eindruck wie das Model der Monarchie. Den Wunsch, dass in der Zukunft immer nur einer seiner Nachfahren den Thron besteigen soll, äußerte der sterbende Břetislav beim Bewusstsein der biblischen Warnung, dass „jedes Königreich in sich allein geteilt verfällt."[23] Die Eintracht ist deswegen ein wünschenswerter Zustand der Gesellschaftsordnung, eine Barriere gegen innere Brüche, die nach den Beispielen aus der Geschichte der Antike und des Christentums zu einem unausweichlichen Untergang der Monarchie führen. Die Chronik von Kosmas benützt in dieser Hinsicht den vereinzelten Termin *monarchos*[24] im Gegensatz zu den Titeln der mährischen Teilfürste, die „Tetrarchen" oder „Diarchen" gennant werden, wodurch die Teilherrschaft in verschiedenen Teilen (Teilfürstentümern) sonst einheitlichen Mährens gemeint wird.[25]

Ad 4. Welche Qualitäten haben einzelne Přemysliden zur Nachfolge in der Fürstenwürde vorausbestimmt? Darauf gibt Kosmas in der hier besprochene Geschichte des Jahres 1055 eine klare und eindeutige Antwort. Er verweist auf das Alter, das fernerhin den Grundstein der Thronnachfolge bilden sollte. Zur Oberherrschaft soll der Přemyslide berufen werden, der die anderen durch das Alter überragen wird (*maior natu*). Die Nachweise auf den rechtlichen Vorrang des Familienseniors schöpfen sich allerdings mit dem Jahr 1055 nicht aus. Weitere Indizien können wir vielerlei in Kosmas Geschichtsschrift finden und gegenüber der Behandlung von Břetislavs Regierung, die der Chronist nur durch Hörensagen kannte, haben sie den Vorteil, dass sie direkt aus Kosmas Autopsie (1101–1125) stammen.

Eine Anspielung auf das Seniorat finden wir somit wieder bei der Inthronisierung von Bořivoj II. im Jahre 1101, die sich aber keineswegs nach Břetislavs Plänen entwickelte. Das älteste Mitglied der Fürstenfamilie war der Brünner Teilfürst Oldřich I., dessen Hintansetzung für Kosmas ein schlechtes Zeichen war. Unser Chronist kam zu der Einsicht, dass das Land von Gerechtigkeit und Recht verlassen wurde, weil der Thron nicht mehr dem Ältesten der böhmischen Fürsten zugefallen war (*Iusticia enim erat Boemorum, ut semper inter principes eorum maior natu solio potiretur in principatu*). Der verkannte mährische Teilfürst gab nicht auf und fand sogar Unterstützung bei dem kaiserlichen Hofe. Oldřich beklagte sich beim Heinrich IV., dass der jüngere Bořivoj ihm das böhmische Fürstentum gegenrechtlich entriss (*iniuste preereptum a fratre suo iuniore Borivoy Boemie ducatum*), wurde von dem Kaiser wirklich erhört und mit dem Land

---

[16] *Kristiánova legenda. Život a umučení svatého Václava a jeho báby svaté Ludmily*. LUDVÍKOVSKÝ, J. (ed.), Praha, 1978, Kap. 2, S. 16–18: *„At vero Sclavi Boemi, ipso sub Arcturo positi, cultibus ydolatrie dediti, velut equus infrenis sine lege, sine ullo principe vel rectore vel urbe, uti bruta animalia sparsim vagantes, terram solam incolebant. Tandem pestilencie cladibus attriti, quandam phitonissam, ut fama fertur, adeunt, postulantes spiritum consilii responsumque divinacionis. Quo accepto civitatem statuunt, nomenque inponunt Pragam. Post hinc invento quodam sagacissimo atque prudentissimo viro, cui tantum agriculture officium erat, responsione phitonisse principem seu gubernatorem sibi statuunt, vocitatum cognomine Premizl, iuncta ei in matrimonio supramemorata phitonissa virgine. Sicque a clade et multiplici peste tandem eruti, **dehinc a supra memorato principe e sobole eius rectores seu duces preposuere sibi,** servientes demoniorum simulacris et prophanis sacrificiorum ritibus bachantes, donec ad extremum dominatus eiusdem regni pervenit ad unum ex eisdem principibus ortum, vocitatum Borivoi."* Über die Christianslegende zusammenfassend TŘEŠTÍK, D., *Počátky Přemyslovců: Vstup Čechů do dějin (530–935).* Praha, 1997, S. 117–137; KALHOUS, D., *Anatomy of a Duchy. The Political and Ecclesiastical Structures of Early Přemyslid Bohemia*. Leiden, 2012, s. 186ff.

[17] Der letzte Versuch einer Přemyslidengenealogie präsentiert POLANSKÝ, L. et al. Přemyslovská dynastie: Soupis členů původního českého panovnického rodu. In: SOMMER, P.–TŘEŠTÍK, D.–ŽEMLIČKA, J. et al. (ed.), *Přemyslovci: budování českého státu*. Praha, 2009, S. 541–573.

[18] *Etymologiae IX*. ZACHOVÁ, I.–ŠEDINOVÁ, H. (překl. a pozn.), Praha, 1998, IX/3, S. 56: *„Monarchae sunt, qui singularem possident principatum, qualis fuit Alexander apud Graecos, et Iulius apud Romanos. Hinc et monarchia dicitur. monos quippe singularitas Graeco nomine, arché principatus est."* Zur Vorstellung über den Staat bei Isidor von Sevilla BORST, A., Das Bild der Geschichte in der Enzyklopädie Isidors von Sevilla. In: *Deutsches Archiv für Erforschung des Mittelalters*, Jg. 22/1966, S. 1–62, vor allem S. 23ff.

[19] STRUVE, T., Die Begründung monarchischer Herrschaft in der politischen Theorie des Mittelalters. In: *Zeitschrift für historische Forschung*, Jg. 23/1996, S. 289–323; BASZKIEWICZ, J., *Myśl polityczna wieków średnich.* Poznań, 2009, S. 39ff.

[20] Kosmas I/6. S. 16f.: *„Sciatis, ex nostra progenie multos dominos nasci, sed unum semper dominari."* Vgl. KOPAL, P. Státnost a rituály v Kosmově kronice. In: WIHODA, M.–MALAŤÁK, D. (vyd.), *Stát, státnost a rituály přemyslovského věku*, S. 155–195, hier S. 172.

[21] SKARD, E., Zwei religiös-politische Begriffe euergetes-concordia. In: *Avhandlinger utgitt av Det Norske Videnskaps-Akademi i Oslo. II. Historisk-Filosofisk Klasse*, Jg. 2/1931, S. 67–102; THRAEDE, K., Homonoia (Eintracht). In: DASSMANN, E. (Hg.), *Reallexikon für Antike und Christentum 16*. Stuttgart, 1994, S. 176–289.

[22] Mt 12, 25; Mk 3, 23–25; L 11, 17–18.

[23] Vgl. L 11, 17: *„Ipse autem ut vidit cogitationes eorum dixit eis omne regnum in se ipsum divisum desolatur et domus supra domum cadet."*

[24] Kosmas II/13, S. 102.

[25] KRZEMIEŃSKA, B.–MERHAUTOVÁ, A.–TŘEŠTÍK, D., *Moravští Přemyslovci ve znojemské rotundě.* Praha, 2000, S. 26.

belehnt. In die Heimat sandte Oldřich seinen Boten Neuša, der die Gegner deutlich auf die Gültigkeit der Senioratsordnung verweisen sollte und darauf, wer wirklich der Älteste zwischen den Přemysliden sei (*iactat se esse etate maiorem et secundum patrie morem debitum, sibi iniuste sublatum per fratrem iuniorem poscit principalis sedis honorem*). Weil aber die böhmischen Eliten größtenteils dem Bořivoj treu geblieben sind, konnte sich Oldřich nicht durchsetzen und musste sich mit der Stellung einer zweitrangigen Mitglieds der Přemyslidendynastie begnügen. [26]

Beweise der Nichteinhaltung von Břetislavs politischem Testament sind für uns wertvoll dadurch, dass sie sowohl die Existenz einer Verhaltensregel, als auch ihre problematische Effektivität bezeugen. Dass nach dem Tod immer das älteste männliche Mitglied der Přemyslidenfamilie die Regierung antritt, kann man in modernem Sinne nicht als eine Norm, sondern eher als einen Grundsatz ansehen, der weiteren Grundsätzen konkurriert, die die jüngeren Thronprätendenten zur Unterstützung ihrer eigenen Gegenambitionen benützten. Wann auch immer eine Konkurrenzsituation entstand, lag es an Fähigkeiten und Möglichkeiten der Thronbewerber, welchem Nachfolgeprinzip sie den Vorrang sicherten zur Last der anderen. Die Tatsache, dass das Senioratsprinzip gebrochen wurde, wie im Falle des Fürsten Oldřich, bedeutete nicht seine komplette Negation, sondern nur eine Schwächung seiner Auswirkung. Es war ein Zeichen der „Defizite", die typisch für das mittelalterliche Recht waren.[27]

In der Chronik von Kosmas wird eine Handlung gegen das Seniorat entweder explizit geäußert, oder wird sie zwischen den Zeilen versteckt. Die erste Kategorie wurde schon erwähnt. Zu der zweiten gehört die Nachricht über einen Palastputsch, der im Jahre 1107 den von Kosmas beliebten Fürsten Bořivoj II. stürzte. An die Spitze des Landes erhob sich damals der olmützische Teilfürst Svatopluk, der sich für sein gewaltsames Handeln dem unschmeichelhaften Beinahmen „wütender als der Tiger und wilder als der Löwe" verdiente. Kosmas will uns überzeugen, dass solche Sache noch nie gesehen wurde und eine schlimme Zeit für das Land voraussagte.[28] Dass der Anlass zur Furcht vor der Zukunft möglicherweise der Bruch der Senioratsukzession sein könnte, sagt der Chronist nicht direkt. Er verweist aber auf das niedrigere Alter von Svatopluk bei der Beschreibung des Treffens vom römischen König Heinrich V. mit Bořivoj, der ins Reich kam um Unterstützung gegen Svatopluk zu bitten. Heinrich ließ sich durch das angebotene Geld anlocken und entschied sich deswegen, sich für den „ungerecht abgesetzten" böhmischen Fürsten (*ei iniuste sublatum ... Boemie ducatum*) einzusetzen. Er berief Svatopluk nach Sachsen und ließ den nichtahnenden Přemysliden sofort nach seiner Ankunft verhaften.[29] Als aber Bořivojs Versuch, den Fürstenthron zu erkämpfen, an dem Wiederstand des mährischen Teilfürsten Ota II. scheiterte, wand sich der deutsche Hof von dem Kandidaten, der am heimischen Boden nicht genügend Unterstützung fand, wieder ab. Der verhaftete Svatopluk erlangte gegen ein hohes Lösegeld die Freiheit und nach der Rückkehr in seine Heimat stärkte er wieder seine Position.

II. Die Senioratsordnung im Kontext der Chronik des Kosmas von Prag

Wie gezeigt wurde, bietet Kosmas unbezahlbare Informationen über die Durchsetzung des Senioratsgrundsatzes in der Přemyslidenperiode. Man soll jedoch nicht übersehen, dass vieles von dem, was Prager Dekan in seiner Chronik erzählt, zu Angaben anderer Quellen im krassen Wiederspruch steht. Diese faktographische Diskrepanz wird durch den Vorgang der Ereignisse des Jahres 1125 bezeugt, die von mehreren Chronisten bzw. Annalisten geschildert werden. Kosmas behauptet, dass nach dem Tode des Fürsten Vladislav ein Teil der Magnaten Soběslav I. zu seinem Nachfolger gewählt hat und ihm im Einklang mit dem Senioratsrecht (*iure hereditario*) auf den erblichen Thron (*in solio avito*) einsetzte. Die Getreuen des olmützischen Teilfürsten Ottos II. äußerten ihren Widerspruch dadurch, dass sie sich gegen den neu inthronisierten Böhmenfürst erhoben. Ihr Widerstand war aber nicht von Dauer. Er wurde beendet im folgenden Jahr durch die Schlacht am Fuße des Erzgebirges

[26] Kosmas III/13, S. 175–177: *„Mittunt ilico (sc. sofort nach dem Tod von Břetislav II. – Anm. JR) presul et comites cum festinatione in Moraviam ad Borivoy legatum, quo acceleret olim sibi a cesare datum tocius Boemie accipere ducatum. Qui festinus veniens in ipsa die nativitatis Christi omnibus simul faventibus intronizatur. Tunc Cillenia delet omnino sua vestigia, que vix inpressa reliquerat in Boemia, cum exosa terras peteret celestia.* ***Iusticia enim erat Boemorum, ut semper inter principes eorum maior natu solio potiretur in principatu. ...*** *Eodem anno Odalricus* ***adit imperatorem in urbe Ratispona*** *et eum per amicos sollicitat precibus et fatigat immensis promissionibus,* ***quo sibi restituat iniuste preereptum a fratre suo iuniore*** *(sc. der Vetter – Anm. JR)* ***Borivoy Boemie ducatum****. A quo cesar accepta pecunia dat sibi ducatus insignia et vexillum; sed in ducem eligendi obtentum ponit in arbitrio Boemorum Tunc Odalricus* ***mittens legatum*** *valde disertum virum, Neusse nomine, filium Dobremil,* ***arguit fratrem suum Borivoy, increpat comites et minatur eis, iactat se esse etate maiorem et secundum patrie morem debitum, sibi iniuste sublatum per fratrem iuniorem poscit principalis sedis honorem****. Qui quamvis iustam causam habeat, tamen frustra caudam captas, cum cornua ammitas. Sic Odalricus fratrem suum Borivoy iam confirmatum in solio tarde nititur pellere de regno."* Zu den Thronkämpfen des Jahres 1101 vgl. MEYER VON KNONAU, G., *Jahrbücher des Deutschen Reiches unter Heinrich IV. und Heinrich V. 5. 1097–1106*. Leipzig, 1904, S. 130–131; NOVOTNÝ, V., *České dějiny I/2*, S. 407ff.; BLÁHOVÁ, M.–FROLÍK, J.–PROFANTOVÁ, N., *Velké dějiny zemí Koruny české I*, S. 486ff.

[27] DILCHER, G. Die Zwangsgewalt und der Rechtsbegriff vorstaatlicher Ordnungen im Mittelalter. In: KANNOWSKI, B.–LEPSIUS, S.–SCHULZE, R. (Hrsg.), *Normen zwischen Oralität und Schriftkultur: Studien zum mittelalterlichen Rechtsbegriff und zum langobardischen Recht*. Köln-Weimar-Wien, 2008, S. 123–170, hier S. 131–134; WEITZEL, J., Versuch über Normstrukturen und Rechtsbewußtsein im mittelalterlichen Okzident (450–1100). In: LAMPE, E.-J. (Hg.), *Zur Entwicklung von Rechtsbewußtsein*. Frankfurt a. M., 1997, S. 371–402; DERS., „Relatives Recht" und „unvollkommene Rechtsgeltung" im westlichen Mittelalter: Versuch einer vergleichenden Synthese zum „mittelalterlichen Rechtsbegriff". In: CORDES, A. (ed.), *Rechtsbegriffe im Mittelalter*. Frankfurt a. M., 2002, S. 43–62.

[28] Kosmas III/19-20, S. 185: *„Ergo Borivoy mitis ut agnus regno privatur, et Zuatoplik sevior tigride, ferocior leone intronizatur anno dominice incarnationis MCVII. pridie id. Maii. ...* ***Hoc novum nev prius in Boemia*** *factum circa adiacentes mirantur gentes et* ***peiora in futurum Boemis vane mentis per presagia auguriantur."***

[29] Kosmas III/20, S. 185–186: *„Hisdem temporibus rex Heinricus quartus forte aderat in Saxonia, ad quem* ***Borivoy accelerat et illatam sibi iniuriam applorat et, ut ei iniuste sublatum restituat Boemie ducatum, inmensa auri et argenti pondera promittit se daturum****. Protinus rex mittens unum de satrapis sic mandat Zuatoplik paucis: ‚Per coronam capitis mei mando tibi et precipio ut sine dilatione ad me venias, aut si venire tardaveris, procul dubio ego in iusticia et iudicio te et tuam Pragam celeriter visitabo.' Qui mox coadunato exercitu veniens sub ipso introitu silve iuxta oppidum Hlumec convocat proceres et satrapas et preponit eis fratrem*

bei der Burg Kulm (Chlumec), in der Soběslav triumphierte, wogegen der mährische Přemyslide, obwohl durch den römischen König Lothar III. unterstützt, die Niederlage mit eigenem Leben bezahlte.[30]

Die Annalen von Hradiště-Opatowitz, die über denselben Thronwechsel etwas kürzer berichten, erregen auf den ersten Blick die Ansicht, die Senioratsrechte von Soběslav zu widerlegen. In ihrer Darlegung wurde Vladislav I. nach seinem Tode von Soběslav I. abgelöst, der angeblich „jung" oder eines „jüngeren Alters" gewesen sein soll.[31] Es könnte also den Anschein haben, als ob Vladislavs Nachfolger das Alter von Otto, dem mährichen Gegenkandidat auf den Thron, nicht erreichen würde. Solche Auslegung wäre grammatisch korrekt. Viel wahrscheinlicher handelt es sich aber um ein von Kosmas[32] inspiriertes literarisches Topos puer-senex, das aus rein stilistischen Gründen die physische Jugend von Soběslav (*iunior etate*) und seine moralische, bzw. geistliche Reife (*senior ... moribus et omnimoda probitate*) gegenüber stellt ohne jeglichen Anspruch auf sachliche Richtigkeit.

Eine völlig andere Sprache als die Chronik von Kosmas von Prag oder die Annalen von Hradiště-Opatowitz spricht zu seinen Lesern der unbekannte Mönch von Sazava. Auf den Seiten der Chronik von Sazava erwähnt er zum Jahre 1125, dass nach der Inthronisation von Soběslav I., die durch eine Akklamation aller böhmischer Magnaten begleitet wurde, erschien auf dem Hof des römischen Königs in Regensburg Otto II. von Olmütz und beanspruchte für sich die Nachfolge von Böhmen. Seine Klage begründete der Olmützer Teilfürst mit dem Argument, dass der Thron von Böhmen seinem Erbrecht zum Trotz besetz wurde (*Sobezlaum scilicet ducem Boemiam furtivis intrasse vestigiis, et principalem tronum sibi hereditario iure debitum et ab omnibus Boemiae primatibus designatum et sacramento confirmatum occupasse per violentiam*). Der römische König Lothar offenbarte in seiner wohlbekannten Regensburger „Staatsrede" eigene Vorstellung über das Recht des Reiches autoritativ in der Frage der böhmischen Nachfolge zu entscheiden und äußerte Ottos Herrscheransprüchen Unterstützung.[33]

Im Lichte des Gesagten überrascht es nicht, dass in der Historikergemeinschaft keine Einheit herrscht, wie die gegenstimmigen Quellenaussagen zu versöhnen sind. Die Meinung über das bessere Recht des mährischen Přemysliden auf den böhmischen Thron fand zwar seinen Weg in die profilierenden Fachmonographien[34], scheint aber nicht ohne weitere Begründung ganz und gar überzeugend zu sein. Unter den Opponenten ragt hervor der berühmte Schüller von Jaroslav Goll und Mitautor der monumentalen Geschichte Böhmens Václav Novotný[35]. Er vertritt die Ansicht, dass der Mönch von Sazava mit einem großen Zeitunterschied schrieb und in die Schilderung des Regensburger Treffens von Otto und Lothar die zeitgenössischen Ereignisse aus den 70. Jahren des 12. Jahrhunderts projizierte. Lothars Ansprache sollte der Benediktinermönch unter den Eindrücken der böhmischen Politik von Friedrich I. Barbarossa stillisieren

suum Ottonem (sc. Svatopluks Bruder Otto II. von Olmütz – Anm. JR). ... Quem advenientem sine omni audiencia rex iussit retrudi in custodiam et convocans eos, qui secum venerant, tradit eis Borivoy ducem, ut reducentes eum in urbem Pragam iterum relevent in principalem cathedram." Zum Thronsturz des Jahres 1107 (Anm. 28 und 29) vgl. MEYER VON KNONAU, G., *Jahrbücher des Deutschen Reiches unter Heinrich IV. und Heinrich V. 6 (1106–1116)*. Leipzig, 1907, S. 62f.; NOVOTNÝ, V., *České dějiny I/2*, S. 434ff.; BLÁHOVÁ, M.–FROLÍK, J.–PROFANTOVÁ, N., *Velké dějiny zemí Koruny české I*, S. 492ff.

