Vol. 4 / 2013 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. 4 / 2013 No. 2

Editorial staff JOURNAL ON EUROPEAN HISTORY OF LAW:

JUDr. PhDr. Stanislav Balík
Constitutional Court of the Czech Republic
Prof. Dr. Barna Mezey
Faculty of Law, Eötvös-Loránd-University Budapest, Hungary
Prof. JUDr. Jozef Beňa, CSc.
Faculty of Law, Comenius University in Bratislava, Slovak Republic
Doc. JUDr. PhDr. Jiří Bílý, CSc.
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
European University for Economics and Management, Luxembourg
Prof. Dr. Gábor Hamza
Faculty of Law, 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
Doc. 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
Prof. Dr. Wulf Eckart Voß
Faculty of Law, University of Osnabrück, Germany

TABLE OF CONTENTS

Arnd Koch: Folter und Gewaltanwendung im deutschen Strafprozess. Das Ende von Tortur und Ungehorsamsstrafen sowie die Rückkehr der „Rettungsfolter“ 2
Martin Löhnig: The Evolution of the Concept of Family and the “Special Protection of Family and Marriage” in German Law. 9
Diemut Majer – Wolfgang Höhne: Europäische Einigungsbestrebungen in der Weimarer Republikund in der Zwischenkriegszeit 15
Thomas Gergen: Translation von Recht im mehrsprachigen Kontext am Beispiel von Elsass-Lothringen, Saarland und Luxemburg 24
Philipp Kauffmann: Spreading the Law – Comparative Legal Traditions 33
Vanessa Kerbusch: Das Staatsangehörigkeitsrecht in der Österreich – Ungarischen Doppelmonarchie . . . 41
David Bartlitz: Der Begriff des Konsenses im römischen Kaufrecht 53
Sonja Pallauf: Die Entstehung der Gemeindeselbstverwaltung in Österreich 1848–1850 60
Christoph Schmetterer: Die Kriegserklärung vom 28. Juli 1914 aus rechtshistorischer Sicht 69
Elisabeth Greif: A Crime by all means – Female same-sex Sexuality in the First Republic of Austria 76
Lucas Bento: Taming the Monarch: The Importance of Judeo-Christian Influences in the Common Law of England & Wales 84
Adolfo A. Díaz-Bautista Cremades: Magic, Religion and Superstition in the Tetrarchy. 90
Alessandro Hirata: Das Levirat in den Mittelassyrischen Gesetzen 93
Zia Akhtar: The Nation State and the Law: A Legal Critique of the Organic Developmentand Restrictions of the Legal Powers of the State 97
Rafael Ramis-Barceló: Petrus Ramus on Law and Jurisprudence 107
József Szalma: Arbeitsvertrag – Kodexfrage oder einheitliches Arbeitsrecht im ungarischen Recht 118
Gergely Deli: Einige Gedanken über die *specificatio* bei Gaius 123
Katalin Ibolya Koncz: Community Property as one of the Special Institutions of Hungarian Matrimonial Property Law of the 19. Century 129
István Turkovics: The Regulation of Commerce in the 19th Century in Hungary 133
Noémi Nagy: The History of Linguistic Legislation in France 137
Jiří Bílý: The Socio-legal Environment in the Hanseatic City in the Seventeenth Century 144
Mikołaj Tarkowski: Additional Article from 13 February 1825. Institution of Completing the Constitution of the Kingdom of Poland from 1815 150
Anna Stawarska-Rippel: On the Transformation of the ‘Bourgeois’ Civil Procedure into the Socialist Civil Procedure. A Few Comments on the First Draft of the Code of Civil Procedurein the Polish People’s Republic. 154
Blerton Sinani – Sami Mehmeti: A Historical-Legal Overview of Constitution as the Highest Political-Legal Act of a State 159

BOOK REVIEWS

Éva Jakab: Szerzők, kiadók, kalózok. A szellemi alkotások védelmének kialakulása Európában 166
Ricardo Gómez Rivero: Die Königliche Sanktion der Gesetze in der Verfassung von Cádiz.. 168
Wim Decock: Theologians and Contract Law: the Moral Transformation of the Ius Commune (ca. 1500-1650). 169
Lars Konukiewitz: Die richterliche und die einseitige Vertragsauflösung wegen Nichterfüllung im französischen Recht und die aktuelle Reformdiskussion 172

REPORTS FROM HISTORY OF LAW

XXIX International Historical and Legal Conference „Sources of Ukrainian Law, other Countries and the International Countries’ Community: History and Modernity“ 174
Bratislava Legal Forum 2013 175

JOURNAL ON EUROPEAN HISTORY OF LAW

© 2013 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. The journal is reviewed - all contributions undergo a review process.

ISSN 2042-6402

Folter und Gewaltanwendung im deutschen Strafprozess. Das Ende von Tortur und Ungehorsamsstrafen sowie die Rückkehr der „Rettungsfolter“*

(Torture and Use of Force in German Criminal Procedure. The End of Torture and Enforced Testimonies as well as the Recurrence of Torture in Emergencies)

*Arnd Koch***

Abstract

Any textbook on legal history includes a reference to the abolition of torture in Prussia under the rule of Frederick II (1740/1754). However, authors rarely depict that other types of violent enforcement of testimony remained part of Prussian and German law of criminal procedure until 1848. Even after torture to extract confessions had been abolished, massive use of force against suspects was still permissible to make them state co-perpetrators or to sanction their silence or lies. The article addresses the legal principles justifying the use of force in German criminal procedure beyond the abolition of torture. Finally, the author illustrates that, most notably since the 9/11 attacks, some well-known authors – without being aware of their historic role models - speak out in favor of forms of violent enforcement of testimony.

Key words: *German Criminal Procedure; Torture; Torture in emergencies; Enforced testimonies.*

I. Einführung

Gefragt nach der Abschaffung der Folter in Deutschland wird der Kandidat, soweit er über rechtshistorische Kenntnisse verfügt, auf „Preußen“ und die Jahre „1740“ bzw. „1754“ verweisen.[1] Mit Blick auf die Anwendung der Tortur zur Geständniserlangung befände er sich in Übereinstimmung mit gängigen Lehrbuchdarstellungen und insofern (scheinbar) „auf der sicheren Seite“.[2] Legt man freilich die in Art. 1 der „UN-Antifolterkonvention“ niedergelegte Definition zu Grunde, so bedarf seine Antwort einer Korrektur.[3] Weder *Friedrich II.* noch die Reformen des Aufklärungszeitalters setzten, wie zu zeigen ist, der Zufügung „großer körperlicher oder seelischer Schmerzen zur Erlangung von Aussagen“ ein Ende.

II. Folter zur Geständniserzwingung

1. Das Meinungsspektrum im späten 18. Jahrhundert

Als Instrument zur Geständniserzwingung hatte sich die Tortur in der wissenschaftlichen Diskussion des späten 18. Jahrhunderts weitgehend erledigt.[4] Die Sieger des berühmten Berner Preisausschreibens von 1777[5], die sächsischen Juristen

* Aktualisierte und ergänzte Fassung *meines* Beitrags: Folterbefürworter nach Beccaria. Überlegungen zur Geschichte der Präventionsfolter, in: Altenhain/Willenberg (Hg.), Die Geschichte der Folter seit ihrer Abschaffung, 2011, S. 11 ff.

** Prof. Dr. Arnd Koch, Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Risiko - und Präventionsstrafrecht sowie Juristische Zeitgeschichte, Juristische Fakultät, Universität Augsburg, Deutschland.

1 Ausführlich zu den Kabinettordres vom 3. Juni 1740 und 4. August 1754: *Schmoeckel*, Humanität und Staatsraison, 2000, S. 19 ff.

2 *Eisenhardt*, Deutsche Rechtsgeschichte, 5. Aufl. 2008, Rn. 403; *Eb. Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, S. 269; auch *Kern*, Die Folter in der rechtsgeschichtlichen Entwicklung, in: Goerlich (Hg.), Staatliche Folter. Heiligt der Zweck die Mittel?, 2007, S. 41-49, 51. Lediglich auf das Jahr 1740 verweisend: *Köbler*, Deutsche Rechtsgeschichte, 6. Aufl. 2005, S. 162; *Mitteis/Lieberich*, Deutsche Rechtsgeschichte, 19. Aufl. 1992, S. 405. Ob Friedrich II. die Tortur im Jahre 1754 tatsächlich ausnahmslos beseitigte, wird neuerdings angezweifelt, hierzu *Schmoeckel* (Fn. 1), S. 39; *Zopfs*, Der Grundsatz „in dubio pro reo“, 1999, S. 174 Fn. 399; *ders*. (Hg.), Quellen zur Aufhebung der Folter, 2010, S. 35 ff.

3 Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe vom 10. Dezember 1984, Teil I, Art. 1, BGBl. 1990 II, S. 247: „Im Sinne dieses Übereinkommens bezeichnet der Ausdruck ‘Folter’ jede Handlung, durch die einer Person vorsätzlich große körperliche oder seelische Schmerzen oder Leiden zugefügt werden, zum Beispiel um von ihr oder einem Dritten eine Aussage oder ein Geständnis zu erlangen, um sie für eine tatsächlich oder mutmaßlich von ihr begangene Tat zu bestrafen oder um sie oder einen Dritten einzuschüchtern oder zu nötigen, oder aus einem anderen, auf irgendeiner Art von Diskriminierung beruhenden Grund, wenn diese Schmerzen oder Leiden von einem Angehörigen des öffentlichen Dienstes oder einer anderen in amtlicher Eigenschaft handelnden Person, auf deren Veranlassung oder mit deren ausdrücklichem oder stillschweigendem Einverständnis verursacht werden. (…).“

4 Zur Diskussion über die Folter während der frühen Neuzeit umfassend *Schmockel* (Fn. 1), S. 93 ff.

5 Vgl. zum Berner Preisausschreiben *Ignor*, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532-1846, 2002, S. 177 ff.; *Röthlin*, Die Verbesserung des Strafrechts nach Montesquieu und Beccaria – Voltaire und die Berner Preisfrage von 1777, in: ZRG GA 121 (2004), S. 238-282, S. 273 ff.; *St. Schmidt*, Die Abhandlung von der Criminal-Gesetzgebung von Hans Ernst von Globig und Johann Georg Huster, 1990, S. 23-31.

Hans Ernst v. Globig und *Johann Georg Huster*, traten für die Beseitigung der „scheußlichen Folter“ ein, ohne eine weitere Argumentation für notwendig zu erachten.[6] Ganz ähnlich konstatierte *Johann Melchior Beseke* in seinem Wettbewerbsbeitrag, dass *Beccaria* hinsichtlich der Tortur „alles so gut, so nachdrücklich gesagt (habe), dass es unnötig (sei) etwas hinzuzufügen.“[7] Andere zeitgenössische Autoren verdammten die Folter als einen „Rest der Barbarei minder aufgeklärter Zeiten“[8], welche – so *Julius v. Soden* pathetisch – „in ihre Heimath, die Hölle, zurücksenden (sei)“.[9] Der nahezu einmütigen literarischen Ablehnung entsprach es, dass eine immer größer werdende Anzahl der deutschen Partikularstaaten die peinliche Befragung aus ihren Gesetzbüchern verbannte.[10]

2. Späte Folterbefürworter

Wie aber argumentierten die heute vergessenen „Verlierer“ der wissenschaftlichen Auseinandersetzung, die letzten deutschen Folterbefürworter? Als letzter namhafter Streiter für die Tortur zur Geständniserlangung trat der Tübinger Rechtsprofessor *Christian Gottlieb Gmelin* (1749-1818) in Erscheinung.[11] In seiner Abhandlung „Grundsätze der Gesetzgebung über Verbrechen und Strafen“ aus dem Jahre 1785 plädierte er nach eingehender Erörterung für deren Beibehaltung.[12] Dabei war er sich der Antiquiertheit seines Standpunktes nur zu bewusst: „Kaum darf man es noch wagen, ohne ein Hohngelächter zu erregen, etwas für die Beibehaltung derselben zu sagen.“[13] Ein Großteil der Folterkritiker, so *Gmelin* weiter, „thut sich vieles darauf zu gut, wenn sie sich selbst über die Vorurtheile der Voreltern erheben, und diese nebst ihren getreuen Nachkommen verspotten kann.“[14]

Nach Erscheinen von *Gmelins* Abhandlung finden sich lediglich vereinzelte und weit weniger beredte Stellungnahmen zugunsten der Folter. Noch 1794 war der Rostocker Gelehrte *Johann Christian v. Quistorp* deren Anwendung zur Geständniserzwingung nicht gänzlich abgeneigt.[15] Als bloße wissenschaftsgeschichtliche Kuriosität erscheint indes die Stellungnahme des weitgehend unbekannten Juristen *Jakob Tobias Werner*, der selbst im Jahre 1820 meinte „zum Zwecke der Strafgerechtigkeit“ nicht auf die Tortur verzichten zu können.[16]

3. Argumente für die Folter

In seiner Vorrede verlieh *Gmelin* der Überzeugung Ausdruck, dass „sich mit gutem Grunde immer die Vermutung aufstellen läßt, daß was Jahrhunderte durch von gesitteten Völkern als billig und vernünftig angenommen worden, auch wirklich so beschaffen seye“[17]. Gerade auf dem Gebiet der Strafgesetzgebung aber habe man sich vor „Vorurteilen für Modemeinungen zu hüten“[18], „wenn man nicht den ganzen Entzweck derselben, Wohl und Sicherheit des Staates und seiner Mitglieder, ganz beiseit setzen will“[19]. Unter Zugrundelegung dieses wahrlich konservativen Leitsatzes beharrte *Gmelin* in rechtspolitischen Schlüsselfragen seiner Zeit auf traditionellen Positionen. Dies betrifft neben seiner Haltung zur Folter beispielsweise auch das Plädoyer für die Beibehaltung der Todesstrafe[20] sowie deren Anwendung auf „Kindsmörderinnen“.[21] Nicht zu Unrecht, wenn auch in der Wortwahl anachronistisch, gilt *Gmelin* als Exponent einer „autoritär-repressiven Kriminalpolitik“[22].

Mit Blick auf die Tortur nun gelangte *Gmelin* zu dem Ergebnis, dass diese „als ein billiges, gerechtes, zweckmäßiges Mittel die Wahrheit zu erforschen beizubehalten seye“[23]. Im Zentrum seiner Argumentation standen die notwenige Ermittlung der materiellen Wahrheit sowie die Sicherheitsinteressen des Staates und seiner Bürger. So hielt *Gmelin* die von Aufklärungsautoren häufig zitierte Sentenz des *Ulpian* für „sehr unrichtig“,

---

6 *Globig/Huster*, Abhandlung von der Criminal-Gesetzgebung, 1783, S. 412. Hierzu *A. Koch*, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. 2, 2. Aufl. 2012, Sp. 401 f.; *Schmidt* (Fn. 5) passim.

7 *Beseke*, Versuch eines Entwurfs zu einem vollständigen Gesezzesplan für Verbrechen und Strafen als ein Beytrag zur ökonomischen Gesellschaft zu Bern, 1783, S. 45.

8 *Wieland*, Geist der peinlichen Gesetze, 2. Theil, 1784, S. 271.

9 *v. Soden*, Geist der peinlichen Gesetzgebung Teutschlands, Zweiter Band, 1794, S. 276.

10 Zeitliche Übersicht bei *Baldauf*, Die Folter. Eine deutsche Rechtsgeschichte, 2004, S. 201 f.

11 Biographisch *Woelki*, Christian Gottlieb von Gmelin. Ein deutscher Kriminalist der Aufklärung, 1957.

12 *Christian Gottlieb Gmelin*, Grundsätze der Gesetzgebung über Verbrechen und Strafen, Tübingen 1785, S. 397-431; hilfreich ist seine umfassende Dokumentation der einschlägigen literarischen Stellungnahmen.

13 *Gmelin* (Fn. 12), S. 397.

14 *Gmelin* (Fn. 12), S. 403.

15 *Johann Christian v. Quistorp*, Grundsätze des deutschen Peinlichen Rechts, Zweyter Theil, 5. Aufl., Rostock und Leipzig 1794, § 723, S. 313.

16 *Jakob Tobias Werner*, Handbuch oder Commentar des peinlichen Rechts zum Gebrauche bei sämtlichen neueren Gesetz- und Lehrbüchern dieses Faches, 1820, § 99, S. 63.

17 *Gmelin* (Fn. 12), S. XI.

18 *Gmelin* (Fn. 12), S. XII.

19 *Gmelin* (Fn. 12), S. XII f.

20 *Gmelin* (Fn. 12), S. 76 ff. mit ausführlicher Übersicht über den Meinungsstand. Im Ergebnis wie Gmelin auch *Beseke* (Fn. 7), S. 28; *v. Soden* (Fn. 9, Bd. 1), S. 70 ff.; *Wieland* (Fn. 8, Bd. 1), S. 403 ff. Ihrem Vorbild Beccaria auch insofern folgend plädierten allein Globig/Huster für die grundsätzliche Beseitigung der Todesstrafe, *Globig/Huster* (Fn. 6), S. 64 ff.; *dies.*, Vier Zugaben zu der im Jahre 1782 von der ökonomischen Gesellschaft zu Bern gekrönten Schrift von der Criminalgesetzgebung, 1785, S. 80 ff.

21 *Gmelin* (Fn. 12), S. 138 ff., abermals mit eingehender Literaturübersicht. Gegen Anwendung der Todesstrafe bei Kindstötungen hingegen grundsätzlich *Wieland* (Fn. 8, Bd. 2), S. 161.

22 *Ludi*, Die Fabrikation des Verbrechens. Zur Geschichte der modernen Kriminalpolitik, 1999, S. 167 ff. Nicht unerwähnt bleiben soll freilich, dass Gmelin in anderen Punkten durchaus fortschrittliche Gedanken vertrat. So trat er unter Berufung auf die Menschlichkeit, die gesunde Vernunft und die Billigkeit für die Rechtsgleichheit von Juden und Christen auf dem Gebiete des Strafrechts ein, hierzu *Gmelin*, Abhandlung von den besonderen Rechten der Juden in peinlichen Sachen, 1782, S. 114.

23 *Gmelin* (Fn. 12), S. 421.

wonach es besser sei, zwanzig Schuldige nicht zu bestrafen als einen Unschuldigen zu belangen.[24] Auch stelle es angesichts der überwiegenden Vorteile der Folter keinen hinlänglichen Grund für deren Beseitigung dar, „wenn unter Tausenden einer (…) Unrecht leidet“[25]. Aus generalpräventiven Erwägungen sowie im Interesse einer effektiven Strafverfolgung hielt *Gmelin*, wie folgende Passage erhellt, die Tortur für schlechterdings unverzichtbar:

> „Der Richter, welcher einen vorsezlichen Mörder ungestraft gehen läßt, hat nicht nur das Blut derer, welche von diesem getötet werden, zu verantworten, sondern er trägt auch die Schuld aller derjenigen auf sich, welche durch dieses Beispiel der Straflosigkeit gereizt, andere Mordthaten begangen haben; die Loslassung eines Schuldigen kan leicht dem Staat weit mehr Nachtheil bringen, als die Verdammung mehrerer Unschuldigen, und an der Bestrafung des Schuldigen ist immer äusserst viel gelegen; folglich ist es grosse Pflicht, alle ersinnlichen vernünftige Mittel zu Entdeckung eines groben Verbrechens zu ergreifen, folglich auch die Folter unter den erforderlichen Umständen zu gebrauchen.“[26]

Einwände ließ *Gmelin* nicht gelten. Die geäußerten Bedenken beträfen allein Missbräuche der Vergangenheit[27], welche sich durch Vorsichtsmaßnahmen leicht abstellen ließen.[28] Wo aber sei, so seine rhetorische Frage, die menschliche Anstalt, welche nicht Missbräuchen unterworfen ist.[29] Als „ganz unbegründet“[30] erschien ihm der Einwand *Beccarias*, wonach die Tortur ein sicheres Mittel sei, „kräftige Verbrecher freizusprechen und schwache Unschuldige zu verurteilen“[31]. Während es sich für *Beccaria* von vornherein verbot, den bis zu seiner Verurteilung als unschuldig Geltenden zu foltern[32], verwies *Gmelin* darauf, dass gegen den Betreffenden – in den Kategorien des gemeinrechtlichen Beweisrechts – zumindest ein halber Beweis streite.[33] Es könne nicht unbillig sein, den erheblich Verdächtigen mittels der Folter zum Bekenntnis der reinen Wahrheit anzuhalten.[34]

4. Substitution der Folter

Gmelins Plädoyer für die Beibehaltung der peinlichen Befragung blieb der letzte Nachhall einer jahrhundertelangen Diskussion. Sein Hauptargument, die ansonsten drohende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, vermochte seine Zeitgenossen nicht mehr zu beeindrucken. „Die Geschichte selbst hat gesprochen“ – mit diesen Worten schloss *Paul Johann Anselm Feuerbach* wenige Jahre später seinen rechtsvergleichenden Überblick über die Folterabschaffung in Europa.[35] Gerade die preußische Entwicklung habe gezeigt, dass „die Verwaltung der Strafgerechtigkeit (…) durch Entziehung dieses Mittels sogenannter Wahrheitserforschung nichts an Kraft, noch der Staat an Sicherheit verloren (habe)“[36]. In der Tat bedeutete die Beseitigung der Tortur kein „Sicherheitsrisiko“, ungerechtfertigte Freisprüche standen nicht zu befürchten. Mit der *poena extraordinaria* in Form der sog. „Verdachtsstrafe“ (unten, a) sowie Lügen- bzw. Ungehorsamsstrafen (unten, b) standen zwei tradierte Rechtsinstitute zur Verfügung, welche die entstandene „Lücke“ zu schließen vermochten und die Verbannung der Folter erleichterten.

a) *Poena extraordinaria* und „Verdachtsstrafen“

Das von der Wissenschaft kreierte Rechtsinstitut der *poena extraordinaria* war ein fester Bestandteil des frühneuzeitlichen Strafprozesses.[37] Diese Rechtsfigur beschreibt eine vom Richter zu bestimmende, gesetzlich nicht festgelegte Strafe. Sie erlaubte es, Urteile unabhängig von normierten Strafandrohungen zu verhängen; sie ermöglichte einerseits die Unterschreitung absoluter Strafen, andererseits legitimierte sie die Ahndung tatbestandsloser Verhaltensweisen. „Verdachtsstrafen“ bildeten einen Unterfall der *poena extraordinaria*.[38] Mit ihrer Hilfe gelangte man trotz eines Zurückbleibens hinter den Anforderungen des Vollbeweises zu Verurteilungen. Der Richter legte die Sanktion, die unterhalb der regulären Strafe zu bleiben hatte, nach sei-

---

[24] *Gmelin* (Fn. 12), S. 410. *Ulpian* Dig. 48.19.5 pr.: *Satius enim esse inpunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari*“; zu diesem Satz *Ignor* (Fn. 5), S. 93; *Schmoeckel*, Humnität (Fn. 1), S. 194 f. Zustimmend zitiert etwa bei *v. Sonnenfels*, Ueber die Abschaffung der Tortur, 1775, S. 66 f.; *Globig/Huster* (Fn. 6), stellen den Satz ihrem Werk als Motto voran.

[25] *Gmelin* (Fn. 12), S. 405. Die Die Vorteile der Tortur überwögen weit, weil „einestheils manche Unschuld dadurch gerettet, mancher Verbrecher anderntheils entdeckt, und also der Staat und seine Bürger vor manchem Unglück bewahrt werden“, ebd., S. 405.

[26] *Gmelin* (Fn. 12), S. 410. Die geforderte Aufhebung der Folter hingegen schwäche die abschreckende Wirkung der Strafe, der „gemeine Mann“ glaube, Verbrechen blieben unentdeckt, folglich würden in der Hoffnung der Straflosigkeit „nun gewiß weit mehrere Verbrechen begangen“, ebd. S. 417.

[27] *Gmelin* (Fn. 12), S. 403.

[28] *Gmelin* (Fn. 12), S. 421 ff. Die Anwendung der Folter sollte insbesondere nur bei solchen Verbrechen zulässig sein, bei welchen ein auf seine Richtigkeit überprüfbares Geständnis zu erwarten war.

[29] *Gmelin* (Fn. 12), S. 404.

[30] *Gmelin* (Fn. 12), S. 408.

[31] *Beccaria*, Über Verbrechen und Strafen, hrsg. von Alff, 1998, S. 92.

[32] *Beccaria* (Fn. 31), S. 92; auch *Feuerbach*, Die Aufhebung der Folter in Baiern, in: *ders*., Themis oder Beiträge zur Gesetzgebung, 1812, S. 239-270, 241; abgedruckt auch bei *Zopfs* (Fn. 2), S. 11 ff.

[33] *Gmelin* (Fn. 12), S. 422.

[34] *Gmelin* (Fn. 12), S. 416.

[35] *Feuerbach* (Fn. 32), S. 264.

[36] *Feuerbach* (Fn. 32), S. 244. Mit Blick auf späte Folterbefürworter ebd., S. 243: „Wenn mich nicht alles trügt, so höre ich von dieser Seite nur das Gejammer des Vorurtheils, das aus seinem Todesschlummer aufgeschreckt wird; das sich vor dem Besseren fürchtet, weil ihm das alte bequemer ist“.

[37] Ausführlich *Schmoeckel* (Fn. 1), S. 295 ff.; außerdem *A. Koch*, Denunciatio. Zur Geschichte eines strafprozessualen Rechtsinstituts, 2006, 202 ff.; *Schaffstein*, Verdachtsstrafe, außerordentliche Strafe durch Sicherungsmittel im Inquisitionsprozeß des 17. und 18. Jahrhunderts, in: ZStW 101 (1989), S. 493-515.

[38] Zu verbreiteten begrifflichen Missverständnissen *A. Koch*, Die Grundlagen des deutschen Strafverfahrens. Zehn verbreitete Fehlvorstellungen und ihre notwendige Korrektur, in: Steinberg (Hg.), Recht und Macht. Festschrift für Hinrich Rüping zum 65. Geburtstag, 2008, S. 393-417, 398 f.

nem Ermessen fest.[39] Übertriebene Milde war bei Anwendung dieses Verfahrens nicht zu erwarten. So etablierte sich als *poena extraordinaria* für todeswürdige Delikte die lebenslange schwere Zwangsarbeit, die für Verurteilte zugleich den „bürgerlichen Tod" bedeutete.[40]

Der frühneuzeitliche Strafprozess verlangte für die Verurteilung grundsätzlich ein Geständnis oder die übereinstimmende Aussage zweier einwandfreier Zeugen. Ein halber Beweis – etwa die Aussage eines Zeugen – oder gar Indizien genügten nicht. Möglich blieb allein die Anordnung der Tortur, um über diesen „Umweg" zu einem Geständnis zu gelangen.[41] Nach Abschaffung der Folter erschien es undenkbar, den Inquisiten, gegen den immerhin ein halber Beweis stritt, freizusprechen.[42] In dieser Situation ermöglichte das Institut der „Verdachtsstrafe" dem Richter, die Gesamtumstände zu würdigen und eine Strafe nach seinem Ermessen zu verhängen. Deren skizzierte Funktion als Mittel der „Entbehrlichmachung"[43] und Kompensation der Folter findet ihren Ausdruck in den Worten *Feuerbachs*:

> „(…) und als in Teutschland der Gebrauch der Folter hier durch Gesetz, dort durch Gewohnheit ausser Uebung kam, so mußte sich, um die nun sichtbare, dem Staat gefährliche Lücke zu decken, unter den Rechtslehrern und in den Gerichtshöfen ein System über die Verurtheilung der Verbrecher bei unvollständigem gesetzlichen Beweise bilden, bald unter dem Namen und unter dem Titel ausserordentliche Strafen, bald unter dem Namen und aus dem Gesichtspunkte eines Sicherungsmittels."[44]

b) Lügen- und Ungehorsamsstrafen

Zudem sorgte das Rechtsinstitut der Lügen- und Ungehorsamsstrafe dafür, dass der Inquisit trotz obsoleter Folter weiterhin mittels körperlicher Gewalt zu Aussagen gezwungen werden konnte.[45] Im frühneuzeitlichen Strafverfahren oblag diesem die Pflicht, die ihm vorgelegten Fragen präzise und vollständig zu beantworten. Verweigerte er durch beharrliches Schweigen die Mitwirkung an seiner Überführung, so stand der Weg zur Folter offen.[46] Der Theorie nach handelte es sich nicht um Geständniserzwingung, sondern lediglich um ein Ordnungsmittel. Nach Abschaffung der Folter wurde die Pflicht zur wahrheitsgemäßen Aussage gesetzlich sanktioniert. Dass die Beseitigung der Tortur *ad torquendam confessionem* keinesfalls das Ende von körperlichem Zwang zur Aussagegewinnung bedeutete, veranschaulicht § 2 der Bayerischen Verordnung zur Abschaffung der Folter aus dem Jahre 1806:

> „(…) so sind Wir doch keineswegs gemeint, diejenigen Zwangs-Mittel an dem Inquisiten zu verbieten, welche bloß zur Beugung und Bestrafung seines unbezweifelten Ungehorsams von Gericht angewendet werden. – Wenn daher ein Inquirent [richtig: Inquisit, A.K.] durch Verweigerung oder geflissentliche Unbestimmtheit seiner Antworten sich der Gefahr einer Überführung zu entziehen, oder durch offenbare und unauflösliche Widersprüche in seinen Aussagen den Richter zu täuschen, oder die Untersuchung aufzuhalten, und zu verwirren sucht, oder wenn er durch ungebührliches Betragen zum Nachtheile des richterlichen Ansehens und zur Störung der Inquisition Bosheit zu üben vornimmt; dann sollen zwar die Inquirenten befugt und verpflichtet seyn denselben durch härteres Gefängnis, Schmälerung der Kost, oder mit körperlicher Züchtigung zu bestrafen (…)."[47]

Als Mittel körperlicher Züchtigung sah die Preußische Criminalordnung Peitschen- und Rutenhiebe vor (§ 294 PrCO von 1805). Das Bayerische Strafgesetzbuch statuierte Hiebe mit bis zu 25 Streichen – bei dreimaliger Wiederholungsmöglichkeit im Abstand von jeweils drei Tagen (Art. 188, BayStGB von 1813).[48] Gesetzgebung und überwiegende Lehre unterstrichen weiterhin den theoretischen Unterschied zwischen zulässiger Ordnungsmaßnahme und verwerflicher, überwundener Folter zur Geständniserzwingung.[49] Richter wurden eindringlich ermahnt nicht zu suggerieren, die Züchtigungen intendierten die Geständniserlangung.[50] Um das Jahr 1830 gewannen schließlich kritische Stimmen die Oberhand, wonach Ungehorsamsstrafen – in den Worten *Carl Joseph Anton Mittermaiers* – „der Sache nach

---

[39] *Ignor* (Fn. 5), S. 106f.; *Schaffstein* (Fn. 37), S. 494 f.; *Schmoeckel* (Fn. 1), S. 297 ff.

[40] *Schlosser*, Motive des Wandels in den Erscheinungsformen und Strafzwecken bei der Arbeitsstrafe, in: Schulze/Vormbaum/Schmid/Willenberg (Hg.), Strafzweck und Strafform zwischen religiöser und weltlicher Wertevermittlung, 2008, S. 145-158, 150 ff.

[41] Überblick über den frühneuzeitlichen Strafprozess und sein Beweissystem bei *Ignor* (Fn. 5), S. 62 ff.; *Koch* (Fn. 37), S. 97 ff., 117 ff.; *Rüping/Jerouschek*, Grundriss der Strafrechtsgeschichte, 6. Aufl. 2012, Rn. 103 ff.

[42] Vgl. hierzu den vielzitierten Satz Radbruchs, wonach das frühneuzeitliche Strafverfahren für die Anwendung der Folter einen Verdachtsgrad verlangte, bei welchem wir heute (d.h. mittels freier Beweiswürdigung, A.K.) ohne weiteres verurteilen würden, in: *Radbruch*, Zur Einführung in die Carolina, in Arthur Kaufmann (Hg.), Gustav Radbruch. Gesamtausgabe, Bd. 11, berarb. v. Ulfried Neumann, 2001, S. 315-329, 326.

[43] *Feuerbach* (Fn. 32), S. 267.

[44] *Feuerbach* (Fn. 32), S. 267.

[45] Vgl. *Ignor* (Fn. 5), S. 148, 252 f.; *Knapp*, Die Ungehorsamsstrafe in der Strafprozesspraxis des frühen 19. Jahrhunderts, 2011, S. 28 ff.; *Mauß*, Die Lügenstrafe nach Abschaffung der Folter ab 1740, 1974, passim; *Plöger*, Die Mitwirkungspflicht des Beschuldigten im deutschen Strafverfahren von den Anfängen im germanischen Rechtsgang bis zum Ende des gemeinen Inquisitionsprozesses, 1992, S. 247 ff.; *Willenberg*, Lügen- und Ungehorsamsstrafen – Eine Fortsetzung der Folter? Physische Gewalt im juristischen Diskurs im 18. und 19. Jahrhundert, in: Altenhain/Willenberg (Hg.), Die Geschichte der Folter seit ihrer Abschaffung, 2011, S. 115 ff.; *Zachariae*, Handbuch des deutschen Strafprocesses, Bd. 2, 1868, S. 255 ff. Aus dem zeitgenössischen Schrifttum umfassend *Hohbach,* Ueber Ungehorsamsstrafen und Zwangsmittel zur Erforschung der Wahrheit gegen anwesende Angeschuldigte, in: Neues Archiv des Criminalrechts 12 (1832), S. 449-487, 520-619.

[46] *A. Koch* (Fn. 37), S. 108 f.

[47] Abgedruckt in: Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform 23 (1932), S. 228-238.

[48] *Mauß* (Fn. 45), S. 12, 30; hierzu auch *A. Koch*, Das Jahrhundert der Strafrechtskodifikation: Von Feuerbach zum Reichsstrafgesetzbuch, ZStW Bd. 122 (2010), S. 748 f.

[49] Übersicht bei *Mauß* (Fn. 45), S. 48 ff.

[50] *Grolman*, Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft, 1798, § 654, S. 450 Note 2. § 11 der bayerischen Verordnung von 1806 (Fn. 47) verpflichtete den Richter vor Exekution der Ungehorsamsstrafe gar zu einer „Belehrung", er müsse „dem Inquisiten deutlich und umständlich vorhalten, aus welcher Ursache ihn diese Übel treffen, und daß es nicht geschehe um in durch Schmerzen zum Geständnisse seiner Schuld zu bewegen".

eine sehr gefährliche Folter mehr oder minder enthalten“[51]. Im Gefolge erklärten erste Partikulargesetzgebungen jedwede körperliche Züchtigung im Strafverfahren für unzulässig.[52] Tatsächlich musste der Inquisit den Eindruck gewinnen, nur das Geständnis bewahre ihn vor weiteren körperlichen Misshandlungen. Lügen- und Ungehorsamsstrafen verschwanden erst im Zuge der nach 1848 ausgelösten Verfahrensreformen aus den Strafgesetzgebungen.[53]

III. Restbestände der Folter

1. Folter zur Entdeckung von Mittätern

Obwohl, wie gezeigt werden konnte, das Rechtsinstitut der Tortur zur Geständniserzwingung gegen Ende des 18. Jahrhunderts nahezu einhellig verworfen wurde, hielten zahlreiche Autoren für einen Sonderbereich an ihr fest. Ging es im Interesse der öffentlichen Sicherheit darum, von einem bereits überführten Delinquenten potentielle Komplizen in Erfahrung zu bringen, so wollten selbst prominente Aufklärungsschriftsteller nicht auf die Folter verzichten.[54] Schon *Friedrich II.* hatte in seiner wegweisenden Kabinettordre vom 3. Juni 1740 unter anderem dann eine Ausnahme vom Folterverbot zugelassen, wo „viele Delinquenten, deren Connexion heraus zu bringen nöthig, impliziert“[55]. Angeknüpft werden konnte abermals an das frühneuzeitliche Strafverfahren, für das allgemein anerkannt war, dass überführte Delinquenten unter der Folter zur Preisgabe von Mittätern gezwungen werden konnten.[56]

Noch Jahrzehnte nach Erscheinen von *Beccarias* „Von Verbrechen und Strafen“ befürwortete eine beträchtliche Zahl von Autoren weiterhin die Anwendung der Folter zur Entdeckung von Mittätern, obgleich sie die Tortur ansonsten unter erheblichem rhetorischem Aufwand als „Relique der Barberey der Vorzeit“[57] oder „barbarisches, ungerechtes, trügendes und unzuverlässiges Mittel“[58] brandmarkten. Hierbei handelte es sich keinesfalls um die rückständige Position literarischer Außenseiter. Selbst Autoren wie *Voltaire*[59] oder *Joseph v. Sonnenfels*[60] wollten für diesen Sonderfall – entgegen *Beccaria*[61] – nicht auf die Folter verzichten.

Um ihre ausnahmsweise Beibehaltung zu rechtfertigen, wurde auf das Wohl des Staates[62] und die Sicherheit der Bürger verwiesen.[63] Den Zusammenhang zwischen erzwungener Nennung von Mittätern und öffentlichen Sicherheitsinteressen brachte *v. Sonnenfels* wie folgt zum Ausdruck:

> „Er wird seines Stillschweigens wegen gequält, und eigentlich gestraft, weil dieses Stillschweigen ein neues Verbrechen gegen die gemeinschaftliche Sicherheit ist, der er durch die Zurückhaltung die Vertheidigung gegen die nicht eingebrachten Bösewichte unmöglich macht.“[64]

Auch beruhigte man sich damit, dass die Folter allein überführte Delinquenten treffe, eine Gefahr für Unschuldige daher ausgeschlossen sei.[65] Unter Berufung auf v. Sonnenfels plädierte selbst Feuerbach für den ausnahmsweisen Einsatz von Zwangsmitteln, freilich unter Vermeidung des hässlichen Worts „Folter“[66]. An die heute viel diskutierte

---

[51] *Mittermaier*, Das Deutsche Strafverfahren, Erster Teil, 4. Aufl. 1845, S. 507; krit. auch *Zachariae*, Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafrechts, 1846, S. 112: „Zur Genüge ist aber schon darauf aufmerksam gemacht worden, daß es in der That schöne Worte ohne Realität sind, wenn man, gegen ein erzwungenes Bekenntniß protestirend, doch die Ungehorsamsstrafen wegen verweigerter Erklärung in Schutz nimmt“. Bzgl. Lügen und Widersprüchen auch *Henke*, Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik, Vierter Theil, 1838, S. 689 ff. Bemerkenswert fortschrittlich bereits *Kleinschrod*, Ueber die Rechte, Pflichten und Klugheitsregeln des Richters bei peinlichen Verhören und der Erforschung der Wahrheit in peinlichen Fällen, in: Archiv des Criminalrechts 1 (1799), S. 1-31, 52-86; S. 71: „Im Grunde aber sind die Schläge schon eine Art Tortur (…), S. 72: „Alle diese Zwangsmittel sind unzulässig, wenn der Inquisit antwortet, aber läugnet. Denn man kann ihn zwar zwingen, daß er antwortet, aber nicht, wie er antworten soll. Ist in einem Land die Tortur abgeschafft, so darf der Richter auch nicht durch Schläge, härteres Gefängnis u. dgl. ein Geständnis erpressen.“ Weitere krit. Stimmen bei *Knapp* (Fn. 45), S. 45 ff.

[52] Badisches Gesetz vom 25. November 1831, bei *Mittermaier*, Die körperliche Züchtigung als Strafart, in: Neues Archiv des Criminalrechts 12 (1831), S. 650-667, 651.

[53] Für Preußen: Verordnung vom 3. Januar 1849 über die Einführung des mündlichen und öffentlichen Verfahrens mit Geschworenen in Untersuchungssachen, § 18: „Zwangsmittel jeder Art, durch welche der Angeklagte zu irgend einer Erklärung genöthigt werden sollt, sind unzulässig“; Für Bayern: Gesetz vom, 10. November 1848 die Abänderung des zweiten Theiles des Strafgesetzbuches vom Jahre 1813 betreffend, Art. 368, jeweils abgedruckt bei *Haeberlin*, Sammlung der neueren deutschen Strafprocessordnungen, 1852, S. 183 ff., S. 233.

[54] Unter deutschen Reformautoren für diese Konstellation Folter ausnahmsweise befürwortend: *Grabe*, Ueber die Reformation der peinlichen Gesetze und über die Verdienste und Bemühungen sie zu verbessern nebst einigen Bemerkungen über Verbrechen und Strafen, 1794, § 26 (S. 47); *Steltzer*, Lehrbuch des teutschen Criminalrechts, 1793, § 784 (S. 400f.); *v. Soden*, Geist (Fn. 9), S. 280; *Zaupser*, Bedenken über einige Punkte des Criminalrechts in drey Abhandlungen, 1777, S. 23.

[55] Zitiert bei *Schmoeckel* (Fn. 1), S. 19.

[56] Ausführlich *A. Koch* (Fn. 37), S. 162-182; dort auch zur Verantwortlichkeit des Instituts der sog. *nominatio socii* für das Entstehen von Verfolgungswellen in Hexereiverfahren.

[57] *Steltzer* (Fn. 54), S. 400 f.

[58] *Graebe* (Fn. 54), S. 47.

[59] *Voltaire*, Kommentar zu dem Buch „Über Verbrechen und Strafen“ (1764), in: Mensching (Hg.), Republikanische Ideen, Schriften 2, 1979, S. 33-88, S. 59; *ders*., Preis der Gerechtigkeit und Menschenliebe, (1777), ebd., S. 89-166, 158.

[60] *v. Sonnenfels*, Über die Abschaffung der Tortur, 1775, S. 81 ff.

[61] *Beccaria* (Fn. 31), S. 100, wendet sich ausdrücklich gegen eine solche Ausnahme.

[62] *v. Soden* (Fn. 9), S. 279.

[63] *Zaupser* (Fn. 54), S. 23.

[64] *v. Sonnenfels* (Fn. 60), S. 83.

[65] *v. Soden* (Fn. 9), S. 280; *v. Sonnenfels* (Fn. 60), S. 82.

[66] *Feuerbach*, Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayrischen Staaten, 1804, Tl. 2, S. 246: „(G)esteht aber auch einmal der überwiesene Verbrecher seine Mitschuldigen nicht gutwillig, welche er, nach allen Umständen zu urtheilen, wirklich gehabt hat, so darf er mit vollem Recht durch Zwangsmittel zum Geständnisse genöthigt werden, wie selbst Sonnenfels, sonst der kühnste Feind inquisitorischer Zwangsmittel, zugesteht.“

„ticking-bomb-Konstellation“[67] erinnert eine bei *v. Soden* erörtere weitere Ausnahme. So billigte er die Tortur, wenn dringende Anzeichen bestehen, dass der überführte Delinquent ein anderes Verbrechen verschwiegen hat, „dessen Folgen erst in der Zukunft zu wirken anfangen werden, durch jetzige Entdeckung aber verhütet werden könnten“[68]. Wie schon hinsichtlich der Entdeckung von Mittätern dienen Präventions- und Sicherheitsinteressen der Aufweichung des generellen Folterverbotes.

2. Ungehorsamsstrafen bei verweigerter Nennung von Mittätern

Ende des 18. Jahrhunderts änderte sich die rechtliche Einordnung der erzwungenen Benennung von Mittätern. Sprachen Gesetzgebung und Schrifttum zuvor einheitlich von „Folter“, so galten die angewendeten Zwangsmittel nunmehr als bloßer Unterfall der Ungehorsamsstrafe. Der Staat habe gegenüber dem Täter das Recht auf eine entsprechende Erklärung. Schweige er über Komplizen, so müsse er aufgrund dieses erneuten Rechtsbruchs bestraft werden.[69] Beispielhaft heißt es hierzu in § 6 der bereits zitierten Bayerischen Verordnung zur Abschaffung der Folter von 1806:

> „Zu den einzelnen Fällen aus Ungehorsam verweigerter Antwort ist vorzüglich zu zählen: I) Wenn der Inquisit seines Verbrechens geständig, und daß er Mitschuldige gehabt habe, auch daß er diese kenne, nicht zu bezweifeln ist, gleichwohl aber derselbe hartnäckig sich weigert, sie dem Gerichte anzuzeigen (…).“[70]

Die Umdeutung der Zwangsmittel in Ungehorsamsstrafen schränkte einerseits die zulässigen Maßnahmen gegen den Überführten ein. Mehr als die gesetzlich vorgesehene Höchstzahl an Stock- oder Peitschenhieben hatte dieser nicht mehr zu gewärtigen. Andererseits gelang es auf diese Weise, brutale Methoden der Aussageerzwingung begrifflich aus der Folterdefinition herauszunehmen. „Folter“ war beseitigt, körperliche Zwangsmaßnahmen zur Aussagegewinnung blieben jedoch bis zur Abschaffung der Ungehorsams- und Lügenstrafen erhalten.

IV. Fazit und Ausblick: Rückkehr der „Rettungsfolter“?

Der rechtshistorische Überblick über das Ende der Folter in Deutschland offenbart, dass zwischen deren Abschaffung und staatlichen Sicherheits- und Präventionsinteressen ein enger Zusammenhang besteht. Die Beseitigung der Folter zur Geständniserlangung war – neben humanitären Erwägungen – auch deshalb möglich, weil Rechtsinstitute wie „Verdachtsstrafen“ oder „Ungehorsams- bzw. Lügenstrafen“ die entstandene Lücke zu schließen vermochten.[71] Heute sorgen die freie richterliche Beweiswürdigung und eine elaborierte Kriminaltechnik dafür, dass Verurteilungen ohne Einlassung des Angeklagten problemlos möglich sind. Mit Blick auf die Geständniserlangung ist das Institut der Folter seit Ende des 18. Jahrhunderts aus der wissenschaftlichen Diskussion verbannt.[72] Auch die heute nicht wenigen Befürworter der sog. „Rettungs- oder Präventivfolter“ unterlassen es nicht, ihre strikte Ablehnung dieser Form der Aussageerzwingung zu beteuern.[73]

Die Einigkeit über die Verbannung der Tortur fand im 18./19. Jahrhundert, ebenso wie in der gegenwärtigen „Folterdebatte“, dort ein Ende, wo Sicherheits- und Präventionsinteressen des Staates und seiner Bürger fortbestehen. Die Folter – verstanden als Zufügung großer körperlicher oder seelischer Schmerzen – blieb in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts in Form von Lügen- und Ungehorsamsstrafen in Anwendung, unter anderem, um Mittäter zu ermitteln und künftige Delikte zu verhindern.[74] Folter erscheint manchen erneut als probates Mittel zur Abwehr akuter Gefahren. In einem verbreiteten Lehrbuch wird heute gar vertreten, dass sich Polizisten wegen Totschlags durch Unterlassen strafbar machen, wenn sie zum Schutz des Lebens *nicht* zur Anwen-

---

[67] Hierzu *Greco*, Die Regeln hinter der Ausnahme. Gedanken zur Folter in sog. ticking time bomb-Konstellationen, in: GA 2007, S. 628-643.

[68] *v. Soden* (Fn. 9), S. 280; im Gegensatz zur heutigen Diskussion wollte v. Soden die Folter selbst in diesem Ausnahmefall allein auf einen bereits überführten Delinquenten angewendet wissen.

[69] *Hohbach* (Fn. 45), S. 458 ff.

[70] Bayerische Verordnung von 1806 (Fn. 47, S. 234. Vgl. auch die entsprechende Regelung in § 294 der PrCO von 1805. Einen Überblick über weitere Gesetze gibt *Mauß* (Fn. 45), S. 8 ff. Das Badische Strafedikt von 1803 hob die Folter zwar grundsätzlich auf, ließ jedoch u.a. hinsichtlich der Mittäterbenennung eine Ausnahme zu. Die Zwangsanwendung behielt die Bezeichnung „Folter“; hierzu *Mittermaier* (Fn. 52), S. 652.

[71] Vgl. auch *Härter*, Die Folter als Instrument policeylicher Ermittlung im inquisitorischen Untersuchungs- und Strafverfahren des 18. und 19. Jahrhunderts, in: Altenhain/Willenburg (Fn. 45), S. 83 ff. (99 ff.).

[72] Selbst ein interner Erlass der Gestapo zur Anwendung der sog. „verschärften Vernehmung“ vom 12. Juni 1942 (neben „einfachster Verpflegung, hartes Lager, Dunkelzelle, Schlafentzug, Ermüdungsübungen“ auch „Verabreichung von Stockhieben“ [bei mehr als 20 Stockhieben muss ein Arzt beigezogen werden]) erklärte diese Methoden zur „Herbeiführung von Geständnissen über eigene Straftaten“ für unzulässig, wenn es um die Erlangung eines Geständnisses ging; Faksimile bei *Tuchel/Schattenfroh*, Zentrale des Terrors, 1987, S. 177-179. Dass die Verhörwirklichkeit eine andere war, steht auf einem anderen Blatt. Zu „verschärften Vernehmungen“ während der NS-Zeit *Zagolla*, Im Namen der Wahrheit. Folter in Deutschland vom Mittelalter bis heute, 2006, S. 139 ff.

[73] Ausdrücklich *Erb*, Folterverbot und Notwehrrecht, in: Lenzen (Hg.), Ist Folter erlaubt?, Juristische und philosophische Aspekte, 2006, S. 19-38, 20 f.; *Herzberg*, Folter und Menschenwürde, in: JZ 2005, S. 321-328, 327; *Kühl*, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2012, § 7 Rn. 156 a; *Merkel*, Folter und Notwehr, in: Pawlik / Zaczyk (Hg.), Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag, 2006, S. 375-403, 381 f.

[74] Eine ähnliche Zielrichtung lässt sich bei der Wiederkehr der Folter im Dritten Reich beobachten. Nach dem genannten Erlass der Gestapo (Fn. 72) waren „verschärfte Vernehmungen“ gegen bestimmte Personengruppen (nur) zulässig, „wenn aufgrund des Vorermittlungsergebnisses festgestellt ist, dass der Häftling über wichtige staats- oder reichsfeindliche Sachverhalte, Verbindungen oder Planungen Auskunft geben kann, seine Kenntnisse aber nicht preisgeben will und (diese) im Ermittlungswege nicht feststellbar sind“.

dung der Rettungsfolter schreiten.[75] Galt diese noch bis vor wenigen Jahren als originäres Merkmal von Terrorstaaten, so wird sie zunehmend als legitimes (wenn auch letztes) Mittel zum Schutz vor Terrorgefahren begriffen.[76] Die Folge wäre eine Aufweichung des vormals absoluten Folterverbotes je nach tatsächlicher oder gefühlter Sicherheitslage.[77] Ginge man diesen Weg, so müsste die unserem fiktiven Kandidaten eingangs gestellte Frage nach der Folterabschaffung in Deutschland neu beantwortet werden. Die Zufügung großer seelischer oder körperlicher Schmerzen zur Informationsgewinnung wäre lediglich in dem – in historischen Dimensionen bemessen – engen Zeitraum zwischen 1848 und dem Beginn des neuen Jahrtausends verboten. Wollen wir diese Antwort wirklich hören?

[75] So *Kühl* (Fn. 73), Rn. 156 a.

[76] Erhellend und kritisch zur aktuellen Debatte *Stübinger*, Zur Diskussion um die Folter, in: Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt am Main (Hg.), Jenseits rechtsstaatlichen Strafrechts, 2007, S. 277-314. Treffend und mit umfassender Literaturansicht *Fischer*, Strafgesetzbuch, 59. Aufl. 2012, § 32 Rn. 13 ff.

[77] Deutlich bei *Hilgendorf*, Folter im Rechtsstaat?, in: JZ 2004, S. 331-339, 338.

The Evolution of the Concept of Family and the "Special Protection of Family and Marriage" in German Law

*Martin Löhnig**

Abstract

As the first European country Germany put marriage and family under the special protection of the state in 1919. The article ascertains genesis and ramifications of this decison of the drafters of the constitution.

Key words: *Constitution of the Weimar Republic; German Basic Law; Marriage; Family.*

I. Introduction

The protection of the social-legal concepts of family and marriage by constitution has a long-standing history in Germany. Exemplary is the German Paulskirchenverfassung (PKV) of 1848/49, in which the marriage is mentioned in § 150 PKV. The paragraph regulates the compulsory civil marriage and that any church-based wedding may only be had after a civil marriage ceremony has been performed.

Parents and children, however, are mentioned solely in the context of compulsory education, § 155 PKV. At least, the two norms are part of the section titled "fundamental rights of the German people" (§§ 130 et seq. PKV), published on December 28th, 1848. Based on the content of these paragraphs one would actually not assume any association with fundamental laws. However, apparently in the spirit of the Enlightenment, civil marriage, simply adhering to civil law requirements, independent from canon law and church bodies, was meant to be stated as a fundamental right, a right of the merrily and readily matrimonial inclined, so to say.

§ 155 PKV addresses the issue of compulsory school education, controversial until today, albeit in a very different social background than today, namely, widespread child labor, which often prevented school visit in those times. Thus, it seems rather questionable, whether § 155 PKV was intended to grant a right of every child to attend school.

II. The Weimar Constitution

1. Development and Content

Beyond these few regulations, a protection of family and marriage by constitutional law was apparently not deemed necessary in the middle of the 19th Century. Such regulations were only passed in the 20th century; the first constitution in Europe to contain such a provision was the Weimar constitution (WC) of 1919.[1] It contains regulations pertaining to marriage, family and motherhood (Article 119 WC), parental rights (Art. 120 WC), equal treatment of illegitimate children (Article 121 WC) and the protection of minors (Article 122 WC).

Unfortunately it cannot be reconstructed how these regulations did find their way into the WC – they were product of a subcommittee, whose deliberations were not documented.[2] The historical background seems to have been the political and economic developments of the years 1918/19. After the perturbation of the revolution marriage and family were no longer self-evident institutions, but seemed endangered concepts challenged by modernity.[3]

Whereas the provisions of the WRV probably sprang from a spirit of reform, their interpretations certainly did not, but were the mind-children of conservatism.[4] Mainly the Russian Revolution and revolutionary efforts in Germany left the commentators of the Articles 119 et seq. WC deeply impressed; they wanted to protect family and marriage against „certain communist

* Prof. Dr. Martin Löhnig, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsche und Europäische Rechtsgeschichte sowie Kirchenrecht, Fakultät für Rechtswissenschaft, Universität Regensburg, Deutschland.

1 Dölle, Familienrecht (1964), § 3 I.

2 Schwab, Festschrift Bosch, p. 895.

3 Fietz, Die neue Ordnung 54 (2000), p. 219.

4 Schwab, Festschrift Bosch, p. 893.

5 Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs, 14. Aufl. 1933, Art. 119 annot. 1.

teachings",[5] especially the „communist polygamy"[6], or newfangled forms of education.

Accordingly, Article 119 WC was interpreted by legal scholars of the Weimar Republic only as an institutional guarantee and rule of interpretation, which did not exert any direct effect, i.e. it did not grant the spouses any enforceable right; thus, the provision did not have the nature of a fundamental right in its present sense, but was „future law", a "statement on legislation yet to come" [7]. Marriage and family should merely be constitutionally "fenced in" as useful and important institutions in society.[8] The systematic position of the Article 119 ff WC in the section on „community life" corroborates this thesis: According to Article 119 I 1 WRV marriage is under the protection of the constitution to serve as the basis for family life and for the preservation and propagation of the nation. Hence, marriage and family are not first and foremost means of the spouses to jointly attain life goals, but are instruments of public policy („preservation and propagation of the nation"). Also Article 119 II 1 WC concedes extensive powers to the state to maintain a „hygiene" and „recovery" of the family. Family members were not allowed to follow a free, according to traditional standards „impure" or „unhealthy" life style. It is not mentioned when a family was regarded as „unhealthy", thus, there are many indications that it was simply intended to preserve the concept of family in the conventionally-traditional sense,[9] upon which the contemporaries believed to agree. Finally, marriage was based on family, so in the constitutional sense there was no family without marriage („the basis of family life", Article 119 I 1 WC).

2. Farewell to the liberal Family Concept

Not even twenty years after the German Civil Code (BGB) came into effect, the concept of family according to the WC deviates significantly from the concept of family as laid down in the German Civil Code, whose regulation sketch a maybe bourgeois and patriarchal family, but one unencumbered by the state.[10]

Surely, according to the German Civil Law Code, the family was a cornerstone of civil society. However, it was deemed a societal entity, independent in its existence from the state, and ultimately regarded as a state-free zone - an entity, legislation should only regulate in respectful consideration of the structures already in existence. The German Civil Code is the end-result of an era in the field of family law: It confirms the compulsory civil marriage, a result of the "Kulturkampf"[11] under Bismarck, which culminated in the Personal Status Law of the Reich in 1875. It signifies the complete secession of the institution "marriage" from both churches. However, this issue had been hotly debated during the legislative process. But above all, the Civil Code regulates the civil-liberal family concept of the 19th Century, guarding family from government intervention as fiercely as possible.

This autonomy of the family in society had effects on the dynamics in the family; mainly the law prescribed the role of the husband and father as patriarch: His authority wife and children were subjected to; he was the sole representative of the family in outside matters. The husband had also the sole right to decide upon all matters of matrimonial life (§ 1354 BGB [1900]), and though the wife had to manage the household, even in this realm the husband had the last word in all matters (§ 1356 BGB [1900]). The husband had also the right to give notice in all work related employments of his wife (§ 1358 BGB [1900]). The husband alone managed the assets of both spouses, which were transferred by law into joint property upon marriage (§ 1395 BGB [1900]). Even in the regulations pertaining to the domestic relations between parent and child, the superior status of the father as patriarch was clearly articulated. He had sole parental authority, (§ 1627 Civil Code [1900]), while the mother had only the right and duty of care for the child. In case of disagreement the opinion of the father prevailed (§ 1534 Civil Code [1900]). The husband alone was to decide upon the acceptance and inclusion of an illegitimate child into the family, as only he could file for rescission of the legitimacy of the child (Civil Code § 1593 [1900]). The legislature avoided the new issues of the day, in particular the question of the equal rights of women. Therefore, the German Civil Law Code does not herald the beginning of a new era - the women's movement was still far too weak to effectively influence the legislative process - it was merely a landmark of the contemporary status quo of a long development.

In the WC, however, suddenly the state steps up as watchman of the formerly omnipotent pater familias: In case the patriarch fails according to certain standards, it is now deemed the duty of the state to interfere. This is applicable above all, but not solely to questions of raising the offspring, the first and foremost duty and natural right of the parents, upon whose execution the state had to watch (Art. 120 WC). In 1931 Carl Schmitt[12] would interpret Art. 119 WC as a stage in the development from the neutral state of the liberal 19th century to the totalitarian state, in which state and society would merge and become one. The standards, however, to which a "healthy" family had to measure up, were not merely of conservative or restorative nature, since marriage was based upon the idea of equality of the sexes (Art. 119 I 2 WC). This provision thus contained a "compromise, full of tension, between an acknowledgement of the status quo and the mission to reform" [13] – however, that compromise was limited to the letter of the law; there was never any real attempt

6 Wittmeyer, Die Weimarer Reichsverfassung, 1922, p. 29; Pietzsch-Heffter § 119 WRV annot. 1.
7 Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs, 14. Aufl. 1933, Art. 119 annot. 2.
8 Stern, Staatsrecht IV/1, § 100 II 1.
9 Schwab, Festschrift Bosch, p. 895.
10 On the matter see also Schwab FamRZ 2007, p. 1 ss.
11 The New Oxford Dictionary uses the German term to describe this historical process, it means in a literal translation "cultural struggle" and refers to German policies in relation to secularity and the influence of the Roman Catholic Church on the state, culminating in several laws enacted from 1871 to 1878 by the Prime Minister of Prussia, Otto von Bismarck.
12 Schmitt, Der Hüter der Verfassung (1931), p. 73.
13 Gusy, Die Weimarer Reichsverfassung (1997), p. 299.

to put the mission into action by means of laws or statutes.[14] At least such attempts were made concerning the improvement of the rights of nonmarital children. Art. 121 WC stipulated that nonmarital children were to enjoy the same conditions for their physical, mental and social development as legitimate children; the bills of the years 1922[15], 1925[16] and 1929[17], however, all failed. The above mentioned constitutional "fence" or "wall" around family and marriage maybe had windows; however, they were never opened. Hence, the attempts at reform, clearly perceivable on paper, never manifested; in fact the conservative elements were even strengthened, building upon the fundaments already laid down by the enforcement of pre-constitutional statutes. It is signifying e.g. that in order to enlighten the understanding of Art. 119 para. 2 WC a commentary refers to § 1354 BGB ("see also § 1354 BGB"), the provision which states the primacy of the man in marriage.[18]

III. The years 1933 – 1945

I. Ideology

Without being dependent upon the powers of intervention of the WC, whose sections on basic rights were effectively repealed anyway, Hitler commenced to instrumentalize the concept of family for his policies by various amendments to the Civil Code shortly after taking office. Marriage and family were now called "fundament of ethnic community life" and the "smallest cell of national life"[19]. In a way, it was viewed as part of the whole societal order, the whole order being a totally different one ideologically than the WC, of course. However, it required only small interventions to merge the institution of family with the new order.

Firstly, the traditional patriarchal position of the husband in the societal nucleus of the family could be legitimated as a mirror of the principal position of the leader ("Führerprinzip"[20]) amongst his people[21] and blend in quite harmonically with the traditionalist concept of marriage and family of the Nazi ideology;[22] of course, the state could and had to intervene if the husband was neglectful of his domestic duties and the family could no longer fulfil „its service [character] to higher levels of the overall order"[23]. Secondly, the „unlimited interpretation" of the law by practitioners did the rest.

2. The ambivalence of Nazi legislation in family law

Despite the rather small changes on the constitutional level and unlike the governments of Weimar, the government of Hitler went down to business and implemented their policies on family very effectively on the statutory level. It proceeded against "hereditarily diseased offspring"[24], abuse in marriage and adoption[25] and "unwanted" marriages in general. Also, in 1938 - after the annexation of Austria - a new marriage law was enacted; it significantly expanded the number of objective grounds for divorce, "objective" meaning any ground based upon a "fault" of one spouse (§§ 47 ff Marriage Act [1938]). Additionally the possibility of divorce upon the ground of irretrievable breakdown of the marriage after three years living apart (§ 55 Marriage Act [1938]) was introduced. Previously, a divorce was basically only possible if one party had engaged in serious marital misconduct (§§, §§ 1565 et seq. [1900]). Moreover, it was the public prosecutor - besides the pater familias – who was now authorised to challenge the legitimacy of a child (§ 1595a Civil Law Code [(1938]). If the pater familias was undutiful and prevented the clarification of the „blood and racial relations", the state stepped in.

Both reforms, the one of divorce as of the right of rescission of a child's legitimacy, show clearly the dangerously alluring ambivalence of the National Socialist legislation: In the Weimar Republic the political wish for a no-fault divorce based on "irretrievable breakdown" had been articulated, as it was already then common in Scandinavian countries. As well the monopoly of the husband to file for rescission of the child's legitimacy had already been challenged in the WR. By some small changes, hardly noticeable at first glance, it was possible to satisfy these demands and at the same time devise the new laws as to serve Nazi objectives: Rapid divorces of marriages that promised little or no „genetically healthy" offspring, and exercise of the prosecutor's right to appeal a child's legitimacy not only in the child's interest, but also in the public interest of racial policy. The drafts of statutes, aimed at improving the rights of illegitimate children in the time after 1933, which all failed, fall in this line. The Marriage Act came again into force after a few changes in 194???? as Control Council Law No. 16; for many years it remained in effect in the Federal Republic of Germany and in the GDR and it is amazing what different interpretation the same regulations did find in the two German states, until finally in 1965 the GDR Family Code came into force.

---

[14] Knut Wolfgang Nörr, Zwischen den Mühlsteinen – Eine Privatrechtsgeschichte der Weimarer Republik (1988), p. 94.
[15] Text bei Schubert, Die Projekte der Weimarer Republik zur Reform des Nichtehelichen-, des Adoptions- und des Ehescheidungsrechts (1986), S. 135f.
[16] RR-Drucks. 1925 Nr. 108.
[17] RT-Drucks. IV/733.
[18] Pietzsch/Heffter, Handkommentar der Reichsverfassung, 3. Aufl., 1928, § 119 WRV Anm. 2.
[19] So die Begründung zum EheG 1938 in DJ 1938, 1102.
[20] Elisabeth Engländer, Auswertung der natürlichen väterlichen Abstammung gegenüber einer fiktiven rechtlichen Ehelichkeit (1935), S. 45: Im Interesse der Volkgemeinschaft sei eine straffe Familienordnung notwendig.
[21] Thilo Ramm, Das nationalsozialistische Familien- und Jugendrecht (1984), S. 7.
[22] Dieter Schwab, Gleichberechtigung und Familienrecht im 20, Jahrhundert, in: Ute Gerhard (Hg.), Frauen in der Geschichte des Rechts (1997), S. 801 ff. zeigt jedoch, daß das Regime zwischen Traditionalismus und Aufwertungsverheißungen für die Frau laviert hat, weil so die „Erneuerung" variabel gesteuert werden konnte. Möglicherweise ist die Ursache für dieses Lavieren jedoch auch nur in der familienpolitischen Uneinigkeit und Orientierungslosigkeit des Regimes zu sehen.
[23] Wieacker DR 1937, 178.
[24] Law of July 14th, 1933, RGBl. I, 529.
[25] Law of November 23rd, 1933, RGBl. I, 979.

IV. The "Grundgesetz" – The constitution of the FRG

I. "Marriage and Family"

The Bonn "Grundgesetz" (GG) was intended to mark a new beginning. It was not without controversy that it contained a regulation on marriage and family (Art. 6 GG). The CDU (Christian Democratic Union) demanded such a regulation. Parts of the FDP ("Freie Demokratische Partei" – the liberals) were reluctant to incorporate once again "Lebensordnungen" ("institutions of life") into the constitution and regulate them again;[26] amongst the opponents were prominent people such as the first president of the new German state, Theodor Heuss. The SPD (Social Democratic Party) outright rejected such a norm, because it would not contain any directly applicable law, which is legally not correct because of the subjection of all state action to law and justice, as it is stated in Article 1 III GG. Nevertheless, a compromise was finally found: The opponents agreed upon the constitutional incorporation of marriage and family in Article 6 GG as in consideration for the constitutional guaranty of the equality of men and women (Article 3 GG) and the equality of legitimate and illegitimate children (Article 6 V GG).

A significant difference to Article 119 WRV is, however, that marriage is no longer seen as the foundation of family. At first, it was intended to define marriage as „the lawful form of the life community of men and women". „It is the foundation of the family." The final present version in the "Grundgesetz" is a compromise and originates from the member of parliament Greve (SPD).[27] „It seems," so says Hermann v. Mangoldt in his standard commentary, posthumously published in 1953, „there existed a certain reticence to an outright rejection of illegitimate forms of union of man and woman".[28] Background might have been that after the Second World War, a significant number of people entered „pension concubinage", which were not meant as an alternative kind of partnership to abolish traditional marriage, but to preserve pension rights of soldiers' widows. Though only a few years had passed since the ethical and moral collapse of 1945, v. Mangoldt objects heftily, with obvious disgust and amazing security against „today's attitude towards the issues of marriage and family life", as adopted in the versions adopted against the opposition of CDU / CSU and FDP. And he warns, as previously did his Weimar colleagues, against „certain trends towards the abolition of monogamous marriage."[29] After the disaster of the „Third Reich" legal scholars, interpreting the constitution, sought new moral grounds and found it in an unconditional return to a traditional family concept that tolerated no individual deviation. Article 6 GG, however, left it to the individuals to base his family upon a marriage or not.

Another difference between Article 119 WC and Article 6 GG is that marriage is not meant to serve purposes of population policy anymore; also interventions in „unhealthy" families are not explicitly permitted anymore in the "Grundgesetz", unlike the GDR constitution: in its Article 30 para. 1 marriage and family are again called the „foundation of community life". Apparently the traditional concept of the patriarchal family, in safe distant from the state, returns in an understandable reaction to the massive violations families had to endure during the „Third Reich". This reaction against state intervention lingers on until today as a latent reflex, surfacing in the discussion of all-day schools and nurseries or in the discussion pertaining to the separation of neglected or endangered children from their parents.

2. A step towards equal marriage

The "Grundgesetz" returned actually only provisionally to this concept of family, in fact, it prepared its replacement: The most spectacular development was that the principle of equal rights of men and women did not only find a general acknowledgement in Article 3 para. 2 GG, i.e. equality of the sexes was to be striven for not only within the institution of marriage, but in society in general. Moreover it was also understood as directly applicable law. Until 31 March 1953 the legislature had time to correct any law in contradiction to that principle.

This very regulation, but above all its interpretation by the Federal Constitutional Court, is the reason that Article 3 para. 2 GG was the starting point of an evolutionary change in the concept of family since the 1950ies; whereas conservative legal policy and doctrine[30] wanted to reduce Article 3 para 2 GG to a mere programmatic statement, the Federal Constitutional Court (BVerfG)[31] as well as the Federal Court of Justice (BGH)[32] reasoned and held that by April 1st, 1953 all laws and statutes in violation of Article 3 para 2 of the Basic Law were null and void.

With these laws and statutes void, several years the daily enforcement of family law had to be based upon court's rulings, until finally on July 1st, 1957 a reform of the law on marriage[33] was successfully enacted. This reform resulted in the fact that marriage was thereinafter actually largely based upon an „equality of the two sexes", as Article 119 I 2 WRV had stated several decades ago, even though over the years again and again singular norms of the Civil Code were found unconstitutional because of a violation of equality of the sexes; thus, spouses enjoyed more and more freedom to fashion their marriage to their own liking.

The reform of 1957 was preceded by bitter controversies. They clearly indicate that the "Grundgesetz", in fact, initiated the parting from the model of a patriarchal family, being a wholly private matter. This farewell was now to be implemented on

[26] Stern 100 II 4.
[27] V. Mangoldt, Art. 6 GG Anm. 1.
[28] Art. 6 GG Anm. 2.
[29] Art. 6 GG Anm. 2.
[30] Etwa Dölle JZ 1953, 353 ; Bosch RPfleger 1953, 274 ; Bachof DVBl 1953, 601.
[31] BVerfGE 3, 255.
[32] BGHZ 11 Anh. 35.
[33] BGBl. 1957 I 609.

the statutory level. Perhaps West German legal scholars toiled that much with Article 3 para. 2 GG because in 1949 a similar development had already taken place in East Germany. Immediately upon entry into force of the Constitution, all norms of the GDR's Civil Law Code in violation of the principle of equality of Art. 33 GDR Constitution were considered void. It was not the new matrimonial property law, which primarily gave rise to controversy, but the abolition of regulations, from which the model of the patriarchal family could be deduced, such as the right of the husband to make decisions in matrimonial matters, § 1354 BGB, or the casting vote of the father in the parenting, § 1628 BGB.

What actually was at stake is revealed by comments that were published in 1961 on occasion of the legislative decision against the right of the mother to file for rescission of the legitimacy of the child: „The equality of the sexes has passed by the right of challenging the child's legitimacy," said Heinrich Lange[34] relieved. „In a time in which the individual personality prevails against the unity of the family and the strict equality of the spouses destroys the marital primacy of the husband and father, the lone right of the legal father to rescind his status unilaterally as the last bastion of the patria potestas"[35]. „To deny the wife and mother the right to challenge her husband's paternity to her child comes and corresponds to a leadership position of the man in marriage", even if one „is not allowed to say such things anymore." [36]

3. On the legal status of illegitimate children

This decision of the legislator of 1961 was emphatically welcomed and stayed in effect for an astonishingly long time, namely until 1998. Incidentally, this decision lasted exactly as long as the disregard of Article 6 para. 5 of the Constitutional Basic Law. This article calls for the legislator to create "by legislation the same conditions for [their] physical and mental development and [their] position in society" for illegitimate children as for legitimate children. Although the Act on the legal status of nonmarital children[37] had already been enforced in 1969, the Civil Code still remained to contain a number of special regulations for nonmarital children, and thus continued in differentiating between marital and nonmarital children. Nonetheless, the law also brought several fundamental innovations: A nonmarital child and his or her biological father were now - for the first time – legally related by law from birth on. Thus, in principle the illegitimate child could inherit from his or her father, however, still not next to legitimate children, §§ 1934a et seq. BGB (1969). Finally, in 1998, nearly 50 years after the Basic Law came into effect, the Children's Law was again reformed[38] and this time actually almost all special arrangements for nonmarital children were abolished. Since then the German family law knows only „children".[39] However, some of the last few disadvantages for children of unmarried parents, as illegitimate children are now called, were not abolished until the reform of child support in 2008 and even that is not complete.

VI. Individual personality vs. family unit?

1. Recent reforms

The probably most far-reaching changes in matrimonial law since the 19th Century were made by the first Law on the Reform of Marriage and Family Law of July 1st, 1977[40]. The legislator said goodbye to the traditional family model of housewife and providing husband and left it to the spouses to design consensually their own model of "division of labour" in a marriage, § 1356 BGB. As family name now the woman's name can be chosen. The regulation of divorce was re-integrated in the Civil Law Code (BGB) and knows as only ground for divorce the failure of the marriage, § 1565 BGB, meaning the objective "irretrievable breakdown". This fact is now indisputably assumed after a sufficient time of separation – previously a considerable number of divorce proceedings had turned into theatre plays, in which the spouses accused one another of certain "rehearsed" martial offenses as previously and collusively agreed upon to achieve an amicable divorce. Also the right of the maintenance was no longer associated with the fault of the spouses. Though the Civil Code stated as a rule that each spouse had to provide for her- or himself after the divorce, § 1569 BGB, the exceptions to this rule, §§ 1570 et seq. BGB, were developed very quickly into a system of a de facto permanent postnuptial support of the ex-spouses in accordance with the standard during the marriage. Thus, the partner paying alimony lived in economic bigamy, if he married again. Finally, provisions on the respective pension entitlements of both spouses, §§ 1587 et seq. BGB were introduced, it provides for an equal distribution of the pension entitlements acquired during the marriage.

Only recently the postnuptial compensatory mechanisms were again in the centre of the family law debate. Regulations on the equal distribution of the so called "Zugewinn", which is the amount by which the assets owned by a spouse at the end of the marriage exceed that amount owned at the beginning, or the above mentioned equalization of pension-entitlements accrued during the marriage, were subject of a reform in 2009. The same year the legislator reformed spousal support. The spousal support now does not have to guarantee the living standard during the marriage anymore and can be limited in time. All in all, a further deregulation of marriage can be observed. However, marriage is still only open to opposite-sex partners. Same-sex couples may have each other registered as "partners" since 2001 and thus bring about legal consequences very similar to marriage.[41] Furthermore, the claim for alimony of the non-marital mother was aligned with that of the conjugal mother, § 1615l

[34] Lange NJW 1962, 1697ff.
[35] Lange NJW 1962, 1698.
[36] Lange NJW 1962, 1698.
[37] BGBl. 1969 I S. 1243.
[38] Kindschaftsreformgesetz, BGBl. 1997 I S. 2942.
[39] Vgl. dazu Löhnig, Das Recht des Kindes nicht miteinander verheirateter Eltern, 2. Aufl. (2004).
[40] BGBl. 1976 I S. 1421.
[41] LPartG BGBl. 2001 I S. 266.

BGB. With this not just the very last, indirect discrimination of illegitimate children has been abolished, but also a process of the regulation of non-marital or de facto unions[42] has begun, at least for those unions with children. This process has been promoted by the jurisdiction: The Federal Court of Justice (BGH)[43] ruled that the partners of a non-marital partnership have now largely the same compensation claims after the failure of their relationship as if they had been married and agreed upon separation of property.

2. Where Are We Headed?

Nearly fifty years ago Lange criticized that "the individual personality prevails over the family unit". This comment is not only document of an adherence to a certain family model. It also points out a certain undeniable development: The model of family "as a buffer between the individual and the state"[44], in which individuals encounter the state primarily as a member of a family and only the family unit as a whole, represented by the head of the family, confronts the state, is passé. The State today is based upon the notion of the single individual, to whom his or her societal roles are only attributes such as „husband", „wife", „registered Partner", „divorced", „single", „father", „mother", „child", „single parent".