[30] Kosmas III/60, S. 238: *„Regnante domino nostro Iesu Christo, trino et uno omnipotente Deo, uti supra retulimus, duce Wladizlao ex hac luce subtracto frater eius Zobezlaus, etate quidem iunior sed maturis sapiencia maturior, manu largus, civibus acceptus, plebi utriusque sexus et etatis gratus omnibus Boemiis insimul faventibus, XVI. kal. Maii* ***iure hereditario in principatus solio elevatus est avito."***

[31] *Annales Gradicenses-Opatovicenses (= Fontes rerum Bohemicarum II-2)*. EMLER, J. (ed.), Praha, 1875, S. 386–400, hier S. 393: *„Anno 1125, II Idus Apr. obiit dux Wladizlaus pius et misericors ac humilis. Cui successit dux Sobezlaus, vir strennuus,* ***iunior etate, senior autem moribus et omnimoda probitate."***

[32] Kosmas III/60, S. 238: *„frater eius Zobezlaus, etate quidem iunior, sed maturis sapiencia maturior."* Vgl. ŠVANDA, L., Chvály osob v Kosmově kronice. In: *Sborník prací filosofické fakulty brněnské university. Řada klasická N, Graeco-Latina Brunensia,* Jg. 10/2005, S. 85–111, hier S. 93. Allgemein zum Topos *puer-senex* ARBUSOW, L., *Colores rhetorici. Eine Auswahl rhetorischer Figuren und Gemeinplätze als Hilfsmittel für akademische Übungen an mittelalterlichen Texten (Hrsg. von Helmut Peter)*. Göttingen, 1963, S. 118; CURTIUS, E. R., *Evropská literatura a latinský středověk.* Praha, 1998, S. 113ff.

[33] *Monachi Sazaviensis Continuatio Cosmae (= Fontes rerum Bohemicarum II-1)*. EMLER, J. (ed.), Praha, 1874, S. 238–269, hier S. 253–255: *„Igitur glorioso duce Sobezlao in solium paternae gloriae cum omnium Boemiae principum exultatione sublimato ... Succedente enim anno dux praetitulatus* ***Otto*** *ultra modum anxiatus, quia spei suae voto fuerat frustratus, optimum ratus fore consilium, sed minus caute sibi providens in futurum,* ***accelerat viam cum suis ad regem Lotharium et ad totius Saxoniae principes. Honore igitur condigno receptus, nacta loci temporisque oportunitate, causam sui itineris coram omnibus exposuit, Sobezlaum scilicet ducem Boemiam furtivis intrasse vestigiis, et principalem tronum sibi*** *(sc. Otto II. von Olomütz – Anm. JR)* ***hereditario iure debitum et ab omnibus Boemiae primatibus designatum et sacramento confirmatum occupasse per violentiam****; et ad ultimum haec breviter subintulit: ‚Vestrae ergo dignationis, optime imperator, super hac causa pietas providere non abnuat, vos ex omnibus totius regni principibus divinae dispositionis gratia imperatoriae dignitatis ad hoc sublimavit excellentia, quatinus a benignitate vestra omnibus pro quibuslibet suis incommodis requirentibus misericordia exhibeatur et iustitia. Scimus equidem no vestrae maiestatis imperii in omnibus subiacere debere, ideoque nichilominus iustitiae rationem nobis ex vestra dignatione non esse denegandam.'* ***Ad haec rex benigna responsione mitigat ducis animum, et coram omnibus Saxoniae principibus his verbis dicitur usus: ‚Boemiae ducatus, sicut ab antecessoribus nostris didicimus, in potestate Romani imperatoris ab initio constitit, nec fas fuit unquam electionem aut promotionem cuiusquam ducis in terra illa fieri, nisi quam imperialis maiestas suae auctoritatis gratia initiaret, consummaret et confirmaret****; unde qui contra hanc constitutionem praesumere nisus est, nostrae maiestatis contemptorem esse satis evidens est, nec tibi soli sed et nobis totique regno contumeliam non modicam esse irrogatam, quod minime aequanimiter ferendum est.' Quid plura? Rex et omnes principes et primi quique Saxoniae duci Ottoni dant et confirmant fidem, quod non alius praeter ipsum in Boemia sit regnaturus."* Zum Hoftag in Regensburg vgl. *Regesta Imperii IV/1. Lothar III. und ältere Staufer 1125–1197. 1. Abt.: Die Regesten des Kaiserreiches unter Lothar III. und Konrad III. Tl. 1: Lothar III. 1125 (1075)–1137*. BÖHMER, J. F.–PETKE, W. (ed.), Köln-Weimar-Wien, 1994, Nr. 101, S. 65f.

[34] WIHODA. M., *Morava v době knížecí*, S. 168; ŽEMLIČKA, J., *Čechy v době knížecí*, S. 221. BLÁHOVÁ, M.–FROLÍK, J.–PROFANTOVÁ, N., *Velké dějiny zemí Koruny české I*, S. 514ff., S. 527ff. entbehrt eigene Stellungnahme zu diesem Problem. In derselben Art wie Wihoda oder Žemlička äußerte sich einst BACHMANN, A., *Geschichte Böhmens I. Bis 1400*. Gotha, 1899, S. 295ff.

[35] NOVOTNÝ, V., *České dějiny I*/2, S. 554ff., S. 568–570; DERS., Adolfa Bachmanna Geschichte Böhmens III. In: *Český časopis historický*, Jg. 9/1903, S. 262–300, hier S. 281–283; DERS., Studien zur Quellenkunde Böhmens. In: *Mitteilungen des Instituts für Österreichische Geschichtsforschung*, Jg. 24/1903, S. 529–615, hier S. 560ff.

und deswegen kann man ihm auch kein Glauben schenken was die Herrscherrechte angeht, die im Jahre 1125 in Regensburg diskutiert wurden.

Das Problem mit der Novotnýs Auffassung liegt aber darin, dass die Worte des Sazava Mönchs durch einen thüringischen Annalisten bezeugt werden, der wohl aus dem Benediktinerkloster Reinhardsbrunn stammte und mit der Geschichte von Lothars Herrschaft vertraut war. Der thüringische Verfasser gedenkt ausdrücklich der Erbrechte (*ducatu Boemiorum velut hereditaria dignitate*), an die sich der olmützer Fürst berief, als er Lothar gegenübertrat und um sein kriegerisches Eingreifen in Böhmen bat.[36] Darüber hinaus werden Ottos Erbrechte auch von der Chronik des Kanonikers von Vyšehrad in der Passage über das Gericht von Vyšehrad belegt. Vor dem Gericht wurde im Jahre 1130 die Schuld derer behandelt, die vergeblich nach dem Leben Soběslavs I. trachteten. Soběslav zerbrach ihren Komplott durch einen energischen Eingriff, berief eine Gerichtsversammlung auf Vyšehrad und hielt dort vor der Versammlung hochgeborener sowohl einfacher Böhmer eine emotionelle Rede[37], in der er seine Ansprüche auf die Landesherrschaft verteidigte. Bezeichnend ist, dass dabei das Seniorat mit keinem Wort zur Sprache kam. Der triumphierende Přemyslide sagte nur, dass er die Fürstenwürde nicht durch Waffengewalt übernahm, sondern durch Gottesgnade, durch Designation des Fürsten Vladislav I. und durch die Wahl aller Böhmer. Daraus folgte Soběslav, dass er das Fürstentum durch rechten Weg und begründet erwarb (*hacque ratione et iustitia me iuste et rationabiliter arbitror possedisse*). Das Schweigen über den Erbanspruch bedeutet aber eher das Gegenteil. Normallerweise hätte der Kanoniker von Vyšehrad nicht vergessen, so etwas zu erwähnen, weil er ein unkritischer Bewunderer von Soběslav war. [38] Ignorierung des Erbanspruchs deutet vielmehr an, dass es sich hier um einen Bruch des Seniorats und um die bekannte „bewusste Unwissenheit“ [39] von Kosmas handelt, also um eine absichtliche Geheimhaltung Ottos Ansprüche, wozu die Vorsicht und die Angst von der Rache der Mächtigen riet.

Um das Bild zu vervollständigen, erinnern wir uns, dass die Senioratsrechte der Přemysliden noch einmal das Interesse mittelalterlicher Skriptorien, namentlich des Abtes Jarloch von Milevsko, erweckten. Jarloch trug in seine Chronik zum Jahre 1174 die Nachricht über den Hoftag im Hermsdorf ein, der in Wirklichkeit ein Jahr früher, wohl in Thüringen bei Gera stattfand. Friedrich I. Barbarossa entschied auf dem Hoftag über die Absetzung des Fürsten Bedřich und durch die symbolische Übergabe der fünf Lehnsfahnen übergab er die Herrschaft an Oldřich aus dem Soběslawer Zweig der Dynastie, der sie dann mit der Zustimmung des Kaisers dem Soběslav II. als dem Älteren (*tanquam seniori*) übergab. Barbarossa begründete seine Entscheidung damit, dass sich Bedřich des Thrones rechtswidrig bemächtigte. Ohne die Zustimmung der Böhmer (*sine consensu Boemorum*) und ohne die nötige Approbation seitens des Reiches (*non de manu imperatoris*) stützte er sich nur auf der Designierung seines Vaters (*tantum tradente patre*).[40] Ein höheres Gewicht als die Ursache von Bedřichs Katastrophe hat für uns aber die Tatsache, dass das böhmische Lehen in die Hände von Soběslav II. aus dem Titel des höheren Alters kam.

Der letzte Teil in der Argumentationskette, die die These von der Rechtswirkung der Senioratsthronfolge unterstützt, ist ein Schriftstück aus dem Jahre 1078. Der Fürst Vratislav II. bestätigt darin die Donation seines Bruders Otto I. von Olmütz

[36] *Annales Erphesfurdenses Lothariani Continuatio (= Monumenta Erphesfurtensia Saec. XII. XIII. XIV. Monumenta Germaniae Historica. Scriptores Rerum Germanicarum in usum scholarum 42)*. HOLDER-EGGER, O. (ed), Hannover-Leipzig, 1899, S. 34–44, hier S. 34: *„Otto quidam principatum gerens provintiae quae Merehern dicitur regem Lotharium adiit interpellando,* ***conquerens se ducatu Boemiorum velut hereditaria dignitate iniuste privatum.“*** Über dieses Annalenwerk HOLDER-EGGER, O., Studien zu thüringischen Geschichtsquellen V. *Neues Archiv der Gesellschaft für ältere deutsche Geschichtskunde*, Jg. 21/1896, S. 685–735, hier S. 725–735.

[37] *Canonici Wissegradensis Continuatio Cosmae (= Fontes rerum Bohemicarum II-1)*. EMLER, J. (ed.), Praha, 1874, S. 203–237, hier S. 209: *„Ipseque monarcha Boemorum (sc. Soběslav I. – Anm. JR), stans in medio omnium nostrum, sicut filius supplicans patri de omni inobedientia sua, ita elevans vocem suam, sic cum lacrimis ait: ‚O Bohemienses proceres et scutum Bohemicae terrae! Non laudo neque extollo me, sed veritatem dico: quando fui profugus, dei gratia ubique felix fui, et habui de hiis sufficienter, quae mihi necessaria fuerunt; nunc autem flens dico,* ***vivente fratre meo et duce Wladizlao neque scuto neque alia vi istum ducatum et honorem percepi, sed dei misericordia et electione fratrisque mei adhuc viventis vestrique omnium sum adeptus, hacque ratione et iustitia me iuste et rationabiliter arbitror possedisse.‘“*** Vgl. ŽEMLIČKA, J., Vyšehrad 1130: soud, nebo inscenace? (K „nekosmovskému“ pojetí českých dějin.) In: PÁNEK, J.–POLÍVKA, M.–REJCHRTOVÁ, N. (usp.), *Husitství – Reformace – Renesance I. Sborník k 60. narozeninám Františka Šmahela.* Praha, 1994, S. 47–68, hier S. 53ff. Mit einer neuen Interpretation der Verschwörung und Soběslavs Rede kommt VANÍČEK, V., *Soběslav I.: Přemyslovci v kontextu evropských dějin v letech 1092–1140*. Praha-Litomyšl, 2007, S. 218ff.

[38] Über das Verhältniss des Kanonikers von Vyšehrad zum Soběslav I. NOVOTNÝ, V., Studien zur Quellenkunde Böhmens, vor allem S. 540, 544f.; BLÁHOVÁ, M., *Staročeská kronika tak řečeného Dalimila. 3, Staročeská kronika tak řečeného Dalimila v kontextu středověké historiografie latinského kulturního okruhu a její pramenná hodnota.* Praha, 1995, S. 101.

[39] Vgl. KOPAL, P. Komentáře ke Kosmově kronice. In: HRDINA, K.–BLÁHOVÁ, M. (přel.), *Kosmova kronika česká*. Praha-Litomyšl, 2005, S. 214–269, hier S. 222–223. Kosmas Schweigen über die Senioratsansprüche Ottos hielt für bemerkenswert schon FRITZE, W. H., Corona regni Bohemiae: Die Entstehung des böhmischen Königtums im 12. Jahrhundert im Widerspiel von Kaiser, Fürst und Adel. In: FRITZE, W. H.–KUCHENBUCH, L.–SCHICH, W. (Hrsg.), *Frühzeit zwischen Ostsee und Donau: ausgewaählte Beiträge zum geschichtlichen Werden im östlichen Mitteleuropa vom 6. bis zum 13. Jahrhundert*. Berlin, 1982, S. 209–296, hier S. 263f.

[40] *Annales Gerlaci Milovicensis (= Fontes rerum Bohemicarum II-2)*. EMLER, J. (ed.), Praha, 1875, S. 461–516, hier S. 466: *„Acta curiae (sc. der Reichsversammlung im Hermsdorf – Anm. JR) illius haec sunt: Friderico ducatus Bohemiae per sententiam abiudicatur, quem non legitime, sicut dicebant, sed tantum tradente patre sine consensu Boemorum et non de manu imperatoris percepisset. Dein traditur dominium Boemiae Udalrico in vexillis quinque, sed* ***ipse cessit sponte fratri suo Zobezlao tanquam seniori****, iurantes ambo, mittere imperatori exercitum in Lombardiam, unde postea suo loco plenius dicemus.“* Vgl. NOVOTNÝ, V., *České dějiny I/2*, S. 998ff., vor allem S. 1003–1006; BLÁHOVÁ, M.–FROLÍK, J.–PROFANTOVÁ, N., *Velké dějiny zemí Koruny české I*, S. 621–623; KEJŘ, J., Böhmen und das Reich unter Friedrich I. In: DERS., *Aus Böhmens Verfassungsgeschichte: Staat, Städtewesen, Hussitentum.* Prag, 2006, S. 19–92, hier S. 48ff.; DERS., Böhmen zur Zeit Friedrich Barbarossa. In: ENGEL, E.–TÖPFER, B. (Hgg.), *Kaiser Friedrich Barbarossa. Landesausbau – Aspekte seiner Politik – Wirkung.* Weimar, 1994, S. 101–113, hier S. 109f. Zum Hoftag in Hermsdorf *Regesta Imperii IV/2. Lothar III. und ältere Staufer 1125–1197. 2. Abt. Die Regesten des Kaiserreichs unter Friedrich I. 1152 (1122)–1190. 3. Lief. 1168–1180*. BÖHMER, J. F.–OPLL, F. (ed.), Wien-Köln-Weimar, 2001, Nr. 2038, S. 81f.

für das Kloster Hradiště bei Olmütz und gibt noch das Dorf Uherce dazu. Die Narration der Urkunde betont ausdrücklich, dass Vratislav die Rechtsverrichtung auf den Antrag „des lieben Bruders und ihm besonders nähen Geschwisters" (*Ottone, nostro videlicet fratre charissimo proprioque germano, Morauie provincie principe, nos requirente*) bestätigt, weil er „mit einer vom Gott gegebenen Befugnis disponiert, die ihm wegen seines vorgeschrittenen Alters und der erblichen Fürstenwürde anvertraut wurde" (*eius annuentes precibus per hanc, quam a deo nobis provectioris etatis et dignitatis hereditarie datam possidemus potestatem*).[41] Obwohl es sich um ein wichtiges und einmaliges Urkundenbeweis handelt, ist die Meinung nicht völlig begründet, dass die zitierte Passage erlauben würde, die Autorschaft der Senioratsordnung wegen der Zeitnähe zum Jahre 1055 Břetislav I. zuzuschreiben.[42] Man muss dagegen berücksichtigen, dass Vratislavs Konfirmation aus derselben Zeit stammt, in der die allererste böhmische Herrscherurkunde erscheint. Weiter ist die Erhaltung dieser Urkunde ziemlich spät und kann deswegen manche Vorstellungen von späterem Ursprung reflektieren.[43]

III. Der „böhmische Achilles" Břetislav und die Anfänge der Senioratsordnung

Wenn wir durch schriftliche Tradition eine allgemeine Überzeugung über die Existenz des Seniorats im 12. Jahrhundert bestätigt haben, bleibt noch die von den Historikern oft gestellte Frage nach den Anfängen dieses Phänomens zu beantworten. Deshalb sollen die nächsten Überlegungen auf die faktografische Zuverlässigkeit von Kosmas Chronik gezielt werden, die als einzige die Herkunft der Senioratsordnung mit der Person des Fürsten Břetislav I. verband. Schon früher wurde auf die große Zeitdifferenz hingewiesen, die zwischen der Verfassung der Chronik und den Chrudimer Ereignissen vom Jahre 1055 liegt, in deren Verlauf die Nachfolgeregelung nach dem Willen des sterbenden Fürsten Břetislav zustande kam.[44] Weil Kosmas erst 1045 geboren wurde, wahrscheinlich in die Familie eines Geistlichen beim Prager Kapitel, kann man nur schwer erwarten, dass er Augenzeuge der letzten Augenblicke von Břetislav irgendwo bei Chrudim sein konnte. [45] Auch wenn er doch dem Fürsten sterben sehen würde, fing er erst zum Lebensende an, seine Chronik zu schreiben, als ihm wohl nur blasse Kindheitserinnerungen zur Verfügung standen. Die von Kosmas benutzte narrative Form beweist hingegen, dass er höchstwahrscheinlich keine konkreteren Angaben zur Hand hatte. Wenn wir nämlich in seiner Chronik das Kapitel 13 des 2. Buches nachschlagen, das die Zeitperiode von 1043 bis 1055 umfasst, sehen wir, dass gerade dieses Kapitel aus vielen Textabschnitten gebildet wird, die nach annalischer Art chronologisch gereiht werden und mit der Nachricht vom Břetislavs Schicksalsfeldzug nach Ungarn vollendet werden. Diese Partien können den Einfluss der annalischen Vorlage verraten, aus der Kosmas seine Kenntnisse über weit vergangene Ereignisse geschöpft hat, die er selbst nicht erlebte.[46] Außerdem beinhaltet das Kapitel 13 ein vielseitiges Fürstenpanegyrikon und eine blühende „Staatsrede" über das Seniorat, die aus verschiedenen der Bibel oder den antiken Klassikern entnomennen Zitaten besteht. Aus dem Zusammenfloss beider Teile in ein Kapitel entsteht somit eine unübersichtliche Disproportion zwischen dem, was wir über die letzten Jahre von Břetislavs Regierung lesen können, und dem, was von seinen letzten Augenblicken bekannt ist.

Im Zusammenhang mit der Totenbettrede von Bretislav soll auch die allgemein akzeptierte Meinung wiederholt werden, dass die meisten direkten Reden[47], die von mittelalterlichen Geschichtschreibern benutzt wurden, um den Charakter ihrer literarischen Helden besser zu erfassen, fingiert sind. Ein solches Erkenntniss, von derer methodologischen Bedeutung kein Zweifel bestehen kann, muss in der Beurteilung von Kosmas Relation umso nötiger reflektiert werden, als der Dekan von Sankt-Veit mit fiktiven Reden gerne und oft gearbeitet hat. Mit deren Hilfe konnte er nicht nur die beschriebene Handlung kommentieren, sondern auch seine eigene Meinung zu vielen Sozialangelegenheiten ausdrücken. Wenn Kosmas die Formulierung des Seniorats in den Břetislavs Mund einfach hineinlegte, wie wir gerechtfertigt behaupten können, wäre das nicht

---

[41] *Codex diplomaticus et epistolaris Regni Bohemiae 1 (805–1197)*. FRIEDRICH, G. (ed.), Praha, 1904–1907, Nr. 80, S. 86 (5. II. 1078): *„Denique Ottone, nostro videlicet fratre charissimo proprioque germano, Morauie provincie principe, nos requirente, ut eius, quam in honore Christi et beati prothomartyris Stephani erexerat, dedicationi interessemus ecclesie in suburbio Olomucensis civitatis, consensum prebuimus ibique cum summa fraternitatis diligentia honorifice recepti et habiti sumus. Unde eius annuentes precibus* ***per hanc, quam a deo nobis provectioris etatis et dignitatis hereditarie datam possidemus potestatem****, dominii nostri decreto confirmationem abbatie in iam prefata ecc1esia, quam ut diximus ipse tam proprie pro remedio anime quam coniugis sue dilecte, Euphemie nominate, construxerat rebusque optime ex propriis ditaverat, statuimus."*

[42] In der Rolle des stützenden Arguments wird diese Urkunde benutzt von NOVOTNÝ, V., *České dějiny I/2*, S. 76.

[43] FIALA, Z. K počátkům listin v Čechách. In: *Sborník historický*, Jg. 1/1953, S. 27–45, hier vor allem S. 37–40; ŠEBÁNEK, J.–DUŠKOVÁ, S., Česká listina v době přemyslovské. Nástin vývoje. In: *Sborník prací filosofické fakulty brněnské university. Řada C-historická*, Jg. 11/1964, S. 51–72, hier S. 54f. Speziell zu den Urkunden von Hradiště BISTŘICKÝ, J., Zakládací listiny kláštera Hradiska u Olomouce a počátky české panovnické listiny. In: *Vlastivědný věstník moravský*, Jg. 45/1993, S. 131–136; ZAORAL, P., K zakládací listině hradišťského kláštera z roku 1078. In: *Československý časopis historický*, Jg. 16/1968, S. 275–283. Die Möglichkeit der Schädigung der Urkunde durch spätere Parenthesen behandelt ausführlich HRUBÝ, V., *Tři studie k české diplomatice*. Brno, 1936, S. 81ff.

[44] WIHODA, M., Testament knížete Břetislava, S. 34; DERS., *Morava v době knížecí*, S. 252.

[45] Zum Kosmas Leben und Werk TŘEŠTÍK, D., *Kosmova kronika*, S. 33–44; NECHUTOVÁ, J., *Latinská literatura českého středověku do roku 1400.* Praha, 2000, S. 67–73.

[46] Die Annalenvorlage von Kosmas Chronik versuchte aufzuzeigen und teilweise zu rekonstruieren TŘEŠTÍK, D., Anfänge der böhmischen Geschichtsschreibung. Die ältesten Prager Annalen. In: *Studia źródloznawcze. Commentationes*, Jg. 23/1978, S. 1–37; DERS., *Kosmova kronika*, S. 60ff.

[47] TŘEŠTÍK, D., *Kosmova kronika*, S. 141ff. Allgemein zu den politischen Reden in der antiken und mittelalterlichen Geschichtsschreibung KIRN, P., *Das Bild des Menschen in der Geschichtsschreibung von Polybios bis Ranke.* Göttingen, 1955, S. 14ff.; KLEINSCHMIDT, E., *Herrscherdarstellung. Zur Disposition mittelalterlichen Aussageverhaltens, untersucht an Texten über Rudolf I. von Habsburg. Mit einem Editionsanhang.* Bern-München, 1974, S. 84f.; HAY, D., *Annalists and Historians. Western Historiography from the Eighth to the Eighteenth Centuries.* London, 1977, S. 8–10.

ungewöhnliches im Bezug auf seinem Schreibstil, den er mit anderen mittelalterlichen Historiografen teilte. Dann wäre aber die politische Rede völlig anders zu betrachten als ein historisches Zeugnis von der Zeit, die von Kosmas nur aus zweiter Hand beschrieben wurde. Es wäre eher eine Aussage über die Vorstellungswelt[48] des 12. Jahrhundert und über diejenigen normativen Vorstellungen, die die böhmische Gesellschaft zu der Zeit des Lebens unseres Chronisten dominierten.

Es ist nicht schwer zu nachvollziehen, warum gerade Břetislav I. mit der Aureole des Gesetzgebers belohnt wurde. Der von Kosmas bewunderte und deshalb als „böhmischer Achilles" gennante Böhmenfürst wurde mit ähnlichen Eigenschaften wie griechische Helden ausgestattet. Eine ausführliche literargeschichtliche Analyse[49] zeigt, dass Břetislavs biographisches Portrait in der Darstellung von Kosmas einem Herrscherideal angepasst wird, das die Autoren der karolingischen Fürstenspiegel verbreitet haben, unter ihnen vor allem Sedulius Scottus in seinem Werk *De rectoribus christianis*. Und weil der christliche Herrscher von Sedulius auch ein gerechter Gesetzgeber[50] ist, zögerte Kosmas nicht und schrieb Břetislav I. sofort zwei Rechtsakte mit gesamtgesellschaftlicher Bedeutung zu: die Genesener Dekrete und das „Senioratsgesetz". In seiner Bewunderung zum Přemysliden fürsten ging der mittelalterliche Historiograph sogar soweit, dass er sein vorgeplantes Konzept vergaß, das die „Erfindung" des ganzen böhmischen Rechtssystems mit Přemysl dem Ackermann und Fürstin Libuše verbindet.[51]

Unter dem Einfluss der Hermeneutik der Verdächtigung, zu der sich auch dieser Beitrag bekennt und die vereinfacht „in einer verdächtigen Haltung Listen aller Art gegenüber und in der Demaskierung von Illusionen" [52] besteht, wurde von kurzer Zeit die Datierung der Genesener Dekrete in Frage gestellt. Die Schilderung von Břetislavs Polenfeldzug wurde zur Autorlizenz des Chronisten erklärt und der Gesetzakt nach früher vorgelegt, wohl kurz nach der Thronbesteigung des Fürsten.[53] Nach der Zusammenstellung aller relevanten Argumente werden wir wohl nicht weit von der Wahrheit entfernt sein, wenn wir auch über Břetislavs politisches Testament die gleichen Zweifel äußern und die kausale Verbindung zwischen Kosmas Lieblingsfürst und dem Seniorat für eine kunstvoll gebildete Illusion erklären. Als Motiv bietet sich die Bestrebung Kosmas, die durch grausame Nachfolgekämpfe gekennzeichnete Krisenzeit des ersten Viertels des 12. Jahrhunderts zu verschönern. Die stürmische Zeit der Jahre 1100 bis 1125 erlebte der Chronist als seine Gegenwart und durch die bitteren Erfahrungen, die er in dieser Zeit gesammelt hat, beurteilte er dann die Vergangenheit. Wenn Kosmas bewusst fabulierte, hatte er wohl im Sinne, seinen Zeitgenossen zu befolgende Beispiele zu zeigen. Aus diesem Grund machte er aufmerksam auf den heroischen Fürsten Břetislav sowie auf die Senioratsordnung, die das Land vor der Gefahr einer dynastischen Krise bewahrte.[54] Das erste literarische Muster wand sich mit seiner Botschaft zum herrschenden Přemysliden und demonstrierte, wie das Herrscheramt auszuüben ist, wogegen das zweite einen Signal zu der ambitiösen Přemyslidenverwandschaft sandte und bezeugte, wer und warum das Fürstenamt innehaben soll.

Wenn unser Verdacht stimmt, kann man nicht Břetislav I. für den Gründer der Senioratsthronfolge halten, die im Böhmen spätesten während des 12. Jahrhunderts heimisch wurde. Die Feststellung, wer sich wirklich um die Einführung des Seniorats verdiente, wird wohl zukünftig eine Aufgabe hinaus über die Kräfte der (Rechts)Historiker sein. Dasselbe gilt für die genauere Festlegung des Datums, seit wann der Altersvorrang unter den Přemysliden als eine verbindliche Norm angesehen wurde. Schon selbst die Bezeichnung *mos patriae* und der allein gewohnheitsgemäße Charakter der mittelalterlichen Nationalrechtsordnungen raten davon ab, den Anfang dieses typischen „Langdauerphänomens" um jeden Preis festzusetzen, dessen Auswirkungen auf dem Mechanismus der Übertragung der Herrschermacht erst in der Zeit von Kosmas zuverlässig belegt ist.[55]

Die Altertümlichkeit der Senioratsordnung könnte einerseits die nicht voll nachweisliche heimische Nachfolgepraxis des 10. Jahrhunderts[56], anderseits der Vergleich mit ausländischen

[48] Dazu GOETZ, H.-W., *Vorstellungsgeschichte. Gesammelte Schriften zu Wahrnehmungen, Deutungen und Vorstellungen im Mittelalter*. Bochum, 2007, hier S. 3–29; DERS., Die Wahrnehmung von „Staat" und „Herrschaft" im frühen Mittelalter. In: AIRLIE, S.–POHL, W.–REIMITZ, H. (Hrsg.), *Staat im frühen Mittelalter*. Wien, 2006, S. 39–58. Eine gute Übersicht älterer Mentalitätsforschung bietet KORTÜM, H.-H., *Menschen und Mentalitäten. Einführung in Vorstellungswelten des Mittelalters*. Berlin, 1996, S. 13 ff.

[49] ŠVANDA, L., Chvály osob, S. 104f.; DERS., K obrazu ideálního panovníka v Kosmově kronice. In: KRMÍČKOVÁ, H.–PUMPROVÁ, A.–RŮŽIČKOVÁ, D. et al. (vyd.), *Querite primum regnum Dei. Sborník příspěvků k poctě Jany Nechutové.* Brno, 2006, S. 211–221, hier vor allem S. 213, 219f. Schon früher schrieb von Kosmas Bewunderung zum Břetislav KRZEMIEŃSKA, B., *Břetislav I.* Praha, 1986, S. 171.

[50] Zum Sedulius Herrscherideal ANTON, H. H., *Fürstenspiegel und Herrscherethos in der Karolingerzeit*. Bonn, 1968, S. 261–281; BRUNHÖLZL, F. *Geschichte der lateinischen Literatur des Mittelalters 1. Von Cassiodor bis zum Ausklang der karolingischen Erneuerung*. München, 1996, 453ff.

[51] Kosm. I/8. S. 18. Siehe oben Anm. 6.

[52] CHRZ, V.–ČERMÁK, I., Interpretace v narativním přístupu. In: *Teorie vědy*, Jg. 33/2011, S. 415–443, zittiert S. 423.

[53] SLÁMA, J. Kosmovy záměrné omyly. In: KLÁPŠTĚ, J.–PLEŠKOVÁ, E.–ŽEMLIČKA, J. (usp.), *Dějiny ve věku nejistot. Sborník k příležitosti 70. narozenin Dušana Třeštíka.* Praha, 2003, S. 261–267.

[54] Zu Kosmas Festhalten an dem Seniorat als eine wichtige Garantie der Kontinuität und Stabilität der Fürstenmacht KOPAL, P., Státnost a rituály v Kosmově kronice, S. 168ff.

[55] Über die Eigenart mittelalterlicher Rechtsgewohnheiten in einer repräsentativen Auswahl DILCHER, G., Mittelalterliche Rechtsgewohnheit als methodisch-theoretisches Problem. In: DERS. et al. (Hrsg.), *Gewohnheitsrecht und Rechtsgewohnheiten im Mittelalter*. Berlin, 1992, S. 21–65; BRIE, S., *Die Lehre vom Gewohnheitsrecht. Eine historisch-dogmatische Untersuchung. I. Geschichtliche Grundlegung. Bis zum Ausgang des Mittelalters*. Breslau, 1899, hier vor allem S. 202–266; GILISSEN, J., *La coutume*. Turnhout, 1982, hier vor allem S. 41ff.

[56] Ohne Rücksicht auf Schwankungen verursacht durch eine dynastische Krise an der Wende des 10. und 11. Jahrhunderts, bestiegen die Fürstenbrüder in den einzelnen Generationen einer nach dem anderen dem Alter nach – Vratislav I. nach Spytihněv I., Boleslav I. nach Václav I., nach Boleslav III. zuerst Jaromír, danach Oldřich und erst nach Jaromírs freiwilliger Thronresignation Oldřichs Sohn Břetislav I. Dabei ist auffallend, dass die Regentsherrschaft für unmündige Nachkommen nur einmal vorkam und zwar im Fall von Václav I., als keine älteren Přemysliden zu Verfügung standen.

Zuständen bezeugen. Die Vergleichsanalysen brachten einige Forscher zu einer Vermutung über tiefe vorstaatliche Fundamente des Seniorats, die einen Gemeinkern der indoeuropäischen Rechtsinstitutionen bilden und Primogenitur bei manchen germanischen und slawischen Nationen vorausgehen.[57] Wir haben da aber keine Gewissheit und müssen uns mit der Konstatierung begnügen, dass wenn wir die Erzählung von Kosmas über Břetislavs „Staatswerk" in die Ebene einer Fiktion verschieben, verlieren wir damit einen Schwerpunkt auf der imaginären Zeitlinie, die die Entwicklung der Seniorats-nachfolge abgebildet. Es bleibt uns dennoch genug vertrauenswürdiges Quellenmaterial übrig, das uns über die Wirklichkeit der viel disskutierten Herrschaftsansprüche der ältesten Přemysliden belehrt[58]. Diese Ansprüche wurden nämlich von den mittelalterlichen Skriptorien gelegentlich reflektiert und spätestens seit dem 12. Jahrhundert lieferten sie anscheinend den böhmischen Thronprätendenten rechtliche Unterstützung in ihren Kämpfen um den Thron.

Beides spricht für den Seniorat, d. h. gegen den Machttransfer der Herrschaftsmacht vom Vater zum Sohn. Der Mangel von männlichen Přemysliden im 10. Jahrhundert ermöglicht aber nicht, zu einem klaren und zweifellosen Ergebnis kommen, wie bemerkt ŽEMLIČKA, J., Rod Přemyslovců na rozhraní 10. a 11. století. In: POLANSKÝ, L.–SLÁMA, J.–TŘEŠTÍK, D. (usp.), *Přemyslovský stát kolem roku 1000. Na paměť knížete Boleslava II. (+ 7. února 999)*. Praha, 2000, 267–273, hier S. 271.

[57] FELDBRUGGE, F. J. M., *Law in Medieval Russia*. Leiden, 2009, S. 9–12 und 167–170; DERS., Law´s Beginnings. Some Concluding Observations. In: DERS. (ed.), *The Law's Beginnings.* Leiden, 2003, S. 255–280, hier S. 262.

[58] Dies betont mit Recht auch WOLVERTON, L., *Hastening toward Prague: power and society in the medieval Czech lands*. Philadelphia, 2001, S. 103, die im übrigen eine unterschiedliche Stellung zum älteren böhmischen Thronfolgerecht einnimmt.

Consequences of the Changing Migration Model after the World War I. Hungarian Legal Manoeuvres for Regaining a Blocked Tool in the USA

*Balázs Pálvölgyi**

Abstract

Before World War I Hungary built up a functioning subvention system, ensuring influence on and control over the Hungarian migrant groups. In the framework of this migration policy the government transferred amounts through the consul general and the Hungarian Mutual Aid Society for the creation of a Hungarian refuge house in New York.

After the lost war, given the new international conditions and together with the lack of funds there was no reason to maintain the subvention system for the Hungarian migrants, coupled with the financing of the pro-Hungarian movements and organizations in the USA. The block of migrant routes, followed by the Quota system, cut the migrant flow from Hungary to America, therefore the Hungarian government had to rethink its migration policy as well.

Because of the American legal framework the Hungarian government provided a loan and monetary aid in a semi-official way for the purchase, the Hungarian refuge house was in theory the propriety of the Hungarian Mutual Aid Society. Therefore, its process leading to the sale of the house in the 1920s triggered an intensive reaction on the part of the Hungarian government, which launched a series of legal manoeuvres in order to recover it for the Hungarian state.

Key words: *Hungary 1920–1940; migration; Hungarian refuge house New York; legal case.*

I.

Hungary, as part of Austria-Hungary was definitely an emigrant country till the end of World War I. From the 1880s there were thousands of migrants who were on the move, fuelling an intensive debate about the necessity of a coherent migration policy and the possible ways of regulation. Among the voices of *laisser passer* the approach of the hard regulation was dominant. Consequently – to articulate an efficient answer to the problem – the government launched a legislation program for the regulation of the phenomenon.

The Hungarian migration from the 1880s till 1914 formed a part of the "new migration" according to the periodization of the American approach and was hallmarked by all characteristics of those decades; the relatively high proportion of young male migrants, the presence of the circular migration[1] and the rather industry-based labour market position of the newcomers in the USA.[2]

Despite the public attention, the political interests and efforts, the Hungarian government's work towards the creation of a well-functioning migration regulation and system wasn't a success story. The first step, the 1881 law on migration agents aimed at controlling the agent's activity on the domain (with a minimum effect), the second and third laws (1903, 1909) built up a regulation containing and alloying the elements of control of the agents' activity with determination of the elements of the migration-contracts and the limitation of the accessible itineraries for the migrants.[3]

Simultaneously with the steps relating to the migration flow the Hungarian government tried to contact with the (former) Hungarian citizens abroad. The importance of the migrant groups was augmented with the growing migrant-population in America and with the tightening contacts between the home country's ethnic minorities' groups and the ethnic-based migrants' organizations abroad. Having detected the effect of the subsidies from the new world, the information-exchange and the circular migration,[4] the government decided to obtain control over or ensure influence in those organizations. That was

* Balázs Pálvölgyi, Ph.D., Deák Ferenc Faculty of Law and Political Sciences, Széchenyi István University, Győr, Hungary.

1 Gustav Thirring: *Hungarian Migration of Modern Times*. From International Migrations, Vol. II: Interpretaions. National Bureau of Economic Research. New York. N.Y. 1931.436. György János: *Kivándorlás Amerikába*. Budapest. 1910. Hornyánszky ny. 25. Mark, Wyman: *Round-Trip to America. The immigrants return to Europe, 1880–1930*. Ithaca and London. 1993. Cornell University Press. 6.

2 Farkas Pál: *Az amerikai kivándorlás*. Budapest. 1907. Singer és Wolfner.51.

3 Gergényi I. József: *Az amerikai kivándorlás oka és hatása*. Salgó Mór. Bártfa. é.n. 43. Hegedüs Loránt: *A kivándorlási congressusok eredménye*. Különlenyomat a „Budapesti Szemle" 1904. évi füzeteiből. Budapest. 1904. 39. Hegyi Jenő: *A magyarországi kivándorlás állapota és rendezése*. Fiume. 1902. Unió ny.10.

4 Tilkovszky Lóránt: *Nemzetiségi politika Magyarországon a 20. században*. Debrecen. 1998. Csokonai. 13.

the reason why the Hungarian government launched a semi-secret program for backing up the groups in question.[5] The state transferred amounts e.g. for maintaining pro-Hungarian newspapers, ensured subsidies for clericals and for the creation of Hungarian schools as well.