Although marriage and family are under the special protection of the State, Art. 6 paragraph 1 GG, this does not mean the autonomy of the family in the traditional sense. What it does mean, however, is getting more and more obscure. Equally it is getting more and more difficult to find an answer to the question what combination of at least two people constitutes a family. Marriage as the core of a family is surely no longer necessary. However, if family is everywhere where children are, as is often said, and maybe only there, remains uncertain.

But what is the relation between individual personality and family? Is Langes's thesis of a conflict between individual and family unit true? Maybe we return to views of natural law philosophy or positions of the Enlightment according to which marriage is a form of general partnership similar to a business enterprise? We might return to the attempts of these philosophies which applied quite naturally and unhesitatingly the contract theory not only to the relationship between the individual and the state in the form of a society contract, but also to the relationship between spouses or the parent-child relationship. Enlightened legislation around 1800, especially in France, stepped on and already had trodden the path to individual legal thinking in family law.[45] Bearing the foundation of our constitution in the individual's right in mind, does it not appear only due and proper to take up and continue these approaches?

This background in mind begs the question how then Article 6 I GG is to be interpreted against this background and does the special protection of marriage as an institution still exists? The Federal Constitutional Court did already abandoned its former opinion of a special protection of marriage (Art. 3 I GG) as a justification of unequal treatment (Art. 3 GG); conversely the constitution does demand an equal treatment of marriage and other forms of life partnership. When the German constitution was written, the legislature had in mind an indissoluble family based upon marriage. However, time changes and marriage is no longer the privileged life form, because it is no longer deemed the socially desirable basic legal form of a community of people for life. Hence the bourgeois family law is simply overwhelmed at present - we are witnessing the process of a fundamental erosion of German Family Law and its increasing disorientation.

[42] Eingehend Staudinger/Löhnig (2007), Anhang zu §§ 1297ff BGB.
[43] BGH FamRZ 2008, 1822.
[44] Schwab FamRZ 2007, 1, 7.
[45] Garaud, La révolution francaise et la famille, 1978.

Europäische Einigungsbestrebungen in der Weimarer Republik und in der Zwischenkriegszeit*

(European Integration Efforts in the Weimar Republic and during the Interwar Period)

*Diemut Majer** - Wolfgang Höhne****

Abstract

The european idea was created in 14th and had its impact till in our days. They were widespread in the 15th to 18th century, but were also strong in modern times. Napoleon himself had ideas of an Europe consisting of satellite states dominated by him, as he confessed in his last days on St-Helena. During the Vienna-Congress 1815 and the following years the leading powers Austria, Russia and Prussia established the Holy Alliance in order to preserve order and peace in Europe and to opress the revolutionary movements since the 1830th.

Concerning the 20th century the essay points out the remarkable revival of the european project after World-War-I. Nobody beliefed in the 1920th in a revival of european ideas, because the treaty of Versailles contained so many clauses, aimed to humiliate the former enemy Germany, (e.g. article 153, which declared Germany and its alliies as the sole responsibles for the war), so that any european agreement seemed impossible. It was a private organisation, the Paneuropa-Movement, set up by the count Coudenhove-Kalergi, which tried to reconstruct the revival of Europe. Supported by the french foreign minister Aristide Briand (Briand-memorandum 1930), he succeeded in setting up a big movement which had much resonance in the public. In the era of World-War-II the Nazi goverment misused the european idea as a means for a widespread propaganda in all occupied territories which aimed to construct "Gross-Germanisches-Reich" under German domination - an illusion because the NS-collaboration in the occupied countries soon found out that they were only an instrument in the hands of the ruthless dictator Hitler.

The following text describes the ups and downs of the european ideas during this periods not yet sufficiently examined.

Key words: *Napoleon - congress of Vienna 1815; Holy Alliance 1815; German Federation (Deutscher Bund) 1815; Paneuropa; NS-Propaganda (Großgermanisches Reich); European unification after 1945.*

Nach dem Ende des Ersten Weltkriegs war zunächst an eine europäische Zusammenarbeit, in welcher Form auch immer, nicht zu denken. Nach Auffassung der Alliierten konnten Sicherheit und Stabilität in Europa nur durch Niederhaltung des besiegten Deutschlands erreicht werden. Die Wirkung der Verträge von Versailles und St. Germain spiegelte diese Auffassung in vielfältiger Weise wider.

Die Kriegsschuldthese (Art. 231[1]), die zahlreichen Gebietsabtretungen[2] und andere sehr harte Auflagen[3], die bis hin zu absurden und völkerrechtlich höchst umstrittenen Forderungen

* Der folgende Aufsatz ist Teil einer größeren Studie „Europäische Einigungsbestrebungen vom Mittelalter bis 1945", die 2014 im Universitätsverlag Karlsruhe erscheinen wird.

** Prof. Dr. Diemut Majer. Die Verfasserin ist emeritierte Universitätsprofessorin. Sie ist Rechtsanwältin in Karlsruhe und Lehrbeauftragte für Europarecht und Umweltrecht an der dortigen Universität.

*** Dr. Wolfgang Höhne ist wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Frau Prof. Majer.

1 Wortlaut: „Die alliierten und assoziierten Regierungen erklären, und Deutschland erkennt an, dass Deutschland und seine Verbündeten als Urheber für alle Verluste und Schäden verantwortlich sind, die die alliierten und assoziierten Regierungen und ihre Staatsangehörigen infolge des Krieges, der ihnen durch den Angriff Deutschlands und seiner Verbündeten aufgezwungen wurde, erlitten haben." Der Begriff „Schuld" war im Vertragstext nicht enthalten, er befand sich nur in einer sog Mantelnote, die am 16.6.1919 mit dem endgültigen Vertragstext überreicht wurde, aber kein Bestandteil des Vertrags war. (Anm. d. Verf.).
Der Vertrag wies die alleinige Verantwortung für den Ersten Weltkrieg und damit für sämtliche Kriegsfolgen dem Deutschen Reich und seinen Verbündeten zu. Das Deutsche Reich sollte umfassend haftbar gemacht werden, d.h. für alle Verluste an Land und Menschen aufkommen, welche die kaiserlichen Truppen, insbesondere in Frankreich und Belgien, angerichtet hatten. Die eigentlichen Reparationsforderungen waren zunächst nicht festgelegt. Sie belasteten jedoch den neuen republikanischen Staat enorm und waren eine der Ursachen für die Inflation der folgenden Jahre.

2 Ohne Volksabstimmungen wurden abgetreten: Sämtliche kolonialen Erwerbungen, Elsass-Lothringen, großen Teile Westpreußens, die Provinz Posen, ferner einige kleine Gebiete in Ostpreußen und Niederschlesien. Gebietsverluste insgesamt: 70.500 km^2, Einwohnerverluste: 7,3 Mio.

3 Diese betrafen vor allem Rüstungsbeschränkungen, wie die Abschaffung der allgemeinen Wehrpflicht, Auflösung des Generalstabs und Verbot aller modernen Waffen (Panzer, U-Boote, Luftwaffe, Reduzierung des Landheeres auf 100.000 Mann und der Marine auf 15.000 Mann).

führten, hatten die Wirkung, dass die Verträge in Deutschland (und Österreich) als ein Diktat der Sieger empfunden wurde, die keinen friedensstiftenden Vereinbarungen enthielten, sondern nur die Quelle für neue Auseinandersetzungen bis hin zum Krieg enthielten[4].

Auch britische Diplomaten beurteilten den Vertrag sehr kritisch. Schon die praktischen Folgen des Kriegs (die Blockade der deutschen Häfen – und damit die Hungerblockade – durch die Siegermächte blieb weiter bestehen [5]) hatten ihnen gezeigt, dass der Vertrag nur negative Konsequenzen haben würde.

Philip Snowden (britischer Parlamentarier) charakterisierte den Versailler Vertrag wie folgt: „Der Vertrag dürfte Briganten, Imperialisten und Militaristen zufrieden stellen. Er ist ein Todesstoß für alle diejenigen, die gehofft hatten, das Ende des Krieges werde den Frieden bringen. Das ist kein Friedensvertrag, sondern eine Erklärung für einen weiteren Krieg (der dann auch nur 20 Jahre später, 1939, ausbrechen sollte. Anm. d. Verf.). Es ist der Verrat an der Demokratie und an den Gefallenen des Krieges. Der Vertrag bringt die wahren Ziele der Verbündeten an den Tag."

Die Präambel „… dass die alliierten und assoziierten Mächte gleichfalls den Wunsch haben, an die Stelle des Krieges, in den sie nacheinander unmittelbar oder mittelbar verwickelt worden sind (…), einen festen, gerechten und dauerhaften Frieden treten zu lassen" klang wie Hohn, denn es hat in der europäischen Geschichte wohl kaum einen ungerechteren Friedensschluss gegeben als den von Versailles im Juni 1919, und kaum ein politisches Dokument hat wohl je einem „dauerhaften Frieden" mehr im Wege gestanden als eben jener Vertrag – So urteilte der britische Politiker Lord Curzon. Curzon (ab 1919 englischer Außenminister) erklärte auch, der in Versailles erreichte Vertrag sei „kein Friedensvertrag, er ist einfach eine Unterbrechung der Feindhandlungen."[6]

Lloyd George (ab 1916 englischer Premierminister) bemerkte 1919 zum Versailler Vertrag: „Wir haben ein schriftliches Dokument, das uns Krieg in zwanzig Jahren garantiert. Wenn Sie einem Volk Bedingungen auferlegen, die es unmöglich erfüllen kann, dann zwingen Sie es dazu, entweder den Vertrag zu brechen oder Krieg zu führen. Entweder wir modifizieren diesen Vertrag und machen ihn für das deutsche Volk erträglich oder es wird, wenn die neue Generation herangewachsen ist, es wieder versuchen." Lloyd George sollte mit seiner Vorhersage sogar auf das Jahr genau Recht behalten! Die Blockade der damalige Zeit durch die Alliierten taten ein Übrigens, um Elend und Wut in Deutschland zu schüren. Hinzu kam, dass die von den Alliierten geltend gemachten Kriegskosten eine so gigantische Summe[7] erreichten, dass ihre Bezahlung unmöglich erschien. Die Ratifizierung des Vertrags gestaltete sich deshalb außerordentlich schwierig. Sie war nur in einem komplizierten Prozess zu erreichen, der an Dramatik kaum zu überbieten war. Begleitet von Massenprotesten, lehnten Reichskanzler Phillipp Scheidemann und sein Außenminister Graf Ulrich von Brockdorf-Ranzau die Unterzeichnung des Vertrags ab und traten zurück (20.6.1919). Erst das am 21.6.1919 neugebildete Kabinett unter dem Sozialdemokraten Bauer konnte die Nationalversammlung bewe-

---

[4] Vergleiche die folgenden Beispiele:
Artikel 118.
Außerhalb seiner Grenzen in Europa, wie sie durch den gegenwärtigen Vertrag festgesetzt sind, verzichtet Deutschland auf sämtliche Rechte, Ansprüche und Vorrechte auf und in bezug auf alle ihm oder seinen Verbündeten gehörenden Gebiete sowie auf alle Rechte, Ansprüche und Vorrechte, die ihm aus irgendwelchem Grunde den alliierten und assoziierten Mächten bislang zustanden.
Deutschland verpflichtet sich bereits jetzt, die Maßnahmen anzuerkennen und gutzuheißen, die von den alliierten und assoziierten Hauptmächten, gegebenenfalls im Einverständnis mit dritten Mächten, zur Regelung der sich aus der vorstehenden Bestimmung ergebenden Folgen getroffen sind oder noch werden (Deutschland sollte also jetzt schon allen diesbezüglichen künftigen Entscheidungen der Alliierten zustimmen, Anm.d.V.).
Artikel 281.
Treibt die deutsche Regierung internationalen Handel, so soll sie in dieser Hinsicht keinerlei Rechte, Vorrechte und Freiheiten der Souveränität haben, auch nicht so angesehen werden, als ob sie solche hätte.
Artikel 306.
Die gewerblichen, literarischen und künstlerischen Eigentumsrechte im Sinne der im Artikel 286 bezeichneten internationalen Abkommen von Paris und Bern werden unter Vorbehalt der Bestimmungen des gegenwärtigen Vertrags zugunsten der Personen, die bei Beginn des Kriegszustands in ihrem Genuss standen, oder zugunsten ihrer Rechtsnachfolger mit dem Inkrafttreten des gegenwärtigen Vertrags in den Gebieten der Hohen vertragschließenden Teile wieder in Kraft gesetzt oder wiederhergestellt. …
Wegen der Ausnutzung von gewerblichen, literarischen oder künstlerischen Eigentumsrechten, die während des Krieges durch die Regierung einer alliierten oder assoziierten Macht oder durch irgendeine Person für Rechnung oder mit Zustimmung dieser Regierung erfolgt ist, sowie wegen des Verkaufs, des Feilbietens und des Gebrauchs irgendwelcher Erzeugnisse, Geräte, Sachen oder Gegenstände, die unter diese Rechte fielen, stehen Deutschland und deutschen Reichsangehörigen keinerlei Ersatzansprüche oder Klagen zu.
(Diese Bestimmung sollte die Inanspruchnahme deutscher Urheberrechte während des Krieges durch die Alliierten legalisieren. Anm.d.V.).

[5] Diese Blockaden hatten eine verheerende Wirkung: „…die Blockade [werde] mit Nachdruck durchgesetzt. Diese Waffe des Aushungerns ist vornehmlich auf die Frauen und Kinder gerichtet, die Alten, die Kranken und die Armen..." erklärte Winston Churchill am 14. März 1919 vor dem englischen Unterhaus. Viele Hunderttausend Menschen starben infolge Entkräftung, Krankheit und Hunger in den neun Monaten nach dem Waffenstillstand als Folge dieser Hungerblockade.

[6] Die Regierungspresse in Frankreich und Großbritannien jubelt über das Ergebnis der Konferenz: „Frankreich hat die Maximalforderungen durchgesetzt." Die Londoner „Daily Herold" kommentierte am 9.Mai: „Die Bedingungen der Entente sind schamlos und abgeschmackt, sie sind Vorspiel neuen Rassenhasses und eines neuen Krieges."

[7] Die gesamten direkten Kriegsausgaben betrugen 1914 bis 1918 956 Milliarden Goldmark. 208 Milliarden davon entfielen auf das Britische Empire, 194 auf Deutschland, 134 auf Frankreich, 129 auf die USA, 106 auf Russland, 99 auf Österreich-Ungarn und 63 Milliarden auf Italien. Diese gigantischen Kosten überstiegen bei weitem die Wirtschaftskraft der europäischen Länder. Im Wesentlichen – mit Ausnahme Großbritanniens – wurden sie durch Kriegsanleihen und Inflation aufgebracht. Im Hinblick darauf wurde eine feste Summe im Vertrag nicht festgesetzt. Die Reparationskommission einigte sich auf 226 Mrd. Goldmark, die im April 1921 auf 132 Milliarden Goldmark reduziert wurden. Der Dawes-Plan 1923 und Young-Plan 1928 enthielten weitere Erleichterungen.

gen, mit den Stimmen von Sozialdemokraten, Unabhängigen Sozialdemokraten und Zentrum dem Vertrag zuzustimmen (22.6.1919). Sie lehnte aber ausdrücklich die Anerkennung des Kriegsschuldparagraphen und die Auslieferung der sogenannten Kriegsverbrecher (zu diesen gehörten nach französischer Auffassung auch die oberste Heeresleitung sowie der Kaiser) ab. Nachdem Frankreich jedoch mit militärischen Maßnahmen gedroht hatte, gab die Reichsregierung nach. Am 28. Juni 1919 wurde der Friedensvertrag in Versailles unterzeichnet und am 9. Juli von der Nationalversammlung ratifiziert.

1. Der Völkerbund

1919 herrschten Elend und Wut in Deutschland über den „Schandfrieden". Die Präambel, die zum Frieden aufrief, wurde als Farce empfunden. Auch britische Politiker waren, wie ausgeführt, wenig glücklich über die radikalen Maßnahmen der französischen Seite. Immerhin bemühten sich jedoch die Siegermächte um eine internationale Zusammenarbeit und Verständigung. Zu diesem Zweck wurde 1920 der Völkerbund mit ständigem Sitz in Genf geschaffen, dem 27. Staaten angehörten. Er sollte die Internationale Ordnung wiederherstellen.[8] Die Situation war ähnlich wie hundert Jahre zuvor auf dem Wiener Kongress, als nach dem Ende der Napoleonischen Kriege die europäischen Mächte Frieden und Ordnung in Europa durch internationale Pakte (Deutscher Bund, Heilige Allianz) wiederherzustellen suchten. Allerdings wurde damals das besiegte Frankreich nach kurzer Zeit in den Kreis der Vertragsstaaten wieder aufgenommen. Anders der Völkerbund, der nur sehr vorsichtig eine gemeinsame Interessenwahrung der Staaten ins Auge fasste und vor allem auf der Souveränität der Einzelstaaten aufbaute. Die wichtigsten Länder, nämlich die Vereinigten Staaten, aber auch Russland, nahmen an dem Völkerbund gar nicht oder nur kurzzeitig teil, auch nicht Großbritannien. Der anfängliche Ausschluss von Deutschland (die Aufnahme erfolgte erst 1925 auf alliierten Druck) nahm dem Völkerbund viel von seiner Wirkung.

Was den europäischen Gedanken noch mehr behinderte, war, dass eine europäische Lösung die Aussöhnung zwischen Deutschland und Frankreich voraussetzte, aber gerade diesem Ziel durch diesen Ausschluss entgegenwirkte. Die Basis für eine künftige Zusammenarbeit war damit bereits beschädigt, wenn nicht sogar unmöglich gemacht. Der Völkerbund war somit ungeeignet, in Europa Frieden zu schaffen.

2. Die Paneuropa-Bewegung (Richard. N. Coudenhove-Calergi)

Was auf der politischen Bühne unmöglich war, gelang jedoch auf der ebene privater Organisationen, vor allem der Pan-Europa-Bewegung, die in der Literatur vielfach beschrieben worden ist. Im folgenden wird daher die Entwicklung nur in groben Zügen dargestellt. Die wichtigsten Verfechter der Europa-Idee kamen aus dem bürgerlichen Spektrum der Mitte. Es war der herausragende, allerdings auch umstrittene Richard Coudenhove-Kalergi[9], eine Persönlichkeit österreichisch-niederländischer Abstammung, der mit seiner Schrift Pan-Europa (1923) das Signal für einen Neuanfang der europäischen Verhältnisse gab[10]. Im folgenden wird vorwiegend auf seine Schriften[11] Bezug genommen.

Die Aktivitäten Coudenhoves erfolgten zu einem denkbar ungeeigneten Zeitpunkt. Die zwanziger Jahre waren von Inflation, Ruhrgebietsbesetzung und dem Zwang hoher Reparationszahlungen seitens Deutschlands geprägt. Im Herbst 1922 veröffentlichte Coudenhove einige Zeitungsartikel, in denen er die Ziele und Vorstellungen der von ihm gegründeten Paneuropa-Bewegung darlegte und ein Ende des Streits der europäischen Mächte forderte. Berühmt machte ihn später sein Buch „Paneuropa", dass er im Sommer 1923 in dem eigens dafür gegründeten PaneuropaVerlag veröffentlichte. Coudenhove sah Paneuropa als politische Größe; zugleich sollte es Wirtschaftsmacht sein[12] und seine Autarkie nach West und Ost sichern.[13] In dem Buch *Paneuropa* stellt Coudenhove nach einer Analyse der weltpolitischen Situation seine Lösungsstrategie vor: Eine Paneuropa-Union, d.h. einen Zusammenschluss der europäischen Staaten, weil die europäische Kleinstaaterei im Wettbewerb mit den sich abzeichnenden beziehungsweise bestehenden Weltmächten Amerika, Russland, Großbritannien und Ostasien nicht länger überlebensfähig sei. Auch sah er schon den Zweiten Weltkrieg voraus, der der grausamste Krieg aller Zeiten sein würde, falls die Gründe für die politischen Spannungen wie Aufrüstung, Erbfeindschaft zwischen Deutschland und Frankreich, ausgeprägter Nationalismus der europäischen Staaten sowie der Versailler Friedensvertrag nicht beseitigt werden würden.

Im Einzelnen schlug er folgende Schritte vor:

- Die europäischen Staaten sollten eine Konferenz einberufen[14].
- Um die Grundlage gemeinsamer Zusammenarbeit zu schaffen, sollten Grenzen garantiert und Schiedsverträge geschlossen werden.
- Ein Defensivbündnis zur Sicherung der deutschen Ostgrenze sollte von den europäischen Staaten geschlossen werden.
- Zollunion durch regelmäßige Abhaltung von Wirtschaftskonferenzen.

  Die Europäischen Staaten sollten sich wie die amerikanischen Bundesstaaten verhalten und ein einheitliches

[8] Ziel war die Beilegung aller Streitigkeiten zwischen den Staaten durch ein internationales Schiedsgericht, dass in der Völkerbundversammlung verkörpert sein sollte

[9] Umstritten war er deswegen, weil er vermeinte, auch in der Zeit der NS-Herrschaft ein föderales Europa gründen zu können, wurde jedoch von Hitler entschieden abgelehnt. Nach 1945 gab es Stimmen, die (im falschen Verständnis europäischer Entwicklung) ihm wegen seiner „Sympathien für den Faschismus" einen Platz in der europäischen Traditionslinie verweigern wollten (Riehle, B.: Eine neue Ordnung der Welt, Tübingen 2009, S.303).

[10] Näher: Coudenhove-Kalergi: Kampf um Europa. Aus meinem Leben, Zürich 1949, S.92ff.

[11] Zusammenfassung in: Ein Leben für Europa. Meine Lebenserinnerungen, Köln-Berlin 1966.

[12] Coudenhove-Kalergi: Paneuropa, Wien 1923, S.167ff.

[13] Coudenhove-Kalergi: Kampf um Europa, Zürich 1949, S.92ff.

[14] Coudenhove-Kalergi: Das Paneuropäische Manifest vom 1.5.1924, zit. n. Foerster, Rolf Hellmut, Die Idee Europas, 1300-1946, München 1963, S. 230. Auch in: Paneuropa, 1922-1966, Wien 1966

Wirtschaftsgebiet schaffen, sowie in Verkehr, Schulden- und Kulturfragen zusammenarbeiten. Paneuropa war für Coudenhove so etwas wie die Vereinigten Staaten von Europa mit zwei Kammern, ein Völkerhaus mit 300 Abgeordneten, und ein Staatenhaus, bestehend aus 27 Regierungsvertretern. Unerlässlich sei die Zusammenarbeit zwischen Deutschland und Frankreich[15].

Coudenhove sah die einzige Rettung in den oben genannten Punkten, um einem drohenden neuen Weltkrieg zu vermeiden. Seine Sichtweise war weit gespannt. Er lehnte den neugegründeten Völkerbund ab. Dieser sollte weltweit agieren, sei aber für die europäischen Verhältnisse nicht geeignet. Pan-Europa sollte innerhalb des Völkerbundes dann nur als Gesamtheit agieren und eine selbstständige Gruppe bilden[16].

Um eben diesen Krieg zu verhindern, appellierte er an die politischen Parteien Europas und die Menschen, Paneuropa Wirklichkeit werden zu lassen. Er wollte mit einem Paneuropäischen Rat – nach Vorbild der Panamerikanischen Union mit Schiedsvertrag und Zollunion – beginnen. Als Fernziel sah er eine paneuropäische Verfassung mit einem Völkerhaus und einem Staatenhaus vor. Sein Buch „Paneuropa" sollte die Grundlage der Paneuropa-Bewegung bilden. Jedem Exemplar war eine Beitrittskarte zur Paneuropa-Union beigelegt. Waren nach den Zeitungsartikeln erst 50 Mitglieder beigetreten, von denen „keines […] in der Lage [schien], […] [ihm] beim Aufbau zu helfen",[17] so traten nach Veröffentlichung des Buches etwa 1000 Menschen in die Paneuropa-Union ein. Da die Zahl der Mitglieder immer weiter wuchs, untergliederte Coudenhove die Paneuropa-Union in nationale Gruppen. In fast allen Europäischen Staaten bestanden diese und wurden von großen Persönlichkeiten der damaligen Zeit präsidiert. So z.B. für Österreich Bundeskanzler Ignaz Seipel, für die Tschechoslowakei der Außenminister Eduard Beneš. Beneš war es auch, der Coudenhove-Kalergi mit einem Diplomatenpass und wertvollen Empfehlungen an führende Politiker Frankreichs, unter ihnen Briand, ausstattete.[18] Bedeutend für die Paneuropa-Bewegung war auch die Spende in Höhe von 60000 Goldmark des Hamburger Bankiers Max Warburg, der damit erst die weiteren Schritte Coudenhoves ermöglichte.

Das Echo auf die damals wahrhaft revolutionären Vorschläge war geteilt: Die Intellektuellen und die Eliten begünstigten diese Vorschläge, weil sie Zuversicht verbreiteten, die Vorschläge erreichten jedoch das breite Publikum nicht. Die Konservativen wiesen jede Annäherung an die französische Politik zurück, weil sie sich in der Ablehnung des „Schandfriedens" von Versailles einig waren. Die amtierenden Politiker der Regierungsparteien nahmen die Vorschläge mit Zurückhaltung auf, da sie zu oberflächlich seien. Eine Ausnahme stellte die später zu erörternde Meinung von Aristide Briand dar, der als französischer Außenminister, später Ministerpräsident, diesen Vorschlägen höchst positiv gegenüberstand. Später wurde Briand zum Ehrenpräsident der Paneuropa-Union ernannt.

Im April 1924 richtete Coudenhove-Kalergi in der Wiener Hofburg das Generalsekretariat der Bewegung ein, das dort bis zum Anschluss Österreichs an das Dritte Reich 1938 seinen Sitz hatte. Gleichzeitig gab er die monatlich erscheinende Zeitschrift „Paneuropa" heraus. In den ersten beiden Ausgaben wurde „Das Europäische Manifest", das im Wesentlichen eine Zusammenfassung des Buches „Paneuropa" war, sowie das „Pan-Europa-Programm", veröffentlicht. Darin forderte er die Integration Europas und entwickelte konkrete Vorstellungen eines Europäischen Bundesstaates und wie dieser zu verwirklichen sei.[19]

Noch vor dem ersten Paneuropa-Kongress, der vom 3. bis 6. Oktober 1926 im Wiener Konzerthaus mit über 2000 Teilnehmern aus 24 Nationen tagte, wurde die Organisation der Paneuropa-Union beschlossen (Zentralrat, Präsident). Anschließend reiste Coudenhove-Kalergi Ende 1925 mit Empfehlungsbriefen und als Gast der „Foreign Policy Association" für drei Monate in die Vereinigten Staaten, wo er nach eigenen Angaben auf offene Ohren in den Lagern der damals vorherrschenden politischen Richtungen Amerikas stieß, die von den Ideen des Internationalimus und des Isolationismus geprägt waren. Für die erstere Richtung war die mögliche Paneuropa-Union der Weg zur Völkerbundsreform mit dem Beitritt Amerikas, ohne die Monroe-Doktrin zu verletzen, für letztere die Möglichkeit, ein friedliches Europa zu schaffen, aus dessen Politik sich die USA heraushalten könnten.

Auf der Rückreise aus Amerika traf Coudenhove zum ersten Mal Aristide Briand, den französischen Außenminister. Coudenhove behauptete, er habe Briand zu dessen Europa-Memorandun angeregt. Andere Quellen sehen dies kritisch und führen die komplexen politischen Erwägungen Briands ins Feld.[20] Man kann wohl Coudenhove einen Anteil an diesem Memorandum zugestehen, gerade weil er im Dschungel der Europa-Bewegungen nach dem ersten Weltkrieg aufgrund seiner Persönlichkeit und seiner finanziellen sowie politischen Möglichkeiten eine konkrete Vorstellung von Europa hatte. Coudenhove begrüßte das Memorandum, denn es war mit seinen Paneuropa-Plänen durchaus kompatibel. So gesehen gehört Briands Memorandum von 1929 in die Reihe von Europa-Projekten, die auf die von Coudenhove formulierten Ideen zurückgehen.

Im „Schatten des heraufziehenden Unheils" fand der dritte Paneuropa-Kongress Anfang 1932 in Basel statt. Thema war die Umwandlung der Paneuropa-Union zu einer Partei, die in den Länderparlamenten auf eine Einigung im Sinne eines vereinigten Europa hinarbeiten sollte. Aber zu dieser Gründung kam es nicht mehr; die Europaeuphorie der zwanziger Jahre war endgültig verflogen. Die Weltwirtschaftskrise von 1929 und die damit verbundenen Probleme der Arbeitslosigkeit und der politischen Instabilität ließen die nationalen Interessen in allen europäischen Ländern in den Vordergrund treten. Trotz dieser Schwierigkeiten tagte 1935 der vierte Pan-

[15] näher Gehler, Michael. Europa. Ideen, Institutionen, Vereinigung, München 2005 (2. Aufl. 2010), S.100ff.
[16] Das europäische Manifest, zit, n. Foerster, S.229ff.
[17] Coudenhove-Kalergi, Richard: Paneuropa 1922 bis 1966, Wien 1966, S.58
[18] vgl. Coudenhove-Kalergi, Richard: Weltmacht Europa, Stuttgart 1971, S.113
[19] vgl. Ziegerhofer-Prettenthaler, Anita, Botschafter Europas, Wien 2004, S.92ff.
[20] Conze, Vanessa: Richard Coudenhove-Kalergi. Umstrittener Visionär Europas, Gleichen / Zürich 2004, S.34f.

europa-Kongress in Wien unter Vorsitz des österreichischen Bundeskanzlers Schuschnigg. Die Vorschläge Coudenhoves eines Donau-Europa und eines Defensivblocks (Frankreich - Italien - Österreich - kleine Entente) waren nach seinen eigenen Angaben bei vielen Europäern gern gesehene Wege zur Verwirklichung des Ziels.[21] Er stellte sich eine Art stabiles Mitteleuropa vor. Andere Quellen sprechen von Selbstüberschätzung und nur von geringem Rückhalt, weil Coudenhove für seine Ideen auch im österreichischen Ständestaat sowie im faschistischen Italien Bundesgenossen suchte.[22] Es kam zu keiner Einigung. Coudenhove hielt trotz materieller Not an seinen Überzeugungen fest, obwohl die von Robert Bosch gegründete Paneuropa-Förderungsgesellschaft nach Hitlers „Machtergreifung" 1933 mit allen übrigen Parteien und Verbänden verboten worden. Damit war die Finanzierung der Bewegung zusammengebrochen.

Der fünfte Paneuropa-Kongress fand 1943 in New York statt. Coudenhove-Kalergi bemühte sich, weiter für seine Idee eines konföderierten Deutschlands zu werben, stieß aber bei Präsident Roosevelt auf wenig Gegenliebe. Dessen Idee war viel restriktiver: Deutschland sollte, wie aufgeführt, als Nationalstaat zerschlagen und in zunächst drei Besatzungszonen aufgeteilt werden (zu denen dann später noch eine französische Besatzungszone hinzukam).

Exkurs: Die Paneuropa-Bewegung in der Nachkriegszeit

Eine Betrachtung der außergewöhnlichen Persönlichkeit Coudenhoves wäre nicht vollständig ohne einen Blick auf sein Engagement nach 1945 zu werfen. Churchills Rede in Zürich 1946 nannte ausdrücklich die Paneuropaidee als Vorbild und sprach sogar von den „Vereinigten Staaten von Europa",[23] einem Staatenbund, dem England freilich nicht angehören, jedoch eng befreundet sein wollte. Ziel sei es u.a., durch ein einiges Europa das britische Weltreich vor der Sowjetunion zu schützen. Coudenhove-Kalergi musste allerdings feststellen, dass es schon viele andere Europaorganisationen gab. Diese forderten teilweise vehement die Gründung eines europäischen Bundesstaates, damit nie mehr nationalistische Bestrebungen Europas Menschen in einen Krieg stürzen könnten. Selbst vor der Forderung nach einer europäischen Revolution in diesem Sinne schreckte man nicht zurück. Aber auch Coudenhove blieb nicht untätig. 1946 gründete er das „United Europe Movement" und beanspruchte die Führung aller europäischen Organisationen unter dem Dach seiner Paneuropa-Union. Doch dies scheiterte an seinem Universalführungsanspruch, den er nie ablegen konnte. Zudem existierte keine Paneuropa-Union mehr. Aber er wollte sein Ziel verwirklicht sehen, also schrieb er alle Parlamentarier an und forderte sie zum Beitritt auf. Die Antworten waren überwiegend positiv und ergaben eine Mehrheit für eine europäische Einigungsbewegung – ohne dass damals allerdings präzisiert wurde, wie eine solche Einigung zu gestalten sei: Staatenbund oder Bundesstaat? Zugleich regte er die Gründung von Parlamentarierkomitees an, aus denen sich ab Juli 1947 die Europäische Parlamentarier-Union entwickelte,[24] aus der dann später wiederum die Europa-Union hervorging, die im Herbst 1947 ihren ersten Congress abhielt.[25] Diese Parlamentarier-Union hatte weitreichende Vorstellungen, die allerdings über die damaligen politischen Möglichkeiten der jeweiligen Regierungen weit hinausgingen: Sie forderte nichts Geringeres als eine europäische Bundesverfassung. Es blieb aber bei einem im Prinzip nur staatsbündischem Abkommen, wie die Römischen Verträge von 1957 und ihre folgenden Änderungen zeigen.[26] Die Entwicklung der europäischen Bewegungen bis zur Gründung macht deutlich, dass Coudenhoves Ideen Teil der europäischen Politik geworden waren. Die Entwicklung hatte seine Idee, die er vor über zwanzig Jahren in der Weimarer Zeit entwickelt hatte, nachträglich bestätigt. [27]

---

[21] vgl. Coudenhove-Kalergi, Richard: Die Europäische Nation, Stuttgart 1953, S.106-108.

[22] vgl. Conze, Vanessa: Richard Coudenhove-Kalergi Umstrittener Visionär Europas, Gleichen/Zürich 2004, S.49-51.

[23] In dieser Rede heißt es: „Wir müssen etwas wie die Vereinigten Staaten von Europa errichten … Die Paneuropa-Union hat viel in dieser Richtung getan, und diese Bewegung verdankt ihre stärksten Impulse dem Grafen Coudenhove-Kalergi sowie dem hervorragenden französischen Staatsmann und Patrioten Aristide Briand … Wenn zu Beginn nicht alle europäischen Staaten dem Europäischen Bund angehören wollen oder können, so liegt es an uns, wenigstens diejenigen zu vereinigen, die es wollen und können. Um diese dringende Aufgabe zu bewältigen, sollen Frankreich und Deutschland sich versöhnen. Großbritannien, die britische Völkerfamilie, das mächtige Amerika und, ich hoffe es aufrichtig, die Sowjetunion – denn dann wäre alles gelöst – sollten Freunde und Beschützer des neuen Europa werden, zum Schutz seines Lebensrechtes und seines Wohlstandes. In diesem Geiste wende ich mich an euch mit den Worten: Europa erwache!" Churchill hielt weitere Reden für den Europagedanken.
Bereits 1960 wurde der politische Zusammenschluss der sechs Mitglieder der EWG vom neunten Paneuropa-Kongress in Nizza gefordert. Aber der von de Gaulle und Adenauer angeregte Plan scheiterte am Veto Belgiens und Hollands. Darauf folgte ein wahrhaft historischer Schritt: Adenauer und de Gaulle begruben mit ihrem Freundschaftspakt die Erbfeindschaft zwischen Frankreich und Deutschland.(Coudenhove-Kalergi, Richard, Paneuropa 1922 bis 1966, Wien 1966, S.83-87). In den folgenden Jahren trat die Paneuropa-Bewegung dann in den Hintergrund, da der Stein der europäischen Einigung ins Rollen gekommen war.

[24] Conze, Vanessa: Richard Coudenhove-Kalergi Umstrittener Visionär Europas. Gleichen. Zürich 2004. S.6166.

[25] Coudenhove-Kalergi, Richard: Die Europäische Nation, Stuttgart 1953, S.118-119.

[26] vgl. Conze, Vanessa, Richard: Coudenhove-Kalergi Umstrittener Visionär Europas, Gleichen, Zürich 2004.

[27] S.135ff, 147f.
Coudenhove-Kalergi beschrieb die Kampagnen für Europa, den Europakongress in Den Haag im Mai 1948 mit 800 Delegierten und mehr als 200 Parlamentariern, Staatsmännern, geistigen Autoritäten. (Der Kongress fordert die Einberufung einer europäischen Versammlung, gewählt aus den nationalen Parlamenten). Die nicht staatlichen Europagruppen schließen sich zur Europabewegung zusammen (Ehrenpräsidenten werden Leon Blum, Churchill, Alcide de Gasperi, Paul Henri Spaak, Robert Schumann, Konrad Adenauer, Coudenhove-K.), und arbeiten mit der europäischen Parlamentarierunion zusammen. Es folgt ein Überblick über die Gründung des Europarates 1948, die Entstehung der Montanunion (Kontrolle der deutschen Wirtschaft) 1951 und der EWG 1957 (S.135ff., 144ff., 147ff). Zur französischen Politik der 1950er und 60er Jahre S.150ff.
Ausführlich wird auch die Furcht vor Stalin geschildert, der Europa 1946-1954 unter ständige Zwänge setzte, wie z.B. durch die Gründung eines osteuropäischen Wirtschaftsverbandes (Comecon) (S.147f.).

3. Das Briand-Memorandum 1929/30

Am Ende der 20er Jahre, nach der Rückkehr Deutschlands auf das internationale Parkett – verkörpert in den Verträgen von Locarno (1925) und dem Briand-Kellogg-Packt (1928) – war der Weg auch für die offizielle Politik vorbereitet, die Aussöhnung zwischen Frankreich und Deutschland auch auf eine rechtliche Basis zu stellen.

Den entscheidenden Anstoß hierzu gab das sog. Briand-Memorandum vom 17. Mai 1930, das der französische Außenminister in seiner Rede am 5. September 1929 vor dem Völkerbund angekündigt hatte. Danach sollte die Europäische Einigung durch politische Aktionen vorangetrieben werden.

Außer der Zustimmung des deutschen und tschechoslowakischen Außenministers zeigte die Reaktion mehr Bedenken als Zustimmung. Dennoch wurde Briand beauftragt, für die 27 Mitgliedsstaaten ein Memorandum auszuarbeiten. Das Dokument: *L'organisation d'un régime d'union fédérale europeenne* wurde am 1.5.1930 vorgestellt. Es enthielt wirtschaftliche und politische Forderungen.

Die wesentlichen Punkte des Briand Memorandums lauteten:

Briand, Aristide: Memorandum über die Organisation einer europäischen Bundesordnung, vom 1. Mai 1930, Paris (Auszüge)

I. Notwendigkeit eines allgemeinen, wenn auch noch so elementaren Vertrags zur Aufstellung des Grundsatzes der moralischen Einheit Europas und zur feierlichen Bekräftigung der zwischen europäischen Staaten geschaffenen Solidarität.

In einer Formel, die so liberal wie möglich zu halten wäre, aber den wesentlichen Zweck dieses Verbandes im Dienst des gemeinsamen Werkes der friedlichen Organisation Europas klar zum Ausdruck bringen müsste, würden sich die Signatarregierungen verpflichten, in periodisch wiederkehrenden oder in außerordentlichen Tagungen regelmäßig miteinander Fühlung zu nehmen, um gemeinsam alle Fragen zu prüfen, die in erster Linie die Gemeinschaft der Europäischen Völker interessieren können.

Notwendigkeit einer Organisation, um der europäischen Union die zur Erfüllung ihrer Aufgabe erforderlichen Organe zur Verfügung zu stellen.

II. Notwendigkeit eines repräsentativen und verantwortlichen Organs in Gestalt einer ordnungsgemäßen Einrichtung des Europäischen Konferenz, die aus den Vertretern aller dem Völkerbund angehörenden europäischen Regierungen bestehen und das wesentliche leitende Organ der europäischen Union in Verbindung mit dem Völkerbunde bilden würde.

B. Notwendigkeit eines Vollzugsorgans in Gestalt eines ständigen politischen Ausschusses, der lediglich aus einer gewissen Anzahl von Mitgliedern der europäischen Konferenz besteht und der europäischen Union praktisch als Studienorgan und gleichzeitig als ausführendes Werkzeug dient.

III. Notwendigkeit der vorherigen Festlegung der wesentlichen Leitgedanken, welche die allgemeine Einstellung des europäischen Ausschusses bestimmen und ihn bei seinen Vorarbeiten für die Aufstellung des Programms der europäischen Organisation leiten sollen. (Dieser dritte Punkt kann der Beurteilung der nächsten europäischen Zusammenkunft vorbehalten werden.)

A. Allgemeine Unterordnung des Wirtschaftsproblems unter das politische Problem.

B. Gedanke des europäischen politischen Zusammenwirkens mit dem Endzweck: ein Bund auf der Grundlage des Gedankens der Einigung, nicht der Einheit; d.h. er muss elastisch genug sein, um die Unabhängigkeit und die nationale Souveränität jedes Staates zu wahren, aber allen den Vorteil kollektiver Solidarität bei der Regelung der politischen Fragen gewährleisten, die das Schicksal der europäischen Gemeinschaft oder das eines ihrer Mitglieder betreffen.

C. Gedanke der wirtschaftlichen Organisation Europas mit dem Endzweck: gegenseitige Annäherung der europäischen Volkswirtschaften unter der politischen Verantwortung der solidarischen Regierungen.

Kommt es doch nicht darauf an, mit einem Schlage einen ldealbau aufzurichten, der abstrakt allen logischen Bedürfnissen eines gewaltigen europäischen Bundesapparats entspräche, sondern sich vielmehr vor jeder vorgefassten Meinung zu hüten, um sich mit der tatsächlichen Verwirklichung eines ersten Anlaufs zur Fühlungnahme und zur dauernden Solidarität zwischen europäischen Regierungen zu befassen, um gemeinsam alle Probleme zu regeln, die die Organisation des europäischen Friedens und die rationale Gestaltung der Lebenskräfte Europas betreffen.

Nie war die Stunde günstiger und nie war es dringender, ein Werk des Aufbaus in Europa zu schaffen.

Sache der Regierungen ist es heute, ihre Verantwortung auf sich zu nehmen, wollen sie es nicht den Zufälligkeiten privater Initiative und regelloser Versuche überlassen, die materiellen und moralischen Kräfte zu gestalten, deren Beherrschung im ganzen zugunsten der europäischen Gemeinschaft und der Menschheit ihre eigene Aufgabe ist.

Paris, den 1. Mai 1930.[28]

Insgesamt übte das Memorandum harte Kritik am derzeitigen Zustand. Das Fehlen eines europäischen Verbandes behindere den Friedensprozess, vor allem das Fortkommen Europas, im speziellen das der Wirtschaft:

„Diese Zersplitterung der Kräfte beschränkt in Europa ... auch alle Garantien gegen die Krisen auf dem Arbeitsmarkt ...[29]

Zwei Ziele nannte das Memorandum: Als politisches einen Bund „auf der Grundlage des Ziels der Einigung, nicht der Einheit. D.h. er muss elastisch genug sein, um die Unabhängigkeit und die nationale Souveränität jeden Staates zu wahren, aber allen den Vorteil kollektiver Solidarität ... gewährleisten. [ist dies geschehen, kann der wirtschaftliche Aspekt zum Zug kommen]".

Als wirtschaftliches Ziel sah das Memorandum die „gegenseitige Annäherung der europäischen Volkswirtschaften und der Verantwortung der solidarischen Regierungen ..." vor.[30] Daraus solle eine Zollpolitik und ein gemeinsamer Markt „zur Steigerung der menschlichen Wohlfahrt auf dem Gesamtgebiet der europäischen Gemeinschaft..." entstehen.[31]

---

[28] Quelle: Der Europaplan Briands vom 1. Mai 1930. Memorandum über die Organisation einer europäischen Bundesverfassung (Amtliche Übersetzung des deutschen Auswärtigen Amtes), in: Europa-Archiv, 4 (1949) 17, S.2435-2440.

[29] Memorandum vom 1.5.1930, zit. n. Foerster, Dokumentation, S.237

[30] Memorandum vom 1.5.1930, zit. n. Foerster, S.242ff.

[31] Foerster, 242f

Zu Erreichung dieser Ziele sollte der vorgenannte politische Bund der europäischen Staaten durch Vertrag gegründet werden. Regelmäßige Treffen der Regierungen sollten die Zusammenarbeit in gemeinsamen Fragen fördern. Eine „Europäischen Konferenz" mit Sekretariat und Ausschuss sollte als Vollzugsorgan gebildet werden, die sich von technischen Dingen bis zur Wirtschaftlichen Zusammenarbeit befassen sollte.

Das Memorandum musste natürlich Rücksichtnahme auf den Völkerbund nehmen. Es wolle, so hieß es, „die europäischen Interessen unter der Aufsicht und im Geiste des Völkerbundes in Einklang bringen.[32] Die Beziehungen zum Völkerbund waren nur allgemein formuliert, bei Rechtsstreitigkeiten soll dieser Zuständig sein, der Europäische Verband soll bei Streitigkeiten nur eine beratende Funktion ausüben. Die Grundprinzipien des Völkerbundes sind auch die des Europäischen Verbands, die Verständigung ... muss auf dem Boden unbedingter Souveränität und völliger Unabhängigkeit erfolgen. Es wäre unvorstellbar, ... an eine politische Bevormundung zu denken.[33]

Nach dem Briand-Kellogg-Pakt (1928) und den Verträgen von Locarno (1925) trug Briand, inzwischen auch Ministerpräsident Frankreichs, seine Vorstellung von den „Vereinigten Staaten von Europa" auch in der Öffentlichkeit vor und stieß auf breite Zustimmung. Am 5. September 1929 sprach er, wie ausgeführt, vor dem Völkerbund und erntet für seine Idee einer solidarischen Gemeinschaft der europäischen Staaten großen Beifall. Das am 17. 5. 1930 vorgelegte Memorandum konnte seine Wirkung jedoch nicht mehr entfalten. Der Ausbruch der Weltwirtschaftskrise und der Tod des Reichsaußenministers Gustav Stresemanns, der Briands Idee grundsätzlich unterstützt hatte, aber auch der Egoismus Englands, das weder einem Europabund beitreten noch von ihm ausgeschlossen werden wollte, sorgten dafür, dass Briands Memorandum, das aus Rücksicht auf nationalistische Regierungsmitglieder einen Kompromiss und nicht die erwartete „Evolution" eines einigen Europas darstellte, auf Ablehnung stieß. Verstärkt wurde diese Ablehnung durch das Wiedererstarken nationalistischer Ideen und den Ruf nach Schutzzöllen im Hinblick auf die Weltwirtschaftskrise.

Fasst man den Inhalt des Memorandums zusammen, zeigt sich, dass es sowohl Rücksicht auf den Völkerbund, wie auf die einzelnen Nationalstaaten nimmt. Man betont beide Prinzipien: Festhalten am Völkerbund, sowie Souveränität der Einzelstaaten. Gleichzeitig forderte es Solidarität der Mitgliedstaaten, weil dies von Vorteil für alle sei. Diese Struktur war in sich widersprüchlich. Uneingeschränkte Souveränität der Einzelstaaten ließen keinen Spielraum für einen Bund zu, der zumindest minimale Zugeständnisse auf Kosten der Souveränität erfordert hätte. Es wurde nicht klar, ob das Memorandum einen Staatenbund oder einen Bundesstaat vorschlug. Viel spricht für einen Staatenbund. Diese Unklarheit forderte viele Gegenstimmen heraus, die zu dem Schuss kamen, dass es nicht möglich sei, eine Föderation zwischen den Staaten zu schaffen, ohne den Organen Zugeständnisse zu machen (eine Idee, die auch nach 1945 heftig diskutiert wurde). Dieser Zwiespalt wurde von England und Frankreich verkörpert; von England, das lediglich eine Völkerbundkommission wollte, während Frankreich eine Institution für eine europäische Einigung ins Leben rufen wollte.[34]

Auf einer Europakonferenz im September 1930 tragen die Gegensätze hart aufeinander. Das Ergebnis der Konferenz war bescheiden, es wurde ein Komitee für die Europäische Union eingerichtet, mit Briand als Präsidenten und Sir Edward Drummont, der Generalsekretär des Völkerbundes und gleichzeitig ein alter Gegner der Europaidee war.

Der Wahlsieg der NSDAP vom 14. Sept. 1930 und der frühe Tod Gustav Stresemanns brachten schließlich den vorzeitigen Todesstoß für die Initiative Briands. Die fünfjährige Verständigungspolitik zwischen Briand und Stresemann war gescheitert; an ein Europa mit Deutschland ohne Großbritannien dachte damals niemand. Briand sprach im September 1931 zum letzten Mal vor dem Völkerbund von Europa, vom Frieden der herrschen sollte und von der drohenden Kriegsgefahr. Am 7. März 1932 verstarb Briand. Großbritannien würdigte später etwas doppelzüngig den Völkerbund; er sei zu einer „europäischen Institution" geworden, sagte Churchill 1933 in der *Saturday Evening Post*.[35] Die ohnehin schon uneinigen Standpunkte der Regierungsvertreter führten 1930 zum Ende der deutsch-französischen Verständigungspolitik; außer dem oben genannten, vom Völkerbund gewünschte „Studienkomitee für die Europäische Union", das schon in seiner Anlage auf die Nichtschaffung einer Europäischen Union ausgerichtet war, waren keine weiteren Ergebnisse zu verzeichnen.[36]

Dennoch gehört der Briand-Plan[37] in die Reihe neuer Ordnungsmuster, die die alten Konzepte ablöste. Es enthielt bereits starke Integrative Elemente, zumindest was die Zielsetzung betrifft. Vor allem aber setzte es die politische Einigung als Priorität, die vor der wirtschaftlichen Einigung erreicht werden müsse (eine Illusion unter den damaligen Verhältnissen). Das weckte Ängste. Nicht die Idee Europa als solche, sondern eine übermächtige Union in Form eines föderalen Gebildes (Bundesstaat) fürchtete man. Die geschichtliche Entwicklung zeigt jedoch, dass eine vorgängige politische Lösung auf der europäischen Ebene nicht zu erreichen war, und das die wirtschaftliche Annäherung nach 1945 der pragmatische Weg zu einer europäischen Einigung war. [38]

[32] Foerster, S.238
[33] Foerster, S.240
[34] Coudenhove-Calergi: Die europäische Nation, Stuttgart 1953, S.99ff
[35] Coudenhove-Kalergi, Richard: Weltmacht Europa, Stuttgart 1971, S.134.
[36] vgl. Coudenhove-Kalergi, Richard: Die Europäische Nation, Stuttgart 1953, S.102-103.
[37] Kießling, Friedrich: Der Briand-Plan von 1929/30, in: Themenplan europäische Geschichte, 2008.
[38] Vgl. näher Gehler, 2005, S.104. Die wirtschaftliche Kooperation stieß dabei durchaus auf das Wohlwollen der deutschen Wirtschaft, die jedoch bilaterale Abkommen zwischen den verschiedenen Wirtschaftsvereinen im In- und Ausland den Vorzug gab und von Zusammenschlüssen jedweder Art (wie z.B. einen europäischen Zollverein oder solche Allianzen, wie sie die Paneuropa-Bewegung förderte) Beeinträchtigungen befürchteten.

4. Weitere europäische Einigungsbestrebungen (u.a. Europa der Regionen)

a) Die politischen Diskussionen der Paneuropäischen Bewegung von Coudenhove-Calergi wurde vor allem, wie ausgeführt, von republikanischen und linken Kräften getragen. Jedoch huldigten auch die Nationalkonservativen der Idee eines europäischen Zusammenschlusses. Sie dachten dabei an eine Wiederherstellung Europas im Sinne des „christlichen Abendlandes".[39]

b) Ferner war die Idee eines starken Mitteleuropas schon während des Ersten Weltkrieges ein vielbeschworenes Konzept, wie man Deutschland und Deutsch-Österreich sowie die Osteuropäischen Staaten zusammenführen konnte. Während Coudenhove-Kalergi auf die deutsch-französische Kooperation setzte, betrafen die Entwürde vor allem Deutschland und Österreich, sowie die osteuropäischen Staaten; die Ideen des Panslavismus und des Eurasismus wurden diskutiert, gefördert durch die Exilwelle nach der russischen Revolution 1917. Schon 1915 hatte Friedlich Naumann eine Studie „Mitteleuropa" vorgelegt, die auch von dem tschechoslowakischen Ministerpräsidenten Theodor Masaryk befürwortet wurde. In diesen Entwürfen spielte Russland eine ambivalente Rolle. Coudenhove-Kalergi sprach sich einerseits zugunsten von Russland aus, das in Zukunft eine verbindende Rolle zwischen Europa und Asien führen sollte (z.B. auf dem Bild der Kultur). Andererseits lehnt er die Terrormaßnahem des Regimes wie auch den Bolschewismus generell ab. „Russland gehöre nicht zu Europa".[40]

c) Eine andere Idee war die eines Europa der Regionen, die als „Ordre nouveau" innerhalb der neuen Rechten in Frankreich lebendig war (Denis de Rougement u.a.) und die vor allem nach 1950 in Deutschland und Frankreich diskutiert wurde. Sie hatte aber schon vor dem Krieg, d.h. in der sog. Zwischenkriegszeit ihre Anhänger.[41] Deren Akteure wollten den Föderalismus als grundlegendes Strukturprinzip anerkannt sehen und lehnten jeden Zentralismus ab.[42] Europa sollte in Gemeinden und Regionen und in eine europäische Föderation aufgeteilt werden. Insgesamt ähnelte das Menschenbild des „Ordre nouveau" dem einer personalistischen Sicht, die weder ins rechte noch ins linke Lager passen sollte. Ähnlichkeiten mit der katholischen Soziallehre sind erkennbar. Insgesamt waren sie eher dem rechten Spektrum zuzuordnen. In der NS-Zeit blieben sie daher unbehelligt und konnten sogar eigene Zeitschriften herausgeben, wie die *Europäische Revue* oder *Volk im Werden* u.a.[43] Aber ein präzises Europabild existierte bei diesen Gruppen so wenig wie in der offiziellen NS-Politik.

Dies galt auch für die Europapolitischen Bewegungen der rechten Parteien in den ab 1940 besetzten Ländern. Diese hofften jetzt auf die NS-Versprechungen einer eigenständigen nationalen Einheit, in der Hoffnung, sich unter der Vorherrschaft von NS-Deutschland behaupten zu können (Einzelheiten werden im Abschnitt „Großeuropäische Pläne der NS-Propaganda" behandelt.

Die Idee eines Europa der Regionen wird auch nach der Gründung der EU immer wieder beschworen, vor allem in Zeiten wirtschaftlicher Krisen: Die reichen Regionen vollen sich abspalten und einen eigenen Staat gründen – z.B. Schottland, Katalonien, Südtirol, Algarve – Pläne, die in der Zeit wirtschaftlicher Großräume und globaler Wirtschaftspolitik das Bedürfnis nach Überschaubarkeit kennzeichnen, die weit eher Identifikationsmuster anbieten, als abstrakte Großsysteme.

5. Ausblick

Betrachtet man die verschiedenen Ansätze zur Einigung Europas bis in die Zeit nach 1945, so fällt auf, dass immer nach kriegerischen Auseinandersetzungen neue Anläufe für einen europäischen Staatenbund unternommen wurden. Waren diese Ansätze anfänglich noch davon geprägt, eine europäische Nation, mit Frankreich als dominierender Macht einzusetzen, so entwickelte sich allmählich, vor allem bei Richard Coudenhove-Kalergi, die Idee einer supranationalen „Regierung". Historische Vorbilder hatten diese Gedanken nicht. Die früheren Ideen hatten immer nur einen Staatenbund gleichberechtigter Staaten im Auge. Einige Ideen zeigen jedoch interessante Ähnlichkeiten mit früheren Projekten: So mit Sullys „Grand Dessin" (Binnenmarkt, europäischer Gerichtshof, ein Delegiertenrat von 60 Mitgliedern) zur Schaffung einer „Christlichen Republik" von fünfzehn Mitgliedern. Ähnliches gilt für die Ideen von William Penn, der die Rechtsgleichheit und den Rechtschutz, unabhängig von Größe und Macht der Mitgliedstaaten, in seinem Europaplan verwirklicht sehen wollte. Auch mit den Vorstellungen von St. Pierre gibt es Ähnlichkeiten, der einen Europäischen Senat mit eigenem Personal, ja schon damals eine europäische Hauptstadt vorschlug, ferner Mitgliedsbeiträge nach den jeweiligen Einnahmen der Staaten zur Finanzierung der Gemeinschaft festsetzen wollte.

Aus all diesen Vorschlägen und Ideen, die seit dem vierzehnten Jahrhundert immer wieder aufgegriffen, modifiziert und verworfen wurden, ist ersichtlich, dass das, was in den letzten 50 Jahren geschehen ist, nicht nur auf die Schrecken und Lehren des Zweiten Weltkriegs zurückzuführen ist, sondern in Jahrhunderten zu dem herangereift ist, was wir heute teilweise verwirklicht sehen. Die Europäische Union und ihre Vorläufer sind nach dem Krieg zuerst mit dem Ziel aus der Taufe gehoben worden, weitere militärische Auseinandersetzungen in Europa zu verhindern. Dazu brauchte es vor allem die Unterstützung der 1949 gegründeten NATO. Mindestens ebenso wichtig war

[39] Eine wichtige Rolle hierbei spielten die „abendländische Bewegung", die einen christlichen Staat katholischer Prägung wiederherstellen wollte, die (im NS-Staat geduldet) bis in die 1960er Jahre in der Bundesrepublik aktiv war. Näher: Conze, Vanessa: Das Europa der Deutschen. Ideen von Europa in Deutschland zwischen Reichstradition und Westorientierung (1920 - 1970), München 2005 (Studien zur Zeitgeschichte Band 69), S.27ff., 207ff.;

[40] Ruge, 41 u.91 ff.

[41] Ruge, S.74 ff.

[42] Gehler, 2005, S. 92f.

[43] Ruge, S. 98

jedoch die Furcht vor einer Ausdehnung der UdSSR und ihres Wirtschaftssystems COMECON, denen der Westen Paroli bieten musste. Die Lehren, die unsere Vorfahren aus den kriegerischen Streitigkeiten der einzelnen europäischen Staaten gezogen haben, mussten erst durch zwei Weltkriege in den Menschen das Bewusstsein wecken, dass man (nur) gemeinsam stark sein kann. Es hat sich gezeigt, dass „Europa […] ein Staat [ist], zusammengesetzt aus mehreren Provinzen“ (Montesquieu).[44] Vielleicht war dies der Grund, weshalb am 6. August 1950 rund 300 Europabegeisterte aus Deutschland und Frankreich die Zöllner in St. Germanshof bei Straßburg überrumpelten, die Schlagbäume abrissen[45] und die Europaflagge hissten.[46]

[44] Coudenhove-Kalergi, Richard, Die Europäische Nation, Stuttgart 1953, S.70.

[45] Allerdings war die Präfektur vorher informiert worden, die Ersatzmaterial beschafft hatte (Schmid, Carlo: Erinnerungen, Stuttgart 1978, S.364

[46] Wasow, Carsten: Die Wiege Europas, in: Badische Neueste Nachrichten, 31.8.2006, S.6, Karlsruher Ausgabe (Die Europa-Flagge war damals noch ein grünes E auf weißem Grund).

Translation von Recht im mehrsprachigen Kontext am Beispiel von Elsass-Lothringen, Saarland und Luxemburg

(Translation of Law in a Multilingual Context. The Examples of Alsace-Lorraine, Saarland, and Luxembourg)

*Thomas Gergen**

Abstract

The science of translation can be useful to reconsider History of Law as a long history of translated rules and texts. Our article intends to explain the bilingual context of a region that embraces Alsace-Lorraine, Saarland and the Grand-Duchy of Luxembourg.

Key words: *globalization; translation; local context; reception of law rules; legal transplant; resignification of law.*

I. Die Verankerung globalen Wissens in lokalen Kontexten. Wie wurde und wird Recht übersetzt?

Ist heute von Globalisierung die Rede, denkt der Betrachter vorab an die Verflechtung von Volkswirtschaften untereinander und an Zusammenschlüsse von Märkten und Handelsgesellschaften. Diesen internationalen Zusammenhängen und der Ausbildung eines weltweit funktionierenden Wirtschaftsrechtssystems haben die Wirtschafts- und Rechtswissenschaft bereits seit langem ihr Augenmerk geschenkt. Wie allerdings ein bestimmtes Rechtswissen im Zuge der Globalisierung transferiert wurde und jeweils unmittelbar an seinem Anwendungsort gewirkt hat, also selbst „Migrationsobjekt" war, ist bislang noch wenig Forschungsgegenstand gewesen. Die europäische Rechtsgeschichte, die sich auf regionale Quellen stützt, kann zu diesem Phänomen einschlägige Fälle aus dem Blickwinkel der sprachlichen Übertragung von Rechtsquellen, mithin von Rechtswissen liefern; dies soll anhand von ausgewählten Beispielen aus der Großregion aufgezeigt werden, d.h. am Beispiel von Elsass-Lothringen, dem Saarland und dem Großherzogtum Luxemburg. Bei der nun folgenden Benennung von Desideraten und Aufgaben für die zukünftige Regionalforschung sollen bewusst die nationalstaatlichen Grenzen hintanstehen und die historisch gewachsene Region im Vordergrund stehen.

1. Von der Rezeptions- zur Translationsgeschichte

Die immer weiter gehende weltweite Vernetzung bringt es mit sich, dass sich Rechtswissen je nach lokaler Verankerung unterschiedlich niederschlagen kann. Dabei ist die Beschreibung in Rezeptionsvorgängen längst allzu eng, setzt sie doch ein Über- und Unterordnungsverhältnis zwischen Quelle und Rezipienten voraus, die in dieser pauschalen Gegensätzlichkeit wohl selten zutrifft. Auch das Aufrechterhalten der traditionellen Rechtsfamilien wird obsolet, wenn man bedenkt, dass der Austausch von juristischem Wissen in zahlreichen und fein verästelten Bahnen erfolgen und sich im aufnehmenden Land oftmals eine beträchtliche Eigendynamik an Weiterentwicklung entfalten kann. Daher ist von Wissensströmen auszugehen, die es sich deswegen lohnt aufzuspüren, weil sie zeigen, wie Wissen von einem Ort zum anderen fließt, sich verändert, weitergegeben wird oder unbewusst oder gesteuert in Vergessenheit gerät. Die Übersetzung von Rechtstexten ist mithin auch eine Bilanz aus Verlust und Gewinn an Sinnbedeutungen[1]. Neben der philologischen Dimension des sprachlichen Austausches ist interessant, welche politischen Strukturen sich bei der Weitergabe insbesondere juristischen Wissens bilden. Damit erfasst die interdisziplinäre Analyse nicht nur die Rechtswissenschaft und die ihr inhärente Rechtsgeschichte, sondern auch die Translations- und die Geschichtswissenschaft.

In ihrer allgemeinsten Ausprägung ist die Übersetzung (griechisch: hermēneía, metáphrasis; lateinisch: interpretatio, translatio; englisch: translation und französisch: traduction) die Wiedergabe der unter den gegebenen Umständen für mitteilenswert gehaltenen Aspekte eines an eine gegebene sprachliche Ausdrucksform (Ausgangssprache) gebundenen Inhalts mit Hilfe einer anderen sprachlichen Ausdrucksform (Zielsprache).

* Prof. Dr.iur. Dr.phil. Thomas Gergen M.A., Der Autor ist Ordinarius für Internationales und vergleichendes Zivil- und Wirtschaftsrecht mit Immaterialgüterrecht/Recht des Geistigen Eigentums an der European University for Economics and Management (eufom) in Luxembourg.
Die Studie ist zunächst entstanden im Zuge von Forschungen am Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte in Frankfurt/Main sowie jüngst am Forschungsschwerpunkt für Zivil- und Wirtschaftsrecht in der Großregion Luxemburg, den der Autor an der European University for Economics and Management (eufom) in Luxemburg leitet. Der Autor ist dort o. Professor für Internationales und vergleichendes Zivil- und Wirtschaftsrecht mit Immaterialgüterrecht/Recht des Geistigen Eigentums.

[1] Susan Šarčević, New Approach to Legal Translation, Den Haag/London/Boston 1997.

Die Relation der Übersetzung ist asymmetrisch, denn wenn B Übersetzung von A ist, kann A nicht Übersetzung von B sein[2].

Sobald sich das Übersetzen nach dem II. Weltkrieg als Wissenschaft herausgebildet hatte, entwickelte sich die damit verbundene Forschung in den 1980er Jahren zu einer kulturell ausgerichteten Translationswissenschaft und zu einem Teil der Sozial- und Kulturwissenschaften. Dabei machte die Übersetzungswissenschaft auch Anleihen bei Didaktik[3], Pädagogik, Ethnologie, Soziologie und nicht zuletzt der automatisierten Sprachdatenverarbeitung[4]. Bislang bloß sprachlich-linguistische Ansätze wurden inter- und transkulturell betrachtet und gewannen eine neue Dimension, denn Übersetzung wurde nicht mehr nur auf der Textebene als eine Form der Übertragung von Sprache gesehen, sondern als Kategorie im Rahmen der kulturellen Wandlungsprozesse aufgefasst und auf diese Weise für die Analyse der vielfältigen kulturellen Lebenswelten fruchtbar gemacht[5]. Damit wandelte sich Übersetzung in Translation, die nach Erich Prunč als ein zentraler Ort des interkulturellen Wissenstransfers und des Austausches symbolischer Güter erfasst werden kann[6].

Prunč prägte ferner den Begriff der „Translationskultur", der versucht, das Handlungsfeld der Translation mit seinen gesellschaftlich etablierten, gesteuerten und steuerbaren Normen, Konventionen, Erwartungshaltungen und Wertvorstellungen zu erfassen. Die kulturelle Dimension in der Übersetzung bewirkte vor allem eine Ausweitung des Forschungsinteresses über das Sprachliche hinaus und die Einbeziehung kulturgeprägter Handlungspraktiken und Vertextungskonventionen sowie schließlich nonverbaler Elemente. Die soziologische Übersetzungswissenschaft nahm die Strukturen von sozialen Gruppen und Gebilden sowie die Organisation der diversen Formen des sozialen Handelns in den Blick. Ferner fokussiert sie die institutionellen Zusammenhänge, in denen Übersetzungen vonstatten gehen und lenkt damit das Augenmerk weg vom Produkt Übersetzung hin zu Vermittlungszusammenhängen, in denen Translate stehen[7]. Gewiss erfolgt Translation auch durch Gebärden und Symbole, die Recht setzen können; dabei fällt der Blick zunächst auf Herrschaftssymbole (wie Reichsinsignien, Skulpturen von Allegorien wie der Justitia, aber auch Ringe, Gürtel, Glocken usw.), durch die Rechtspositionen wie etwa die Staatsgewalt vermittelt werden. Aber es ist hauptsächlich die Sprache, die das Recht in Worte fasst und mit deren Hilfe Wissen und Ideen, ja auch Ideologien transferiert werden. Dies geschieht innerhalb ein und derselben Sprache, aber vor allen Dingen interlingual.

2. Globales Wissen in lokal vertexter Form

Die Translationswissenschaft hat als Kultur- und Sozialwissenschaft diese komplexen Übersetzungsvorgänge bereits beschrieben. Für das Recht ist der „linguistic turn in law" bereits eingefordert worden, sodass auch die Rechtswissenschaft die vornehmlich sprachlichen Wissensströme in der global-lokal zu erfassenden Welt beleuchten muss[8]. Neben der philologischen Richtigkeit und den Techniken der Übersetzung kommt es zweifelsohne auf die Frage an, wie eine Norm im ganz konkreten Fall vor Ort von bestimmten Personen kontextualisiert wurde. Dieser Vorgang kann anhand zahlreicher Beispiele des Rechts- und Wirtschaftslebens tagtäglich nachvollzogen werden. Anders formuliert: Wissenskultur entsteht in binnen- wie außereuropäischen Kommunikations- und Herrschaftsräumen und wird durch Ideen und Konzepte, Texte und Symbole sowie Auslegungsmethoden und Praktiken geschaffen und ausgetauscht. Neben den bisher bemühten Hilfswissenschaften Soziologie, Ethnologie, Anthropologie und anderen wird auch die Translationswissenschaft helfen, Forschungslücken der Rechtswissenschaft zu füllen. Der Reproduktions- oder Applikationsprozess ist immer mit den anwendenden Personen verbunden, die ihrerseits über relevante Biographien verfügen. Anhand ausgewählter Fälle kann dieser Prozess der lokalen Kontextualisierung und Konkretheit gut analysiert werden.

3. Europäisches Wissen als Erfahrungsraum

Wegen seiner Sonderstellung zu anderen Kontinenten, seiner historischen Bedeutung und vor allem wegen seiner Vielsprachigkeit bietet sich Europa für diese Forschung als Erfahrungsraum und Quelle globalen Wissens besonders an. Aus Europa kommendes Rechtswissen hat sich dabei innerhalb Europas selbst wieder lokal verankert oder wurde, über die Grenzen Europas hinaus, in andere Kontinente exportiert. Schon sehr früh gab es in Europa eine die Wissensströme lenkende Sprachenpolitik und Sprachengesetzgebung, sowohl in den Staaten, in denen sich mehrere Sprachen treffen (Sprachprovinzen und

---

2 Jörn Albrecht, Übersetzung, in: Gert Ueding (Hg.), Historisches Wörterbuch der Rhetorik, Band 9, Tübingen 2009, Sp. 871.

3 Michel Ballard (Hg.), La traduction de la théorie à la didactique, Lille 1984.

4 Dietrich Busse, Sprachwissenschaft als Sozialwissenschaft?, in: Dietrich Busse/Thomas Niehr/Martin Wengeler (Hg.), Brisante Semantik. Neuere Konzepte und Forschungsergebnisse einer kulturwissenschaftlichen Linguistik (Reihe Germanistische Linguistik 259), Tübingen 2005, S. 21-43.

5 Doris Bachmann-Medick (Hg.), Übersetzung als Medium der Repräsentation fremder Kulturen, Berlin 1997; Nadja Grbic/Michaela Wolf (Hg.), Text-Kultur-Kommunikation. Translation als Forschungsaufgabe, Tübingen 1997; Joachim Renn et al. (Hg.), Übersetzung als Medium des Kulturverstehens und der sozialen Integration, Frankfurt a.M./New York 2002; Vittoria Borsò/Christine Schwarzer (Hg.), Übersetzung als Paradigma der Geistes- und Sozialwissenschaften, Oberhausen 2006; Stefanie Stockhorst, Cultural transfer through translation: the circulation of enlightened thought in Europe by means of translation, Amsterdam 2010 (Internationale Forschungen zur allgemeinen und vergleichenden Literaturwissenschaft 131).

6 Was haben Chamäleons den TranslatorInnen zu sagen, in: Hartwig Kalverkämper/Larisa Schippel (Hg.), Translation zwischen Text und Welt – Translationswissenschaft als historische Disziplin zwischen Moderne und Zukunft (TransÜD. Arbeiten zur Theorie und Praxis des Übersetzens und Dolmetschens, Band 20), Berlin 2009, S. 115-137, hier S. 116-117.

7 Klaus Kaindl, Übersetzung als gesellschaftliches Phänomen: Soziologische Ansätze in der Übersetzungswissenschaft, in: Kalverkämper/Schippel (Anm. 6) S. 155-167.

8 Michaela Wolf (Hg.), Übersetzen – Translating – Traduire : Towards a 'Social Turn'?, Wien 2006.

-regionen[9]), als auch innerhalb seit Jahrhunderten global operierender Institutionen, wie etwa der römischen Kirche. In Sprachprovinzen wie an der multilingual arbeitenden Kirche finden schließlich Geschichte und Gegenwart, Europa (Sprachenpolitik der Europäischen Union) und Übersee, zueinander[10].

II. Methodische Europäisierung und Überwindung des methodischen Nationalismus bei der Betrachtung der Translation

Studien zur Übersetzung von Rechtstexten in der Geschichte können beitragen, eine geforderte methodische Europäisierung und Überwindung des methodischen Nationalismus zu begleiten: Soll geprüft werden, wie eine dogmatische Figur oder eine Rechtsfortbildung auf weitere Konstellationen passt und ob sie auch plausible, überzeugende Ergebnisse produziert, dann muss der Blick in die v.a. schulbildenden Texte der Vergangenheit führen. Denn nur dort kann dogmatisch aufgespürt werden, wo Gemeinsamkeiten entstanden oder verschwanden. Allein aus den jeweils nationalen Wissenschaftsräumen kann dies aber nicht geleistet werden[11]. Mit anderen Worten: Das national getrennt abgelegte Wissen muss international verwoben werden, sonst werden Transferprozesse, die stets Harmonisierungs-, aber auch Differenzierungspozesse sind, immer verborgen bleiben. Eine Betrachtung der Übersetzungsprozesse verfeinert vor allen Dingen aber auch die bisherige Sicht der Rezeptionsgeschichte, die allzu pauschal Rechtsordnungen in bestimmte Rechtsfamilien und -schulen einzuordnen pflegte.

Wenn Begriffe unübersetzbar bleiben, ist fraglich, was transferiert wird oder nicht oder inwieweit. Das Fragepotenzial ist groß, denn es ist zu klären, warum welcher Text nicht oder anders übersetzt wurde. Abschied zu nehmen ist von den Methoden der klassischen Rechtsvergleichung (Makro- und Mikrovergleich), Rezeption und der „legal transplants".

1. Rezeption

Die Rezeption geht von einer Geber-Nehmer-Beziehung aus: Der Rezipient nimmt das auf, was der Geber ihm geben will und inkorporiert sich in die Rechtsfamilie des Gebers. Diese Sicht geht von einer ungerechtfertigten Asymmetrie aus, ja von einem Über- und Unterordnungsverhältnis aus, das nicht mehr haltbar ist, weil ein Rezipient von mehreren Seiten empfangen, aber auch zurückgeben und vor allem eine juristische Eigendynamik entwickeln kann.

2. Rechtsvergleich

Auch der bloße Rechtsvergleich, die Gegenüberstellung von einzelnen Rechtsgebieten und Einzelregelungen im Makro- und Mikrovergleich, leistet nicht, die diversen Beziehungen, Verflechtungen oder Transfers in ihrer gesamten geschichtlichen Bandbreite aufleuchten zu lassen[12].

3. „Legal transplantation"

Die „legal transplantation" schafft demgegenüber Abhilfe und sieht nicht die Rezeption einer ganzen Rechtsordnung (Rezeption des römischen Rechts), ganzer Rechtsgebiete oder Gesetzbücher (Rezeption des französischen Code civil)[13], sondern benennt Elemente, die vom Geber in den Rechtskörper des Rezipienten eingepflanzt werden. An ihr ist aber zu kritisieren, dass die Einpflanzung in den neuen Körper problematisch sein kann, weil dieser im Unterschied zum Geber ganz anders konditioniert ist[14]. Noch schwerer wiegt, dass der Vergleich der Unterschiede weniger interessiert als die Tatsache, dass eine Transplantation überhaupt zustande gekommen ist. Denn da Recht eine semantische und deshalb kulturspezifische Form hat, ist es überhaupt nicht ohne Weiteres in einen anderen Organismus übertragbar[15]. Man kann und muss daher schon früher ansetzen.

4. Reproduktion/Resignifikation globalen Wissens im lokalen Kontext per Translation

Auszugehen ist vielmehr von einer Sicht der filigran verästelten Reproduktion globalen Wissens im lokalen Kontext. Dabei wird der Wissensaustausch per Translation als Resignifikation der fremden Rechtsnorm in einem anderen gesellschaftlichen Sinnzusammenhang vermittelt, d.h. eine globale Norm erhält eine u.U. völlig andere Bedeutung, wenn der Jurist sie von unterschiedlichen Orten der Erde aus wahrnimmt und vor allem anwendet.