Concerning the institutional initiatives, in accordance with the migration laws of the pre-war period at that time the "*Migration Fund*" and the "*Migration Council*" were created for completing the Hungarian migration administration led by the Home Office. The Hungarian migration flow strengthened at the turn of the century and in consideration of the problems of the migrants the government used the Italian and German model of aid to create a more efficient assistance and subvention system abroad completing the existing tools: the consular presence during the inspections of the US immigration authorities in New York; the re-foundation of the Hungarian Aid Association in New York (financed partly by the Hungarian state); creation of new consular posts in the USA, and as an important element in the Hungarian migration policy the government even financed a hostel /rest-house for the Hungarian migrants in New York. This institution formed a solid base for the recently arrived migrants – arriving with meagre reserves– providing a secure base for the initial period in the unknown country.

The Migrant Fund aimed at on the one hand helping the poor Hungarian migrants returning home and on the other hand it provided services and subsidies for charity reasons and for getting work. The costs of the Fund were covered by the amounts planned to be incorporated in the Hungarian budget and other resources, such as a certain part of the passport-fee, the amounts paid by the steam-ship companies (defined in the licence given by the Hungarian state), and the contribution of the banks managing and transferring the migrants' savings.

From the 1880s it was a serial of law which made the immigration to the USA more difficult with the creation of tools for barring the entrance i.a. for the poor, insane or criminal immigrants. Furthermore, the laws of the 1880s prohibited the "prepaid" immigration organized either by the steam ship companies or by the employers.[6] The public opinion, diverse interest groups and the policy-makers articulated their fears, objections and reasons against the functioning migration system in the USA. The characteristics of the "new migration"; the relatively weak motivation for a fast integration and for "Americanisation", the activity of the ethnic based, coherent and active migrant organizations together with the special network and interests of the home countries made the whole question sensitive for the American public and political circles as well.[7] Besides the creation a functioning selection mechanism to keep distance or to make the undesirable aliens return the American lawmakers took huge steps towards the more restrictive migration policy with building up a system of prohibition with the Chinese Exclusion Act and with barring the Japanese immigration with tools other than law.[8] Whilst the camp of the pro-restrictionists was getting stronger there was an intense public debate on the possible solutions of the emerged migration problems displaying the possible ways of the diverse forms of selection.[9]

By the end of the 19th century the American immigrant ports were guarded by the authorities sending home a number of migrants.[10] Besides the blocking the arrival of "problematic" immigrants the activity of the migrants and the home countries' attitude to the migration formed an important issue. Thus, the migration issue became an important domain of action for the home countries and the main host country, for the USA as well. It was clear that the phenomenon was deeply interlaced with social, economic and security questions which pushed the concerned governments towards the more active policy. Because of the above reasons, the disquieting trends and characteristics of this "new migration" the American government even sent an inspector gathering information concerning the European migration policy in the first decade of the 20th century, who showed the most important points of the migration policy of the main European emigrant-countries[11] (i.a. Italy and Austria-Hungary), he justified the opinion that Hungary aims at maintaining a further close relationship with its former citizens in the USA.[12]

Parallel to the changes of the European migration, after 1914 there was a change in the American migration policy too. After a series of steps towards the more restrictive policy (1891, 1903, 1907), with the immigration law (1917) the effect of the pro-restriction approach became even stronger on the lawmakers, and finally the pressure of the hostile public opinion together[13] with the weakening economic growth after the years

---

5 MOL K26-574-1903-XVI-79-3047

6 HALL, PRESCOTT F: *Immigration and its effects upon the United States*. New York. 1908. H. Holt. 220–222.

7 WARD, ROBERT DECOURCY: *Immigration restriction essential to Americanization*. Boston. Immigration Restriction League. 1919(?) 5.

8 *A digest of the treaty, laws, and regulations governing the admission of Chinese, their residence in and transit through the United States and its insular possessions: for the use of diplomatic and consular officers*. Washington.1908. G.P.O. 3–6. FAIRCHILD, HENRY PRATT: *Immigration: a world movement and its American significance*. New York. 1913. Macmillan. 103–110.

9 e.g.: SCHULTEIS, HERMAN J.: *Report on European immigration to the United States of America: and the causes which incite the same: with recommendations for the further restriction of undesirable immigration and the establishment of a national quarantine*. Whasington. 1893. G.P.O. 47.

10 Most refusal of entry was based rather economic reasons; in 1904 from the debarred 7994 immigrants 4798 was pauper. Between the years 1892–1904 53.049 immigrants were debarred from which 32.422 debarred as paupers or persons likely to become public charges. – HALL 1908. 239–240.

11 *United States. Certain reports of Immigrant Inspector Marcus Braun: letter from the secretary of commerce and labor, transmitting, in response to the inquiry of the House, certain reports made by Immigrant Inspector* MARCUS BRAUN. [Washington. G.P.O. 1906].

12 BRAUN, MARCUS: *Immigration abuses: glimpses of Hungary and Hungarians: a narrative of the experiences of an American immigrant inspector while on duty in Hungary, together with a brief review of that country's history and present troubles.* New York: Pearson Advertising Co., copyright 1906.106.

13 e.g. HALL, PRESCOTT F.: *Immigration and the World War*. Boston. 1921. Immigration Restriction League. 3.

of wartime boom led to the introduction of a new system of immigration with the Quota Act (1921) which clearly heralded the era of restriction.[14]

II.

The outbreak of World War I changed the situation of the Hungarian migrants as well. Although till 1917 Austria-Hungary wasn't at war with the USA, the migration to America became quite impossible: in accordance with the laws relating to war-time the migration of young men was practically prohibited, added to which the migration-routes were in fact blocked by the military operations on the seas.

As after World War I the routes of immigration to America were blocked[15] the role of the Hungarian refuge house changed. There was no more mass-migration from Hungary and the financial conditions of the house became uncertain as well, added to which the Hungarian Mutual Aid-Society had suspended its activity since the war. Anticipating a number of returning migrants, the Hungarian diplomacy tried to contact with the Society – which was somehow supported even during the wartimes through the Swedish embassy[16] – for ensuring the services for them, but despite the requests the Society didn't start its activity.[17]

On the contrary, in its session on 15th April 1920 the board of directorate of the Hungarian Mutual Aid-Society discussed even for first time about the question of selling the house, and charged the president, the treasurer and the director with entering into negotiations concerning the action, because in the light the previous development, selling the property seemed the best solution to the general problems of the Aid-Society. This act triggered a series of problems connected to the legal status of the house, to the division of common property of Austria-Hungary and a quite complex problem of a mortgage registered in favour of a former Austro-Hungarian consul, Alexander Nuber. The main question was which steps led to the quite delicate situation in which this house – forming in theory the property of a private society – caused real embarrassment in the Hungarian Ministry of Foreign Affairs, and pushed the ministry to contact with the Austrian partner in order to clarify the legal situation of the former property of the Austro-Hungarian Monarchy in the USA.

On 15th April, when one of the directors, *Mór Cukor* proposed to the governing board the selling of the house, none of the persons present referred to the complexity of the situation. They acted as if the situation of the house was clear and there wouldn't be any obstacle in the way of the planned transaction. They referred to the efforts for leasing out the house, and the conclusion of a contract with the Broad Street Emergency Hospital, containing discount elements, reducing the rent by a $ 400 per year. Director Stern outlined the actual year's situation, the opportunity for a conclusion of a new contract and the offer for buying of a company which would create a hospital in the house. They discussed about the Supreme Court's importance and role in the realization of the sale, but that was all. Finally they decided to sell the house.[18]

On 26th April during the extraordinary session of the governing board the chairman of the Society informed the directors that an offer of $ 110,000 was presented in the name of Meyer & Co. which was immediately accepted by the directorate and the president was instructed to make the necessary steps for conclusion of the contract. In accordance with the offer the buyer would pay $ 10,000 at the signing and $ 45,100 at the occupation with the take over the mortgage covered by the rest of the price. Director Burger mentioned that this income should be used to acquire another refuge house or to take part in financing one. That was the occasion when the member of the governing board referred to the debts concerning the refuge house. In the next session of the board, on 5th May 1920 the president informed the directorate that he concluded a pre-contract with Meyer&Co. meaning the company paid the 10.000 $ and would pay the rest of the price on 7th May when the Tribunal would have authorized the conclusion of the contract. Concerning the registered debts the president declared that he would be willing to contact the consul-general Nuber in order to procure this amount for the Society or to conclude an agreement with the Hungarian government related to the administration of the money in question. Thus, it seems as if the directorate would focus on the amounts stemming from the Hungarian government first after the conclusion of the pre-contract.

On 26th June 1920 – after the conclusion of the pre-contract – the president of the Hungarian Mutual Aid-Society appeared in the Hungarian Ministry of Foreign Affairs and informed that after the war declaration the house could not function, therefore the Society offered it to the American government in order to dampen the anti-Hungarian public climate. As the American government did not use the house, the Society rented it. He pointed out that there was a high mortgage registered on the house and its interests formed a great burden on the Society and because of this the maintaining of the house was in peril. That part of the mortgage (part of consul-general Nuber) was being handled even by the Alien Property Custodian and therefore the risk of the foreclosing of the mortgage was high. In order to avoid this possibility the president proposed that the general consul Nuber should cede his credit to the Hungarian

[14] *„The immigration problem of our country lies plainly with these Eastern and Southeastern Europeans, ignorant, nationalistically gregarious and often hostile to our Government, under whose protection they have come to live." – Restriction of immigration. Question: Resolvd. That Immigration to the United States should be further restricted*. Joseph Whitefield Scroggs (ed.) University of Oklahoma. 1922. 51. Puskás Julianna: *Kivándorló magyarok az Egyesült Államokban 1880–1940*. Budapest. 1982. Akadémiai. 165. *The present aspect of the immigration problem.* Boston. 1894. Immigration Restriction League. 9–10. *Emergency immigration legsislation*: Mr. Dillingham, from the Committee on Immigration, submitted the following Report, (to accompany H.R. 14461). Washington. 1921. G.P.O.4.

[15] National Committee for Constructive Immigration Legislation: *Immigration. Statistics and charts illustrating the Proposals of the National Committee for Constructive Immigration Legislation*, New York. 1919. NCCIL. 16.

[16] MOL K106-91-1917-1933-54-236

[17] MOL K106-91-1917-1933-54-2406

[18] MOL K106-91-1917-1933-54

Mutual Aid Society. At that point Nuber was willing to give his consent to the transfer of the credit, and the Ministry of Foreign Affairs was informed that from the American side there was no intention to make any steps for the execution.[19] From that time the attention of the Hungarian government turned to the events in New York.

On 23rd July the Minister of Foreign Affairs, Pál Teleki was informed concerning the recent development affecting the situation of the Hungarian house in America. He received a detailed presentation of it's creation: at the time of founding the Society did not have enough financial assets for the creation of a refuge house in New York, therefore at that time the Hungarian state contributed to the goals of the migrant organization providing a loan of 37.000$ while the Society paid only $ 8–9000 towards the total costs of the acquisition (taking a credit of 31.500 $ right after the purchase). Consequently, whilst the Hungarian government spent more than a half of the price of the house providing subsidy and credit to the Hungarian refuge house, in addition to which the Hungarian government transferred a further subsidy each year for the maintenance of the institute. The expert, Ferdinandy, who informed Teleki about the events concerning the house, remarked that the acquisition of it at that time was neither possible nor useful for the Hungarian state and that was the reason for this rather complicated solution. Due to the fact that the prices had been inflated since the purchase of the house, the expected benefit deriving from the future transaction outlined by the president of the Society would mean giving more than 100% of the original price, and after the payment of the registered debt and the planned cede of credit by Nuber an amount of approximately $ 80.000 would remain in the treasury of the Society. The argumentation of the Society: the costs of maintenance of the house wouldn't be bearable and consequently as a new solution they would seek a new property in a less expensive district of the city which would be inacceptable to the Hungarian government. Thus, seeing the interests of the Hungarian migrants and the legalo-financial situation the blocking of the transaction planned by the Hungarian Mutual Aid Society would be highly recommended. He forecast that the recommended solution could be very disadvantageous to Hungary because it would create great room of manoeuvre for the rather dubious Society with constant internal problems and debates ensuring the absolute freedom for paying out the whole income as a subsidy. All in all the revenue of the transaction would belong to the Hungarian Migration Fund (controlled by the Home Office) therefore making it a good solution when the income of the transaction would be placed in deposit in a bank in New York for the creation of a new Hungarian refuge house. The expert hoped that the consul general Nuber with his broad social network would be able to find the way to found a new Hungarian institute in America.[20]

The Ministry of Foreign Affairs informed the Home Office – the authority controlling the activity of the Migration Fund – about the progress of the matter in New York. The Home Office agreed with the Ministry of Foreign Affairs, that through the mortgage registered in favour of Nuber the Hungarian state could influence the development of the case. Therefore the representative of the Home Office proposed that Nuber should cede the credit only on condition that the Society provided an acceptable guarantee that the amount of the credit would be deposited in a bank and the Society wouldn't get access to the sum.[21]

Due to the reports concerning the worsening trends and the difficult situation facing the Hungarian migrants seeking accommodation in New York, the Hungarian government tried to find the way of maintaining the Hungarian refuge house.[22]

The Hungarian Ministry of Foreign Affairs was informed regarding the development of the case through a document posted on 5th May 1921 from the Austro-Hungarian Unit of the Swedish Embassy in New York by consul Winter. By that time the whole transaction had been finally completed after all in a way acceptable to the Hungarian government. The Society sold the Hungarian Refuge House and from the total income of $ 110,000 the Society received $ 50,500 and the registered mortgage of $ 28,000 on the name of general consul Nuber was maintained with a 6% interest. The directorate of the Society decided to place the whole income in the John Német State Bank declaring that they would buy or create a new Hungarian refuge house from that amount. The registered mortgage of Nuber was blocked as enemy property; therefore a member of the directorate, the attorney Mór Cukor was given an authorization to proceed by the Alien Property Custodian in order to discharge it on the bases that the amount in question formed the diplomatic property of the Hungarian state. But Cukor's argumentation seemed to be wrong; this kind of property couldn't form a diplomatic one, and that was the reason why the request was refused, added to which the Hungarian government didn't certify its rights to the property of Austria-Hungary. At that time the whole question became tangled up with the unfinished process of dividing the common properties between Austria and Hungary. It was then necessary to enter into contact with the Austrian government in order to prove that the amount in question formed a property of Hungary.[23] Moreover, seeing that the declaration of the Peace Treaty was imminent, the Alien Property Custodian wasn't very active at that time; therefore one could not expect that he would launch an action concerning the mortgage.[24]

In 1924, the future of the Hungarian refuge house and the solution to the problem arising from the complex legal situation concerning the loan provided to the Society wasn't yet solved. Nuber, for the solution of the situation issued an affidavit concerning the legal nature of the loan provided to the

[19] MOL K106-91-1917-1933-54-18300
[20] MOL K106-91-1917-1933-54-21575
[21] MOL K106-91-1917-1933-54-26686
[22] MOL K106-91-1917-1933-54-43.544
[23] This was finally certified with a document sent on 29th September, 1921, proving that the Hungarian government provided a subsidy to the Society in 1909. – MOL K106-91-1917-1933-54-13566
[24] MOL K106-91-1917-1933-54-25

Society stemming not from his personal assets but the budget of the consulate.[25] With this affidavit a new request was submitted to the Alien Property Custodian who transmitted the documents to the Justice Department. The Hungarian diplomatic corps was informed that further evidence and documents – proving that the amount in question was a consular property – were requested for the issue of the approval. [26] It wasn't a simple task to get the documentation asked for by the American authorities. Besides the fact that the Hungarian documentation contained references to the circumstance that the amount in question was transferred from the budget of the Home Office which could have caused problems, some governmental documents were missing due to the turbulence during the revolutions both in Hungary and in Austria. [27] In brief: there was no chance to prove the points of the affidavit, but to show some detail of the background of the transfer one could produce a copy of the documents referring to the case from Vienna.[28] In view of the several problems having emerged over the last few years, and seeing that there was a risk of failure, of losing the amount, the Ministry of Justice analysed the legal situation, and gave information to the Hungarian ambassador. The expert declared that it was no real chance of getting back the sum of $ 80,000 from the Society because at that time the Society itself was the contractor party, becoming proprietor of the real estate in question, therefore, the fact that the whole transaction was made to hide the role of the Hungarian government couldn't form an acceptable argument in the case, on the contrary it would be a mistake referring to that fact. All in all, seeing conditions of the relating American laws and the Peace Treaty's points to find the ways of an amicable settlement with the Society would be the most effective. The settlement of the pay-back of $ 32,000 covering the amount of $ 28,000 and the diverse subsidies provided by the Hungarian government for the ceding of credit by Nuber could form an acceptable solution to the parties.[29]

In the meantime the American Department of Justice informed the Hungarian Embassy that accepting the amount formed a part of the consular property – despite the incomplete documentation concerning the legal nature of the loan[30] provided through the general consul Nuber – the block of the mortgage was released on 29th April 1925.[31]

In spite of the fact the first part of the task was fulfilled and the mortgage registered in favour of Nuber was accessible to Hungary, there were other problems arising from the American decision: in its request the Hungarian diplomacy referred to the fact that the amount forms a part of the consular property of the country, and the decision was taken on that base, consequently the main goals of the Hungarian government, namely the transfer of the total sum to the budget of the Migration Fund was in peril. In relation to the aspirations of the Home Office[32], Nuber was informed from the Ministry of Foreign Affairs that – seeing the Hungarian argumentation and finally the decision in the case – the amount shouldn't be transferred to Hungary. Therefore the Hungarian government had to overview the situation concerning the future strategy relating not only to the Hungarian Mutual Aid-Society but to the use of the amount deriving from the sale of the house. To outline the possibilities the Hungarian Consulate General informed the Hungarian Embassy about the latest development of the issue: seeing that the work of the Society depended absolutely on the subsidies provided by the Hungarian government ($ 10,000 yearly) and that its activity was suspended in the wartime, the reactivation of the organization would depend on the Hungarian financial assets again. Without the continuous support the Society decided to continue the situation added to which that another migrant refuge house, the newly founded Szent István Otthon (Szent István Home) was opened which could satisfy the poor's demand for migrant accommodation. Due to the request of the Hungarian Consul the Society acquiesced in giving monetary aid for migrants using its property's interests ($ 1300 per year) through the Consulate.[33] Regarding the further possibilities concerning the creation of a hospital, the idea had already emerged during the sessions of the directorate in 1920; and six years later this way was backed by the Consulate as well. The Cranleigh Hospital in New York would accommodate and create a 20-bed-Hungarian-hospital-department, partly for free, with a total price of $ 40,000 per share.[34]

The Ambassador had a different plan in mind how to exploit the amount of the former mortgage. In his report to the Ministry of Foreign Affairs, he emphasized that the money should not be transferred because it was unblocked as consular property and the transfer to the account of the Hungarian Home Office would create a delicate situation. Furthermore, the remittance to Hungary of the sum would send a negative message to the Hungarians in America. As regards the idea of acquisition of hospital shares and the building up of a Hungarian department in a hospital, he explained that the effect of this solution would be very limited; a hospital in New York could provide its services in a local circle and for a special demand, added to which its Hungarian characteristics would disappear in a short time. Consequently, the government had to find a solution with which it could provide a more general service. Seeing the emerged problems in relation with the support provided by the consul and the negative attitude of the general consul towards the Hungarian migrants requesting aid from Mexico and Cuba, the already functioning ways of financial aid based on diverse societies and churches,

[25] On 3th May 1924 - MOL K106-91-1917-1933-54
[26] MOL K106-91-1917-1933-54-571
[27] MOL K106-91-1917-1933-54-3571
[28] MOL K106-91-1917-1933-54-357
[29] MOL K106-91-1917-1933-54-819
[30] The Austrian Ministry of Foreign Affairs issued a certificate that the amount provided by general consul Nuber stemmed from the budget of the Hungarian Home Office. – MOL K106-91-1917-1933-54-13566
[31] MOL K106-91-1917-1933-54-2240
[32] MOL K106-91-1917-1933-54-1398
[33] MOL K106-91-1917-1933-54-1445
[34] MOL K106-91-1917-1933-54-236

in brief the impossible transfer of the amount to Hungary and the possible inefficacy of the direct subsidies, the ambassador proposed a third solution for the better application of the Hungarian "consular" funds: financing the Hungarian cultural presence and activity in the USA through the creation of a Hungarian Cultural Centre in America as done so in Berlin which could organize the student-exchange activity between the two countries, the visits of artists, etc. As the creation of such an institute would take a long time he had remarks concerning the actual placement of the amount and he would get control over the interest-yield of the amount for providing subsidies for Hungarian students or for Hungarian migrants in Mexico.[35]

The creative part of the proposal was rejected by the Ministry of Foreign Affairs and the Home Office. The stance of the Home Office didn't actually change the intention to transfer the money to Hungary to the Migration Fund, whilst the plan of creation of a Hungarian Cultural Centre in the USA seemed to be too ambitious. As a result the creation of an "Aid Fund" through the purchase of secure bonds and the use of its interest-yield for charity purposes helping the Hungarian migrants in Mexico and Cuba would be possible.[36]

From the outcome of the whole case it was a document of the Home Office which gave information. As there was no possibility to send back the money to Hungary directly and no possibility to create a Hungarian Cultural Centre either, the government chose a third not exceptionally inventive solution: the government acquired Hungarian bonds from the total amount (bonds of the Hungarian capital, Budapest, and bonds of the Hungarian cities).[37]

III. Conclusions

Because of World War I the conditions of immigration to the USA had changed. The block of migrant routes, followed by the Quota system cut the migrant flow from Hungary to America, therefore the Hungarian government had to rethink its migration policy as well. After the lost war, within the new international conditions and together with the lack of funds there was no reason to maintain the subvention system for the Hungarian migrants coupled with the financing of the pro-Hungarian movements and organizations in the USA.

In 1916 the government tried to draw up estimates concerning the expected development of the migration trends after the war[38], and tried to maintain, even in wartime the existing relations with the American organizations as well, providing tools for their activity. Although the government's migration policy was built on the increasing return-migration after the war, its expectations remained fruitless: despite the worsening economic situation in the USA the number of returning Hungarians wasn't considerable and the trends of migrations weren't altered either.[39]

Together with the changing situation of Hungary, the attitude of migrants and migrant organizations had changed since the outbreak of the war. Military service in the American army, the diverse acts demonstrating the loyalty of the Hungarian migrants, together with the disappointment concerning the development of the Hungarian situation and politics (especially the lack of radical agrarian reform) got away the Hungarian migrants from the home country.

There were diverging opinions concerning importance and perspectives of the support system of the Hungarian migrants in America. This unclear governmental attitude and the controversial aims of the players, coupled with the changing American (legal) situation led to the slow dénouement of the present case. All in all the USA was the bigger player in the domain of migration too and nothing remained for Hungary but to react to the developments controlled by others.

[35] MOL K106-91-1917-1933-54-527
[36] MOL K106-91-1917-1933-54-2117
[37] MOL K106-91-1917-1933-54-182
[38] see: *A háború utáni sürgős teendők a kivándorlás és visszavándorlás tárgyában. A Kivándorlási Tanács Öttagú Bizottságának jelentése.* Kivándorlási Tanács Iratai II. Budapest. 1916. Kivándorlási Tanács. Pátria ny.
[39] FEJŐS ZOLTÁN: *A chicagói magyarok két nemzedéke 1890–1940.Az etnikai örökség megőrzése és változása*. Budapest. 1993. Közép-Európa Intézet. 148.

„Nec facere nos posse credendum est" Ein Interpretationsversuch zur Papinian D. 28, 7, 15*

*Gergely Deli***

Abstract

The article concerns the famous Papinian fragment (D. 28, 7, 15) from Justinian's Digest. It offers a new, alternative approach for proper understanding of the highly contested text. It argues that the condition in question has been physically possible but illegal. The problem was that illegal conditions were valid according to civil law (ius civile) of that time. However, if the condition had only been cancelled the outcome would have been strikingly unjust. Thus, the jurist making the decision wanted to refute the entire testament. For this reason he considered the condition (morally) impossible with the argument that an honest man cannot do anything against his own piety, reputation, and sense of decency.

Key words: *contra bonos mores; boni mores; immorality; roman law.*

1. Problemstellung

Es ist uns aus den Forschungen von Mayer-Maly[1] lange bekannt, dass das Interesse an der juristischen Relevanz von *boni mores* in der spätklassischen Zeit stark zugenommen hat und Papinian spielte hierbei eine nicht unerhebliche Rolle. Eines der ihm zugeschriebenen, berühmtesten Fragmenten ist die D. 28, 7, 15:

Filius, qui fuit in potestate, sub condicione scriptus heres, quam senatus aut princeps improbant, testamentum infirmet patris, ac si condicio non esset in eius potestate: nam quae facta laedunt pietatem existimationem verecundiam nostram et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est.

Dieser Text übte auf die Entwicklung der Lehre von den Bedingungen einen großen Einfluss aus, und wurde der Ausgangspunkt weiterer Diskussionen über sittenwidrige und gesetzeswidrige Bedingungen in dem *ius commune*.[2] Es ist ebenfalls sehr merkwürdig, dass „man Papinian's Worte bisher nie richtig verstanden" [3] habe. Im Mittelpunkt der Debatten finden wir zwei grundlegende Fragen. Erstens, wie man die im Text erwähnte Bedingung qualifizieren sollte? Zweitens, in welchem sinnvollen Zusammenhang hier Gesetzeswidrigkeit, Unmöglichkeit und Unsittlichkeit zueinander stehen? In diesem Aufsatz möchte ich eine neue alternative Antwort auf die beiden Fragen geben.

Die hier zu entfaltende Argumentation stützt sich auf das folgende Verständnis des Textes:

Ein Haussohn, der unter Vatersgewalt stand, wurde unter einer Bedingung, die der Senat oder der Kaiser missbilligen, zum (Allein)Erbe ernannt. Das (ganze) Testament des Vaters wird entkräftet, als ob die Erfüllung der Bedingung unmöglich wäre: Es soll nämlich niemand glauben, dass wir (Juristen) solche Anschprüche erfüllen, die unser Achtungsverhältnis zu Göttern und Eltern, unsere Ehre, unsere Wahrhaftigkeit verletzen und die, um es allgemein zu sagen, gegen die guten Sitten verstoßen.

2. Über die merkwürdige Formulierung des Fragments

Die Echtheit des Fragments war wegen seines merkwürdigen rhetorischen Stils, seiner besonderen Struktur und Wortwahl (siehe z. B. *infirmet, dixerim*) in der früheren Literatur oft bestritten:[4] *assai elevata ma poco giuridica* – äußerte sich zum Beispiel Ferrini.[5] Heute hält dagegen die *communis opinio* diesen

* Diesem Text liegt ein im Rahmen der 65ème Session de la Société internationale Fernand de Visscher pour l'Histoire des Droits de l'Antiquité in Liège am 21. September 2011 gehaltener Vortrag zugrunde. Für anregende Diskussionen zu dem gestellten Thema schulde ich Prof. András Földi und Prof. Laurens Winkel meinen Dank.

** Gergely Deli, PhD, LL.M. (NYU), Lehrstuhl für Rechtsgeshcihte, Deák Ferenc Fakultät für Staats- und Rechtswissenschaften, Széchenyi István Universität, Győr, Ungarn.

1 Th. Mayer-Maly, *Contra bonos mores,* in: Juris professio. Festgabe für Max Kaser zum 80. Geburtstag, Wien 1986, S. 154, 160ff; Th. Mayer-Maly, *The boni mores in historical perspective,* THRHR 50 (1987), S. 71ff.

2 H. Donellus, *Opera omnia*, VII (ed. Macerata), 1830, S. 133; J. Voet, *Commentarius ad Pandectas* (ed. Haag), 1723, S. 172 (= n. 16. zu D. 2, 14); H. Schmidt, Die *Lehre von der Sittenwidrigkeit der Rechtsgeschäfte in historischer Sicht*, Berlin 1973, S. 19, 21, 43, 60, 73, 104ff.

3 U. von Lübtow, *Das römische Volk. Sein Staat und sein Recht*, Frankfurt 1955, S. 550–551.

4 Unter Anderen M. Kaser, *Rechtswidrigkeit und Sittenwidrigkeit im klasischen römischen Recht*, SZ 60 (1940), S. 149, und F. Schulz, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar 1961, S. 298.

5 C. Ferrini, *Teoria generale dei legati e dei fedecommessi secondo il diritto romano con riguardo all'attuale giurisprudenza*, Mailand 1889, S. 706.

Text für eher nicht interpoliert.[6] Kaser, der noch am Anfang der 40en Jahren die Stelle als *spurius* beschrieb, revidierte seine negative Beurteilung im Jahre 1977, und fasst die seltsame Wortwahl als eine harmlose Umsetzung in die den Juristen geläufige Terminologie auf.[7] Wieacker hielt den Passus für „eine überzeugende Bekundung papinianischen Denkens",[8] die Anspielung auf die *boni mores* erschien ihm aber lahm und geziert. Er sprach über ein „Stilparadox der Questionen",[9] seiner Meinung nach sind in diesem Werk „moralischen Raisonnements in einzigartig überhöhter Diktion"[10] vorgetragen. Nörr schrieb wiederum über eine „übersteigerte, ja verstiegene Diktion", über die „Inflation der Worte und Werte".[11] Mayer-Maly schlug die Interpretationsvermutungen noch deklamatorischer zurück, und erklärte die Besonderheiten des Textes mit einer „Verbindung von scheinbar unklassischem, in Wahrheit doch papinianischem Ausdruckpathos mit gut klassischen Sachgehalten".[12] Behrends fügt ein neues, früher nicht besprochenes, philosophisches Argument zu dieser Diskussion hinzu: „In der Analogie angewandte Prinzip, dass die Welt der Werte «im Grunde» mindestens genauso real und körperlich ist wie die der sensualistischen Empirie, ist übrigens genuin stoisch, was ein weiteres Echtheitsindiz gegenüber dem sehr allgemeinen, kaum substantiierten Unechtheitsverdacht ist."[13]

Anhand dieser überzeugenden Äußerungen sollte man also versuchen, die stilistischen und strukturellen Besonderheiten des Textes ohne Interpolationsvermutungen zu erklären.

Die erste merkwürdige Formulierung ist die Wendung *„quam senatus aut princeps improbant"*. Warum nannte Papinian die konkreten Normen nicht bei ihrem Namen? Wegen der Inskription meinte Vogel, dass es sich hier um einen Schulfall handelte, da in der Schule die *lex* zu nennen schliesslich entbehrlich war.[14] Der ehemalige Kontext ist heute kaum noch mit hundertprozentiger Sicherheit zu bestimmen. Es ist jedoch wahrscheinlicher, dass es einen tatsächlichen Fall gab, der Papinain den Anlass gab. Man könnte hinter dieser Generalisierung eine richtungsweisende Instruktion vermuten. Deswegen finde ich die Wendung *„ut generaliter dixerim"*[15] nicht besonders ungewöhlich, insbesondere wenn sie von einem mit *ius respondendi* ausgestatteten Juristen stammt.[16] Papinian könnte damit eine dogmatische Neuerung in das Recht einführen wollen: indirekterweise gesetzeswidrige Bedingungen sind den unmöglichen gleichzustellen und deswegen als nichtig anzusehen.

Zweitens ist es auch wahr, dass man in den Digesten *infirmetur* oder *infirmet* nur ganz selten findet.[17] Die aktive Form (*infirmet* statt *infirmetur*) mag verraten, dass das Urteil auf individueller prätorischer Billigkeit ruhte und vielleicht eine Erneuerung war. *Infirmitur* kommt nämlich an einer Stelle vor, wo die Abweisung des Anspruches eine festgelegte normative Basis hatte:

Nihil interest, ipso iure quis actionem non habeat an per exceptionem infirmetur.[18]

Die dritte Stelle, auf die wir unser Augenmerk richten sollten: *„ac si condicio non esse in eius potestate"*. Ohne *ac si* würde der Satz ganz eindeutig die subjektive Unmöglichkeit der Bedingung ausdrücken, wie in dem folgenden Ulpian-Fragment:

Puto recte generaliter definiri: ***utrum in potestate fuerit condicio an non fuerit, facti potestas est:*** *potest enim et haec „si alexandriam pervenerit" non esse in arbitrio per hiemis condicionem […].*[19]

Unsere Bedingung aus D. 28, 7, 15 war aber möglich, sie wurde nur einer unmöglichen Bedingung mit dem Bindewort *ac si* gleichgestellt. *Ac si* leitet in zahlreichen klassischen Fragmenten *fictiones* ein, wie zum Beispiel: *qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur*[20] oder *ac si pretium solutum esset*.[21] Die Papinian-Stelle ist also wahrscheinlich mehr als ein Teil einer Analogieentscheidung, was schon Behrends bemerkt hat.[22] Das Urteil scheint auf eine Fiktion gegründet zu sein. Der Prätor hielt eine mögliche Akt für unmöglich.

Die nächste merkwürdige Wortwahl ist *facta facere*.[23] Es ist eine sogennante „figura etymologica: die Reduplikation eines Zeitworts mit Hilfe seines Perfektpartizips, was auch sonst, in weniger festen Wendungen vorkommt, wie zum Besipiel *capere capta*, *extinguere extinctos*, schliesslich noch *rem iudicatam iudicare* oder *puerum perditum perdere*."[24] Man findet *facta facere* auch beim Paulus in seinem Ediktkommentar:

---

6 E. Albertario, *Studi di diritto romano*, V, Mailand 1937, S. 10, Fn. 1; G. von Beseler, *Kapitel der antiken Rechtsgeschichte*. Zweite Reihe, BIDR 53/54 (1948), S. 118; B. Biondi, *Il diritto romano cristiano*, II, Mailand 1952, S. 49, Fn. 1; F. Wieacker, *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen 1960, S. 334f.

7 M. Kaser, *Über Verbotsgesetze und verbotswidrige Geschäfte im römischen Recht*, Wien 1977, S. 106f.

8 Wieacker (1960), S. 334f.

9 F. Wieacker, *Offene Wertungen bei den römischen Juristen*, SZ 94 (1977), S. 37, Fn. 126.

10 Wieacker (1977), S. 37.

11 D. Nörr, *Rechtskritik in der römischen Antike*, München 1974, S. 140f.

12 Th. Mayer-Maly, SZ 77 (1960), S. 511.

13 H. H. Jakobs/B. Knobbe-Keuk/E. Picker/ J. Wilhelm/ K. Ballerstedt/ F. A. Mann (Hrsg.:), *Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag*, I, Köln 1978, besprochen von Okko Behrends, SZ 97 (1980), S. 459.

14 K.-H. Vogel, *Über die bedingte Erbeinsetzung von sui heredes nach ius civile*, SZ 68 (1951), S. 502.

15 Pap. D. 28, 7, 15; Ulp. D. 47, 20, 3, 1; Call. D. 48, 19, 28, 5.

16 Über die Schwierigkeiten bezüglich dem *ius respondendi* siehe K. Tuori, *The ius respondendi and the Freedom of Roman Jurisprudence*, unter http://www2.ulg.ac.be/vinitor/rida/2004/Tuori2.pdf.

17 Clem. D. 23, 3, 61pr; Pap. D. 28, 7, 15 und Paul. D. 50, 17, 112.

18 Paul. D. 50, 17, 112

19 Ulp. D. 28, 5, 4, 1

20 Paul. D. 1, 5, 7

21 Gai. D. 18, 1, 53

22 Behrends (1980), 459, Fn. 20; Vgl. mit V. Giuffré, *Papiniano: Fra tradizione ed innovazione,* in: ANRW, II. 15, Berlin 1976, S. 497ff.

23 *Facta facere* kommt in mehreren literarischen Quellen vor. Siehe Properz, *Elegie* 3, 25, 16; Plautus, *Miles* 734; Ennius, *Annales*. Dazu E. Neumann, *Die cottidiani sermonis apud Propertium proprietatibus*, Köln 1925, S. 50.

24 D. Liebs, *Die eigentliche Bedeutung von actum agere und actum est,* in: Heinz Hübner/Gottfried Baumgärtel, Festschrift für Heinz Hübner zum 70. Geburtstag, Berlin 1984, S. 101.

[...] nec minus ius recte appellatur in civitate nostra ius honorarium. praetor quoque ius reddere dicitur etiam cum inique decernit, relatione scilicet ***facta non ad id quod ita praetor fecit****, sed ad illud quod praetorem facere convenit.*[25]

Paulus definierte hier den Begriff des *ius praetorium* in seinem Verhältnis zu *ius civile*. *Facta facere* mag hier die Verwirklichung zivilrechtlicher Institutionen bedeuten, *facere conventi* steht aber für das *ius honorarium*. In diesem Sinne aufgefasst ist der Satz *„facta [...] nec facere nos posse credendum est"* eine prätorische Erklärung mit der Absicht, die zivilrechtliche Gültigkeit des, die *contra bonos mores* Bedingung enthaltenden Testaments honorarrechtlich zu überwinden.

In der Urteilsbegründung finden wir einen sehr erhabenen Stil mit den Wörtern *pietas, existimatio, verecundia*. Diese Moralisierung ist nicht unbedingt Papinians eigene Erfindung, ähnliche ethische Begriffe kamen in dem 2. Jahrhundert nach Chr. auch in der Kanzleisprache vor.[26] Man liest zum Beispiel das *decretum divi Marci*:

[…] *non puto autem nec verecundiae nec dignitati nec pietati tuae convenire quicquam non iure facere.*[27]

Dieses Dekret verwendete die Begriffe nicht im Zusammenhang von den *boni mores*, sondern vom *vis*, im Kontext der rechtswidrigen Handlungen. Diese Tatsache deutet darauf hin, dass die Wendung in einem sehr engen Verhältnis zur Rechtswidrigkeit stand. Papinian mag sie auch in diesem Sinne benutzt haben: Die Bedingung war *contra bonos mores*, weil sie gegen einen Senatsbeschluss oder Kaiserdekret verstoß. Wie wir sehen, standen *pietas, existimatio, verecundia* in einem sehr engen Verhältnis zum *ius, sie* waren aber damit nicht identisch. Gerade diese Eigenschaft nutzte Papinian aus. Das Testament war an sich rechtmäßig in einem engeren, zivilrechlichen Sinne, es war aber doch *contra bonos mores*, weil es eine rechtswidrige Handlung vorschrieb und deswegen sollte es entkräftet werden. Eine ähnliche Verwendung des Begriffes *'boni mores'* finden wir in dem folgenden Fragment:

Donationem quidem partis bonorum proximae cognatae viventis nullam fuisse constabat: verum ei, qui donavit ac postea iure praetorio successit, quoniam adversus bonos mores et ius gentium festinasset, actiones hereditarias in totum denegandas respondit.[28]

Papinian berief sich also auf die *boni mores*, wenn eine Handlung keine konkrete Regel verletzte, sie aber dem Geist der Rechtsordnung gegenüberstand.

Die darauf folgende Formulierung *(nec facere nos posse credendum est)* lässt sich nach Schulz mit rhetorischer Trickserei erklären. Er hielt das Fragment, wie Vogel, für eine Reminiszenz aus der Rhetorenschule, *„a mere reminiscence of a lesson in rhetoric"*.[29] Zu behaupten, dass der Verfasser in seine Urkunde nichts Unerlaubtes oder Unsittliches einbringen wollte, war tatsächlich eine anerkannte taktische Waffe im Arsenal der römischen Anwälte. Ein solches Argument mochte vor Gericht gut klingen, und war ein kluger Versuch, den Beweislast umzukehren,[30] es war aber im Grunde genommen allzu naiv und irreführend. Wer soll letztendlich wirklich meinen, dass ein Mensch keine bösen Taten begehen könnte?

Einerseits ist diese Art von Argumentation eigentlich ein Gegenteil des von Schopenhauer benannten *argumentum ad hominem*, wo die Behauptung des Streitgegners durch einen Angriff auf persönliche Umstände oder Eigenschaften seiner Person angefochten wird. In unserem Fall geschah es jedoch gerade umgekehrt. Die Unmöglichkeit der böswilligen Auslegung der *mortis causa* Willenserklärung wurde aus dem guten Character des Erblassers hergeleitet. Dieses persönliche Argument ist aber, obwohl es wahr sein mag, „nur eine relative Überführung und macht nichts aus über die objektive Wahrheit". [31]

Ein zweiter Aspekt ist, dass die Unsittlichkeit einer Verfügung nach objektiven, gesellschaftlichen Maßstäben beurteilt wurde.[32] Der subjektive Wille des Verfassers scheint deswegen weniger relevant zu sein.