---

[9] Für Frankreich vgl. Thomas Gergen, Regionalsprachen in Frankreich: Zersplitterung der einheitlichen Republik? In: Journal on European History of Law 2/2 (2011), S. 2-6; regionalhistorisch jüngst: Wolfgang Hans Stein, Das Französische im Rheinland. Zum Stand der Forschung über die Sprachenfrage in den rheinischen Departements 1794-1814, in: Jahrbuch für Westdeutsche Landesgeschichte 38 (2012), S. 213-238.
Für Spanien ders., Probleme der Vereinbarkeit von Art. 34 der LPL (= Llei de Política Lingüística) mit dem Europarecht in der Sprachendebatte zur LPL. In: Revista de Llengua i Dret 51 (2009), S. 197-227 (Generalitat de Catalunya, Escola d'Administració Pública de Catalunya, Barcelona).

[10] Vgl. dazu Thomas Gergen, Translation von und durch Normen. Rechtsgeschichtliche Forschungsansätze zur juristischen Übersetzung, in: Martin Espenhorst (Hg.), Unwissen und Missverständnisse im vormodernen Friedensprozess (Veröffentlichungen des Instituts für Europäische Geschichte IEG Mainz, Universalgeschichte - Beihefte Nr. 94), Arbeitsgespräch im Rahmen des Verbundprojektes „Übersetzungsleistungen von Diplomatie und Frieden im vormodernen Friedensprozess" vom 11./12. April 2012, Mainz 2013 (V&R Göttingen 2013), S. 219-259; ders., Zwischen Lateinisch und Katalanisch. Juristische Translation im mallorquinischen Buch der Könige. Zum Llibre dels Reis, Palma de Mallorca 2010. In: Rg - Rechtsgeschichte, Zeitschrift des MPI für europäische Rechtsgeschichte Frankfurt/Main 20 (2012), S. 418-419 sowie ders., Rechtsgeschichte, Translationswissenschaft und Missionslinguistik, in: Sprache-Rhetorik-Translation, Festschrift für Alberto Gil zu seinem 60. Geburtstag (Reihe Rhetos Bd. 3), Frankfurt a.M. 2012, S. 331-341.

[11] Armin von Bogdandy, Deutsche Rechtswissenschaft im europäischen Rechtsraum, in: Juristenzeitung (JZ) 1 (2011), S. 1-5.

[12] Jürgen Osterhammel, Transferanalyse und Vergleich im Verhältnis, in: Hartmut Kaelble/Jürgen Schriewer (Hg.), Vergleich und Transfer. Komparatistik in den Sozial-, Geschichts- und Kulturwissenschaften, Frankfurt 2003, S. 438-466, hier S. 465.

[13] Valérie Dullion, Traduire les lois, un éclairage culturel. La traduction en français des codes civils allemand et suisse autour de 1900, Paris 2007; Thomas Gergen, The Reception of the Civil Code (Napoléonic Code) of 1804: An Example of Juridical „Migration" ? In: Universität der Großregion, Tagung zur "Migration" in Ličge/Lüttich im März 2012 (im Druck) sowie ders., Stimmen zur Rezeption des französischen Rechts an Mosel und Saar – Ein Erinnerungsbeitrag zum Bicentenaire des Code civil (1804-2004), in: Zeitschrift für die Geschichte der Saargegend 52 (2004), S. 61-66.

[14] Alan Watson, Legal Transplants, 2. Aufl. Georgia 1993; ders., Aspects of Reception of Law, in: American Journal of Comparative Law 44 (1996), S. 335-351.

[15] Pierre Legrand, The Impossibility of ‚Legal Transplants', in: Maastricht Journal of European and Comparative Law 4/4 (1997), S. 111-124.

Die Reproduktion rechtlicher Normen kommt auch zustande, indem standardisierte Modelle weltweit in einer dem lokalen Kontext einzuschreibenden Art und Weise aktualisiert bzw. kontextualisiert werden[16]; hier kann man anschaulich auch von einer IKEAisierung sprechen[17]: Standardisierte Verfassungskorpora werden in einem anderen juristischen Kontext eingeschrieben und vor Ort appliziert. Was wird dabei wie übersetzt und benannt[18]? Diesem Phänomen des global-lokalen Rechtstransfers muss die europäische Rechtsgeschichte im Verbund mit anderen Geistes-, Kultur- und Gesellschaftswissenschaften nachspüren. Dabei sind stets die Lehren der Translationswissenschaft einzubeziehen.

Die Rechtsgeschichte kann sich mithin dadurch einbringen, dass sie die Texte aus ihrer Forschung, die übersetzt worden sind, darauf durchsieht, wie Wissen in einer Sprache in einer anderen lokalisiert wird. Dabei muss die Sichtweise des Betrachters vor Ort und nicht die desjenigen eingenommen werden, von dem das Wissen herstammt. Angestrebt wird eine Grundlagenforschung zur Genese einer rechtlichen Ordnung in der "globalen Bukowina", mit der gern die heutige Rechtsvielfalt einer globalen Welt mit der Sprachenvielfalt der zur Habsburgermonarchie gehörenden und von Eugen Ehrlich erforschten Bukowina verglichen wird[19].

III. Untersuchungsgegenstände: Translationsströme von Rechtswissen

Durch Rechtstransferprozesse sind Rechtsordnungen bzw. Rechtsfamilien entstanden, haben sich verändert und nach der Rezeption fremden Rechts eine Eigendynamik entwickelt, die sie oftmals selbst wieder weitertragen ("exportieren") konnten. Obwohl ein Vergleich der Rechtssysteme auch in historischer Perspektive von Interesse ist, darf es hierbei nicht sein Bewenden haben, vielmehr müssen die Transferprozesse analysiert werden, die zur Bildung von Rechtsordnungen geführt haben, um den filigranen weltweiten Verflechtungen auf den Grund zu gehen und ein vertieftes Verständnis der historischen Entwicklung von komplexen normativen Ordnungen sowie ihren Schnittmengen zu ermöglichen. Die hier vertretene Position, dass Translation als Wissensvermittlungsmedium und auch als Steuerinstrument für die Deutung juristischer Inhalte war und ist, soll sodann anhand nachstehender Untersuchungsgegenstände begründet und veranschaulicht werden.

Wandert ein Begriff von der Ausgangs- zur Zielkultur, gibt es Kontakt- und Bruchstellen, Übergangszonen, Verschiebungen, Ver-Setzungen und Vermittlungsvorgänge im Prozess kulturellen Austauschs. Übersetzen ist „Verhandeln", wie weit der Übersetzer gehen kann, wenn er einen Ausgangstext in die Zielkultur überträgt (Peter Burke: Translation implies ‚negotiation')[20]. Wenn Begriffe unübersetzbar bleiben, ist fraglich, was transferiert wird oder nicht oder inwieweit. Das Fragepotenzial ist groß, denn es ist zu klären, warum welcher Text nicht oder anders übersetzt wurde. Über die reine Betrachtung der Übersetzung einzelner Termini hinaus bedarf es der ganzheitlichen Analyse der übersetzten Texte, des *Raisonnements* des Textes, welche alle konversationellen Implikaturen in der Kommunikation einschließt[21]. Soll dies geleistet werden, muss auch eine sinnvolle und repräsentative Auswahl an Epochen, Orten und Quellentexten erfolgen.

Zunächst empfiehlt es sich, im europäischen Erfahrungsraum nach einschlägigen Fällen der Verankerung globalen Wissens in einem lokalen Kontext zu suchen. Wissen wird im bi- als auch im multilingualen europäischen Kontext transferiert. Als repräsentative Fallgruppen innerhalb Europas soll zwischen zwei- und mehrsprachigen Kontakten differenziert werden, um daraus am Ende wiederum Unterschiede abzuleiten.

1. Mehrsprachige Kontakte

Die Untersuchung der mehrsprachigen Kontakte zerfällt in zwei Blöcke: Im ersten Fall handelt es sich um eine Sprache (z.B. naheliegend: Deutsch), mittels derer ein bestimmtes Rechtswissen in kleinere Sprachen übersetzt und in den entsprechenden Gebieten vor Ort appliziert wurde (Habsburger-Monarchie). Der zweite Fall (Bulgarisch) beleuchtet die Herausbildung einer „neuen" Rechtssprache, die im Spannungsfeld von mehreren benachbarten Rechts- und Verwaltungssprachen stand.

a) Die Sprachen des ABGB

Bei der Betrachtung mehrsprachiger Institutionen fallen sicherlich sogleich einige transnationale Herrschaften und ihre Sprachenpolitik auf. Neben dem Commonwealth[22] ist dabei die Habsburg-Monarchie zu nennen[23]. In Ungarn dominierte noch im 18. Jahrhundert in den offiziellen Akten des Parlaments die lateinische Sprache. Joseph II. versuchte 1784 vergeblich, Deutsch als Amtssprache einzuführen. Die Ungarn wehrten diesen Versuch als Angriff auf ihre Unabhängigkeit

[16] Marie Theres Fögen/Gunther Teubner, Rechtstransfer, in: rechtsgeschichte 7 (2005), S. 38-45.
[17] Günter Frankenberg, Constitutional Transfer. The IKEA-Theory Revisited, in: International Journal of Constitutional Law 8/3 (2010), S. 563-579.
[18] Thomas Kupka, Verfassungsnominalismus - rechtstheoretische Überlegungen zum Problem sprachlicher Benennungen im Recht, In: ARSP (Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 97/1) 2011, S. 44-77.
[19] Gunther Teubner, Globale Bukowina. Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus, Rechtshistorisches Journal 15 (1996), S. 255-290; ders./P. Korth, Zwei Aspekte des Rechtspluralismus: Normenkollisionen in der doppelten Fragmentierung der Weltgesellschaft, in: M. Kötter/G. Schuppert (Hg.), Normative Pluralität ordnen, Baden-Baden 2009, S. 137-168.
[20] Peter Burke/R. Po-Chia Hsia (Hg.), Cultural Translation in Early Modern Europe, New York, 2007, S. 7-38.
[21] Günter Grewendorf, Die sprachliche Pflege des Rechts. Linguistische Aspekte der Rechtsprüfung, Zeitschrift für Literaturwissenschaft und Linguistik 118 (2000), S. 96 ff.; Davide Simone Giannoni/Celina Frade (Hg.) (2010), Researching Language and the Law. Textual Features and Translations Issues, Bern/Berlin et al. (Linguistic Insights. Studies in Language and Communication 121); Marcus Galdia, Legal linguistics, Frankfurt/M. 2009.
[22] Almut Steinbach, Sprachpolitik im Britischen Empire. Herrschaftssprache und Integration in Ceylon und den Föderierten Malaiischen Staaten (Veröffentlichungen des Deutschen Historischen Instituts 67), London 2009.
[23] A. Fischel, Das österreichische Sprachenrecht, Brünn 1910; ders., Materialien zur Sprachenfrage in Österreich, Brünn 1910; A. Bachmann, Die Einführung und Geltung der innern deutschen Amtssprache in Böhmen, Prag 1907.

ab, so dass Latein bis in das Jahr 1844 die offizielle Sprache des Königreichs Ungarn blieb[24]. Ziel der in Österreich im 18. Jahrhundert gepflegten Gesetzessprache war die Erziehung der Bevölkerung (genauer: des „gebildeten Bürgers") durch Sprache zu einer „gebildeten Nation", einem in der Summe spezifisch aufklärerischen Bemühen[25].

Das österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch (ABGB) von 1811 kannte in den Zeiten der habsburgischen Doppelmonarchie eine beträchtliche Verbreitung. Damit es lokal in zumeist nicht-deutschsprachigen Gebieten angewandt werden konnte, mussten Übersetzungen angefertigt werden. Dass das AGBGB -wie der französische Code civil auch- eine Kodifikation der Aufklärung war, sieht man an insgesamt zehn Übersetzungen ins Tschechische, Kroatische, Ungarische, Italienische, Polnische, Russische, Rumänische, Serbische, Slowenische und sogar ins Lateinische. Da die Übersetzungen infolge eines Gesetzes von 1849 ebenfalls rechtsgültig waren, konnte das ABGB im lokalen Kontext in der jeweiligen Sprache angewandt werden[26]. Es kann festgestellt werden, ob ABGB-Rechtswissen aus der deutschen lediglich in die jeweilige Sprache übersetzt oder obendrein kommentiert und dem lokalen Kontext eingeschrieben wurde.

b) Bulgarische Rechtssprache als identitätsstiftendes Idiom zwischen griechischer, slawischer und türkischer Terminologie

Wegen seiner geographischen Randlage sticht Bulgarien als junges EU-Land besonders hervor, weil es mit etlichen Rechtssprachen konfrontiert war und zwecks Ausbildung einer eigenen Rechtswissenschaft eine Auswahl an eingeströmtem Rechtswissen treffen musste, die beachtenswert ist. Es konnte bereits für die Zeit zwischen dem späten 18. und dem beginnenden 20. Jahrhundert gezeigt werden, wie westliche Aufklärung durch eine Reihe bulgarischer Intellektueller in Bulgarien übersetzt wurde. Für die Modernisierungsprozesse steht insbesondere Konstantin Fotinov, der Herausgeber der ersten bulgarischen periodischen Zeitschrift und Verfasser von Lehrbüchern. Fotinov führte ins Bulgarische eine Reihe von Neuschöpfungen ein, wie "eigengesetzlich" für "autonom", redlich für "gerecht" usw. In manchen Fällen erklärte Fotinov die von ihm gebrauchten Wörter durch griechische, mitunter durch slawische, die er durch eingeklammerte türkische Entsprechungen anreicherte. Die Entwicklung juristischer Terminologie kann anschaulich anhand der Translationsforschung nachgezeichnet werden: Das bulgarische Rechtsvokabular entwickelte sich aus griechischen, slawischen und türkischen Wörtern, die allesamt ins Land flossen. Im bislang analysierten Quellenmaterial überwiegt zwar die osmanische Rechtsterminologie, doch ging die Einführung einer slawischen Begrifflichkeit gerade mit der Bildung der nationalen Identität einher[27].

Welches Erkenntnispotenzial resultiert aus dem bisher Vorgetragenen für die Großregion, die historisch wie gegenwärtig durch einen zweisprachigen Kontakt der Rechtskulturen geprägt ist?

2. Zweisprachige Kontakte: Luxemburg, Elsass-Lothringen und die Saar

Bei den zweisprachigen Kontakten bietet sich die Unterscheidung in Fälle an, bei denen zwei Sprachen aufeinander stoßen.

Hier stößt man auf die Sprachen, von denen die eine eine juristische Fachsprache ausgebildet hat, die andere jedoch weit dahinter stand (Schwedisch und Finnisch): Seit dem 12. Jahrhundert bis 1809 gehörte Finnland zu Schweden. Das Schwedische war sogar bis ins 19. Jahrhundert die Verwaltungs-, Rechts-, Gelehrten- und Kultursprache in Finnland, während Finnisch bloße Alltagssprache war.

Der zweite uns interessierende Fall charakterisiert Sprachen, die hinsichtlich der Ausbildung einer eigenen Rechtssprache im Gleichgewicht zueinander stehen (Französisch und Deutsch). Letzterer Fall tritt in der Großregion auf und soll am Beispiel des Phänomens "Elsass-Lothringen" sowie "Saarland" erforscht werden.

a) Elsass-Lothringen: Französisch-Deutsch (1871-1918 sowie 1938-1945)

Bei den zweisprachigen Kontakten soll inmitten Europas das Sprachenpaar Deutsch/Französisch an einer bislang lediglich spärlich untersuchten Grenze sein. Während der Einfluss des französischen Code civil sowie der vier weiteren vier napoleonischen Gesetzbücher auf Deutschland und die deutsche Rechtssprache vielfach besprochen wurde, so im prominenten Fall des Badischen Landrechts von 1809[28], widmen wir uns einem anderen Fall, der in der zweiten Hälfte des 19. und im 20. Jahrhundert spielt, nämlich dem "droit local" des ehemaligen "Elsass-Lothringen", seit 1911 auch "Reichsland" genannt (1871-1914)[29].

---

[24] Wilhelm Brauneder, Gesetzeskenntnis und Gesetzessprache in Deutschland von 1750 bis 1850 am Beispiel der Habsburgermonarchie, in: Jörn Eckert/Hans Hattenhauer (Hg.), Sprache – Recht – Geschichte. Rechtshistorisches Kolloquium 5.-9. Juni 1990, Christian-Albrechts-Universität zu Kiel. Heidelberg 1991, S. 107-132.

[25] Brauneder (Anm. 24), S. 129; ders., Das Allgemeine Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie von 1811, in: Gutenberg-Jahrbuch 62 (1987), S. 206.

[26] Elisabeth Berger (Hg.), Österreichs Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB). Eine europäische Privatrechtskodifikation. Band III: Das ABGB außerhalb Österreichs, Berlin 2010; Hans Dölle, Zur Problematik mehrsprachiger Gesetzes- und Vertragstexte, in: Rabels Zeitschrift 26/1 (1961), S. 4-39.

[27] Jani Kirov, Prolegomena zu einer Rechtsgeschichte Südosteuropas, in: rechtsgeschichte 18 (2011), S. 140-161; Nadia Danova, Die neue Sprache des Rechts. Zur Herausbildung der Rechtsterminologie in Bulgarien, Rechtsgeschichte Südosteuropas, vgl. Tätigkeitsbericht des Max-Planck-Institutes für europäische Rechtsgeschichte (MPIeR) 2010, S. 88-93.

[28] Zur Translation des Code civil ins Badische Landrecht: Thomas Gergen, Zwischen französischem droit d'auteur und deutscher Privilegientradition: Praxis und Entwicklung des badischen Urheberrechts im 19. Jahrhundert, in: UFITA - Archiv für Urheber- und Medienrecht I/2011, S. 131-158.

[29] Max Rehm, Reichsland Elsaß-Lothringen: Regierung und Verwaltung 1871 bis 1918, Bad Neustadt a.d.Saale 1991 (Schriften der Erwin-von-Steinbach-Stiftung 9); Hermann Joseph Hiery, Reichstagswahlen im Reichsland: ein Beitrag zur Landesgeschichte von Elsaß-Lothringen und zur Wahlgeschichte des Deutschen Reiches 1871-1918, Diss. Freiburg i.Br. 1984, Düsseldorf 1986 (Beiträge zur Geschichte des Parlamentarismus und der politischen Parteien 80).

Im Westfälischen Frieden von 1648 wurde festgesetzt, dass das Elsass und die drei Bistümer Metz, Toul und Verdun dem Königreich Ludwigs XIV. zugeschlagen werden sollten. Der preußisch-französische Krieg von 1870 brachte die Niederlage der französischen Armeen. Frankreich unter Napoléon III. verlor das Elsass sowie einen Teil der Départements Mosel, Meurthe und der Vogesen, Gebietsteile, die auf deutscher Seite zu "Elsass-Lothringen" wurden[30].

Nach 1871 funktionierte in Elsass-Lothringen die Justiz zweisprachig. 1911 erhielt es eine verfassungsmäßige und administrative Autonomie, indem es "Reichsland" wurde, eine "terre d'Empire", welche schon seit ca. 1850 refranzösisiert worden war[31]. 1918 kehrten die Gebietsteile wieder nach Frankreich zurück, ehe sie vom nationalsozialistisch beherrschten Deutschland für die Zeit zwischen 1940 und 1944 annektiert wurden. Aus dem oftmaligen Wechsel der Zugehörigkeit zu einem Nationalstaat und dem damit verbundenen Sprachgebrauch kam es sowohl zu notwendigen Übersetzungsvorgängen der Rechts- und Gerichtssprache als auch zu Einströmungen des jeweils nationalen Rechts (deutsches oder französisches nationales Recht) nach Elsass-Lothringen: Zwischen 1871 und 1918 führte das Kaiserreich nach und nach seine Gesetze ein, beließ aber auch gleichzeitig gewisse bereits vorhandene Normen des französischen Rechts. Nach 1918 verlieh der französische Gesetzgeber dem französischen Recht erneut Geltung, was durch zwei Gesetze vom 1. Juni 1924 erfolgte, ohne zahlreiche Vorschriften des "droit local", zunächst übergangsweise, sodann dauerhaft, außer Kraft zu setzen. Ein Erlass vom 29. März 1919 bestimmte, dass die französische Sprache künftighin Gerichtssprache sein müsste, die in notariellen Akten und Gerichtstexten in "Elsass-Lothringen" zu benützen sei[32]. 1924 setzte Frankreich des Weiteren fest, dass das lokale Recht in die französische Sprache übersetzt werden sollte, doch gibt es heute noch Rechtsnormen, deren Fassung in deutscher Sprache die allein verbindliche ist. Dabei umfasst das "droit local" die drei Départements Bas-Rhin, Haut-Rhin und Moselle[33].

Hauptsächlich dreht es sich bei diesem "droit local" materiellrechtlich um die Vorschriften zum Vereins-, Religions-[34], Jagd-, Arbeits- und Sozialversicherungsrecht[35], Kommunalrecht sowie Grundbuch-, Vollstreckungs- und Insolvenzrecht[36], sodann Handwerks-/Gewerberecht[37] und schließlich Gerichtsverfassungsrecht[38] bzw. das Recht der Berufsstände wie etwa der Notare[39]. Seit 1985 arbeitet eine "Commission d'harmonisation du droit privé alsacien-mosellan" mit dem Ziel der schrittweisen Rechtsharmonisierung.

Die Untersuchung des Wissensaustausches in dieser überschaubaren Landschaft soll die unterschiedlichen textuellen Ebenen betrachten, d.h. den Einfluss deutscher Rechtstexte auf französische lokale Judikatur, wozu die Rechtsprechung des OLG Colmar, aber auch die Judikatur unterinstanzlicher Gerichte oder das Schrifttum herangezogen werden müssen. Zudem ist Neuland, wie die national-französische Doktrin deutschsprachiges Recht in die eigene Sprache umgesetzt und übertragen hat. Auf diese Weise kann mittels Translationsbetrachtung herausgefunden werden, wie die Einströmung von jeweils national abgelegtem Wissen (deutsch/französisch) in Elsass-Lothringen im Rahmen eines ganz konkreten Applizierungsprozesses von Recht im jeweils lokalen Kontext gewirkt hat.

Quellen zu diesem Zweck sind die beiden Bände "Das Reichsland Elsaß-Lothringen" (Straßburg 1901-1903), das "Zentral- und Bezirks-Amtsblatt für Elsaß-Lothringen" (Straßburg 1883-1918) mit dem Vorgängerorgan "Amtsblatt des Ministeriums für Elsaß-Lothringen", das "Gesetzblatt für Elsaß-Lothringen" (Straßburg 1871-1918, Berlin 1871-1878) sowie die "Sammlung von Gesetzen, Verordnungen, Erlassen und Verfügungen betreffend die Justizverwaltung in Elsaß-Lothringen" (Straßburg 1877-1918).

---

[30] François Lotz, La Lorraine annexée. Étude sur la Présidence de Lorraine dans l'Empire allemand (1870-1918), 2. Aufl. Metz 2007; Jan Ganschow/Olaf Haselhorst/Maik Ohnezeit, Der Deutsch-Französische Krieg 1870/71. Vorgeschichte, Verlauf, Folgen, Graz 2009; Gabriele B. Clemens, Immobilienhändler und Spekulanten. Die sozial- und wirtschaftsgeschichtliche Bedeutung der Großkäufer bei den Nationalgüterversteigerungen in den rheinischen Départements (1800-1813), 1995.

[31] Georg Wolfram (Hg.), Verfassung und Verwaltung von Elsass-Lothringen: 1871-1918, Berlin (Verlag für Sozialpolitik, Wirtschaft und Statistik, Schriftenreihe: Das Reichsland Elsass-Lothringen 1871-1918, 2 Bände).

[32] François Lotz, Droit civil alsacien-lorrain, Paris 1977 (Pratique notariale 9), S. 3.

[33] Institut du droit local alsacien-mosellan, Straßburg 1996, Einführung.

[34] Das Gesetz vom 9. Dezember 1905 betreffend die Trennung von Kirchen und Staat ist in „Elsass-Moselle" nicht anwendbar, da dort noch das Gesetz vom 18 Germinal an X (8. April 1802) gilt, das das Konkordat von 1801 und die Organischen Artikel zu den katholischen und protestantischen Religionsgemeinschaften umfasst.

[35] Besondere Regeln zur Entgeltfortzahlung (maintien de la rémunération en cas d'absence), Sonntags- und Feiertagsruhe, wobei Karfreitag und der 2. Weihnachtsfeiertag (Stephanstag, 26.12.) als Feiertage gelten.

[36] Éric Sander, Alsace-Moselle et droit des entreprises en difficulté, in: Philippe Roussel Galle (Dir.), Entreprises en difficulté, Paris 2012, S. 829-863; A. Chéron/G. Muhleisen, Précis de procédure locale applicable en matière civile et commerciale dans les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle, Paris 1930; Ph. Rieg, Les procédures collectives et la pratique notariale en droit local, rapport présenté au IXe Congrès Interrégional des notaires des cours d'appel de Colmar et de Metz, vom 24. September 1993; J.-L. Vallens, La faillite civile, une institution du droit local d'Alsace-Moselle, in: JurisClasseur périodique édition Générale = JCP G 1989, I, 3387.

[37] Es gilt der „Code local des professions" = Gewerbeordnung, Gesetz vom 26. Juli 1900.

[38] Die Gerichte haben weit gefasstere Kompetenzen als im übrigen Frankreich, so etwa für die freiwillige Gerichtsbarkeit (fonctions gracieuses), insbesondere die Führung des Grundbuches (livre foncier), Erbschein (certificat d'héritier), Ehegüterregister (registre matrimonial), Kontrolle der Zwangsvollstreckung in Liegenschaften (contrôle de l'exécution forcée immobilière). Siehe Lotz (Anm. 32), S. 6 sowie S. 20-21.

[39] Daniel Reupke, L'impact de la loi française sur la rive gauche du Rhin et de la loi allemande sur la région mosellane: l'exemple du règlement notarial de la loi du 25 ventôse an XI en comparaison de la „Gesetz vom 26. Dezember 1873", in: François Roth (Dir.), La Lorraine et les pays de la rive gauche du Rhin (Sarre, Palatinat, pays de Trêves) du XVIIIe siècle à nos jours (Comité d'Histoire Régionale) 2011, S. 49-62; François Lotz, L'histoire des Études notariales de la Moselle de 1804 à nos jours, Kaysersberg 1989; Georges Flach, Le notariat en Alsace-Lorraine. Étude historique et critique, Straßburg 1874; Joseph Franz, Das Notariat in Elsaß-Lothringen. Sammlung der darauf bezüglichen Gesetze, Verordnungen und Verfügungen mit Anmerkungen, Straßburg 1884.

Die wichtigste systematisch zu sichtende Erkenntnisquelle wird sein die "Juristische Zeitschrift für Elsaß-Lothringen" (Bände 37-44, 1912 bis 1919, Straßburg, Heinrich Verlag), davor unter "Juristische Zeitschrift für das Reichsland Elsaß-Lothringen (1876-1911)" bekannt (Bände 1-36, Straßburg, Heinrich Verlag, sowie eingangs Mannheim, Bensheimer Verlag).

Ergänzend heranzuziehen wären noch: "Annuaire de la Société d'Histoire et d'Archéologie de la Lorraine" (Metz 1920-1980); Vorgänger: "Jahrbuch der Gesellschaft für Lothringische Geschichte und Altertumskunde" (Metz 1889-1916).

Das Institut du droit local (IDL) in Straßburg besitzt ein Dokumentationszentrum und publiziert seit 1990 regelmäßig die "Revue du droit local" sowie weitere Publikationen zu den Rechtsgebieten des droit local, das vielfach auch heute noch in Kraft ist.

b) Saarland (1945-1959)

Können aus Beispiel a) Erkenntnisse für die Verwebung von Translation und Recht für die Zeit nach dem Krieg von 1870/71 bis in den II. Weltkrieg gezogen werden, soll das Beispiel b) die unmittelbare Nachkriegszeit in den Vordergrund rücken.

Die Eingliederung in das Wirtschafts- und Währungssystem der Bundesrepublik Deutschland im Jahre 1959 ("Tag X" am 5. Juli 1959) schloss die politische und damit staats- und völkerrechtliche Entwicklung des Saarlandes entscheidend ab. Das Gesetz zur Einführung von Bundesrecht im Saarland vom 30. Juni 1959 hatte diesen Beitritt vorbereitet[40]. Mit dem 1. Januar 1957 war das Saarland bereits Land der Bundesrepublik geworden; die durch die wirtschaftliche Überleitung bedingten Unterschiede gegenüber der Rechtsstellung der anderen Bundesländer sollten danach ausgeglichen werden[41]. Das Bundesverfassungsgericht hatte in seinem "Saarurteil" vom 4. Mai 1955 klargestellt, dass das Saarland trotz der faktischen Trennung vom übrigen Deutschland und ungeachtet des deutsch-französischen Saarabkommens vom 23. Oktober 1954 ein Teil des Deutschen Reiches sei und ferner, dass die saarländischen Gerichte auch deutsche Gerichte seien[42]. Saarländische Gerichte zitierten auch bundesdeutsche Entscheidungen. Das spezielle Publikationsorgan aller Gerichtszweige im Saarland war die "Saarländische Rechts-und Steuerzeitschrift" (SRuStZ), die ab August 1957 als "Justizblatt des Saarlandes" (JBlS) weitergeführt wurde und Ende 1967 ihr Erscheinen einstellte. An die Stelle des Justizblattes trat sodann das Gemeinsame Ministerialblatt Saarland, in welchem fast ausschließlich amtliche Texte veröffentlicht wurden. In der Zeitschrift "Saar-Wirtschaft" erschienen von 1949 bis Februar 1956 ebenfalls Artikel zum Recht des Saarlandes.

Auf vielen Rechtsgebieten bestand besonderes saarländisches Recht, das zwar den heute tätigen Juristen wegen Verstreichens von Übergangsfristen nicht mehr interessiert, gleichwohl für die juristische Zeitgeschichte des Landes und damit auch für die deutsche und europäische Rechtsgeschichte von Belang sein sollte. Viel geschrieben wurde im Bereich des Staats- und Völkerrechts, des Staatsangehörigkeits- und Personenstandsrechts sowie zum allgemeinen Verwaltungs- und Verwaltungsstreitverfahrensrecht[43]. Neben dem Kulturrecht finden sich Beiträge zum Recht der Gebietskörperschaften, Bau-, Jagd-, Spoliationsrecht, sodann etliches zum Finanz-, Steuer-, Zoll- und Steuerstrafrecht. Auch fanden Gewerbe- und Arbeitsrecht, das Recht des öffentlichen Dienstes oder das Gerichtsverfassungsrecht speziellen Nachhall im Schrifttum. Wohnbewirtschaftungs- und Mietregelungsrecht, aber auch Bilanz- und Buchführungsrecht, sogar das Urheberrecht mit den verwandten Schutzrechten sowie das Recht der Wertsicherungsklauseln verdienen Erwähnung[44].

Das Saarland, das also mit Frankreich in einer Wirtschafts- und Zollunion verbunden war, kannte die Einführung französischen Rechts und mithin der französischen Rechtssprache. Für die Nachkriegszeit ergibt sich mithin ein Forschungsfeld, das bislang noch sehr wenig geöffnet wurde, die besondere Rechtslage an der Saar in der Zeit nach dem Ende des II. Weltkrieges bis zur Eingliederung in die Bundesrepublik Deutschland letztlich mit der Übergangszeit bis 1959.

Zur Überprüfung der These, ob Translation von Rechtswissen (siehe II. 4.) als Steuermedium gebraucht wurde, können und müssen die Amtsblätter des Saarlandes resp. die "Bulletins Officiels de la Sarre" konsultiert werden[45]. Darüber hinaus gebietet die gestellte Frage die systematische Durchsicht des bereits genannten Periodikums "Saarländische Rechts- und Steuerzeitschrift (SRStZ)" der entsprechenden Jahrgänge.

c) Luxemburg (1815 bis heute)

Das Herzogtum Luxemburg wurde 1795 von französischen Revolutionstruppen annektiert, wodurch die österreichische Herrschaft, welche seit dem Ende des Spanischen Erbfolgekrieges 1714 in Luxemburg bestanden hatte, wieder jäh beendet wurde.

Die Neuordnung Europas während des Wiener Kongresses 1815 löste Luxemburg erneut aus dem französischen Herrschaftsverband heraus (bis 1714 regierte Louis XIV vor den Österreichern). Das nun geschaffene Großherzogtum Luxemburg wurde dem König der Niederlande, Wilhelm I., in Personalunion zugesprochen, war aber auch gleichzeitig bis 1866 im Deutschen Bund.

---

[40] BGBl. I S. 313, 644, T-Blatt „Saarland".

[41] Thomas Gergen, Von der Saarprovinz zum Saarland. Die Vorgängerorganisationen des Saarlandes bis zu den Volksabstimmungen von 1935 und 1955, in: Saarländische Kommunalzeitschrift (SKZ) 9/2005, S. 211-230, hier S. 222.

[42] Neue Juristische Wochenschrift = NJW 1955, S. 865; BVerfG v. 6. Oktober 1955 - 1 BvR 85/55, in: Betriebs-Berater = BB 1955, S. 909.

[43] Neuerdings beachtlich: Johannes Kirchmeier, War die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Saarland vor dessen Eingliederung in die Bundesrepublik deutschland durch französisches Recht beeinflusst?, in: Zeitschrift für die Geschichte der Saargegend (ZGS) LX (2012), S. 203-210 mit weiteren Nachweisen.

[44] Hans-Ernst Folz, Bibliographie zum Recht des Saarlandes seit 1945, in: Annales Universitatis Saraviensis, Rechts- und Wirtschaftswissenschaften/Droit-Économie, hg. von der Universität des Saarlandes, Bd. VII, fasc. 1, Saarbrücken 1959, S. 39-79; Thomas Gergen, Die Familienzulage als Besonderheit im Recht des Saarlandes zwischen 1947 und 1959, in: Historische Blicke auf das Land an der Saar. 60 Jahre Kommission für Saarländische Landesgeschichte und Volksforschung, Saarbrücken 2012, S. 437-446 (Veröffentlichungen der Kommission für Saarländische Landesgeschichte Bd. 45).

[45] Inzwischen im Internet publiziert und leicht zugänglich über den Lehrstuhl von Prof. Dr. Christoph Gröpl (über die Seite der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität des Saarlandes).

Die Belgische Revolution von 1830 führte dann 1839 mit dem Londoner Vertrag zu einer Teilung des luxemburgischen Territoriums zwischen Belgien und dem niederländischen König, die dem Großherzogtum seine heutige geographische Form verlieh. 1867 erhielt es in einem erneuten Londoner Vertrag den Status eines auf ewig neutralen und unbewaffneten Staates. Wilhelm II. billigte Luxemburg eine eigene Verfassung zu, die es sich 1868 gab. So heißt es im zweisprachig formulierten Gesetz vom 17. Oktober, wodurch die Verfassung vom 27. November 1856 revidiert wird (französische Fassung dort rechts synoptisch stehend: Loi du 17 octobre 1868, portant révision de la Constitution du 27 novembre 1856)[46], Art. 1: Das Großherzogthum Luxemburg ist ein unabhängiger, untheilbarer und unveräußerlicher und auf ewig neutraler Staat. Art. 1: Le Grand-Duché de Luxembourg forme un État indépendant, indivisible et inaliénable et perpétuellement neutre.

Art. 3 sprach im Übrigen der Familie Nassau die Krone des Großherzogtums zu, die nur in dieser Familie erblich ist.

Nach dem Tod des niederländischen Königs, Wilhelm III., fiel das Großherzogtum Luxemburg 1890, aufgrund eines fehlenden männlichen Erben im Haus Oranien-Nassau, Adolf von Nassau-Weilburg zu. Die Personalunion zwischen den Niederlanden und Luxemburg war damit beendet. Luxemburg hatte mithin seine eigene Dynastie.

Schon zu Beginn des Ersten Weltkriegs marschierte die deutsche Armee unter Missachtung der luxemburgischen Neutralität im Großherzogtum ein und hielt es bis zum Ende des Kriegs besetzt. Als Luxemburg 1919 zunehmend in eine Verfassungskrise schlitterte, dankte Großherzogin Marie-Adélaïde zugunsten ihrer Schwester Charlotte ab, die später mittels Referendums zur Beibehaltung der Monarchie mit knapper Mehrheit bestätigt wurde.

Eine Durchsicht der Memoriale von 1815 an führt zu dem Schluss, dass durchgehend alle Normen zweisprachig abgefasst waren. Daran änderten weder der I. Weltkrieg noch der Versailler Vertrag etwas. Als Charlotte 1940 mit der Regierung nach der erneuten Besetzung Luxemburgs durch Nazi-Deutschland ins Londoner Exil fliehen musste, trat jedoch ein Vorzeichenwechsel ein. Denn war das Mémorial Nr. 31 vom 30. Mai 1940 noch in gewöhnlicher synoptischer Zweisprachigkeit gedruckt, erschien das Memorial Nr. 52 vom 18. September 1940 lediglich in deutscher Sprache.

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang die Abgabenordnung vom 22. Mai 1931. Diese wurde durch die "Verordnung über Anwendung von steuerrechtlichen Vorschriften" vom 30. September 1940 (Verordnungsblatt Nr. 3 vom 10. Oktober 1940, S. 17) in Luxemburg, natürlich nur in deutscher Sprache eingeführt. Die Abgabenordnung ist in Luxemburg nach wie vor in modifizierter Form geltendes Recht.

Für die Nachkriegszeit ist schließlich zu konstatieren, dass Französisch die alleinige Gesetzessprache wurde und bis auf den heutigen Tag geblieben ist. Kurioserweise blieb es aber bei der bilingualen Überschrift: Mémorial du Grand-Duché de Luxembourg (links) mit französischem Datum sowie rechts "Memorial des Großherzogtums Luxemburg" mit jeweils deutscher Datumsangabe[47]. Für die zukünftige Forschung in Rechtsgeschichte, geltendem Recht, aber auch für die Translationswissenschaft, die sich mit juristischen Texten beschäftigt, ist die von 1815 bis 1940 gepflegte zweisprachige Normenkultur zweifelsohne eine wichtige Erkenntnisquelle[48].

IV. Schlussbetrachtung

Als „Übersetzer" zwischen den Zeiten ohnehin mit der Problematik des Transfers befasst und notwendigerweise in besonderem Maße methodisch sensibilisiert, obliegt es gerade den Juristen und der historisch orientierten Rechtswissenschaft, eine Brücke zwischen den beteiligten Disziplinen (Linguistik, Wissenschafts- und Mediengeschichte, Rechtswissenschaft usw.) zu schlagen[49]. Wünschenswertes Ziel des interdisziplinären Diskurses ist dabei zugleich eine Angleichung der Diskussionsstände in den beteiligten Disziplinen; Verzerrungen, wie der bis in jüngste Zeit aus sprachwissenschaftlicher Sicht formulierte Vorwurf, Juristen pflegten gleichsam als Standesideologie durchweg eine nur einfachen Vorstellungen genügende Sprachtheorie, ließen sich durch die gemeinsam erzielten Erkenntnisfortschritte nachhaltig ausräumen.

Wenngleich auch nur auf den zweisprachigen regionalen Kontakt beschränkt können ausgewählte Studien zur Übersetzung von Rechstexten in der Geschichte dazu beitragen, eine methodische Europäisierung bzw. eine Überwindung des methodischen Nationalismus zu begleiten: Soll geprüft werden, wie eine dogmatische Figur oder eine Rechtsfortbildung auf weitere Konstellationen passt und ob sie auch plausible, überzeugende Ergebnisse produziert, dann muss der Blick in die v.a. schulbildenden Texte der Vergangenheit führen. Denn nur dort kann dogmatisch aufgespürt werden, wo Gemeinsamkeiten entstanden oder verschwanden. Allein aus den jeweils nationalen Wissenschaftsräumen kann dies aber nicht geleistet werden[50].

---

[46] Vgl. die Wortlaute der im Folgenden genannten Normen alle auf www.legilux.lu [10.08.2013]. Dieses verfassungsändernde Gesetz ist publiziert im ebenfalls zweisprachig gehaltenen Memorial des Großherzogthums Luxemburg resp. des Memorial du Grand-Duché de Luxembourg vom 22. Oktober 1868, Memorial Nr. 25, S. 213-242, hier S. 213.

[47] Beispiele sind das Memorial Nr. 55 von 1950 vom 4. November 1950, S. 1281; das Memorial, nunmehr Journal Officiel du Grand-Duché de Luxembourg/Memorial, Amtsblatt des Großherzogtums Luxemburg vom 7. April 1970, Recueil de Législation, A-Nr. 20, S. 439 sowie letztlich dasjenige vom 7. August 2013, A-Nr. 150, S. 2899.

[48] Dass das Luxemburgische Nationalsprache ist, soll an dieser Stelle gewiss nicht unerwähnt bleiben: „La langue nationale des Luxembourgeois est le luxembourgeois." In dieser Form wird es in der *Loi sur le régime des langues* vom 24. Februar 1984 bezeichnet. Es hat aber den Status der Nähesprache, nicht der Gesetzes- oder Verwaltungssprache. Grundlegend dazu mit vielen weiteren Literaturhinweisen: Peter Gilles, Dialektausgleich im Lëtzebuergeschen: zur phonetisch-phonologischen Fokussierung einer Nationalsprache (Phonai - Texte und Untersuchungen zum gesprochenen Deutsch, vol. 44), Niemeyer, Tübingen 1999, sowie dazu unsere Rezension: Thomas Gergen, in: Zeitschrift für romanische Philologie 118 (2002), S. 298-300 sowie in: Revista de Llengua i Dret 41 (2004), Generalitat de Catalunya, Escola d'Administració Pública de Catalunya, Barcelona, S. 443-446.

[49] Marie Theres Fögen/Gunther Teubner, Rechtstransfer, in: rechtsgeschichte 7 (2005), Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte Frankfurt/M., S. 38-45.

[50] von Bogdandy (Anm. 11), S. 5.

Mit anderen Worten: Das national getrennt abgelegte Wissen muss international verwoben werden, sonst werden Transferprozesse, die stets Harmonisierungs-, aber auch Differenzierungspozesse sind, immer verborgen bleiben. Eine Betrachtung der Übersetzungsprozesse verfeinert vor allen Dingen aber auch die bisherige Sicht der Rezeptionsgeschichte, die allzu pauschal Rechtsordnungen in bestimmte Rechtsfamilien und -schulen einzuordnen pflegte. Die Auswahl eines Gebietes, das von zwei "großen" Rechtsordnungen berührt wurde und sein eigenes "droit local alsacien-mosellan" entwickelt und bis heute beibehalten hat, kann sicherlich dazu dienen, diese Fragestellung zu erforschen. Im Saarland der Nachkriegszeit (1945-1959) trafen diese beiden "großen" Rechtssprachen erneut, aber in einem ganz anderen Kontext erneut aufeinander. Luxemburg zeichnet sich durch eine 125 Jahre gepflegte juristische und in den Memorialen synoptisch publizierte Übersetzungstätigkeit aus, die seit dem Wiener Kongress 1815 bis zum Überfall Nazi-Deutschlands und der Exilierung der Großherzogin systematisch und sorgfältig gepflegt wurde und damit reiches Potenzial für das Forschungsfeld von Translation und Recht anbietet.

Spreading the Law – Comparative Legal Traditions

*Philipp Kauffmann**

Abstract

The following article deals with selected points of legal traditions in the world. The main question is why the creation of one unified body of contract and tort law for several different states (e.g. European Union, ASEAN) still poses a conceptual problem (I). Reference to a unified Roman Law as a major European source remains unthinkable. The differences between common law and civil law influence not only the European states. Nevertheless, many say that the common law world and the civil law world are converging. For example, neither the United States nor the United Kingdom can be called purely-bred common law countries any more (II). On the contrary, Turkey as a country with a predominantly Islamic population and a founding member of the Organization of The Islamic Conference (OIC) also cannot be called a pure Islamic state. In fact Turkey's constitutional set-up has adapted to some extent to contemporary Western legal thought and concepts (III).

Key words: *ASEAN; zero-tolerance; OIC; code civil; ius commune; corpus iuris civilis; roman law; European Commission,european contract law.*

I. Introduction: Conceptual problems of one unified body of laws

No unified European or ASEAN law of contract and tort exists so far. Contemporary private law is mostly nationally based in the different countries. This is especially obvious in the field of contract law. For example, in Germany the BGB ("Bürgerliche Gesetzbuch") became effective in 1900, whereas in France the code civil is valid. To explain the conceptual problems of creating one unified body of contract and tort law for several different states, you might refer therefore to the European Union ("EU") where the idea of one unified European private law has existed for a long time[1]. In this context, some years ago the European Parliament dismissed a decision where the European commission was requested to the elaboration of a new European civil code. Many jurists worked on the plan for one unified European contract law. Especially the Commission on European Contract Law (1982-1990), an independent and non-official union existing of jurists from all EU-member states and founded by Lando, tried to work out general rules for a new European contract law[2]. The primary aim lay in the preparation of a systematic harmonization of the law of contract within the member states. Because of obstacles which must first be overcome, so far there have only been statutory regulations, like the directives on product liability (1986) consumer credit (1986) or time sharing (1993). A unified body of contract and tort law faces problems of safeguarding of rights, principle of territoriality ("ius soli"), the constitutional uncertainty of a unified contract and tort law as well as the variety of languages and legal systems.

a. Language barrier

One major conceptual problem is therefore the existing variety of languages. For example, the EU covers 27 member states, each one with its own language. 23 official languages operate in the EU so far. This problem is not getting easier through the eastern European expansion of the EU. It will be extremely hard to find a common official language. Whilst in central Europe many judicial words belong to the Latin language, this is not the case in the eastern European EU member states. All these countries may have different jurisdiction guidelines. For this reason, you need fundamental principles. But the language barrier makes it hard to create basic regulations which cover all legal systems. As I already mentioned, Europe has no unified law tradition (contrarily, have a look at the USA where all states except Louisiana belong at least to the common law and one language). However, even in countries with the same language (e.g. Switzerland, Austria and Germany) it may appear that one judicial word has different meanings. So especially within the contract law, a unified translation is not possible: For example, the word possession ("Besitz") already brings many problems with it because the German jurist understands something different than the Austrian jurist: In the Austrian ABGB, "Besitz" means the actual physical possession ("tat-

* Dr. Philipp Kauffmann, LL.M., der Autor ist Rechtsanwalt im Fachbereich Wirtschaftsstrafrecht bei Kullen Müller Zinser in Sindelfingen, Deutschland.

1 *Basedow*, Europäisches Vertragsrecht, available at http://www.tokyo-jura-kongress2005.de/_documents/basedow_de.pdf (last visited 18.2.2013).

2 http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0068:FIN:DE:PDF (last visited 15.02.2013).

sächliche Sachherrschaft" or "animus domini"), whereas in the German BGB "Besitz" means the simple possession of something ("bloße Sachherrschaft", therefore a constructive possession is possible)[3]. But the problem of different languages has been faced by countries with more than one official language. In Switzerland they have to translate new laws into three different languages (German, French and Italian). History shows us that unification is possible. Germany used to consist of many independent kingdoms and principalities, all of them having different legal systems. But in 1871 they achieved the unification of Germany and its civil law[4]. However, even if there is a possibility of the EU translating all new laws into many different languages, the example of the Benelux countries could prove instructive. The three countries had the plan for a unified law. For this reason, a commission of experts was appointed to elaborate a project but failed because the kingdom of the Netherlands has recently promulgated a new, purely Dutch civil code[5].

b. Policy

Furthermore, it will create legal policy problems[6]. It poses the question which countries have to give in. No country will be encouraged to lose its own official language as well as its legal system. So the policy will play a big role of creating a unified body of contract law in several different states. As an example in the EU, the treaty of Lisbon could not be ratified in due to the refusal of Ireland after enforcing a people referendum. Therefore, you may see that the problems about unification of European law start already at the very beginning with the people who live within the different states. The government of each country may also be a decisis).hurdle for unification due to denial of implanting new rules. If a new regulation features terms which are not in the interest of the state, they just might deny it. Therefore, it will be a great effort to persuade all different states to implement new laws.

c. Cultural diversity

Based on policy issues, another fundamental concern may be the fear of losing cultural diversity. Especially in Europe, but also in the ASEAN countries, all countries have specific customs due to their own history. Social values and different cultural backgrounds have led to different legal systems which are often only applicable with a closer examination of the respective land[7]. You may need to study each state's history to understand their respective cultural customs and habits. This may especially be obvious in the field of contract and tort law. The problem exists therefore in finding rules which are suitable for most legal systems (e.g. in the field of employee damage committed by a third party or "innerbetrieblicher Schadensausgleich"). Another example of the conceptual problems in finding a common law tradition arise from territorial barriers that mean that rules for acquisition of nationality have become less consequential. Big differences arise from state to state (different local traditions again): In France, you are able to get your citizenship by choice whereas in Germany, you will get your citizenship by birth[8]. Therefore, in introducing a unified European private law, different countries may fear to losing their autonomy because of e.g. equalization of the EU.

d. Different legal systems: Civil law vs. Common law

A possibility would certainly be to choose English as the common language. This leads to the major conceptual problem of creating a unified law. In Europe, there are two major legal systems: France, Germany, Italy and many other countries have different drafts of private law (code civil, BGB, codice civile) but all belong to the same continental Roman-German family, consisting of Roman learned and Germanic customary law[9]. Thus, the so-called civil code countries have their roots in the Roman tradition, the ius commune. In contrast, the United Kingdom and Ireland are a part of the common law world which does not belong to the continental family. These legal systems are, in many ways, completely different. First of all, under the common law, plaintiffs need to find an action ("case law") that suits their case best before presenting it to the judges. They refer therefore to earlier decisions, with similar factual scenarios, to attempt to convince the judge that their particular claim is made out. The reason for this is that earlier decisions of higher courts are binding on judges in the lower courts ("doctrine of stare decisis). Civil lawyers look for provision upon which to base their claims and then prove it to court that all requirements are met. Through interpretation of laws, civil lawyers try to persuade the judge that merits of a case fall under legally regulated facts. In a civil law world, the lawyers uses the legal system and do not perceive their role differently. There is a great divergence between civil law and judge made law. This leads to a complexity of law systems. The concept of unification must make clear which rules are applicable in certain situation. But both systems are in many parts not converging. This is especially the fact, because "they hold an inherent power to adjudicate that common law courts reason inductively, thus ascribing much importance to facts and past decisions; they differ from the civil law courts which, because their power of adjudication is derivative, must operate within a predetermined, legislated, conceptualized system"[10]. Therefore, no matter what

[3] *Heutger*, Das Privatrecht im Prozess der europäischen Integration, in: Electronical Journal of Comparative Law 2003, Vol.7.3.
[4] *Caenegem*: The Unification of European Law: a pipedream? European review, Vol. 14, No.1, p. 38.
[5] *Caenegem*, The Unification of European Law: a pipedream? European review, Vol. 14, No.1, p. 35.
[6] *Heutger*, Law and Language in the European Union, Global Jurist, 3(1), 2003, Article 3, S. 2 f.
[7] *Heutger*, Das Privatrecht im Prozess der europäischen Integration, Electronical Journal of Comparative Law 2003, Vol.7.3.
[8] Glenn, Legal Traditions of the World, Oxford 2010, p. 162 f.
[9] *Caenegem*, The Unification of European Law: a pipedream? European review, Vol. 14, No.1, p. 34.
[10] *Legrand*, Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions, Cambridge 2003, p. 75. Legrand especially argues that legal transplants are impossible: "[T]here could only occur a meaningful 'legal transplant' when both the propositional statement as such *and* its invested meaning – which jointly constitute *the rule* – are transported from one culture to another. Given that the meaning invested into the rule is itself culture-specific, it is difficult to conceive, however, how this could ever happen", *Legrand*, The Impossibility of Legal Transplants (1997) 4 Maastricht Journal of European and Comparative Law 111, p. 113; further compare *Legrand*, Legal Traditions in Western Europe: The Limits of Commonality, in: *Jagtenberg, Örücü, de Roo* (eds.), Transfrontier Mobility of Law (1995) 63, 68-82.

the degree of unification of European legislation is, an English lawyer will see it with common law eyes, a continental European lawyer with civilian (different mentalities)[11].

e. Legal education

Out of the existing diversity of the systems, another conceptual problem of a unified body arises. In particular, the idea of an "ius commune" is seen at the level of lawyer education[12]. Hence, most of the civil law countries have similar law education which differ from the common law. That means that Civil Law practitioners and Common Law practitioners do not approach certain ideas in the law with the same assumptions, no matter how similar those ideas may be[13]. Thus, to build a unified body of private law of several countries there must be reform of legal education[14]. The different legal systems led to different educations[15]. As an example, many countries in continental Europe have Bachelors or Masters whereas in Germany a law student has to sit two state exams of law ("Staatsexamen"). But they have still the same Roman based background. "Civil law judges are usually trained separately from attorneys, where-as common law judges are selected from accomplished and reputable attorneys; also, the influence of academic writing by law professor's on case law tends to be much greater in civil law countries"[16]. Law students in most of the civil law countries are taught by professors ("Professorenrecht") at universities. Clearly the legal education system is different in England. As a matter of fact, a unification of law would mean a new generation of trained lawyers. Especially lawyers from the common law world have to learn and to understand the civil code. If you look at the European Court of Justice, you see that they already tried to establish new civil rules on a common area and established judge made law as well. But most of the legal writing on the system of sources of EU law has been produced by continental (esp. French) scholars, whereas UK scholars failed to even register this as a distinct topic of EU law scholarship[17]. Any change will take considerable time. Whereas in common law countries jurists become judges not before a ripe old age (they will be jurists with a great reputation at that time), you may chose to become a judge after achieving your law degree in civil law countries. Therefore, it may be hard for the lawyers in common law countries to switch from the principle of seniority to a new legal system or to adapt to the civil law scholarship.

Thus the facts mentioned above describe possible conceptual problems of an ius commune of several different states.

2. Roman law as a major source for a European unification

Referring to Roman law in the European context is relevant for legal history on different levels[18].

a. Legal History

First of all, the legal history of continental or civil law can be spread into two periods: Roman law and modern continental law. Basically the term civil code can be attributed to the Twelve Tables ("Zwölftafelgesetz") or ius civile[19]. In this case, the Romans wrote down "some very elementary principles of how to resolve disputes"[20]. But the first real codification of ancient Roman law had been combined in the Corpus Iuris Civilis of Emperor Justinian (approximately 534 AD). Even with the fall of the Roman Empire about 500 AD, they took their law with them all over Europe, from Germany to the British Isles[21]. The modern continental law then started with the re-discovery of Roman law in the 11th century AD. This can be seen as the mother of most modern systems of civil procedure on the European Continent ("Romano-canonical procedure")[22]. Early Roman law can be seen as the first common law, an ius commune[23]. Therefore, the Roman ius commune can be served as a common cultural basis for a European civil codification, even if this is planned only for the remote future[24]. Even when the Roman law was fractured in the 17th century with the development of nationalism and the time around the French revolution of 1789, Roman law was still seen as the major source of law in most European countries. Many standard types of contracts (sale, labor, services etc.) regulated in most continental codes and the characteristics of each of these contracts were devel-

---

11 *Smits*, The Making fo European Private Law: Towards a Ius Commune Europaeum as a Mixed Legal System, Antwerp 2002, p. 333; compare further *Smits*, The Need for a European Contract Law Empirical and Legal Perspective, European Law Publishing, 2005.

12 *Keiser*, Europeanization as a Challenge to Legal History, (2005) 6 German Law Journal, 473-81.

13 *Legrand,* European Lega Systems are not converging 81995) 45 International and Comparative Law Quarterly 60, 76; comparre *Nestorovsky*, 'Influences of roman Law and Civil Law on the Common Law', Hanse Law Review 2005, Vol. 1 No. 1., 79-88.

14 Compare *de Witte/ Forder*, 'The common law of Europe and the future of legal education', 1992, p.4 ff.

15 *Zimmermann*, 'Roman Law and European Legal Unity', in: *Hartkamp/Hesselink/Hondius*, Towards a European Civil Code, p. 24.

16 see www.economicexpert.com/a/Civil:law:legal:system.htm - 23k (last visited 15.02.2013).

17 *de Witte/Forder*, ibid, p. 5 f.

18 *Keiser*, ibid, p. 473-481.

19 *Glenn*, ibid, p. 156.

20 *Glenn*, ibid, p. 127.

21 *Glenn*, ibid, p. 131.

22 *Rhee*, 'The Law's Delay', Antwerpen 2004, p. 2; compare also *Rhee,* 'Civil Procedure: An Academic Subject?', in: *Heirbaut/Lambrecht* (eds.), 'The use of Legal history in the teaching of Contemporary law', Brussels, 2000, p. 67-77.

23 *Zimmermann*, Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit, JZ 1992, 8–20.

24 *Zimmermann*, 'Roman Law and European Legal Unity', in: Hartkamp/*Hesselink/Hondius/Du Perron/Vranken* (eds.), 'Towards a European Civil Code', p. 67; ibid., 'Roman Law and the Harmonization of Private Law in Europe', in: Towards a European Civil Code', p. 21 (3rd ed., 2004); *Perinan*, 'A romanistic legal approach on unified European private law', in: Roman Legal Tradition, Roman Law society of America University Kansas School of Law, Vol. 1 2002, p. 109.

oped by Roman jurists[25]. Especially under Napoleon, France introduced the first national codification of law in 1804 ("code civil") with Roman roots (also the unification of Germany led to the adoption of many roman codes). Therefore, from the early beginning, France based on Roman law built up a prototype for a country unifying its law[26]. As a result, the procedures and institutions of continental Europe, as well as Latin America, all reflect the priority of written law: All Courts have to orientate to the legal text and will of the legislator because the legislation is the only source of law in the civil law world.

b. Cultural Frontiers

Importantly referring to Roman law helps to determine the cultural frontiers of Europe, "which were supposedly identical to the area in which it was applied or received (ubi ius romanum, ibi europa)"[27]. Therefore, to think of the Holy Roman Empire of the German Nation, Roman Law could be seen historically as a consequence of the success of unification. Roman Law in the form of the Corpus Iuris Civilis was not drafted in Rome at all but in Constantinople. Especially through the medieval ages it was adopted by many countries, like Germany (legal practical aspects as the usus modernus pandectarum "Pandektenrecht"). Many countries are using the same Latin jargons and meanings. Furthermore, as already mentioned, due to the legal background, most continental European states belong to the same legal scholarships.

As a result of the cultural and legal history of continental Europe and the outlook of one ius commune, a reference to Roman law is possible.

II. Differences and Similarities by taking the examples of US and UK

Common law and Civil law are the two major legal systems in the western world. The common law exists in most of the Anglo-Saxon countries, like United Kingdom, USA (without Louisiana), Canada (without Quebec), Australia, New Zealand and other members of the Commonwealth. As mentioned, the common law did not emerge because of governmental law-making but out of judge-made law. As a result, the common law can also be called "case law". In the middle-ages, the common law has been the common law of the people under one unified king's court and a new antagonism was established with the "writs", which used more casuistic cause of actions.

Nowadays, many state that both civil law and common law are converging[28]. To explain why the United Kingdom and the United States of America are not purely-bred common law countries anymore, it is necessary to show the historical legal development of the common law.

1. United Kingdom

The development of the English common legal system[29] has its origin with the Norman Conquest in 1066 AD. William the Conqueror constructed, after his victory, a uniform feudal system. Previously the British Isles had only known chthonic law[30]. From its inception a politically influential stand of jurists was established. The jurists came together in many self-governed guilds, in which the benchers were in charge. The education of law was adopted by the Inns of Court. Furthermore, judges of the King's Court were taken out of the bar. This background prevented a broad reception of the Roman law. But nevertheless, with the Norman Conquest, many issues of Roman law are identifiable in common law and instituted in different ways. At that time, the Normans saw the necessity of strengthening their legal system. As a matter of fact, "the emergence of the royal courts coincided with the emergence of universities in Europe, where, especially in Bologna, the Corpus Iuris Civilis was studied by the Glossators"[31]. Everywhere, written forms of law were gaining ascendancy over chthonic law. Legal professions were developed and the Normans recognized that human intelligence and law were compatible with one another[32]. While English judges were different to the Roman ones, travelling judges learned from the Roman law and brought it therefore back to England. As a result, both forms used to converge. In both cases, they acted on the basis of instructions, from the Praetor in Rome, from the judge in England[33]. Another common feature has been the so-called "essoins". In both systems, "a litigant who failed to appear in court was allowed to send excuses by so-called essoiners which in French procedural language and in English Law French was called essoins"[34].

Furthermore, William I sought advice from Lanfranc of Pavia, who argued for the compatibility of Roman and pre-conquest law. At the same time, Vacarius' taught Roman law in Oxford or Canterbury in the 12th century. The new canonic courts now implemented Roman-canonic law. Subsequently, Bracton "used roman notions of real and personal actions to create notions of real and personal property, concepts unique to the common law"[35]. Other influences may be recognized in the code of prac-

---

[25] See http://en.wikipedia.org/wiki/Roman_law (last visited 17.2.2013).
[26] Compare *Bodenheimer/Oakley/Love,* An introduction tot he Anglo-American legal system, 1980, p. 8.
[27] *Koschaker*, Europa und das römische Recht, 2nd ed. 1953, p. 2-4; *Keiser*, ibid, p. 476 f.
[28] *Zimmermann,* 'Savigny's Legacy: Legal history, comparative law, and the emergence of a European legal science' (1996) 112 LQR 576; *Kötz*, 'Comparative law in Germany today' (1999-4) RIDC 753, 755. For a different opinion: *Legrand,* 'European Legal Systems are not converging, (1996) International and Comparative Law Quarterly 45, 52-81; *Joerges*, 'The impact of European Integration on private law' (1997) 3 European Law Journal, 378; *Teubner*, 'Legal irritants: Goods faith in British law and how unifying law ends up in new divergences' (1998) 61 MLR 11.
[29] *Zimmermann*, ‚Der europäische Charakter des englischen Rechts', Zeitschrift für europäisches Privatrecht 1993, 4-51.
[30] Compare *Glenn*, ibid, p. 344 ff.
[31] *Nesterovska*, ibid, p. 80.
[32] *Glenn*, ibid, p. 227.
[33] *Glenn*, ibid, p. 228.
[34] *Rhee*, ibid, p. 5.
[35] *Glenn*, ibid, p. 233.

tice of equity of the chancellor, who had been a chaplain till the 16th century, practicing inquisition directly under canonic law. Later in the 17th century, common law was nearly displaced by the Roman law. In the fight of the English kings against their parliament, the sovereigns were sympathetic to Roman Law. They introduced courts in which jurists educated in the civil law practiced. Also the church had a strong interest in the introduction of the Roman law. By then, canonic law and ecclesiastical courts were present in the catholic England.

But Roman law had one of its biggest influences in the lex mercatoria (law merchant). First published in 1622, the paper extracted the observations of the learned in the civil laws upon all the precedent points' relating to mercantile law[36]. They constructed special merchant courts in commercial disputes. Thus the law merchant, including maritime law "constituted a legal system, with rules and institutions of its own, which relied upon codified principles in the civilian manner, and which was burdened with the little conflict of laws because of its Europe-wide character"[37]. Many modern civilian principles, such as abandonment in ship-owners limitation of liability, proportionate fault in marine collisions, wrongful death remedies for the survivors of deceased seafarers etc, are examples in substantive law[38]. Even if mercantile matters were dealt with by the common law courts, however, mercantile law was largely crafted by Lord Mansfield, Chief Justice of the King's Bench in the 18th century[39]. Further input can be seen with Blackstone's attempt to present the common law in a methodical manner and clearly borrowed its organizational structure from Justinian's institutes[40].

Furthermore, the United Kingdom cannot be called a purely-bred common law country because of the new UNIDROIT (Governing Council of the International Institute for the Unification of Private Law) principles[41]. These principles built the basis for international commercial contracts in the modern world. An adaption to these principles have lead England to step away from its original common law.

Also, the United Kingdom is no purely-bred common law country because of Scotland, which is a part of the United Kingdom. Scotland is a country with a mixed legal system (like South Africa too), with civil and common law roots. Scotland went through different historical periods. The first feudal period in 1018; the dark age until 1532 when the Court of Session was built; the Roman period from 1532 until Napoleon's reign; and the modern period with the influence of English law which had been given authority by the Union of the Parliaments in 1707 and the establishment of the House of Lords as the final Court of Appeal of Scotland[42]. Therefore, civil private law of the 16th/17th century is still evident in the Scottish legal system, especially within its terminology and content and in the prevalence of Latin. The Scottish legal system thus combines Roman law, Canon law, English common law and statutes.

In modern times, many social reforms have been introduced (based on the ideas of Bentham who called for codification in the 19th century). One of the major codifications has been the Judicature Act of 1873. All courts have been put together under one unified Supreme Court, the High Court of Justice and the Court of Appeal. Further codifications which converged to the civil law were the Bill of Exchange Act (1882), Partnership Act (1890), Sale of Goods Act (1897). Marriage Act (1949), Inheritance Act (1938) etc. From the mid 20th century, the common law in England has undergone a modernization which has brought it closer to the continental system (loosening of the ancient stare decisis rule)[43]. Certainly, one major fact is the membership to the EU. Adaption to the civil law education system and the European Court of Justice made the common law transparent to other systems. It influenced the English Courts and the English legal education.

To sum up, the undergoing of many codifications, the closer relationship to the EU and WTO, the Roman influence on the common law in Scotland and the Norman history has led to the coclusion that the United Kingdom cannot be called a purely-bred common law country anymore.

2. United States of America

Through the Commonwealth, common law spread over the whole world. The connection between the member states may be demonstrated because of the domicile of the highest court in England which is responsible for certain questions in many states. Especially in the US, the reception of the common law played a relevant role in the US legal system. Although the roots of the US legal system are similar to English common law, the American legal system developed in a self-contained way.

With the colonization of the United States of America in the 16th century, not only English settlers came to the newly discovered land. Originally, fifteen states were settled by France, Mexico and Spain. After Great Britain acquired five states in the American Revolution, the ten remaining states were acquired by the United States[44]. Within these ten originally civil law states, some areas were not part of the "Confederacy". Especially within the south-west , the effect of civil law remained strong and statistically significant[45]. One of these states was Louisiana. After becoming the United States of America, all fifty states except Louisiana received common law. Therefore, the USA cannot be called a pure-bred common law country. The disconnect between Great-Britain and the US can be seen in the early beginnings of the U.S. With the Independence Declaration of

[36] *Stein*, p. 220.
[37] *Tetley*, 'mixed jurisdictions: common law vs. civil law', available at: http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/tetley.html (last visited 20.2.2013).
[38] *Tetley*, ibid.
[39] *Nestorovska*, ibid, p. 83.
[40] *Nestorovska*, ibid, p. 80.
[41] See www.unilex.info (last visited 19.2.2013).
[42] *Tetley*, ibid.
[43] *Caenegem*, ibid, p. 36.
[44] American Civil law origins, in http://www.pitt.edu/~dmberk/alerfinal1104.pdf (last visited 18.2.2013).
[45] American Civil law origins, in http://www.pitt.edu/~dmberk/alerfinal1104.pdf (last visited 18.2.2013).

July 4, 1776, the US decided to introduce a presidential system with courts as guidelines for the constitution[46]. Thus, America preferred to choose a different system to England. This can also be seen in the legal education background. Mid 19th century America opened famous universities like Harvard. Teaching university law, the law students would be prepared for the legal system of America. In England, however, fundamental differences exist (see question one).

As I already pointed out, Louisiana has been the only state where no common law was enacted. First, being subjected to French Edicts, the legislature then proposed to prepare a civil code for the territory based on the civil law; the private law therefore is based on the Louisiana Civil Code of 1808 whose genesis was the French Code Civil of 1804. This code has been renewed several times. Whereas the first codes were written in French, the third civil code promulgated in 1870 was only published in English[47]. By 1974, most of the Uniform Commercial Code had been adopted. To show the closeness to the civil law, the Louisiana Civil Code is divided into three books (newly book four on conflict law Art. 3514-3549 c.c.), covering persons (I), things (II) and means of acquiring things (III). The sub-division into different areas also shows the great connectivity to the code civil. As a result, Louisiana is unique in the US in retaining the Roman institution of forced heir ship known throughout the civilian world[48].

But not only Louisiana has adopted civil codes. For example, David Field's effort to codify the procedural and substantive law of New York in the 19th century failed, but was modified and adopted by some states (including California). Many states of the US now have codes, even if these are treated like statutes. The United States is still close to the common law but has many Roman issues incorporated within its legal system. As a result, Louisiana and other states belong more to a mixed legal system, than to a purely-bred common law country. All of the states of the US have codified parts of their laws, referring to the central European idea (e.g. section 437c of the California code of civil procedure). Within this codification, they express the common law, just in a different way. These "restatements" of law can be interpreted by American judges as long as the US Government does not decide to legislate new laws. The restatements are thus treaties on US legal issues and are well accepted by courts throughout the US. There are many restatements such as dealing with Agency, Property, Conflict of Laws, contracts, Torts and Trusts[49]. Also treated as statutes, they still encourage thinking and analyzing in a matter of the civil law.

Not being a purely-bred common law country shows the elaboration of the Uniform Commercial Code ("UCC", project of the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws and the American Law Institute (ALI)) and the Model Penal code (from ALI). The UCC is a uniform act that has been promulgated to harmonize the law of sales and other commercial transaction within all fifty states[50]. It again contains civil law attitudes. Once enacted in a state by the state's legislature, it becomes true law and is codified into the state's code of statutes[51]. Many federal laws are based on the UCC. After transforming it into state law, they will be legally binding.

You may have recognized that US law has established its own tradition, divided into parts of the common and civil law. As a result, America is thus no pure common law country.

III. Islamic adaption to western legal thoughts

1. Introductions and historical background

Actually, only 3% of the Turkish Empire is located on the European continent but is therefore a part of the western world. Nevertheless, this land contains 11% of all inhabitants of the Turkish people as well as Istanbul. Therefore, Turkey lies on the borderline of two continents, Europe and Asia. As a result, before explaining why Turkey's constitutional set-up makes it easier for them to adapt to western legal thoughts, pre-existing historical facts led to western legal thinking in the Turkish or rather Ottoman Empire.

With the Conquest of Constantinople in 1453 Turks from Anatolia created the Ottoman Empire. Over time the Ottomans absorbed Greek, Latin, Jewish and Christian cultures through conquest. While Turkey has never been a colony, it has been a central place for western civilization (e.g. many Jewish came to Anatolia to find asylum)[52]. Many religious traditions lived peacefully together side to side. The Ottoman Empire has been such a part of European history, that in 1856, they were invited to join the "European concert". In this gathering, they decided, together with GB, France and Prussia, the destiny of Europe. This was grounded within the early effort of many Sultans to "westernize" their Empire. Influenced by France, the new reforms abolished the ancient Ottoman institutions and led to centralization of the state administration. In the 19th century, especially the "Young-Ottomans" tried to create a constitution for a democratic Turkey. The Modern history of Islamic people knew different types of Modern Muslim and Western societies. As a result, from the 19th century onwards, there grew an increasingly intimate contact between Islamic and Western civilization, and legal development was hence-forth conditioned[53]. Due to the close relationship with the West, a reception of European law was effected in the Ottoman Empire by the reforms between 1839 and 1876. For example, the commercial Code promulgated in 1850 was directly translated from the French commercial code[54]. There had al-

[46] *Von Mehren*, 'The U.S. Legal System: Between the Common Law and Civil Law Legal Traditions', Rome 2001, p. 6.
[47] *Tetley*, ibid.
[48] *McKenna* Richards: a historical account of Louisiana's civil law: A civil law island in the US, available at: http://review.society.cz/index.php?option=com_content&task=view&id=51&Itemid=2 (last visited 20.2.2013).
[49] *Von Mehren*, ibid, p. 11.
[50] See http://www.absoluteastronomy.com/topics/Uniform_Commercial_Code (last visited 16.2.2013).
[51] See http://www.absoluteastronomy.com/topics/Uniform_Commercial_Code (last visited 16.2.2013).
[52] *Glenn*, ibid, p. 209 f.
[53] *Khalil Athamina*, p. 17, available at: http://www.qsm.ac.il/asdarat/jamiea/9/2--khaleel%20athamneh.pdf (last visited 19.2.2013).
[54] *Ibid*, p. 19.

ready been an effort to adapt closer to the Western world. There are four leading sources of Islamic law: the Qu'ran, the Sunna , the Ijma and the quivas, all representing a highly developed and complex legal tradition. Therefore, it is really surprisingly that the Turks introduced many more codes from the western word, even though they had not been a colony before (in most colonies they adopted the legal system of the colonial ruler, e.g. India, where they adopted the English common law system). Yet, introducing the Penal Code of 1858, the traditional punishments of "Sharia" law (totality of Islamic law) were all abolished except that of the death penalty for apostasy[55]. As a result of these steps during the Ottoman Empire, laws of European origin today form a vital and integral part of the legal system[56].

2. Constitutional set-up

Adapting more easily to western legal thoughts is mainly due to the fact that Turkey has become a Republic. "The Republic of Turkey is a democratic, secular and social state governed by the rule of law". These are the first two fundamental principles of the Constitution of the Republic of Turkey. After the downfall of the Ottoman Empire, a radical disentanglement out of the Islamic tradition occurred. The issues of freedom and human rights - politically influenced by the Young-Ottomans –was the fundamental basis for reforms. Mustafa Kemal ("Ataturk"), founded the democratic Republic of Turkey in 1923. Ataturk's aim had been to create a strong modern and civilized country, embracing western civilization. Under him, many reforms were implemented. He repudiated the existing government of the Sultan and Parliament (1920) and in 1922, the office of Sultan was abolished [57]. Furthermore, in 1924, he abolished the "Kalifats", a tradition of order in an Islamic world, as well as the Ulema. Whereas in early years parts of the Sharia were discontinued, Ataturk abandoned it totally. What was a main part of the Islamic world and legal thought had been replaced by western codes. A major step towards western legal thoughts and renunciation of the Islamic world had been done. Also a closer relationship to western legal issues may be seen through the transposition from the Arabic to the Roman alphabet and furthermore the removal of originally Arabic words. One of the principles of "Kemalism" resulted in a unity and independence of the state from religion, which is a western legal thought. As a result of the Kemalism culture revolution, all schools of Koran were closed and the educational system was created after the European model. In the beginning, disguise and fraternities were prohibited.

Ataturk did not only assume the idea of an independent nation but also articulated criticism of the role of the Islamic religion. While the religion posed a threat for the new western modernization, Ataturk separated the state from the religion ("laicism"). But for the Turkish, secularism does not actually mean separation of state and religion but control of the religious life through the Government. That differentiates Turkey from all other Islamic states where no institutional separation has taken place. The Islam with its ideological ideas can be seen as the opposite of the western secularism. The separation of state and church can be found in the Preamble of the Constitution, whereby "as required by the principle of secularism, there shall be no interference whatsoever by sacred religious feelings in state affairs and politics"[58]. The fundament for the laicism (to manifest one's religion is only allowed in the private area) is described in Article 2 of the Constitution: "The republic of Turkey is a democratic, secular and social state governed by the rule of law, bearing in mind the concepts of public peace, national solidarity and justice, respecting human rights, loyal to the nationalism of Ataturk, and based on the fundamental tenets set forth in the Preamble". In other Islamic countries, the Sharia is still the leading law, which means "the way or path to follow"[59]. For nearly all of the Islamic states, the Sharia is fundamental to the legislation. It is the direct connection to God, to Allah. The Islamic law regulates all external duties of the Muslims to Allah, and the observation under the Sharia that every duty will be performed. Whereas all parties in other Islamic countries are under the obligation of service to God, the Constitution of Turkey claims that the land belongs to the nation[60]. For example, numerous verses in the Qu'ran give a clear indication that everything is owned by Allah and that property in the absolute sense belongs to Him, and to Him alone[61]. In the Turkish Constitution however, Article 5 states that the fundamental aims and duties of the state are "to safeguard the independence and integrity of the Turkish Nation…to ensure welfare, peace, and happiness of the individual incompatible with the principles of justice and of the social state governed by the rule of law". Therefore, the Government and not God are responsible for the individual.

Also "Sovereignty is vested fully and unconditionally in the nation. The Turkish Nation shall exercise its sovereignty through the authorized organs as prescribed by the principles laid down in the Constitution" (Article 6 of the Constitution). This shows another example of separation from state and church. Whereas in normal Islamic countries, the Government is God's agent in the country, the Turkish Constitution sets up an independent separation of powers. In an Islamic history, the Government should decide matters according to the religion. What the Government decides is utterly God's will. The Unity between religion and state involves the unity between religion and legislation. Now, "no person or agency shall exercise any state authority which does not emanate from the Constitution". Their legislative power is vested in the Turkish Grand National

[55] *Ibid*, p. 19.
[56] *Ibid*, p. 20.
[57] *Earle*, 'The New Constitution of Turkey' (1925) Political Science Quarterly, Vol. 40, Issue 1, 84.
[58] For a deeper look into the Constitution of Turkey see http://www.hri.org/docs/turkey/preamble.html (last visited 19.2.2013).
[59] *Glenn*, ibid, p. 174.
[60] *Glenn*, ibid, p. 173 ff.
[61] See http://www.readingislam.com/servlet/Satellite?c=Article_C&cid=1154235105765&pagename=Zone-English-Discover_Islam%2FDIELayout (last visited 16. 2. 2013).

Assembly on behalf of the Turkish nation and cannot be delegated (Article 7 of the Constitution)[62].

To sum up, you may have noticed, that Turkey went the western way with many reforms, constitutional amendments and a new civil code. The political change in the last half of the century led Turkey to adapt their legal system in a more western way.

The zero-tolerance politic against torture increased their interest for human rights and freedom. That is why Turkey is the only true democracy with Islam as its dominant religion. The Turkish constitution separated the nation from God as the main focus of Islamic law. Had other Islamic countries learned from Turkey, then they would not have been colonialized by the west, as much as they were. Moreover, in the second half of the 20th century, Turkey orientated itself in foreign affairs to the West. As a result in, 1949, Turkey gained accessed to the Council of Europe and, in 1952, access to NATO. Even if they are a founding member of the OIC, Turkey cannot be called an Islamic state anymore. This constitutional set-up, initiating with the Preamble, has been an expression of westernization. Therefore, it makes it easier for Turkey to adapt to contemporary western legal thoughts.

[62] Earle, ibid, p. 86 ff.

Das Staatsangehörigkeitsrecht in der Österreich – Ungarischen Doppelmonarchie

(Citizenship in the Austro-Hungarian Monarchy)

*Vanessa Kerbusch**

Abstract

The paper deals with the acquisition and loss of the Austrian – Hungarian Citizenship during the 19th century. The aim of the article is to examine the different influences on the citizenship. Therefore the historical, geographic and economical aspects will be illustrated to understand the complexity of the citizenship.

Key words: *Austrian – Hungarian Citizenship; Descent; Naturalization; Marriage; Legitimization; "Heimatrecht"; Dismissal; Authority's decision.*

Zu Beginn des 19. Jahrhundert kam der Staatsangehörigkeit als Kriterium der Abgrenzung von anderen Staaten immer höhere Bedeutung zu. Die Staatsangehörigkeit definierte die Zugehörigkeit einer Person zu seinem Land. Ihr erwuchsen dadurch bestimmte Rechte und Pflichten, z.B. Wehrdienste, Wahlrecht etc. Österreich verabschiedete neben Frankreich die ersten ausdrücklichen Regelungen über die Staatsangehörigkeit.[1]

Die Entwicklung des Staatsangehörigkeitsrechts der kaiserlich – königlichen Doppelmonarchie Österreich – Ungarn im 19. Jahrhundert ist durch verschiedene Kriege, z.B. napoleonische Kriege, Unabhängigkeitskriege von 1848/ 1849, und nationale Einflüsse, wie die Märzrevolutionen von 1848, geprägt worden.

Die Entwicklung des Staatsangehörigkeitsrechts ist ein direkter Ausdruck dieser geschichtspolitischen Hintergründe. Die Komplexität und die rasante Entwicklung des Staatsangehörigkeitsrechts in der österreichisch- ungarischen Doppelmonarchie im 19. Jahrhundert machen es unmöglich, das Thema abschließend zu erfassen.

A. Kodifikationsgeschichte des österreichisch – ungarischen Staatsangehörigkeitsrechts

Die Kodifikationen des Staatsangehörigkeitsrechts in der österreichisch - ungarischen Doppelmonarchie sind durch sprachliche, ökonomische und geografische Entwicklungen im 19. Jahrhundert geprägt worden.

Österreich war im 19. Jahrhundert ein Vielvölkerstaat, d.h. ein Staat, der aufgrund seines größeren Siedlungsgebietes eine Vielzahl von ethnischen Gruppierungen hatte. Das Staatsangehörigkeitsrecht war somit einem ständigen Wandel unterlegen.

Das Königreich Ungarn war mit dem Frieden von Szatmár von 1711 Teil des österreichischen Reichsgebietes geworden.[2] Das Reichsgebiet Ungarn hatte eine eigene Verfassung. Diese Eigenständigkeit des ungarischen Königreiches bewirkte, dass es sowohl eine österreichische als auch eine ungarische Staatsbürgerschaft gab.[3] Durch die Einführung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches (ABGB) vom 1.Juni 1811, welches am 1. Januar 1812 in Kraft getreten war, sollte eine einheitliche Staatsangehörigkeit in den österreichischen Ländern statuiert werden. Demnach sollte die österreichische Staatsangehörigkeit unmittelbar in den Ländern erworben werden, in denen das ABGB gültig war. Das ABGB trat am 1.Januar 1812 jedoch nicht in allen Teilen des österreichischen Reiches in Kraft. Ein Teil der österreichischen Reichsgebiete stand unter französischer Besatzung, in denen der Code Civil galt. Die ungarischen Reichsgebiete hatten ein in ihrer Verfassung, verankertes Recht auf ein eigenes Privatrecht.[4] Das ABGB war nur in den deutschen Erbländern wirksam in Kraft getreten.[5] Dadurch kam es zu einer uneinheitlichen Regelung über die Staatsangehörig-

* Vanessa Kerbusch, Juristische Fakultät, Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Deutschland..

1 RANDELZHOFER in: Maunz/ Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, München, Beck Verlag, 2012, Art. 16 Rn. 1ff.

2 MAJOROS, Ferenc, Geschichte Ungarns – Nation unter der Stephanskrone, Gernsbach, Casimir Katz Verlag, 2008, S. 375.

3 THIENEL, Rudolf, Österreichische Staatsbürgerschaft. Band I - Historische Entwicklung und völkerrechtliche Grundlagen. Wien, Österreichische Staatsdruckerei, 1989, S. 36; ULBRICH, Jospeh, Staatsbürgerschaft. In: MISCHLER – ULBRICH (Hrsg.), Österreichisches Staatswörterbuch – Handbuch des gesamten öffentlichen Rechtes Band IV, Wien, Hölder 1909, S. 312.

4 PFAFF, Leopold/ HOFMANN, Franz, HOFMANN, Kommentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I. Wien, Manzsche k.u.k. Hof - Verlags – u. Universitäts – Buchhandlung, 1877, Kommentar 39 ff.

5 ULBRICH in: MISCHLER/ ULBRICH, S. 312.

keit im österreichischen Reich. Dies führte zu einer Dualität im Staatsangehörigkeitsrecht, in der es eine österreichische und eine ungarische Staatsangehörigkeit gab.

Eine Änderung der Regelungen des Staatsangehörigkeitsrechts trat erst durch die „oktroyierte Märzverfassung“ vom 4. März 1849 ein.[6] Nach § 23 der „oktroyierten Märzverfassung“ vom 4. März 1849 sollte nunmehr ein „für alle Völker des Reiches…allgemeines österreichisches Reichsbürgerrecht“ gelten. Die weiteren Regelungen über den Erwerb und den Verlust der Staatsbürgerschaft sollte ein Reichsgesetz regeln, welches nie verabschiedet wurde, da die Märzverfassung von 1849 wurde schon 1851 durch das „Sylvesterpatent“ außer Kraft gesetzt wurde.[7] Das „Sylvesterpatent“ begründete eine neue Verfassungsära Österreichs und blieb bis zum Oktoberdiplom vom 20.Oktober 1860 in Kraft. Dies führte zu einer Ausweitung des Geltungsbereichs des ABGB, dass nunmehr in Ungarn und in anderen Reichsteilen eingeführt wurde. Dadurch kam es zu einer einheitlichen österreichischen Staatsbürgerschaft für alle im Reichsgebiet, die nach den Bestimmungen des ABGB geregelt wurde.[8] Die einheitliche Regelung über die Staatsbürgerschaft wurde durch den langanhaltenden Widerstand in Ungarn gegen das ABGB, das 1861 in Ungarn außer Kraft gesetzt wurde, aufgehoben.[9] Durch den Ausgleichsvertrag zwischen Österreich und Ungarn im Jahre 1867 war Ungarn als gleichberechtigte Reichshälfte anerkannt worden. Der Ausgleichsvertrag von 1867 begründete die Gründung der österreichisch – ungarischen Doppelmonarchie.[10] Ungarn hatte seine staatsbürgerliche Unabhängigkeit durch den Ausgleichvertrag wiedererlangt. Dadurch kam es zu einer endgültigen Trennung des Staatsbürgerschaftsrechts in den Reichshälften.[11] Die Staatsbürgerschaft in der kaiserlichen und königlichen Doppelmonarchie unterschied sich hierdurch, dass es eine einheitlich österreichische Staatsbürgerschaft „für alle Angehörigen der im Reichsrate vertretenen Königreiche und Länder“ (Cislethanien) nach Artikel 1 der Staatsgrundgesetze (StGG) vom 21. Dezember 1867 („Dezemberverfassung“) gab und eine ungarische Staatsbürgerschaft für alle Angehörigen „in sämtlichen Ländern der ungarischen Krone“ nach § 1 L: 1879 (Transleithanien) gab.

I. Sprachgeschichtliche Entwicklung

Die Staatsangehörigkeit im 19. Jahrhundert bestimmte sich nach einer Zugehörigkeit zu einem jeweiligen herrschaftlichen Landesverband.[12] Dies spiegelte sich besonders in der sprachlichen Entwicklung wider, in dem die Staatsbürger zunächst „Untertanen“ waren.

Die ersten Ansätze einer Regelung über die Staatsbürgerschaft in Österreich finden sich im „Codex Theresianus“ von 1766, der jedoch nie in Kraft trat. Im „Codex Theresianus“ wurde zwischen „Untertanen“ und „Fremden“ unterschieden.[13] Die Erlassung des „Josephinischen Gesetzbuches“ von 1786 griff die Differenzierung des „Codex Theresianus“ auf. Hiernach waren Untertanen, „die in den Erblanden unter der landesfürstlichen Gewalt vereinigt lebten“ (2. Hauptstück, § 3). Im Josephinischen Gesetzbuch waren keine weiteren Regelungen über Erwerb oder Verlust der Staatsbürgerschaft geregelt.[14] Die erste Erwähnung des Begriffs der „Staatsbürgerschaft“ findet sich im „Westgalizischen bürgerlichen Gesetzbuch“ (WGGB) im Jahre 1797, einem Ur- Entwurf des ABGB.[15] Danach war „jeder Staatsbürger ohne Unterschied des Ranges, des Standes oder Geschlechtes […]verpflichtet die allgemeine Wohlfahrt des Staates durch genaue Befolgung des Gesetzes […] [zu, Anmerkung des Verfassers] befördern […]“[16]. Das WGGB galt nur in Galizien, also in den westlichen Gebieten der Ukraine und in den südlichen Gebieten Polens, die Kronländer von Österreich waren. In den anderen Gebieten des österreichischen Reiches bestimmte sich die Staatsbürgerschaft nach dem „Konskriptionspatent“ Maria Theresias von 1779. Das „Konskriptionspatent“ differenzierte zwischen „Inländern“, also Angehörigen eines Kronlandes und „Ausländern“. Die „Ausländer“ unterteilten sich in Ausländer, die aus einem Kronland stammten und in Fremde, die aus einem anderen Staat stammten. Die Staatsbür-

---

6 MILNER, Emanuel, Die österreichische Staatsbürgerschaft und der Gesetzesartikel L, 1879 über den Erwerb und Verlust der ungarischen Staatsbürgerschaft. Tübingen, Verlag und Druck von Franz Fues, 1880, S. 86ff.

7 HEINDL, Waltraud/ SAUER, Edith (Hrsg.), Grenze und Staat – Paßwesen, Staatsbürgerschaft, Heimatrecht und Fremdgesetzgebung in der österreichischen Monarchie (1750 – 1867).Wien; Köln; Weimar, Böhlau Verlag Ges. m. b. H. und Co. KG, 2000, S. 163f.

8 HEINDL/ SAUER 2000, S. 163f.; MILNER 1880, S. 88; THIENEL 1989, S. 37.

9 MAYRHOFER, Ernst/ PACE, Graf Anton, Handbuch für den politischen Verwaltungsdienst in den im Reichsrate vertretenen Königreichen und Ländern; Band 2, Handbuch für den politischen Verwaltungsdienst in den im Reichsrate vertretenen Königreichen und Ländern. 5. Auflage, Wien, Manzsche k.u.k. Hof - Verlags – u. Universitäts – Buchhandlung, 1913, S. 951f., THIENEL 1989, S. 37.

10 RUMPLER, Helmut, 1804 – 1914 – Eine Chance für Mitteleuropa – Bürgerliche Emanzipation und Staatsverfall in der Habsburgermonarchie, Wien, Ueberreuter, 1997, S. 411.

11 HEINDL/ SAUER 2000, S. 168ff.; PESLJ, Branko M., Der Ungarische - Kroatische Ausgleich vom Jahre 1868 - Verfassungsrechtlicher Überblick. In: Der Österreichisch - Ungarische Ausgleich von 1867 – Vorgeschichte und Wirkungen, S. 169 – 184, Wien; München, Verlag Herold, 1967, 169 (175ff.).; THIENEL 1989, S. 37.

12 GRAWERT, Rolf, Staat und Staatsangehörigkeit Verfassungsgeschichtliche Untersuchung zur Entstehung der Staatsangehörigkeit. Bielefeld, Universität, Fachbereich Rechtswissenschaften, Hab. Iur. 1972; Berlin: Duncker & Humblot, 1973, S. 22; S. 119ff.; HERRNRITT, von Herrmann von Rudolf, Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts. Tübingen, Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1909, S. 78.

13 THIENEL 1989, S. 33.

14 SONNENFELS in. Harrasowsky, Harras von Philipp, Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen – Codex IV, Wien, Druck und Verlag von Carl Gerold’s Sohn, 1886, S. 25.

15 BURGER, Hannelore, Zum Begriff der österreichischen Staatsbürgerschaft – Vom Jospehinischen Gesetzbuch zum Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger. In: Geschichte und Recht, Festschrift für Gerald Stourzh zum 70. Geburtstag, S. 207 – 223, Wien; Köln; Weimar, Böhlau Verlag Ges. m. b. H. und Co. KG, 2000, 207 (214f.); HEINDL/ SAUER 2000, S. 96ff.

16 THIENEL 1989, S. 33.

gerschaft hatte somit nicht nur innerstaatliche, sondern auch außerstaatliche Bedeutung gewonnen.[17] Das ABGB griff den Begriff des „Staatsbürgers" auf und regelte den Erwerb und Verlust der österreichischen Staatsbürgerschaft. Es fand sich jedoch keine genaue Definition des Staatsbürgers im ABGB. Franz v. Zeiller, der wohl bedeutendste Mitschöpfer des ABGB, definierte Staatsbürger als Mitglieder eines jeweiligen Staates.[18]. Die Regelungen über die Staatsbürgerschaft im ABGB führten dazu, dass der Staatsbürger ein Rechtssubjekt mit Rechten und Pflichten gegenüber dem Staat wurde.[19] Die Spaltung der einheitlichen Regelung der Staatsbürgerschaft im Jahre 1867 führte zu einer gemeinsamen Reichsbürgerschaft in der österreichisch – ungarischen Doppelmonarchie gegenüber den fremden Staaten. [20] Innerstaatlich galt das Prinzip des Dualismus, also einer österreichischen und einer ungarischen Staatsbürgerschaft, deren Erwerb und Verlust sich nach den jeweiligen Landesgesetzen bzw. privatrechtlichen Kodifikationen richtete. Nach der ungarischen Verfassung waren österreichische Staatsbürger als Ausländer zu behandeln.[21]

II. Ökonomische Aspekte des Staatsangehörigkeitsrechts

Die Entwicklung des Staatsangehörigkeitsrechts knüpft unmittelbar an die Entstehung des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches von 1811 an. In der Einleitung zum fünften Abschnitt des ersten Hauptstückes heißt es, dass „de[r, Anmerk. d. Verf.] volle[…] Genuss der bürgerlichen Rechte[…] durch die Staatsbürgerschaft" erworben werden kann. Die Staatsbürgerschaft war somit Anknüpfungspunkt für Rechte und Pflichten gegenüber dem Staat; auch auf privatrechtlicher Ebene.[22]

B. Österreichisches Staatsangehörigkeitsrecht

Die österreichische Staatsangehörigkeit war für die cisleithanischen Staaten, d.h. für die im Reichsrate vertretenen Königreiche und Länder, einheitlich geregelt worden nach Art. 1 StGG. Hiernach sollte ein einheitliches „allgemeines österreichisches Staatsbürgerrecht" (Art. 1 StGG) gelten. Der Erwerb, Ausübung und Verlust der Staatsbürgerschaft sollten in einem Gesetz bestimmt werden gem. Art. 1 StGG. Ein Ausführungsgesetz über den Erwerb und Verlust der Staatsbürgerschaft wurde nie verabschiedet. Somit bestimmten sich die Regelungen über den Erwerb und Verlust der österreichischen Staatsbürgerschaft nach den allgemeinen Regelungen des ABGB, des Auswanderungspatentes von 1832, des Heimatrechtsgesetzes von 1863 (HRG), der Hofkanzleidekrete und anderen Regelungen. Dies führte zu einer lückenhaften Regelung der österreichischen Staatsbürgerschaft.[23]

I. Erwerb der österreichischen Staatsangehörigkeit

Die österreichische Staatsbürgerschaft konnte durch Geburt, Heirat, Legitimierung, Rechtsnachfolge, Verleihung auf dem Rechtsweg oder Verleihung ohne Rechtsweg erworben werden. In den letzten beiden Fällen war ein behördliches Handeln, also ein Verwaltungsakt, notwendig.[24]

1. Erwerb der österreichischen Staatsbürgerschaft durch Abstammung

Im 19. Jahrhundert war der Vater bzw. der Ehemann das Familienoberhaupt; demnach standen die Ehefrau und die Kinder unter der väterlichen bzw. ehelichen Obhut gem. §§ 147ff. ABGB. Dieses Verständnis der Familie spiegelte sich in den Regeln der Staatsbürgerschaft wider.

Die österreichische Staatsbürgerschaft wurde nach dem Abstammungsprinzip, also nach dem Prinzip „ius sanguinis" („Recht des Blutes"), erworben. Der Erwerb der österreichischen Staatsbürgerschaft knüpfte unmittelbar an den Akt der Geburt an. Der Geburtsort blieb unberücksichtigt.[25]

Nach § 28 ABGB war den „Kindern eines österreichischen Staatsbürgers [die Staatsbürgerschaft, Anmer. d. Verf.] durch die Geburt eigen". Demnach erwarben unzweifelhaft die ehelichen Kinder eines österreichischen Ehepaares die österreichische Staatsbürgerschaft durch den Vater. Die ehelichen Kinder einer verwitweten, österreichischen Staatsbürgerin erwarben die Staatsbürgerschaft nicht durch den verstorbenen Vater, sondern durch die Mutter.[26]

---

17 HERRNRITT 1909, S. 76ff.; THIENEL 1989, S. 37ff.

18 HIRSCHHAUSEN, von Ulrike, Von imperialer Inklusion zur nationalen Exklusion, Staatsbürgerschaft in Österreich – Ungarn 1867 – 1923. In: Veröffentlichungsreihe der Forschungsgruppe Zivilgesellschaft, Citizenship und Politische Mobilisierung in Europa, Forschungsschwerpunkt Zivilgesellschaft, Konflikte und Demokratie, Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung, Discussion Paper, No. SP IV 2007-403, 2007, http,//hdl.handle.net/10419/49610 – Aktualisierungsdatum, 29.11.2012 - Dateigröße, 502.56 kB, S. 4.

19 HERRNRITT 1909, S. 78f.; WALTER, Robert/ MAYER, Heinz, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts.8. Auflage, Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1996, Rn. 199.

20 MILNER 1880, S. 104.

21 ADAMOVICH, Ludwig, Grundriss des Österreichischen Staatsrechtes (Verfassungs- und Verwaltungsrechtes). Wien, Druck und Verlag der österreichischen Staatsdruckerei, 1927, S. 85.

22 HADLER, Frank/ TROEBST, Stefan, Europäische Staatsangehörigkeitsstandards und nationale Rechtskulturen in Osteuropa – Eine Einleitung zum Themenschwerpunkt. In: Osteuropa – Zeitschrift für Gegenwartsfragen des Ostens, S. 693 – 696,Stuttgart, Deutsche Verlags – Anstalt GmbH, 2002, 693 (694); HIRSCHHAUSEN 2007, http,//hdl.handle.net/10419/49610 – Aktualisierungsdatum, 29.11.2012, S. 5f.; KARMINSKI, Fritz, Zur Codification des österreichischen Staatsbürgerschaftsrechts – Eine staatsrechtliche Studie. Wien, Manzsche k.k. Hof – Verlags - und Universitäts - Buchhandlung, 1887, S. 1; OFNER, Julius, Der soziale Charakter des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches (ABGB) In: Festschrift zur Jahrhundert Feier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches – 1. Juni 1911, Erster Teil – mit 11 Beilagen, S. 441 – 477, Wien, Manzsche k.u.k. Hof - Verlags – u. Universitäts – Buchhandlung, 1911, 441 (452).

23 ADAMOVICH 1927, S. 86; THIENEL 1989, S. 32ff.

24 ULBRICH, Joseph, Handbuch des Oeffentlichen Rechts.- Vierter Band – Das Staatsrecht der außerdeutschen Staaten. – Erster Halbband – Erste Abtheilung – Das Staatsrecht der österreichisch – ungarischen Monarchie. Freiburg im Breisgau und Tübingen, Akademische Verlagsbuchhandlung von J.C.B, Mohr (Paul Siebeck), 1884, § 19 S. 35.

25 KARMINSKI 1887, S, 23ff.; MILNER 1880, S. 5; ULBRICH, Joseph, Lehrbuch des oesterreichischen Staatsrechts – Für den akademischen Gebrauch und die Bedürfnisse der Praxis. Berlin: Verlag von Theodor HOFMANN, 1883, § 25 S. 80.

26 HERRNRITT 1909, S. 80.

Die unehelichen Kinder, deren Vater österreichischer Staatsbürger war, erwarben die österreichische Staatsbürgerschaft nicht durch den Vater. Sie erwarben die Staatsbürgerschaft der Mutter. Daraus ergaben sich zwei Konstellationen über den Erwerb der Staatsbürgerschaft: die „österreichische Mutter" und die „ausländische Mutter". Das uneheliche Kind, deren Mutter die österreichische Staatsbürgerschaft innehatte, erwarb die österreichische Staatsbürgerschaft durch die Mutter gem. §§ 165, 166 ABGB und § 6 HRG.[27] Die unehelichen Kinder von einem österreichischen Vater und einer ausländischen Mutter erwarben die ausländische Staatsbürgerschaft der Mutter. Dies ergab sich aufgrund einer gesetzlichen Reglungslücken durch die analoge Anwendung der §§ 165, 166 ABGB und des § 6 HRG.[28]

Eine Schwierigkeit ergab sich über die Regelungen der Adoption und deren Folgen für die Staatsbürgerschaft des Kindes. Adoptierte Kinder, die durch Geburt die österreichische Staatsbürgerschaft nach § 28 ABGB hatten, blieben Österreicher bei der Adoption durch österreichische Staatsbürger. Ausländische Kinder jedoch, die durch Österreicher adoptiert worden waren, erwarben nicht die österreichische Staatsbürgerschaft. Die adoptierten Kinder waren zwar den ehelichen Kindern gem. §§ 182, 183 ABGB gleichgestellt; die gesetzliche Gleichstellung hatte jedoch nur privatrechtliche Folgen und keine öffentlich – rechtlichen Konsequenzen für die Staatsbürgerschaft des Kindes. Die Staatsbürgerschaft bei adoptierten Kindern richtete sich nach den allgemeinen Regelungen des Abstammungsprinzips nach den elterlichen Verhältnissen.[29] Durch die Adoption konnte kein Recht auf die österreichische Staatsbürgerschaft erworben werden.[30]

Für Findelkinder, also Kinder die nach ihrer Aussetzung auf österreichischem Gebiet bzw. Boden aufgefunden worden, galt eine gesetzliche Vermutung der österreichischen Staatsbürgerschaft gem. § 18 HRG. Findelkinder galten solange als österreichische Staatsbürger bis das Gegenteil aufgrund der persönlichen Verhältnisse der Eltern bewiesen werden konnte.[31]

2. *Erwerb der österreichischen Staatsbürgerschaft durch Heirat*

Die österreichische Staatsbürgerschaft konnte u.a. durch Heirat erworben werden. Die Regelungen über den Erwerb der österreichischen Staatsbürgerschaft durch Heirat war eine ausschließliche Regelung für die zukünftige Ehefrau. Der ausländische Ehemann konnte keine österreichische Staatsbürgerschaft durch die Heirat mit einer Österreicherin begründen (s. C.II.1.).

Nach dem Hofdekret vom 23. Februar 1833, J.G.S. Nr. 2595 führte „die Verehelichung mit einem Österreichischer […] für die Ehefrau vorbehaltlos [zur, Anmerk. d. Verf.] österreichische[n, Anmerk. d. Verf.] Staatsbürgerschaft". Die ausländische Staatsbürgerschaft der Ehefrau wurde durch die Heirat mit einem Österreicher aufgehoben. Dies folgte aus der „Exklusivität des Staatsbürgerrechts"[32] und aus dem Hofdekret vom 10. Juni 1835, J.G.S. Nr. 9, 25. Der Erwerb der Staatsangehörigkeit durch Heirat sollte eine endgültige und abschließende Verknüpfung mit dem Staat sein. Daraus folgt, dass die österreichische Staatsbürgerschaft bei Trennung der Ehe gem. § 115 ABGB oder bei Scheidung gem. §§ 103ff. nicht aufgehoben werden konnte.[33]

Eine Ausnahmeregelung galt für die Kinder der ausländischen Ehefrau. Sie erwarben die österreichische Staatsbürgerschaft nicht automatisch durch die Heirat der Mutter mit einem Österreicher.[34] Die unehelichen Kinder konnten durch Legitimierung die österreichische Staatsbürgerschaft erwerben.[35] Die Legitimierung der unehelichen Kinder durch Heirat des österreichischen Vaters mit der ausländischen Mutter hatte zur Folge, dass die legitimierten Kinder als ehelich iSd § 160 ABGB angesehen worden. Nach § 161 ABGB galten die legitimierten Kinder als ehelich gezeugt. Daraus folgte, dass sich die Staatsbürgerschaft für die legitimierten Kinder von der österreichischen Staatsbürgerschaft des Vaters ableitete iSd § 28 ABGB. Die Staatsangehörigkeit der legitimierten Kinder wurde unmittelbar durch Heirat und durch die Geburt mit der Staatsangehörigkeit des Vaters verknüpft. [36]

3. *Verleihung der österreichischen Staatsangehörigkeit auf dem Rechtsweg*

Die österreichische Staatsbürgerschaft konnte auf dem Rechtsweg durch einen Antrag auf Einbürgerung gem. § 30 ABGB erworben werden. Nach § 30 ABGB konnte „die Einbürgerung bei den politischen Behörden angesucht, und von denselben, [verliehen werden, Anmerk. d. Verf.,] nachdem das Vermögen, die Erwerbsfähigkeit und das sittliche Betragen des Ansuchenden

---

27 ULBRICH 1883, § 25 S. 80; PÜTTLINGEN, Vesque von Johann, Handbuch des in Oesterreich – Ungarn geltenden internationalen Privatrechts. 2-. Auflage, Wien, Braunmüller, 1878, S. 83f.

28 BENKE, Nikolaus, Ungleiche Freiheiten, die Geschlechter im Lichte des ABGB 1811. In: Festschrift 200 Jahre ABGB, Band II, S. 815 - 840, Wien, Manz Verlag, 2011, 815 (826ff.); KARMINSKI 1887, S. 24ff.; MILNER 1880, S. 5; MAYRHOFER, Ernst, Handbuch für den politischen Verwaltungsdienst in den im Reichsrate vertretenen Königreichen und Ländern; Band 2 Handbuch für den politischen Verwaltungsdienst in den im Reichsrate vertretenen Königreichen und Ländern., Wien, Manzsche k.u.k. Hof - Verlags – u. Universitäts – Buchhandlung, 1880, S. 224f.

29 HERRNRITT 1909, S. 80; MILNER 1880, S. 7; ULBRICH 1884, § 19 S. 35.

30 HERRNRITT 1909, S. 80; MILNER 1880, S. 7; ULBRICH 1884, § 19 S. 35.

31 HERRNRITT 1909, S. 80; HÖLLWERTH, Johann, Vom Blut als dem besonderen Saft bis zur sozialen Elternschaft. In: Festschrift 200 Jahre ABGB, Band II, S. 1033 – 1050, Wien, Manz Verlag, 2011, 1033 (1035ff.); MILNER 1880, S. 11f.; ULBRICH 1883, § 25 S. 80; Stubenrauch, von Moritz, Handbuch der österreichischen Verwaltungs – Gesetzkunde –Nach dem gegenwärtigen Stande der Gesetzgebung. Band II, Wien, Friedrich Manz, 1852, S. 17ff.

32 KARMINSKI 1887, S, 25.

33 MAYRHOFER/ PACE 1913, S. 930; MILNER 1880, S. 8f.; THIENEL 1989, S. 40.

34 HERRNRITT 1909, S. 80.

35 HERRNRITT 1909, S. 80, MILNER 1880, S. 5 ff.; THIENEL 1989, S, 40.

36 MAYRHOFER 1880, S. 224; MILNER 1880, S. 6; ULBRICH 1883, § 25 S. 80.

beschaffen [waren, Anmerk. d. Verf.] […]". Dabei handelte die politische Behörde nach freiem Ermessen.[37] Voraussetzungen für die Verleihung der österreichischen Staatsbürgerschaft auf dem Rechtsweg waren die Zusicherung der Aufnahme in den Heimatverband, die Unbescholtenheit und hinreichende Erwerbstätigkeit oder ein entsprechendes Vermögen.[38]

a) Aufnahme in den Heimatverband

Für die Verleihung der österreichischen Staatsbürgerschaft musste zunächst das Heimatrecht in einer Gemeinde begründet werden. Es gab keine genaueren Bestimmungen, dass der „Heimatsuchende" in einer bestimmten Gemeinde aufgenommen werden musste.[39]

Das Heimatrecht, das die Zugehörigkeit zu einer Gemeinde begründete, galt vor der Einführung des ABGB im Jahre 1811 als wesentliches Unterscheidungskriterium zwischen „Untertanen" und „Fremden".[40] Nach der Einführung des ABGB blieb das Heimatrecht als Unterscheidungskriterium erhalten. Dennoch blieben Schwierigkeiten bei der Bestimmung der Staatsbürgerschaft durch die Überschneidungen der Regelungen des Staatsangehörigkeits- und Heimatrechts.[41]

Die Verleihung der Staatsbürgerschaft knüpfte unmittelbar an die Zugehörigkeit zu einer Gemeinde an.[42] Die Staatsbürgerschaft wurde zur zwingenden Voraussetzung für den Erwerb des Heimatrechtes nach der Novelle des Heimatrechtes des Gemeindegesetzes von 1849.[43] Die Heimatgemeinde eines Staatsbürgers war die Gemeinde, in der der Staatsbürger das Recht „des ungestörten Aufenthaltes und den Anspruch auf Armenversorgung"[44] hatte nach dem Heimatrechtsgesetz vom 3. Dezember 1863. Nach § 2 HRG konnten „nur Staatsbürger […]das Heimatrecht erwerben. Jeder Staatsbürger soll[te, Anmerk. d. Verf.] in einer Gemeinde heimatberechtigt sein". Heimatrecht und Staatsbürgerschaft waren nunmehr unweigerlich miteinander verknüpft worden. Somit konnte „die Wichtigkeit des staatlichen Heimatrechtes […] nicht hoch genug eingeschätzt werden"[45].

Infolgedessen wurde das Heimatrecht, wie das Staatsbürgerschaftsrecht, nach dem Abstammungsprinzip erworben. Die ehelichen Kinder erwarben das Heimatrecht der Gemeinde, welches der Vater zur Zeit der Geburt des Kindes besaß. Dabei blieben der tatsächliche Aufenthaltsort des Vaters und die Geburtsgemeinde des Kindes irrelevant für die Bestimmung des Heimatrechtes gem. § 6 HRG.[46] Die unehelichen Kinder erwarben das Heimatrecht der österreichischen Mutter. Eine Adoption begründete, wie die Staatsbürgerschaft, kein Heimatrecht. Die Heirat hatte zur Folge, dass die Frau das Heimatrecht des Mannes erwarb.[47]

Die Verleihung des Heimatrechtes zur Begründung der Staatsbürgerschaft lag im freien Ermessen der Behörde. Als Anhaltspunkte für die Entscheidung der Behörde über die Verleihung des Heimatrechtes spielten „ein gutes, sittliches Betragen und eine hinreichende Erwerbsfähigkeit"[48] des Bewerbers eine wichtige Rolle iSv § 30 ABGB.

b) Unbescholtenheit und hinreichende Erwerbstätigkeit oder ein entsprechendes Vermögen

Nach § 30 ABGB kam es auf die Unbescholtenheit und eine hinreichende Erwerbstätigkeit oder ein entsprechendes Vermögen des Bewerbers an, um die österreichische Staatsbürgerschaft erwerben zu können. Da die Staatsbürgerschaft Pflichten und Rechte gegenüber dem Staat statuierte, war das sittliche Verhalten des Bewerbers das ausschlaggebende Kriterium. Bei der Beurteilung der Unbescholtenheit des Bewerbers wurden sein Verhalten und seine Verdienste in der Gemeinde, seine politische Einstellung und sein strafrechtliches Verhalten berücksichtigt.[49] Das Kriterium der Erwerbsfähigkeit spielte eine untergeordnete Rolle bei der Beurteilung des Bewerbers.[50] Der Bewerber musste durch Arbeitszeugnisse, die durch eine örtliche Gemeinde bezeugt werden mussten, seine Erwerbstätigkeit nachweisen. Dabei galt, dass der Bewerber die ausreichende Versorgung seiner Familien garantieren konnte.[51]

Bei Eignung des „Heimatsuchenden" erließ die untere politische Behörde durch Verwaltungsakt die Erklärung über die Verleihung der Zulassung zur Gemeinde.[52] Der Eingebürgerte musste in einer feierlichen Verleihungszeremonie den Untertaneneid leisten, in dem er Gehorsam, Treue und Beachtung gegenüber dem „Herrscher", den bestehenden Gesetzen und Pflichten als Staatsbürger schwor. Dann erhielt der Bewerber die österreichische Staatsbürgerschaft.

c) Wiedererlangung der Staatsbürgerschaft gem. § 16 HRG

Die unmittelbare Verknüpfung des Heimatrechtes mit der Staatsbürgerschaft führte dazu, dass die österreichische

---

37 THIENEL 1989, S. 41.
38 HERRNRITT 1909, S. 80f; ULBRICH 1883, § 25 S. 80f.; ders. 1884, § 19, S. 35.
39 HEINDL/ SAUER 2000, S. 215; SWIECENY, Friedrich, Das Heimatrecht in den k. k. österreichischen Kronländern mit constituierten Ortsgemeinden, Eine übersichtliche Darstellung der diesfälligen älteren und neueren. Vorschriften. Wien, Friedrich Manz, 1855, S. 27.
40 HEINDL/ SAUER 2000, S. 215; STILLER, Martin: Eine Völkerrechtsgeschichte der Staatenlosigkeit – Dargestellt anhand ausgewählter Beispiele aus Europa, Russland und den USA. Wien, Springer Vienna, 2011., S, 20ff.
41 HEINDL/ SAUER 2000, S. 215; ULBRICH 1883, § 103 S. 257.
42 Jegierek, Johann, Das Heimatrecht, dann das Aufenthalts – beziehungsweise Abschaffungsrecht, die Aremenversorgungspflicht und der Verpflegungs-, Transport- und Beerdigungskosten – Ersatz in Österreich. Wien, M. Perls, 1886., S. 1; ULBRICH 1883, § 103 S. 256ff.
43 HEINDL/ SAUER 2000, S. 216.
44 STILLER 2011, S. 21.
45 OFNER/ FS ABGB 1911, 441 (452).
46 STILLER 2011, S. 22
47 THIENEL 1989, S. 46f.
48 MILNER 1880, S. 14.
49 HIRSCHHAUSEN 2007, http,//hdl.handle.net/10419/49610 – Aktualisierungsdatum, 29.11.2012, S. 11ff.; KARMINSKI 1887, S. 28f..
50 HIRSCHHAUSEN 2007, http,//hdl.handle.net/10419/49610 – Aktualisierungsdatum, 29.11.2012, S. 11ff.; MILNER 1880, S. 14ff.
51 MILNER 1880, S. 14f.;
52 KARMINSKI 1887, S. 29.

Staatsbürgerschaft wiedererlangt werden konnte. Die Wiedererlangung der österreichischen Staatsbürgerschaft war in § 16 HRG geregelt. Nach § 2 HRG konnte nur der Staatsbürger ein Heimatrecht begründen. Demnach konnten Personen, die das Heimatrecht in einer Gemeinde begründeten ipso facto die österreichische Staatsbürgerschaft wiedererlangen. Die Wiedererlangung des Heimatrechts setzte voraus, dass die Person, die ins österreichische Staatsgebiet zurückgekehrt war, nicht abgeschoben werden konnte oder durch internationale staatliche Verträge wieder aufgenommen werden musste.[53]

4. Verleihung der österreichischen Staatsbürgerschaft ohne Rechtsweg

Neben der Verleihung auf dem Rechtsweg, konnte die österreichische Staatsbürgerschaft noch in drei anderen Fällen verliehen werden gem. § 29 ABGB.

Nach § 29 ABGB konnte die österreichische Staatsbürgerschaft „durch Eintretung in einen öffentlichen Dienst; durch Antretung eines Gewerbes, dessen Betreibung die ordentliche Ansässigkeit im Lande nothwendig macht; durch einen in diesem Staaten vollendeten zehnjährigen ununterbrochenen Wohnsitz“ erworben werden. Das Vorliegen eines dieser Verleihungsvoraussetzungen allein begründete jedoch keinen Rechtsanspruch auf Verleihung der österreichischen Staatsangehörigkeit. Eine gerichtliche Durchsetzung des Anspruches war somit nicht möglich. Es konnte höchstens als Indiz für die Unbescholtenheit bzw. die Erwerbstätigkeit bei der Beurteilung über die Verleihung der österreichischen Staatsbürgerschaft durch Rechtsweg angeführt werden.[54]

Die Verleihungsgründe der österreichischen Staatsbürgerschaft nach § 29 ABGB waren durch verschiedene Novellen im Staatsangehörigkeitsrecht hinfällig geworden. Der Eintritt in den öffentlichen Dienst begründete nach § 29 ABGB die automatische Verleihung der österreichischen Staatsbürgerschaft. Nach der Einführung der Staatsgrundgesetze vom 21. Dezember 1867 war nach Art. 3 StGG der Eintritt in den öffentlichen Dienst nur Staatsbürgern vorbehalten. Demnach musste die Verleihung der Staatsbürgerschaft vor bzw. zeitgleich mit dem Eintritt in den öffentlichen Dienst erfolgen.[55] Dies führte zu einer unterschiedlichen Auslegung des Art. 3 ABGB in der juristischen Lehre und in der Praxis.[56] In der Praxis wurde die österreichische Staatsbürgerschaft weiterhin durch Eintritt in den öffentlichen Dienst verliehen.[57] Der Erwerb der österreichischen Staatsbürgerschaft aufgrund der Niederlassung eines Gewerbes wurde durch die geänderte Gewerbeordnung abgeschafft und durch die Verordnung vom 27. April 1860, Nr. 108 (VO RGBl 1860/ 108) ausdrücklich aufgehoben.[58] Der letzte Fall des § 29 ABGB beinhaltete die „stillschweigende Naturalisierung“[59] des Fremden, der nach zehnjährigem ununterbrochenen Wohnsitz im österreichischen Staatsgebiet die österreichische Staatsbürgerschaft erlangte. Das Hofdekret vom 1. März 1833; J.G.S. Nr. 2597 schloss die Verleihung der österreichischen Staatsbürgerschaft aufgrund des zehnjährigen ununterbrochenen Wohnsitzes aus. Es stellte vielmehr auf die ausdrückliche Verleihung der Staatsbürgerschaft ab.[60]

5. Erwerb der österreichischen Staatsbürgerschaft durch Rechtsnachfolge

Zuletzt konnte die österreichische Staatsbürgerschaft durch Rechtsnachfolge erworben werden. Danach erwarb der Ausländer, der die österreichische Staatsbürgerschaft erwarb, auch die österreichische Staatsbürgerschaft für seine minderjährigen, ehelichen Kinder gem. dem Hofkanzleidekret (HKD) vom 17. Dezember 1817, P.G.S. 45, 161. Nicht minderjährige Kinder des Ausländers konnten die österreichische Staatsbürgerschaft nur eigenständig erwerben gem. HKD vom 30. August 1832, P.G.S. 60, 112. Eine Ausnahmeregelung bestand für die unehelichen Kinder einer Ausländerin, die durch die Heirat mit einem Österreicher die österreichische Staatsbürgerschaft erwarb. Die unehelichen Kinder, die nicht vom künftigen Ehemann abstammten, erwarben nicht die österreichische Staatsbürgerschaft. In diesem Fall trat keine Legitimation der unehelichen Kinder durch Heirat ein.[61] Die Ehefrau eines eingebürgerten Ausländers erwarb ebenfalls die österreichische Staatsbürgerschaft gem. §§ 92 ABGB, 11 HRG.

II. Verlust der österreichischen Staatsangehörigkeit

Der § 32 ABGB war der einzige Paragraf, der den Verlust der Staatsbürgerschaft regelte. Er verwies dabei auf die Auswanderungsgesetze vom 24. März 1832 (Auswanderungspatent 1832).[62] Hiernach verlor man die österreichische Staatsbürgerschaft „durch Auswanderung oder durch Verehelichung einer Staatsbürgerin mit einem Ausländer. Daraus ergab sich, dass die österreichische Staatsbürgerschaft durch Rechtsnachfolge verloren gehen konnte. Die österreichische Staatsbürgerschaft konnte in vier Fällen verloren werden - durch Heirat, Legitimierung, Auswanderung, oder Rechtsnachfolge.

1. Verlust der österreichischen Staatsbürgerschaft durch Heirat

Die Heirat einer österreichischen Staatsbürgerin mit einem Ausländer führte zum Verlust der österreichischen Staatsbürger-

---

53 MAYRHOFER/ PACE 1913, S. 929.

54 WALDERT, Karl, Das österreichische Heimat- und Staatsbürgerrecht nach dem Stande der Gesetzgebung vom 5. Oktober 1925, Mit Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe, erläuternden Bemerkungen und Auszügen aus den Materialien. Wien, Österreichische Staatsdruckerei,1926, S. 162, THIENEL 1989, S. 41.

55 ULBRICH 1883, § 25 S. 81; THIENEL 1989, S, 40.

56 KARMINSKI 1887, S. 48ff.; MILNER 1880, S. 38ff.; ULBRICH, Joseph, Das österreichische Staatsrecht. 4. Auflage, Tübingen, Mohr, 1909, S. 182.

57 MAYRHOFER/ PACE 1913, S. 922f.

58 THIENEL 1989, S. 40; ULBRICH 1883, § 25 S. 81.

59 HEINDL/ SAUER 2000, S, 215.

60 THIENEL 1989, S. 41; ULBRICH 1883, S. 81.

61 MAYRHOFER/ PACE 1913, S, 931.

62 KARMINSKI 1887, S. 99; OFNER, Julius, Der Ur-Entwurf und die Berathungs- Protokolle des Österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches. Band 1, Wien, Alfred Hölder k.k. Hof- und Universitäts - Buchhandlung 1.Rothenthurmstr. 15, 1889., S. 64.

schaft. Sie erhielt durch die Heirat, die Staatsbürgerschaft des Ehemannes. Aus diesem Grunde war es für einen ausländischen Mann unmöglich, die österreichische Staatsbürgerschaft, durch Heirat mit einer Österreicherin zu erwerben. Die österreichische Staatsbürgerschaft konnte „auf keine Weise vorbehalten" werden gem. dem Hofdekret vom 10. Juni 1935, J.G.S. Nr. 31. Zuvor war die Heirat eines ausländischen Ehegatten nur eine Vermutung für den offensichtlichen Auswanderungswillen der Österreicherin.[63] Sie führte nicht zwangsläufig zum Verlust der österreichischen Staatsbürgerschaft.[64] Nach der Novelle des § 32 ABGB und dem Erlass des Auswanderungspatentes vom. 24. März 1832 erlosch nunmehr die österreichische Staatsbürgerschaft vorbehaltlos durch Heirat iSd §§ 32 ABGB, 19 Auswanderungspatent 1832. Geschiedene Frauen und Witwen, die vor der Heirat österreichische Staatsbürgerin war, konnten die österreichische Staatsbürgerschaft nur, wie andere Ausländerinnen wiedererlangen gem. § 20 Auswanderungspatent 1832.

Wenn es durch Heirat zu einer Legitimierung der unehelichen, minderjährigen Kinder des ausländischen Vaters kam, dann verloren die Kinder durch Heirat der Mutter ihre österreichische Staatsbürgerschaft. Sie erhielten die ausländische Staatsbürgerschaft des Vaters.[65] Der Verlust der österreichischen Staatsbürgerschaft trat nicht bei unehelichen, männlichen Kindern, die älter als 14 Jahre waren, ein.[66]

Eine Ausländerin, die die österreichische Staatsbürgerschaft durch Heirat mit einem Österreicher erworben hatte (s. C.I.2.), konnte die österreichische Staatsbürgerschaft verlieren, wenn die Ehe gerichtlich für ungültig erklärt wurde.[67]

2. Verlust der österreichischen Staatsbürgerschaft durch Auswanderung

Der Erlass der Staatsgrundgesetze vom 21. Dezember 1867 hatte weitreichende Konsequenzen für den Verlust der österreichischen Staatsbürgerschaft; explizit für den Verlust der Staatsbürgerschaft durch Auswanderung.

Zuvor wurde nach dem Auswanderungspatent von 1832 zwischen erlaubter und unbefugter Auswanderung differenziert. Demnach war die Auswanderung nur bei vorheriger Bewilligung einer Behörde gestattet und der Verlust knüpfte unmittelbar an das Verlassen des Landes an. Eine unbefugte Auswanderung, also ohne vorherige Bewilligung, war strafbar. Eine Verurteilung wegen unbefugten Auswanderns führte zum Entzug der Staatsbürgerschaft. Die Wiedererlangung der österreichischen Staatsbürgerschaft war durch einen Gnadengesuch möglich.[68] Diese behördliche Beschränkung wurde durch Art. 4 III StGG aufgehoben. Danach war „die Auswanderung […] von Staatswegen nur durch die Wehrpflicht beschränkt". Es wurde angenommen, dass durch Art. 4 III StGG die unbefugte Auswanderung wegfiel. Jede Auswanderung war somit bewilligt und führte nach § 9 Auswanderungspatent 1832 zum sofortigen Verlust der österreichischen Staatsbürgerschaft. Eine Auswanderung lag vor, wenn das „Verlassen [des, Anmerk. d. Verf.] österreichischen Staatsgebietes mit der […] Absicht [geschah, Anmerk. d. Verf.], damit die österreichische Staatsbürgerschaft aufzugeben"[69]. Die Gründe für eine unbefugte Auswanderung nach dem Auswanderungspatent 1832 blieben als Indiz für den Auswanderungswillen.[70] Demnach lag eine Auswanderung vor, wenn der österreichische Staatsbürger in den ausländischen Zivil- und Militärdienst eintrat oder sich einem ausländischen, religiösen Orden anschloss. Außerdem lag eine Auswanderung vor bei einem fünfjährigen ununterbrochenen Aufenthalt im Ausland, wenn durch die Mitnahme der Familie, des Vermögens und der Veräußerung des Besitzes ersichtlich war, dass eine Rückkehr ins Inland auszuschließen war. Zuletzt lag eine Auswanderung durch den zehnjährigen ununterbrochenen Aufenthalt im Ausland oder die Missachtung der Aufforderung zur Rückkehr vor.[71] Die Berechnung der Abwesenheit erfolgte entweder ab dem Zeitpunkt des Verlassens des österreichischen Staatsgebietes oder bei Ablauf des österreichischen Passes.[72]Das Vorliegen eines dieser Gründe hatte zur Folge, dass die österreichische Staatsbürgerschaft verloren ging.

Die einzige Ausnahme galt für wehrpflichtige Staatsbürger gem. Art. 4 III StGG. Nach § 63 WehrG, RGBl 1889/ 41 brauchten wehrpflichtige Staatsbürger eine Bewilligung um Auszuwandern. In Zeiten des Krieges oder der Mobilmachung war eine Auswanderung für Wehrpflichtige ausgeschlossen. Eine unbefugte Auswanderung des Wehrpflichtigen war strafbar und führte bei Verurteilung zum Verlust der österreichischen Staatsbürgerschaft. Stellungspflichtige, also männliche Staatsbürger, die noch nicht das Wehralter erreicht hatten, konnten die Bewilligung zur Auswanderung erhalten, wenn sie mit ihren Eltern gemeinsam auswanderten.[73]

Der Verlust der österreichischen Staatsbürgerschaft trat erst mit dem tatsächlichen Verlassen des österreichischen Staatsgebietes ein.

3. Verlust der österreichischen Staatsbürgerschaft durch Rechtsnachfolge

Die österreichische Staatsbürgerschaft ging auch durch Rechtsnachfolge verloren. Bei einer angemeldeten Auswanderung verloren die Kinder die österreichische Staatsbürgerschaft, wenn sie im Anmeldungsverfahren mitbenannt worden waren.

[63] HERRNRITT 1909, S, 81; MILNER 1880, S. 51; ULBRICH 1883, § 26, S. 81.
[64] KARMINSKI 1887, S. 104ff.
[65] HERRNRITT 1909, S. 81.
[66] KARMINSKI 1887, S. 106f.
[67] KARMINSKI 1887, S. 25; MAYRHOFER /PACE 1913, S. 930; THIENEL 1989, S. 40.
[68] HERRNRITT 1909, S. 81; ULBRICH 1883, § 26 S. 82.
[69] THIENEL 1989, S, 44.
[70] THIENEL 1989, S, 44.
[71] HERRNRITT 1909, S. 81; ULBRICH 1883, § 26 S. 82.
[72] ULBRICH 1883, § 26 S. 82.
[73] KARMINSKI 1887, S. 79ff.; MILNER 1880, S, 37ff.; SCHMID, Ferdinand, Das Heeresrecht der oesterreichischen – ungarischen Monarchie, Wien, Friedrich Tempsky, 1903, S. 56.

Waren die Kinder im Anmeldungsverfahren nicht mitbenannt worden, behielten sie die österreichische Staatsbürgerschaft. Somit konnten sie die österreichische Staatsbürgerschaft nur durch ein selbstständiges Handeln bzw. beim Vorliegen eines Verlustgrundes verlieren.

Beim Verlust der österreichischen Staatsbürgerschaft des Vaters, verloren auch die Kinder die österreichische Staatsbürgerschaft.[74] Die Ausnahmeregelung für die männlichen, wehrpflichtigen Kinder bzw. Stellungspflichtigen iSd Art. 4 III StGG und § 63 WehrG (s.C.II.2.) galten entsprechend.

Die ehelichen Kinder einer Witwe und die unehelichen Kinder einer österreichischen Staatsbürgerin, verloren die österreichische Staatsbürgerschaft nicht durch die Ausbürgerung ihrer Mutter. Die unehelichen Kinder konnten die Staatsbürgerschaft durch Legitimation verlieren (s.C.II.1.).[75]

Außerdem ging die österreichische Staatsbürgerschaft verloren, wenn der Ehegatte ausgebürgert wurde. Der Verlust seiner österreichischen Staatsbürgerschaft hatte zur Folge, dass auch seine Ehefrau die österreichische Staatsbürgerschaft verlor.[76]

C. Ungarisches Staatsangehörigkeitsrecht

Bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts existierte keine eigenständige, ungarische Staatsbürgerschaft. Es gab nur eine einheitliche österreichische Staatsbürgerschaft, die sich nach den Regeln des ABGB bestimmte. In den 1840er Jahren kam es zu einer zunehmenden Unzufriedenheit in Ungarn mit der österreichischen Politik und den Regelungen des ABGB. Die ungarische Nationalbewegung forderte eine eigene unabhängige Staatsangehörigkeit.[77] Infolgedessen kam es im Laufe der 1848er Revolution und dem ungarischen Unabhängigkeitskrieg von 1848/ 1849 zu den ersten grundsätzlichen Regelungen über ein ungarisches Staatsangehörigkeitsrecht.[78] Das Gesetz über den Erwerb und den Verlust der ungarischen Staatsangehörigkeit trat jedoch nie in Kraft. Ein weiterer Versuch eine einheitliche Regelung des ungarischen Staatsangehörigkeitsrechts voranzutreiben, scheiterte ebenfalls im Jahre 1868.[79]

Erst der Ausgleichsvertrag von 1867 zwischen Ungarn und Österreich räumte Ungarn eine weitgehende staatliche Unabhängigkeit ein. Dies ermöglichte Ungarn die eigenständige Entwicklung eines eigenen ungarischen Staatsangehörigkeitsrechts. Mit dem Erlass des Gesetzesartikel L: 1879 im Jahre 1879 gab es eine einheitliche Kodifizierung des Staatsangehörigkeitsrechts in der ungarischen Reichshälfte. Die ungarischen Staatsangehörigkeitsregelungen galten „in sämtlichen Ländern der ungarischen Krone“ gem. § 1 L: 1879[80], also in den transleithanischen Staaten. Es gab wie in den österreichischen Ländern nur eine einheitliche ungarische Staatsbürgerschaft.[81] Das ungarische Staatsangehörigkeitsrecht ist im Gegenteil zum österreichischen Staatsangehörigkeitsrecht durch eine einheitliche Gesetzgebung geregelt. Es war eine Anlehnung an die deutschen Staatsangehörigkeitsregelungen von 1870, mit dem das ungarische Recht in Einklang gestaltet worden war.[82] Die Regelungen des 50. Gesetzesartikel L. 1879 über den Verlust und Erwerb der ungarischen Staatsbürgerschaft waren abschließend.[83]

I. Erwerb der ungarischen Staatsangehörigkeit

Die ungarische Staatsbürgerschaft konnte gem. § 2 L: 1879 nur durch Abstammung, Legitimation, Heirat oder Naturalisation erworben werden.

1. Erwerb der ungarischen Staatsangehörigkeit durch Abstammung

Das ungarische Staatsangehörigkeitsrecht kannte wie das österreichische Staatsangehörigkeitsrecht den Erwerb der Staatsbürgerschaft durch Abstammung. Die ungarische Staatsbürgerschaft wurde bei ehelicher Abstammung durch den ungarischen Vater erworben.[84] Uneheliche Kinder erwarben zunächst die Staatsbürgerschaft der Mutter. Hierbei ergaben sich zwei Konstellationen: die ungarische Mutter und die ausländische Mutter. Demnach waren die unehelichen Kinder einer ungarischen Mutter Ungarn. Dieser Erwerbstatbestand wurde nur durch die Legitimation der Kinder durchbrochen (s. D.II.1.).[85] Somit erwarben die unehelichen Kinder der ausländischen Mutter die Staatsangehörigkeit der Mutter. Diese Kinder konnten jedoch durch Legitimation die ungarische Staatsbürgerschaft des ungarischen Vaters erwerben (s.D.I.2.).

Der Geburtstort war in allen genannten Fällen irrelevant, so dass das eheliche Kind, das im Ausland geboren worden war, die ungarische Staatsbürgerschaft durch den ungarischen Vater bzw. das uneheliche Kind die ungarische Staatsbürgerschaft durch die ungarische Mutter erwarb.[86]

Das Abstammungsprinzip im ungarischen Staatsangehörigkeitsrecht wurde in zwei Fällen gem. § 19 L: 1879 durchbrochen. Entweder wurde das Kind auf ungarischem Territorium geboren und konnte keine andere Staatsangehörigkeit vorweisen iSd § 19 Nr. 1 L: 1879 oder es wurde als Findelkind iSd § 19 Nr.

74 THIENEL 1989, S. 45.
75 HERRNRITT 1909, S, 81; THIENEL 1989, S. 45.
76 THIENEL 1989, S. 44.
77 HIRSCHHAUSEN 2007, http,//hdl.handle.net/10419/49610 – Aktualisierungsdatum, 29.11.2012, S. 14; THIENEL 1989, S. 37.
78 VARGA, Norbert, The Framing of the First Hungarian Citizenship Law (Act 50 of 1879) and the acquisition of citizenship. In: Hungarian Studies – a journal of the International Association for Hungarian Studies 2004, S. 127 – 151. Budapest, Akademiai Kiado, 2004, 127.
79 VARGA 2004 in: HS, 127.
80 Alle folgenden Paragrafen ohne Bezeichnung sind solche des Art. 50 L, 1879.
81 ULBRICH 1883, § 49 S. 119ff.
82 VARGA, Norbert, Short History of the First Hungarian Citizenship Act. In: ЗБОРНИК РАДОВА – Collected Papers, XLIII 1, S. 463 – 488. НОВИ САД (Novi Sad), ЗРНФНС Година, 2009., 463 (465); VARGA 2004 in: HS, 127 (139).
83 VARGA, Norbert, The Pretences of Loss of Hungarian Citizenship in the 19th Century. In: Forum historiae iuris – Erste europäische Internetzeitschrift für Rechtswissenschaften http,//www.forhistiur.de/, 2010, http,//forhistiur.de/zitat/1008VARGA.htm - Aktualisierungsdatum, 29.11.2012.Rn. 3 ff.
84 HIRSCHHAUSEN 2007, http,//hdl.handle.net/10419/49610 – Aktualisierungsdatum, 29.11.2012, S. 15.
85 ULBRICH 1883, § 49 S. 120; VARGA 2004 in: HS, 127 (140); VARGA 2009 in: CP, 463 (465).
86 ULBRICH 1884, § 92 S. 144.

2 L: 1879, auf ungarischem Gebiet „gefunden und erzogen oder aufgezogen“[87]. In diesen beiden Fällen fand das Territorialprinzip, also „ius soli“ („Recht des Boden“), Anwendung; die Kinder erhielten die ungarische Staatsbürgerschaft. Diese Vermutung der ungarischen Staatsbürgerschaft war jederzeit widerlegbar.[88]

2. Erwerb der ungarischen Staatsangehörigkeit durch Heirat

Die ausländische Ehefrau erwarb durch Eheschließung mit einem ungarischen Staatsbürger, die ungarische Staatsbürgerschaft gem. § 5 L: 1879. Witwen und geschiedene Ehefrauen verloren ihre ungarische Staatsbürgerschaft nicht. Ungarische Staatsbürgerinnen, die ihre Staatsbürgerschaft durch Heirat mit einem Ausländer verloren, konnten nur wie andere Ausländerinnen die ungarische Staatsbürgerschaft wiedererlangen.[89] Sonderregelungen galten für die Putativehe, d.h. eine vermeintliche Ehe, die aufgrund eines Ehehindernisgrundes ungültig war. Durch die Putativehe erwarb die ausländische Ehefrau die ungarische Staatsbürgerschaft, wenn sie gutgläubig war und keine Kenntnis über den Ehehindernisgrund hatte. Dies galt selbst in den Fällen, in denen die Putativehe durch einen richterlichen Beschluss für nichtig erklärt worden war.[90]

Die unehelichen Kinder einer ausländischen Mutter und eines ungarischen Mannes konnten durch Legitimation bei Heirat der Mutter die ungarische Staatsbürgerschaft erwerben iSd § 4 L: 1879. Das ungarische Staatsangehörigkeitsrecht kannte zwei Konstellationen der Legitimierung: durch Heirat des inländischen Vaters (per subsequens matrimonium) oder durch königliche Genehmigung (per rescriptum principis). Die Heirat zwischen dem ungarischen Vater und der ausländischen Mutter führte zur Legitimierung der zuvor unehelichen Kinder. Die Legitimation wirkte somit bis auf den Zeitpunkt der Geburt zurück und die legitimierten Kinder wurden mit den ehelichen Kindern gleichgestellt.[91] Eine urkundliche Anerkennung der Vaterschaft war nicht ausreichend. Eine Ausnahmeregelung galt jedoch beim Todesfall des Vaters vor der Eheschließung. Dann konnte die Legitimierung durch gerichtliche Feststellung ersetzt werden. Die Legitimierung durch Heirat trat nicht ein, wenn das Kind im Ehebruch gezeugt worden war und beide Eltern vorsätzlich den Ehebruch begangen hatten.[92] Der Erwerb der ungarischen Staatsbürgerschaft durch Legitimierung trat nicht ein, wenn das legitimierte Kind bereits die Volljährigkeit erreicht hatte. Es konnte dann nur eigenständig die ungarische Staatsbürgerschaft erwerben. Eine Sonderregelung galt für uneheliche Kinder, deren Väter die ungarische Staatsbürgerschaft durch Geburt erworben hatten. Der Erwerb der ungarischen Staatsbürgerschaft trat in einem solchen Fall unabhängig vom Alter des Kindes ein.[93]

Die Legitimation durch königliche Genehmigung führte zur Legitimierung des unehelichen Kindes ohne die nachträgliche Eheschließung der Eltern.

3. Erwerb der ungarischen Staatsangehörigkeit durch Naturalisation

Die ungarische Staatsbürgerschaft konnte durch Naturalisation, d.h. ausdrückliche Aufnahme bzw. Einbürgerung, erworben werden. Das ungarische Staatsangehörigkeitsrecht kannte zwei Arten von Naturalisation.

Zunächst gab es die gewöhnliche Naturalisation. Dem Bewerber konnte beim Vorliegen der Erwerbstatbestände nach § 8 I L: 1879 die ungarische Staatsbürgerschaft durch Einbürgerung erteilt werden. Hiernach musste der Bewerber Bewohner einer Gemeinde sein bzw. die Zusicherung der Gemeinde haben, aufgenommen zu werden iSd § 8 I Nr. 2 L: 1879. Er musste seit fünf Jahren ununterbrochen in Ungarn wohnen gem. § 8 I Nr. 3 L: 1879 und ein unbescholtenes Vorleben führen gem. § 8 I Nr. 4 L: 1879. Weiterhin musste der Bewerber Vermögen bzw. eine Erwerbstätigkeit haben, die es gewährleistete, dass er sich und seine Familie unterhalten konnte nach § 8 I Nr. 5 L: 1879. Schließlich musste der Bewerber seit fünf Jahren in die Liste der Steuerzahler aufgenommen worden sein nach § 8 I Nr. 6 L: 1879.

Die gewöhnliche Naturalisation war eine antragsabhängige Einbürgerung. Die Einbürgerung erfolgte nur nach erfolgreichem Antrag des Bewerbers. Den Antrag auf Einbürgerung konnte nur ein uneingeschränkt Geschäftsfähiger stellen bzw. in Ermangelung der Geschäftsfähigkeit, musste der gesetzliche Vertreter den Antrag bewilligen iSd § 8 I Nr. 1 L: 1879.[94] Der Antrag konnte auch stellvertretend durch den gesetzlichen Vertreter für die Kinder gestellt werden. Der Antrag musste zunächst beim Bürgermeister bzw. Vizespan des Distrikts, in dem der Bewerber seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, eingereicht werden. Diese führten eine erste rechtliche Prüfung des Antrages durch. Danach legten sie die Bewerbung mit einem Gutachten an das Innenministerium bzw. in Kroatien – Slowenien dem Banus vor. Das Innenministerium bzw. der Banus hatten keinen eigenen Ermessensspielraum. Sie entschieden lediglich über das Vorliegen der Erwerbstatbestände.[95] Das Vorliegen der Erwerbstatbestände führte nicht automatisch zum Erwerb der ungarischen Staatsbürgerschaft.[96] Der Minister des Inneren hatte ein Vorrecht, über den Antrag zu entscheiden. Zum Abschluss des Bewerbungsverfahrens wurde dem Bewerber bei Erteilung der ungarischen Staatsbürgerschaft das Naturalisationsdokument ausgestellt. Durch die Ausstellung des Naturalisationsdokuments hatte der Bewerber eine Frist von einem Jahr,

---

87 MILNER 1880, S. 12.

88 HIRSCHHAUSEN 2007, http,//hdl.handle.net/10419/49610 – Aktualisierungsdatum, 29.11.2012, S. 15; ULBRICH 1884, § 92 S. 144; VARGA 2009 in: CP, 463 (465).

89 ULBRICH 1884, § 92 S. 144; ULBRICH 1883, § 49 S. 120; VARGA 2004 in: HS, 127 (140).

90 SZLEZAK, Ludwig, Das Staatsangehörigkeitsrecht von Ungarn. In: Sammlung geltender Staatsangehörigkeitsgesetzte von der Forschungsstelle für Völkerrecht und ausländisches öffentliches Recht der Universität Hamburg, Band 22, Frankfurt am Main: Berlin: Alfred Metzner Verlag, 1959, S. 49.

91 VARGA 2004 in: HS, 127 (145); VARGA 2009 in: CP, 463 (485f.).

92 SZLEZAK 1959 in: SGS, S. 49.

93 SZLEZAK 1959 in: SGS, S. 49; VARGA 2004 in: HS, 127 (145).

94 SZLEZAK 1959 in: SGS, S. 50; VARGA 2009 in: CP, 463 (467f.).

95 SZLEZAK 1959 in: SGS, S. 50; ULBRICH 1884, § 92 S. 144.

96 VARGA 2009 in: CP, 463 (469).

um den Treueeid zu schwören.[97] Erst durch den Treueeid wurde er zum vollwertigen, ungarischen Staatsbürger.

Durch die Einbürgerung des Mannes wurden die Ehegattin und die unter väterlicher Gewalt lebenden, minderjährigen Kinder, ungarische Staatsbürger gem. § 7 L: 1879.

Adoptierte erlangten die ungarische Staatsbürgerschaft nicht durch die Adoption, jedoch waren sie beim Einbürgerungsverfahren privilegiert nach § 8 II L: 1879. Sie mussten nicht alle Erwerbstatbestände erfüllen.

Es gab noch die außerordentliche Naturalisation. Sie erfolgte nur in ganz speziellen oder außerordentlichen Fällen. Dies lag daran, dass die außerordentliche Naturalisation durch „königlichen Willensakt"[98] auf Vorschlag des Innenministers an außergewöhnliche Ausländer erteilt wurde. Diese Form der Einbürgerung erhielten Ausländer, die sich durch außergewöhnliche Verdienste in den Ländern der ungarischen Krone, und im Interesse des ungarischen Volkes, hervorhaben. In solchen Fällen wurde vom Vorliegen der Erwerbsgründe der „gewöhnlichen" Naturalisation abgesehen. Der obligatorische Treueeid war auch bei dieser Art der Naturalisation für den Eingebürgerten Pflicht.[99]

4. Wiedererlangung der ungarischen Staatsbürgerschaft

Die ungarische Staatsbürgerschaft konnte wiedererlangt werden. Diese Art des Erwerbs der ungarischen Staatsbürgerschaft war ausschließlich ehemaligen, ungarischen Staatsbürgern vorbehalten gem. §§ 37ff. L: 1879. Personen, die die Staatsbürgerschaft durch behördliche Entscheidung (s.D.II.4.) oder durch Legitimierung die Staatsangehörigkeit verloren hatten (s.D.II.1.)[100], konnten die ungarische Staatsbürgerschaft nicht auf diesem Weg wiederlangen. Für die Wiedererlangung der ungarischen Staatsbürgerschaft bzw. Wiedereinbürgerung (Renaturalisation) war ein Antrag erforderlich nach §§ 41ff. L: 1879.

Nach § 37 L: 1879 erlangte die ungarische Staatsbürgerin bei Ungültigkeit der Ehe die ungarische Staatsbürgerschaft wieder. Die Wiedereinbürgerung richtete sich nach den Bestimmungen über den Erwerb der ungarischen Staatsbürgerschaft durch Naturalisation (s.D.I.3.). Personen die aufgrund Entlassung oder Abwesenheit die ungarische Staatsangehörigkeit verloren hatten (s.D.II.), konnten die ungarische Staatsangehörigkeit bei Nichterwerbung einer anderen Staatsangehörigkeit, also Staatenlosigkeit, die ungarische Staatsangehörigkeit wiedererlangen gem. § 39 L:1879. Außerdem konnten sie die ungarische Staatsbürgerschaft auch durch die Wiederaufnahme in den Gemeindeverband bzw. durch Zusicherung der Aufnahme in den Gemeindeverband wiedererwerben gem. § 40 L: 1879.

II. Verlust der ungarischen Staatsangehörigkeit

Die ungarische Staatsbürgerschaft ging gem. § 20 L: 1879 durch Heirat, Legitimation, Entlassung, Abwesenheit oder behördliche Entscheidung verloren. Der Verlust der ungarischen Staatsangehörigkeit war abschließend geregelt, so dass ausschließlich in den vorgenannten Fällen die Staatsbürgerschaft verloren ging. Dies führte dazu, dass die ungarische Staatsbürgerschaft selbst beim Erwerb einer anderen Staatsangehörigkeit oder bei Hoch- bzw. Landesverrat nicht verloren gehen konnte iSd § 36 L: 1879.[101]

1. Verlust der ungarischen Staatsangehörigkeit durch Heirat

Eine Ungarin, die einen ausländischen Mann heiratete, verlor ihre ungarische Staatsbürgerschaft durch Heirat gem. § 34 L: 1879. Der Verlust der ungarischen Staatsbürgerschaft durch Heirat war endgültig, so dass sie selbst bei Scheidung oder Tod des Mannes die ungarische Staatsbürgerschaft nicht wieder erlangte (s.D.I.2.).[102] Diesen endgültigen Effekt auf den Verlust der Staatsangehörigkeit konnten jedoch nur gültige Ehen haben. Ehen, die mit die mit Erfolg angefochten, für nichtig erklärt oder als vermeintlich geschlossen galten, wurden als ungültig Ehen erklärt. Die Ungültigkeit der Ehe musste ausdrücklich durch gerichtlichen Beschluss festgestellt werden.[103] Somit führte die ungültige Ehe einer Ungarin nicht zum Verlust der ungarischen Staatsbürgerschaft. Die ungültige Ehe einer vormaligen, ausländischen Frau, die durch Heirat die ungarische Staatsbürgerschaft erworben hatte, führte dazu, dass diese die ungarische Staatsbürgerschaft verlor iSd § 35 L: 1879.[104]

Weiterhin ging die ungarische Staatsangehörigkeit durch Legitimation des unehelichen Kindes eines ausländischen Vaters verloren gem. § 33 L: 1879. In bestimmten Fällen trat dieser Grundsatz allerdings nicht ein. Der Verlust trat nicht ein, wenn die legitimierten Kinder weiterhin auf dem ungarischen Gebiet wohnen blieben oder durch die Legitimierung nach dem Heimatrecht des Vaters nicht die väterliche Staatsbürgerschaft erwerben konnten.[105]

2. Verlust der ungarischen Staatsangehörigkeit durch Entlassung

Nach §§ 21ff. L: 1879 konnte die ungarische Staatsbürgerschaft durch Entlassung verloren gehen. Die Entlassung war im Gegensatz zur behördlichen Entscheidung antragsabhängig nach § 27 L: 1879 (s.D.II.4.). Erst durch die Bewilligung der Entlassung konnte die ungarische Staatsbürgerschaft verloren gehen; der bloße Verzicht auf die ungarische Staatsbürgerschaft durch den Antragssteller war nicht ausreichend.[106] Die endgültige Entscheidung über die Bewilligung traf der Innenminister

[97] ULBRICH 1884, § 92 S. 144; VARGA 2009 in: CP, 463 (469).
[98] ULBRICH 1884, § 92 S. 144.
[99] ULBRICH 1884, § 92 S. 144; VARGA 2009 in: CP, 463 (469).
[100] VARGA 2009 in: CP, 463 (471).
[101] SZLEZAK 1959 in: SGS, S. 53; VARGA 2009 in: CP, 463 (473).
[102] ULBRICH 1883, § 49 S. 121; ULBRICH 1884, § 92 S. 145.
[103] SZLEZAK 1959 in: SGS, S. 56.
[104] SZLEZAK 1959 in: SGS, S. 53ff; ULBRICH 1884, § 92 S. 145; VARGA 2009 in: CP, 463 (473).
[105] VARGA 2010, http,//www.forhistiur.de/zitat/1008VARGA.htm – Aktualiersungsdatum 29.11.2012, Rn. 51ff.
[106] VARGA, Norbert, The dismissal and the hungarian citizenship in accordance with Act 50 of 1879. In: StudII ŞI CERCETĂRI JURIDICE EUROPENE – Volumul Conferinței Internationale a Doctroanzilor in Drept organizată de Facultatae de Drept si Ştiințe Administrative din cadru Universitații de Vest din Timisoara și Centrul European de Studii VI și Cercetări Juridice Timisoara 16 – 18 julie 2009, S. 880 – 886, Vest din Timisoara (Rumänien), Wolters Kluwer, 2009., 880 (881).

in Ungarn und in Kroatien – Slowenien der Banus nach § 21 L: 1879. Der Verlust der ungarischen Staatsbürgerschaft trat jedoch erst durch Verlassen des Landes innerhalb eines Jahres ein nach § 29 L: 1879. Nach Ablauf der Jahresfrist musste ein neuer Antrag auf Entlassung gestellt werden.[107]

Die Entlassungsvoraussetzungen des § 24 L: 1879 mussten für eine erfolgreiche Bewilligung zwingend vorliegen. Nach § 24 L: 1879 durfte der Antragssteller keine Steuerschulden haben und er durfte in keinem laufenden, strafrechtlichen Verfahren beteiligt bzw. kein Strafurteil gegen ihn ergangen sein. Außerdem musste er alle obligatorischen, staatlichen Pflichten gegenüber dem ungarischen Staat abgeleistet haben, z.B. Wehrdienst etc.[108] Des Weiteren musste der Antragssteller volljährig sein bzw. in Ermangelung der Volljährigkeit die Genehmigung des gesetzlichen Vertreters haben. Der Antragssteller konnte nur beim Vorliegen der Entlassungsvoraussetzungen gem. § 24 L: 1879 entlassen werden. Der volljährige Bürger hatte beim Vorliegen der Entlassungsvoraussetzungen einen Rechtsanspruch auf Entlassung.[109] Ausnahmeregelungen galten während der Mobilmachung und in Zeiten des Krieges sowie für Angehörige des Militärs. Während der Mobilmachung und in Kriegszeiten blieb die Entscheidung über Entlassung „Seiner Majestät", also dem König von Ungarn, vorbehalten nach § 25 L: 1879. Nach § 23 L: 1879 war es jedoch möglich aus dem ungarischen Militärdienst entlassen zu werden, wenn die Zusicherung der österreichischen Staatsbürgerschaft vorlag.[110] Personen des Militärs konnten die Entlassung aus der ungarischen Staatsbürgerschaft nur beantragen, wenn sie die Entlassungsurkunde aus dem Militärdienst erhalten hatten. Die Entscheidung über die Erteilung der Urkunde blieb dem Kriegsminister vorbehalten. Stellungspflichtige konnten nur entlassen werden, wenn die Entlassung nicht darauf abzielte, sich der Wehrpflicht zu entziehen gem. § 22 II L: 1879 oder wenn sie gemeinsam mit den Eltern emigrierten[111]

Dem Entlassenen wurde bei erfolgreichem Antrag auf Bewilligung der Entlassung die Entlassungsurkunde ausgehändigt nach § 28 L: 1879. Der Verlust der ungarischen Staatsbürgerschaft des Ehemannes erstreckte sich auch auf die Ehefrau und minderjährige Kinder, wenn nicht die militärischen Ausnahmeregelungen eingriffen nach § 26 L: 1879. Der Verlust trat jedoch nur ein, wenn sie mit dem Ehemann auswanderten. Verheiratete, geschiedene oder verwitwete Frauen hatten die Möglichkeit einen Entlassungsantrag zu stellen; jedoch erstreckte sich der Verlust der ungarischen Staatsbürgerschaft nur auf die Frau. Eheliche Kinder konnten in einem solchen Fall nur mit Zustimmung des Vaters die ungarische Staatsbürgerschaft verlieren. Geschiedene und Witwen brauchten für ihre minderjährigen Kinder die behördliche Zustimmung, wenn diese die ungarische Staatsbürgerschaft verlieren sollten.[112]

3. Verlust der ungarischen Staatsangehörigkeit durch Abwesenheit

Der Verlust der ungarischen Staatsbürgerschaft trat nach zehnjährigem ununterbrochenem Aufenthalt im Ausland ein gem. § 31 L: 1879. Der ungarische Staatsbürger musste das Land verlassen, die Absicht einer möglichen Auswanderung war hierbei irrelevant.[113]

Nach § 31 L: 1879 trat der Verlust der ungarischen Staatsangehörigkeit nur bei Personen ein, die „ohne Auftrag der ungarischen Regierung oder der österreichisch - ungarischen gemeinsamen Minister" das Land für zehn Jahre ununterbrochen verließen. Eine Sonderregelung galt für Personen, die zwar ohne Auftrag das Land verließen, jedoch durch ausdrückliche Erklärung oder durch konkludentes Handeln zum Ausdruck gebracht hatten, dass sie die ungarische Staatsbürgerschaft nicht aufgeben wollten. [114]

Die Abwesenheit wurde nach § 31 II L: 1879 ab dem Tag der Ausreise oder mit dem Ablauf des Reisepasses. Für Personen, die vor dem Inkrafttreten des Gesetzes L: 1879 außerhalb Ungarns lebten, begann die Berechnung der Abwesenheit mit dem Inkrafttreten des Gesetzes L: 1879 gem. § 48 III L: 1879. Die Berechnung der Abwesenheit bei minderjährigen Kindern begann nach der früheren Rechtspraxis bei gleichzeitiger Ausreise der Eltern mit dem Ausreisetag; bei getrennter Ausreise erst mit Einsetzung der Volljährigkeit. Die spätere Rechtspraxis berechnete die Abwesenheit immer erst mit der Volljährigkeit des Kindes.[115]

Die Berechnung der Abwesenheit konnte durchbrochen werden. Die Unterbrechung hatte zur Folge, dass der Verlust der ungarischen Staatsbürgerschaft nicht eintrat. Das Kriterium der ununterbrochenen Abwesenheit spielte beim Verlust der ungarischen Staatsbürgerschaft eine Rolle. Es bedeutete die vollkommene zehnjährige Abwesenheit aus Ungarn. Die ununterbrochene Abwesenheit wurde bei der geringsten Rückkehr nach Ungarn unterbrochen; so konnte sogar die Durchreise das Prinzip der ununterbrochenen Abwesenheit durchbrechen.[116] Außerdem konnte die ausdrückliche Erklärung, die Staatsbürgerschaft zu behalten, bei den staatlichen Behörden die Berechnung unterbrechen. Des Weiteren führte die Beantragung eines neuen Reisepasses bzw. einer Aufenthaltskarte des österreichisch – ungarischen Konsulats zu Durchbrechung der ununterbrochenen Abwesenheit.