Lübtow vermutete einen sehr konkreten historischen Anlass hinter den erhabenen Wörtern. Er war der Meinung, dass der klassische Jurist sich hier, trotz des ihn drohenden Verhängnisses zu seinem Standesethos bekannte.[33] Caracalla wollte die Jurisprudenz zur Sklavin degradieren um seine Freveltaten zu rechtfertigen, aber Papinain sah den vom Kaiser angeordneten Brudermord an Geta nicht als juristisch gerechtfertigt an. Nach Lübtow spiegelt sich dieses Dilemma in dem Fragment wieder.[34] Das Pronomen *nos* würde sich dann auf Papinian selbst beziehen, *während pietas* im Zusammenhang mit der Verehrung der Göttern und der Vorfahren zu lesen ist. In diesem Kontext sollten wir *„nec facere nos posse"* so verstehen, dass keine Rechtsprechung Erlösung von bestimmten Grundwertschädigungen geben kann.

Diese Lesart halte ich für eher unwahrscheinlich, weil sie von dem konkreten, im Text besprochenen Fall zu weit weg liegt. Außerdem ließ Lübtow außer Betracht, dass Papinian die *Quaestiones* wahrscheinlich unter Septimius Severus schrieb (Babusiaux datiert den Text auf die Jahre 197/8-211),[35] also früher, als der fragliche Mord geschah. Lübtow ging in seiner Ausführung

[25] Paul. D. 1, 1, 11
[26] Mayer-Maly (1986), 162.
[27] Call. D. 48, 7, 7
[28] Pap. D. 39, 5, 29, 2.
[29] F. Schulz, *History of Roman Legal Science*, Oxford 1946, S. 236.
[30] In dem römischen Zivilprozess kam der Rhetorik und der Überzeugung des Richters viel größere Bedeutung zu. Siehe Th. Mayer-Maly, *Römisches Recht*, 2. Aufl. Wien 1999, S. 213–214.
[31] Schopenhauer definiert diesen Modus der Widerlegung folgenderweise: „wir zeigen entweder, daß der Satz nicht übereinstimmt mit der Natur der Dinge, der absoluten objektiven Wahrheit; oder aber nicht mit andern Behauptungen oder Einräumungen des Gegners, d. h. mit der relativen subjektiven Wahrheit: letzteres ist nur eine relative Überführung und macht nichts aus über die objektive Wahrheit." Siehe A. Schopenhauer, *Eristische Dialektik oder die Kunst Recht zu behalten*, 1830, S. 9.
[32] Ulp. D. 47, 10, 15, 6
[33] U. von Lübtow, *De iustitia et iure, in: Gesammelte Schriften*, I, Rheinfelden 1989, S. 159.
[34] Lübtow (1989), S. 159.
[35] U. Babusiaux, *Papinians Quaestiones zur rethorischen Methode eines spätklassischen Juristen*, München: Beck 2011, S. 5–7.

vielleicht auch zu weit, wo er Caracallas Bluttat mit den hitlerschen Untaten von Nazi-Deutschland verglich.[36]

Meiner Meinung nach bezieht sich die Wendung *„nec facere nos posse credendum est"* weder auf den Vater, noch auf Papinian persönlich, sondern vielmehr generell auf den urteilsfällenden Juristen. Das in der Urteilsbegründung stehende *nos* ist eine bezeichnende Formel in dem Literaturtyp von *Questiones*. Die Plural deutet auf das prätorischen Konzil hin, das an der Urteilsfindung beteiligt war. [37] Alles wird plötzlich klar. Mit dieser Begründung hat der Prätor die strikte Realisierung des *ius civile* verhindert. Das Testament war nämlich nach *ius civile* gültig, aber der Prätor wollte die Urkunde mit der Hilfe von *boni mores* entkräften. Nach dieser Auffassung bedeutet *„nec facta facere"* also keine *bonorum possessio* zu erstatten, und das Pronomen *„nos"* steht für die Juristen, oder genauer gesagt, für die Mitglieder des prätorischen Konzils.

3. Die möglichen Umstände

Das Fragment ist in einer für die *Questiones* ganz typischen Weise gekürzt und geschrieben. Der Text enthält die relevanten Tatsachen, das Urteil selbst und die dazu führende Urteilsbegründung, erspart aber die nuancierende Beschreibung anderer irrelevanten Fakten und der dogmatischen Erwägungen.[38]

Gehen wir jetzt zu den schwierigsten Fragen des Sachverhaltes und der Urteilsgründe über.

Meines Erachtens beanspruchte der in dem Fragment genannte *filius* die ganze Erbschaft auf Grund des fragwürdigen Testaments für sich allein. Auf der anderen Seite standen die anderen potenziellen Intestaterben,[39] die ohne das Testament den Nachlass geerbt hätten.[40] So liegt die Annahme auf der Hand, dass der gewaltunterworfene Sohn als Alleinerbe eingesetzt war, sonst hätte sein Auftritt nicht allzu viel Sinn gehabt. Er hätte seinen Erbteil auch ohne das Testament erhalten. [41]

Ein zentraler Eckstein dieser Konstruktion ist, dass die vorgeschriebene Bedingung als möglich angenommen wird. Wie konnte der *filius* die *bonorum possessio secundum tabulas* für sich beanspruchen, wenn die Bedingung nicht möglich gewesen wäre und er sie nicht erfüllt hätte? Ohne Erfüllung hätte er keinen Rechtsgrund gehabt, den Nachlassbesitz zu beantragen.

Wenn die Bedingung unmöglich gewesen wäre, hätte der *filius* nur darauf hoffen können, dass der Prätor lediglich die unmögliche Bedingung streicht, aber seine Erbeinsetzung durchdringen lässt. Die Sabinianer und die späteren Juristen waren wirklich (aus dem *favor testamenti*) angeregt, unmögliche Bedingungen zu streichen und die testamentarische Zuwendung doch gelten zu lassen.[42] Diese Hoffnung wäre aber eher unbegründet gewesen. Wenn der Prätor das Testament auf diese Weise korrigiert hätte, hätte er die anderen potenziellen Intestaterben praktisch enterbt, und dies wäre eine höchst unbillige Lösung gewesen.

Einige moderne Autoren wie zum Beispiel SCHULZ, sah den Entscheidungsgrund darin, dass der Sohn die unmögliche, und deswegen nichtige Bedingung nicht erfüllen konnte.[43] Nach KASER[44] handelt es sich hier um eine Potestativbedingung.[45] MAYER-MALY meinte auch, dass die entscheidende Rechtsfrage war, ob die Bedingung als Potestativbedingung qualifiziert werden konnte.[46] VOCI war ganz entschlossen und hielt die rechtswidrige Bedingung nicht für eine Potestativbedingung.[47]

Meines Erachtens drückt die rationelle Rekonstruktion des Sachverhaltes und der Wortlaut des Fragmentes ganz klar aus, dass die Bedingung „nur" rechtswidrig, nicht aber unmöglich war: *sub condicione […], quam senatus aut princeps improbant*. Es gibt keinen Hinweis auf die Unmöglichkeit der Bedingung in der Sachverhaltsschilderung. Dieser Aspekt kommt erst in dem Urteil vor: *testamentum infirmet patris*, *ac si condicio non esset in eius potestate.*

Warum sollte dann der Prätor die unerlaubte Bedingung für unmöglich halten?

Der Prätor wollte das ganze Testament entkräften, weil die Bedingung eine gesetzeswidrige Handlung forderte. Er konnte die Totalnichtigkeit des Testaments nur so erreichen, wenn er die mögliche Bedingung für unmöglich hielt.[48] Ein *filius* konnte nämlich nicht unter einer Bedingung eingesetzt werden, welche nicht *in eius potestate* war. Wenn die Bedingung nicht in seiner Macht stand, wurde der Vater *intestatus*:

Suus quoque heres sub condicione heres potest institui: sed excipiendus est filius, quia non sub omni condicione institui potest. et quidem ***sub ea condicione, quae est in potestate ipsius, potest****: de hoc enim inter omnes constat.*[49]

---

[36] LÜBTOW (1989), S. 160f.

[37] SCHULZ, (1961), S. 298.

[38] A. SCHILLER, *Roman Law. Mechanisms of Development*, Malta 1978, S. 354; P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts, in: Karl Binding, Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft*, I, 2 Aufl. München 1912, S. 222f.

[39] Ähnlich BABUSIAUX, *Papinians Quaestiones*, S. 237.

[40] Wir können aber die Parteirollen umgekehrt verteilen, ohne dabei die Logik unserer Lösung zu stören. Die Intestaterben konnten nämlich den Sohn wegen der Herausgabe der Erbschaft, was er mit der Erfüllung einer unsittlichen Bedingung erhielt, vor Gericht zitieren.

[41] Dagegen s. U. MANTHE *Ethische Argumente im Werke Papinians*, in Orbis Iuris Romani X (2005), S. 150.

[42] M. KASER/R. KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*, 18. Aufl. München 2005, S. 67. Anders VOGEL (1951), S. 500–501.

[43] SCHULZ (1961), S. 298.

[44] KASER (1977), S. 107.

[45] Siehe noch P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, I, 2. Aufl. Mailand 1967, S. 634ff, 636, 803; M. MEINHART, *Die bedingte Erbeinsetzung des Haussohnes*, in: Studien im römischen Recht: Max Kaser zum 65. Geburtstag, gewidmet von seinen Schülern, Berlin 1973, S. 115ff; B. BIONDI, *Successio testamentaria e donazioni*, 2. Aufl. Mailand 1955, S. 560, Fn. 5; E. BUND, *Die Fiktion pro non scripto habetur als Beispiel fiktionsbewirkter interpretatio, in: Sein und Werden im Recht. Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 70. Geburtstag*, Berlin 1970, S. 368f.

[46] MAYER-MALY, (1986), S. 161; siehe auch BABUSIAUX, *Papinians Quaestiones,* S. 236.

[47] P. VOCI, *Diritto Ereditario Romano*, II, Milano 1963, S. 636.

[48] Über die Ungültigkeit der Testamente siehe I. SIKLÓSI, *Der Widerruf des Testaments aus der Sicht der Rechtsdogmatik und die Probleme der nachträglichen Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte*, Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eötvös Nominatae, Sectio Iuridica 48 (2007), 341–368.

[49] Ulp. D. 28, 5, 4pr

Schon Vogel behauptete,[50] dass die unerlaubte Bedingung das Rechtsgeschäft nach *ius civile* wirksam ließ, der Prätor verhinderte jedoch ihre Erfüllung.[51] Unser Testament war also nach *ius civile* rechtkräftig, der Prätor wollte aber die Entkräftung nach *ius praetorium*. Die Wendung *„nos posse"* würde sich dann nicht auf den Vater beziehen, der die Bedingung schrieb, oder auf den Sohn, der die Bedingung erfüllte oder erfüllen sollte, sondern auf den Prätor selbst. Der Vater und der Sohn konnten natürlich etwas unsittliches tun, nicht aber der Prätor, der seinen eigenen ethischen Wirkungsbereich mit der Hilfe von *boni mores* umgrenzte. In diesem Kontext bedeutet hier *„nec facere"* keine *bonorum possessio* zu erstatten, und das Pronomen *„nos"* steht nicht nur generell für alle Menschen, sondern an erster Stelle speziell für den Prätor, oder genauer gesagt, für die Mitglieder des prätorischen Konzils.

Die Bedingung war also wohl möglich, forderte aber dem Sohn eine gesetzeswidrige Handlung ab. Der Prätor wollte deswegen das ganze Testament entkräften, und ließ die Bedingung für unmöglich halten *(ac si condicio non esset in eius potestate)*, um seine Nichtigkeit zu gewährleisten. Unmögliche Bedingungen machten nämlich die Verfügungen von Todes wegen nichtig.[52]

Diese Auffassung wird von der Kaserschen These unterstützt, dass die römische Jurisprudenz den Tatbestand der Verbotswidrigkeit mit der Hilfe von *boni mores* erfasste und abgrenzte.[53] Die *boni mores* Klausel half in den Fällen, wo die Handlung selbst nicht direkt von der Verbotsnorm für ungültig erklärt worden war, denn diese verbieten nur die Handlungen selbst. Die unerlaubten Handlungen bezüglich den Rechtsgeschäften sollten auch entkräftet sein.[54]

Warum brauchte dann der Prätor noch die moralisierende Begründung?

Nach heutiger Sicht ist es überflüssig, auf außerjuristische Kategorien zurückzugreifen, wenn eine Wertung bereits zu rechtlicher Artikulation gelangt ist.[55] Der Prätor damals konnte aber die zivilrechtlichen Normen direkterweise und ohne überzeugende Gründe nicht überschreiben. Es gab im klassischen Recht, mit den Wörtern von Albanese, keine *„regime uniformo"* für die Behandlung unerlaubter Bedingungen.[56] Siber formuliert in dieser Hinsicht auch sehr vorsichtig: man dürfe „volksrechtliche Nichtigkeit wegen Verstosses gegen die guten Sitten" in dem klassischen Recht nicht ganz absprechen.[57] In dieser Situation fühlte der Jurist wohl, dass er sein Vorgehen irgendwie begründen sollte. Um der Entscheidung größere Autorität zu verschaffen, entlieh der Jurist feierlich klingende Wörter aus der Kanzleisprache.

Das Sittenwidrige ist also dem Unmöglichen nicht gleichzuhalten, wie Mayer-Maly dies meinte.[58] Diese Kategorien liegen hier auf zwei verschiedenen Ebenen. Die Unmöglichkeit ist eine dogmatische Kategorie, die Unsittlichkeit spielt dagegen eine Rolle in der Begündung. Nach vielen Autoren geschah die Verwischung des Unsittlichen mit dem Unmöglichen übrigens erst später, in der nachklassischen und justinianischen Zeit.[59]

Der Text grenzt also die Gesetzeswidrigkeit, die Unmöglichkeit, und die Unsittlichkeit ganz klar voneinander ab. Die Bedingung war gesetzeswidrig, und wurde für unmöglich gehalten um das Ziel der Totalnichtigkeit zu erreichen, und der Jurist berief sich hierfür in der Urteilsbegründung auf sittlichen Motiven.

4. Die Klausel *contra bonos mores*

Koschembahr verfocht die Thesen, dass die *boni mores* die *principes généraux de l'ordre établi par le droit* seien.[60] Auch Metzger ist der Meinung, dass *contra bonos mores* erst später die „Bedeutung eines Verstosses gegen Moralgesetze" angenommen habe,[61] und die Ethisierung des Rechts erst in der Nachklassik erfolgte.[62]

Dagegen äußerte sich De Ruggiero: *„che il diritto non puň in alcuna guisa prestarsi in favora d'una volontŕ determinata in tutto o in parte da una causa immorale, perocchč nulla che sia contro i boni mores puň dallo Stato ottener guiridico riconoscimento."*[63]

Nach Kaser verkörperlichen die *boni mores*, als eine in den Rechtskatalogen auffindliche Ordnung, das sittliche Volksbewusstsein,[64] seiner Meinung nach wird das Wort *existimatio* nur untechnisch gebraucht.[65] Er fand keinen Gegensatz zwischen dem klassischen und dem nachklassischen Verständnis von *boni mores*.[66]

Für Nörr[67] ist das Fragment mit Sicherheit das eindrucksvollste Beispiel für das spätklassische Bedürfnis nach neuen

[50] Vogel (1951), S. 501.
[51] Pomp. D. 28, 7, 7; Paul D. 28, 7, 9; Pap. D. 35, 1, 71, 1
[52] Vogel (1951), S. 500–501.
[53] Kaser (1977), S. 7.
[54] Kaser, (1977), S. 69.
[55] Mayer-Maly, (1986), S. 162.
[56] B. Albanese, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo 1982, S. 293f.
[57] H. Siber, *Schuldverträge über sittenwidrige Leistungen, in: Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento,* IV, Mailand 1930, S. 105.
[58] Anhand dieses Fragmentes behauptete Mayer-Maly, dass das Sittenwidrige schon in der Spätklassik dem Unmöglichen gleichzuhalten sei, siehe Mayer-Maly, (1986), S. 155.
[59] Vogel (1951), S. 501; P.-F. Girard, *Manuel de droit romain*, 8. Aufl. Paris 1929, S. 875; J. C. van Oven, *Leerboek van Romeinsch Privaatrecht*, Leiden 1948, S. 393; V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, 14. Aufl. Neapel 1960, S. 86.
[60] I. Koschembahr-Łyskowski, *Conventiones contra bonos mores dans le droit romain, in: Mélanges de droit romain dédiés a Georges Cornil*, II, Paris 1926, S. 31.
[61] H. R. Metzger: *Stipulationen und letztwillige Verfügungen „contra bonos mores" im klassisch-römischen und nachklassischen Recht*, Göttingen 1929, S. 13.
[62] Metzger (1929), S. 25, 57.
[63] De Ruggiero (1904), S. 165.
[64] Kaser (1977), S. 103.
[65] M. Kaser, *Infamia und ignominia in den römischen Rechtsquellen*, SZ 73 (1956) S. 231, Fn. 58.
[66] Kaser (1940), S. 145f.
[67] Nörr (1974), S. 185f.

Materialien, philosophisch oder religiös begründeten Gesinnungsgehalten, welches in das Recht unmittelbar übertragen wurde.[68]

Ähnlich äußern sich in ihrem Lehrbuch Földi und Hamza, die die Stelle mit dem Jellinikschen „ethischen Minimum" verknüpfen:[69] „Wenn wir nun bei einem historisch bestimmten Gesellschaftszustand nach den Normen fragen, deren Befolgung die fortdauernde Existenz eines solchen Zustandes möglich macht, so erhalten wir das Recht dieser Gesellschaft. Das Recht ist nichts anderes als das ethische Minimum."[70]

Mayer-Maly stimmt der These über die *boni mores* als Rechtsquelle weniger zu.[71] Seiner Meinung nach wurden die guten Sitten erst im 3. Jahrhundert nach Chr. in den Rechtsquellenkatalog aufgenommen.[72] Er sprach über eine Heranziehung von Standards, die nicht als Bestandteile des geltenden Rechts angesehen worden sind.[73]

Diese Formulierungen finde ich ein wenig irreführend. Papinian wollte keine Sittengesetze direkterweise in das Recht transplantieren. Er wollte nur dem Recht seine volle Anerkennung zusichern. Die Moral war kein Ziel der Urteilsfindung, sie war nur ein Mittel der Begründung. Der Maßstab von *boni mores* wurde nicht religiösen oder philosophischen Lehren,[74] sondern dogmatischen und Gerechtigkeitsgründen entnommen.

Ich kann meinerseits der Linie von Koschembahr und Metzger folgen. Papinians Urteil war nur in dem Sinne ethisierend, dass er seine technische Lösung mit einer moralischen Ausführung begründete. Sein juristisches Genie spiegelt sich in der Bravour wieder, dass er, um die Totalnichtigkeit des Testaments zu gewährleisten, die gesetzeswidrige Bedingung als unmöglich auffasste. Dies bedeutet aber keineswegs, dass er die gesetzeswidrigen Bedingungen mit den unsittlichen und unmöglichen Bedingungen direkterweise und generell gleichgesetzt hätte.

5. Die Verwirrung: unmöglich, unsittlich, unrechtlich

Unsere Deutung ruht also auf einer klaren Trennung der Begriffen Unmögliches, Unsittliches und Unrechtliches. Diese Unterscheidung mischt keine philosophische oder rechtstheoretische Erwägungen in die Auslegung ein. In der Literatur wird aber diesen eher rechtsphilosophischen Aspekten große Aufmerksamkeit gewidmet. Im Folgenden besprechen wir kurz die wichtigsten Stellungnahmen mit dem *caveat*, dass diese übrigens gedankenreichen Spekulationen die einfache, technische Lesart verschleiern mögen.