Nach § 32 L: 1879 galt das grundsätzliche Prinzip, dass der Verlust der ungarischen Staatsbürgerschaft durch Abwesenheit

[107] VARGA 2010, http,//www.forhistiur.de/zitat/1008VARGA.htm – Aktualiersungsdatum 29.11.2012, Rn. 23 ff.
[108] ULBRICH 1883, § 49 S. 121; VARGA 2009 in: SSCJE, 880 (881); VARGA 2010, http,//www.forhistiur.de/zitat/1008VARGA.htm – Aktualiersungsdatum 29.11.2012, Rn. 7ff.
[109] SZLEZAK 1959 in: SGS, S. 53.
[110] ULBRICH 1883, § 49 S. 121; VARGA 2009 in: SSCJE, 880 (881).
[111] VARGA 2009 in: SSCJE, 880 (881).
[112] VARGA 2010, http,//www.forhistiur.de/zitat/1008VARGA.htm – Aktualiersungsdatum 29.11.2012, Rn. 16ff.
[113] VARGA 2009 in: CP, 463 (481ff.).
[114] BERENYI, Alexander/ TARJAN, Ferdinand, Der Erwerb und der Verlust der ungarischen Staatsbürgerschaft, Leipzig, Verlag von Dunker & Humbolt, 1906, S. 109, ULBRICH 1884, § 92 S. 145.
[115] SZLEZAK 1959 in: SGS, S. 55; VARGA 2010, http,//www.forhistiur.de/zitat/1008VARGA.htm – Aktualiersungsdatum 29.11.2012, Rn. 47.
[116] BERENYI, Alexander/ TARJAN, Ferdinand, S. 109; SZLEZAK 1959 in: SGS, S. 54f.

des Ehemanns sich auf die Ehefrau und die zusammenlebenden, minderjährigen Kinder erstreckte. Eine Sonderreglung galt jedoch bei der Durchbrechung des zehnjährigen ununterbrochen Aufenthalts durch eigenständige Rückkehr der Ehefrau und der unter väterlicher Gewalt lebenden, minderjährigen Kinder. Dieser Fall führte zu einigen Schwierigkeiten in der Rechtspraxis. Grundsätzlich konnten diese Personen keine eigenständige Staatsbürgerschaft begründen, sondern erwarben die Staatsbürgerschaft des Ehemanns bzw. Vaters. Als Konsequenz konnten sie die Staatsbürgerschaft nur beim Verlust des Ehemannes bzw. Vaters verlieren iSd § 32 L: 1879. Die weitgehende Rechtspraxis jedoch durchbrach das Prinzip dieses Grundsatzes. Sie beurteilten das selbstständige Handeln der Ehefrau bzw. der minderjährigen Kinder als Durchbrechung des Tatbestandes der zehnjährigen ununterbrochenen Abwesenheit. Ein Verlust der Staatsbürgerschaft trat somit selbst dann nicht ein, wenn der Ehemann bzw. Vater nicht vor Ablauf der zehn Jahresfrist zurückkehrte.[117]

4. Verlust der ungarischen Staatsbürgerschaft durch behördliche Entscheidung

Die ungarische Staatsbürgerschaft ging durch behördliche Entscheidung nach § 30 L: 1879 verloren. Das Prinzip, dass hinter dem Verlust durch behördliche Entscheidung steckte, war die Interessenswahrung des ungarischen Staates. Der behördliche Entscheid über den Verlust der ungarischen Staatsbürgerschaft erging in zwei Fällen. Entweder beim Eintritt des ungarischen Staatsbürgers in einen anderen Dienst ohne Erlaubnis der obersten Verwaltungsbehörde oder bei Nichtbefolgung der Aufforderung des Verlassens des Dienstes des anderen Staates bei angemessener Fristsetzung durch die Behörde. Die behördliche Entscheidung durfte nur in den genannten Fällen erfolgen, also nicht als Strafe oder im Falle des Verzichts erfolgen. Jedoch kam die behördliche Entscheidung einer strafrechtlichen Sanktion gleich.[118]

Österreich galt im Sinne des Gesetzes als „anderer Staat", jedoch fand die Regelung keine Anwendung auf österreichische Staatsdienste.[119]

Die behördliche Entscheidung erging durch die Verfügung der Verwaltungsbehörden; in Ungarn durch das Innenministerium und in Kroatien - Slowenien durch den Banus.

Der Verlust der Staatsbürgerschaft des Ehemannes erstreckte sich in solchen Fällen nicht auf die Staatsbürgerschaft der Ehefrau und der minderjährigen Kinder.

D. Resümee

Zusammenfassend ist festzustellen, dass sich die Staatsangehörigkeitsregelungen in den beiden Reichshälften der österreichisch – ungarischen Doppelmonarchie nicht wesentlich voneinander unterschieden.

Die Gemeinsamkeiten der Staatsangehörigkeitsrechte zeigten sich insbesondere in den Erwerbstatbeständen. Beide Staatsangehörigkeitsrechte kannten das Prinzip der Abstammung, ius sanguinis. Jedoch auch in den Verlusttatbeständen lassen sich Gemeinsamkeiten erkennen. Das österreichische und das ungarische Staatsangehörigkeiten unterschieden zwischen behördlichen und allgemeinen, wie Heirat, Verlusttatbeständen.

Ein gravierender Unterschied in den Staatsangehörigkeitsrechten ist jedoch die Gesetzgebung. Die unterschiedliche Gesetzgebung spiegelt die geschichtliche Entwicklung der Beziehungen von Ungarn und Österreich wieder. Das ungarische Staatsangehörigkeitsrecht versuchte sich vom „übermächtigen" Österreich zu lösen. Dies lässt sich besonders daran feststellen, dass das ungarische Staatsangehörigkeitsrecht in Harmonie mit dem deutschen Staatsangehörigkeitsrecht von 1871 entstanden ist. Eine Trennung der Staatsangehörigkeitsrechte lässt sich auch auf die Strömungen der Aufklärung und des Nationalismus im 18. Jahrhundert und 19. Jahrhundert zurückführen.

Die uneinheitliche Gesetzgebung in Österreich führte dazu, dass die Staatsangehörigkeitsregelungen lückenhaft und unbeständig blieben. Das österreichische Staatsangehörigkeitsrechts wurde schon wieder nach dem Ersten Weltkrieg durch den Vertrag von Saint Germain 1918 neu gestaltet. Das moderne, österreichische Staatsangehörigkeitsrecht konnte sich jedoch erst nach dem Zweiten Weltkrieg entwickeln.

Dagegen führte die einheitliche Regelung des Staatsangehörigkeitsrechts in Ungarn zu einheitlichen und klaren Entscheidungen. Dieser Beständigkeit des ungarischen Staatsangehörigkeitsrechts ist es zu verdanken, dass die Regelungen im Wesentlichen bis 1948 in Kraft blieben. Die Einführung eines eigenständigen, ungarischen Staatsangehörigkeitsrechtes durch den 50. Gesetzesartikel von 1879 war der Grundstein für das heutige Staatsangehörigkeitsrecht. Das Gesetz führte zu einer transparenten und einfachen Lösung für den Erwerb und den Verlust des ungarischen Staatsangehörigkeitsrechts.

Ein weiterer Unterschied zwischen den Staatsangehörigkeitsrechten war die abschließende Regelung der Erwerb und Verlustgründe für die Staatsangehörigkeit. Die ungarische Staatsangehörigkeit konnte nur durch die im 50. Gesetzesartikel von 1879 genannten Erwerbs- und Verlustgründe erwerben bzw. verlieren. Das österreichische Staatsangehörigkeitsrecht kannte keine abschließenden Regelungen.

Die wesentlichen Prinzipe, die sich im 19. Jahrhundert entwickelten, sind heutzutage immer noch der Grundstein für den Erwerb bzw. Verlust des jeweiligen Staatsangehörigkeitsrechts. Das heutige Staatsangehörigkeitsrecht basiert ausschließlich auf öffentlich – rechtlichen Normen, so dass das Staatsangehörigkeitsrecht seine privatrechtlichen Normierungen verloren hat. Die heutige Staatsangehörigkeit ist vielmehr eine rechtliche Beziehung zwischen Menschen und Staat, aus denen sich gegenseitige Pflichten und Rechte entwickeln.

[117] BERENYI/ TARJAN 1906, S. 122; SZLEZAK 1959 in: SGS, S, 55.
[118] SZLEZAK 1959 in: SGS, S, 54; VARGA 2010, http,//www.forhistiur.de/zitat/1008VARGA.htm – Aktualiersungsdatum 29.11.2012, Rn. 58ff.
[119] ULBRICH 1883, § 49 S. 120; VARGA 2010, http,//www.forhistiur.de/zitat/1008VARGA.htm – Aktualiersungsdatum 29.11.2012, Rn. 58ff.

Der Begriff des Konsenses im römischen Kaufrecht

(The Term of Consensus in the Roman Law of Sale)

*David Bartlitz**

Abstract

Different from most of the contemporary legal orders (e.g. the German BGB) the term consensus in the context of Roman law of sale still causes a big understanding problem in today's science of Roman law. This article focusses especially on D. 18.1.9, D. 18.1.11 and D. 18.1.14, which provide Ulpian's statements regarding the consensus issue. Thereby, the article deals with the question whether it is possible to establish a consistent system of the usage of the term consensus and its points of reference. Finally, the important relationship between consensus and error shall be illuminated.

Key words: *emptio venditio; Ulpian; consensus; dissensus; error; essentialia; corpus; pretium; negotium.*

I. Der Konsensbegriff – heute und gestern

Das Erfordernis des Konsenses als wesentliche Voraussetzung für das Zustandekommen eines Vertrages ist im geltenden deutschen Zivilrecht an keiner Stelle explizit gesetzlich niedergeschrieben. Gleichwohl wird es als vollkommen selbstverständlich erachtet und überwiegend aus der Vorschrift des § 150 II BGB hergeleitet.[1] Als ebenso klar wie die Notwendigkeit eines Konsenses kann nach deutscher Zivilrechtsdogmatik dessen Begriff gelten. So versteht das geltende deutsche Zivilrecht den Konsens als übereinstimmenden Rechtsbindungswillen[2], der im Bereich des Vertragsrechts gemäß den Auslegungsgrundsätzen der §§ 133, 157 BGB nach dem Empfängerhorizont und damit in einem objektiven Sinne zu ermitteln ist.[3]

Vor dem Hintergrund der Rezeptionsgeschichte des römischen Rechts – die Bedeutung des römischen Rechts für das deutsche Privatrecht bis in die Gegenwart hinein kann bekanntlich kaum hoch genug eingeschätzt werden[4] – mag es *prima facie* verwundern, dass sich die Rechtslage im römischen Vertragsrecht aus rechtshistorischer Perspektive weit weniger eindeutig gestaltet. So bereitet der Begriff des Konsenses insbesondere im römischen Kaufrecht nach wie vor nicht unerhebliche Verständnisschwierigkeiten. Ziel der folgenden Erörterungen soll es demnach sein, einen Beitrag zum Verständnis des Konsensbegriffes im römischen Kaufrecht zu leisten. Die Untersuchung wird insbesondere anhand des insoweit zentralen *Irrtumstraktates*[5] aus dem 28. Buch des ulpianischen Sabinuskommentars erfolgen.[6] Dabei soll zunächst die Bedeutung des Konsenses herausgearbeitet werden und schließlich eine Auseinandersetzung mit den möglichen Gegenständen des Konsenses erfolgen.

II. Die Bedeutung des Konsenses

D. 18.1.9 pr. (Ulp. 28 ad Sab.): *In venditionibus et emptionibus consensum debere intercedere palam est: ceterum sive in ipsa emptione dissentient sive in pretio sive in quo alio, emptio imperfecta est. si igitur ego me fundum emere putarem Cornelianum, tu mihi te vendere Sempronianum putasti, quia in corpore dissensimus, emptio nulla est. idem est, si ego me Stichum, tu Pamphilum absentem vendere putasti: nam cum in corpore dissentiatur, apparet nullam esse emptionem.*

* Dipl.-Jur. Univ. David Bartlitz, Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Wirtschaftsprivatrecht, Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg, Deutschland.

1 Schiemann, Gottfried, Das Rechtsgeschäft, in: von Staudinger, Julius (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch, Eckpfeiler des Zivilrechts, Berlin, 2012, Rn. 83.

2 Statt vieler Busche, Jan, in: Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 6. Aufl., München, 2012, Vor. § 145, Rn. 31.

3 BGHZ 16, S. 71 ff., S. 76.

4 Schuster, Stephan, Privatrechtsgeschichte, in: Krüper, Julian (Hrsg.), Grundlagen des Rechts, 2. Aufl., Baden-Baden, 2013, Rn. 2 bringt es treffend auf den Punkt, indem er von einem „prägenden Einfluss" spricht.

5 Diese zusammenfassende Bezeichnung für die in D. 18.1.9, D. 18.1.11 und D. 18.1.14 überlieferten Rechtstexte geht zurück auf Lenel, Otto, Palingenesia iuris civilis. Iuris consultorum reliquiae quae Iustiniani digestis continentur ceteraque iurisprudentiae civilis fragmenta minora secundum autores et libros, Bd. 2, Leipzig, 1889, Neudr. Aalen, 2000, S. 1119 f., Nr. 2714, welcher die drei Quellentexte als ursprünglich zusammenhängende Einheit auffasste.

6 Mögliche Parallelüberlegungen zu anderen Rechtsinstituten, etwa der *stipulatio*, sollen wegen deren vom Kauf abweichenden Charakteristika und zum Zwecke einer Fokussierung auf das römische Kaufrecht nicht angestellt werden.

Es ist klar, dass bei Käufen ein Konsens vorliegen muss: Werden sie sich sonst entweder im Kauf selbst oder im Kaufpreis oder in irgendetwas anderem nicht einig sein[7], ist der Kauf unvollständig. Wenn ich also meinte, dass ich das cornelianische Grundstück kaufe, du aber meintest, dass du mir das sempronianische Grundstück verkaufst, existiert kein Kauf, weil wir uns im Kaufgegenstand nicht geeinigt haben. Dasselbe ist es, wenn ich meinte, dass ich Stichus kaufe, und du meintest, dass du den abwesenden Pamphilus verkaufst: Denn weil man sich im Kaufgegenstand nicht einig ist, zeigt es sich, dass kein Kauf existiert.

Zu Beginn von D. 18.1.9 pr. stellt Ulpian fest, dass ein Kauf (*emptio venditio*) einen Konsens (*consensus*) zwischen Käufer und Verkäufer erfordere. So sei ein Kauf rechtlich gerade nicht zustande gekommen (*imperfecta*), wenn ein Dissens (*dissensus*[8]) der Parteien hinsichtlich des Kaufes selbst (*in ipsa emptione*), des Kaufpreises (*in pretio*) oder irgendeines anderen Punktes (*in quo alio*) vorliege. Zwei Beispielsfälle werden geschildert: Glaubt die eine Partei, ein cornelianisches Grundstück zu kaufen, die andere aber, ein sempronianisches Grundstück zu verkaufen, so liegt kein Kauf vor (*nulla est*). Gleiches gilt, wenn einer meinte, den Sklaven Stichus zu kaufen, der andere aber meinte, den abwesenden Sklaven Pamphilus zu verkaufen. Die Begründung für das Nichtzustandekommen des Kaufes lautet in beiden Fällen, dass ein Dissens hinsichtlich des Kaufgegenstandes (*in corpore*) vorliege.

Gegenstand der Überlegungen soll zunächst der von Ulpian anscheinend als selbstverständlich für einen Kauf angesehene *consensus* sein. So hat sich gerade mit Blick auf den Konsens hinsichtlich des Kaufgegenstandes (*corpus*) im wissenschaftlichen Schrifttum eine heftige Kontroverse über den Begriff des Konsenses und seine Bedeutung im römischen Kaufrecht generell entwickelt. Die unterschiedlichen Ansichten kreisen dabei um die Fragen, ob ein Konsens überhaupt konstitutive Bedeutung für den Kauf gehabt habe und wie *consensus* zu verstehen sei.

1. Sichtweise der Identifikationstheorie

Zum Teil wurde vertreten, dass der Konsens für den Kauf keine konstitutive Bedeutung habe, sondern das Zustandekommen des Kaufes davon abhänge, ob der Kaufgegenstand aus der Kaufvereinbarung objektiv hinreichend bestimmbar sei (sog. *Identifikationstheorie*[9]).[10] Es gelte demnach iSv D. 18.1.8 pr. (Pomp. 9 ad Sab.): *Nec emptio nec venditio sine re quae vendeat potest intellegi.*[11]

Zum Nichtvorliegen eines Kaufes komme es also, mit der heutigen deutschen Zivilrechtsdogmatik gesprochen, nur in Fällen des verstecken Dissenses, d.h. einer von den Parteien unerkannten objektiven Nichtübereinstimmung ihrer Erklärungen.[12] Es gehe also grundsätzlich *nur* um eine Auslegungsfrage.[13] Damit verstehen die Vertreter der *Identifikationstheorie* den Irrtum gerade nicht als Element einer Konsensstörung, sondern als Begleitumstand einer fehlgeschlagenen objektiven Bestimmung des Kaufgegenstandes.[14] Die *Identifikationstheorie* wird vor allem mit folgender Überlegung zu dem *fundus*-Beispiel begründet:[15] Wäre der Kaufgegenstand aus der Kaufvereinbarung objektiv eindeutig bestimmt, könnte nur eine der beiden Parteien *glauben* (*putare*), also fälschlicherweise annehmen, dass es um Grundstück A geht, während objektiv doch Grundstück B bestimmt ist. Die andere Partei, deren Vorstellung sich mit dem objektiv eindeutig bestimmten Grundstück B deckt, *glaubt* aber nicht nur, dass es um Grundstück B gehe, weil dies ja tatsächlich zutrifft. Nur dann ließe sich bei der zuletzt genannten Partei auch von *putare* sprechen, wenn man darunter die Unkenntnis von der Nichtigkeit des Kaufes versteht. Allerdings könne es nicht angehen, dass dem Verb *putare*, bezogen auf den Käufer einerseits und den Verkäufer andererseits, unterschiedliche Bedeutungen zukommen. Die einzig vorstellbare Konstellation, in welcher beide Parteien iSd erstgenannten Bedeutung von *putare* jedoch nur *glauben*, über ein bestimmtes Grundstück zu kontrahieren, sei aber der Fall, dass dieses objektiv nicht hinreichend bestimmt wurde. Somit stehe und falle der Kauf mit der hinreichenden objektiven Bestimmung des Kaufgegenstandes. Dagegen wurde von Wunner vorgebracht, dass *putare* iSd Glaubens an einen (tatsächlich nicht vorliegenden) wirksamen Vertrag zu verstehen sei und insofern doch sowohl beim Käufer als auch beim Verkäufer die gleiche Bedeutung besitze.[16] Angesichts ihrer Auffassung, dem *consensus* komme keine konstitutive Bedeutung zu, betreiben – neben anderen – die erklärten Vertreter der *Identifikationstheorie* zum Teil harsche Textkritik, indem sie in D. 18.1.9 pr. vor allem im Einleitungssatz mit den zentralen Begriffen *consensus* und *dissentire*, aber auch in der Be-

---

7 Die präsentische Übersetzung von Behrends, Okko/Knütel, Rolf/Kupisch, Berthold/Seiler, Hans Hermann (Hrsg.), Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung, Bd. 3, Heidelberg, 1999, S. 443 würde *dissentiunt* bzw. *dissentiant* erfordern. Vorzugswürdig erscheint die hier gewählte wörtliche,ausgangssprachenorientierte Übersetzung.

8 Im Text durch das Verb *dissentire* ausgedrückt.

9 Begriff von Wieacker, Franz, Irrtum, Dissens oder gegenstandslose Leistungsbestimmung?, in: Mélanges Philippe Meylan. Recueil de travaux publiés par la Faculté de droit, Vol. 1: Droit romain, Lausanne, 1963, S. 383 ff., S.393.

10 Wolf, Joseph Georg, Error im römischen Vertragsrecht, Köln/Graz, 1961, S. 44 f.; Wieacker (Fn. 9), S. 383 ff.; Dulckeit, Gerhard, Zur Lehre vom Rechtsgeschäft im klassischen römischen Recht, in: Festschrift für Fritz Schulz, Bd. 1, Weimar, 1951, S. 148 ff., S. 165, Anm. 2; wohl bereits Simonius, August, Bemerkungen zur römischen Irrtumslehre, in: Festschrift für Paul Koschaker, Bd. 1, Weimar, 1939, S. 358 ff., S. 362; zuletzt Wolf, Joseph Georg, Rezension zu Wunner, Sven Erik, Contractus. Sein Wortgebrauch und Willensgehalt im klassischen römischen Recht, Köln/Graz, 1964, in: Iura 17 (1966), S. 274 ff., S. 289 ff.

11 So Wolf, Joseph Georg, Error im römischen Vertragsrecht, Köln/Graz, 1961, S. 48.

12 Wolf, Joseph Georg, Rezension zu Wunner, Sven Erik, Contractus. Sein Wortgebrauch und Willensgehalt im klassischen römischen Recht, Köln/Graz, 1964, in: Iura 17 (1966), S. 274 ff., S. 292.

13 Wunner, Sven Erik, Contractus. Sein Wortgebrauch und Willensgehalt im klassischen römischen Recht, Köln/Graz, 1964, S. 162.

14 Mayer-Maly, Theo, Bemerkungen zum Aspekt der Konsensstörung in der klassischen Irrtumslehre, in: Mélanges Philippe Meylan. Recueil de travaux publiés par la Faculté de droit, Vol. 1: Droit romain, Lausanne, 1963, S. 241 ff., S.242 f.

15 V.a. Wolf (Fn. 11), S. 44 f.

16 Wunner (Fn. 13), S. 155.

gründung der Entscheidung der beiden Beispielsfälle (*quia in corpore dissensimus*) Interpolationen sehen.[17] Insbesondere Wolf und Ziletti wurde später von Schmermaier vorgeworfen, unter falscher methodischer Vorgehensweise die Digestenstelle im Sinne ihrer vorgefassten Meinung korrigieren zu wollen.[18]

2. Sichtweise Flumes

Einen anderen Weg der Deutung von *consensus* wählt Flume: Zwar sieht er den Grund für das Scheitern des Kaufes in einem Dissens, doch versteht auch er den Dissens im modernen Sinne, d.h. in der objektiven Nichtübereinstimmung der Erklärungen beider Parteien.[19] Ein einseitiger Irrtum iSd heutigen Dogmatik nach § 119 I BGB – Auseinanderfallen von Vorstellung und Erklärung einer Partei – liege gerade nicht vor[20], allenfalls ein *begleitender* und daher irrelevanter Irrtum darüber, dass die andere Partei ihren wahren Willen zum Ausdruck bringe.[21] Zwar sieht Flume den wohl weitgehend unumstrittenen Grundsatz[22], dass das römische Recht kein *Zerreißen* eines Geschäftes in Willenserklärungen oder gar eine Trennung von Wille und Erklärung kannte[23], doch macht *m.E.* gerade diese Erkenntnis seine Argumentation inkonsequent: Entweder man folgt Flumes These und gelangt damit notwendigerweise zu einer Aufspaltung von subjektivem Willen und objektiver Erklärung oder man verbleibt bei der gängigen Ansicht über die Einheit des römischen Rechtsgeschäftes, muss dann aber Flumes These zurückweisen.

3. Sichtweise der strengen Dissenstheorie

Zum Teil wird eine *strenge Dissenstheorie* oder auch *Willenstheorie*[24] vertreten, nach der *consensus* Willensübereinstimmung beider Parteien bedeute, welche für einen Kauf zwingend erforderlich sei.[25] Die jeweiligen Erklärungen der Parteien seien dabei lediglich Indiz für ihren Willen.[26] Ein Willensdissens wäre also, modern gesprochen, bereits bei einem einseitigen Irrtum iSd Abweichens der Vorstellung einer Partei von der Kaufvereinbarung gegeben. Aber auch bei einem zweiseitigen Irrtum – bei beiden Parteien weicht die Vorstellung von der Kaufvereinbarung ab – läge ein Willensdissens vor. Begründet wird die *Willenstheorie* damit, dass die Verwendung von *putare* eindeutig erkennen lasse, dass ein subjektives Kriterium allein maßgeblich sei für die Frage nach dem *consensus* und damit nach dem wirksamen Kauf.[27] Dies unterstütze auch deutlich Gai. 3.136:[28] *Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quia neque verborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse.*

Ferner könne man einen Beleg für das Erfordernis der Willenseinigung sehen in der generell gehaltenen Feststellung in D. 2.14.1.3 (Ulp. 4 ad ed.):[29] *Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt: nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt. adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est*.

Gegen die *Willenstheorie* Wunners wurde vorgebracht, dass diese mit den Fällen der *Wirksamkeit trotz Dissenses* unvereinbar sei.[30] Als Beispiel, wenn auch aus dem Pachtrecht, fungiere D. 19.2.52 2. Fall (Pomp. 31 ad Quint. Muc.):[31] *Sed et si ego minoris me locare sensero, tu pluris te conducere, utique non pluris erit conductio, quam quanti ego putavi.*

Es wird argumentiert, dass es in diesem Beispiel gerade an einem vollständigen Willenskonsens fehle und ein hypothetischer Willenskonsens über ein *minus* den realen Willensdissens nicht zu kompensieren vermöge.[32] Diese lediglich terminologische Differenzierung nach realem und hypothetischem Willenskonsens vermag aber nicht zu überzeugen: Weshalb sollte in einem weitergehenden Willen kein auch ein Weniger umfassender Wille enthalten sein? So heißt es in D. 50.17.110 pr. (Paul. 6 ad ed.): *In eo, quod plus sit, semper inest et minus.*

Man könnte sich also Medicus anschließen, der Wunner insofern als nicht widerlegt ansieht.[33] Gegen die *Willenstheorie*

---

[17] Wolf (Fn. 11), S. 25 ff., 43 ff., 99 f. und 135 f.; Ziletti, Ugo, La dottrina dell' errore nella storia del diritto romano, Milano, 1961, S. 79 und 410 f.; Wieacker (Fn. 9), S. 404 f.; Ders., Rezension zu Ziletti, Ugo, La dottrina dell' errore nella storia del diritto romano, Milano, 1961, in: SZ 80 (1963), S. 465 ff., S. 476; außerdem Beseler, Gerhard, Miscellanea critica, in: SZ 43 (1922), S. 415 ff., S. 416; Ders., Miscellanea, in: SZ 45 (1925), S. 188 ff., S. 222; Lenel, Otto, Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften, in: AcP 123 (1925), S. 161 ff., S. 176 f.; Arangio-Ruiz, Vincenzo, La compravendita in diritto romano, Vol. 1: Corso di lezioni svolto nell' Universitŕ di Roma, Napoli, 1952, S. 107 ff.; Flume, Werner, Irrtum und Rechtsgeschäft im römischen Recht, in: Festschrift für Fritz Schulz, Bd. 1, Weimar, 1951, S. 209 ff., S. 246.

[18] Schermaier, Martin Josef, Materia. Beiträge zur Frage der Naturphilosophie im klassischen römischen Recht, Wien u.a., 1992, S. 115.

[19] Flume (Fn. 17), S. 238.

[20] Flume (Fn. 17), S. 248; Ders., Rezension zu Wolf, Joseph Georg, Error im römischen Vertragsrecht, Köln/Graz, 1961, in: TR 30 (1962), S. 363 ff., S.364.

[21] Klarstellend Wunner (Fn. 13), S. 140.

[22] Statt vieler: Kaser, Max, Das römische Privatrecht, Bd. 1, München, 1955, S. 206; Mayer-Maly (Fn. 14), S. 251.

[23] Flume (Fn. 17), S. 238.

[24] Begriff von Schermaier (Fn. 18), S. 126.

[25] Wunner (Fn. 13), S. 194.

[26] Wunner (Fn. 13), S. 194.

[27] Wunner (Fn. 13), S. 145.

[28] Schermaier (Fn. 18), S. 127.

[29] Mayer-Maly (Fn. 14), S. 248 f.

[30] Wieacker (Fn. 9), S. 398.

[31] Wieacker (Fn. 9), S. 398.

[32] Wieacker (Fn. 9), S. 398.

[33] Medicus, Dieter, Rezension zu Mélanges Philippe Meylan. Recueil de travaux publiés par la Faculté de droit, Vol. 1/ 2, Lausanne, 1963, in: SZ 82 (1965), S. 451 ff., S. 454 f.

lässt sich jedoch Folgendes anführen: Hätte Ulpian den Dissens tatsächlich gerade bei einer Abweichung der Vorstellung von der Kaufvereinbarung bejaht, hätte er in seinen Sklaven- und Grundstücksbeispielen doch wohl sprachlich eindeutig zum Ausdruck gebracht, wie die Kaufvereinbarung objektiv lautete.[34] Dass er dies nicht getan hat, muss folglich gegen Wunners Ansicht sprechen.

4. Sichtweise der gemäßigten Dissenstheorie

Eine zwischen *Willenstheorie* und *Identifikationstheorie* vermittelnde Deutung versucht erstmals Mayer-Maly, der eine, wenn man so will, *gemäßigte Dissenstheorie*[35] vertritt: Ein Willenskonsens sei zwar erforderlich, wobei aber die objektive Bestimmung des Leistungsgegenstandes als notwendiger Inhalt des Konsenses anzusehen sei.[36] Der Unterschied zur *Identifikationstheorie* besteht gerade darin, dass die objektive Bestimmung des Kaufgegenstandes Bestandteil der subjektiven Willenseinigung beider Parteien wird.[37] Andererseits geht es bei der Frage nach dem Irrtum gerade nicht mehr wie bei der *strengen Dissenstheorie* allein darum, ob Wille und Erklärung voneinander abweichen. Vielmehr kommt es erst dann zu einem Irrtum, wenn sich die Vorstellung nicht mit dem tatsächlichen Kaufgegenstand, der *res quae veneat*, d.h. der Realität, deckt.[38] Mag auch der Kaufgegenstand gerade in der Kaufabrede bezeichnet sein, so läuft diese Sichtweise dennoch darauf hinaus, der Parteierklärung *per se* keine selbständige juristische Bedeutung zuzumessen.[39] Als Argument dient wiederum das Verb *putare*: Dadurch, dass Ulpian eben nicht *errare*, sondern *putare* verwendet, werde deutlich, dass es nicht um das Auseinanderfallen von Vorstellung und Erklärung – dann müsste es wohl *errare* heißen –, sondern um das Auseinanderfallen von Vorstellung und Realität gehe.[40] Aber ließen sich nicht die Fälle der *Unwirksamkeit trotz Konsenses* gegen die *gemäßigte Dissenstheorie* anführen?[41] Beispiel dafür sei D. 18.1.41.1 (Iul. 3 ad Urs. Fer.):[42] *Mensam argento coopertam mihi ignoranti pro solida vendidisti imprudens: nulla est emptio pecuniaque eo nomine data condicetur.*

An dem Fall des gemeinschaftlichen Irrtums – beide Parteien stellen sich übereinstimmend dasselbe *Falsche* vor –, bei welchem ja angesichts der identischen Fehlvorstellung ein Willenskonsens vorliegt, dennoch aber die Wirksamkeit des Kaufes verneint wird, zeige sich, dass es auf den Willenskonsens eben nicht ankomme.[43] Ist also in Fällen des ein- und zweiseitigen Irrtums der *strengen Dissenstheorie*, aber in Fällen des gemeinschaftlichen Irrtums der *Identifikationstheorie* zu folgen? Träfe dies zu, müsste man Ulpian mangelhafte Systematik innerhalb seines Irrtumstraktates vorwerfen. So ist der Einschätzung, dass D. 18.1.9 pr. Fälle ein- und zweiseitigen, D. 18.1.9.2 Fälle gemeinschaftlichen, D. 18.1.11 Fälle einseitigen und D. 18.1.14 wieder Fälle gemeinschaftlichen Irrtums behandle[44], zuzustimmen. Ebenso liegt eine völlige Umkehr der Systematik durch die Kompilatoren eher fern, sollte deren Tätigkeit doch gerade der Systematisierung förderlich sein.[45] Folgt man dagegen der uns überlieferten Systematik, ist diese gerade ein Argument dafür, dass Ulpian nicht nach einseitigen, zweiseitigen oder gemeinschaftlichen Irrtümern differenziert hat.[46] Die Antwort auf die Frage nach dem Nichtigkeitsgrund in den auf gemeinschaftlichen Irrtum hinauslaufenden Beispielsfällen kann in dem fehlenden Willenskonsens über den tatsächlich vorliegenden, d.h. objektiv bestimmten Kaufgegenstand gesehen werden.[47] Damit erweist sich die *gemäßigte Dissenstheorie* auch in den Fällen der *Unwirksamkeit trotz Konsenses* als gültig. Diese von Mayer-Maly angestoßene Sichtweise hat breite Zustimmung erfahren.[48] In den gängigen Lehrbüchern wird sie sogar meist kommentarlos zugrunde gelegt.[49] Sogar Wieacker, an sich Vertreter der *Identifikationstheorie*, erkennt später das Vorherrschen der *Dissenstheorie* an.[50]

5. Sichtweise Harkes

Eine andere Deutung hat jüngst Harke unternommen: Der Konsens sei bloße Abschlussmodalität, nicht etwa Geltungs-

---

34 Schermaier (Fn. 18), S. 126.
35 Diese Bezeichnung fasst m.E. den Kern der entsprechenden Aussagen Mayer-Malys treffend zusammen.
36 Mayer-Maly (Fn. 14), S. 251.
37 Schermaier (Fn. 18), S. 127.
38 Schermaier (Fn. 18), S. 128.
39 Schermaier (Fn. 18), S. 128.
40 Schermaier (Fn. 18), S. 128.
41 So Wieacker (Fn. 9), S. 399.
42 Ebenso zieht Wieacker (Fn. 9), S. 400 noch D. 18.1.9.2 und D. 18.1.14 als weitere Beispiele, in denen *aliud pro alio* verkauft werde, heran.
43 Wieacker (Fn. 9), S. 399 f.
44 Schermaier (Fn. 18), S. 129.
45 Schermaier (Fn. 18), S. 129 f.
46 Schermaier (Fn. 18), S. 129 f.
47 Schermaier (Fn. 18), S. 130.
48 Frier, Bruce W., Roman Law and the Wine Trade: The Problem of „Vinegar Sold As Wine", in: SZ 100 (1983), S. 257 ff., S. 261, Anm. 17; Schermaier (Fn. 18), S. 127; Zimmermann, Reinhard, The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition, Cape Town u.a., 1990, Neudr. Cape Town u.a., 1992, S. 590; Schwaab, Dirk, Zum Irrtum beim Vertragsschluss, Frankfurt a.M. u.a., 2000, S. 21; Nelson, Hein L. W./Manthe, Ulrich, Gai Institutiones III 88-181. Die Kontraktsobligationen, Text und Kommentar, Berlin, 1999, S. 234.
49 Zuletzt erst Honsell, Heinrich, Römisches Recht, 7. Aufl., Berlin/Heidelberg, 2010, S. 123; vorher bereits Ders./Mayer-Maly, Theo/Selb, Walter, Römisches Recht, 4. Aufl., Berlin/Heidelberg, 1987, S. 122 f.; Hausmaninger, Herbert/Selb, Walter, Römisches Privatrecht, 8. Aufl., Wien u.a., 1997, S. 307; Kaser, Max/Knütel, Rolf, Römisches Privatrecht, 19. Aufl., München, 2008, S. 60; Arangio-Ruiz, Vincenzo, Instituzioni di diritto romano, 14. Aufl., Napoli, 1985, S: 101; Guarino, Antonio, Diritto privato romano, 8. Aufl., Napoli, 1988, S. 358 f.; Schmidlin, Bruno/Cannata, Carlo Augusto, Droit privé romain, Bd. 2: Obligations, Successions, Procedure, Lausanne, 1987, S. 106.
50 Wieacker, Franz, Rezension zu Wunner, Sven Erik, Contractus. Sein Wortgebrauch und Willensgehalt im klassischen römischen Recht, Köln/Graz, 1964, in: TR 35 (1967), S. 129 ff., S. 143.

grund des Kaufes.[51] Das bedeutet, der Kauf komme stets mit dem objektiv zu bestimmenden Inhalt der Kaufabrede zustande, wobei ein *consensus* überhaupt nicht positiv festgestellt zu werden brauche.[52] Vielmehr komme es nur dann nicht zu einem wirksamen Kauf, wenn ein Dissens festgestellt werden könne.[53] Zu einem solchen Dissens führe automatisch ein Irrtum.[54] Unter Irrtum versteht Harke jedoch keinen einseitigen Irrtum im modernen Sinne, sondern ein Auseinanderfallen von Parteivorstellung und objektiv zu bestimmendem Inhalt des Vertrages.[55] Harke begründet seine Thesen vor allem anhand des Sklaven-Beispiels in D. 18.1.9 pr.: Dort gehe es gerade um den Kauf eines abwesenden (*absentem*) Sklaven.[56] Auch sei in dem *fundus*-Beispiel davon auszugehen, dass die Parteien nicht in der Nähe des Kaufgegenstandes, sondern räumlich getrennt von diesem ihre Verhandlungen führten.[57] In beiden Fällen jedoch wird der Kauf wegen *dissensus in corpore* für ungültig erklärt. Daraus folgert Harke, dass ein in Anwesenheit des Kaufgegenstandes abgeschlossener Kauf gerade nicht wegen Dissenses, d.h. Fehlen des Konsenses, ungültig sein könne.[58] Das Vorliegen eines Konsenses sei also gerade nicht immer entscheidend und konstitutiv für den Kauf.[59] Zwar ist Harke unbedingt beizupflichten, dass Ulpian hier besonders die fehlende Präsenz des Kaufgegenstandes betont[60], woraus Schlüsse zu ziehen sein müssen.[61] Doch hat seine These den Wortlaut von D. 18.1.9 pr. gegen sich: Die zentrale, konstitutive Bedeutung, die dem Begriff des *consensus* zufällt, macht Ulpian gerade durch die Formulierung des Einleitungssatzes – das Erfordernis des Konsenses liege ohne weiteres auf der Hand (*palam*) – und die wiederholte Verwendung des Wortes *dissentire* sehr deutlich. Freilich könnte man den Wortlaut im Sinne der oben angesprochenen Interpolationsvermutungen in Zweifel ziehen, doch wurde bereits gezeigt, dass diese nicht zu überzeugen vermögen. Unterstellt man demnach die Richtigkeit des Wortlautes von D. 18.1.9 pr., kann man Harke, zumindest was die Bedeutung des Konsenses anbelangt, nicht zustimmen.

6. Zwischenergebnis

Nach wie vor nicht geklärt scheint also die Frage, wie der Begriff des Konsenses und seine Bedeutung für den Kauf richtigerweise zu verstehen sind. Angesichts der offenbar gewordenen Möglichkeiten, die Quellentexte in die eine oder andere Richtung zu deuten, und der omnipräsenten Ungewissheit über die Echtheit derselben wäre es vermessen, nach dem derzeitigen Stand der Erkenntnisse abschließend von richtigen oder falschen Lösungen zu sprechen. Letztendlich erscheint es *m.E.* vorzugswürdig, der *gemäßigten Dissenstheorie* nach Mayer-Maly zu folgen, wie sie oben dargestellt wurde. Für diese Ansicht spricht ganz entschieden, dass sie sowohl den subjektiven Anknüpfungspunkten in den Quellen (etwa *putare*) Rechnung trägt als auch mit der Berücksichtigung der Bestimmung des Kaufgegenstandes objektiven Anknüpfungspunkten Raum bietet. Sogar der berechtigte Einwand Harkes, dass es bei Anwesenheit des Kaufgegenstandes keinen Dissens über denselben geben könne, ließe sich mit der hier favorisierten Ansicht in Einklang bringen, wenn man den nach wie vor konstitutiven Konsens in diesen Fällen als *fingiert* betrachtet.

III. Die Gegenstände des Konsenses

Nach der Frage, welche Bedeutung dem Konsens im römischen Kaufrecht zukommt, soll nun der Frage nach den Gegenständen des Konsenses nachgegangen werden. Bereits das Stellen dieser Frage – nach der *Identifikationstheorie* wäre sie sinnlos – macht eines deutlich: Allen weiteren Ausführungen wird die hier als vorzugswürdig erachtete *gemäßigte Dissenstheorie* zugrunde gelegt. Auf der Grundlage ihres Konsensbegriffes soll also erörtert werden, welches die notwendigen Bezugspunkte des Konsenses waren, d.h. hinsichtlich welcher Umstände Konsens vorliegen musste, um einen wirksamen Kauf zu erzeugen.

Aus Ulpians Ausführungen in D. 18.1.9 pr. geht hervor, dass Konsens hinsichtlich des Kaufgegenstandes (*corpus*), des Kaufpreises (*pretium*), des Kaufes selbst (*ipsa emptio*) und hinsichtlich irgendeines anderen Punktes (*quid aliud*) vorliegen müsse. Inwiefern dies im Einzelnen zutrifft, muss sich allerdings im Folgenden erst zeigen.

1. Konsens hinsichtlich des corpus

Angesichts des bereits Ausgeführten dürfte ersichtlich sein, dass sich der Konsens tatsächlich auf das *corpus* erstrecken musste, wurde die Kontroverse über die Bedeutung des Konsenses doch gerade anhand des *corpus* dargelegt und iSd *gemäßigten Dissenstheorie* entschieden.

2. Konsens hinsichtlich des pretium

Weiter ist zu untersuchen, ob Konsens auch hinsichtlich des *pretium* vorliegen musste. Teilweise wird das Erfordernis des Konsenses hinsichtlich des *pretium* als Interpolation und damit als unzutreffend angesehen.[62] Begründen ließe sich diese Auffassung mit Verweis auf die bereits angesprochene (s.o.) Passage 19.2.52 2. Fall (Pomp. 31 ad Quint. Muc.), in der von einem wirksamen Vertrag trotz fehlenden Konsenses hinsichtlich des

[51] Harke, Jan Dirk, Si error aliquis intervenit – Irrtum im klassischen römischen Vertragsrecht, Berlin, 2005, S. 78.
[52] Harke (Fn. 51), S. 32.
[53] Harke (Fn. 51), S. 32.
[54] Harke (Fn. 51), S. 79.
[55] Harke (Fn. 51), S. 78.
[56] Harke (Fn. 51), S. 27.
[57] Harke (Fn. 51), S. 27.
[58] Harke (Fn. 51), S. 27.
[59] Harke (Fn. 51), S. 78.
[60] Harke (Fn. 51), S. 27.
[61] So auch Henle, Rudolf, Vorstellungs- und Willenstheorie in der Lehre von der juristischen Willenserklärung, Leipzig, 1910, S. 449.
[62] Kaden, Erich-Hans, Das Dogma des Synallagma im römischen und byzantinischen Rechte, in: Partsch, Josef, Aus nachgelassenen und kleineren verstreuten Schriften, Berlin, 1931, S. 3 ff., S. 427 f.; Ziletti (Fn. 17), S. 394; Wolf (Fn. 11), S. 74 ff.

pretium die Rede ist.[63] Entgegenzuhalten sind dieser Argumentation jedoch zwei Aspekte: Erstens steht 19.2.52 1. Fall (Pomp. 31 ad Quint. Muc.) entgegen: *Si decem tibi locem fundum, tu autem existimes quinque te conducere, nihil agitur.* Zweitens sind Interpolationsannahmen von Vertretern der *Identifikationstheorie*[64] generell verdächtig, den Versuch zu unternehmen, die eigene Ansicht durch Textkorrekturen zu retten und nicht umgekehrt anhand berechtigter Textkritik die eigene Ansicht zu entwikkeln.[65] Folglich ist das Erfordernis des *consensus in pretio* gerade nicht als Interpolation, sondern als zutreffend anzusehen.[66]

3. Konsens hinsichtlich der ipsa emptio

Ferner ist nach dem Erfordernis des *consensus in ipsa emptione* zu fragen. Zuvor ist allerdings noch ein Verständnisproblem auszuräumen: Zum Teil wird die *ipsa emptio* als Zustandekommen des Geschäftes schlechthin verstanden.[67] Dagegen spricht jedoch die parataktische Aufzählung neben *pretium* und später *corpus*:[68] Würde es sich bei *ipsa emptio* um eine *pretium* und *corpus* übergeordnete Kategorie handeln, müsste dies auch sprachlich deutlich werden. Vorzugswürdig erscheint es daher, den *consensus in ipsa emptione* als Konsens darüber, dass als Geschäftstyp ein Kauf vorliegt, anzusehen.[69]

Ist nun ein solcher Konsens erforderlich? Dagegen sprechen sich die Vertreter der *Identifikationstheorie* aus.[70] Allerdings vermag die Begründung, eine fehlende Einigung über den Geschäftstyp *Kauf* sei überhaupt nicht vorstellbar[71], nicht zu überzeugen. Eher könnte man, wenn überhaupt, ein Argument im Anfang von D. 41.1.36 (Iul. 13 dig.) sehen, wo allerdings nicht auf die Obligation, sondern auf die Übergabe abgestellt wird: *Cum in corpus quidem quod traditur consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio, veluti si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatu tibi eum deberi.*

Für das Erfordernis des *consensus in ipsa emptione* spricht aber C. 4.22.5 (*Diocletianus et Maximianus Victori*): *Si falsum instrumentum emptionis conscriptum tibi, velut locationis quam fieri mandaveras, subscribere, te non relecto, sed fidem habente, suasit, neutrum contractum in utroque alterutrius consensu deficiente constitisse procul dubio est.*

Noch deutlicher wird dies zu Beginn von D. 12.1.18.1 (Ulp. 7 disp.), wenn auch in Bezug auf andere Obligationen: *Si ego quasi deponens tibi dedero, tu quasi mutuam accipias, nec depositum nec mutuum est: idem est et si tu quasi mutuam pecuniam dederis, ego quasi commodatam ostendendi gratia accepi.*

Wie sich aus der Zusammenschau dieser Quellentexte ergibt, erscheint es vorzugswürdig, auch den *consensus in ipsa emptione* oder *consensus in negotio*, wie er zum Teil verallgemeinernd bezeichnet wird[72], für einen wirksamen Kauf als erforderlich zu betrachten.[73]

4. Konsens hinsichtlich des quid aliud

Ferner ist der *consensus in quo alio* zu erörtern. Dessen Erfordernis wird überwiegend als Interpolation iSe nachklassischen Generalisierung aufgefasst.[74] Dafür spricht in der Tat, dass es systematisch sehr ungelenk wäre, zunächst mit *ipsa emptio* und *pretium* zwei Bezugspunkte des Konsenses anzuführen, danach in Gestalt des *quid aliud* einen übergeordneten Begriff zu bilden, schließlich aber mit dem *corpus* wieder auf einen unter das *quid aliud* fallenden Begriff näher zu sprechen zu kommen. Folglich ist der *consensus in quo alio* gerade nicht als erforderlich anzusehen.

5. Konsens hinsichtlich des nomen

Sind demnach alle Bezugspunkte des Konsenses in D. 18.1.9 pr. ausgemacht, gilt es, sich dem unmittelbar darauf folgenden Fragment zuzuwenden. D. 18.1.9.1 (Ulp. 28 ad Sab.): *Plane si in nomine dissentiamus, verum de corpore constet, nulla dubitatio est, quin valeat emptio et venditio: nihil enim facit error nominis, cum de corpore constat.*

Falls wir uns allerdings in der Bezeichnung nicht einig sind, aber der Kaufgegenstand feststeht, besteht kein Zweifel daran, dass der Kauf Gültigkeit hat: Denn ein Irrtum in der Bezeichnung bewirkt nichts, wenn der Kaufgegenstand feststeht.

Die Ausführungen Ulpians drehen sich um die Rechtsfrage, ob ein gültiger Kauf vorliege, wenn zwar hinsichtlich des Kaufgegenstandes, nicht aber hinsichtlich seiner Bezeichnung (*nomen*) Konsens besteht. Ulpian beantwortet die Frage damit, dass zweifelsfrei ein gültiger Kauf vorliege, weil der Irrtum in der Bezeichnung (*error nominis*) unschädlich sei, solange Konsens hinsichtlich des Kaufgegenstandes besteht.

Es wird also von Ulpian ein neuer möglicher Bezugspunkt des Konsenses ins Spiel gebracht: die Bezeichnung (*nomen*) des Kaufgegenstandes. Zwar sieht sich auch D. 18.1.9.1 heftiger Textkritik ausgesetzt, doch hängt diese stets mit der These der *Identifikationstheorie* zusammen: So wird teilweise schon allein der Gebrauch des Wortes *dissentire* als Fremdkörper angesehen.[75] Teilweise wird nur der zweite Satz von D. 18.1.9.1 als Interpolation betrachtet, während der erste, ganz im Sinne der

---

63 So Wolf (Fn. 11), S. 74 ff.
64 So Wolf (Fn. 11), S. 80 ff., der – insofern konsequent – auch D. 19.2.52 1. Fall anzweifelt.
65 s. bereits oben Schermaier (Fn. 18), S. 115.
66 Ebenso Harke (Fn. 51), S. 32.
67 Zitelmann, Ernst, Irrtum und Rechtsgeschäft. Eine psychologisch-juristische Untersuchung, Berlin, 1879, S. 528.
68 Harke (Fn. 51), S. 26.
69 Harke (Fn. 51), S. 26.
70 Etwa Wolf (Fn. 11), S. 99.
71 Wolf (Fn. 11), S. 99.
72 Kaden, Erich-Hans, Rezension zu Wolf, Joseph Georg, Error im römischen Vertragsrecht, Köln / Graz, 1961, in: SZ 79 (1962), S. 421 ff., S. 427 f.
73 Harke (Fn. 51), S. 32.
74 Wunner (Fn. 13), S. 215; Wolf (Fn. 11), S. 75; Schwarz, Helmut, Die Bedeutung des Geschäftswillens im römischen Kontraktsrecht der klassischen Zeit, in: SDHI 25 (1959), S. 1 ff., S. 40; Kaden (Fn. 72), S. 428; anders Harke (Fn. 51), S. 62, der in *quid aliud* eine Öffnungsklausel für die später eingeführten Begriffe *materia* und *sexus* sieht.
75 Wolf (Fn. 11), S. 136.

Identifikationstheorie, eine Auslegungsregel iSv *falsa demonstratio non nocet* enthalte.[76] Gegen Letzteres ließe sich anführen, dass es Ulpian bei der Frage nach dem Erfordernis eines *consensus in nomine* ersichtlich gerade um den Aspekt der Wirksamkeit des Kaufes und nicht etwa um ein Auslegungsproblem geht.[77] Jedenfalls muss man mit Ulpian zu dem Ergebnis gelangen, dass es eines *consensus in nomine* gerade nicht bedarf.[78] Ein dementsprechender Irrtum führt also nicht zu einem den Kauf hindernden Dissens.

6. Zwischenergebnis

Folglich bleibt zusammenzufassen, dass *corpus*, *pretium* und *ipsa emptio* (bzw. allgemein: *negotium*) die Gegenstände darstellen, auf welche sich der Konsens beziehen muss. Sie sind demnach die *essentialia*, die wesentlichen Elemente des Geschäftes, hinsichtlich derer sich die Parteien einigen müssen[79], um einen wirksamen Kauf zu erzeugen.[80]

IV. Fazit

Für das Verständnis des Konsensbegriffes im römischen Kaufrecht erscheint es förderlich, ausgehend von der hier für vorzugswürdig erachteten *gemäßigten Dissenstheorie*, das oben entwickelte System nochmals in knapper Zusammenfassung darzustellen:[81] Ein Irrtum ist zu verstehen als ein Abweichen der Vorstellung von der Realität, gleich, ob einseitig, zweiseitig oder gemeinschaftlich. Bezieht sich ein solcher Irrtum nun mindestens auf ein *essentiale* des Kaufes, kommt es diesbezüglich zu einem Dissens. Wo aber Dissens hinsichtlich eines der *essentialia* des Kaufes vorliegt, fehlt es gerade an dem nötigen Konsens. Ohne diesen Konsens kann kein gültiger, wirksamer Kauf zustande kommen. Nicht erforderlich ist es, zur Unterstützung dieser Argumentation auf den Satz *errantis voluntas nulla est*[82] zurückzugreifen. So wird zum einen dessen allgemeine Geltung für das römische Obligationenrecht ganz überwiegend abgelehnt.[83] Zum anderen erscheint der hier entwickelte Gedankengang mit Blick auf die Quellen des römischen Kaufrechts auch ohne diesen weiteren Begründungsversuch schlüssig.[84]

Festzuhalten bleibt, dass in der Erkenntnis einer Art Abhängigkeitsverhältnis zwischen Konsens und Irrtum im soeben dargestellten Sinne der Schlüssel zum Verständnis des Konsensbegriffes im römischen Kaufrecht liegt. Dieses Ergebnis bringt die prägnante Formel aus D. 50.17.116.2 (Ulp. 11 ad ed.)[85] auf den Punkt: *Non videntur qui errant consentire.*

---

[76] Ziletti (Fn. 17), S 80; Schwarz (Fn. 74), S. 46.

[77] Harke (Fn. 51), S. 29.

[78] Harke (Fn. 51), S. 29 f.

[79] Schermaier, Martin Josef, Auslegung und Konsensbestimmung, Sachmängelhaftung, Irrtum und anfängliche Unmöglichkeit nach römischem Kaufrecht, in: SZ 115 (1998), S. 235 ff., S. 279; Wunner (Fn. 13), S. 215.

[80] Ob diesem Katalog der *essentialia* noch weitere Elemente hinzuzufügen sind, soll im Rahmen der vorliegenden Erörterung, die sich auf den Begriff des Konsenses konzentriert, nicht behandelt werden.

[81] Mit ähnlichem Gedankengang bereits Schermaier (Fn. 18), S. 130 f.

[82] s. etwa D. 39.3.20 oder C. 1.18.8.

[83] Dafür Henle (Fn. 61), S. 446; dagegen von Savigny, Friedrich Carl, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 3, Berlin, 1840, Neudr. Aalen, 1973, S. 342; Ehrhardt, Arnold, Errantis voluntas nulla est, in: SZ 58 (1938), S. 167 ff., S. 173; Harke (Fn. 51), S. 159; Wunner (Fn. 13), S. 197; Zitelmann (Fn. 67), S. 428; Wacke, Andreas, Errantis voluntas nulla est. Grenzen der Konkludenz stillschweigender Willenserklärungen, in: Index 22 (1994), S. 267 ff., S. 287; Kaden, Erich-Hans, Die Lehre vom Vertragsschluß im klassischen römischen Recht und die Rechtsregel: Non videntur qui errant consentire, in: Festschrift für Paul Koschaker, Bd. 1, Weimar, 1939, S. 334 ff., S. 348 f.; Ziletti (Fn. 17), S. 368 ff.; Voci, Pasquale, L'errore nel diritto romano, Milano, 1937, S. 266 ff.; Dulckeit (Fn. 10), S. 183 f.; Leonhard, Rudolf, Der Irrtum als Ursache nichtiger Verträge, Bd. 2: Irrtumsfälle in den römischen Rechtsquellen, 2. Aufl., Breslau, 1907, S. 37 f.

[84] Eingehende Ausführungen zu *errantis voluntas nulla est* erscheinen demnach mit Blick auf das Ziel der hier angestellten Untersuchung nicht notwendig.

[85] Daneben auch D. 2.1.15, D. 5.1.2 pr. sowie D. 44.7.57

Die Entstehung der Gemeindeselbstverwaltung in Österreich 1848 – 1850

(Origins of Municipal Self-Government in Austria 1848 – 1850)

*Sonja Pallauf**

Abstract

Following the revolutionary events of 1848, the local administration of the Habsburg Empire experienced a massive change. A prominent demand of the early constitutionalist movement was to strengthen and expand the administrative autonomy. To analyse the development of municipal autonomy and democracy is the goal of this paper. The new constitutions and constitutional drafts in the years 1848 and 1849, together with the provisional municipality statute of 1849, were the first legislative regulations of municipalities, based on the principle of autonomous competences. They were to be equally applied in all Hereditary Lands of the empire. First and foremost, the development of the so-called „free rural municipalities", the lowest administrative unit in Austria's organisation of public authorities, is in the focus of research.

Key words: *Habsburg Empire; Austria; constitutional and administrative law; rural municipality; rural municipal autonomy and liberty; development of rural municipality law; 1848-1850.*

I. Einleitung

Die freie Gemeinde als Grundfeste des freien Staates wurde im Revolutionsjahr 1848 ins Leben gerufen und fand basierend auf dem Prinzip der abstrakten Einheitsgemeinde Aufnahme im Provisorischen Gemeindegesetz von 1849.[1]

Ganz im Sinne des Liberalismus wurde die freie Ortsgemeinde zum Grundstein aller höheren politischen Gebilde. Dieses geradezu künstlich geschaffene, stark theoretische Gemeindeverständnis bewirkte Umwälzungen von entscheidender Tragweite. Neuartig war vor allem die absolute Gleichsetzung der Ortsgemeinden jeder Art, ohne Rücksicht auf ihren bisherigen Rechtsstatus und ihren Stadt- oder Dorfcharakter.[2]

Die Konstituierung der Ortsgemeinden in den Jahren 1849 und 1850 aufgrund des Gemeindegesetzes von 1849 war von bleibender Bedeutung. So bestehen in Österreich die meisten der in den Jahren 1849 und 1850 entstandenen Gemeinden heute noch!

Im Zuge der Schaffung der Ortsgemeinden stellte der Gesetzgeber primär auf ein geschlossenes Siedlungs- bzw. Gemeindegebiet[3] ab, wobei in der Anerkennung der faktisch bestehenden Gemeinde[4] die Interessen der Gemeindebürger bzw. ihr Zugehörigkeitsgefühl zu einer bestimmten Gemeinde zumindest nachrangig berücksichtigt wurden. Die Nachwirkungen dieser Konstituierung zeigen sich in den für Österreich charakteristischen, meist in sehr kleinen Einheiten zersplitterten Gemeindestrukturen.

II. Die Lokalverwaltung vor der 1848er Revolution im Überblick

Die Grundlage für die erste Ausbildung des Gemeindewesens war die im Mittelalter vorherrschende Agrarverfassung. Nicht etwa der Landesfürst gestaltete das Recht des sich auf das nachbarliche Zusammenleben gründenden Gemeindeverbandes, sondern der Grundherr selbst. Er führte durch seine Organe die wirtschaftlichen Obliegenheiten der Dorfgemeinschaft, sprach Recht und handhabte die Ortspolizei.

Im Gegensatz zu den im Spätmittelalter durch das Aufblühen von Gewerbe und Handel mächtig und reich gewordenen freien Städten, die vielfach zu völliger Selbstverwaltung gelangten, verblieb die Dorfgemeinschaft auf dem Lande in der Untertänigkeit der Grundherrschaft.

Den Landgemeinden hatte die fortschreitende Erstarkung der landesfürstlichen Regierungsgewalt, der auch die Grund-

* Ass. Mag. Dr. iur. Sonja Pallauf, Fachbereich Sozial- und Wirtschaftswissenschaften an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät, Universität Salzburg, Österreich.

1 RGBl. Nr. 170/1849.

2 Nur Landeshauptstädte sollten eigene Verfassungen (Städtestatute) erhalten.

3 §§ 1 ff (1. Hauptstück) des Provisorischen Gemeindegesetzes v. 1849 definieren den Terminus Ortsgemeinde über das Gemeindegebiet. So ist darunter in der Regel *die als selbständiges Ganzes vermessene Katastralgemeinde* zu verstehen.

4 Unter einer faktisch bestehenden Ortsgemeinde ist im Regelfall die historisch gewachsene Pfarrgemeinde zu verstehen. Die Pfarrgemeinde als Personal- und Territorialverband spielte vom Frühmittelalter bis ins 19. Jh. eine unverzichtbare Rolle in Gesellschaft, Kultur und Politik.

herrschaften unterstellt wurden, vielfach Erleichterungen ihres Abhängigkeitsverhältnisses zum Grundherrn gebracht, auch wenn sie im Gegenzug zur Besorgung von Agenden der staatlichen Verwaltung herangezogen wurden. Die reichsunmittelbaren Stadtgemeinden hingegen büßten immer mehr ihre politische Bedeutung als Selbstverwaltungskörper ein.

Grundlegende Änderungen der Organisation der oberen Verwaltungsinstanzen zogen die Verwaltungsreformen des aufgeklärten Absolutismus im 18. Jahrhundert nach sich. Behörden der untersten Stufe wurden hingegen vom Reformgeist Maria Theresias und Joseph II. nicht erfasst. Die ländliche Gemeinde in Altösterreich[5] unterlag weiterhin der grundherrlichen Verwaltung, wenn auch seit den Theresianischen Reformen unter staatlicher Aufsicht der landesfürstlichen Kreisämter, die Bindeglied zwischen Grundherrschaft einerseits und den Wiener Zentralstellen andererseits waren.

In jenen habsburgischen Ländern, welche vorübergehend unter französischer bzw. italienischer oder bayrischer Herrschaft standen, wurde nach 1816 die Patrimonialverwaltung nur zum Teil erneuert. Die Leitung der gesamten Ortsverwaltung wurde dort besonderen landesfürstlichen Regionalbehörden (Landrechte, Pfleggerichte) anvertraut.[6]

Im Vormärz war die Kommunalverwaltung in den nichtungarischen Gebieten der Habsburger Monarchie trotz des stark zentralisierten Staatsapparates nach wie vor mannigfaltig organisiert. Die untersten Verwaltungseinheiten, die nicht mehr als exekutive Instrumente der vorgesetzten Behörden waren, unterschieden sich voneinander nicht nur durch die Zusammensetzung ihrer Organe und ihren Wirkungsbereich sondern auch durch die Art ihrer Unterordnung unter die höheren Behörden.[7]

III. Die Neuordnung des Kommunalwesens in der frühkonstitutionellen Ära

Die Lokalverwaltung erfuhr in ihrer Entwicklung aufgrund der revolutionären Ereignisse von 1848 eine tiefgreifende Wende. In einer Periode, in der sich der alte absolutistische Patrimonial-und Polizeistaat in einen die Forderungen der konstitutionellen Doktrin der Zeit verwirklichenden modernen Verfassungsstaat umzuwandeln begann, verwundert es nicht, dass die konstitutionelle Bewegung unter anderem auch bei der Kommunalverwaltung bleibende Spuren hinterließ.[8]

Es waren vor allem die neuen konstitutionellen Verfassungen bzw. Verfassungsentwürfe der Jahre 1848 und 1849, die erstmals legislative Regelungen des Gemeindewesens schufen, welche für alle habsburgischen Erbländer gleichermaßen Anwendung finden sollten.

Die in den Reichsverfassungen vorgesehene Gemeindeorganisation fußte primär auf dem Prinzip der territorialen Selbstverwaltung - einem Verwaltungssystem, welches die revolutionären Kräfte des Jahres 1848 nicht - wie es beinahe den Anschein hat - schlagartig entwickelt, sondern lediglich aufgegriffen haben, um ihren politischen Zielsetzungen leichter zum Durchbruch zu verhelfen.

Es war eines der Hauptanliegen der achtundvierziger Bewegung, die Selbstverwaltung zu stärken und zu erweitern. Die eigentliche Gemeindefreiheit war dabei nur ein Teil - nur der Ausgangspunkt des Reformwillens, der in dem Schlagwort der „volkstümlichen Verwaltung“[9] vielmehr auf die Kernstellen der staatlichen Bürokratie zielte.

Die Idee der lokalen Selbstverwaltung entstand nicht von heute auf morgen; ihre Geburtsstunde war auch nicht in Österreich. Der sich über Jahrzehnte erstreckende Entwicklungsprozess des Selbstverwaltungsgedanken, welcher im europäischen Vergleich zu sehen ist, kann unmöglich in ein paar Sätzen abgehandelt werden, sodass auf diesbezügliche Ausführungen hier gänzlich verzichtet wird.[10]

1. Konzepte zur Reformierung des Kommunalwesens

Die Forderung nach Neugestaltung der Gemeindeorganisation, basierend auf dem Gedanken der Selbstverwaltung können wir zum Zeitpunkt des Ausbruches der Revolution im Jahre 1848 in den habsburgischen Ländern bereits als völlig ausgereift betrachten.

Die grundlegende Reformierung der österreichischen Gemeindeverhältnisse wurde nicht nur in den bürgerlichen Oppositionszentren, sondern auch in den geheimen Zirkel der Demokraten und der Radikalen der Vormärzzeit zur Diskussion gestellt.[11] Die vorwiegend vom liberalen Bürgertum getragene Forderung nach Gemeindeselbstverwaltung fand ebenso Anklang in den aristokratischen Salons, wo sich jener Teil des Adels konzentrierte, der die Unerlässlichkeit gewisser politscher Zugeständnisse eingesehen hatte.

Bevor die politischen Programme und Petitionen der bürgerlichen und adeligen Opposition zur Reform der Gemeindever-

---

[5] Zur Organisation des Gemeindeverbandes vor 1848 siehe MAYERHOFER, Ernst, *Handbuch für den politischen Verwaltungsdienst*, 5. Aufl., Bd. 2, Wien, 1896, S. 424-428.

[6] KLABOUCH, Jiri, *Die Lokalverwaltung in Cisleithanien*, in: Die Habsburgermonarchie 1849-1918, Bd.2, Verwaltung und Rechtswesen, Wien,1975, S. 270-271.

[7] KLABOUCH, Jiri, *Die Gemeindeselbstverwaltung in Österreich 1848-1918*, Wien 1968, S. 13.

[8] Näher REDLICH, Josef, *Geschichte der österreichischen Gemeindegesetzgebung und die Entstehung des Reichsgemeindegesetzes von 1862*, in: Schriften des Vereins für Socialpolitik, 122. Bd., Verfassung und Verwaltungsorganisation der Städte, Leipzig, 1907, S. 53.

[9] Dazu ausführlich HEFFTER Heinrich, *Die deutsche Selbstverwaltung im 19. Jahrhundert, Geschichte der Ideen und Institutionen*, 2. Aufl., Stuttgart, 1969, S. 292.

[10] Weiterführende Literatur zu den Selbstverwaltungstheorien des 19. Jahrhunderts: GNEIST, Rudolf v., *Die heutige englische Kommunalverfassung und Kommunalverwaltung*, 2. Aufl., Berlin, 1963; LABAND Paul, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, 1. Bd., 5. Aufl., Tübingen, 1909; LAMP Karl, *Das Problem der städtischen Selbstverwaltung nach österreichischem und preußischem Recht,* Leipzig, 1905; PREUSS Hugo, *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften*, Berlin, 1889; STOLLEIS Michael, *Selbstverwaltung*, in: Handwörterbuch zur Rechtsgeschichte (HRG) 4. Bd., Berlin, 1990, Sp 1621-1625.

[11] Dazu näher WELAN Manfried/UCAKAR Karl, *Kommunale Selbstverwaltung und konstitutioneller Rechtsstaat,* in: Wien in der liberalen Ära, Wien, 1978, S.7.

hältnisse Erwähnung finden, darf die Frage nach dem Verständnis des Begriffes „Gemeindeautonomie“ zum Zeitpunkt seiner Entstehung nicht unbeantwortet bleiben.

a) Der Begriff der Gemeindeautonomie im historischen Verständnis

Der Terminus „Gemeindeautonomie“[12] im ursprünglichen Sinne darf trotz des engen Konnexes mit der Gemeindeselbstverwaltung nicht einfach mit dieser gleichgesetzt werden, zumal darunter ausschließlich die Selbstgesetzgebung - also die Befugnis der territorialen Verbände, den Verwaltungsinhalt unabhängig vom Staat zu bestimmen - verstanden wurde.

Die revolutionäre Bewegung - insbesondere die Föderalisten bzw. Autonomisten der nicht deutschsprachigen Kronländer - strebten eine Lokalverwaltung an, bei welcher die Ortsverbände durch eigene Gesetze den Inhalt ihrer Verwaltungstätigkeit bestimmen sollten. Aufgrund solcher „Gemeindegesetze“ sollten dann die Gemeinden ihre innere Verwaltung selbständig und auf eigene Kosten führen.

Diesen Bestrebungen nach einer so extensiven Auslegung der Gemeindefreiheit schoben die frühkonstitutionellen Reichsverfassungen, einen Riegel vor, indem sie die Normsetzung durch die Gemeinden ausschließlich aufgrund und innerhalb der Reichs- und Landesgesetze zulassen wollten.

b) Die Befreiung der Gemeinden von staatlicher Bevormundung - eine Grundforderung der Opposition vor und während der Revolution

Zum einen waren es die durch fortschreitende Industrialisierung ausgelösten wirtschaftlichen und damit verbundenen sozialen und politischen Veränderungen, zum anderen war es das Nationalitätenproblem des österreichischen Vielvölkerstaates, das das vormärzliche Regime zu einer politischen Kursänderung zwang.

Die in einem Polizeistaat vorherrschende bürokratische Bevormundung der Bürger durch die zentral gelenkten staatlichen Behörden stieß unweigerlich mit deren wachsendem Selbstbewusstsein, gestärkt durch das immer mehr Wurzeln schlagende liberale Gedankengut, zusammen. Die liberale Bewegung war bestrebt, eine möglichst weitgehende Zurückdrängung der im vormärzlichen Österreich vorherrschenden allumfassenden Staatsgewalt von bestimmten Sphären des privaten und auch des öffentlichen Lebens zu erreichen. Der Wunsch nach Freiheit vom Staat umfasste sohin auch das Gemeindeleben; und als Rezept für die sogenannte Befreiung der Gemeinden wurde die Schaffung eines territorialen Selbstverwaltungssystems angesehen.

Auch der Begriff der Gemeinde als Verwaltungseinrichtung entstammte dem Ideenschatz des Liberalismus: Dieser hält die Gemeinde für ein vom Staat verschiedenes, vor dem Staat dagewesenes Gebilde, welches von diesem in unrechtmäßiger Weise absorbiert wurde.[13] Die Gemeinde sollte autonom vom Staat bestehen und ähnlich wie Einzelpersonen bestimmte unantastbare, natürliche Rechte haben. Die Verwaltung ihrer Angelegenheiten sollte durch keinerlei Eingriffe von außen gestört und beeinträchtigt werden.

Derartiges Gedankengut bildete bereits vor Ausbruch der Revolution einen wesentlichen Bestandteil des oppositionellen liberalen Programmes.[14] In weiterer Folge schlossen sich im Jahr 1848 die bürgerlichen Petitionen[15] aus verschiedenen Teilen der Monarchie der liberalen Doktrin der Selbstverwaltung an.

Als ein Repräsentant des bürgerlich liberalen Lagers galt Graf Franz Stadion[16] - der Schöpfer des provisorischen Gemeindegesetzes von 1849. Die Überzeugung von der Notwendigkeit einer durchgreifenden auf liberalen Grundsätzen aufbauenden Reform der Gemeindeverhältnisse gewann Graf Stadion 1841, als er in seiner Funktion als Gouverneur des Küstenlandes[17] eine auf freie Wahl der Gemeindeorgane basierende Gemeindeverfassung ins Leben gerufen hatte, obwohl ein kaiserlicher Erlass hierfür fehlte.

Stadion schlug einen äußerst zentralistischen Kurs bei der Neugestaltung der Gemeinden als Selbstverwaltungskörper ein. Er war überzeugt, dass die von ihm gewollte Erhaltung eines zentralen Einheitsstaates nur dann gewährleistet sei, wenn man bei der Reformierung und Modernisierung der Verwaltungsorganisation auf der untersten Schiene ansetzt. Die vor allem in den nicht deutschsprachigen Provinzen der Habsburger Monarchie nach mehr Länderautonomie strebende Bevölkerung glaubte Stadion durch die Einräumung von Mitsprache- und Mitbestimmungsrechten in bestimmten Angelegenheiten der örtlichen Verwaltung zufriedenstellen zu können - ein Wunsch, welcher, wie die weitere geschichtliche Entwicklung zeigt, nur teilweise in Erfüllung ging.

Die Anhänger der Stadionschen Gemeindeverfassung rekrutierten sich vornehmlich aus dem deutschsprachig national-liberal gesinnten bürgerlichen Lager; bei den Föderalisten bzw. Autonomisten Böhmens, Ungarns, Galiziens, Mährens etc. hingegen fand Stadions unitaristische Grundhaltung wenig

---

[12] Weiterführende Literatur zum Begriff der Gemeindeautonomie im historischen Verständnis: STEIN Lorenz v., Die Verwaltungslehre, 1.Bd, Die vollziehende Gewalt, 2. Teil, *Die Selbstverwaltung und ihr Rechtssystem*, 2. Aufl., Stuttgart, 1869; ROTTECK Karl, *Staatsrecht der konstitutionellen Monarchie*, 3. Bd., Stuttgart, 1840, S. 24; STAHL Friedrich v., *Rechts- und Staatlehre*, 2. Bd., Heidelberg, 1846, S. 19; HOKE Rudolf, *Gemeinde*, in: Handwörterbuch zur Rechtsgeschichte (HRG), 1. Bd., Berlin, 1971, Sp 1494-1496.

[13] Dazu FRIEDJUNG Paula, *Die Geschichte der Gemeindegesetzgebung von 1849-1859* (Geisteswissenschaftliche Dissertation), Wien, 1927, 1. Bd., S. 5.

[14] Als repräsentativ für die bürgerliche Bewegung kann die Fortschrittspartei Österreichs angesehen werden, welche sich mehrheitlich aus Mitgliedern des „Juridisch-politischen Lesevereines“ zusammensetzte. Sie publizierte im März 1848 ein Manifest mit einem angeschlossenen Programm, welches unter anderem Forderungen nach durchgreifenden Reformen im gesamten Verwaltungsaufbau, nach kommunaler Selbstverwaltung durch freie Wahl der Gemeindevorstände etc. enthielt. Hiezu RASCHAUER Heinrich, *Das Jahr 1848. Geschichte der Wiener Revolution*, Wien, 1872, Bd. 1, S. 122-125.

[15] In den ersten 1848 unabhängig voneinander entstandenen Petitionen der Bürgerschaften größerer Städte (Wien/Prag) war die Forderung nach Einführung einer territorialen Selbstverwaltung bereits fest verankert. Hiezu KLABOUCH, *Die Gemeindeselbstverwaltung* (wie Anm. 3), S. 17.

[16] Reichsgraf Franz Stadion (geb. 1806, gest. 1853 in Wien), Jurist, 1834 Hofrat, 1841 Statthalter der Küstenlande in Triest, 1847 Statthalter in Galizien, 1848-1849 Innenminister unter der Regierung Schwarzenbergs.

[17] Das Küstenland als Provinz des österreichischen Kaiserstaates umfasste die Gebiete Triest, Istrien, Görz und Gradiska.

Anklang. Sie zeigten deutlich Präferenzen für die von Victor Freiherr von Andrian-Werburg[18] propagierte Verwaltungskonzeption: Andrian-Werburg, wie Stadion ein herausragender Fürsprecher einer vom Staat losgelösten unabhängigen Gemeindeverwaltung, vertrat stets ständische, adelige Interessen. Sein Plan - eine konstitutionelle Repräsentation durch Vermehrung der ständischen Landtage um weitere Vertreter von Stadt- und Landgemeinden auszubauen und aus ihren Delegationen ein zentrales repräsentatives Reichsorgan zu schaffen - setzte eine Reform der Gemeindeverfassung voraus: Sollten die Landtagsdelegierten der Gemeinden nicht wie bisher nur die Weisungen der Regierung befolgen, so mussten sie von ihren Mitbürgern frei gewählt werden und sich auf unabhängige Stadt- und Landgemeinden stützen können.

Andrian-Werburgs Forderungen nach Selbständigkeit der Gemeinden bei der Verwaltung ihrer örtlichen Angelegenheiten und Wirtschaftsgebarung, nach unabhängigem Handeln ihrer Organe und deren freie Wahl begegnen uns hier im Rahmen einer rein föderalistischen Verfassungskonzeption, die insbesondere von den ständischen Landtagen mehrheitlich favorisiert wurde.

Unabhängig von der Frage, ob die oppositionellen Strömungen vor und während der Revolution föderalistisch oder zentralistisch ausgerichtet waren, war die Forderung nach einer starken Gemeindeselbstverwaltung das einigende Moment.

Nicht der Weg zum Ziel - also das etwaige Einschlagen eines unitaristischen oder ständischen Verwaltungsmodells - sondern das Ziel selbst - die Schaffung eines autonomen kommunalen Wirkungsbereiches und eine freie Wahl der Gemeindeorgane - stehen hier im Mittelpunkt des Interesses. Auch die Wortführer des liberalen Adels und der Bürgerschaft erkannten in den ersten Tagen der Revolution, dass es taktisch für sie günstiger war, die gemeinsame Forderung nach Gemeindefreiheit in den Vordergrund zu stellen.

c) Die Landtagsbewegung des Jahres 1848

Die Umgestaltung der Gemeinden in Selbstverwaltungskörper war bereits vor und im März 1848 mehrfach Thema der Debatten ständischer Landtage.[19] Die Stände kamen damit der im kaiserlichen Rundschreiben vom 18. März 1848[20] gestellten Aufforderung nach, Anträge zur Neuordnung der Lokalverwaltung einzubringen.

Es mögen nun jene zwei Landtage des Habsburger Reiches Erwähnung finden, welche dem Kommunalwesen eine besondere Bedeutung beigemessen haben, und bereits 1848 detaillierte Entwürfe von Gemeindeordnungen vorlegen konnten:

So findet das Problem einer zweckmäßigen Gemeindeverfassung auf dem steiermärkischen Landtag[21] bemerkenswertes Interesse. Die Frage, ob gesonderte Verfassungen für Land- und Stadtgemeinden erlassen werden sollten, stand genauso im Mittelpunkt des Interesses wie die Frage, in welchem Ausmaß den Bewohnern des Gemeindegebietes Einfluss auf die Gemeindeangelegenheiten in Form des aktiven und passiven Wahlrechtes und welche Ingerenz dem Staate auf die Gemeinden zuzubilligen war.

Zum einen entschied man sich mehrheitlich für die unterschiedlichen Rechtsfiguren von Stadt- und Landgemeinden, zum anderen forderte der steiermärkische Landtag in der Frage des Gemeindewahlrechtes die Festsetzung des Zensus zugunsten aller Haus- und Grundbesitzer. Nicht zuletzt versuchte man das Problem des Verhältnisses von Staat und Gemeinde dahingehend zu lösen, indem man eine Teilung des kommunalen Wirkungskreises in einen eigenen, also vom Staat unabhängigen, und einen vom Staat übertragenen vorsah.

Der Landtag in Schlesien[22] befasste sich ebenfalls im Sinne des kaiserlichen Reskriptes mit der Frage der künftigen Gemeindeverfassung. In seinem Gemeindeordnungsentwurf finden sich unter anderem besonders detaillierte Bestimmungen über den Wirkungsbereich der Gemeinden, die Gemeindeaufsicht und das kommunale Wahlrecht. Bemerkenswert ist hier, dass die Übertragung ortspolizeilicher Agenden an die Gemeinde in ihren autonomen Wirkungskreis vorgesehen war. Darüber hinaus wurde im selbständigen Wirkungskreis - darunter fällt auch die Finanzgebarung der Gemeinde - vollkommene Autonomie statuiert. Das staatliche Aufsichtsrecht sollte sich nur auf den übertragenen Wirkungsbereich beschränken. Der Entwurf sah ferner eine Art Klassenwahlrecht vor. Von einem Zensus zur Begründung des aktiven und passiven Wahlrechts wurde dagegen abgesehen. Interessant in diesem Kontext ist auch, dass gleich dem steiermärkischen Entwurf an der Unterscheidung zwischen Stadt- und Landgemeinden festgehalten wurde.

Die in den ersten ständischen Gemeindegesetzesentwürfen aufgetretenen Frage- und Problemstellungen kehren in den nachfolgenden reichsgesetzlichen Regelungen wieder. Die Bedeutung der Landtagsbewegung des Jahres 1848 für die künftige Gemeinderechtsentwicklung darf daher - wenn auch diese letztendlich den Siegeszug der liberalen zentralistischen Bürgerschaft an die Spitze der Revolutionsbewegung zu gelangen nicht mehr aufhalten konnte - keinesfalls unterschätzt werden.

2. Die Verankerung der „Grundrechte" der Gemeinden in den frühkonstitutionellen Verfassungen der Jahre 1848 und 1849

a) Die Pillersdorfsche Verfassung

Die ersten revolutionären Ereignisse im März des Jahres 1848 in Wien und anderen Hauptstädten des österreichischen Kaiserstaates veranlassten Kaiser Ferdinand I. der Politik der ständischen Opposition entgegenzukommen, um weitere Unruhen größeren Ausmaßes hintanzuhalten.

[18] Victor Freiherr v. Andrian-Werburg (geb. 1813 in Görz, gest. 1858 in Wien), Jurist und Publizist, 1848/1849 Mitglied der Frankfurter Nationalversammlung.

[19] Zur Landtagsbewegung 1848 vgl. HUGELMANN Karl, *Die österreichischen Landtage im Jahre 1848*, Bd. 1, Wien/Leipzig, 1928; HEFFTER, *Die deutsche Selbstverwaltung* (wie Anm. 5), S. 283.

[20] Gedruckt bei HUGELMANN Karl, *Der ständische Zentralausschuss in Österreich im April 1848*, Jahrbuch für Landeskunde von Niederösterreich, 12, 1913, S. 218-219.

[21] Ausführlich dazu ILWOF Franz, *Der provisorische Landtag des Herzogtums Steiermark im Jahr 1848*, Graz, 1901.

[22] Ausführlich dazu BERTHOLD Karl, *Schlesiens Landesvertretung und Landeshaushalt*, Troppau, 1909.

Kanzler Metternich als Personifizierung des vormärzlichen Stabilitätssystems musste zurücktreten. Der Kaiser sicherte als eine der ersten Konzessionen den Vertretern der ständischen Landtage im Verfassungsversprechen vom 15. März 1848[23] die Teilnahme bei der Vorbereitung einer Reichsverfassung zu.

Der Kaiser und die am 17. März 1848[24] von ihm eingesetzte erste österreichische Regierung unter Innenminister Pillersdorf[25] vertraten konformgehend mit den Ideen Andrian-Werburgs den Standpunkt, dass die Neuordnung der Gemeindeverhältnisse in den einzelnen Ländern aus den ständischen Landtagen hervorgehen sollte, die die Kontinuität mit der bisherigen Staatsverfassung gewährleisten und versprachen, dem Adel den maßgeblichen Einfluss auch im neuen System zu erhalten.

Die im Frühjahr 1848 seitens der Landtage getroffenen Vorbereitungen zur Konzeption von Landesgemeindeordnungen erlangten jedoch nie Gesetzeskraft.

Nicht nur die Landtage, sondern auch der im April des Revolutionsjahres in Wien tagende ständische Zentralausschuss, welcher sich aus den Delegierten der Stände des nichtungarischen Teiles des Reiches zusammensetzte, befasste sich mit dem Thema der Umgestaltung der ständischen Institutionen hinsichtlich einer ausgedehnten Vertretung des vierten Standes[26] und der Reform des Kommunalwesens im allgemeinen.

Postulate wie Gewaltentrennung, Beseitigung der Bevormundung der Gemeinden durch den Staat und Kontrolle der selbständigen Gemeindeverwaltung durch einen von Gemeindemitgliedern gewählten Ausschuss wurden zwar aufgestellt, beschlussfähige Ergebnisse hingegen keine erzielt. Der Zentralausschuss beschränkte sich lediglich darauf, den Innenminister aufzufordern, freien Gemeindewahlen nichts in den Weg zu legen und die Bevormundung der Gemeinden durch die politischen Behörden einzuschränken. Die von Innenminister Pillersdorf ausgearbeitete Verfassung fand aufgrund ihrer angeblich zu liberalen Ausrichtung nicht die volle Anerkennung der ständischen Delegierten, sodass sie vom Kaiser oktroyiert werden musste.

Die Pillersdorfsche Verfassung, die als Verfassungsurkunde des österreichischen Kaiserstaates am 25. April 1848[27] in Kraft getreten war, enthielt keinerlei näheren Regelungen über die künftige Gemeindeverfassung. Im Einklang mit der „Andrian-Werburgschen Kompetenzaufteilung“ verzichtete sie auf eine einheitliche (d.h. reichsgesetzliche) Regelung des Gemeindewesens zugunsten der Stände. Im Kapitel über die Provinzialstände (7. Hauptstück) findet sich lediglich eine einzige die neue Gemeindeorganisation betreffende Bestimmung:

§ 57

Die Gemeinde-Verfassungen sind nach dem Grundsatze zu ordnen, dass in denselben alle Interessen der Gemeinde und ihrer Glieder vertreten werden.

Das Pillersdorfsche Kabinett machte sich also das Programm der ständischen Opposition zu eigen. Es konnte aber damit die weitere politische Entwicklung im Jahr 1848 nicht mehr aufhalten.

b) Der Reichstag zu Kremsier und sein Entwurf

Wie sah nun die tatsächliche Situation in den Gemeinden aus? In den Anfangsmonaten des Revolutionsjahres sank die Autorität der landesfürstlichen und der patrimonialen Lokalbehörden rasch ab. In den Landgemeinden kam es infolge der revolutionären Ereignisse dennoch zu keinen einschneidenden Änderungen in der örtlichen Verwaltung. Dies vor allem deshalb, weil die Aufmerksamkeit der ländlichen Bevölkerung, vorwiegend auf die Abschaffung der Untertänigkeit und anderer feudaler Lasten gerichtet, die Forderung nach Gemeindeautonomie für sie zu abgehoben und daher nur schwach zu vernehmen war.

Ganz anders verlief die politische Entwicklung in den Hauptstädten der Habsburger Monarchie, wo die bisherigen Organe der Stadtverwaltung abgesetzt und von der immer mächtiger werdenden Bürgerschaft neue, revolutionäre Organe (=Bürgerausschüsse) geschaffen wurden, die meist ohne Rücksicht auf die Kreisämter die Verwaltung des städtischen Vermögens an sich zogen sowie bei ortspolizeilichen Agenden mitwirkten.

Da die Regierung nicht mehr imstande war, das öffentliche Leben im Staate straff und einheitlich zu lenken, so setzte man alle Hoffnungen auf eine Neuordnung der staatlichen und kommunalen Verhältnisse in den im Juli 1848 eröffneten konstituierenden Reichstag. Doch nationale und ideologische Differenzen der einzelnen politischen Lager verzögerten die Arbeit des Reichstages an der staatlichen Neuorganisation gleich zu Beginn.

Die Frage der künftigen Gemeindeverfassung war im Plenum lediglich ein Thema am Rande der Auseinandersetzungen um eine föderalistische oder unitaristische Gestaltung des Reiches. Mit der Problematik der Einführung der Gemeindeselbstverwaltung im Einzelnen wurde der Verfassungsausschuss betraut - jener Ausschuss, der den Entwurf einer Konstitutionsurkunde tatsächlich zustande gebracht hatte. Der Entwurf der bürgerlichen Grundrechte und jener der Reichsverfassung wurde vom Verfassungsausschuss am 4. März 1849 in Kremsier[28] angenommen. Der Kremsierer Verfassungsentwurf[29] enthält ein klares Bekenntnis zur Erhebung der territorialen Selbstverwaltung zum Verfassungsprinzip.

Die nachstehenden Bestimmungen zeigen deutlich, wie ausgereift die Gemeindeverfassung im März 1849 bereits war. Die §§ 125,130 und 131 des Kremsierer Entwurfes - letztere Bestimmung ist ident mit § 25 des Grundrechtskatalogs - lauten folgendermaßen:

---

[23] Kaiserliches Manifest vom 15. März 1848, Politische Gesetzessammlung (PGS), Ferdinand I., Nr.29.

[24] Kaiserliches Manifest vom 17. März 1848, Politische Gesetzessammlung (PGS), Ferdinand I., Nr.30.

[25] Franz Xaver Freiherr v. Pillersdorff (geb. 1786 in Brünn, gest. 1862 in Wien), Jurist; Berufung durch Kaiser Ferdinand I. am 20.03.1848 zum Minister des Inneren, am 4.5.1848 zum Ministerpräsidenten, Demissionierung am 8.7.1848, Mitglied des Kremsierer Reichstages, ab 1860 Reichsratsabgeordneter.

[26] = Delegierte der Städte und Landgemeinden.

[27] Das Patent vom 25. April 1848, Politische Gesetzessammlung (PGS) Ferdinand I., Nr. 49, ist die erste österreichische Verfassung im formellen Sinn. Alle zum österreichischen Kaiserstaat gehörigen Länder mit Ausnahme der Königreiche Ungarn und Lombardo-Venetien sollten eine „untrennbare konstitutionelle Monarchie“ bilden. Die Pillersdorfsche Verfassung beruhte auf dem Prinzip der Gewaltenteilung. Die vollziehende Gewalt sollte ausschließlich vom Kaiser, die gesetzgebende Gewalt vom Kaiser und Reichstag gemeinsam ausgeübt werden. Der Reichstag wurde als Zweikammersystem organisiert.

§ 125

In den Wirkungskreis der Kreistage gehören:

Gemeindeangelegenheiten, und zwar:

a) die Entwerfung der Gemeindeordnung unter Beobachtung des Reichsgemeindegesetzes, sowie die Bestätigung der Statuten der einzelnen Gemeinden,

b) Überwachung und Kontrolle aller Gemeinden in der Gebarung mit dem Stammvermögen,

c) die Entscheidung über alle Streitigkeiten zwischen Gemeinden oder Gemeindegliedern und Vorständen im Berufungswege nach den Bestimmungen des Gemeindegesetzes,

d) die Entscheidung über die Heimatrechte und verweigerte Aufnahme eines Staatsbürgers in den Gemeindeverband. Gegen die Entscheidung des Kreises in Gemeindeangelegenheiten ist keine weitere Berufung zulässig.

§ 130

Den Gemeinden wird die Selbstbestimmung in allen Angelegenheiten, welche ausschließlich das Gemeindeinteresse betreffen, und deren Selbstverwaltung innerhalb der durch das Reichsgemeindegesetz und durch die Gemeindeordnung festgesetzten Grenzen zugesichert.

§ 131

Das Gemeindegesetz muss jeder Gemeinde als unveräußerliche Rechte gewährleisten:

a) die freie Wahl ihrer Vorsteher und Vertreter;

b) die Aufnahme neuer Mitglieder in den Gemeindeverband;

c) die selbständige Verwaltung ihrer Angelegenheiten und die Handhabung der Ortspolizei.

d) die Veröffentlichung ihres Haushaltes und in der Regel die Öffentlichkeit der Verhandlungen. Die Beschränkungen des Rechtes, die Aufnahme in den Gemeindeverband zu verweigern, und des Rechts, das Gemeindegut oder das Stammvermögen der Gemeinde zu veräußern oder zu belasten, enthält das Gemeindegesetz.

Ein wichtiges Anliegen der Verfasser des Kremsierer Entwurfes war es, die Kreise als Verwaltungsbezirke neu einzuteilen und ihre Kompetenz generell zu stärken. Die Kreisgrenzen - bei jenen Ländern, welche nur einen Kreis hatten, waren sie zugleich Landesgrenzen - sollten von nun an, sich an der Nationalität ihrer Bewohner orientieren. Man wollte durch die Aufwertung der Kreise insbesondere den Nationalitätenkonflikt in den Griff bekommen.

Unter die Kompetenz der Kreistage fielen unter anderem auch die regionalen Gemeindeagenden, auf welche sich der § 125 des Kremsierer Entwurfes ausschließlich bezieht. Den Kreisen wurde explizit die Ausführungsgesetzgebung in Gemeindeangelegenheiten zugewiesen.

Im Gegensatz zur Pillersdorfschen Verfassung, welche die Gemeindegesetzgebung uneingeschränkt den Ländern übertrug, setzte der Kremsierer Verfassungsentwurf die Existenz eines Reichsgemeindegesetzes als Grundsatzgesetz voraus.

Um den Rahmen der den Kreistagen obliegenden Gemeindegesetzgebung klar abstecken zu können, bedurfte es also neben den gemeindeverfassungsrechtlichen Vorgaben noch der zu erlassenden reichsgesetzlichen Bestimmungen.

Vorgaben verfassungsrechtlicher Natur finden sich beispielsweise im § 125 Abs. 1 lit. b) und lit c) zum Thema Gemeindeaufsicht: Die Kontrolle der Kreistage über die Gemeinden sollte demnach nicht nur deren Wirtschafts- und Vermögensgebarung, sondern auch die inhaltliche und formale Kontrolle der von den Gemeindeorganen erlassenen Verwaltungsakte in letzter Instanz umfassen.

Im § 130 des Kremsierer Entwurfes versuchte man den Umfang des den Gemeinden garantierten Selbstbestimmungs- und Selbstverwaltungsrechtes näher zu umreißen. So sollten sämtliche Agenden, welche das Gemeindeinteresse berühren, ohne diese näher zu determinieren, von den Gemeinden in „Eigenregie“ besorgt werden. Der Aufgabenbereich der Gemeinden wurde lediglich durch die rechtlichen Schranken des zu erlassen beabsichtigten Reichsgemeindegesetzes und der Gemeindeordnungen der Kreise begrenzt.

Im anschließenden § 131 lit. a) bis d) des Kremsierer Entwurfes werden dem jeweiligen Gemeindegesetzgeber Richtlinien zur Gewährleistung der *unveräußerlichen Rechte* der Gemeinden aufgetragen. Die „Grundrechte“ der Gemeinden hoben zum einem das Recht auf Gemeindeautonomie und Selbstverwaltung nochmals hervor, zum anderen bezweckten und beschleunigten sie mit der Einführung der Gemeindewahlen, der öffentlichen Zugänglichkeit zu Ausschusssitzungen, ferner durch die Veröffentlichung des Gemeindebudgets die fortschreitende Demokratisierung der gesamten Gemeindeorganisation.

c) Die oktroyierte Märzverfassung

Seit den Sommermonaten 1848 arbeitete die Regierung Schwarzenberg[30] hinter dem Rücken des Kremsierer Reichstages an der Neugestaltung der Organisation der Staatsverwaltung einschließlich der Gemeindeselbstverwaltung. In ihrem Regierungsprogramm vom 27. November 1848 war erstmals die Rede von **der freien Gemeinde als Grundlage des freien Staates**.[31]

Die außen- wie innenpolitischen Veränderungen zum Jahreswechsel 1848/1849 führten eine fortschreitende Stärkung reaktionärer Strömungen und einen Stimmungswandel der Regierung und des Kaisers herbei, was zur Folge hatte, dass das ausschließlich auf der Volkssouveränität aufbauende Verfassungskonzept immer mehr an politischem Gewicht verlor.

Am 4. März 1849 löste der Kaiser den konstituierenden Reichstag mit der Begründung auf, dass dieser seine Aufgabe nicht ordnungsgemäß erfüllt und im Gegensatz zum Kaiser nicht den gesamten österreichischen Kaiserstaat repräsentiert

[28] Nach dem Aufstand im Oktober 1848 in Wien wurde der dort tagende Reichstag aus Sicherheitsgründen nach Kremsier/Mähren verlegt.

[29] Der Kremsierer Verfassungsentwurf, der nur für Ungarn und Lombardo-Venetien nicht wirksam werden sollte, stand auf dem Boden der konstitutionellen Monarchie. Die vollziehende Gewalt sollte dem Kaiser alleine zustehen. Die gesetzgebende Gewalt auf Reichsebene oblag dem Reichstag; dem Kaiser sollte im Gesetzgebungsverfahren lediglich ein suspensives Vetorecht eingeräumt werden. Der Reichstag setzte sich aus der Volkskammer und der Länderkammer zusammen. Abgedruckt bei FISCHER Heinz/SILVESTRI Gerhard, *Texte zur österreichischen Verfassungsgeschichte*, Wien, 1970,S. 30.

[30] Fürst Felix Schwarzenberg (geb. 1800 in Krumau/Böhmen, gest. 1852 in Wien); Diplomat; übernahm 1848 das Amt des Ministerpräsidenten; Mitbegründer des österreichischen Neoabsolutismus.

[31] Dazu Offizielle Stenographische Berichte über die Verhandlungen des österreichischen Reichstages (OSBVR) v. 27.11.1848, S. 13.

hätte. Der Kremsierer Verfassungsentwurf konnte sohin keiner Beratung im Plenum des Reichstages mehr unterzogen werden.

Zugleich wurde eine neue Reichsverfassung vom Monarchen oktroyiert, welche in die Geschichte als „Oktroyierte Märzverfassung“[32] einging.

Die die Gemeindeverfassung tangierenden Regelungen der Märzverfassung unterscheiden sich nicht wesentlich von jenen des Kremsierer Entwurfes. Auch die Reichsverfassung von 1849 weist den Ländern - von der im Kremsierer Entwurf eingeführten Ebene der Kreisverwaltung wurde wieder abgesehen - im § 35 Abs. 2 leg. cit. die Ausführungsgesetzgebung in Gemeindeangelegenheiten zu. Dem noch zu erlassenden Reichsgemeindegesetz wurde ein breiter Spielraum eingeräumt.

Die im § 33 der Märzverfassung normierten „Grundrechte“ der Gemeinde lehnten sich fast wörtlich an jene des § 131 des Kremsierer Entwurfes an. § 33 (VI. Abschnitt) der Reichsverfassung von 1849 lautet wie folgt:

Von der Gemeinde§ 33

Der Gemeinde werden als Grundrechte gewährleistet:
a) die Wahl ihrer Vertreter;
b) die Aufnahme neuer Mitglieder in den Gemeindeverband;
c) die selbständige Verwaltung ihrer Angelegenheiten;
d) die Veröffentlichung der Ergebnisse ihres Haushaltes und
e)die Öffentlichkeit der Verhandlung ihrer Vertreter.

Die nähere Bestimmung dieser Grundrechte der Gemeinden, und insbesondere die Bedingungen für die Aufnahme in den Verband einer Gemeinde, enthalten die Gemeindegesetze.

Bei näherem Vergleich der beiden Bestimmungen fällt jedoch auf, dass im § 33 lit. a) leg.cit. nur noch die Rede von der Wahl der Gemeindevertreter war. Das Wort *freie* (Wahl) wurde aus dem Kontext gänzlich gestrichen.

Eine weitere nicht unerhebliche Abweichung vom Kremsierer Entwurf findet sich im § 33 lit. c) leg. cit.. Dieser sicherte den Gemeinden die Handhabung der Ortspolizei nicht mehr ausdrücklich zu. Die Regierung Schwarzenberg hatte also dem Kremsierer Entwurf die demokratischen Spitzen abgeschliffen.

3. Das provisorische Gemeindegesetz 1849

a) Allgemeine Grundsätze

Am 17. März 1849, also nach Niederwerfung der bürgerlichen Revolution und nach Sistierung der Reichsverfassung vom 4. März 1849, wurde das sogenannte provisorische Gemeindegesetz RGBl. Nr. 170/1849 als kaiserliches Patent für die nachbenannten Kronländer des österreichischen Kaiserstaates, nämlich für *Österreich ob und unter der Enns, Salzburg, Steiermark, Illirien, bestehend aus Kärnten, Krain, Görz und Gradisca, Istrien, Tirol und Vorarlberg, Böhmen, Mähren, Schlesien, Galizien und Lodomerien mit Auschwitz und Zator, Krakau, Bukowina und Dalmatien,* jedoch nicht für die Länder der ungarischen Krone, erlassen. Provisorisch wurde es genannt, weil es durch ein in der Reichsverfassung vorgesehenes Parlament noch sanktioniert werden sollte.

Mit diesem Gemeindegesetz gab sein Schöpfer Graf Stadion dem österreichischen Kaiserstaat, der bis dahin eine einheitliche Verwaltungsorganisation auf kommunaler Ebene entbehrt hatte, eine zentralistisch konzipierte von der Idee der freien Selbstverwaltung beherrschte Kommunalverfassung.

Die Selbstverwaltung als Gesamtheit wird hier neben die zentralisierte politische Beamtenverwaltung als zweites Geleise der öffentlichen Verwaltung gestellt und ihre Tätigkeit sollte einen von diesem unabhängigen, instanzenmäßig geschlossenen Kreislauf bilden.[33] Mit der Konstituierung von Orts-, Bezirks- und Kreisgemeinden als Selbstverwaltungskörper wollte Graf Stadion ein gewisses Gegengewicht zum staatlichen Behördenapparat schaffen, ohne damit aber beträchtliche Kompetenzen an die Gemeinden zu verlieren. Aufgrund der sehr unterschiedlichen sozialen, kulturellen und nationalen Strukturen der einzelnen Länder des habsburgischen Vielvölkerstaates versuchte Graf Stadion durch Abgabe bestimmter das örtliche Gemeinschaftsleben berührender Kompetenzen die Existenz des Zentralismus zu sichern bzw. das Funktionieren eines einheitlich organisierten bürokratischen Behördenapparates zu gewährleisten. Darüber hinaus sollte das latente Misstrauen des Bürgertums gegen die Staatsverwaltung durch dieses neue Verwaltungssystem abgebaut werden.[34]

An die Spitze des Patentes ist eine Art „Magna Charta“ der Gemeinde als Inbegriff der kommunalen „Grundrechte“ gestellt, welche sich bis heute als Hauptstützen des geltenden Gemeinderechtes erhalten haben. Sie lauten wie folgt:

I.

Die Grundfeste des freien Staates ist die freie Gemeinde.

II.

Der Wirkungskreis der freien Gemeinde ist
a) der natürliche,
b) ein übertragener

III.

Der natürliche umfasst alles, was das Interesse der Gemeinde zunächst berührt und innerhalb ihrer Grenzen vollständig durchführbar ist. Er enthält nur mit Rücksicht auf das Gesamtwohl durch das Gesetz die notwendigen Beschränkungen. Der übertragene umfasst die Besorgung bestimmter öffentlicher Geschäfte, welche der Gemeinde vom Staate im Delegationswege zugewiesen werden.

IV.

Die Verwaltung der in den natürlichen Wirkungskreis der Gemeinde gehörigen Angelegenheiten steht der Gemeinde selbst zu, welche sich durch die Majorität ihrer Vertretung ausspricht.

V.

In Bezug auf den natürlichen Wirkungskreis ist der Gemeindevorsteher das vollziehende Organ.

Diese knapp und programmatisch formulierten einleitenden Artikel - im Gesetz als *Allgemeine Bestimmungen* bezeichnet - zeigen, wie theoretisch das System der Stadion’schen Selbstverwaltung konstruiert war.

Dem Gesetz liegt ein absolut abstrakter Begriff der Gemeinde und ihrer Wirkungsbereiche zugrunde, welcher bei der

[32] Die für den gesamten österreichischen Kaiserstaat geltende Märzverfassung (RGBl. Nr. 150/1849) vertrat neben ihrer unitaristischen Ausrichtung noch konstitutionelle Positionen, die nie wirksam wurden. Stattdessen regierte der Kaiser ab dem Staatsstreich vom 4. März 1849 erneut absolut.

[33] KLABOUCH, *Die Gemeindeselbstverwaltung* (wie Anm. 3), S.32.

[34] UCAKAR/WELAN, *Kommunale Selbstverwaltung* (wie Anm. 7), S. 16.

Umsetzung dieses bzw. der auf diesen Prinzipien aufbauenden nachfolgenden Gesetze bis in die heutige Zeit hinein Schwierigkeiten bereitet.

b) Zum Begriff der „freien Gemeinde"

Die freie Gemeinde wird im Artikel I des Gesetzes als grundlegender Baustein aller höheren politischen Gebilde angesehen. Dieses für die damalige Zeit vollkommen neue Gemeindeverständnis bewirkte Umwälzungen von entscheidender Tragweite im gesamten österreichischen Verwaltungssystem: Zum einen war es die prinzipielle Vereinheitlichung der Vorschriften für die Kommunalverwaltung in allen nicht ungarischen Kronländern, zum anderen war es die absolute Gleichsetzung der Ortsgemeinden jeder Art, ohne Rücksicht auf ihren bisherigen Rechtsstatus und ihren Stadt- oder Dorfcharakter. Lediglich § 6 (I. Hauptstück) des provisorischen Gemeindegesetzes normiert eine Ausnahme von der einheitlichen Regelung für Stadt- und Landgemeinden: Danach sollten nur Landeshaupt- und Kreisstädte, eventuell über besonderes Einschreiten auch andere bedeutende Städte eigene Verfassungen - Städtestatute - erhalten.

§§ 1 ff. (I. Hauptstück) des provisorischen Gemeindegesetzes definieren näher den Begriff der Ortsgemeinde. Darunter ist *in der Regel die als selbständiges Ganze vermessene Katastralgemeinde, insofern nicht mehrere derselben bereits faktisch eine einzige selbständige Ortsgemeinde bilden, zu verstehen*.

Der Gesetzgeber spricht in seinem Nachsatz zum § 1 leg. cit. die weitgehende Anerkennung der historisch gewachsenen, faktisch bestehenden Gemeinde aus, jedoch mit dem Vorbehalt, dass insbesondere bei Bildung neuer Ortsgemeinden die Gebietsgrenzziehung ausschließlich aufgrund des Katasters erfolgen solle. § 3 leg. cit. sieht ferner vor, dass *einzelne Steuer- oder Catastralgemeinden das Recht zusteht, sich mit anderen zu einer Ortsgemeinde zu vereinigen*. Im § 4 leg. cit. heißt es wiederum, dass, *wenn einzelne Gemeinden die Mittel nicht besitzen, den ihnen durch dieses Gesetz auferlegten Pflichten nachzukommen, so werden dieselben mit anderen zu einer einzigen Ortsgemeinde vereinigt.* Zwangsweise wie auch freiwillige Vereinigungen von Ortsgemeinden sind also bereits im ersten österreichischen Gemeindegesetz vorgesehen.

Die obige Definition des Begriffes Gemeinde birgt jedoch die Gefahr in sich, die Ortsgemeinde nicht als Verband von durch gemeinsame Interessen aller Art einander verbundene Personen sondern als eine Gesamtheit von in einer Katastralgemeinde inne liegender Grundstücke aufzufassen.[35]

c) Der natürliche und der übertragene Wirkungskreis der Gemeinde

Im Artikel II des provisorischen Gemeindegesetzes wurde erstmals das Prinzip des zweifachen Wirkungskreises der Gemeinde, welche bis heute nichts an Aktualität eingebüßt hat, verankert. Der darauffolgende Artikel III leg. cit. definiert den natürlichen und den übertragenen Wirkungskreis näher: Gemäß Artikel III sind die Gemeinden in sämtlichen Angelegenheiten des natürlichen Wirkungskreises autonom. Gegen die Definition des natürlichen Wirkungsbereiches lässt sich nicht nur einwenden, dass sie abstrakt und unklar formuliert ist, sondern auch, dass der Gemeinde an sich überhaupt keine Funktionen zustehen können, welche sie nicht innerhalb ihrer Grenzen und Kräfte besorgen kann. Im Gegensatz zu den Angelegenheiten des übertragenen Wirkungsbereiches, welche ausschließlich der staatlichen Kontrolle unterzogen wurden, war in eigenen Gemeindeangelegenheiten den Oberinstanzen - das Gesetz sah hier die übergeordneten Bezirks- und Kreisgemeinden vor - lediglich das Recht eingeräumt, gesetzwidrige Beschlüsse aufzuheben.

An dieser Stelle möge der allerunterthänigste Vortrag des Ministerrates vom 15. März 1849, womit das Gemeindegesetz dem Kaiser zur Sanktion vorgelegt wurde, nicht unerwähnt bleiben. Dieser gibt eine wichtige Hilfestellung für ein besseres Verständnis der erfolgten Zweiteilung des Gemeindewirkungskreises, welche sich im europäischen Rechtsvergleich als ein österreichisches Spezifikum darstellt. Die Autonomie der Gemeinde sollte im Sinne des Vortrages in allem, was Gemeindeinteresse berührt und nicht in eine fremde Sphäre eingreift, der oberste leitende Grundsatz bei Organisierung des Gemeindewesens sein: *Eure Majestät werden in allen inneren Angelegenheiten der Gemeinden diesen die vollste Autonomie, die freieste Bewegung, gewahrt finden; in Allem, was die Gemeinde allein berührt, der Verwaltung ihres Vermögens, der Bestellung ihrer Organe, der Handhabung der rein örtlichen Polizei usw., wird auch die Gemeinde allein berufen zu walten und entscheiden. Nur wo die Wahrung höherer Staatszwecke, die Wahrung von Interessen, die über den Standpunkt der einzelnen Gemeinden hinausreichen, wo die Unterordnung unter das Gesamtwohl es verlangt, wird sowohl den Gemeinden höherer Ordnung als auch der Staatsgewalt selbst der nöthige Einfluss gesichert.*[36]

Graf Stadion haben neben seiner Absicht, das Verwaltungssystem den damaligen äußeren Gegebenheiten anzupassen und zu reformieren, zweifelsohne ökonomische Erwägungen dazu bewogen, die Selbstverwaltung als zweite Schiene der öffentlichen Verwaltung einzuführen. Der Staat wurde durch die Ortsgemeinden, die staatliche Agenden gemäß §§ 127-138 leg. cit.[37] in ihren übertragenen Wirkungsbereich auf eigene Kosten zu übernehmen hatten, in finanzieller und administrativer Hinsicht entlastet. Der übertragene Wirkungskreis konnte von der politischen Verwaltung jederzeit einseitig erweitert werden. Es drängt sich daher die Frage auf, ob der übertragene Wirkungskreis als solcher nicht zu weit bemessen war, und damit nicht die Leistungsfähigkeit einer „Durchschnittsgemeinde" überschätzt wurde.

Ergänzend zu den Bestimmungen des natürlichen Wirkungskreises führen die weiteren Artikel IV und V aus, dass der autonomen Gemeindevertretung die Beschlussfassung über die im natürlichen Wirkungskreis der Gemeinde liegenden Aufgaben obliegen sollte, dem Gemeindevorsteher hingegen deren Vollziehung. Auch hier kann man wiederum deutlich erkennen, dass sich der Stadionsche Aufbau der Gemeindeorganisation bis heute erhalten hat.

---

[35] Siehe FRIEDJUNG, *Die Geschichte der Gemeindegesetzgebung* (wie Anm. 9), S. 58.

[36] *Allerunterthänigster Vortrag des treu gehorsamsten Ministerrathes betreffend die Erlassung des provisorischen Gemeindegesetzes vom 15. März 1849*; erstmals veröffentlicht im Amtsblatt der Wiener Zeitung vom 20. März 1849; zitiert nach REDLICH Josef, *Das Wesen der österreichischen Kommunalverfassung*, Leipzig, 1910, S. 74.

[37] Z. B. Kundmachungspflicht von Gesetzen, Einhebung und Abfuhr direkter Steuern, bestimmte fremdenpolizeiliche Aufgaben, Ausstellung von Heimatscheinen an Gemeindeglieder, Aufsicht über Maß und Gewicht etc..

d) Gemeindeeinwohner und Gemeindewahlen

Die Gemeindevertretung, welche nach außen hin den Gemeindewillen symbolisierte und die Ortsgemeinde als Gesamtheit präsentierte, wurde nur von bestimmten Einwohnern, nämlich den Gemeindebürgern und einem Teil der Gemeindeangehörigen, frei gewählt. Den Fremden - die dritte Einwohnerkategorie - war die Ausübung jeglicher politischer Rechte gänzlich verwehrt. Die einzelnen Rechte und Pflichten dieser drei Einwohnerklassen - Gemeindebürger, Gemeindeangehörige und Fremde - legte das Gesetz[38] im Detail fest: Den Gemeindebürgern stand sowohl das aktive als auch das passive Wahlrecht zum Gemeindeausschuss ohne jede Beschränkung zu. Die Gemeindebürgerschaft sollte von der Leistung eines bestimmten Jahresbetrages an direkten Steuern abhängig sein. Das erste österreichische Gemeindegesetz enthielt jedoch keine Bestimmungen über den Zensus; vielmehr wurde die Höhe der direkten Staatssteuer, welche das Bürgerrecht verlieh, in der Verordnung des Innenministers vom 6. April 1850[39] mit einem Gulden festgelegt. Dieser zweifelsohne geringe Zensus führte dazu, dass insbesondere in ländlich strukturierten Gemeinden immerhin ein Teil der Bevölkerung das Wahlrecht zugestanden bekam. Das Gesinde, die Taglöhner, die städtischen und ländlichen Arbeiter sowie die die Armenversorgung genießenden Personen - sohin alle mittellosen Schichten - waren vom Stadionschen Gemeindewahlrecht ausgeschlossen.

Auch dem Adel brachte dieses Wahlrecht keinerlei Vorteile. Der Adel erlangte in den Landgemeinden keine virile Vertretung in den Gemeindeausschüssen und sollte sich den gleichen Maßstäben wie jeder Bauer oder Bourgeois unterordnen. Ein Ausschluss des Gutsbesitzes vom Gemeindeverband war gänzlich ausgeschlossen.

Der Wille des Gesetzesverfassers war es, dass die Macht in den Ortsgemeinden vom vermögenden mit seinen Interessen eher dem Zentralismus zuneigenden deutschen Bürgertum ausgeübt wurde. Aber auch die bevorrechtete Stellung des Großbürgertums sollte in den einzelnen Gemeinden nicht unbeschränkt sein: Zu den Gemeindemitgliedern zählten neben den Bürgern die Gemeindeangehörigen. Das sind jene Personen, die bis zur Erlassung dieses ersten Gemeindegesetzes tatsächlich der Gemeinde zugehört haben, sei es durch Steuerleistung vom Grundbesitz oder Gewerbetrieb, wie auch deren unmittelbare Nachkommen. Ferner gehörte auch die „Intelligenz"- Geistliche, Staatsbeamte, Offiziere, akademisch Graduierte und öffentliche Lehrer - dieser Bevölkerungsgruppe an. Nur letzteren Gemeindeangehörigen war es gestattet, an der Wahl des Gemeindeausschusses aktiv teilzunehmen. Darüber hinaus konnte die vorwiegend in ihrer Existenz vom Staat abhängige „Intelligenz" ohne Rücksicht auf die Steuerhöhe in der wichtigen ersten Kurie ihre Stimme abgeben. In Bezug auf das Wahlrecht galten daher für sie dieselben Maßstäbe wie für das zuvor erwähnte Großbürgertum. Sie konnten bei der geringen Zahl von Wählern gerade in der ersten Klasse das Abstimmungsergebnis entscheidend beeinflussen, und durch ihre Vermittlung blieb der Regierung die Möglichkeit, auch die vermögende Bürgerschaft politisch unter Kontrolle zu halten.[40]

IV. Schlussbemerkung

Die Selbstverwaltung als Eckpfeiler der österreichischen Kommunalverfassung und deren Entwicklung kann nicht isoliert betrachtet werden, vielmehr muss diese im Zusammenhang mit der gesamten Staatsordnung gesehen werden. Die Geschichte seit 1849 lehrt uns, dass eine Änderung der Staatsverfassung auch immer eine gesetzliche Anpassung auf dem Gebiet der Gemeindeorganisation zur Folge hatte.

Das revolutionäre Verlangen des vorwiegend liberal ausgerichteten Bürgertums im Jahr 1848 nach Mitbestimmung im Staat und in den Gemeinden führte nach mehreren Verfassungsentwürfen zur oktroyierten Märzverfassung 1849 und damit zur gesetzlichen Verankerung der nichts an Aktualität eingebüßten sogenannten „Gemeindegrundrechte" wie Gemeindeautonomie, freie Wahl der Gemeindeorgane oder Öffentlichkeit der Gemeindevertretungssitzungen.[41]

Durch das auf Basis der Märzverfassung erlassene Provisorische Gemeindegesetz von 1849 bekam der österreichische Kaiserstaat erstmals eine einheitliche auf freie Selbstverwaltung beruhende Kommunalverfassung. Freie vom Staat **unabhängige Ortsgemeinden** wurden geschaffen. Die hier festgelegten Prinzipien wie jenes der Einheitsgemeinde und die Zweiteilung des Gemeindewirkungskreises in einen natürlichen(= eigenen) und einen übertragenen sind zweifelsohne abstrakt. Die Umsetzung des auf diesen Grundsätzen aufbauenden nachfolgenden Gemeinderechts wurde und wird dadurch nicht erleichtert. Dennoch blieb diese liberale Konzeption der Kommunalverwaltung bis heute im Wesentlichen erhalten.

---

38 RGBl. Nr. 170/1849, §§ 7-25.

39 Verordnung des Ministers des Inneren vom 6.4.1850, RGBl. Nr. 127/1850.

40 Ausführlich KLABOUCH, *Die Gemeindeselbstverwaltung* (wie Anm. 3), S. 37.

41 NEUHOFER, Hans, *Gemeinderecht. Organisation und Aufgaben der Gemeinden in Österreich*, 2. Aufl., Wien, 1998, S. 2-4.

Die Kriegserklärung vom 28. Juli 1914 aus rechtshistorischer Sicht

(Declaration of War on July 28th 1914 from a Legal Historian Point of View)

Christoph Schmetterer[*]

Abstract

On July 28th 1914 Austria-Hungary began World War I by declaring war on Serbia. The political background of this decision has already been analyzed quite often. This article explores the legal conditions of this declaration of war. In Austro-Hungarian constitutional law the emperor had the power to declare war. This power was considered to be prerogative of the crown. Before emperor Francis Joseph decided to declare war on Serbia, foreign minister count Berchtold had told him that Serbia had already attacked Austro-Hungarian troops near Temes Kubin. This was, however, not correct. Berchtold probably committed high treason by influencing the emperor's decision by this false report. The Austro-Hungarian declaration of war on Serbia followed conformed to the rules established by the second peace conference in The Hague.

Key words: *1. Weltkrieg; Gefecht von Temes Kubin; Haager Übereinkommen; Hochverrat; Julikrise; Kriegserklärung; Ministerverantwortlichkeit; Prärogative.*

I. Einleitung

Als Österreich-Ungarn am 28. Juli 1914, genau einen Monat nach der Ermordung von Erzherzog Thronfolger Franz Ferdinand, den Krieg an Serbien erklärte, führte dies in weniger als einer Woche zum Ersten Weltkrieg. Es gibt wohl kaum einen ähnlich kurzen Zeitraum wie jenen von Ende Juni bis Anfang August 1914, zu dem die historische Fachliteratur auch nur annähernd so umfangreich ist.[1] Innerhalb dieser ebenso tragischen wie folgenschweren fünf Wochen bildet die österreichisch-ungarische Kriegserklärung einen Einschnitt – sie war der Beginn des Krieges. Die staats- und völkerrechtlichen Rahmenbedingungen dieser Kriegserklärung wurden bisher trotzdem noch nicht systematisch untersucht.[2] Dies ist das Ziel dieses Aufsatzes.

II. Die Chronologie

Am 23. Juli 1914 richtete Österreich-Ungarn eine *Demarche* an Serbien, die bewusst so scharf formuliert war, dass mit einer vollständigen Annahme der darin enthaltenen Bedingungen nicht gerechnet werden konnte.[3] Die Antwort Serbiens vom 25. Juli[4] wurde von Österreich-Ungarn als unzureichend qualifiziert. Außenminister Berchtold nannte sie: „inhaltlich zwar ganz wertlos, der Form nach aber entgegenkommend".[5]

Als Konsequenz dieser Beurteilung erstattete Berchtold dem Kaiser[6] am 27. Juli einen Vortrag, in dem er ausführte:

„Ich nehme mir die ehrerbietigste Freiheit, Euer Majestät in der Anlage den Entwurf eines Telegrammes an das serbische Ministerium des Äußern zu unterbreiten, welches die Kriegs-

[*] DDr. Christoph Schmetterer, Institut für Rechts- und Verfassungsgeschichte, Abteilung KRGÖ der Universität Wien, Österreich.

[1] Zuletzt etwa: Christopher CLARK, Die Schlafwandler. Wie Europa in den Ersten Weltkrieg zog (München 2013) hier besonders 14 zur Literatur; speziell zur Habsburgermonarchie: Manfried RAUCHENSTEINER, Der Erste Weltkrieg und das Ende der Habsburgermonarchie 1914–1918 (Wien 2013) 121–163; Samuel R. WILLIAMSON, Austria-Hungary and the Origins of World War I (New York 1991).

[2] Der Aufsatz von Rudolf KIESZLING, Die Kriegserklärung Österreich-Ungarns an Serbien, in: Berliner Monatshefte für internationale Aufklärung 8 (1930) 1130–1141, beschäftigt sich nicht mit den rechtlichen Rahmenbedingungen der Kriegserklärung, sondern mit deren historischen Hintergrund, insbesondere dem angeblichen Gefecht von Temes Kubin; dazu auch Manfried RAUCHENSTEINER, Der Tod des Doppeladlers. Österreich-Ungarn und der Erste Weltkrieg (Wien 1994) und Manfried RAUCHENSTEINER, Entfesselung in Wien? Österreich-Ungarns Beitrag zum Ausbruch des Ersten Weltkriegs, in: Michael GEHLER u.a. (Hgg.), Ungleiche Partner? Österreich und Deutschland in ihrer gegenseitigen Wahrnehmung. Historische Analysen und Vergleiche aus dem 19. und 20. Jahrhundert (Stuttgart 1996) 355–374.

[3] Die offenbar erste Veröffentlichung ist enthalten in: Österreichisch-Ungarisches Rotbuch. Diplomatische Aktenstücke betreffend die Beziehungen Österreich-Ungarns zu Italien in der Zeit vom 20. Juli 1914 bis zum 23. Mai 1915 (Wien 1915) Beilage zu Nr. 5.

[4] Ludwig BITTNER, Hans UEBERSBERGER (Hgg.): Österreich-Ungarns Außenpolitik von der bosnischen Krise 1908 bis zum Kriegsausbruch 1914. Diplomatische Aktenstücke des österreichisch-ungarischen Ministeriums des Äußeren, Bd. 8 (Wien–Leipzig 1930) Nr. 10648

[5] BITTNER, UEBERSBERGER, Außenpolitik Nr. 10855; diese Einschätzung ist wohl nur vor dem Hintergrund verständlich, dass die Note an Serbien von Vornherein unannehmbar sein sollte, um einen Grund für einen Krieg zu bieten.

[6] Zur Rolle Franz Josephs siehe: Robert A. KANN, Kaiser Franz Joseph und der Ausbruch des Ersten Weltkriegs, in: Sitzungsberichte ÖAW, Phil.-Hist. Klasse; 274/3 (1971) 2–23.

erklärung an Serbien enthält und erlaube mir alleruntertänigst anzuregen, Euer Majestät wollen geruhen mich zu ermächtigen, diese Telegramm morgen Früh abzusenden und die amtliche Verlautbarung der Kriegserklärung in Wien und Budapest gleichzeitig zu veranlassen."[7]

Berchtold verwies zur Begründung dieses Vortrags nicht nur auf die seiner Meinung nach unzureichende serbische Antwortnote, sondern führte auch aus:

„Einer Meldung des 4. Korpskommandos zufolge haben serbische Truppen von Donaudampfern bei Temes-Kubin gestern unsere Truppen beschossen und es entwickelte sich auf die Erwiderung des Feuers hin ein größeres Geplänkel. Die Feindseligkeiten sind hiemit tatsächlich eröffnet worden, und es erscheint daher umso mehr geboten, der Armee in völkerrechtlicher Hinsicht jene Bewegungsfreiheit zu sichern, welche sie nur bei Eintritt des Kriegszustandes besitzt."

Einen Tag später, am 28. Juli entsprach der Kaiser dem Antrag Berchtolds und unterschrieb die vorbereitete Genehmigungserklärung, die lautete:

„Ich genehmige den beiliegenden Entwurf eines Telegrammes an das serbische Ministerium des Äußern, welches die Kriegserklärung an Serbien enthält, und erteile Ihnen die erbetene Ermächtigung."

Gemeinsam mit seinem Vortrag hatte Berchtold dem Kaiser auch einen Entwurf für eine Kriegserklärung an Serbien vorgelegt, der lautete:

„Le Gouvernement Royal de Serbie n'ayant pas répondu d'une manič̈re satisfaisante ŕ la Note qui lui avait été remise par le Ministre d'Autriche-Hongrie ŕ Belgrade ŕ la date du 23 juillet 1914, le Gouvernement Imperiale et Royalse trouve dans la nécessité de pourvoir lui-męme ŕ la sauvegarde de ses droites et intéręts et de recourir ŕ cet effet ŕ la force des armes, et cela d'autant plus que les troupes serbes ont déjŕ attaqué prč̀s de Temes-Kubin un détachement de l'armée Imperiale et Royale. L'Autriche-Hongrie se considč̀re donc de ce moment en état de guerre avec la Serbie."[8]

Als Franz Joseph den Vortrag genehmigte versah er auch den Entwurf der Kriegserklärung mit dem Vermerk „Vidi Franz Joseph".[9]

Danach entfernte Berchtold eigenmächtig die Passage aus der Kriegserklärung, die sich auf das (vermeintliche) Gefecht bei Temes Kubin [Kovin] bezog, das offenbar nie stattgefunden hat. [10]

In dieser gekürzten Version wurde die Kriegserklärung per telegraphisch dem serbischen Außenministerium übermittelt. Die Übermittlung gestaltete sich relativ schwierig, weil keine direkte Telegraphenverbindung mehr bestand und der österreichisch-ungarische Gesandte Wladimir Giesl Freiherr von Gieslingen Belgrad bereits nach Erhalt der serbischen Antwortnote verlassen hatte. Im Endeffekt wurde die Kriegserklärung telegraphisch über Czernowitz und Bukarest übermittelt.

Die Kriegserklärung ohne den Verweis auf Temes Kubin wurde am 28. Juli auch samt Übersetzung in der Wiener Zeitung veröffentlicht[11] und anderen (noch) neutralen Staaten übermittelt. Erst am 29. Juli – also nachdem die Kriegserklärung bereits abgeschickt worden war – teilte Berchtold im folgenden Vortrag Franz Joseph mit, dass er den Passus über Temes Kubin wieder aus der Kriegserklärung gestrichen hatte:

„Nachdem die Nachrichten von einem Gefecht bei Temes-Kubin keine Bestätigung erfahren haben, hingegen bloß eine Einzelmeldung über ein geringfügiges Geplänkel bei Gradište vorlag, die wohl nicht geeignet erschien, zur Begründung eines gewichtigen Staatsaktes herangezogen zu werden, habe ich es in Anhoffung der nachträglichen Allergnädigsten Genehmigung Euer Majestät auf mich genommen, aus der an Serbien gerichteten Kriegserklärung den Satz über den Angriff serbischer Truppen bei Temes-Kubin zu eliminieren."[12]

III. Die Entscheidung für den Krieg im Staatsrecht

In dem durch den Ausgleich 1867 geschaffenen System der Doppelmonarchie war die Außenpolitik an sich eine gemeinsame Angelegenheit.[13] Dies ergab sich aus § 1 Delegationsgesetz (DG)[14] sowie aus § 8 Gesetzesartikel (GA) XII:1867. Die außenpolitischen Kompetenzen des Monarchen waren aber nicht im DG normiert, sondern im Staatsgrundgesetz über die Ausübung der Regierungs- und Vollzugsgewalt (StGG-ARVG).[15]

Das erscheint etwas systemwidrig, weil sich das StGG-ARVG an sich nur auf Cisleithanien und nicht auf die Gesamtmonarchie bezog. So fanden sich beispielsweise die grundlegenden Regelungen über die Verantwortlichkeit der cisleithanishen Minister im StGG-ARVG,[16] während jene über die gemeinsamen Minister im DG enthalten waren.[17] Gerade bei den Kompetenzen des Kaisers fällt aber auf, dass hier neben solchen, die sich nur auf Cisleithanien bezogen, auch solche genannt waren, die sich eindeutig auf die Gesamtmonarchie bezogen. Das waren die Kompetenzen des Kaisers bezüglich Außenpolitik und Militär.[18]

Unabhängig vom Regelungsort ergab sich aus dem zweiten Halbsatz des Art. 5 StGG-ARVG, dass die Kriegserklärung eine Kompetenz des Kaisers war. Unklar blieb allerdings, ob es sich bei dieser Kompetenz um eine Prärogative handelte oder

7 BITTNER, UEBERSBERGER, Außenpolitik Nr. 10855.
8 BITTNER, UEBERSBERGER, Außenpolitik Beilage zu Nr. 10855.
9 Ebd.
10 Zum angeblichen Gefecht von Temes Kubin zuletzt: RAUCHENSTEINER, Erster Weltkrieg 129–139.
11 Wiener Zeitung, Extra-Ausgabe, Nr. 174, 28. 7. 1914.
12 BITTNER, UEBERSBERGER, Außenpolitik Nr. 11015.
13 Zur gemeinsamen Außenpolitik: Karin OLECHOWSKI-HRDLICKA, Die gemeinsamen Angelegenheiten der Österreichisch-Ungarischen Monarchie. Vorgeschichte – Ausgleich 1867 – Staatsrechtliche Kontroversen (= Rechtshistorische Reihe 232, Frankfurt am Main 2001) 219–238.
14 RGBl. 146/1867.
15 RGBl. 145/1867.
16 Art. 2 und 9; die Detailregelungen waren im Gesetz über die Ministerverantwortlichkeit enthalten, RGBl. 101/1867.
17 §§ 5, 16–18.
18 Bezüglich der gemeinsamen Armee waren die Kompetenzen des Monarchen immerhin auch in § 5 DG genannt, Die konkrete Interpretation blieb aber durchaus schwierig und umstritten; dazu Christoph SCHMETTERER, Der Kaiser von Österreich als Oberster Kriegsherr 1867 – 1918, in: Journal on European History of Law 4 (2013/1) 10–18.

nicht.[19] Eine Prärogative hätte bedeutet, dass eine Kriegserklärung nicht von einem Minister unterfertigt werden musste, damit sie staatsrechtlich gültig ist. Wäre die Kompetenz zur Kriegserklärung hingegen keine Prärogative gewesen, wäre zur Gültigkeit einer Kriegserklärung die Gegenzeichnung eines Ministers erforderlich gewesen.

Das StGG-ARVG enthielt überhaupt keine Bestimmungen darüber, ob die einzelnen Kompetenzen des Kaisers Prärogativen waren oder nicht. Prärogativen wurden weder ausdrücklich erwähnt, noch ausgeschlossen.[20] Allerdings normierte Art. 2:

„Der Kaiser übt die Regierungsgewalt durch verantwortliche Minister und die denselben untergeordneten Beamten und Bestellten aus."

Ob diese Bestimmung nur ein allgemeiner Grundsatz sein sollte, von dem auch Ausnahmen möglich waren, oder eine immer anzuwendende Regel, war nicht ganz klar. Viel eindeutiger war § 1 des Gesetzes über die Ministerverantwortlichkeit:

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

Diese Bestimmung war aber auf Kriegserklärungen nicht anwendbar, weil sich das Ministerverantwortlichkeitsgesetz nur auf die cisleithanischen Minister bezog, aber nicht auf die gemeinsamen. Eine Kriegserklärung war aber (trotz der Erwähnung in Art. 5 StGG-ARVG) unzweifelhaft eine Angelegenheit der gemeinsamen Außenpolitik. Für die Gegenzeichnung einer Kriegserklärung konnte also – sofern sie überhaupt erforderlich war – nur der gemeinsame Außenminister zuständig sein.

Die Verantwortlichkeit der gemeinsamen Minister war in § 5 DG geregelt:

„Die Verwaltung der gemeinsamen Angelegenheiten wird durch ein gemeinsames verantwortliches Ministerium besorgt, welchem jedoch nicht gestattet ist, nebst den gemeinsamen Angelegenheiten auch die besonderen Regierungsgeschäfte einer der beiden Reichstheile zu führen."

Die Gegenzeichnung war hier gar nicht ausdrücklich erwähnt; aus der Verantwortlichkeit der Minister konnte aber abgeleitet werden, dass auch die Anordnungen des Monarchen in gemeinsamen Angelegenheiten von einem (gemeinsamen) Minister gegengezeichnet werden sollten.

Schon aus § 5 DG ergab sich, dass die Gegenzeichnungspflicht in gemeinsamen Angelegenheiten nicht ausnahmslos gelten sollte. Der zweite Satz des § 5 normierte nämlich eine Ausnahme für den militärischen Oberbefehl. Diese Bestimmung war die einzige ausdrückliche Verankerung einer Prärogative des Monarchen in der Dezemberverfassung. Aus dem Wortlaut des Verfassungstextes ließen sich keine weiteren Prärogativen ableiten. Dennoch bildeten sich in der Praxis weitere Bereiche heraus, in denen Anordnungen des Kaisers nicht gegengezeichnet wurden.[21]

In Bezug auf Kriegserklärungen war die Frage, ob eine Gegenzeichnung nötig war, von 1867 bis 1918 nur eine theoretische. Unbestritten war jedenfalls, dass die Kriegserklärung ein Akt der Außenpolitik und nicht des militärischen Oberbefehls war und daher nicht von den militärischen Prärogativen nach § 5, 2. Satz DG erfasst war.[22] Dennoch war die herrschende Meinung bis zum Ende der Monarchie die, dass der Kaiser bei einer Kriegserklärung nicht an die Gegenzeichnung des Außenministers gebunden war.[23] Lediglich Hans Kelsen vertrat unter Berufung auf Wortlaut und Systematik der Verfassung eine andere Ansicht.[24]

Die Auffassung von der Kriegserklärung als Prärogative des Kaisers hatte die Konsequenz, dass es im staatsrechtlichen Sinn niemanden gab, der für eine Kriegserklärung verantwortlich war. Es war ein Wesensmerkmal der Rechtsstellung des Kaisers, dass er unverantwortlich war, also für seine Handlungen nicht zur Verantwortung gezogen werden konnte.[25]

Wenn eine Kriegserklärung aber nicht gegengezeichnet wurde, gab es aber auch sonst niemanden, der staatsrechtlich für sie verantwortlich war. Der Sinn der Gegenzeichnung im Konstitutionalismus war ja gerade der, dass der Monarch zwar unverantwortlich war und blieb, der Minister aber durch die Gegenzeichnung die Verantwortung für die Anordnungen des Kaisers übernahm. Somit gab es trotz der Unverantwortlichkeit des Monarchen jemanden, der für die Anordnungen des Kaisers verantwortlich gemacht werden konnte.[26]

Bezüglich der gemeinsamen Angelegenheiten war der praktische Unterschied zwischen Prärogativen und gegenzeichnungspflichtigen Anordnungen des Kaisers aber gering. Die Verantwortlichkeit der gemeinsamen Minister war in § 5 DG zwar grundsätzlich normiert; das in § 18 DG vorgesehene Ausführungsgesetz wurde aber nie erlassen. Mangels Ausführungsbestimmungen war eine Ministeranklage nicht möglich.[27] Im

[19] Zum Begriff der Prärogative siehe Friedrich TEZNER, Der Kaiser (Wien 1909) 11–15; Ernst Rudolf HUBER, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. III: Bismarck und das Reich (Stuttgart 1963) 11–18.

[20] Die Kombination von § 41 („Die dem Kaiser zustehenden Rechte und Gewalten sind durch die Constitution festgestellt.") und § 44 („Kein Regierungsact des Kaisers hat Kraft, wenn er nicht von einem Minister gegengezeichnet ist. Die Gegenzeichnung macht den Minister für diesen Act verantwortlich.") des Kremsierer Entwurf hingegen hatte Prärogativen des Kaisers ausgeschlossen.

[21] 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) 397–428, hier 404–406.

[22] Ferdinand SCHMID, Das Heeresrecht der österreichisch-ungarischen Monarchie (Wien 1903) 12.

[23] Rudolf von HERRNRITT, Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts (Tübingen 1909) 122.

[24] Hans KELSEN, Österreichisches Staatsrecht. Ein Grundriß entwicklungsgeschichtlich dargestellt (Tübingen 1923) 42.

[25] Dazu Christoph SCHMETTERER, „Geheiligt, unverletzlich und unverantwortlich". Die persönliche Rechtsstellung des Kaisers von Österreich im Konstitutionalismus, in: Journal on European History of Law 1 (2010/2) 2.

[26] Zur Ministerverantwortlichkeit siehe: Hans von FRISCH, Die Verantwortlichkeit der Monarchen und höchsten Magistrate (Berlin 1904), Franz HAUKE, Die Lehre von der Ministerverantwortlichkeit (Wien 1880), Adalbert LUCZ, Ministerverantwortlichkeit und Staatsgerichtshöfe. Eine staatsrechtliche Abhandlung (Wien 1893), Christoph SCHMETTERER, Die Funktion von kaiserlicher Sanktion und ministerieller Gegenzeichnung in der österreichischen Gesetzgebung 1861–1918, in: Journal on European History of Law 3/Nr. 2 (2012) 40–46, hier 40–43.

[27] OLECHOWSKI-HRDLCKA, Gemeinsame Angelegenheiten 464–469.

Ergebnis bedeutete das für die gemeinsamen Angelegenheiten: Für Anordnungen des Kaisers aufgrund einer Prärogative war staatrechtlich niemand verantwortlich, für gegenzeichnungspflichtige Anordnungen war theoretisch der gegenzeichnende Minister verantwortlich; die Verantwortlichkeit konnte aber praktisch nicht geltend gemacht werden. Somit hätte es nach dem österreichischen Verfassungsrecht so oder so niemanden gegeben, der für die Kriegserklärung an Serbien zur Verantwortung gezogen werden konnte.

Die tatsächliche Vorgehensweise bei der Kriegserklärung an Serbien 1914 entsprach der herrschenden Lehre von der Prärogative des Kaisers. Die innerstaatliche Entscheidung für den Krieg im Sinne des Art. 5 StGG-ARVG traf Kaiser Franz Joseph am 28. Juli 1914, indem er den Vortrag Berchtolds vom 27. Juli genehmigte. Diese Entscheidung des Kaisers wurde nicht gegengezeichnet.

Als Kaiser Franz Joseph den Vortrag Berchtolds erhielt, lag die Entscheidung über Krieg und Frieden in seiner Hand. Er war zu diesem Zeitpunkt rechtlich völlig frei „ja" oder „nein" zum Krieg zu sagen.[28] Er war der Entscheidungsträger im Rechtssinn, er war es, der den Krieg begann. Dennoch konnte er für diese Entscheidung nicht verantwortlich gemacht werden, weil er kraft seiner Position als Kaiser unverantwortlich war. In seinem berühmten Kriegsmanifest „An meine Völker" schrieb der Kaiser allerdings:

„In dieser ernsten Stunde bin Ich Mir der ganzen Tragweite Meines Entschlusses und Meiner Verantwortung vor dem Allmächtigen voll bewußt."[29]

Franz Joseph sprach hier zwar von seiner Verantwortung, aber es war eben seine (moralische) Verantwortung vor Gott und gerade nicht seine rechtliche Verantwortung.

Weil die Entscheidung des Kaisers nicht gegengezeichnet wurde,[30] war auch sonst niemand dafür verantwortlich. Somit gab es niemanden, der im staatsrechtlichen Sinn für die Entscheidung, Serbien den Krieg zu erklären, und damit für den Beginn des Ersten Weltkriegs verantwortlich war.

IV. Strafrechtliche Relevanz?

Außenminister Berchtold war zwar staatsrechtlich nicht für den Beginn des Krieges verantwortlich. Hingegen ist es denkbar, dass er durch seine Vorgehensweise bezüglich des angeblichen Gefechts von Temes Kubin den Tatbestand des Hochverrats verwirklichte.

Hochverrat war 1914 (für die österreichische Reichshälfte) in § 58 des StG 1852 geregelt. Diese Bestimmung enthielt in lit. a die gegen den Kaiser gerichteten Formen des Hochverrats:[31]

„Das Verbrechen des Hochverrates begeht: wer etwas unternimmt, a) wodurch die Person des Kaisers an Körper, Gesundheit oder Freiheit verletzt oder gefährdet oder eine Verhinderung der Ausübung seiner Regierungsrechte bewirkt werden soll;"

In dieser Bestimmung wurden zwei grundlegend unterschiedliche Formen des Hochverrats gegen den Kaiser pönalisiert: Einerseits die Verletzung oder Gefährdung seiner Person, andererseits eine Einflussnahme auf seine Regierungshandlungen. Die zweite Begehungsform war durch das StG 1852 neu eingeführt worden.[32] Sie bezog sich auf die Rechte des Kaisers als Staatsoberhaupt – seit 1867 so, wie sie in der Dezemberverfassung festgelegt worden waren.[33] Jede Hinderung des Kaisers an der Ausübung seiner Regierungsrechte durch irgendeine Form von Gewalt verwirklichte schon den ersten Fall des § 58 StG. Als Anwendungsbereich für den zweiten Fall blieb daher nur eine Hinderung von Regierungsakten durch List und Täuschung. Die ausführlichsten Überlegungen zum zweiten Fall des § 58 StG stammen von Hye, der noch dazu Redaktor des Gesetzes war.[34] Er nannte unter anderem folgende Handlungen, durch die Hochverrat nach dieser Bestimmung verwirklicht werden konnte:

„[…] oder wodurch dem Kaiser etwas Anderes zur Unterschrift oder zur Vollziehung vorgelegt würde, als was er angeordnet hatte, oder die zur a.h. Bestätigung oder Unterschrift bestimmten Vorlagen, oder auch die bereits ausgefertigten kaiserlichen Anordnungen, Ernennungs-Acte u. dgl. unterschlagen, vernichtet, verfälscht werden würden u.s.f. u.s.f."[35]

§ 58 war als Verbrechen ein Vorsatzdelikt, für dessen Begehung Eventualvorsatz gemäß § 1 StG genügte. Eine Besonderheit des Hochverrats war die Konstruktion als Angriffsdelikt. Das bedeutete, dass schon jeder Versuch, ja sogar jegliche Vorbereitungshandlung schon als vollendetes Delikt strafbar war.[36]

Im Zusammenhang mit Berchtolds Vorgehen bei der Entscheidung für den Krieg kommt die Verwirklichung des § 58 lit. a 2. Fall gleich zwei Mal in Betracht: Einerseits weil der Außenminister die Entscheidung des Kaisers durch unrichtige Angaben (nämlich durch die Falschmeldung über das Gefecht von Temes Kubin) beeinflusste, andererseits weil er Anordnung des Kaisers nachträglich änderte, indem er den Verweis auf das nicht stattgefundene Gefecht nachträglich und eigenmächtig aus der Kriegserklärung strich.

Beim ersten Punkt stellt sich die zunächst die Frage, ob diese Falschmeldung überhaupt den Tatbestand des Hochverrats

---

28 Auch wenn die politische Entscheidung für den Krieg schon wesentlich früher – schon vor der Absendung der *Demarche* an Serbien – gefällt worden war, war dies der rechtlich relevante Entscheidungszeitpunkt.

29 Wiener Zeitung, 29. 7. 1914, Nr. 175.

30 Berchtold unterschrieb zwar die die aufgrund der kaiserlichen Ermächtigung ergehende Kriegserklärung, doch das war gerade keine Gegenzeichnung im technischen Sinn.

31 Dazu Anton HYE, Das österreichische Strafgesetz über Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen und die Pressordnung vom 27. Mai 1852, 1. [und einziger] Bd. (Wien 1855) 680–686; August FINGER, Das Strafrecht systematisch dargestellt, Bd. 2 (Berlin 1910) 502–503.

32 Nur bezüglich der Begehung in Druckschriften war die (gewalttätige) Hinderung der Ausübung der Regierungsrechte des Kaisers schon durch das Preßgesetz 1849 eingeführt worden (RGBl. 161/1849, § 23).

33 Siehe die Auflistung bei August FINGER, Das Strafrecht systematisch dargestellt, Bd. 2 (Berlin 1910) 503.

34 Hugo HOEGEL, Geschichte des Österreichischen Strafrechts mit einer Erläuterung seiner grundsätzlichen Bestimmungen, 2 Hefte (Wien 1904 –1905) 94–96.

35 HYE, Strafgesetz 683.

36 HYE, Strafgesetz 684–685.

nach § 58 lit. a 2. Fall StGB verwirklichte. Bei der Entscheidung über Krieg und Frieden nach Art. 5 handelte es sich jedenfalls um ein Regierungsrecht.[37] Tatbestandsmäßig wäre Berchtolds Vorgehen aber nur dann gewesen, wenn das Vorlegen einer unrichtigen Entscheidungsgrundlage schon eine Hinderung an der Ausübung dieses Regierungsrechts war. Ob das der Fall war, lässt sich nicht ganz eindeutig sagen. Fälle, in denen diese Frage hätte ausjudiziert werden können, kamen nicht vor österreichische Gerichte, und auch die zeitgenössische Literatur zum StG behandelte speziell diese Frage nicht ausdrücklich. Durch die Falschmeldung über Temes Kubin verhinderte Berchtold die Entscheidung des Kaisers über Krieg und Frieden zwar nicht völlig, aber er manipulierte sie zumindest potentiell. Es erscheint meines Erachtens eher wahrscheinlich, dass auch diese Form der Manipulation einer Regierungshandlung des Kaisers in einem Gerichtsverfahren als eine Hinderung an der Ausübung seiner Regierungsrechte und damit als Hochverrat qualifiziert worden wäre. Dies gilt umso mehr, als die österreichische Judikatur bis zum Ende der Monarchie eindeutig die Tendenz hatte, jene Tatbestände, durch die Staat und Herrscher geschützt wurden, sehr weit zu interpretieren.

Hätte man die Tatbestandsmäßigkeit von Berchtolds Falschmeldung über Temes Kubin grundsätzlich bejaht, hätte es keine Rolle mehr gespielt, ob diese Falschmeldung die Entscheidung des Kaisers tatsächlich beeinflusste oder nicht. Wegen der Konstruktion des Hochverrats als Angriffsdelikt hätte schon die versuchte Manipulation der Entscheidung des Kaisers das vollendete Delikt des Hochverrats verwirklicht. Schließlich konnte Berchtolds Vorgehens nur dann hochverräterisch sein, wenn er vorsätzlich gehandelt hatte. Er hätte es zumindest ernstlich für möglich halten müssen, dass die Meldung über das Gefecht von Temes Kubin falsch war[38] (und die Entscheidung des Kaisers über Krieg und Frieden beeinflussen könnte).

Die zweite möglicherweise hochverräterische Handlung Berchtolds war, den Verweis auf Temes Kubin eigenmächtig aus dem vom Kaiser genehmigten Text der Kriegserklärung zu streichen. Auch hier stellt sich die Frage, ob das eine Hinderung an der Ausübung der Regierungsrechte war. Hye nannte in seiner Aufzählung möglicher Begehungsformen ausdrücklich auch das Verfälschen bereits ausgefertigter Anordnungen des Kaisers. Hier dachte er wohl primär an Verfälschungen, durch welche der Tenor einer kaiserlichen Anordnung verändert wurde. Im konkreten Fall wurde aber lediglich die Begründung geändert; die Substanz der kaiserlichen Entscheidung, nämlich Serbien den Krieg zu erklären, blieb aber unverändert. Daher könnte man überlegen, ob diese Verfälschung tatsächlich eine Hinderung an der Ausübung der Regierungsrechte war. Allerdings erscheint es zweifelhaft, ob hier überhaupt eine trennscharfe Abgrenzung zwischen Tenor und Begründung einer kaiserlichen Entscheidung möglich gewesen wäre. Schließlich konnte ein und dieselbe Entscheidung durch unterschiedliche Begründungen einen ganz anderen Charakter erhalten. Vor dem Hintergrund dieser Überlegung und angesichts der Tendenz der österreichischen Judikatur, die Tatbestände des Hochverrats weit auszulegen, verwirklichte Berchtold wohl den Tatbestand des § 58 lit. a 2. Fall StG, als er den Verweis auf Temes Kubin aus der Kriegserklärung strich.