Schon ganz früh wandte sich Christian Thomasius gegen die Deutung des Unsittlichen als Unmögliches.[75] Diese, den praktisch-denkenden Römern zu naive Auffassung wurde auch von Wieacker angefochten: Papinians Aussage geht nicht einfach dahin, man dürfe nicht glauben, dass jemand gegen unseres *pietas, existimatio* und *verecundia* handeln könne.[76]

Nach Leibniz erklärt sich dagegen die Vermischung von Unmöglichkeit und Immoralität mit dem römischen Menschenbild. Er fügte Folgendes zum Fragment hinzu: *„Moralem autem intelligo, quae apud Virum bonum aequipollet naturali: nam ut praeclare Iurisconsultus Romanus ait, quae […] contra bonos mores sunt, ea nec facere nos posse credendum est."*[77]

De Ruggiero bewertet die im Fragment stehende Wendung *„nec facere nos posse"* als eine juristische und nicht als eine objektive, physikalische Unmöglichkeit.[78] Was rechtswidrig ist, ist auch unmoralisch, und das sollten wir, als ehrenvolle Menschen, für unmöglich halten. Suman kategorisierte die *contra bonos mores* Bedingung als juristisch unmöglich.[79] Seiner Ansicht nach findet der Grundsatz *favor testamenti* im Falle der unsittlichen oder gesetzeswidrigen Bedingungen keine Anwendung, und schrieb der *remissio* pönalen Charakter zu.[80] Guarino war der Meinung, dass der Akt an sich möglich, aber das dadurch erwünschte Ziel unerreichbar ist. Er nahm also eine moderate Stellung ein und vertrat die Deutung „erfolgreich nicht möglich".[81] Schulz entkleidete den Satz seines barocken, irreführenden philosophischen Inhaltes mit der Lesart, dass es nicht sein kann, was es nicht sein darf.[82]

Die Stellungnahme von Kaser ist nicht ganz eindeutig. Auf einer Seite schrieb er, dass die verbotswidrige Bedingung dem physisch und juristisch Unmöglichen gleichgestellt sei. Auf der anderen Seite fasst er die Stelle als ein Beweis dafür auf, dass die Maßstäbe der gesetzlich verbotenen und der sittenwidrigen Handlungen identisch waren.[83] Kaser scheint damit alle drei Kategorien miteinander zu verbinden. Ganz konkret zu unserer Stelle sagte er, dass die unmoralische Handlung zwar erlaubt sein mag *(licet)*, aber diese Handlung zu begehen, ist für einen *vir bonus* undenkbar.[84] Er erklärte den Text also letztendlich, ähnlich wie Leibniz, mit dem hohen sittlichen Niveau der

---

[68] Behrends (1980), S. 459.
[69] A. Földi/G. Hamza, *A római jog története és institúciói* [Geschichte und Institutionen des römischen Rechts], 16 Aufl. Budapest 2011, S. 476.
[70] G. Jellinek, *Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, 2. Aufl. Berlin 1908, S. 45.
[71] Mayer-Maly (1986), 70ff.
[72] Marc. D. 30, 112, 3
[73] Mayer-Maly (1986), 157.
[74] M. Kaser/R. Knütel, *Römisches Privatrecht*, 18. Auflage, München: Beck 2005, S. 64.
[75] Ch. Thomasius, *Institutiones Jurisprudentiae Divinae*, VI § 108.
[76] Wieacker (1970) S. 335.
[77] G. W. Leibniz, *Praefatio Codicis juris gentium diplomatici, in: Sämtliche Schriften und Briefe, Vierte Reihe: Politische Schriften*, V, 1692–1694, Berlin 2004, S. 60f. (= www.leibniz-edition.de/Baende/ReiheIVhtm).
[78] R. De Ruggiero, *Sul trattamento delle condizioni immorali e 'contra leges' nel diritto romano*, BIDR 16 (1904), S. 168.
[79] A. Suman, *'Favor testamenti' e voluntas testantium*, Roma 1916, S. 114.
[80] Suman (1916), S. 115.
[81] A. Guarino, *Diritto privato romano*, S. 384f.
[82] Schulz (1961), 298.
[83] Kaser, (1977), S. 107.
[84] M. Kaser, *Das römische Privatrecht. Das altrömische, das vorklassische und das klassische Recht*, I, 2. Aufl. München 1971, S. 197.

römischen Rechtsgesinnung.[85] Wessels behandelte die unerlaubten Verträge als gesetzlich unmögliche Verträge,[86] Lee behauptete, dass rechtswidrige Verträge in dem römischen Recht als zivilrechtlich unmöglich gehalten waren.[87]

Diese Äußerungen bedeuten zwar wichtige Beiträge zur Lehre von den Bedingungen, sie erschweren aber eher die Lösung unseres konkreten Falles, als sie zu erleichtern. Wie wir bereits gesehen haben, in dem konkreten Papinian-Fall war nur die Handlung, nicht aber die darauf bezogene Bedingung gesetzeswidrig. Aus diesem Grunde konnte der Prätor das Testament nur so entkräften, dass er die Bedingung – mit der wohl bekannten moralischen Begründung – für unmöglich erklärte.

6. Zusammenfassung

Zusammenfassend handelte es sich in dem Fragment um eine mögliche Bedingung, die dadurch vorgeschriebene Handlung war aber rechtswidrig. Die Schwierigkeit bestand darin, dass solche unerlaubte Bedingungen nach *ius civile* gültig waren, und der Prätor nicht nur die Bedingung streichen, sondern das ganze Testament außer Betracht lassen wollte. Deswegen ließ er die Bedingung für unmöglich halten.

In diesem Sinne aufgefasst war die Entscheidung nicht die „rechtliche Reprobation des Unmoralischen",[88] wie es Lotmar formulierte. Gerade umgekehrt, die Substanz des rechtlich Vorgesehenen wurde hier mit einer moralisierenden Begründung realisiert. Viele andere moderne Autoren, wie Biondi, Kaser, Kunkel und Levy waren auch der Meinung, dass die Römer sich auch dort auf die Unsittlichkeit beriefen, wo bereits die Rechtswidrigkeit klar vorhanden war.[89] In unserem Fall hatte diese Bezugnahme einen ganz konkreten dogmatischen Grund: der Prätor wollte das nach *ius civile* wirksame Testament entkräften.

Wir wissen seit langem, dass die Juristen oft „aus eigener Kraft" [90] und mit großer Vorliebe auf sittliche Normen zurückgreifen. Nach Endemann[91] schrieb Papinian mit den feierlichen Worten den Geltungsbereich einer juristischen Ethik um.[92] Dies ist im Allgemeinen wohl nicht undenkbar, da die griechische und hellenistische Philosophie den klassischen Juristen wohlvertraut war.[93] Meines Erachtens war aber Papinans Ziel in diesem Fall nicht so hochmütig. Wenn wir dem Text unbedingt eine moralische Botschaft entnehmen wollen, könnten wir eher sagen, dass dieser Text uns zeigt, wie weit die Juristen in ihrem rechtlich-dogmatischen Spielraum mit ethisierender Begründung gehen dürfen. Die Behauptung mag hier zutreffen, dass die römischen Juristen nicht dazu geneigt waren, eine Grundlagentheorie des Rechts zu entwickeln.[94]

Papinian wollte keine Sittengesetze in direkter Weise in das Recht transplantieren. Sein Urteil war nur in dem Sinne ethisch gefärbt, dass er seine technische Lösung mit einer moralischen Ausführung begründete. Dies bedeutet aber keineswegs, dass er die gesetzeswidrigen Bedingungen mit den unsittlichen Bedingungen gleichgesetzt hätte. Papinians juristisches Genie spiegelt sich in der Bravour wieder, dass er, um die Totalnichtigkeit des Testaments zu gewährleisten, die gesetzeswidrige Bedingung als unmöglich auffasste.

---

[85] Kaser, (1977), S. 17.

[86] J. W. Wessels, *The Law of Contract in South Africa*, 2. Aufl. Johannesburg 1951, §§ 459ff.

[87] R. W. Lee, *Introduction to Roman-Dutch Law*, 5. Aufl. Oxford 1953, S. 232.

[88] Ph. Lotmar, *Der unmoralische Vertrag, insbesondere nach gemeinem Recht*, Leipzig 1896, 11.

[89] M. Kaser: *Das römische Privatrecht. Die nachklassischen Entwicklungen*, II, 2. Aufl. München 1975, S. 94; W. Kunkel, *Diligentia*, SZ 45 (1925), S. 339; Biondi (1952), S. 67skk; E. Levy, *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*, Weimar 1956, S. 25.

[90] R. Zimmermann, *Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit? Die rechtliche Behandlung anstössig-übermässiger Verträge*, Berlin 1970, S. 121f.

[91] F. Endemann, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, III, Berlin 1919, S. 6.

[92] Diese Ethik ist aber nicht diejenige des Christentums, wie Cuiacius dies unrichtig behauptete: *vox est Christiano digna*. Im Gegenteil, es ist ganz unchristlich, weil die christliche Religion von der Sündhaftigkeit des Menschen ausgeht. Siehe F. Schulz, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar: Böhlau 1961, S. 298.

[93] Kaser (1977), S. 70; Kaser (1975), S. 11f.

[94] Kaser (1971), S. 194.

Thomas Olechowski – Christoph Schmetterer (Hrsg.)

Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs (BRGÖ), Band 2/2011

Wien: Österreichische Akademie der Wissenschaften, 2011, 167 Seiten, (ISBN 978-3-7001-7213-0)

Die Österreichische Akademie der Wissenschaften kann mit vollem Stolz bereits seit nunmehr über einem Jahr eine neue Zeitschrift in ihrem Repertoire präsentieren. Die halbjährlich erscheinende *Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs (BRGÖ)* wird von den Mitgliedern der Kommission für Rechtsgeschichte Österreichs (KRGÖ) herausgegeben und beinhaltet Aufsätze zur Geschichte des öffentlichen wie auch des bürgerlichen Rechts vom frühen Mittelalter bis zur Gegenwart. Dabei konzentriert sich die Zeitschrift nicht nur auf die Geschichte der Republik Österreich in den heutigen Grenzen. Vielmehr umfasst sie auch Beiträge über die Rechtsgeschichte von Nachfolgestaaten der ehemaligen Österreichischen Monarchie. Von besonderer Bedeutung ist daher auch die internationale Zusammensetzung des wissenschaftlichen Beirates der *BRGÖ*. Mit diesem Konzept der noch jungen Zeitschrift soll es gelingen, einen weiteren Schritt in der mittlerweile so wichtigen grenzüberschreitenden Forschung bezüglich der Geschichtsstudien voranzuschreiten.

Nachdem der erste Band des Jahres jeweils einem besonderen Thema untersteht,[1] soll der zweite Band im Jahr vermischte Beiträge enthalten. So umfasst die Ausgabe 2/2011 acht umfangreiche Aufsätze, hauptsächlich aus den Bereichen des Erbrechts sowie des Verwaltungs- und Verfassungsrechts.

Zunächst präsentiert *Clemens Jabloner* die Rolle und das Schicksal der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts im Zuge des Staatsumbaus von 1918 bis 1920. Hierbei trennt er systematisch zwischen Verwaltungs- und Verfassungsgericht. Im Gesamtergebnis übt der Autor vorsichtig Kritik an der damaligen wie heutigen mangelnden Aufbruchsstimmung, da das öffentliche Recht von juristischer Nüchternheit umklammert sei.

Die Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit nach 1920 kann der Leser in dem Aufsatz von *Jana Osterkamp* weiterverfolgen. Sie vergleicht das österreichische Verfassungsgericht mit dem tschechoslowakischen im Zuge der Begründung eines neuartigen Modells. Besondere Bedeutung erlangte dieses Modell durch die richterliche Verfassungskontrolle im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle. Dabei erwies sich – nach Würdigung der Autorin – der österreichische Ansatz im Vergleich zum tschechoslowakischen als erfolgreicher.

In einem erbrechtlichen Beitrag analysieren *Christian Neschwara* und *Nicolas Wimberger* zwei umfangreiche Gerichtsurkunden aus der frühen Neuzeit. Im Mittelpunkt steht der Nachlass des Wiener Stadtschreibers Vorchtenauer. Streitende Erben sind die mittlerweile neu verheiratete Witwe und der Stiefvater des Erblassers, der damalige Bürgermeister Wiens. Die Autoren beschreiben nicht nur den Gang des Streitverfahrens, sondern führen auch detailliert die Positionen der Parteien auf. Die Inventarisierung der Nachlassgegenstände ist dem Aufsatz in edierter Form des Originaltextes beigefügt. Damit wird dem Leser die Möglichkeit geboten, einen eigenen Eindruck vom Originaltext zu gewinnen.

Ein weiterer erbrechtlicher Aufsatz ist der von *Christoph Schmetterer*. Er ediert und kommentiert die letztwilligen Verfügungen Kaiser Franz Josephs. Zu dessen Tode 1916 war sein letzter Wille in einer Fideikommiss-Errichtungsurkunde, einem Testament und zwei Kodizillen niedergelegt.

Thomas Olechowski's Beitrag zur behördlichen Einstellung der „Pädagogischen Blätter" im Jahre 1936 verschafft dem Leser einen Einblick in den fragwürdigen Umgang mit dem hochsensiblen Gut der Pressefreiheit zu Zeiten des autoritären Ständestaates. Der Autor beschreibt zunächst die Entwicklung der ideologisch geprägten Schulpolitik, erörtert sodann die Beschneidung der Presse- und Versammlungsfreiheit durch den Verfassungsbruch 1934, bis er anhand des behördlichen und gerichtlichen Verbotsverfahrens der „Pädagogischen Blätter" ein detailgetreues Beispiel für den damaligen autoritären Zeitgeist wiedergibt. Der Leser bekommt durch diesen Aufsatz einen ungeschönten Gesamteindruck über die austrofaschistische Zeit, der noch schlimmere Jahre folgen sollten.

Einen ähnlichen Eindruck kann der Leser auch durch den Beitrag von *Ilse Reiter-Zatloukal* über das Staatsbürgerschaftsrecht in Zeiten des Austrofaschismus erlangen. Die Autorin problematisiert vor allem die Ausbürgerung aus politischen Gründen.

Auch soll der Aufsatz von *Kamila Staudigl-Ciechowicz* nicht unerwähnt bleiben. Die Autorin schildert die Einführung und Gestaltung der juristischen Staatsprüfung von 1850.

[1] Zum Band 1/2011 siehe eine Rezension von *Dmitry Poldnikov*, in: Journal on European History of Law, Nr. 2/2011, S. 139–140.

Der Abschlussbeitrag von *Ewald Wiederin* thematisiert die Gründung des Bundesstaates Österreich. Diesen chronologisch von 1918 bis 1920 in sechs Stadien unterteilten Prozess präsentiert der Autor überblicksartig. Vor allem der Föderalismusdiskussion wird hierbei ein Schwerpunkt gesetzt.

Hinsichtlich der Formalia ist besonders positiv hervorzuheben, dass jedem Aufsatz ein umfangreiches Literaturverzeichnis beigegeben ist.

Auch wenn für die zukünftigen Ausgaben mehr zivilrechtliche Beiträge zu erhoffen sind, ist es den Herausgebern dennoch gelungen, ein gehaltvolles Werk in recht kurzer Zeit auf den Markt zu bringen. Dieser Band eignet sich mit seinen verschiedenartigen Beiträgen hervorragend, um die *BRGÖ* als ein neues wissenschaftliches Werk im Forschungsbereich der Rechtsgeschichte dauerhaft zu etablieren. Niemand, der sich mit österreichischer Rechtsgeschichte beschäftigt, wird an der *BRGÖ* vorbeigehen können. Allein die aufgezeigten Forschungen in Verbindung mit den Ausführungen zu Literatur und Quellen werden mit Sicherheit weitere Arbeiten initiieren und sinnvoll leiten.

Sebastian Krafzik*

* Sebastian Krafzik, Rechtsreferendar am Landgericht Frankfurt am Main, Deutschland.

Francisco Javier Andrés Santos – Christian Baldus – Helge Dedek

Vertragstypen in Europa. Historische Entwicklung und europäische Perspektiven

Sellier european law publishers: München, 2011, 353 S., (ISBN 978-3-86653-199-4), 69 EUR

Im Jahre 2011 ist ein Sammelband beim Münchner Verlag Sellier european law publishers erschienen, in dem neun Beiträge der jungen Wissenschaftler betreffend die Vertragstypenbildung beinhaltet sind. Es handelt sich um Arbeiten der Kollegteilnehmer, welche auf Forschungsergebnissen anlässlich eines Gesellschaftswissenschaftlichen Kollegs der Studienstiftung des deutschen Volkes gehaltenen Vorträge beruhen. Die Studienstiftung des deutschen Volkes hat auch die Veröffentlichung des rezensierten Buches finanziell unterstützt. Das vorgelegte Werk konzentriert sich auf den Typus als vertragsrechtliche Idee und stellt sich verschiedene Fragen, vor die uns das Phänomen der Vertragstypenbildung stellt. Zu denen gehören nach den Herausgebern folgende: woher stammt die vertragsrechtliche Idee geschichtlich? Welche Erfahrungen haben europäische Kodifikationen mit ihr gemacht? Warum steht das common law ihr – jedenfalls der klassischen Selbsteinschätzung nach – skeptisch gegenüber? Gibt es Vertragstypenbildung im Europarecht und im Einheitsrecht? Findet das Privatrecht der Europäischen Union sinnvolle Modelle der Typenbildung in den Traditionen Europas?

Nach dem deutschen, englischen und spanischen Vorwort der Herausgeber beginnt der Sammelband mit der Einleitung von Francisco Javier Andrés Santos, wo er sich mit dem Begriff des „Typus“ auseinandersetzt. Er führt Beispiele der Lehre vom Typus in der Geschichte an, wobei er selbstverständlich die größte Aufmerksamkeit der Entwicklung im römischen Recht widmet, aber er lässt auch die Lehren in der Neuzeit (usus modernus pandectarum, naturrechtliche Lehre) nicht unbeachtet.

Der erste von Javier Paricio stammende Beitrag stellt dem Leser die Bildung des Begriffes „Vertrag“ vor. Dieser Beitrag geht von seiner in Spanien herausgegebenen erfolgreichen Kurzmonographie *(Contrato. La formación de un concepto, Cizur Menor, 2008)* aus und dient als Einführung zur römischen Vertragslehre. Zuerst fängt der Autor mit der Vertragsidee bei Gaius an, dessen Institutionen erst im Westen 1820 wiederentdeckt wurden. Es folgt die Analyse des Ausdrucks „contractus“ bei Servius Sulpicius Rufus und Marcus Antistius Labeo. Die Labeos Vertragsdefinition war die einzige, welche in den lateinischen juristischen Quellen erhalten blieb. Weiter ist der Begriff „synállagma“ bei Aristo erklärt, sowie die juristischen Diskussionen über den Schutz atypischer synallagmatischer Abreden und Bruch des ediktalen Prinzips von der Typizität der Verträge sind angeführt. Dann konzentriert sich der Autor auf die Vertragskonzeptionen bei Sextus Pedius, also beim Juristen der Zeit Hadrians; nach der Ansicht des Autors handle es sich um Konzeption von historischer Bedeutung ersten Ranges. Zum weiteren Unterkapiteln dieser Abhandlung gehören das Fortbestehen eines breiteren Verständnisses von „contractus“ in der Spätklassik, die Quellen der Obligationen bei Modestin und die Vorherrschaft des konsensualen Vertragskonzepts von Pedius.

Zweiter Beitrag stammt von Andreas Engel und trägt den Namen „Realverträge: das mutuum“. Zuerst charakterisiert der Autor diesen Grundtypus des Kreditgeschäfts, bei dem ein Kreditgeber einem anderen Kapital zur Nutzung anvertraut, und dann widmet er sich den einzelnen mit dem mutuum zusammenhängenden Teilfragen wie Formfreiheit als Abgrenzungskriterium zum nexum, Eigentümerstellung des Darlehensgebers, Willenserfordernis und die Unentgeltlichkeit. Daneben wird der Sonderfall des aus dem griechischen Recht stammenden Seedarlehensrechts (faenus nauticum) erörtert. Folgender Abschnitt gehört der Charakteristik der Realverträge und der Abgrenzung des mutuum zu anderen Realverträgen (pignus, commodatum, depositum, depositum irregulare, permutatio), woran die Entwicklung des mutuum (mutuum cum stipulatione, besondere Formen der Darlehensbegründung) anknüpft.