Diese Überlegungen zur strafrechtlichen Relevanz von Berchtolds Vorgehensweise bleiben aber rein theoretisch. Im Sommer 1914 wurden sie offenbar nicht angestellt. Das hängt wohl damit zusammen, dass Kaiser Franz Joseph die Vorgehensweise Berchtolds im Endeffekt billigte – auch wenn er zunächst sehr ungehalten gewesen sein soll.[39] Theoretisch konnte auch die nachträgliche Billigung des Kaisers als des Verletzten nichts an der allfälligen Strafbarkeit von Berchtolds Verhalten ändern.[40] Praktisch führte sie aber dazu, dass diese Frage nie thematisiert wurde.

V. Die Kriegserklärung aus völkerrechtlicher Sicht

Die staatsrechtliche Entscheidung für den Krieg wurde schon dadurch getroffen, dass der Kaiser den Vortrag des Außenministers genehmigte und ihm die Ermächtigung zur Kriegserklärung erteilte. Für den völkerrechtlichen Beginn des Krieges war hingegen erst die Kriegserklärung an Serbien relevant. Beides geschah am selben Tag, und selbstverständlich war die staatsrechtliche Entscheidung des Kaisers die Voraussetzung für völkerrechtliche Kriegserklärung. Dennoch muss zwischen beiden Akten differenziert werden.

Nur wenige Jahre vor Beginn des Ersten Weltkriegs hatte 1907 die zweite Haager Friedenskonferenz stattgefunden.[41] Im Zuge dieser Konferenz wurden die Vereinbarungen von der ersten Haager Friedenskonferenz 1899 abgeändert und im 3. Haager Übereinkommen durch Regeln über die Modalitäten einer Kriegserklärung ergänzt.[42] Konkret enthielt das 3. Haager Übereinkommen in Art. I folgende Regeln für Kriegserklärungen:

„Die Vertragsmächte erkennen an, daß die Feindseligkeiten untern ihnen nicht beginnen dürfen ohne ein vorausgehende unzweideutige Benachrichtigung, die entweder die Form einer mit Gründen versehenen Kriegserklärung oder die eines Ultimatums mit bedingter Kriegserklärung haben muß."

[37] FINGER, Strafrecht 503.

[38] RAUCHENSTEINER, Entfesselung in Wien 369.

[39] RAUCHENSTEINER, Tod des Doppeladlers 93–94.

[40] Natürlich hätte der Kaiser, wenn es tatsächlich zu einem Verfahren gegen Berchtold gekommen wäre, das Verfahren niederschlagen können oder Berchtold begnadigen können. Das ist aber von einer allfälligen Strafbarkeit an sich strikt zu unterscheiden.

[41] Zu den Haager Friedenskonferenzen siehe: Jost DÜLFFER, Regeln gegen den Krieg? Die Haager Friedenskonferenzen 1899 und 1907 in der internationalen Politik (Frankfurt 1981).

[42] RGBl. 179/1910; gerade in den Jahren nach 1907 erschienen mehrere Dissertationen, welche die geschichtliche Entwicklung der Kriegserklärungen und die neuen Regelungen der behandelten: Friedlieb AUERBACH, Die Kriegserklärung. Eine völkerrechtliche Studie (Göttingen 1914); Emil REUTER, Die Kriegserklärung. Ihre Geschichte und ihre Regelung auf der 2. Haager Friedenskonferenz (Würzburg 1913); Otto ROESSLER, Die Kriegserklärung und ihre Wirkungen nach modernem Völkerrechte (Berlin 1912), Andreas STEINLEIN, Die Form der Kriegserklärung. Eine völkerrechtliche Untersuchung (München u.a. 1917); Werner ZELLMANN, Die Kriegserklärung im völkerrechtlichen Verkehr (Greifswald 1913); die umfassendste dieser insgesamt sehr ähnlichen Arbeiten ist jene von Steinlein.

Im 19. Jahrhundert war es, wie schon davor, umstritten gewesen, ob überhaupt eine Kriegserklärung erforderlich war, um einen Krieg völkerrechtskonform zu beginnen.[43] Auch die Staatenpraxis des 19. und frühen 20. Jahrhunderts war uneinheitlich.[44] Diese Frage wurde durch das 3. Haager Übereinkommen eindeutig entschieden, indem eine Kriegserklärung verbindlich vorgeschrieben wurde.

Im 3. Haager Übereinkommen wurde nicht nur normiert, dass Kriegserklärungen verpflichtend waren, sondern auch, dass sie eine Begründung enthalten mussten. Dabei wurden aber keinerlei inhaltliche Anforderungen an eine derartige Begründung gestellt. Schließlich wurde diskutiert, ob die Einhaltung einer Frist zwischen der Kriegserklärung und dem Beginn der Feindseligkeiten zwingend vorgeschrieben werden sollte. Dies wurde aber letztlich nicht umgesetzt. Allerdings wurde festgelegt, dass die Kriegserklärung den Feindseligkeiten vorausgehen musste. Die Feindseligkeiten durften also frühestens unmittelbar nach der Kriegserklärung eröffnet werden.[45]

Das 3. Haager Übereinkommen enthielt keine besonderen Vorschriften über Form und Übermittlung einer Kriegserklärung. Es war lediglich festgelegt, dass eine Kriegserklärung in Form einer selbständigen Erklärung oder bedingt im Zuge eines Ultimatums ergehen konnte. Im zweiten Fall enthielt das Ultimatum schon eine Kriegserklärung, die allerdings dadurch bedingt war, dass die gestellten Forderungen nicht erfüllt würden.[46]

Schließlich stellte Art. II noch einmal ausdrücklich fest, dass die Vorschriften des Art. I über Kriegserklärungen nur für Vertragsstaaten des 3. Haager Übereinkommen galten. Das bedeutete, dass dieses Übereinkommen auf die Kriegserklärung Österreich-Ungarns an Serbien gar nicht anwendbar war. Das Übereinkommen war zwar sowohl von Österreich-Ungarn als auch von Serbien unterzeichnet worden, ratifiziert hatte es aber nur Österreich-Ungarn, Serbien hingegen nicht.[47]

Dennoch entsprach das Vorgehen Österreich-Ungarns gegenüber Serbien den Vorgaben des 3. Haager Übereinkommens. Es gab eine formelle Kriegserklärung, und diese war auch begründet. Der ursprüngliche vom Kaiser genehmigte Text enthielt sogar zwei Begründungen, nämlich die unzureichende Beantwortung der österreichisch-ungarischen Note vom 23. Juli und das angebliche Gefecht von Temes Kubin. Auch nachdem Berchtold den Verweis auf Temes Kubin gestrichen hatte, enthielt die Kriegserklärung mit den Ausführungen zur unzureichenden serbischen Antwort noch immer eine Begründung.

Obwohl Österreich-Ungarn an Serbien Forderungen gestellt hatte, die nach österreichisch-ungarischer Auffassung nicht ausreichend erfüllt worden waren, handelte es sich bei der Kriegserklärung vom 28. Juli doch um eine selbständige Erklärung. Die österreichisch-ungarische Note vom 23. Juli wurde zwar schon von den Zeitgenossen vielfach Ultimatum genannt, offiziell war sie aber lediglich als *„Demarche“* bezeichnet worden.[48] Das mag damit zusammenhängen, dass es sich gerade nicht um ein Ultimatum mit bedingter Kriegserklärung im Sinne des Art. I des 3. Haager Übereinkommenshandelte. Österreich-Ungarn drohte für den Fall der unzureichenden Beantwortung nur den Abbruch der diplomatischen Beziehungen an.[49] Der gesamte Text der Demarche erwähnte eine Kriegserklärung mit keinem Wort – auch wenn diese Möglichkeit natürlich unausgesprochen im Raum stand.

Es bleibt die Frage, warum Österreich-Ungarn bei der Kriegserklärung an Serbien den Bestimmungen des 3. Haager Übereinkommens entsprach, obwohl dies gegenüber Serbien gar nicht nötig gewesen wäre. Der Grund liegt wohl darin, dass man in Österreich-Ungarn damit auf der sicheren Seite war. Die Vorgaben des 3. Haager Übereinkommens waren klar und eindeutig; für das Völkergewohnheitsrecht aus der Zeit davor hingegen, das auf Nicht-Vertragsstaaten des Haager Übereinkommens auch weiterhin anwendbar war, galt das keineswegs. Das (bisherige) Völkergewohnheitsrecht stellte aber nirgends strengere Anforderungen an den völkerrechtsgemäßen Beginn eines Krieges als das 3. Haager Übereinkommen. Österreich-Ungarn konnte daher davon ausgehen, dass der Beginn von Feindseligkeiten, wenn er den Vorgaben des 3. Haager Übereinkommens entsprach, jedenfalls völkerrechtskonform war – auch gegenüber Staaten, die nicht Partei des Übereinkommens waren. Außerdem folgten auch die Kriegserklärungen der Balkanstaaten am Beginn des Ersten Balkankriegs 1912 den Vorgaben des 3. Haager Übereinkommens. (Der Beginn des zweiten Balkankriegs 1913 entsprach hingegen nicht dem Übereinkommen.)[50]

Ein weiterer Grund könnte auch darin gelegen sein, dass auch die österreichische Verfassung in Art. 7 StGG-ARVG vorsah, dass Kriege erklärt und nicht einfach de facto begonnen werden.

Wie bereits ausgeführt enthielt das 3. Haager Übereinkommen keine Vorschriften über die Übermittlung einer Kriegserklärung. Es war aber die völlig herrschende Lehre, dass eine Kriegserklärung eine einseitige Erklärung war, die empfangsbedürftig, nicht aber annahmebedürftig war.[51] Auf welchem Weg der Empfänger die Kriegserklärung erhielt, war an sich egal. Der „Normalfall“ bestand am ehesten darin, dass ein diplomatischer Vertreter des kriegserklärenden Staates dem Außenminister des Empfängerstaates die Kriegserklärung überreichte. Diese Vorgehensweise wurde auch bei den meisten Kriegserklärungen im Lauf des ersten Weltkriegs eingehalten. Im Fall der österreich-ungarischen Kriegserklärung an Serbien war das allerdings nicht möglich, weil die diplomatischen Beziehungen bereits abgebrochen waren. So wurde die

[43] AUERBACH, Kriegserklärung 25–29.
[44] Überblicke bei: STEINLEIN, Form der Kriegserklärung 57–73.
[45] REUTER, Kriegserklärung 59–60.
[46] AUERBACH, Kriegserklärung 39–51; REUTER, Kriegserklärung 60–62.
[47] RGBl. 179/1910; vgl. auch BITTNER, UEBERSBERGER, Außenpolitik, Anmerkung zu Nr. 10862.
[48] Dazu STEINLEIN, Form der Kriegserklärung 80, besonders Anm. 2.
[49] Zum Abbruch der diplomatischen Beziehungen: STEINLEIN, Form der Kriegserklärung 140–143; ZELLMANN, Kriegserklärung 90–91.
[50] STEINLEIN, Form der Kriegserklärung 78, Anm. 12; ZELLMANN, Kriegserklärung 64–67.
[51] STEINLEIN; Form der Kriegserklärung 123.

Kriegserklärung telegraphisch an das serbische Außenministerium an übermittelt.[52] Da das Völkerrecht keine bestimmte Form der Übermittlung vorgab, war dies jedenfalls zulässig. Das Problem bestand allerdings darin, dass man sich in Österreich-Ungarn gar nicht sicher sein konnte, dass Serbien die Kriegserklärung überhaupt erhalten hatte, dann aber die Feindseligkeiten begann. Der österreichische Völkerrechtler Alexander Freiherr von Hold-Ferneck versuchte daher zu konstruieren, dass schon das Abschicken der Kriegserklärung ausreichend gewesen sei. Dabei handelte es sich aber um eine Sondermeinung, die er offenkundig nur zur Rechtfertigung dieser besonderen Situation entwickelt hatte.[53]

Tatsächlich erhielt Serbien aber die österreichisch-ungarische Kriegserklärung. Dies wurde auch von serbischer Seite nicht bestritten. Es wurde wohl nicht in Zweifel gezogen, dass die Kriegserklärung vom 28. Juli 1914 völkerrechtskonform war. Der Beginn des Ersten Weltkriegs war also formaljuristisch nicht bedenklich – politisch war er es umso mehr.

[52] BITTNER, UEBERSBERGER, Außenpolitik, Anmerkung zu Nr. 10862; dieser Art der Übermittlung hatte der Kaiser mit der Genehmigung von Berchtolds Vortrag vom 27. 7. 1914 auch ausdrücklich zugestimmt.

[53] Ebd.

A Crime by all means – Female same-sex Sexuality in the First Republic of Austria*

*Elisabeth Greif***

Abstract

Sexual acts between people of the same sex, called "unnatural fornication" (Unzucht wider die Natur), were still criminalized in 19th and 20th century Austria. Given that Austria was among the very few European countries criminalizing male and female same-sex acts, this paper will scrutinize the impact of the culprit's gender on proceedings as well as the almost invisibility of female same-sex acts suggesting that the sexual categories introduced by fin-de-siĕcle sexologists, mostly – if not solely – applied to male defendants.

Key words: *unnatural fornication; homosexuality; criminal law; sexology; gender; Interwar period; prostitution.*

1. Introduction

On October 9th, 1928, the mechanic Joseph R. reported to the Viennese vice squad that his fiancée, sixteen years old Margarethe H., engaged in prostitution and that "lesbian and unnatural orgies happened daily between her and her landlady"[1]. The prosecution brought a charge of sodomy, unnatural fornication and procuration against Margarethe H. and three other women. To avoid an unfortunate encounter between her and her co-defendants, juvenile Margarethe H. was brought to trial in Linz, the capital of Upper-Austria, whereas concerning the latter the trial took place in Vienna. The judgement found Margarethe H. guilty of unnatural fornication with persons of the same sex based on the fact that she and two other women satisfied each other orally and by mutual masturbation. At the beginning of the 20th century it was established practice in Austrian jurisdiction that these acts constituted unnatural fornication but it was not long before that this interpretation was widely contested in Austrian legal discourse.

Governmental attempts to regulate and control human sexuality become most evident in criminal codes. According to Isabel Hull, historically there have been three different types of illicit sexual or sex-related acts: violent forms of heterosexuality, typically with a male offender and a female victim; violent deeds arising from heterosexual intercourse like abortion or infanticide and finally voluntary sexual acts which were no result of violence or coercion but offended against religion or morality. Concerning this last-mentioned category, prosecution was not justified by protection of people but by ethical values.[2] Among those acts leading to criminal proceedings although not interfering with the physical integrity of others was "unnatural fornication"[3] (*Unzucht wider die Natur*). Unnatural fornication was still criminalized during the 19th and 20th century as either

* This paper was written during a research stay at the Center for Study of Law and Society, Berkeley Law, University of California, Berkeley. The author wishes to thank Anuscheh Farahat, Anne Tamar-Mattis and Waltraud Ernst who read earlier drafts of the paper and made valuable suggestions.

** Ass. Prof. Dr. Elisabeth Greif, Department for Legal Gender Studies, Johannes Kepler University Linz, Austria.

1 "… dass … sich lespische [sic!] und wiedernatürliche [sic!] Orgien täglich abspielen …", OÖLA, BG/LG Linz, Schachtel 343, 13 Vr 810/29 (all translations made by the author).

2 See HULL, Isabel, Sexualstrafrecht und geschlechtsspezifische Normen in den deutschen Staaten des 17. und 18. Jahrhunderts, in GERHARD, Ute, (ed), Frauen in der Geschichte des Rechts. Von der Frühen Neuzeit bis zur Gegenwart, München, 1997, p. 221-234, p. 223.

3 I chose to use the translation "unnatural fornication" for the German term *widernatürliche Unzucht* as Tracie Matysik suggests in her article on female homosexuals in Fin de siĕcle Germany; see MATYSIK, Tracie, "In the Name of the Law: The 'Female Homosexual' and the Criminal Code in Fin de Siĕcle Germany", *Journal of the History of Sexuality*, Vol. 13, No 1, 2004, p. 26-48. The term "unnatural fornication" is also applied by Jens Rydström in a study on bestiality and homosexuality in Sweden from 1880 to 1950; see RYDSTRÖM, Jens, Sinners and citizens: Bestiality and Homosexuality in Sweden, 1880-1950, Chicago and London, 2003. Rydström also uses the terms "fornication against nature" and "crime against nature" which I will likewise use. The term "sodomy" (*Sodomie*), on the contrary, is used in 19th and 20th century in Austrian legal language solely to describe sexual acts of humans with animals. Such, it forms just one alternative of the crime "unnatural fornication", the other alternative are sexual acts between people of the same sex. "Gross indencency", a term sometimes used and best translated as *schwere Unzucht*, includes a lot more than same sex sexuality and bestiality and while it was certainly enough understood to be immoral it was not necessarily understood to be "against nature".

sodomia ratione sexus (unnatural fornication between people of the same sex) or *sodomia ratione generis* (unnatural fornication with an animal).[4]

During the 18th century "sexuality" became a subject of medicine and till the beginning of the 19th century even its non-procreative forms were no longer considered to be sinful or blasphemous. Nevertheless, crimes against nature were not affected by the liberalization of the legislation on sex crimes during and after Enlightenment.[5] With the decrease of religious reasoning for the punishability of non-procreative and extramarital sexual acts Christianity lost the normative power concerning same-sex sexual acts to a newly emerging science: sexology.[6] The knowledge provided by sexologists constituted different types of human beings and sexualities. The pathologizing of same-sex sexuality and the increasing discourse about the various forms of sexual behaviour influenced legal practice as well. Given that in Austrian law from 1803 on there had been no change in the wording of the crime one could conclude that there was no change in the prosecution of same-sex acts as well. In contrast, an analysis of legal discourse and legal practice in contrast shows a significant tendency to broaden the legal interpretation at the end of the 19th and the beginning of the 20th century.[7] By this time, Austria was among the very few European countries still criminalizing male as well as female same-sex sexual acts.[8]

This paper is based on an analysis of the decisions of the Austrian Supreme Court of Justice and the legal records of the Regional criminal court in Linz. The last mentioned data consists of 280 files of criminal cases, including a total of 463 persons accused of unnatural fornication, 17 women amongst them. Assuming that the culprit's gender had certain impacts not only on the probability of prosecution but also on the criminal proceedings themselves this paper will analyse why – in contrast to male same-sex behaviour – sexuality between women remained almost invisible in legal discourse and legal practice. Medical as well as legal discourse described sexual acts between women as rare and deficient. Still, it was the criminalization of same-sex acts between both sexes together with sexology's findings that led to the significant broadening of legal interpretation in Austria at the beginning of the 20th century. But sexologists not only focused on the question of which acts were to be seen as sexual acts. They also raised the issue whether culprits diagnosed to suffer from so called "contrary sexual feelings" or "sexual inversion" could be considered responsible for their deeds. Therefore the paper will finally focus on whether this question was answered in the same way for male and female defendants.

2. The invisible woman

Most European countries ceased to punish female same-sex acts during the 19th century.[9] Because of its gender-neutral wording Austrian law in contrast criminalized unnatural fornication between men as well as between women until the partial reform of criminal law in 1971.[10] In Austria, as in other European countries including women in the legislation, only a handful of them were prosecuted. Proportions of male and female defendants throughout Austria show an average of a little less than 5 percent women charged with unnatural fornication.[11] The greater silence on female same-sex sexuality might be due to the fact that sexual acts between women were not taken as seriously as male same-sex sexuality and therefore were noticed less often. Austrian jurists like Eduard Senft and August Brunner doubted whether two women could engage in sexual intercourse at all. While according to Brunner, sexual intercourse between two females was simply impossible,[12] Senft reckoned that the "indecent embraces between woman and woman" offering little enough pleasure were just compensatory acts for lack of heterosexual intercourse. Even if carried out with a "membrum artificiosum" Senft considered them just masturbatory deeds.[13]

In his famous and influential book "Psychopathia sexualis" the Austro-German sexologist and psychiatrist Richard von Krafft-Ebing summed up contemporary beliefs:

> "[S]exual inversion does not affect woman in the same manner as it does man, for it does not render woman impotent; … because woman (whether sexually inverted or not) is by nature not as sensual and certainly not as aggressive in the pursuit of sexual needs as man, for which reason the inverted sexual intercourse

[4] For this terminology see FEUERBACH, Anselm, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, Aalen, 1986 (14th edition, originally published in 1847), p. 740.

[5] While masturbation or non-procreative sexual acts between man and woman ceased to be punished by the end of the 18th century, unnatural fornication remained a crime.

[6] See LAUTMANN, Rüdiger, Seminar: Gesellschaft und Homosexualität, Frankfurt am Main, 1977, p. 126.

[7] A similar observation is made by Jörg Hutter concerning Paragraph 175 of the German criminal law. In Germany from 1871 on only male-male sexual acts have been penalized. See HUTTER, Jörg, Die gesellschaftliche Kontrolle des homosexuellen Begehrens. Medizinische Definitionen und juristische Sanktionen im 19. Jahrhundert, Frankfurt am Main, 1991, p. 31-60.

[8] Besides Austria Magnus Hirschfeld lists Finnland, Sweden, the Netherlands, Greece and some Swiss cantons as still criminalizing same-sex acts between women at the beginning of the 20th century; see HIRSCHFELD, Magnus, Die Homosexualität des Mannes und des Weibes, Berlin, 1914, p. 842.

[9] See also LÖFSTRÖM, Jan, "A Premodern Legacy: The 'Easy' Criminalization of Homosexual Acts Between Women in the Finnish Penal Code of 1889", Journal of Homosexuality, No. 35: 3-4, 1998, p. 53-79.

[10] *Bundesgesetz vom 8. Juli 1971, mit dem das Strafgesetz, die Strafprozessordnung und das Gesetz über die bedingte Verurteilung geändert und ergänzt werden (Strafrechtsänderungsgesetz 1971)*, BGBl 1971/273.

[11] See MÜLLER, Albert, FLECK, Christian, "'Unzucht wider die Natur' – Gerichtliche Verfolgung der 'Unzucht mit Personen gleichen Geschlechts' in Österreich von den 1930er bis zu den 1950er Jahren", *Österreichische Zeitschrift für Geschichtswissenschaften,* Vol. 9, No. 3, 1998, p. 400-422, p. 419.

[12] See BRUNNER, August, "Die Rechtsprechung des Kassationshofes in Wien", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1903, p. 795-805, p. 800.

[13] See SENFT, Eduard, Bemerkungen über das Verbrechen der widernatürlichen Unzucht, *Österreichische Vierteljahresschrift für Rechts- und Staatswissenschaft*, 1866, p. 195-233, p.211.

among women is less noticeable, and by outsiders is considered mere friendship."[14]

The idea of a discrete female sexuality contradicted contemporary ideas of sexuality privileging heterosexual coitus over all other forms of sexual expression.[15] Thus, equalizing friendship and love between women functions as one explanation for the invisibility of female unnatural fornication,[16] but there might also exist another one: legal authorities tended to state some sort of "shamelessness" or "foulness" in female defendants thus establishing and maintaining a general connection between lewdness and female same-sex behaviour. Focusing on female sexual deviance in general obstructed the view for more specific sexual deviations in women. In a case about two girls in 1925 the coroner of the court district of Linz, for example, noted:

"Without being asked the girl unabashedly mentions more unsavoury detail about [her codenfendant's] habits, which have nothing to do with the present case but proof the absolute shamelessness of [her co-defendant]."[17]

In his study "Tribades on Trial" Theo van der Meer came to the conclusion that late 19th and early 20th century medical practice in the Netherlands ignored romantic friendships between women and focused mainly "on the tribade as a lewd or morally degenerated woman".[18] These women were generally characterized by an irregular life on the margins of society. The connection between lewdness and same-sex behaviour seemed to be still at play in Austria in the early 20th century. The fact that a considerable number of women charged with unnatural fornication were prostitutes, likely to be linked to sexual deviance and criminal behaviour, fortified this perception.[19] Prostitutes indicated a transgression: As "public women" they left the private sphere normally considered to be the female domain, and they signalized autonomous female sexual subjectivity.[20] Prostitution was held paradigmatic when it came to female lewdness and criminality.[21] Hence, the second narrative consisted in the linkage between prostitution, and female same-sex sexuality. The topos of the "tribade-prostitute" was to be found in various European countries.[22]

The crime of unnatural fornication between women crossed the line in more than one aspect: Same-sex sexual acts were considered to be lewd because they did not take place within marriage, the legal institution intended for sexual intercourse, and they were considered to be unnatural because they were not procreational in intent and did not fit into the heterosexual matrix.[23] Krafft-Ebing proved to be well aware of this, citing Parent-Duchatelet's "De la prostitution" (1857):

"… there are prostitutes who let themselves be known as given to tribadism; persons who have been in prison for years, and in these hot-beds of Lesbian love, ex abstinentioa, acquired this vice. It is interesting to know that prostitutes hate those who practice tribadism, – just as men abhor pederasts; but female prisoners do not regard the vice as indecent."[24]

So, Krafft-Ebing established a discursive connection between prostitution as the archetypal example of (female) sexual deviance and female same-sex behaviour and sexual desire. Following this assumption the investigating detective in one of the cases at the criminal court of Linz stated that the defendant, a prostitute named "Rita", was "perverted due to her profession"[25]. Hence, the conjunction between prostitution, female same-sex sexuality and female criminality was frequently reproduced both in the fields of criminal law and of sexology and impeded the perception of female same-sex sexuality as phenomenon of its own.

Since contemporary beliefs ascribed sexual aggression and autonomy to men and sexual sedateness to women, women's autonomous sexual behaviour was in need for an explanation. This explanation was found in the paradigm of "sexual inversion" – a model based on the reversal of sexual traits within men and women. If women acted like men concerning their

[14] KRAFFT-EBING, Richard, Psychopathia Sexualis with especial reference to the Antipathic Sexual Instinct. A medico-forensic study, London, 1905, p. 395-396. This argument was resurrected in the late 20th century when same-sex acts between women and between adult men became legal whereas acts between an adult male person and a male person between 14 and 19 (later 18) years of age remained punishable; see Regierungsvorlage Strafrechtsänderungsgesetz (1970), 39 BlgNR XII. GP.

[15] How influential this perception proves to be is very well shown in Klaus Schwaighofer's opinion that a sexual act can only constitute rape if a penis is involved; see SCHWAIGHOFER, Klaus, *Juristische Blätter*, 1992, p. 729 (OGH 23.4.1992, 15 Os 11/92). Schwaighofer changed his opinion six years later following the Supreme Court of Justice's jurisdiction on the subject matter; see SCHWAIGHOFER, Klaus, "Zur Reform des Sexualstrafrechts durch das StRÄG 1998", *Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung*, 1998/99, p. 150-157, p. 154.

[16] Concerning this assumption see as well KNAUS, Kordula, "Mere Mates or Mainly Monsters: Homoeroticism and Homosexuality in Operas Around 1900", in BARTSCH, Cornelia, GROTJAHN, Rebecca, UNSELD, Melanie (ed), Felsensprengerin, Brückenbauerin, Wegbereiterin. Die Komponistin Ethel Smyth, München, 2010, p. 175-188, p. 186.

[17] "Das Mädchen bringt ziemlich ungeniert und unbefragt noch weitere unappetitliche Details von den Gewohnheiten der [Mitangeklagten], die jedoch schließlich nichts mit der vorliegenden Sache zu tun haben, jedoch die völlige Schamlosigkeit der [Mitangeklagten] dartun.", OÖLA, BG/LG Linz Schachtel 310, Vr VI E 429/25.

[18] See VAN DER MEER, Theo, "Tribades on Trial: Female Same-Sex Offenders in Late Eighteenth-Century Amsterdam", *Journal of History of Sexuality*, Vol. 1, No. 3, 1991, p. 424-445, p. 444.

[19] Four out of a total of 17 women in my data were prostitutes.

[20] See ENGELSTEIN, Laura, "Gender and the Juridical Subject: Prostitution and Rape in Nineteenth-Century Russian Criminal Codes", *Journal of Modern History*, Vol. 60, 1988, p. 458-495, p. 471.

[21] The German title of Cesare Lombroso's famous book on female criminality – "Das Weib als Verbrecherin und Prostituierte" (1894) – maintained these linkage.

[22] See for example BECCALOSSI, Chiara, "The Origin of Italian Sexological Studies: Female Sexual Inversion, ca. 1870-1900", *Journal of the History of Sexuality,* 2009,Vol. 18, No. 1, p. 103-120, p. 114.

[23] For the term "heterosexual matrix" see BUTLER, Judith, Gender Trouble. Feminism and the Subversion of Identity, New York, 1990.

[24] KRAFFT-EBING, Psychopathia Sexualis, p. 608.

[25] "… infolge ihres Berufs pervers veranlagt"; OÖLA, BG/LG Linz Schachtel 353, 12 Vr 1962/29.

sexual choice they had to do so as well in other areas of life.[26] Concerning the punishability of unnatural fornication Krafft-Ebing considered Austrian legislation to be more coherent than the German one since Austria criminalized same-sex acts not only between men but also between women. Nevertheless he assumed that there had been no convictions of women under Austrian law:

> "Public opinion in Austria evidently considers sexual acts between women only as acts against morality, not against the law."[27]

In this regard Krafft-Ebing was mistaken as is clearly demonstrated by the jurisdiction not only of lower Austrian courts but also the Austrian Supreme Court of Justice.[28] Certainly, women were not perceived as sexual subjects in the same way as men and the number of women charged and convicted of unnatural fornication fell short of the number of male culprits. But the fact that from the *Constitutio Criminalis Theresiana*,[29] the very first Austrian criminal Code applicable to all Austrian provinces, until the second half of the 20th century same-sex acts between women were punishable and have indeed been punished signalizes the recognition of female sexual subjectivity.[30]

3. Defining sex

Despite legal and medical discourse attaching less importance to female same-sex sexuality the punishability of sexual behaviour between women became influential with regard to the interpretation of the law. The idea of women being incapable of having coitus with each other plus the fact that sexology shifted the focus from physical action to emotional sensation fostered the broad interpretation of the crime at the turn from 19th to 20th century. By 1787, with the Josephian criminal code[31] (*Josephinisches Strafgesetzbuch*) coming into force, the once manifold[32] sodomitical sins were reduced to two: Sexual acts between human beings and animals and between people of the same sex. Although those "carnal offences" ceased to be punished by death they remained crimes not only against morality but against human nature and were considered "a vilification of mankind". Soon the Josephian criminal code turned out to be in need of reform and an ad hoc established commission started to work out a draft that finally became the Austrian criminal code 1803[33] (*Strafgesetz 1803*). The criminal code 1803 – being more clandestine than the Josephian criminal code – only called for "unnatural fornication" to be a crime but did not specify which acts constituted this crime against nature. Irrespectively of the declaration that these acts were lewd as well as unnatural the wording of the law lacked an exact determination which acts were criminalized leaving the issue open to legal interpretation.

Sebastian Jenull, professor for criminal law and rector of the University of Graz, argued that unnatural fornication should be interpreted in the way the *Constitutio Criminalis Theresiana* had put it in 1769 penalizing not only sexual acts with animals and same-sex sexuality but also necrophilia, masturbation and unnatural sexual acts between man and woman, a term applying to anything that was not missionary position and procreative in intention.[34] District attorney Joseph Waser followed the opinion expressed in a decree of the Ministry of Justice (*Justiz-Hofdekret*) in 1824.[35] The decree was sent to the court of appeal for Tyrol and Vorarlberg answering the question posed by the appellate court whether onanism – in particular masturbation in front of others or mutual masturbation – was embraced by the term unnatural fornication. The replying decree made clear that the criminal code 1803 did not forbid any of the above mentioned forms of masturbation.[36]

During the following years legal practice constrained the crime to pederasty[37] and sodomy as long as there was a similarity to cohabitation. Forensic doctors looked for the marks of anal intercourse on both the active and the passive part. Sexual acts other than that, like mutual masturbation, coitus *inter femora* (intercrural sex), or oral sex, were not yet held culpable. In his study of the Viennese criminal court from the Enlightenment until the Austrian revolution of 1848 Friedrich Hartl reported only a few cases of unnatural fornication with people of the same sex. Most unnatural acts coming to the attention of the court happened where several journeymen shared a room if not a bed. Unnatural acts between women remained rare as did sodomy. In summary Hartl asserts that judges adopted a liberal attitude towards unnatural fornication, considering it a misdemeanour rather than a felony. If a conviction took place the sentences used to be rather lenient.[38]

---

[26] "The female urning may chiefly be found in the haunts of boys. She is the rival in their play, preferring the rocking-horse, playing at soldiers etc., to dolls and other girlish occupations. The toilet is neglected, and rough boyish manners are affected. Love for art finds a substitute in a pursuit of the sciences. At times smoking and drinking are cultivated even with passion."; KRAFFT-EBING, Psychopathia Sexualis, p. 398-399.

[27] KRAFFT-EBING, Richard, Psychopathia Sexualis mit besonderer Berücksichtigung der conträren Sexualempfindung. Eine Studie für Ärzte und Juristen, 12th ed., Stuttgart, 1903, p. 280. This passage is not included in the English translation of Krafft-Ebing's book, translation cf. BAUER, Heike, "Theorizing Female Inversion: Sexology, Discipline, and Gender at the Fin de Siĉcle", *Journal of the History of Sexuality*, Vo.l 18, No. 1, 2009, p. 84-102, p. 95.

[28] See for example E vom 18.2.1887, KH 1028; E vom 21.3.1927, Os 76/27, SSt VII/28.

[29] *Constitutio Criminalis Theresiana oder der Römisch-Kaiserl zu Hungarn und Böheim etc etc Königl Apost Majestät Mariä Theresiä Erzherzogin zu Oesterreich, etc etc peinliche Gerichtsordnung* published on December 31st, 1786 and came into effect on January 1st, 1770.

[30] See also ENGELSTEIN, Laura, The key to happiness: sex and search for modernity in fin-de-siĉcle Russia, New York, 1992, p. 71-73.

[31] *Allgemeines Gesetzbuch über Verbrechen und derselben Bestrafung*. Kundgemacht mit Patent vom 13.1.1787 (JGS Nr 611).

[32] See RYDSTRÖM, Jens, "'Sodomitical Sins are Threefold': Typologies of Bestiality, Masturbation, and Homosexuality in Sweden, 1880-1950", *Journal of the History of Sexuality*, Vol. 9, No. 3, 2000, p. 240-276.

[33] *Strafgesetz über Verbrechen und schwere Polizei-Übertretungen*, Patent vom 3.9.1803 (JGS Nr 626).

[34] See JENULL, Sebastian, Das Oesterreichische Criminal-Recht II, Graz, 1809, p. 193.

[35] See WASER, Joseph, Strafgesetz über Verbrechen sammt den dazugehörigen Verordnungen, Wien, 1839, § 113.

[36] Justiz-Hofdekret vom 14. August 1824, Nr 2035 JGS.

[37] Forensic medicine used the term "pederasty" to describe anal intercourse between men.

[38] See HARTL, Friedrich, Das Wiener Kriminalgericht. Strafrechtspflege vom Zeitalter der Aufklärung bis zur österreichischen Revolution, Wien, 1973, p. 155.

The criminal code 1803 was replaced by a new criminal code in 1852[39] (*Strafgesetz 1852*). Officially, the criminal code 1852 was just a "new-edition" of the criminal code 1803 including all the amendments in criminal law made so far. Paragraph 129 I of the criminal code 1852 punished unnatural fornication, explaining that unnatural fornication was "indecency" either "(a) with animals" or "(b) with people of the same sex". A person found guilty of unnatural fornication could be sentenced to hard labour for a period between one year and five years. This meant in fact a tremendous increase in penalty compared to the degree of penalty given in the criminal code 1803: six months to one year of hard labour.[40] Although the criminal code 1852 specified that only sexual acts with animals or with people of the same sex were to be understood as unnatural fornication it still lacked a more detailed definition of the crime. Privileging coitus and focusing mostly if not solely on male-male sexual acts jurisdiction asked for acts which could be understood as "coitus-like". To be categorized as coitus-like an act had to allow for "carnal mixing" or show at least some closeness to an orifice of the body that allowed for carnal mixing.

Based on this assumption, courts tended to give a narrow construction of Paragraph 129 I b in the first instance, although legal practice was not entirely consistent. In 1858 the Austrian Supreme Court reversed a judgement of the appellate court of Innsbruck, Tyrol, in which the appellate court convicted a man who seduced a boy to indecent acts of unnatural fornication. The Supreme Court on the contrary was of the opinion that the defendant was only guilty of masturbation which was not seen as a crime.[41] One year later the Supreme Court considered it unnatural fornication if a man rubbed his virile member at the bare hips and the anus of another man until he ejaculated.[42] But in the case of a 42-years old man who persuaded an eight years old boy to masturbate him until ejaculation, the Supreme Court found that the minor had only been "an instrument but not the subject of sexual abuse"[43]. Men rubbing their penises against each other were not seen to commit a carnal offence since – according to the Supreme Court – this requested coitus-like acts such as pederasty.[44] In contrast some unpublished decisions by the Supreme Court showed the tendency to broaden the legal interpretation of unnatural fornication. In 1877 the Supreme Court ruled that the crime against nature was not limited to pederasty and that it was not necessary that an act showed similarity to heterosexual coitus to constitute unnatural fornication.[45]

Whether unnatural fornication called for deeds similar to intercourse or could be committed as well through other sexual acts and which acts could be seen as coitus-like remained contended. The Austrian jurist, professor of law and politician Eduard Herbst interpreted every sexual act *contra naturam* as indecency.[46] This opinion was shared by Hugo Hoegel who could find no difference between pederasty and mutual masturbation. Hoegel execrated even embraces or kisses between people of the same sex, but at least he did not ask for them to be punished.[47] Karl Janka, Heinrich Lammasch, and Otto Friedmann on the contrary held the view that unnatural fornication confined to sexual intercourse respectively to coitus-like acts.[48] Lammasch supported his opinion with the historical development of the crime which showed a reduction rather than a broadening of the legal interpretation.

In the late 19th century the assumption that the crime of unnatural fornication asked for coitus-like acts became widely contested by scientists studying human sexuality and establishing a new science called "sexology". The writings of sexologists like Carl Westphal, Richard von Krafft-Ebing or Albert Moll, to name but a few, drew the attention from the culprit's body to the "soul", from sexual acts to sexual sensation.[49] This shift in perspective not only allowed for the construction of the "modern homosexual", as Michel Foucault

[39] *Kaiserliches Patent, wodurch eine neue, durch die späteren Gesetze ergänzte, Ausgabe des Strafgesetzbuches über Verbrechen und schwere Polizei-Uebertretungen vom 3. September 1803, mit Aufnahme mehrerer neuer Bestimmungen, als alleiniges Strafgesetz über Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen für den ganzen Umfang des Reiches, mit Ausnahme der Militärgränze, kundgemacht, und vom 1. September 1852 angefangen in Wirksamkeit gesetzt wird*, RGBl 1852/117.

[40] It is interesting, though, that these fact is only mentioned in GOCHNAT, Karl, Das oesterreichische Strafgesetz und die Verordnungen über die Gerichtscompetenz, Wien, 1852, p. 76, and HYE, Anton, Das österreichische Strafgesetz über Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen und die Preßordnung vom 27. Mai 1852. I, Wien, 1855, p. 16.

[41] OGH 842.

[42] OGH 917.

[43] „… der unmündige B [soll] nicht als der Gegenstand, sondern nur als Werkzeug des geschlechtlichen Missbrauches verwendet worden sein"; OGH 1052.

[44] OGH 1215.

[45] These decisions are mentioned in Strafgesetz über Verbrechen und Vergehen vom 27. Mai 1852, R.G.B. Nr. 117 und das Pressgesetz vom 17. Dezember 1862, R.G.B. 1863 Nr. 6 sammt den ergänzenden und erläuternden Gesetzen und Verordnungen unter Anführung einschlägiger Beschlüsse und Entscheidungen des Obersten Gerichts- und Cassationshofes, 15th edition, Wien, 1884, p. 88 recital 4, 5 and 9 concerning Paragraph 129 I b.

[46] See HERBST, Eduard, Handbuch des allgemeinen österreichischen Strafrechtes I, Wien, 1855, p. 242.

[47] See HOEGEL, Hugo, "'Die Verkehrtheit' des Geschlechtstriebes im Strafrechte", *Der Gerichtssaal*, Vol. 53, 1897, p. 103-121, p. 120. The draft for a new criminal code presented by Hoegel in 1908 considered not only sexual acts with persons of the same sex or with an animal as a crime but also necrophilia. Every distinction between various forms of sexual acts was abandoned; see HOEGEL, Hugo, Teilreformen auf dem Gebiete des österreichischen Strafrechtes (einschließlich des Preßrechtes), Hannover, 1908, p. 167.

[48] See JANKA, Karl, Das österreichische Strafrecht, Prag, 1884, p. 327; LAMMASCH, Heinrich, Grundriß des Strafrechts, Leipzig, 1899, p. 77; FRIEDMANN, Otto, Das österreichische Strafgesetz: mit Berücksichtigung der strafrechtlichen Nebengesetze; systematische Darstellung, Berlin, 1905, p. 1116.

[49] See WESTPHAL, Carl, "Die conträre Sexualempfindung, Symptom eines neuropathischen (psychopathischen) Zustandes", *Archiv für Psychatrie und Nervenkrankheiten*, 1869, p. 73-107; KRAFFT-EBING, Psychopathia Sexualis; MOLL, Albert, Die konträre Sexualempfindung, 3rd edition, Berlin, 1899.

pointed out,[50] it also rendered any differentiation between various forms of sexual acts meaningless: The crucial point was no longer whether the questionable acts showed an external similarity to heterosexual coitus but whether they led to sexual satisfaction. Thus, it became impossible to discern between punishable and non-punishable sexual acts by focusing on their similarity to coitus.

The significant turn in jurisdiction came with the Supreme Court's decision No. 2747.[51] On December 27th, 1901, the criminal court of Graz, Styria, acquitted Siegbert G. of unnatural fornication. The Supreme Court reversed the judgement concluding that Siegbert G. had committed "self-abuse" while utilizing the body of another man. In opposition to its previous jurisdiction the Supreme Court now stated that unnatural fornication was not only committed by acts similar to heterosexual intercourse but by "every act meant to enhance sexual excitation and exceeding the limits of decency"[52]. An act constituted unnatural fornication if the body of a person of the same sex was used to satisfy sexual lust. This reasoning resembles almost word by word a passage in a paper by Krafft-Ebing about the "sexual invert" at criminal court (*Der Konträrsexuale vor dem Strafrichter*).[53] But whereas Krafft-Ebing made an argument for the decriminalization of same-sex sexual acts, the Supreme Court significantly broadened the meaning of unnatural fornication by equalizing sexual acts with the evocation of sexual sensation. To fortify its opinion the Supreme Court used a second argument for expanding the interpretation: The punishability of same-sex sexual acts between women. According to the contemporary conception of sexuality coitus-like acts between women were considered to be utterly impossible. In order not to render the prohibition of same-sex sexuality between women idle legislation the wording of the law had to cover more than that. This line of thought had become obvious in a decision in 1887 in which the Supreme Court had already stated that "the indecency known under the name 'lesbian love'"[54] constituted a crime by all means. Almost 15 years later, in its verdict on Siegbert G., the Supreme Court cited this decision to fortify its argumentation that it seemed unjustifiable to restrict the criminal liability to coitus-like acts when it came to male-male sexuality.

4. Criminal Responsibility for Sexual Behaviour

The influence of sexology not only became noticeable concerning the interpretation of the law. It also raised the question of the criminal responsibility of those culprits who where diagnosed as suffering from "contrary sexual feelings" or "sexual inversion". When the *Constitutio Criminalis Theresiana* was in force insanity eliminated criminal responsibility. Later criminal codes as well only punished those who possessed both discretional capability and sense of discernment. The idea of unnatural fornication being not just an awful and unholy vice but a symptom or expression of a pathological condition suggested the possibility of lacking criminal responsibility.

In the 17th and 18th century forensic doctors had tried to figure out whether a crime had taken place by looking for the telltale signs of pederasty on the suspects' bodies. The preoccupation with the body's visible marks now gave way to scrutinizing the soul shifting the focus from the question whether someone committed a crime to the question whether someone could be held responsible for his or her deeds. Sexologists moved the search for identifying marks to the interior. Unlike the signs for criminal acts the signs for contrary sexual feelings were not found on the body's surface but in the childhood, in character traits, and in the inner life of the defendants. The psychiatrist examining 46-years-old Karl M., who was accused of sexual acts with two young men under the age of 18, considered him to be "a true urning, a man with female feelings and female affinities since his youth."[55] As a boy, Karl M. used to play with dolls and rejected the rougher games of boys. Physical examinations became the exception only taking place if the capacity to act and to give testimony of those involved was questionable – as in case of children or mentally disabled.

Coming back to the initial case of juvenile Margarethe H. it seems interesting that the record does not contain a psychiatric examination. A house search at the place of one of Margarethe's co-defendants produced books with explicit lesbian content and

[50] Foucault dates the "hour of birth" of the modern homosexual to 1869/70 and the publication of Westphal's study "Die conträre Sexualempfindung"; see FOUCAULT, Michel, The History of Sexuality. An Introduction, New York, 1990, p. 43. Although Foucault's theories have been widely adopted there has been lots of criticism. Hergemöller complains that Foucault does not consider important historical epochs as for example the Middle Ages; see HERGEMÖLLER, Bernd-Ulrich, Das Mittelalter, in ALDRICH, Robert (ed), Gleich und anders. Eine globale Geschichte der Homosexualität, Hamburg, 2007, p. 57-78, p. 75. In London, as Trumbach points out, since the 18th century at least, there existed the "molly", the effeminate, passive homosexual man, a third – albeit not socially accepted – gender identity. At the end of the century as their female counterpart some women were categorized as sapphists or "tommies"; see TRUMBACH, Randolph, Sex and the Gender Revolution. Heterosexuality and the Third Gender in Enlightenment London. Volume 1, Chicago, 1998, p. 8. Above that sodomites have not always been considered as "temporary aberration" nor have homosexuals per se been seen as "species". In a recent study Dobler points out that Foucault's dictum has been misunderstood: in his original writing Foucault did not refer to a temporary aberration but to someone who was lead astray, to a recidivist; see DOBLER, Jens, Zwischen Duldungspolitik und Verbrechensbekämpfung. Homosexuellenverfolgung durch die Berliner Poizei von 1848 bis 1933, Frankfurt am Main, 2008, p. 15. Likewise, Halperin argues that Foucault's "schematic opposition between sodomy and homosexuality is first and foremost a discursive analysis, not a social history, let alone an exhaustive one. *It is not an empirical claim about the historical existence or nonexistence of sexually deviant individuals.*"; HALPERIN, David, "Forgetting Foucault; Acts, Identities, and the History of Sexuality", *Representations*, Vol. 63, 1998, p. 93-120, p. 99.

[51] E vom 12.9.1902, KH 2747.

[52] "…jede Handlung, welche, der Erregung des Geschlechtstriebes dienend, die von der Sitte gezogenen Grenzen überschreitet"; KH 2747.

[53] See KRAFFT-EBING, Richard, Der Conträrsexuale vor dem Strafrichter. De Sodomia ratione sexus punienda. De lege lata et de lege ferenda. Eine Denkschrift, Leipzig, 1894, p. 17. See also BEACHY, Robert, "The German Invention of Homosexuality", *The Journal of Modern History*, Vol. 82, No. 4, 2010, p. 801-838, p. 818-820.

[54] "… die unter dem Namen der Lesbischen Liebe … bekannte Unzucht"; E vom 18.2.1887, KH 1028.

[55] OÖLA BG/LG Linz Schachtel 490, 6 E Vr 2218/36: "… eines echten Urnings, eines Mannes mit weiblichem Geschlechtsempfinden und weiblichen Neigungen von Jugend auf."

other evidence indicating deviant sexuality. Still, the question whether Margarethe H. might suffer from "contrary sexual feelings" and could therefore be held responsible for her deeds was never asked. Psychiatric examinations in cases of unnatural fornication remained rare in the beginning of the 20th century but they were not unknown to Austrian criminal courts. Whether contrary sexual feelings offered a full excuse soon became a power struggle between judges and medical experts: The discussion did not only focus on scientific knowledge about deviant sexuality but on the question whether it was for the psychiatrist to determine the presence or absence of responsibility or for the judge.[56] The Supreme Court decided this question in favour of the latter and straightened out that "contrary sexual feelings" were only able to function as a full excuse if they were the symptom of a mental illness.[57]

Even though contrary sexual feelings did not serve as lawful excuse they could function as a mitigation cause. But the knowledge procured by sexologists seemed to have different implications for men and women. Five of 30 men accused of unnatural fornication in the court district of Linz in the same year as Margarethe H. had to undergo a psychiatric examination and three of them were diagnosed to suffer from "contrary sexual feelings".[58] Among the total number of male defendants in the analysed data 28 were examined but none of the women was sent to psychiatric examination. In 80 cases of male defendants contrary sexual feelings – either diagnosed by psychiatrists or simply assumed by the court – were accepted as a mitigation cause whereas – with one exception[59] – this proved to be irrelevant in case of female defendants. Considering women, psychiatric experts and law finding authorities seemed to be less concerned with the "inner life" or the "soul" than in case of men. The only case in which a woman was at least mentioned in a psychiatric opinion was that of Maria E., sentenced to eight months of hard labour together with her husband Franz E. in 1929. The couple had seduced their fourteen years old employee Franziska P. and while Franz E. had sexual intercourse with the girl, Maria E. touched her genitals and brought Franziska P. to touch hers. The preliminary investigation showed that this was not Maria E.'s first encounter with unnatural fornication. Former employee Leopoldine S. testified that Maria E. had wanted to use the same water for washing herself like Leopoldine S. did and "other nonsense". Finally, Maria E. asked Leopoldine S. "to let her touch it" showing her a flask of perfume and offering it to Leopoldine S. in case of approval.[60] Leopoldine S. claimed that she had no idea of her employer's intention, a testimony the court apparently believed since it did not institute proceedings against her. Nevertheless, it was Maria E.'s husband, who claimed that it was his "highest pleasure to see two women naked and to please them", who was examined. The psychiatric expert observed "a homosexual trait" based on the fact that Franz E. had fallen for excessive masturbation since the age of thirteen. That he rejected sexual intercourse with men, however, seemed to be of no importance at all.[61] His wife Maria E. was roughly considered in one sentence, in which the expert assumed that she must likewise suffer from "perverse sexual feelings" leading her to carry out acts that were "more or less homosexual".[62] Whereas Franz E.'s "homosexual trait" mitigated the sentence, Maria E.'s "morbid disposition" was not considered a mitigation cause.

Even in the case of Franziska K., the only woman who received a milder punishment due to her perversion, no psychiatric expert was called upon. Franziska K.'s sexual disposition was simply derived from a character reference issued by her hometown, asserting that she "has a bad reputation and abandoned herself to lesbian love"[63], and two previous convictions for the same offence.

5. Conclusion

Unnatural fornication between people of the same sex was among the very few sex related crimes at the beginning of the 20th century in which prosecution was only justified by morality and not by the violation of a person's legally protected interest. While the criminalization of male-male sexual acts was quite common among European countries, only a small number of countries punished sexual acts between women. Amongst them was Austria showing a long and unbroken history of the criminalization of unnatural fornication between both sexes. During the time period analysed in this paper several discourses on female same-sex sexuality overlapped and interacted with each other. Although the punishability of women had influence on the interpretation of the law, female same-sex sexuality was less visible than its male counterpart. The invisibility of female same-sex sexuality can be explained by the lack of importance attached to female sexuality in general. This perception resulted in a smaller number of cases of female unnatural fornication to be known by the public and to be studied. Only few sexologists addressed the subject of contrary sexual feelings among women at length. Those cases noticed by courts and by sexologists of-

[56] Concerning the question of authority see as well WETZELL, Richard, "Psychiatry and criminal justice in modern Germany, 1880-1933", *Journal of European Studies*, Vol. 39, No. 3, 2009, p. 270-289, p. 271.

[57] See E vom 27.2.1901, KH 2569; E vom 15.6.1908, KH 3474; E vom 19.4.1918, KH 4525.

[58] OÖLA BG/LG Linz, Schachtel 332, 6 Vr 1619/28; OÖLA BG/LG Linz, Schachtel 335, 6 Vr 635/28; OÖLA BG/LG Linz, Schachtel 335, 6 Vr 992/28; OÖLA BG/LG Linz, Schachtel 335, 6 Vr 1309/28; OÖLA BG/LG Linz, Schachtel 338, 11 Vr 6/29.

[59] OÖLA, BG/LG Linz Schachtel 476, 6 Vr 716/36.

[60] „Sie wollte sich auch gleichzeitig im selben Wasser waschen und solche ‚Tanz'. Einmal zeigte sie mir ein Fläschen [sic!] Parfum und sagte mir, daß ich dasselbe mitbenützen dürfe, wenn ich ‚ihrs angreifen lasse'"; OÖLA, BG/LG Linz Schachtel 347, 9 Vr 1242/29.

[61] „Zunächst ist daran festzuhalten, dass bei E. ein homosexueller Zug besteht [!], und zwar ein gewisser Narzissmus insofern, als er seit seinem 13ten Lebensjahre bis in die Jetztzeit hinein, also auch während seiner beiden Ehen, in ziemlich exzessiver Weise die Selbstbefriedigung pflegte. Einen gleichgeschlechtlichen Verkehr, sei es nun mit jugendlichen oder älteren Männern lehnt er ab." OÖLA, BG/LG Linz Schachtel 347, 9 Vr 1242/29.

[62] "Insbesonders die zweite Frau [Maria E.] dürfte gleichfalls sexuell krankhaft veranlagt sein, da sie an dem Mädchen P. Betastungen, also mehrminder homosexuelle Akte [!] vollzog." OÖLA, BG/LG Linz Schachtel 347, 9 Vr 1242/29.

[63] "… genießt einen schlechten Leumund u. ist der lesbischen Liebe ergeben."; OÖLA, BG/LG Linz Schachtel 476, 6 Vr 716/36.

ten involved women who were already otherwise perceived as sexual deviants and/or criminal like prostitutes allowing for the equalization of prostitution with all forms of female criminality and female sexual deviance. This association of female same-sex sexuality with female criminality at large throughout legal and medical discourse left little room for concerns about the culprit's inner life.

Notwithstanding the little importance attached to female same-sex sexuality the Austrian Supreme Court of Justice used the criminalization of unnatural fornication between women as an argument for broadening the interpretation of the law. The Court's reasoning was also based on the knowledge about human sexuality and sexual desire spread by sexologists at the turn of the century. The focus shifted from sexual acts to sexual sensation. The perception that a sexual act between persons of the same sex was only punishable if it resembled heterosexual coitus was abandoned. Thus, more and more acts were to be understood "sexual" and therefore held punishable.

Sexologists understood sexual acts between people of the same sex not as a vice but as the expression of a pathological condition which they called "contrary sexual feelings" or "sexual inversion". Arguing that same-sex sexuality belonged in the realm of medicine rather than criminal law medical experts raised the question of criminal responsibility. Judges won the power struggle concerning who was called to decide about a culprit's discretional capability and sense of discernment. Although contrary sexual feelings did not remove criminal responsibility they could function as a mitigating cause. In this respect as well legal and medical authorities paid much more attention to male than to female culprits. The idea that autonomous female sexuality itself was deviant and likely to be criminal impeded the consideration of contrary sexual feelings when it came to female culprits.

Taming the Monarch: The Importance of Judeo-Christian Influences in the Common Law of England & Wales

*Lucas Bento**

Abstract

Judaeo-Christian theology had a long-lasting impact on both the fabric of the English Common Law and the development of the English legal profession. Not only has religion played a de facto role in the development of law, but it has also been consciously arranged by jurists and other legal professionals of the medieval and early modern period to assert the jurisdictional and constitutional supremacy of the Common Law, which at the time was under the threat of being engulfed by the jurisdiction of an increasingly powerful British Crown. This paper argues that Judeo-Christian sources, signs and images were systematically used by some legal professionals and commentators of the medieval and early modern period to constrain the legal powers of the Crown. In reproducing a theological culture within their community, lawyers were arguably not only re-shaping the permanent structure of their profession, but also re-defining its relationship with other social groups in the polity, namely the Crown. Ultimately, not only were constitutional arrangements re-organized, but the foundation for the Hobbesian social contract was also cemented.

Key words: *history of English law; constitutional law; Hobbes; Fortescue; Judeo-Christian influences; English law; Sumptuary laws; iconography; symbolism of law; royal prerogative; common law.*

I. Introduction

Judaeo-Christian theology had a long-lasting impact on both the fabric of the English Common Law and the development of the English legal profession. Not only has religion played a de facto role in the development of law, but it has also been consciously arranged by jurists and other legal professionals of the medieval and early modern period to assert the jurisdictional and constitutional supremacy of the Common Law, which at the time was under the threat of being engulfed by the jurisdiction of an increasingly powerful British Monarch ("Monarch"). For the purposes of this paper, the Common Law is the body of law developed by courts in England & Wales.[1]

One of the principal arguments of this paper is that Judeo-Christian sources, signs and images were systematically used by some legal professionals and commentators[2] of the medieval and early modern period to constrain the legal powers of the Monarch. Particularly, the legal profession sought to fetter the monarch's use of the royal prerogative[3] by subjugating it to the jurisdiction of the Common Law. In essence, jurists elevated jurisprudence to theological status in the hopes of acquiring the legitimacy necessary to advance the constitutional goal of achieving a more balanced distribution of power in the constitutional arrangements of England & Wales.

Accordingly, this article is divided in four parts, including this introduction. Part 2 argues that the Monarch's excessive use of the royal prerogative effectively led the legal profession to develop doctrinal and jurisprudential systems to limit the monarch's powers. Part 3 analyses how the legal profession utilized theological sources to achieve this. In particular, the systematic use of religious sources, iconography, signs and images by jurists and other legal professionals of the time enabled the legal community to successfully rival the Monarch's claim to constitutional supremacy. In Part 4, this article concludes that these arrangements laid the foundations for the development of modern constitutional doctrines, such as the rule of law and the Hobbesian social contract.

* Lucas Bento, LLB (1st. Class) LLM PGDip (Dist.). The author is a trial lawyer at Quinn Emanuel Urquhart & Sullivan LLP in New York. The author would like to thank Professor Paul Raffield (University of Warwick, School of Law) for his inspiration in writing this article. Many thanks also go to Dr. Jaromir Tauchen (Editor, Journal on European History of Law) for his editorial assistance, and Dr. John Ondrovick (Associate Professor, University of Mississippi) for comments on an earlier draft of this article. All errors remain my own.

1 *See also* Gerald J. Postema, *Philosophy of the Common Law*, in The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law, (Oxford, 2002), at 388 ("Common law is judge-made law.")

2 Sir John Fortescue (1394-1480), Sir Edward Coke (1552-1634), Frederic William Maitland (1850-1906) and Richard Braithwait (1588-1673), amongst others.

3 Dicey, AV., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (10th ed., 1959), at 424 (describing prerogative powers as ".... the remaining portion of the Crown's original authority, and it is therefore ... the name for the residue of discretionary power left at any moment in the hands of the Crown, whether such power be in fact exercised by the King himself or by his Ministers").

II. Nemo est supra legis:[4] Invoking the Common Law to Limit the Royal Prerogative

The use of the royal prerogative by the Monarch was a double edged sword. Its short-term use was effective to achieve the Monarch's immediate political goals, but in the long-run it inadvertently stimulated an 'army of lawyers' to rival the Monarch's jurisdiction and submit royal prerogative powers to the legal community's review. Successive Tudor monarchs consolidated and enhanced the independent status of the nation-state, providing stability and security through increased use of the royal prerogative. During the last two decades of the Elizabethan era (1558–1603) through the reign of Charles I (1625–1649), the use of the royal prerogative was increasingly justified on the basis that the monarch was God's lieutenant. The royal prerogative entitled the Monarch to grant pardons, issue declarations of war and peace, dissolve Parliament, and appropriate private property by eminent domain. In doing so, the Monarch's extensive use of the royal prerogative encroached upon the constitutional liberties of British subjects as provided under the Common Law. As Raffield put it, "increased emphasis by the monarch on the constitutional primacy of the divine right of kings threatened to destroy the social contract between magistrate and subject." [5] Indeed, the imperial theory of kingship was incompatible with the basic principles of the Common Law:[6] the law should be common to all men, the Crown included.

Given the unrivalled authority of religion at the time, there was therefore a strong political imperative for common lawyers to assert the indivisible correlation between divine law and Common Law. Indeed, common lawyers responded to the threat of monarchical absolutism by citing theological sources, such as the Bible, as the amorphous symbol of fundamental rights and freedoms.[7] By tracing the roots of the Common Law to the Bible and other theological (and at times mystical) sources,[8] common lawyers were able to develop a philosophy (and *praxis*) of law that empowered the Common Law to override (or at the very least review[9]) the royal prerogative. In substantive terms, the effect of the arrogation to Common Law of biblical first principles was immediately apparent. The prerogative powers of the Crown were curtailed by Common Law courts, on the general grounds that such acts were offensive to God. Common lawyers thus paved the way for Britain to move from monarchical absolutism to a constitutional monarchy.

As the head of parliament, the Monarch enjoyed significant influence over the legislative branch of government.[10] However, Sir Edward Coke (a leading 17th century English lawyer and judge) argued that an Act of Parliament in breach of the law of God was necessarily void.[11] The argument could only be valid if the constitutional primacy of the ecclesiastical polity was accepted. These principles were incontrovertible because they were sanctioned by the 'Almighty Father' and were therefore of sovereign authority on Earth. Consequently, if an irrefutable link between Common Law and the Word of God could be established, then Common Law could fairly be represented not only as the epitome of human reason[12] but also as the supreme source of legal authority, to which the prerogative acts of the monarch were always subject.[13] This was corroborated by Sir John Forstescue (an 15th century English lawyer and Lord Chief Justice of England and Wales)'s view that the Crown performs a subordinate role within this judicial system:[14] "the childeryn of Israell, as saith Seynt Thomas, after that God hade chosen thaim in populum peculiarem et regnum sacerdotale, *were ruled by hyym undir Judges* regaliter et politice.[15] By submitting the royal prerogative to the scrutiny of Common Law courts, the legal profession effectively contributed to development of the rule of law[16] in the constitutional fabric of England and Wales.

As an authoritative source of law, the writings of Coke played a crucial role in the reigns of Elizabeth, James and Charles as the defender of rights and freedoms, allegedly guaranteed by ancient statutes and the immutable customs of Common Law. Coke defended the supreme jurisdiction of the courts of Common Law against encroachment of prerogative rule by James I (1603-1625), for which he was eventually dismissed as Chief Justice.[17] For example, in 1610, Coke presided over the *Bonham's Case* (1610) where he ruled that "in many cases, the common law will control acts of parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void."[18] In *Fuller's Case* (1607), Coke declared the Monarch incompetent to adjudge on Common Law issues, thus attempting to entrust the legal profession with exclusive jurisdiction over matters of the Common Law:

---

4 "No man is above the law", author's translation. *See also* Dicey, AV., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (10th ed., 1959), at 188 ("no man is above the law").

5 Raffield, P., *Images and Cultures of Law in Early Modern England: Justice and Political Power, 1558-1660*, Cambridge University Press, (2004) at 5.

6 Guy, J., 'Tudor Monarchy and its Critiques', in John Guy (ed.), *The Tudor Monarchy* (London, 1997) 78-104, at 88.

7 Raffield, *supra* note 5 at 3.

8 *See also* Postema, *supra* note 1 (reviewing the history of the common law and noting that the common law derived from "'the general custom' (as opposed to local custom of manor or shire) that was 'immemorial', existing from 'time out of mind'.")

9 Although courts were traditionally reluctant to review acts taken under the royal prerogative, courts in the 20th century began to expand the doctrine of 'judicial review' to subject the royal prerogative to review by courts. *See R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Fire Brigades Union* 1995 2 AC 513.

10 However, the Crown's role in Parliament is nowadays merely symbolic.

11 Coke. E, *The Third Part of the Institutes of the Laws of England*, (London: Flesher, 1644), at 181.

12 Many natural lawyers contended that the Common Law was the epitome of human reason i.e. St Augustine, Coke, Maitland.

13 Raffield, *supra note* 5.

14 Fortescue's writings reproducing the Common Law as theological was particularly important following the Henrician Reformation, a time when the monarch assumed jurisdiction of ecclesiastical laws as head of the Church of England, *see infra note* 13.

15 Fortescue, J., *De Laudibus Legum Angliae*, in John Selden, (ed.), (London: R. Gosling, 1737) at 109 (italics added).

16 One of the key tenets of the rule of law doctrine is that 'no man is above the law'; *see* Dicey, *supra note* 3.

17 Raffield, *supra note* 5 at 227.

18 *Bonham's Case*, 8 Co. Rep. 113b, 118a, 77 Eng. Rep. 646, 652 (1610).

> "That God had endowed His Majesty with excellent science, and great endowements of nature; but His Majesty was not learned in the laws of his realm of England, and causes which concern the life, or inheritance, or goods, or fortunes of his subjects, are not to be decided by natural reason, but by the artificial judgment of law, which law is an act which requires long study and experience, before that a man can attain to the cognizance of it".[19]

Similarly, Sir John Fortescue suggested that the "'Will of God' is discoverable only through knowledge of English law".[20] And, of course, common lawyers, through their exclusive knowledge of English law, were divinely empowered to discover the 'Will of God'.

In addition to helping common law courts win jurisdictional battles against the Monarch, Judaeo-Christian theology also influenced the substance and administration of the Common Law. The struggle for constitutional supremacy between Common lawyers and the Monarch heightened the need for the legal profession to associate itself to divine status. Fortescue was particularly concerned with the *imperium* power, whereby the King, not only being *Imago Dei*,[21] was also *Lex Loquens*.[22] According to Fortescue, the only way to make the King subservient to the law would be to create the image that common lawyers were the prophets or "the priests"[23] of divine law. This would only be possible if the Common Law was cemented with God's law. The absence of textual codification to this effect meant that the legitimacy of the legal institution, and of the constitution that it embodied, was established with reference to a system or representations and visual signs.[24]

III. Sources, Signs and Images: Elevating Theology to Jurisprudence

In his *Direction or Preparative to the Study of Law*, a leading 'law school' textbook of the 16th century, Fulbecke emphasised that 'where God is not, there is no truth, no light, no Law.'[25] The indivisibility of divine law and Common Law was proclaimed by many medieval and early modern period common lawyers. This defence of 'legal faith' was not only the product of professional inevitabilities, but more importantly, a conscious arrangement by the legal profession in the struggle to obtain constitutional supremacy. Jurisprudence was thus elevated to the status of theology, a necessary development in Pollock and Maitland's view, if theology was to influence the body-politic of a nation.[26] Further, Collinson remarked that during this period of English history, the English people believed to be living within the Bible itself.[27] The Common Law, as "common custom of the whole realm",[28] was thus an ideal candidate to expound the 'law of the realm', shared by all, as the law of God. In this context, the legal profession seized on the opportunity to redefine notions of power, legitimacy and authority in a nascent modern English legal system.

In the medieval and modern early period, common lawyers attempted the difficult task of rivalling the Common Law's legitimacy to the Monarch's increasing power by utilizing ancient sources of law. Indeed, common lawyers argued that it was the antiquity of English law which provided its legitimacy and, ultimately, its constitutional supremacy. For example, Lambard cited Moses as one of the original founders of English law.[29] Fortescue traced the legitimacy of Common Law to textual evidence of the Old Testament: 'Deuteronomy is the Book of Laws whereby the Kings of Israel were obliged to govern the People committed to their charge: Moses commands their Kings to read this Book that they may learn to fear the Lord their God, and *keep his Statutes which are written in the Law*.'[30] Coke also made direct mention of the religiousness of law, stating the law 'is of ancient usages warranted by Holy Scripture; and because it is given to all, it is called Common."[31] Coke went as far as to trace the common law to the druids[32] of the Iron Age.[33]

The 18th century English jurist Sir William Blackstone also argued that natural and biblical laws would override any contradictory human laws, whether they be enacted by parliament or the Monarch:[34] "Upon these two foundations, the law of nature and the law of revelation, depend all human laws; that is to say, no human laws should be suffered to contradict these."[35] Thus, by cementing the Common Law to divine sources, common lawyers insulated the Common Law from monarchical intervention.

For common lawyers, antiquity meant legitimacy. Fortescue argued that the ancient collection of unwritten maxims and customs which is called the Common Law has subsisted since time immemorial in England. Selden recalls that these were

---

19 *See,* for instance, cases such as *Prohibitions del Roy*, 12 Co. Rep. 63, 65, 77 Eng. Rep 1342, 1343 (1607).
20 Fortescue *supra note* 15 at. 3.
21 'Image of God', author's translation.
22 "Speaking Law" or the "Speaker of the Law", author's translation. This essentially characterizes the King as the supreme legislative body.
23 Raffield *supra note* 5.
24 *Ibid*.
25 Fulbecke, W., *A direction, or preparatiue to the study of the lawe: wherein is shewed what things ought to be observed and used of them that are addicted to the study of the law and what on the contrary part ought to be eschued and avoyded.*, (London: Thomas Wight, 1600).
26 Pollock. F and Maitland F., *History of English Law*, Vol 2 (Cambridge: Cambridge University Press, 1898) at. 5.
27 Collison. P, *The Birthpangs of Protestant England: Religious and Cultural Change in the Sixteenth and Seventeenth Centuries* (London: Macmillan, 1988) at 7-10.
28 Postema, *supra* note 1 at 590.
29 Lambard, W., *Archeion or Discourse upon the High Courts of Justice in England* (London: Seile, 1591) at 55 *et seq*.
30 Fortescue, *supra note* 15 at 3 (italics added).
31 Coke *supra note* 9.
32 A druid was a member of the priestly class in Britain, Ireland and Gaul during the Iron Age.
33 *See* Coke's Prefaces to the Third Part (1603) and Sixth Part (1607) of his *Reports of the Institutes of the Laws of England*, (London: Flesher, 1644).
34 Reid, C.J., "The Unavoidable Influence of Religion upon the Law of Marriage", 23 QLR 493 (2004-2005) at 494.
35 Blackstone, W., *Commentaries on the Laws of England*, (facs. edition, 1979) (1765) at 39-42.

then taught in monasteries, to the clergy in particular, later to engross almost every other branch of learning.[36] Indeed, the origins of the English Bar are traceable to the monastic orders, whose members regularly acted as advocates in local disputes and whose legal advice was routinely heeded by potential litigants.[37] As Baker notes, "the role of the common lawyer as divine agent, whose primary purpose was to impart the word of God, can be traced to the clerical foundations of the English legal profession."[38] This ancestry to monastic orders was later exploited by jurists to reinforce the divine status of the Common Law and of the legal profession.

The clergy were peculiarly remarkable for their proficiency in the study of the law. The maxim *nullus clericus nis causidicus*[39] was a key prerequisite to ecclesiastical practice soon after the Norman Conquest of England.[40] Naturally, judges therefore were usually created out of the sacred order.[41] As Dugdale notes, the itinerant justices of the King's Courts in the 17th century included persons in "Holy Orders".[42] In the 12th century, Henry II made the prelates[43] of the Church his justices, ensuring that the Common Law was rationalised under the influence of canon law.[44] As former prelates, the justices were in a prime position to administer secular law in medieval England since their knowledge of ecclesiastical law was an important influence on the development of both Common Law and the infant legal profession.

Following the Henrician Reformation, the 'King in Parliament' and common law courts replaced the Pope's juridical supremacy. As Raffield lucidly notes:

> "Conscious of the utility of religious iconography and its capacity to effect a binding relationship between institutional order and the individual subject, the legal profession strove to establish a religious commonwealth governed by judges, the legitimacy of whose ethical, moral and constitutional sovereignty was guaranteed by the Bible."[45]

For example, Fortescue characterized judges as 'Priests' (Sacredotes): "…we who are the Ministerial Officers, who sit and preside in the Courts of Justice, are therefore not improperly called; Sacredotes (Priests): the import of the Latin Word (Sacerdos) being one who gives or teaches Holy Things."[46]

It is arguable that the sacerdotal role attributed to judges represents a "pervasive opinion in the early modern English profession that jurisprudence was a form of theology."[47] As Pollock and Maitland put it, "theology itself must become jurisprudence, albeit jurisprudence of a supernatural sort; in order that it may rule the world."[48] The 16th century lawyer and judge Sir John Doderidge declared religion a prerequisite to judicial office: "the qualities required in an upright Judge are these: first, that hee bee Religious, according to the Counsell of Jethro unto Moses."[49] Consequently, the influence of religion on the judiciary had significant implications on the interpretation and administration of the Common Law.[50]

In the 17th century, Dugdale noted that "the Common Laws of England are grounded upon the Law of God, and extend themselves to the original Law of Nature, and the universal Law of Nations; and that they are not originally *Leges scriptae*."[51] In framing the Common Law as an unwritten law, the necessity for a communication device to reveal the contents of those laws gave birth to the idea of the judiciary as a messenger of God. For example, Selden invoked biblical authority in order to legitimize the elevated status of the judiciary within the constitution: "the Eternal and Sacred Scriptures themselves do more than once call Judges by that most holy name *Elohim,* that is, Gods".[52] As the 'Crown in Church' sought to assert its authority as sole guardian of the Holy Word, in which resided the exclusive right to interpret God's will, so the legal profession, judiciary included, sought to establish its exclusive right to interpret the 'Ancient Constitution' of England by cementing law with religion.

In addition to infiltrating the judiciary, religion also played a vital role in the education and organization of legal professionals. In *Direction or Preparative to the Study of Law*, Fulbecke insisted that aspiring common lawyers be well versed in the study of religion: "[T]he First and chiefe thing that I doe require in him [i.e. the aspiring lawyer], is, to have the true knowledge, and feare of God, without which his other knowledge is but as a sword in the hand of a frantike person."[53] Further, he noted: "though the charge and calling [of the aspiring lawyer] be secular, yet it must be religiously handled, For

---

36 Selden, J., *Fleta, Seu Commentarium Juris Anglicani* (London: 1647). Vol.2 at Chapter 4.
37 Raffield, *supra note* 5 at 11.
38 Baker, J.H., *The Other of Serjeants at Law* (London, 1984) at 247.
39 'No cleric unless a lawyer', author's translation.
40 Attenborough, F.L., *The Laws of the Earliest English Kings*, (Cambridge University Press, 1922).
41 Blackstone, *supra note* 35 at 17-95.
42 Dugdale. W, *Origines Juridicales or Historical Memorials of the English Laws*, (London: F& T. Warren, 1666) at 141.
43 Prelates were called upon to administer secular law in medieval England, and their knowledge of ecclesiastical law was an important influence on the development of both Common Law and the infant legal profession.
44 Canon law was, however, abolished following the Henrician Reformations of the 16th century.
45 Raffield, *supra* note 5 at 181
46 Fortescue, *supra note* 15.
47 Raffield, *supra note* 5 at 9.
48 Pollock and Maitland *supra note* 26 at 5.
49 Doderidge, J., *The English Lawyer: Describing A Method for the managing of the Lawes of this Land,* (London: I. More, 1631), at A4a.
50 *See* the impact of religion in some branches of the law, namely marriage laws, private property, and tort law; on marriage laws cf. Reid *supra note* 34; on private property cf. *Entick v. Carrington* (1765) 19 St Tr 1030 per Lord Camden at 1066 ("that right is preserved sacred"); on tort law cf. *Donoghue v Stevenson* [1932] UKHL 100 per Lord Atkin ("The rule that you are to love your neighbour becomes in law you must not injure your neighbour").
51 Dugdale, *supra note* 42 at 3; *leges scriptae* means "statutory or written" laws, author's translation.
52 Selden, J., *The Reverse or Back-Face of the English Janus*, (trans. R. Westcot) (London, 1682) at 4.
53 Fulbecke *supra note* 25.