Folgender Beitrag von Susanne Hähnchen beschäftigt sich mit weiterem Obligationstyp, und zwar mit der römischrechtlichen locatio conductio, also mit den Verträgen, die heute als Dienst-, Werk-, Miet- oder Pachtverträge bezeichnet werden. Am Anfang wird dieser Vertragstyp im klassischen römischen Recht und seine Abgrenzung zu anderen Vertragstypen (zum Kauf, zur Gesellschaft) dargestellt und die betreffenden Probleme oder Streitigkeiten bezeugenden Fragmente näher behandelt. Im weiteren Teil werden die dogmatischen Überlegungen, der historische Grund, sowie die sozialen Probleme der locatio conductio damals und heute erörtert.

Für den Leser aus dem kontinentalen Rechtsgebiet ist sicher das vierte Kapitel interessant, denn Geoffrey Samuel stellt hier die Klassifikation der Verträge aus der Sicht des angloamerikanischen Juristen auf Englisch dar.

Der folgende Beitrag verlässt schon das römische Recht und konzentriert sich auf die Lehre bei Friedrich Carl von Savigny. Gregor Albers vollzieht die Savignys Erörterungen zur Stipulation und Privatautonomie nach. Er macht dabei auf die zentrale Rolle der Stipulation im Vertragsrecht des corpus iuris Aufmerksam, denn Savigny widmete dem Problem der Klagbarkeit der Obligation im römischen Recht besonderes Augenmerk, worauf das Unterkapitel „Stipulation und Inhaltsfreiheit im ‚heutigen‘ römischen Recht“ folgt.

Im sechsten Beitrag beschäftigt sich Martin Schild mit dem Werkrecht im Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuch, dem Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse und dem schweizerischen Obligationenrecht von 1883. Er versucht, das Werkrecht dieser drei unterschiedlicher Rechtsordnungen zu vergleichen und stellt fest, dass das Werkrecht über die drei Kodifikationen hinweg erhebliche Gemeinsamkeiten aufweist, welche von seiner Abstammung von der römischen locatio conductio operis zeugen.

In einem vergleichenden Ausblick widmet sich Thomass Raff der Vertragstypenbildung im polnischen Recht und führt in Grundprobleme der Abgrenzung der Vertragstypen in Polen ein, wobei auf eine nahe Verwandtschaft zwischen dem polnischen Recht als Vertreter des „Ostrechts“ und dem in Westeuropa geltenden Zivilrecht Aufmerksam macht. Zuerst wird die Gesetzessystematik des polnischen Zivilgesetzbuches (kodeks cywilny) beschrieben, anschließend werden ausgewählte Vertragstypen dargestellt und ausgewählte Abgrenzungsprobleme (Arbeitsvertrag und Auftrag, Werkvertrag und Auftrag, Werkvertrag und Untertypen) analysiert.

Der vorletzte Beitrag von Philip Nicolai erläutert die Vertragstypenbildung im UN-Kaufrecht. Hier werden die Abgrenzungskriterien zu anderen Kaufverträgen und zu gemischten Verträgen untersucht.

Die Vertragstypenbildung im Europarecht analysiert Saskia Kümmerle im letzten Beitrag. Sie widmet sich also der Frage, wie sich der Vertragstypus auf europäischer Ebene bewährt und wie ist die Rolle des Europäischen Gerichtshofes in der europäischen Privatrechtsvereinheitlichung. Den Schwerpunkt dieser Abhandlung bilden die Analyse der Verträge über „Güter und Dienstleistungen“ und die Methodik zur Typenabgrenzung bei gemischten Verträgen.

Am Ende jeden Beitrages sind ein langes Literaturverzeichnis sowie ein Sachregister angeführt, die beim Suchen im Buch sehr behilflich ist. Der rezensierte Sammelband verschafft ohne Zweifel einen sehr guten Überblick über die geschichtliche Entwicklung ausgewählter Vertragstypen vom römischen Recht bis zur Gegenwart und wird sicher seine Leser sowohl aus den Reihen der Rechtshistoriker und Romanisten, als auch der Zivilisten finden.

Jaromír Tauchen*

* JUDr. Jaromír Tauchen, Ph.D., LL.M.Eur.Integration (Dresden), Lehrstuhl für Rechts- und Staatsgeschichte, Juristische Fakultät der Masaryk Universität Brno, Tschechische Republik.

Initial-Workshop: „Schlichten und Richten. Differenzierung und Hybridisierung“

Unter diesem Titel stand der Initial-Workshop des LOEWE-Schwerpunktes „Außergerichtliche und gerichtliche Konfliktlösung“, der am 9. und 10. Februar 2012 am Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte in Frankfurt am Main stattfand. Zentrales Anliegen war es, die für das Kooperationsprojekt leitenden Fragen und Interessen zu benennen. Seitdem bereits kontrovers in den 1960er und -70er Jahren über die Frage der alternativen Konfliktlösung diskutiert worden ist, erhält diese Thematik neue Dynamik durch die in jüngster Zeit intensivierte Rezeption solcher seither insbesondere in den USA ausgebildeten Streitbeilegungsverfahren der Alternative Dispute Resolution (ADR).

Durch die Beiträge, von denen einige im zweiten Quartalsheft der Kritischen Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft erscheinen werden, eröffnete sich die Vielschichtigkeit der Thematik: aktuelle Perspektiven auf die Expansion von alternativen Streitbeilegungsverfahren und Vorträge zu historischen Konstellationen gerichtlicher und außergerichtlicher Konfliktlösung strukturierten den Austausch von Wissenschaft und Rechtspraxis.

Wiederkehrend rückte in allen Beiträgen und Diskussionen die Frage nach den Faktoren, welche die Wahl des Verfahrens zur Konfliktlösung beeinflussen, in den Vordergrund. Es wurde deutlich, dass diese Wahl in der westlichen Welt historisch konstant weniger institutionell – durch Handlungsnormen – als vielmehr durch pragmatische Überlegungen wie Erfolgsaussichten, Kostenaufwand, Verfahrensdauer und Grad der öffentlichen Aufmerksamkeit beeinflusst wird. Johannes Platschek (Wien) zeigte so die Hürden für die Anstrengung eines Zivilprozesses in der römischen Republik auf, die außergerichtliche Schlichtungsverfahren attraktiv werden ließen, sobald Zweifel über den exakten Streitwert bestehen konnten; er verdeutlichte an Reden Ciceros gleichzeitig, dass die Wahl eines Schlichtungsverfahrens in einem nachfolgenden Prozess argumentativ zu einer Schwäche der Anklage und zu einem Argument zu Gunsten des Beklagten gewendet werden konnte. In seinem Vortrag verwies er auch auf die Bedeutung der Öffentlichkeit des Stadtstaates der römischen Republik: durch den hinsichtlich des sozialen Ansehens überschaubaren Kommunikationsraum der Stadt Rom konnte die Anstrengung bestimmter Gerichtsverfahren – der Ächtungsklage – durch eine Partei als Druckmittel zur Akzeptanz einer (alternativen) Konfliktlösung durch die andere Partei führen.

Peter Oestmann (Münster) beschrieb für die Zeit nach 1500, dass viele Klagen vor dem Reichskammergericht nicht erhoben wurden, um einen Richterspruch herbeizuführen, sondern vielmehr um eine Situation des Stillstands und des „Friedens“ zu erreichen. Solange das Verfahren anhängig war, konnten beide Seiten ihren Rechtsanspruch aufrechterhalten ohne diesen weiter verfolgen zu müssen – weshalb die Verfahren häufig nicht zum Abschluss gebracht wurden. Weniger auf systemische Zwänge abhebend stellte Franz-Josef Arlinghaus (Bielefeld) die weitgehende Wahlmöglichkeit in den Sozialräumen der mittelalterlichen freien Städte in den Vordergrund. Er erläuterte in seinem Vortrag unter anderem, dass die Wahl, vor welches der zahlreichen koexistierenden Gerichte in der Reichsstadt Köln die jeweilige Streitfrage gebracht wurde – mit Ausnahme von die Zunft betreffenden Streitigkeiten –, dem Prinzip der erhofften vorteilhaften Durchsetzung des Anspruchs folgte und deutete diese Wahlmöglichkeit als aktive Partizipation der Bürger an Recht und Rechtsprechung. In diesem Zusammenhang der alternativen Streitbeilegungsverfahren erweist sich als historisch neu das von Roland Fritz (Frankfurt/Main) vorgestellte Verfahren der Richtermediation, für das dieser anbrachte, dass es – neben der hohen Zufriedenheit auf Seiten beider Konfliktparteien – auch für Richter wegen des geringeren zeitlichen Aufwandes gegenüber einer Verhandlung attraktiv sein könne.

Einen weiteren Interessenschwerpunkt stellte die Frage nach dem konkurrierenden und potentiell konfligierenden Verhältnis von gerichtlichen Verfahren und alternativen, staatlich nur bedingt beeinflussbaren Streitbeilegungsmechanismen dar. Hauptdiskussionslinie war dabei, ob diese Parallelexistenz als Spannungsverhältnis und folglich als Schwäche der das Gemeinwesen organisierenden Gewalt zu verstehen sei oder sich als Toleranzfähigkeit und ein Zeichen der Stärke darstelle.

Impulse lieferte hier unter anderem Franz-Josef Arlinghaus, der für die Stadt Köln im 14. und 15. Jahrhundert die Existenz einer Vielzahl von nicht dem Rat unterstellten Gerichten und Spruchstellen und deren Tolerierung durch den Rat als Stärke wertete, wie auch Karl Härter (Frankfurt/Main) im Rahmen seines Vortrags zum heuristischen Nutzen des Konzeptes der Infrajustiz dies in Bezug auf die in Früher Neuzeit bis in das 19. Jahrhundert übliche Konfliktbeilegung durch Personen wie Notare oder Pastoren feststellte. Angeregt durch den Beitrag von Hans-Patrick Schroeder (Frankfurt/Main) wurde für den privatrechtlichen Bereich am Fall von internationalen Wirtschaftsstreitigkeiten und die Zunahme an Schiedsgerichtsverfahren zwar nicht primär staatliche Schwäche hervorgehoben, aber problematisiert, dass das Ausweichen auf jene außerstaatlichen Streitbeilegungsinstanzen dazu führe, dass repräsentative Streitfälle mit Grundsatzcharakter nicht mehr mehrheitlich vor staatlichen Gerichten entschieden würden.

Nachdenklicher wurde die Diskussion auch an anderer Stelle, etwa als Cornelius Prittwitz (Frankfurt/Main) auf den Deal im Strafprozess zu sprechen kam, wobei er normative Grenzen und zeitgenössische Verheißungen wie die einer Entlastung der Justiz gegeneinander abwog. Schließlich setzte Martin Engel (München) den Überlegungen, ob in dem neuen, die europäische Mediationsrichtlinie umsetzenden Instrument der Richtermediation ein Zeichen für die Stärke des Staates zu sehen oder das Interesse an der Richtermediation vielmehr ein Anzeichen für abnehmende soziale Kon-

fliktbeilegungsfähigkeit sei, entgegen, dass die aktuelle Nachfrage nach Richtermediation sich auch aus den geringen Kosten für die Streitparteien durch staatliche Subventionen ergäbe. Die Entwicklung dieses Projektes, dessen rechtliche Rahmenfassung zum Zeitpunkt der Tagung in den Vermittlungsausschuss verwiesen worden war, sei für die Zeit nach dem Wegfallen dieser Förderung mit Vorsicht zu erwarten.

Durch die Perspektivierung der westlichen (Rechts-) Kultur wurde deutlich, dass die enge Beziehung von Folge und Wirkung in Bezug auf Konflikt und Lösung ein Spezifikum für den westlichen Kulturraum darstellt. Karl-Heinz Kohl (Frankfurt/Main) verdeutlichte in seinem Vortrag über eine indonesische Lokalkultur, dass in jener *face-to-face*-Gesellschaft der Belugili Konflikte kein unmittelbares Austragungsforum haben und deswegen zwar weitgehend bekannt sind, dennoch aber ungelöst bestehen bleiben, ohne verdrängt zu werden, aber auch ohne die sozialen Beziehungen zwangsläufig zu belasten. Erst infolge eines Unglücksereignisses würde in einem divinatorischen Prozess, für den alle diese schwelenden Konflikte öffentlich benannt und somit als Fehlverhalten gekennzeichnet werden, einer von diesen als ursächlich für das Unglück erkannt und dessen Beilegung eingefordert.

Eine andere Akzentuierung von sozialen Konflikten und rechtsstaatlichen Lösungsmechanismen ergab sich in dem Beitrag von Harald Baum (Hamburg) zu Japan, wo seit dem 19. Jahrhundert mehrfach eine Orientierung am westlichen Rechtssystem erfolgte. Im Unterschied zu Europa aber bleiben, so Baum, durch die – ungeachtet großer Nachfrage – staatlich reglementierte geringe Zahl an Gerichten, Konflikte häufig unausgetragen respektive finden ihre Beilegung oder Einhegung meist über das mediierend wirkende und offene Austragung sanktionierende soziale Umfeld. Rechtsstreitigkeiten gälten hier, im Unterschied zu der europäischen Rechtskultur, weitgehend als persönliche Konflikte.

Aus beiden Beiträgen entwickelte sich die Frage nach der Ursächlichkeit von nicht oder nicht unmittelbar verhandelten Konflikten: ob das Unterbleiben von Austragung zurückzuführen sei auf die Abwesenheit ständiger Gerichte oder ob eine konsensuale Kultur kaum gerichtlicher Instanzen bedürfe.

Dem standen die Beiträge zu Rechtssystem und Rechtspraxis westlicher Staaten und besonders ausgeprägt und exemplarisch demjenigen der USA gegenüber, in denen die Judikative in Gestalt der Obersten Gerichte aktive Rechtsfortbildung betreiben, legislative und exekutive Funktionen einnehmen und damit gesellschaftsgestaltend tätig werden kann (so die Beiträge von Joachim Zekoll und Felix Maultzsch, beide Frankfurt/Main). Gleichwohl jene Kompetenz der *supreme courts* in den Vereinigten Staaten im Vergleich zu der deutschen Judikative deutlicher ausgeprägt ist, traten in der Diskussion durch den breiter angelegten Kulturvergleich stärker die Ähnlichkeiten dieser Rechtssysteme in den Vordergrund. Mit dieser Existenz eines Gegenmodells zu konsensualen Gesellschaften wurde letztlich auch das Vorhandensein einer westlichen abstrakten Vorstellung ersichtlich, dass Konflikte einer Bearbeitung durch ein Verfahren unter Beabsichtigung des Erzielens einer Lösung bedürfen.

In der Diskussion über die jüngsten Entwicklungen bei außerstaatlichen Schlichtungsverfahren zeigte sich letztlich, dass selbst außergerichtliche Konfliktlösungsverfahren dieser kulturell verankerten, abstrakten Idee eines idealtypischen Konfliktes, der mit einer idealtypisch idealen Lösung beantwortet werden kann, nicht gänzlich entkommen: hier hat im Zuge einer Expansion der Wahl dieses Verfahrensweges eine gewisse, wenngleich weder systematische noch vollständig transparente Dokumentation von Schlichtungssprüchen begonnen, worin sich eine Tendenz zu einer gewissen Vereinheitlichung von Konfliktkonstellationen und deren Beilegung offenbart.

Diese Kulturspezifität der westlichen Welt eines Nexus von Konflikt und Lösung auf der Makroebene Gesellschaft wurde in der Diskussion immer wieder in den widersprüchlichen Bezug gesetzt zu Richterrealität und der konkreten Fallabhängigkeit einer Entscheidung auf der Mikroebene. Gleichsam wurde in der Diskussion deutlich, dass es nur möglich ist, die Thematik von außergerichtlicher und gerichtlicher Konfliktlösung unter Berücksichtigung des Konzepts der „prozeduralen Verrechtlichung“ aufzuschlüsseln. Dass soziale außergerichtliche Konfliktregulierung erwachsen kann aus und in Abkehr zu zunehmender Verrechtlichung bedarf der konzeptuellen Prüfung und der empirischen Einholung: so ist einerseits das Verhältnis von Konfliktlösungsmodi zu bestimmen und andererseits die bereits genannte Frage zu stellen nach der Abnahme von Konfliktfähigkeit und dem Bedürfnis Konflikte zu artikulieren oder dies zu unterlassen. Dabei sind auch die jeweiligen Motivationsstrukturen zu erfassen, wie etwa persönliche Gründe, Misstrauen in das Rechtssystem oder die Existenz eines Konflikte einhegenden oder Konfliktaustragung sanktionierenden sozialen Kontextes.

In seiner Gesamtheit offenbarte der Workshop Notwendigkeit und Nutzen grundlegende Fragestellungen und Interpretationen im interdisziplinären Austausch zu erarbeiten und zu verfolgen. Neben ersten Ansätzen zur Identifikation von Übereinstimmungen und Unterschieden in diachroner Perspektive wie auch zwischen westlichem Kulturraum und konsensualen Gesellschaften wurde zum Abschluss des Workshops auf die Notwendigkeit einer klaren heuristischen Typologie und interdisziplinär anschlussfähiger Begrifflichkeiten hingewiesen, wie sie im Eingangsvortrag von Peter Collin (Frankfurt/Main) vorangestellt worden waren. Nicht zuletzt wurde es im Zuge dessen als wünschenswert identifiziert zu hinterfragen, inwieweit ein „Konflikt“ einen Störfall des Friedens darstellt oder nicht vielmehr Frieden der Sonderfall ist. Während der nun begonnenen dreijährigen Laufzeit des Forschungsverbundes sollen im interdisziplinären Austausch Antworten auch auf diese Fragen gefunden werden.

Carolin Stenz und Dennis Vogt*

* Carolin Stenz und Dennis Vogt, LOEWE-Schwerpunkt „Außergerichtliche und gerichtliche Konfliktlösung“, Frankfurt/Main, Deutschland.

Guidelines for authors

The **Journal on European History of Law** publishes posts from the field of history of law, History of legal thought and Roman law. The length of a post cannot exceed 50.000 characters. It must be written in English or in German languages.

All the works are reviewed. The executive editor decides on whether to publish the materials and in which order. After the review, the decision will be sent to the author by email.

The authors are responsible for the lingual and formal level of submitted papers. These levels are checked by the editorial office and some small necessary changes can be done by the editor. Corrections are possible only upon prior request.

Corrections done by the author must be returned within 4 days and no significant changes are permitted.

Supplements must be sent to the email address of editor's office: info@historyoflaw.eu

The supplements must be in the formats DOCX, DOC or RTF (MS Word). In the Word editor, use the font Times New Roman, font size 12, spacing 1,5.

If your text contains pictures or tables (only black and white), mention their meaning in the text. If the pictures are sent by electronic mail, they must be in JPG, TIFF or EPS format. All the tables, pictures and graphs must be placed somewhere in the text and also sent separately.

Since The European Society for History of Law is a non-profitable organization, there would be no payment for manuscripts published in the Journal on European History of Law.

Each work must contain:

1. **Title**. It contains (in this order, always in a new row):
   Short and understandable title;
   The full name and last-name of the author/s including academic titles and working-place;
   Address of the author/s, including the code of the country before the postal code (for example CZ). Afterwards write down your email address.
2. **Abstract.** Summarizes the content of the work. Usually up to 10 rows. It should describe clearly the main question of the research, solution, sources and methodology (according to the type of research).
3. **Key words.** Several terms (not more than 20 words) that characterize the work. Words from the title can be repeated.
4. **Division of the proper text.** For better orientation in the text, it should contain headings. The headings should be numbered.

Quotation from publications in German language – write down in the underlined comments in such a way:
WAGNER, Alfred, *Kirchenrecht*, Wien, 2005, S. 151–152.
Quotation from publications in English language – write down in the underlined comments in such a way:
WAGNER, Alfred, *Kirchenrecht*, Wien, 2005, p. 151–152.