God is the author of the Law, and the revenger of the abuse thereof."[54]

It was not until the 19th century that British universities offered law as part of their curriculum. Until then, lawyers would be trained at the Inns of Court of London,[55] a micro self-governing polity of lawyers providing education and social events for the legal community. Megarry suggest that an Ordinance of Edward I in 1292 was indirectly responsible for the formation of the Inns of Court as the physical centre of a secular legal profession.[56] The Ordinance, which prohibited members of the clergy from acting as advocates in secular circles, consequently facilitated the development of a legal profession that was untethered to the clergy. Thus, secularism replaced sacredotalism in the emerging legal profession.[57] But, as Raffield succinctly notes,

> "Belief in the spiritual role of the common lawyer did not expire with secularisation of the legal profession. If anything, the need to assert the superiority of common law to rival jurisdictions encouraged jurists to claim that the Common Law and its practitioners were the sanctified embodiment of a unique, divinely appointed jurisprudence."[58]

During the last decade of the 16th century, lawyers had a "profound" influence over cultural, constitutional and political developments in England.[59] Raffield characterized legal professionals as "the defender of a mixed polity, in which the triangular relationship between crown, church and commonwealth was regulated by the supreme authority of common law, as interpreted and administered by its professors: the common lawyers."[60] In other words, the Monarch may have retained its crown as *imago dei*, but common lawyers dethroned the Monarch as *Lex Loquens*, claiming that role for themselves.

Institutionally, the Henrician Reformation's[61] main achievement was to secure the sovereignty of the secular legal system, "albeit one strongly informed by its religious inheritance."[62] The religiosity of law, so to speak, was therefore an indicator of the legal system's legitimacy and authority.

A system of visual signs, iconographies and images reinforced the artificial creation of such authority. As the principal center of the legal profession, the Inns of Courts played a key role in developing this iconographic system. For example, in The Inner Temple[63] Masque[64] of Heroes, the angels descend from the heavens in human form to communicate divine message of the law. As Hooker remarked of the angels, they are bound 'to works of ministerial imployment', and their intervention on Earth is enjoined by God because, unlike man, they 'already have full and complete knowledge in the highest degree that can bee imparted unto them.'[65] It is clear that the imagery expressed in this Masque reveals the spiritual, divine, nature of the common lawyers, sent by God to spread His word through exposition of the Common Law. This reproduction of theological signs and imagery within the secularized legal profession ensured that the legal profession was perceived as a secular priesthood,[66] whose *appearance* exactly reflected its spiritual role.

Thus, the visual order and appearance of the profession was to reflect exactly its spiritual purpose and role. The dining halls of the Inns of Court were ordered, emblazoned, and furnished to symbolize directly the antiquity, legitimacy, and divine provenance of legal rule.[67] Legal apparel[68] was equally to reflect the priestly status and spiritual goals of the judicial community.[69] The judge was the voice of a spiritual order and divine will, and "even as his apparel does show him to be, even so shall he be esteemed" among us.[70]

Sumptuary legislation[71] enacted during the period of religious crisis surrounding the 1534 Henrician Act of Supremacy attempted to depict the Monarch as the unique embodiment of divine law. "Only if the King could be successfully presented as *imago dei* could the legitimacy of the Act of Supremacy be asserted in theological rather than legal terms."[72] Unsurprisingly, the Inns of Court replicated this political strategy. Dugdale notes similar legislation in the Inner Temple to the effect that "Gentlemen of this company shall reform themselves in their

---

54 *Ibid*.
55 There are four Inns: Gray's Inn, Middle Temple, Inner Temple, and Lincoln's Inn.
56 Megarry. R, *Inns: Ancient and Modern* (London: Selden Society, 1972), at 10.
57 Raffield, P., "The Elizabethan Rhetoric of Signs: Representations of *Res Publica* at the Early Modern Inns of Court", *Law, Culture and the Humanities*, (2011), 7 (2).
58 *Ibid.*
59 Raffield, *supra note* 5 at 227.
60 Raffield, *supra note* 57.
61 *See* The Act in Conditional Restraint of Annates (1532) (which ended the practice of bishops making payments to the pope on receipt of their sees) and The Act in Restraint of Appeals (1533) (which outlawed appeals to Rome in ecclesiastical cases), and eventually the Act of Supremacy (1534) (granting the King of England absolute supremacy over the Church of England).
62 Raffield, *supra note* 5 at 1.
63 The Inner Temple is one of the four Inns of Court of the English Bar. Inns of Courts are professional associations that barristers affiliate themselves to. Pupil barristers typically attend events at Inns of Courts to develop their legal knowledge and socialize with other legal professionals.
64 A Masque was a form of festive entertainment in 16th and 17th century Europe.
65 Hooker, R., *Lawes of Ecclesiastical Politie*, (London: Will Stansby, 1617) at 12.
66 Raffield, *supra note* 5.
67 *See* Legh,G., *The Accedens of Armory*, (London: 1562) at 225.
68 See Carlyle, T., *Sartor Resartus* (London: Chapman & Hall, 1885), at 145 ("apparel has always been a matter of theological significance, embodying a religious principle and endowing 'the Divine Idea of the World with a sensible and practically active Body, so that it might dwell among them as a living a life-giving Word'').
69 Dugdale *supra note* 42.
70 *Ibid*.
71 Sumptuary legislation governed the rules of apparel and vestments.
72 Raffield *supra* note 5, at 158.

cut or disguised Apparel, and not to have long beards."[73] The ecclesiastical polity inherent in such legislation is undeniable.[74] Indeed, Dugdale traces sumptuary laws to biblical texts, noting that "peculiar and decent vestments, have, from great antiquity, been used in religious services, we have the authority of God's sacred precept to Moses: 'Thou shalt make holy garments for Aaron and his sons, that are to minister unto me, that they may be for glory and beauty.'"[75]

During the late 16th century and early 17th century the rituals enacted in the Inns of Courts' dining halls were notable for their sacramental nature. For instance Dugdale records that on the celebration of All Saints day at the Middle Temple, a member performed a ritual that was almost identical to the Eucharistic rite. Under direction of a master barrister, "there is delivered unto every Barister, a Towell, with Wafers in it; and unto every Gentlemean under the Bar, a wooden Bowl, filled with Ipocras."[76] The barristers would then dispense bread and wine to the assembled judges, departing only when all the judges have drunk from the bowls of Hippocras. The sacerdotal role, ascribed to common lawyers by Fortescue, is thus enacted in symbolic form: bread and wine are transformed into the word of God, to be consumed by 'His ministers', the judges of the Common Law.[77]

A further ritual at the Inns of Court resembling the Rule of the Order of Saint Benedict[78] is notable: '[r]eading must not be wanting while the brethren eat at table…let this verse be said thrice in the Oratory, he himself beginning it: '*Domine, labia mea aperies, et os meum annuntiabit laudem tuam*'.'[79] Also, calves' heads were consumed in some Inns of Courts to celebrate the resurrection of Christ.[80] "The calf was a symbol of classical as well as Christian sacrifice, a symbol of kingship, procreation and fertility."[81]

The conscious arrangement by legal professionals to incorporate religious themes into the legal community was remarkable. In reproducing a theological culture within their community, lawyers were arguably not only re-shaping the permanent structure of their profession, but also re-defining its relationship with other social groups in the polity, namely the Crown. Brathwait summarized it best thus:

> "The development by the Inns of a distinctive architectural style, the incorporation and evolution of heraldic devices, and the strict regulations pertaining to costume, religious worship, and the order of dining and learning in hall performed the symbolic function of asserting not only the constitutional supremacy of common law, particularly in relation to excessive and unlawful use of the royal prerogative, but also its divine provenance."[82]

IV. Conclusion

Faced with an increasingly powerful Monarch, the legal community ventured into a cultural, theological and political transformation that sought to promote the constitutional supremacy of the Common Law over monarchical power. This permeated throughout the legal supply chain, from its education to its organizational structure. The influence of Judaeo-Christian theology on the judiciary can be witnessed to the present day in a number of areas of 'judge-made law', such as tort law. In the final analysis, the conscious arrangement of religious sources, rituals, iconography and signs into the legal realm not only helped to protect the independence of the legal profession from monarchical intervention, but it also redefined the constitutional arrangements in Britain. Indeed, religious influences empowered common lawyers to limit the monarch's powers, thus arguably laying the foundations for the development of the rule of law. As Fortescue put it, the "kynge may not rule his peple bi other lawes than such as thai assenten unto. And therefore he mey sett upon thaim non imposicions with owt their owne assent."[83] Arguably, not only were constitutional arrangements re-organized, but — and perhaps more importantly — the precursor to the Hobbesian social contract[84] was born.

---

[73] Dugdale *supra note* 42 at 148.

[74] Raffield, *supra note* 5 at 161.

[75] Dugdale, *supra note* 42 at 98; *see also* Waterhouse. E., *A Commentary On That Nervous Treatise De Laudibus Legum Angliae* (London, 1663) at 568; *see* Exodus 28:1 (KJV).

[76] Dugdale, *supra note* 42, at 205.

[77] *See* Raffield, *supra note* 5.

[78] *See* Fry, T (ed.), *RB 1980: The Rule of St. Benedict in Latin and English with Notes*, (Liturgical Press, 1981).

[79] Blair, D.O.H. (ed.), *The Rule of our Most Holy Father Saint Benedict* (London, 1886), at 117; Author's translation: "Thou shalt open my lips, O Lord: and my mouth shall shew Thy praise." from Allegri's *Misere Mei, Deus* (Psalm 51-51).

[80] Raffield *supra* note 5 at 13.

[81] *Id.*

[82] Brathwait, R., *Mercurius Britannicus, or the English Intelligencer: A Tragic-Comedy* (n.p., 1641), at 2b.

[83] Fortescue, *supra note* 15 at 109.

[84] Hobbes, T., *Leviathan*, (Gasking, J., ed), (Oxford: Oxford World Classics, 2009), at Chapter XVII (arguing for a 'Commonwealth by institution': "Lastly, the agreement of these creatures is natural; that of men is by covenant only, which is artificial: and therefore it is no wonder if there be somewhat else required, besides covenant, to make their agreement constant and lasting; which is a common power to keep them in awe and to direct their actions to the common benefit… The only way to erect such a common power, as may be able to defend them from the invasion of foreigners, and the injuries of one another, and thereby to secure them in such sort as that by their own industry and by the fruits of the earth they may nourish themselves and live contentedly, is to confer all their power and strength upon one man, or upon one assembly of men, that may reduce all their wills, by plurality of voices, *unto one will*: which is as much as to say, to appoint one man, or assembly of men, to bear their person; and every one to own and acknowledge himself to be author of whatsoever he that so beareth their person shall act, or cause to be acted, in those things which concern the common peace and safety; and therein to submit their wills, everyone to his will, and their judgements to his judgement. *This is more than consent, or concord; it is a real unity of them all in one and the same person*, made by covenant of every man with every man, in such manner as if every man should say to every man: I authorise and give up my right of governing myself to this man, or to this assembly of men, on this condition; that thou give up, thy right to him, and authorise all his actions in like manner." (italics added)).

Magic, Religion and Superstition in the Tetrarchy

*Adolfo A. Díaz-Bautista Cremades**

Abstract

The study of certain practices related to the world of the supernatural in antiquity is a way to approach culture, society and power through history. "Religion", "magic" and "superstition" are means of connection between man and the spiritual world, focused on different ways throughout history.

The Roman was a deeply superstitious man. An amalgam of rites and beliefs were settled in Roman culture during the Empire -Christianity being one of them- which bloomed in the crisis of the third century, changing social, cultural and legal relationships.

Diocletian tried to face all this. He persecuted Christians, Mani's followers, alchemists and astrologers. Traditionally there are two complementary explanations: Diocletian's superstition (influenced or not by his colleagues) is proved with many other acts and imperial regulations as well as the need to strengthen the adhesion around the new power system established (Dominate) by a return to traditional religion. But in connection with this, a purely political interpretation lies since the centre of all these beliefs was the city of Alexandria, where there was a particularly cruel repression and that at the same time had been the origin of Domitian Domitius' insurrection against Tetrarchy.

Key words: *Diocletian; magic; superstition; persecutions; Alexandria; Dominate.*

A renewed interest for the study of certain practices related to the supernatural world in antiquity has arisen in the last years as a way to approach culture, society and power through history. The analysis of this type of practices between the end of the nineteenth century and the beginning of twentieth century –included in the 'magic' and 'superstition' categories- was especially successful among the members of the Cambridge myth and ritual school: Its members approached the study of apotropaic rites, belief and contact with ghosts, evil eye or curses as a sign of a primitive belief that could be proved through comparative anthropology. However, this trend is changing. Nowadays a lot of efforts are being made in order to review concepts such as 'religion', 'magic' and 'superstition', and to distinguish which type of practices each of those concepts belong to or whether it is right to still use them or not.[1]

It is necessary to try to define the three concepts used -superstition, magic and religion- before carrying on.

The term 'superstition' is used with a clear pejorative intention.[2] All extra-religious behaviour practised by ignorant and uncultured individuals when they cannot find a rational explanation to certain natural events is considered superstitious.

The adjective 'superstitious' becomes a differentiating tool between the intellectual superiority of the person who uses the term and the superstitious' inferiority. However, we must take into account the semantic evolution of the word *superstitio*[3] over the years. The term 'superstitious' can be divided, *grosso modo*, into three stages according to its specific meaning: a) in III B.C., in the sense of divination; b) between I B.C. and A.D. II, as a deviation of the State's religion; and c) between A.D. II and V, as a mistaken religion practised by others.

Plautus[4] uses this word to refer to a man who was right when he made an observation about another man; then, the aforesaid, surprised, answered: *superstitiosus hic quidem est; uera praedicat.*

Varro states that the superstitious is said to be afraid of the Gods, whilst the religious respects them as parents and does not fear them as enemies.

* Adolfo A. Díaz-Bautista Cremades, Ph.D., Department of Privat Law, Faculty of Law, University of Murcia, Spain.

1 As explained by Hidalgo de la Vega, MJ (2009) Misticismo y misterios. Reflexiones a propósito de la edición inglesa de un libro reciente, *Estudios de Historia, Historia Antigua,* 27 p. 208.

2 Diccionario histórico, cronológico, geográfico y universal de la Santa Biblia, Armesto y Goyanes (Madrid, 1789). He defines "superstición" as: "*Por esta palabra se explican ciertos abusos en el culto religioso que lo hacen servil y odioso al mismo Dios…".*

3 A detailed study about the importance of superstition in the Roman world: Johnson, PD. (2010): La magia y sociedad romana en tiempos de Petronio, *Revista electrónica Historias del orbis terrarum*, 5 pp. 69-83.

4 Plaut., Amph., 323 y Curc., 39

This fear can lead to inappropriate beliefs, i.e.: understanding religion in an irrational or insane way or practising religion excessively. Also Quintilian[5] says that between a religious person and a superstitious person there is the same difference than between an attentive person and a curious person.

Nevertheless with Pliny the Younger[6], at the end of A.D. II, *praua superstitio* or *superstitio* began to be used to describe a strange religion, being that *superstitio* Christianity; which was also described in Tacitus[7] as *exitiabilis superstitio,* or in Suetonius[8] as *superstitio noua ac malefica*. Christianity is not the only case of non-roman religion described by Latin scholars in those terms. There are other *externae superstitiones* such as Egyptian and Jewish rites or Gallic and Germanic beliefs.

The expression *superstitio* is then associated with *religio* (veneration) in a pejorative manner. Yet, in modern language some differences in meaning can be propounded. According to the sociologist Lenski,[9] that term is «a shared system of connected beliefs and practices which are put together around the nature of the powers that form the destiny of human beings». Religions offer a more or less independent and organised *corpus*, whilst superstitions -more spontaneous and cultural- are the specific fulfilment of private rites in order to avoid evil or to achieve a benefit considered as supernatural. The difference is weak and controversial though.

On the other hand, the term 'magic' seems to come from ancient Babylonia. There were magicians in Rome, Greece and most parts of the Western and East world of antiquity, where magic or witchcraft were related to early fertility rites and knowledge initiation in the so-called barbarian people, mainly Celtic. Magic and witchcraft were also linked to other beliefs from ancient Eastern nations, where a magician or shaman used to be a healer and a wise expert in the invisible world of spirits, as well as he used to perform a relevant role inside the community.

In Greece and Rome fortune-tellers and magicians had nothing to do with priests, even though they used to be mostly asked about the divination powers they were thought to have had.

The difference in this case between magic and other beliefs is that domination of nature is being sought through magic, achieving a physical effect by invoking supernatural powers. That is why magic ended up joining other early disciplines which tried to find the knowledge of physical laws -such as alchemy- and ultimately led to modern sciences.

The main difference between religion and magic remains in the legal system: magic is not legal whilst religion is legal, or can be legal. Generally, the practice of magic was punished even with death penalty and books of magic were burnt.[10] It is known that not only the Twelve Tables penalised the *mali carmina*, but also the republican *lex Cornelia de sicariis et veneficiis* and the later *lex Iulia maiestatis* penalised the *crimina magiae.* For instance, Augustus expelled magicians, fraudsters and astrologists from Rome as part of his campaign against Mark Antony.[11]

It is therefore possible to conclude that from an A.D. III perspective, both religion and magic are means to connecting men with the supernatural world in order to obtain physical and spiritual benefits which provide a power that -believing the promises made by magicians and priests- would be beyond any human power. As for superstition, it is the irrational confidence in those afterlife powers.

Roman people, like others in antiquity, were extremely superstitious. It is known that the pre-Hellenic Roman pantheon was horrible and mysterious. However, the traditional religion was trivialised by its Hellenization and, even though its rites and external exhibitions were upheld and revitalised in certain periods, it seems that the centre of superstition -the people's need to believe in supernatural powers to protect them from evil- was based on different religions, mostly from the East.

The famous Roman syncretism appears during the Princedom, which is incomprehensible from a monotheist point of view -such as Christianity- but that it is almost unavoidable given early people's polytheism and the wide circulation and mixture of cultures that the Roman Empire meant. Throughout this period Roman religiosity became full of initiation rites imported mainly from the East which, in general terms, coexisted peacefully with the traditional Roman religion.

In the second half of A.D. III the Roman Empire was affected by a deep crisis. Expansion achieved its high point and borders stopped widening given to the difficulty to administrate such a large territory. Authorities became weak and civil wars were almost permanent due to political instability, corruption and growing militarization of power. In addition, the traditional economic system collapsed and population were in depths of despair.

In many occasions Princedom Emperors shared initiation rites imported from the East and used them to secure their power and justify people's loyalty. However, Christianity –first identified with Judaism and after that as an autonomous religion- was not easily included among the acceptable beliefs by Romans. This caused many persecutions in the local sphere and throughout Princedom.

Expansion of Christianity happened in that breeding ground. There have been many discussions regarding the relation between Christianity, the A.D. III and IV crisis and the Fall of Rome[12]. The success of Christianity in the Postclassical Empire it is likely to be a cause rather than an effect of the crisis of values that reigned. The Church filled the emptiness -both spiritually and institutionally- that traditional culture left.

The objective of this study is to try to look into the social and spiritual situation where Diocletian's persecutions took place and his motivation.

5 De inst. oratoria, III, IV

6 Plin., X, 96, 8

7 Tac., Ann., XV, 44, 5

8 Suet., Ner., 16, 2

9 LENSKI, G (1967): *El factor religioso*, Barcelona, Labor, p. 316.

10 A comprehensive study of the legal regulation of magic can be found in Montemayor Aceves, ME. (2008): Leyes contra el crimen de magia (*crimen magiae*): la apología de Apuleyo, *Nova Tellus* 26-2 pp. 201 ss.

11 As stated by Rosado Martín, MC (2010): El juramento de fidelidad a Octaviano, *El futuro del pasado* 1 p. 338.

12 A classic book is Gibbon, E. (2013): Los cristianos y la caída de Roma, recently reprinted by Taurus, Madrid.

After Diocletian's rise to power he wanted to appear before his subjects as the restorer of Roman traditions and –copying Augustus- launched a wide programme of religious restoration for Olympic worship and, on the other hand, abandoned all pseudo-official religions that had extended until then. As Martínez Vela[13] points out, all that moral and religious eagerness –which led to associate the Emperor with the god Jupiter–, was just a propaganda ploy in order to ensure imperial power and the implementation of Dominate as a new form of connection between power and subjects (no longer citizens).

Unfortunately, there are no posterior Diocletian edicts in the legal sources -which triggered the so-called 'Great Persecution'- where the last historical trace was the records left by Christian scholars, basically Lactantius. There are even doubts if the beginning of the persecution to Christians started in A.D. 298 or 301.

However, through the *Collatio,* there is evidence of the out of control persecution -no long before- against Manichaean people. The widespread explanation regarding this persecution is that –because it was a Persian religion- its supporters could act as a "fifth column" at the service of the enemy. Nevertheless, the excuse is quite absurd because Manichaeism was far from being a protected religion or impelled by Persian monarchs. Moreover, as Goldsworthy[14] states, even though Ardashir and Shapur I had treated Mani with respect, their successors persecuted the worship and executed the prophet himself in A.D. 276.

Yet there is a constitution in the 'Justinianic Code' that normally goes unnoticed in the studies regarding Diocletian's persecutions. This is C.9.18.2, which has a rescript from year A.D. 294 -inserted in other later rescripts about witchcraft- and states that: *'Artem geometriae discere atque exerceri publice intersit. ars autem mathematica damnabilis interdicta est',* i.e.: the art of Geometry must be taught and exercised; on the other hand, Mathematics (Astrology, Numerology and Cabala) are absolutely banned.

Along with that prohibition, the persecution declared around A.D. 300 against alchemists caused that books which contained secrets about the creation of silver and gold were burnt. This last persecution has been understood traditionally as a monetary measure that tried to avoid the devaluation that might have happened if alchemists had reached their aim and had made a great deal of precious metals. Also, it is likely that all that was part of a campaign by the Tetrarchy against superstition.

This brief study is not the appropriate place to go in depth with other hypothesis -more or less risky- about the reason of Diocletian's persecutions. Although the most likely motivation is the one indicated by Martínez Vela -who based the whole Tetrarchy religious campaign in the wish to strengthen the adhesion to the new regime-, the genuine character of the intention declared by Diocletian cannot be rejected either. As a deep superstitious man he could really believe that all evil that happened to the Empire came from giving up the traditional religion. Despite his ability as a politician, as a ruthless warrior and the high technical position of his chancery, his decrees revealed that he was a nad've leader. For instance, the 'Edict on Maximum Prices' –of which coercive implementation was impossible to be applied- was cause for mockery among his contemporary.

In spite of the above, it must be pointed out how all those persecutions had the epicentre in the city of Alexandria –cultural and philosophical pole at that moment in time and cradle of the insurgent movement led by Domitian Domitius-. Thus, Mani's missionaries in the West began to spread their religion in Alexandria, founding a small community of followers. Also alchemists had their most renowned leaders in Alexandria, such as Zosimos of Panopolis –who was the author of the first written treatise on alchemy-. The School of Alexandria, based on the Library, was famous for its studies in Astrology and had a lot of influence from the Jewish Kabbalah and, finally, the Church from the North of Africa, where Arianism took place. It also gathered all knowledge from the Pythagorean tradition, merging them into the Gnostic Testaments –which had a strong influence from Eastern religions-. Diocletian flared up against them all and conquered the city by blood and fire, commanding his men not to stop until the blood had reached their knees. Fortunately, his horse stumbled and he desisted from his efforts because he took it as an omen. That shows both his cruelty and credulity.

Alexandria –cultural, philosophical and religious capital at the time- was the centre of the rebel movement -whose leader was Domitius Domitianus- contrary to Diocletian. It is not unwise to think that maybe with all those persecutions –or under them- what the Tetrarch pursued was to also deprive his political enemies from support. Perhaps for once with Diocletian not 'all roads lead to Rome' but to Alexandria.

References

Alvar, J. (2001) *Los Misterios. Religiones «orientales» en el Imperio Romano*; Barcelona: ed. Crítica.

Armesto y Goyanes, J. (1789) Diccionario histórico, cronológico, geográfico y universal de la Santa Biblia; Madrid: voz "superstición".

Castiglioni, A (1972) *Encantamiento y magia;* México: FCE.

Goldsworthy, A (2009) *The fall of the West. The Death of Roman Superpower*; (Spanish translation) Madrid.

Johnson, PD (2010) La magia y sociedad romana en tiempos de Petronio; *Revista electrónica Historias del orbis terrarum*, 5 pp. 69-83.

Lensky, G (1967) *El factor religioso*; Barcelona: Labor.

Martínez Vela, JA (2010) La actitud de Diocleciano ante el fenómeno religioso; *Estudios sobre Diocleciano,* Madrid: Dykinson, pp. 103 ss.

Montemayor Aceves, ME (2008) Leyes contra el crimen de magia *(crimen magiae):* La *Apología* de Apuleyo; *Nova Tellus* 26-2 pp. 201 ss.

Picón García, V. (1984) *superstitio*, un indicio de la «romanidad» de Suetonio; *Estudios clásicos,* T. 26 88 pp. 323-330.

Rosado Martín, MC (2010) El juramento de fidelidad a Octaviano; *El futuro del pasado* 1, pp. 337-347.

[13] Martínez Vela, JA (2010): La actitud de Diocleciano ante el fenómeno religioso, *Estudios sobre Diocleciano,* Dykinson, Madrid, pp. 103 ss.

[14] Goldsworthy, A (2009): *The fall of the West. The Death of Roman Superpower*, Spanish translation, Madrid, p. 235.

Das Levirat in den Mittelassyrischen Gesetzen

(The Levirate Marriage in the Middle Assyrian Laws)

*Alessandro Hirata**

Abstract

The levirate marriage is known in Hebrew law and even mentioned in the Old Testament. A prerequisite for the occurrence of the levirate marriage is the death of a brother without children, or without heirs, risking the property unit. In order to protect this property, in addition to the assurance of a social position to the widow, his brother, who was an adult during the life of the dead brother, should marry to his sister-in-law. In the literature, it is mentioned for the levirate marriage an Assyrian origin. The purpose of this work is to analyze the provisions of Middle Assyrian Laws that may have some relevance for the treatment of the levirate marriage.

Key words: *levirate marriage; Middle Assyrian Laws; property.*

I. Einleitung

A. Das Levirat

Der Begriff des Levirats[1], das auch dem lateinischen *„levir"* (Schwager) abstammt, ist auch dem judäischen Recht bekannt und im Alten Testament[2] belegt. Es galt als Voraussetzung für das Levirat, dass der Bruder kinderlos starb und somit keinen Erben hatte, so dass das Land als gottgegebener Familienbesitz gefährdet war. Um diesen Besitz zu schützen und der Witwe eine sozial gesicherte Lebensstellung zu geben, heiratete der Bruder, soweit er auch zu Lebzeiten des Bruders schon lebte und volljährig war, seine Schwägerin. Sollte der nächste Bruder nicht in der Lage sein, die Schwägerin zu heiraten, ging die Pflicht auf den nächsten Bruder über. Wenn der einzig mögliche Bruder noch nicht heiratsfähig war, musste die Witwe bis zu dessen Volljährigkeit warten. Ziel dieser Ehe war es, einen männlichen Nachkommen zu zeugen, der die Rechtsstellung des verstorbenen Gatten erhielt und rechtlich als dessen Sohn galt. Die Schwagerehe war nach judäischem Recht nicht gestattet, wenn aus der ersten Ehe bereits Kinder vorhanden waren.

In der Literatur[3] wird auf eine assyrische Herkunft des Levirats hingewiesen. Ziel dieser Arbeit ist es, die Bestimmungen in den Mittelassyrischen Gesetzen zu analysieren, die in dieser Konstellation des Levirats eine Rolle spielen. Freilich ist nicht zu erwarten, dass man in den Mittelassyrischen Gesetzen dieser Figur des judäischen Rechts vorfindet. Im Grunde genommen wird der Tatbestand gesucht, in dem eine Witwe ihren Schwager heiraten soll[4].

B. Die Mittelassyrischen Gesetze

Die Mittelassyrischen Gesetze[5] (Tafel „A" mit 59 Paragraphen) stammen aus der nordmesopotamischen Stadt Assur

* Prof. Dr. Alessandro Hirata, Lehrstuhl für Römisches Recht und Rechtsgeschichte, Juristische Fakultät, Universität Sao Paulo, Brasilien.

1 Allgemeine Literatur über das Levirat: A. Skaist, *Levirat*, in E.Ebeling-B.Meissner, *Reallexikon der Assyriologie und Vorderasiatischen Archäologie VI*, Berlin-New York 1980-1983, 605ss, G. Cardascia, *L'adoption matrimoniala ŕ Babylone et ŕ Nuzi*, in *RHDE* 37 (1959), 1-16, P. Koschaker, *Zum Levirat nach hethitischem Recht*, in *RHA* 10 (1933), 77-89. Besonders über das Levirat in Mittelassyrischen Gesetzen: B. Meissner, *Die altassyrische Schwagerehe*, in *OLZ* 11/12 (1920), 246-248, F. E. Peiser, *Zur altassyrischen Schwagerehe*, in *OLZ* 11/12 (1920), 248-249, P. Koschaker, *Quellenkritische Untersuchungen zu den „altassyrischen Gesetzen"*, Leipzig 1921, 48-56, G. R. Driver/J. C. Miles, *The Assyrian Laws*, Oxford 1935, 240-250, A. van Praag, *Droit matrimonial assyro-babylonien*, Amsterdam 1945, 115-127, E. Otto, *Biblische Altersversorgung im altorientalischen Rechtsvergleich*, in *ZAR* 1 (1995), 104, und R. Borger, *Die mittelassyrischen Gesetze,* in *TUAT* I, Gütersloh 1982, 80-92.

2 Genesis 38, Deuteronomium 25,5-10 und Ruth 3-4.

3 Vgl. u. a. P. Koschaker, *Quellenkritische Untersuchungen* cit., 48.

4 Über die Forschungsmethoden in den Keilschriftrechten, vgl. A. Hirata, *Dogmática como instrumento metodológico na pesquisa histórica do direito*, in J. R. Rodriguez/C. E. B. Silva e Costa/S. R. Barbosa (Hrsg.), *Nas fronteiras do formalismo - A função social da dogmática jurídica hoje*, São Paulo 2010, 63-72.

5 Tafeln A bis O (außer J). Publikationen: O. Schröder, *Keilschrifttexte aus Assur verschiedenen Inhalts*, Leipzig 1920, Driver-Miles, *The Assyrian Laws* cit., 381-453, vgl. auch E. Weidner, *Das Alter der mittelassyrischen Gesetztexte*, in *AfO* 12 (1937-1939), 46-54. Übersetzungen: H. Ehelolf, *Ein altassyrisches Rechtsbuch*, Berlin 1922, R. Borger, *Die mittelassyrischen Gesetze,* in *TUAT* I, Gütersloh 1982, 80-92, Cardascia, *Les Lois Assyriennes*, Paris 1969 (Tafeln A bis O), und C. Saporetti, *Le leggi Medioassire*, Malibu 1979. Mit der neuen Literatur, vgl. S. Lafont, *Middle Assyrian period*, in R. Westbrook, *A History of Ancient Near Eastern Law II*, Leiden-Boston 2003, 521-563.

um 1400 v. Chr.. Sie sind keine amtliche Redaktion, sondern eine private Zusammenstellung von Gesetzesbestimmungen. Tafel A besteht aus Bestimmungen über Frauen, weshalb P. KOSCHAKER[6] diese Rechtssätze als "Rechtsspiegel für Frauen" bezeichnet hat. Die hier dokumentierte rechtliche Lage der Frau kann generell als unterprivilegiert und weitestgehend vom Vater beziehungsweise Ehemann abhängig charakterisiert werden. Ferner sind die Gesetzesbestimmungen im Einzelnen sehr schwer zu verstehen und scheinen häufig nur sehr mangelhaft verallgemeinerte Gerichtsentscheidungen zu sein, die überdies häufig durch Einschübe von Kommentarteilen verändert worden sind. G. CARDASCIA, der sich diesen Texten besonders in seinem Buch *„Les lois assyriennes"* gewidmet hat, bezeichnet die Gesetze als ein Gruselkabinett der Rechtsgeschichte[7].

Im Folgenden werden die gesetzlichen Bestimmungen untersucht, die die Konstellation des Levirats behandeln: §§ 30, 31, 43, 33 und 46.

II. Mögliche Belege für das Levirat in den Mittelassyrischen Gesetzen: §§ 30, 31, 43, 33 und 46

Hier wurde unter den Rechtssätzen der Mittelassyrischen Gesetze nach Bestimmungen gesucht, in denen nach dem Tod des Gatten oder der Gattin eine erneute Verheiratung in der gleichen Familie erfolgt. Dieser Tatbestand kann in den §§ 30, 31, 43, 33 und 46 gefunden werden:

§ 30

Kol. IV, 20 šum-ma a-bu a-na É e-me ša DUMU-šu
21 bi-ib-la it-ta-bal iz-zi-bi-el
22 SAL a-na DUMU-šu la-a ta-ad-na-at
23 ù DUMU-šu ša-ni-ú ša DAM-šu
24 i-na É a-bi-ša us-bu-tu-ú-ni
25 me-e-it DAM^{at} DUMU-šu me-e-te
26 a-na DUMU-šu ša-na-i-e
27 ša a-na É e-me-šu iz-bi-lu-ú-ni
28 a-na a-ḫu-zi-te i-id-dan-ši
29 šum-ma EN DUMU.SAL ša zu-bu-ul-la-a
30 im-ta-aḫ-ḫu-ru-ú-ni
31 DUMU.SAL-su a-na ta-da-a-ni
32 la-a i-ma-ag-gu-ur
33 ḫa-di-ma a-bu ša-a zu-bu-ul-la-a
34 iz-bi-lu-ú-ni kal-la-a-su
35 i-lak-ki-a a-na DUMU-šu id-dan
36 ù ḫa-di-ma am-mar iz-bi-lu-ú-ni
37 AN.NA ṣar-pa GUŠKIN ša la a-ka-a-li
38 SAG.DU-ma i-lak-ki
39 a-na ša a-ka-li la-a i-qar-ri-ib

§ 30: [20]Wenn ein Vater in das Haus des Schwiegervaters seines Sohnes [21]den Brautpreis übergibt, [22](und) die Frau seinem Sohn nicht gegeben worden ist, [23]und ein anderer Sohn, dessen Gattin [24]im Haus ihres Vaters wohnt, [25]stirbt, soll er die Gattin seines verstorbenen Sohnes [26]seinem zweiten Sohne, [27]für den er (der Vater) (den Brautpreis) übergeben hat, [28]zur Ehe geben. [29]Wenn der Herr (Vater) der Tochter, der den Brautpreis [30]angenommen hat, [31]mit der Gabe (zur Ehe) seiner Tochter [32]nicht einverstanden ist, [33]so kann er, wenn er will, der Vater, der den Brautpreis [34]übergeben hat, seine Schwiegertochter [35]nehmen und sie seinem Sohn geben. [36]Wenn er will, kann er aber auch alles, was er übergeben hat, [37]Zinn, Silber, Gold, und was nicht essbar ist, [38]nehmen, nur was [39]essbar ist, darf er nicht anrühren.

In § 30 wird das Recht eines Vaters erklärt, der einen Brautpreis[8] übergeben hat, seine Schwiegertochter, die Witwe geworden ist, seinem anderen Sohn zur Ehe zu geben. Beachtenswert ist, dass dieses Recht auch dann besteht, wenn die Schwiegertochter noch im Haus ihres Vaters und dieser andere Sohn schon vergeben ist (aber seine Gattin noch im Haus ihres Vaters war). Ferner ist zu erwähnen, dass der Vater in diesen Fällen auch den von ihm hingegebenen Brautpreis zurückverlangen darf. Man kann hier aber auch annehmen, dass er seine Schwiegertochter seinem Sohn zur Ehe geben darf, auch wenn ihr Vater dagegen ist.

Diese Bestimmung muss aber zusammen mit folgendem Paragraph analysiert werden:

§ 31

Kol. IV, 40 šum-ma LÚ a-na É e-me-šu
41 zu-bu-ul-la-a iz-bil ù DAM-su
42 me-ta-at DUMU.SAL.MEŠ e-mi-šu
43 i-ba-áš-ši ḫa-di-ma e-mu
44 DUMU.SAL e-mi-šu ki-i DAM-šu me-it-te
45 iḫ-ḫa-az ù ḫa-di-ma
46 KÙ.BABBAR ša id-di-nu-ú-ni i-lak-ki
47 lu-ú ŠE^{am} lu-ú LU.MEŠ lu-ú min-ma
48 ša a-ka-li la-a id-du-nu-ni-šu
49 KÙ.BABBAR-ma i-maḫ-ḫa-ar

§ 31: [40]Wenn ein Mann in das Haus seines Schwiegervaters [41]den Brautpreis bringt und seine Gattin [42]danach stirbt, (und andere) Töchter seines Schwiegervaters [43]noch vorhanden sind, so kann er, wer der Schwiegervater will, [44]eine (andere) Tochter seines Schwiegervaters anstatt seiner verstorbenen Gattin [45]heiraten. Er kann aber auch, wenn er will, [46]das Silber, das er gegeben hat, zurücknehmen. [47]Getreide, Schafe und was sonst [48]essbar ist, muss man ihm nicht geben, [49]nur das Silber erhält er.

Hier handelt es sich um eine ähnliche Bestimmung wie in § 30, der sich auf den Todesfall der Gattin bezieht. Der Mann, der einen Brautpreis seinem zukünftigen Schwiegervater gegeben hat, kann eine andere Tochter des Schwiegervaters heiraten, wenn dieser damit einverstanden ist. Andererseits darf er auch den hingegebenen Brautpreis zurücknehmen.

§ 43

Kol. VI, 19 šum-ma LÚ lu-ú IÀ.GIŠ a-na SAG.DU it-bu-uk
20 lu-ú ḫu-ru-up-pa-a-te ú-bil
21 DUMU ša DAM^{ta} ú-di-ú-ni-šu-ni
22 lu-ú me-e-it iu-ú in-na-bi-it

---

6 *Quellenkritische Untersuchungen* cit., 82.

7 *Les valeurs morales dans le droit Assyrien*, in *Acta Antiqua Academiae Scientiarum Hungaricae XXII*, Fasc. 1-4, Budapest 1974, 371.

8 Über den Brautpreis, vgl. u. a. S. LAFONT, *Middle Assyrian* cit., 535-536.

23 i-na DUMU.MEŠ-šu ri-ḫa-a-te
24 iš-tu MUḪ DUMU GALᵉ a-di MUḪ DUMU
25 ṣi-iḫ-ri ša-a IO MU.MEŠ-šu-ni
26 a-na ša ḫa-di-ú-ni i-id-dan
27 šum-ma a-bu me-it ù DUMU ša DAMᵗᵃ
28 ú-ud-di-É-ni-šu-ni me-e-it-ma
29 DUMU DUMUᵉ me-e-te ša IO MU.MEŠ-šu-ni
30 i-ba-áš-ši iḫ-ḫa-az-ma
31 šum-ma a-na qa-a-at IO MU.MEŠ
32 DUMU.MEŠ DUMUᵉ ṣi-iḫ-ḫi-ru
33 a-bu ša DUMU.SAL ḫa-di-ma DUMU.SAL-su id-dan
34 ú ḫa-di-i-ma tu-ur-ta
35 a-na mi-it-ḫa-ar ú-ta-ar
36 šum-ma DUMU la-áš-šu am-mar im-ḫu-ru-ú-ni
37 ẓÁ ù mi-im-ma ša la a-ka-li
38 SAG.DU-ma ú-ta-ar
39 ù ša-a a-ka-li la-a ú-tar

§ 43: [19]Wenn ein Mann entweder Öl auf den Kopf (der Tochter eines anderen) gießt [20]oder Hochzeitsgeschenke (?) bringt, [21](und) der Sohn, dem man die Gattin bestimmt hatte, [22]jedoch stirbt oder flieht, [23]so kann er sie unter seinen übrig (gebliebenen) Söhnen, [24]vom ältesten Sohn bis zum [25]jüngsten Sohn, der (mindestens) zehn Jahre alt ist, [26]welchem er will, geben. [27]Wenn der Vater tot ist und auch der Sohn, dem man die Gattin [28]bestimmt hatte, stirbt, [29]ist ein Sohn des verstorbenen Sohnes, der (mindestens) zehn Jahre ist, [30]vorhanden, soll der sie heiraten. [31]Sind sie jünger als zehn Jahre, [32]die Söhne des (verstorbenen) Sohnes, [33]so kann der Vater der Tochter, wenn er will, seine Tochter hingeben [34]oder, wenn er will, [35]gemäß (was er empfangen hat) alles rückgängig machen. [36]Wenn aber kein Sohn vorhanden ist, so soll er alles, was er empfangen hat, [37](Edel)Steine und alles, was nicht essbar ist, [38]zurückgeben. [39]Was essbar ist, braucht er nicht zurückzugeben.

Hier wird der Tatbestand behandelt, dass eine Frau durch ein Ritual (Öl auf ihren Kopf gießen[9]) als Gattin angenommen wird, und ihr Gatte stirbt. Für diesen Fall werden verschiedene mögliche Lösungen erwähnt[10]: Der Vater des Verstorbenen kann die versprochene Schwiegertochter einem anderen Sohn zur Ehe geben, der älter als zehn Jahre alt ist; außerdem soll die Gattin einen Sohn des Verstorbenen heiraten, wenn dieser mindestens zehn Jahre alt und auch der Vater des Verstorbenen gestorben ist[11]. Wenn aber kein Sohn des Verstorbenen älter als zehn Jahre ist, darf der Vater der Gattin ihr Schicksal wieder bestimmen: entweder gibt er sie einem Sohn des Verstorbenen (in der Erwartung, dass er zehn Jahre alt wird) oder er muss alles, was er als Brautpreis bekommen hat, zurückgeben und das Ganze rückgängig machen[12].

§ 33

Kol. IV, 56 [šum-ma] SAL i-na É [a]-bi-ša-ma us-bat
57 [mu]-us-sa [me-e]-itᴵ ù DUMU.[MEŠ-ša]
58 [i-ba]-áš-šiᴵ [...]
59-64 [Lücke]
65 ù ḫa-[di]-ma a-na e-mi-ša
66 aa-na a-ḫu-[zi]-te i-id-dan-ši
67 šum-ma mu-[us]-sa ù e-mu-ša
68 me-e-tu-[ma] ù DUMU-ša áš-šu
69 al-ma-at-tu ši-i-it
70 a-šar ḫa-di-tu-ú-ni ta-al-lak

§ 33: [56][Wenn] eine Frau im Haus ihres Vaters wohnt, [57]und ihr Gatte stirbt und Söhne [58]vorhanden sind [...] [Lücke] [65]und [...] er kann sie ihrem Schwiegervater [66]zur Ehe geben. [67]Wenn ihr Gatte und ihr Schwiegervater [68]sterben und sie keinen Sohn hat, [69]so ist sie Witwe [70]und kann gehen, wohin sie will.

Leider ist der Anfang dieses Texts so fragmentarisch, dass er sich kaum rekonstruieren lässt. In der Literatur[13] wird aber nach der Ergänzung von Driver-Miles[14] angenommen, dass es sich um eine Art des Levirats im Fall einer Witwe handelt. Aus den denkbaren Rekonstruktionen und insbesondere aus dem letzten und gut erhaltenen Satz dieser gesetzlichen Bestimmung lässt sich aber feststellen, dass, solange ein Familienmitglied vorhanden ist, das die Witwe heiraten kann, sie in der Familie bleibt. Nur wenn dies ausgeschlossen ist, darf sie als Witwe weggehen.

§ 46

Kol. VI, 89-108 [...]
109 ù šum-ma i-na DUMU.MEŠ mu-ti-ša-a-ma
110 ša-a e-ḫu-zu-ši-ni i-[ba-aš]-ši
111 [a-ḫi-za-aš]-ša-ma [ú-ša-kal-ši]
112 [DUMU.MEŠ-ša-ma la]-a ú-ša-ku-lu-ši

§ 46: [109]Wenn aber unter den Söhnen ihres Gatten, [110]einer ist, der sie heiraten will, [111]dann soll derjenige, der sie heiratet, [sie verköstigen]. [112][Ihre Söhne] brauchen sie dann nicht zu verköstigen.

In § 46 interessiert für die Behandlung des Levirats nur die letzte Bestimmung. Hier handelt es sich um den Fall, in dem eine Witwe den Sohn seines verstorbenen Gatten heiraten soll. Freilich ist dieser Sohn von der ersten Ehe des Verstorbenen. In diesem Paragraph wird zwischen der ersten (*panitu*) und der zweiten Frau (*urkittu*) unterschieden[15].

---

[9] Unklar ist die Bedeutung von *„huruppatu“*, was auch ein Teil des Rituals darstellt (Z. 20). In der Übersetzung von Driver-Miles, *The Assyrian Laws* cit., 411, wird es als „wedding-gifts“ wiedergegeben. Aber Saporetti, *Le leggi medioassire* cit., 73, übersetzt es als „banchetto die fidanzamento“. Bei Eheholf, *Ein altassyrisches Rechtsbuch* cit., 37, wird es als „Bronzeschüsseln“ übersetzt, er weist aber darauf hin, dass es umstritten sei. Vgl. auch Koschaker, *Quellenkritische Untersuchungen* cit., 51.

[10] Vgl. auch Saporetti, *Le leggi medioassire* cit., 73.

[11] Koschaker, *Quellenkritische Untersuchungen* cit., 49 Fn. 3, meint hier, dass der Text von Z. 27 bis 35 eingeschoben wurde. Es dürfte sich um einen konkreten Fall handeln, der hier durch denjenigen, der diese Tafel geschrieben hat, in das Gesetz eingefügt wurde.

[12] Es ist auch zu erwähnen, wie Saporetti, *Le leggi medioassire* cit., 74, erklärt, dass falls der Vater der Gattin den Brautpreis zurückgibt, aber der Verstorbene keinen Sohn hintergelassen hat, müssen die Erben des verstorbenen Vaters den von ihm hingegebenen Brautpreis bekommen.

[13] Vgl. G. Cardascia, *Les Lois Assyriennes* cit., 178.

[14] *The Assyrian Laws* cit., 400.

[15] Vgl. C. Saporetti, *Le leggi medioassire* cit., 80.

Die in Tafel A behandelten Rechtssätze sind dem Levirat sehr nahe, auch wenn sie nicht die gleiche dogmatische Struktur des biblischen Levirats darstellen. Bestimmte juristische Aspekte dieser Regelungen verdienen besondere Aufmerksamkeit, weil es sich hier um eine Anwendung der Kaufehe handelt[16]. In §§ 30-31 tritt ein Levirat beim Verlöbnis ein, das noch als zweiseitig bezeichnet werden kann[17]. Unter einem zweiseitigen Levirat versteht man, dass sowohl die Witwe den Bruder des Verstorbenen, als auch der Mann die Schwester seiner verstorbenen Frau heiraten soll[18]. Beachtenswert ist hier, dass das Levirat des Bruders ein Recht ist. Der Vater des Verstorbenen, der den Brautpreis übergeben hat, hat einen Anspruch auf die Übergabe der Frau an den Bruder des verstorbenen Bräutigams. Anders verhält es sich aber beim Levirat der Schwester. Es handelt sich in § 31 auch um ein Recht des Bräutigams, die Schwester der verstorbenen Gattin zu beanspruchen, weil er auch den Brautpreis zurückverlangen kann. Hier braucht er aber die Zustimmung des Brautvaters, was in § 30 beim Levirat des Bruders nicht erforderlich ist.

Aus den §§ 30-31 gehen auch Aspekte der juristischen Natur des Verlöbnisses hervor[19]. Es ist anzunehmen, dass die Eheschließung erst durch die Übergabe der Frau an ihren Bräutigam oder seinen Vater erfolgt. Ferner ist bemerkenswert, dass mit der Leistung des Brautpreises die Gattin schon unter der Gewalt des Bräutigams (oder seines Vaters) steht, auch wenn sie noch im Haus ihres Vaters wohnt. Die Übergabe des Brautpreises weist auf die juristische Begründung des Levirats hin. Der üblicherweise vom Vater des Bräutigams bezahlte Brautpreis hat den Zweck, dass die Braut seinem Sohn zur Ehe gegeben wird. Wenn dieser Sohn stirbt, darf der Vater immer noch diesen Zweck erfüllen, falls er noch andere Söhne hat, die sie heiraten können. Infolgedessen kann man ein Ziel des Levirats festhalten: Es tritt ein, um die Rückgabe des Brautpreises zu vermeiden, indem die Gattin ein anderes Mitglied der Familie des Verstorbenen heiraten soll. Deswegen kann man bei der Behandlung des Brautpreis feststellen, dass sich die Eheschließung in den Mittelassyrischen Gesetzen in der Form einer Kaufehe vollzog.

Auch wenn der Vater stirbt, der den Brautpreis bezahlt hat, wird die Frau wie bei der Kaufehe behandelt. Wenn der Vater stirbt, steht die Frau unter der Gewalt seines Sohnes, ihres Bräutigams. Wenn auch er stirbt, dann geht sie gemäß § 43 zu seinen Söhnen aus der ersten Ehe, wenn welche vorhanden sind. Koschaker[20] meint deshalb, dass es sich um eine Vererbung der Braut oder der Witwe handelt. Wenn der Bräutigam stirbt und sein Vater noch lebt, bleibt die Braut durch die Vererbung aufgrund des Levirats unter dessen Gewalt. Infolgedessen darf der Vater die Braut einem Bruder oder Sohn des Verstorbenen zur Ehe geben.

Beachtenswert ist auch die Bestimmung des § 43, der ein Prinzip aus anderen Rechtskreisen darstellt[21]: Die Braut kann einem Sohn aus der ersten Ehe des Verstorbenen zur Ehe gegeben werden. Hier wird aber dieses Prinzip mit der Nichtanwendung des Witwenlevirats kombiniert[22]: Wenn der Vater des Verstorbenen auch gestorben ist, hat keiner das Recht, die Gattin einem Bruder des verstorbenen Gatten zur Ehe zu geben. Deswegen soll sie einen Sohn des Verstorbenen heiraten[23]. In diesem Sinn wird auch § 33 von Driver-Miles[24] und Saporetti[25] ergänzt. So findet der in anderen Rechtskulturen typische Fall der kinderlosen Witwe in Mittelassyrischen Gesetzen keine Anwendung, weil sie eben einem Bruder des Verstorbenen nicht zur Ehe gegeben wird, wenn sein Vater auch schon gestorben war. Sollte auch noch kein Sohn des Verstorbenen vorhanden sein, wird sie Witwe im Rechtssinn (*almattu*) und darf über ihre Hand verfügen (§ 33)[26].

III. Schlusswort

Zusammenfassend ist nach dieser Behandlung der Bestimmungen der Mittelassyrischen Gesetze die Anwendung eines Leviratsrechts festzuhalten, auch wenn es nicht genau dem judäischen Model entspricht, das sich aber später entwickelt hat. Infolgedessen kann man von einem Levirat in den Mittelassyrischen Gesetzen reden, auch wenn es in der Sekundärliteratur umstritten ist[27].

Natürlich kann man nicht feststellen, dass das biblische Levirat von dem assyrischen abstammt. Diese Möglichkeiten vom Rechtstransfer sind sehr schwer zu überprüfen, wenn sie auch plausibel[28] erscheinen. Ferner dürften sie parallele Entwicklungen darstellen, die unabhängig voneinander in unterschiedlichen, aber ähnlichen Rechtskulturen stattgefunden haben.

Im Endeffekt scheint das Levirat in mittelassyrischer Zeit eine juristische Folge der Kaufehe zu sein. Deswegen hatte die Familie des Verstorbenen einen Anspruch auf die Braut, als Gegenleistung für die Zahlung des Brautpreises. So kann man sagen, dass beim Leviratsrecht in den Mittelassyrischen Gesetzen die Vermögensaspekte dieser Konstellation die entscheidende Rolle spielen.

---

[16] Es ist in der Sekundärliteratur, ob der Begriff „Kaufehe" in den Keilschriftrechten angewendet werden soll (vgl. S. Lafont, *Middle Assyrian* cit., 535ff.). Es ist aber verglichbar mit der *coemptio* im römischen Recht (vgl. M. Kaser, *Das römische Privatrecht I*, München, 1971², 77-78).

[17] P. Koschaker, *Quellenkritische Untersuchungen* cit., 48.

[18] J. Kohler, *Das Recht der Chins*, in *ZVR* 6 (1886), 188.

[19] Vgl. Koschaker, *Quellenkritische Untersuchungen* cit., 51.

[20] *Quellenkritische Untersuchungen* cit., 53.

[21] Koschaker, *Quellenkritische Untersuchungen* cit., 49 Fn. 2.

[22] Vgl. Koschaker, *Quellenkritische Untersuchungen* cit., 49.

[23] Vgl. Saporetti, *Le leggi medioassire* cit., 73.

[24] *The Assyrian Laws* cit., 400.

[25] *Le leggi medioassire* cit., 61.

[26] A. van Praag, *Droit matrimonial* cit., 120, vertritt die Ansicht, dass der Sohn des Verstorbenen in § 33 seine Stiefmutter zur Ehe bekommt, als sein Anteil an der Erbe. Er tritt hier aber nicht als *levir* ein.

[27] Vgl. S. Lafont, *Middle Assyrian* cit., 537 Fn. 72.

[28] Über Rechtstransfer auf einer historisch-rechtsvergleichenden Perspektive, vgl. A. Hirata, *Die Generalklausel zur Hybris in den alexandrinischen Dikaiomata*, in *SZ (Savigny Zeitschrift – Rom. Abt.)* 125 (2008), 675-681, und ders., *Die alexandrinischen Dikaiomata als Quelle der historischen Rechtsvergleichung*, in M. Lang/H. Barta/R. Rollinger, *Staatsverträge, Völkerrecht und Diplomatie im Alten Orient und in der griechisch-römischen Antike*, Wiesbaden 2010, 39-50.

The Nation State and the Law: A Legal Critique of the Organic Development and Restrictions of the Legal Powers of the State

*Zia Akhtar**

Abstract

Has the concept of the nation state reached its apotheosis after the success of liberalism on the political spectrum? This question needs to be answered by evaluating the Constitution as the rule making authority that is embodied in the sovereign state. The nation emerged from the various strands of nationalism and there was a development into a Westphalian state that exercised territorial integrity and full sovereignty. It went through various expressions of its evolution including Hegelian's definition of the abstract framework of the state based on the relations of power. However, there is a distinction between the nation- state and the nation and the former is a more durable concept. Philip Roeder argues that it follow a symmetry which is based on a segmented growth pattern and is premised on the state 's progressive development of institutions. In Europe the nation state are ancient constructs that emerged with the development of the national consciousness that enabled the nation state to be recognsied as a member state of the United Nations. The framing of treaties of setting out principles of international law has allowed some states to practice universal jurisdiction. It has been restricted because of the subjective nature of the legal political framework of the state. The approach that Kelsen takes is to confer monism and dualism as part of the theory that the state and the international order are both regulated by the basic norm. This article traces the framework or 'glue' that holds the nation state together. It arrives at the conclusion that the ideological state has come to an end and that liberalism has triumphed in the global consensus of modern nation states.

Key words: *National identity; Volk; Westphalia; liberalism; universal jurisdiction.*

Introduction

The nation state derives its legitimacy by serving as the sovereign entity in a territorial unit. It is a political, cultural and often an ethnic unity which provides it with homogeneity. The term "nation state" became conceptualised at different times in various parts of the world but it has become the dominant form of state organization.[1] The concept of a nation state can be contrasted with the city- state, empire, confederation, and other political forms of which it may be the principle institution. The key distinction with the other forms is the identification of the people with a polity. The inhabitants of the state carry documentation that provides their membership of a nation state with legitimacy.

The theory of the nation state is important in assessing the evolution of countries that leads them to adopt a constitution. The strength of constitutions can originate from the nationalism or the power of the *volk* as has happened in the European countries such as Germany and Italy. This defines the nation state as based on the popular will. The unification of these countries is seen as a fulfilment of a prophecy and the need for these states to assert themselves through their innate nationalism.

The states that are part of a realm such as Britain have adopted a constitution which is based on conventions developed over a long duration and where the Parliament is sovereign. These constitutions have a universal underpinning because of their Parliamentary model and system of common law which they have successfully enacted in a codified manner in the parts of the world that they have ruled. In such a nation state the driving force has been imperialism and that has been the cause of their extension beyond their territorial remit.

This needs to evaluate the nation state's central institution and the success of its machinery of government. It is an examination that makes for a more informed discussion of the difference between the nation and the nation state. There are varying degrees of restrictions imposed on the executive which are in the form of separating the role of the leader of the government and the head of state. The constitution is a framework for a country and is the basis of all its laws. It is composed of various branches which together exist as the body politic of the nation. These are designed to provide checks and balances and

* Zia Akhtar, LLB (London) LLM (London) is a member of Grays Inn. He is a writer on jurisprudence and public international law.

[1] It is necessary to be able to draw an encyclopaedic differentiation. The nation-state differs from a "state" or a "nation" for two important reasons: A *nation* refers only to a socio-cultural entity, a union of people sharing who can identify culturally and linguistically. This concept does not necessarily consider formal political unions. A *state* refers to a legal/political entity that is comprised of the following: a) a permanent population; b) a defined territory; c) a government; and d) the capacity to enter into relations with other states. http://www.towson.edu/polsci/ppp/sp97/realism/whttsns.html

to regulate the procedures by defining the role of the executive, legislature and the judiciary.

In ***Studies in History and Jurisprudence*** *Viscount Bryce states* that the constitutions are a product of law and custom of a nation state. He *considers the rise of the Roman and English empires as based on the strength of their constitutions.*

Constitutions are the expression of national character, as they in their turn mould the character of those who use them; and the same causes which made both peoples great have made their political institutions also strong and rich, specially full of instruction for all nations in all times.[2]

Bryce cites the distinction between national constitutions as not based on the difference of being either Written or Unwritten Law which is drawn between those based on common law *ius ie* the English constitution and those embedded on the Roman *lex* in content where the statutory codes are their basic norm. In the Westminster style constitutions statutes are promulgated declaring or modifying or abolishing precedence and repealing legislation. The development in written constitutions is by means of interpretation and through practice of custom, and the spirit rather than the letter of the law has the full effect.

The Roman or the English constitutions may be distinguished as they became the source of the past and the present constitutions and these have become part of the "natural growths, unsymmetrical both in their form and in their contents". These originate from a variety of specific sources that emanate from different developments and they interact with customary rules that rest only on custom and precedent, but which are deemed of equal footing. The legal frameworks have been the underpinning by which the idea of a nation was recognised and the state became part of the comity of nations.

The concept of a nation as an independent entity is associated with the rise of the Westphalian system which is based on the system of legal entities that were recognised as state parties in the signing of the Treaty of Westphalia 1648. The nation state meets the criteria for its component states by assuming that there is no dispute as to the sovereignty of the nations bound by the treaty. They are all bound by its stipulations and have a legal duty under the law of nations to abide by the agreement that they have ratified.

This article is about the development of the nation state; the connection between the constitution and the state's institutions; the emergence of various nation states in the European continent and the decline of the sovereign state that was based on the Westphalian ideal. The state which was once a counterweight with a separate value system has been diluted in the face of liberalising legal codes.

1/ Development from nation to a nation-state

The rise of the nation state has its origins in the Roman constitution. This rested of the inhabitants who were citizens, which is based on the Latin concept of the city. It was premised on the notion that the ultimate loyalty was transferred from the Kings, cantons, fiefdoms to the new entity, the nation. This became an autonomous entity and brought about changes in the localised European order and made it universal.

The American academic Philip White evaluates the origin of nation states, and their emergence as the dominant political entity by connecting it to the historical development of nationalism. This is present in the group instincts that emerges from small communities and becomes broader by the human species interacting and nurturing higher goals as a polity.

In **Homesapiens** he defines this as a field of socio-biology which uses a prism that does not view the topic through ethnic-tinted lenses, but prefers an anthropological futuristic view of the subject. He took into account the history of the phenomenon of group formation in the psychology of the human species, and noted:

> *Nationality is among the most influential of these typically overlapping group identities that have bearing on our social status. This is due both to nations' remarkable size (usually in the millions) and their unique powers of sovereignty (which were often unchallenged until modern times). Even the largest and most 'imaginary' of national identities tie in to (or physiologically mimic) the most fundamental bases of human social identity.*[3]

Wright contends that there has been a process that has been propelled by the exponential growth in populations and the scientific advances that have been made. These have enabled the formation of an identity of a nation that was previously identified by the person, tribe and dynasties that enabled rule by families. This has been accompanied by the feudal concepts such as the divine right of Kings and a landed aristocracy.

Michael Ignatieff states in **Blood and Belonging**, "*[Civic nationalism] maintains that the nation should be composed of all those — regardless of race, colour, creed, gender, language, or ethnicity — who subscribe to the nation's political creed. This nationalism is called civic because it envisages the nation as a community of equal, rights-bearing citizens, united in patriotic attachment to a shared set of political practices and values*."[4]

This can be interpreted by defining ethnic nationalism claims that an individual's deepest attachments are inherited, not chosen. It is the national community that defines the individual, not the individuals who define the national community. The people agree to abide by shared laws and mutual respect for laws enables people to live together peacefully. The key element is the development of the "Civic" nation. It refers to government by citizens, and "civic involvement" refers to the involvement of citizens. The concept of civic nation combines two key elements: citizens — and their shared values and beliefs.

GWF Hegel in **The Philosophy of Right** has defined the state as an abstract concept that needs a moral focus. This is a higher moral law that is inherently different from individual self interest. It is a respect for objectively recognized legal rules for the willing subject that require an "abstract, restricted, and formal"

---

[2] Viscount Bryce, J. *Studies in History and Jurisprudence* Chapter: *III: Flexible and Rigid Constitutions 2 vols.* ((1901) New York: Oxford University Press, Pages 207-210.

[3] White, Philip L Globalisation and the Mythology of the Nation State (2006) in AG Hopkins (ed) Global history: The Interaction of the social phenomenon between the Global and the Local. Palgrave Macmillan, New York pp 257-284.

[4] Michael Ignatieff, in Blood and Belonging: Journeys into the New Nationalism, 1995 pages 3-5 published by Farar, Straus and Giroux.

obedience. The outcome is that as the individual is a member of a society there is a need to " institutionalize the universal maxims of morality, maxims that cover all people, it is only in the realm of Ethical Life that the universal and the subjective will come into a unity through the objectification of the will in the institutions of the Family, Civil Society, and the State".[5]

In this framework the political State, provides a synthesis between the principles governing the Family and those governing Civil Society. The functionality of the state is to found in the attainment of the universal substantial will in the awareness of particular individuals who rise to consciousness of knowledge. The membership of the state elevates the individual. Hegel contends that "Since the state is mind objectified, it is only as one of its members that the individual has objectivity, genuine individuality, and an ethical life … and the individual's destiny is the living of a universal life".[6] The rationality is in self-determining action or laws that the state enacts and which are obeyed that determine the logical pattern of thought and deeds.

Hegel provides with practical effect in three defining moments which are as follows: "(a) the immediate actuality of the state as a self-dependent organism, or Constitutional Law; (b) the relation of states to other states in International Law; (c) the universal Idea as Mind or Spirit which gives itself actuality in the process of World-History ". This is a notion that transcends the different institutions of government and the laws form the super structure of the state.[7]

In order to arrive at a legal and political deduction of the evolution of the nation state as a recognised object of international law Anthony C Pick in **The Nation State** argues that the nation has been through a Reformation period (1500-1700) before it became a fully fledged nation- state. There were then major political realignments and consolidations occurred within the nations of Europe, leading to establishment of strong secular states that progressively reduced the influence of religion in government.

The result was the development of the nation state. This was based on the following developments:

> *Until the nation state appeared in the 16th and 17th century government was by rules where authority did not derive from the people when they ruled, who were treated as "subjects". The states rule had 7 different forms, personal rule, theocracy, city states, oligarchy, military states, tribal states and empire. The principle function of such a ruler was to achieve peace and order, by judging disputes and enacting laws by which disputes could be avoided. This could only be performed if his authority did not derive from his subjects, and to reinforce the authority the concept of legitimacy arose which defined a right to rule independently of any constitutional system. [8]*
>
> *This legitimacy had to be certain and any aspect of its governmental legality that was disputed was not acceptable and could cause conflict. Pick contends that the constitution of a nation state has undergone a process of development that was possible to deduce empirically. Phase I was the origin of nationality within a clearly defined pre national state; Phase II was the transfer of legitimacy from the rule to the nation, and Phase III was the expression of that legitimacy by a legal process called constitution, according to the rules of which a government could be removed, and both government and private litigation are subject to laws*.[9]

There were further developments when there was an increasing emphasis during the 19th century on the ethnic and racial origins of the nation that led to its redefinition as a nation state. Eric Hobsbawn cites the evolution of the French state as "preceding the formation of the French people". [10] This happened because, he argues that at the time of the French Revolution in 1789, only half of the French people spoke French, and only an elite of 12-13% spoke it eloquently. The French nation emerged with the " arrival of conscription invented by Napoleon, and of the 1800s public instruction laws" that allowed mixing of the various provincial groups of France into a nationalist mould.

This merger created the citizen and their consciousness of membership in a community of a nation. The French Revolution spawned the idea of nationalism, which quickly spread all over Europe inspiring the people with the desire to rule themselves as independent nations. The outcome was that vast empires such as the Austria- Hungary were severed and new countries were created. The French Revolution also gave birth to the notion of a Republic which had been the creation of ancient times. It brought about the concept of the social contract in government that gave sustenance to the ruler who was bound by the consensus of the governed.

In **Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism** Benedict Anderson concurs with Hobsbawn that the nation state concept was born in the period after the Enlightenment when the French Revolution succeeded in dismantling the feudal state system that had previously existed in Europe and had promoted the "divinely ordained, hierarchical dynastic" monarchy.[11] The arrival of the age of reason when the archaic institutions became obsolete and there was a rejection of their monopoly of the truth. This ideological impulse became the driving force for the pluralistic interpretations and the nations dreamt of being free from the ideological stranglehold.

Anderson states that the nations are "imagined communities" (the members cannot possibly know each other), and that the main causes of nationalism and the creation of a fabricated community are the reduction of privileged access to particular ancient languages (such as Latin), the movement to abolish the ideas of divine rule and the emergence of the print media and capitalism which he terms as print capitalism. He states further:

---

5 GWF Hegel in The Philosophy of Right (TM Knox, ed. Oxford University Press, 1967 page 108.
6 Ibid page 258.
7 Ibid page 261.
8 Pick, A C The Nation State: An Essay (2001) Page 1-3 www.TheNationstate.co.uk/TheNationState.pdf
9 Ibid page 25.
10 Hobsbawn, E. Nations and Nationalism since 1780: Programme, myth, reality (Cambridge Univ. Press, 1990; chapter II "The popular protonationalism", pp.80–81.
11 Anderson, Benedict. Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism.. Revised Edition ed. London and New York: Verso, 1991, pp. 5-7.

The nation is imagined as limited because even the largest of them encompassing perhaps a billion living human beings, has finite, if elastic boundaries, beyond which lie other nations. No nation imagines itself coterminous with mankind. The most messianic nationalists do not dream of a day when all the members of the human race will join their nation in the way that it was possible, in certain epochs, for, say, Christians to dream of a wholly Christian planet. [12]

This result Anderson sums up by his premise that: "*the gage and emblem of this freedom is the sovereign state.*" However, in debating the origins of the nation state this process has to be viewed as based on the community of people because irrespective of the divisions that may prevail the nation is deemed to be " *always conceived as a deep, horizontal comradeship*". It was this brotherhood that has made it possible over the past two centuries, for the millions of people, to sacrifice their lives for the nation state in periods of conflict.

This is an explanation that implies there are cultural roots of nationalism. It is an analysis of the state-driven theories of the origin of nation states that are focussed on England and France. The distinction between these states and others that came afterwards from a nucleus of core regions, and arose from a national consciousness and sense of identification that became a cause for recognition of national identity.

This has been recognised in the EU document **Recommendation Rec(2001)15 of the Committee of Ministers of member states on history teaching in twenty-first-century Europe** that prescribes the teaching of the development of the nation state. Its progress is adjudged by the "*creation of a uniform national culture, through state policy. The model of the nation state implies that its population constitutes a nation, united by a common descent, a common language and many forms of shared culture*".

This statement implies that the nation state often tried to promote a uniform national language, through policy. The document states further that the "creation of national systems of compulsory primary education and a relatively uniform curriculum in secondary schools, was the most effective instrument in the spread of the national languages". It was accompanied by the educational institutions teaching the national history, often in a "propagandistic and mythologised version" during the conflict periods.[13]

2/ Nationalism as a factor in the origin of the state

In contrast to the above some nation states that arose in Europe, Germany and Italy, came into prominence as a result of political campaigns by nationalists during the 19th century. The territory that was to form these states was previously divided among other states, some of them geographically very small, and so their ethnic composition was the significant factor. The sense of common identity was at first a cultural movement, such as in the *Volkisch* vement in German-speaking states, which rapidly acquired a political significance. The nationalist sentiment and the movement for cultural identification preceded the unification of the German and Italian nation states. [14]

This sentiment governed the ideological motivation of the Nazis who under Hitler adopted a manifesto that was drawn around a 25 point programme. It was seamed together under the concept of *Lebensraum*, the need to create extra living space for the German nation to expand; the notion of a single Fuhrer; who was a single powerful leader of the *volk*, and a policy of social Darwinism that was centred on the idea that the Aryan race was superior to the other races. The National Socialist ideology drew on sources of European history and romantic nineteenth century idealism.

There is a need to discuss this concept of a nation state rather than as a state per se. This is because of the failure of the conceptualised one nation state in terms of the myth of the imagined community. Hans Kohn in ***The Idea Of Nationalism: A Study of Its Origins And Background*** defines nation states in Europe by studying their origins and cites their emergence as being based upon the rational self conscious creativity which is the making of a social order by means of mutual agreements and coordinated actions. He states:

In the West nations grew up as unions of citizens by the will of individuals who expressed it in contracts, covenants and plebiscites. Thus they integrated around a political idea, looking towards a common feature which would spring from their common efforts. A nascent German nationalism unable to find the rallying point in society or in a free or an rational order found it in nature or in the past, not in a political act but in a given national fact, the folk community formed by the ties of a hoary past and later of prehistoric biological factors. [15]

The author further argues that this served as a platform for the development of the volk which was a movement that served to raise the nationalism to the level of the mystical. This was conceived by the political integration around a concept of an irrational visionary concept that was based on elevating the folk that was present in the volk myth.[16] Kohn also draws a distinction between the emergence of nationalism in France to that of Germany by arguing that French nationalism was born "in a wave of general enthusiasm (as UK and American nationalism was) for the cause of mankind." He argues that the German nationalism lacked the initial inspiration of a "disinterested humanitarianism from the beginning". This was directed to laudable but narrower goals, which were "self centred and antagonistic". [17]

Han Kohn's concept is of a more liberal, civic Western and an illiberal, ethnic Eastern nationalism that has been a challenged by Taras Kuzio in **The Myth of the Civil State** who views this as "idealized" and argues that it does not reflect historical reality and is in compatible with the contemporary nationalism. The framework ignores the evolution from communist to civic states that has taken place in central-eastern Europe during the 1990s. it has displayed a nationalistic revival. Kuzio refutes the notion that the Western nation-states were always "civic" from

[12] Ibid page 10.
[13] Council of Europe committee of Ministers Recommendation (2001) 15 on history teaching in the 21 st century Europe (Adopted on 31 October 2001 at the 771 st meeting of the Ministers Deputies. https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=234237
[14] Chaudhary M.A and G. Chaudhary in Global Encyclopedia of Political Georgraphy. Global Vision Publishing (2009) Page 154.
[15] Kohn, H Transaction Publishers, New jersey 2005 Page 325.
[16] Ibid Page 329.
[17] Ibid Page 331.

their inception in the late 18 th century and claims that a different framework is proposed that views Western states as only having become civic recently.

The author argues that there present day "crisis which he defines such as (immigration, foreign wars, domestic secessionism, terrorism), which threaten the civic element of the state that may continue to be overshadowed by 'ethnic particularist factors'. The proportional composition of a country's ethnic particularism and civic universalism has always been in tension and dependent not on geography but on two factors: the historic stage of the evolution from ethnic to civic state and nationhood and the depth of democratic consolidation".[18]

In the past when the 'state-driven' national unification was responsible for the emergence of nation states in the case of France, England or the *volk* charged ideologies of Germany or Italy, their cultural unification preceded state unification, as ethnic nations or ethnic nationalities. Guiseppe Mazzani the chief leader of the Italian *Risneginmento* was one of the chief proponents of the nation state. However, he espoused the principles of a radical expression of state hood in the form of popular participation when most of continental Europe was still under feudal monarchies.[19]

Manzani's ideology of nation state was illustrated when the Pope's theocratic regime was abolished in central Italy in March 1849. The Constituent Assembly proclaimed a Roman Republic and he became the de facto leader of the state. The republic's citizens enjoyed personal and political freedoms, including press freedoms, religious freedoms, due process and equality. This caused a reaction among the conservative leaders in Europe and the republic was forcibly overthrown. The papal restoration followed and while this served to engender nationalism the radical expression was swept away in Italy and led to the fascist undercurrents to come to the fore in the early nineteenth century.

There is another interpretation of the theory of how nationalism developed within the nation state. In **Nationalism: Five Roads to Modernity**, Liah Greenfield distinguishes the various components of nationalism and defines them as of three types: (1) the specific forms in England and the United States (which, he says, represent the first type of the individualistic and civic nationalism); (2) in France, the model of the second type of collectivistic and civic nationalism; and, (3) in Russia and Germany, the collectivistic and ethnic. Greenfield states that this process sets down the common foundation of all societies which is as follows:

> *The specificity of nationalism is that which distinguishes nationality from other types of identity, derives from the fact that nationalism locates the source of individual identity within a "people", which is seen as the bearer of sovereignty, the central object of loyalty, and the basis of collective solidarity. The "people" is a mass of population whose boundaries are nations are defined in various ways, but which is usually perceived as larger than any concrete community and always fundamentally homogenous, and only superficially divided by the lines of status, class, loyalty and in some cases even ethnicity.* [20]

Greenfield contends that this is a conceptual definition and that the idea at the core of nationalism is that of a "nation". This means that the nation and the state can be distinguished by the formative development of the nation state with the growth of the institutions of the state.

There is further analysis in the thesis of progression of nation states, which is based upon the segmented institutions theory. This is a rational evaluation of the different progress of the national identity of a state. There is a difference in the evolution of the nation state in Europe and in Asia where states have not simply come from a process of evolution, but emerged from dismantling long-standing empires.

In **Where Nation-States Come From: Institutional Change in the Age of Nationalism** Philip Roeder states that the nation states follow a symmetry that is based on a segmented growth pattern. This means that it progresses on a pattern of steady growth and it reaches a critical -mass when "the national identity is transformed into political action".[21] This identity is achieved by the subdivision of the population into various territorial jurisdictions that approximate to "a political community". It creates the structure of the components of the state and permits the law to be enforced upon each individual unit and then streamlines into the whole state hierarchy.

Roeder argues that the „most profound implication of the segmented institutions is an understanding of the relationship between nationalism and the nation state". The nation state by this theory simultaneously creates a territorial jurisdiction (the state) and a political community (the nation). The segmented state (which may itself claim to be a nation state) divides its population and territory further among separate jurisdictions and gives the population that purportedly is „indigenous to each jurisdiction a distinct political order".[22]

The institutions create a common state in the whole territory and population and separate segment states for the territories and population. The segment states are not simply territorial jurisdictions within a federation, but they also contain juridicially separate „communities of people who purportedly have separate claim to their own structures" which merge in the end by a process of unification. Roeder asserts that the segmented institutions provide their „leaders with unique opportunities to establish this political identity". [23]

---

[18] Kuzio, Taras (2000). "The Myth of the Civic State" Annual convention of the Association for the Study of Nationalities, Columbia University "Panel U01 (X)", 14pp. (later published in *Ethnic and Racial Studies*, Vol. 25:1 (Jan. 2002), pp. 20–39.

[19] Four Seminal Thinkers in International Theory: Machiavelli, Grotius, Kant and Manzani edited by Martin Wright, Oxford University Press (2005) page 113.

[20] Greenfield, L Harvard University Press, (1992). Page 4.

[21] Roeder, P Princeton University Press Page 47.

[22] Ibid Page 49.

[23] Ibid Page 51.

In some instances such as Pakistan and Israel this segmented process did not happen and the creation of a nation state is proceeded by the emergence of nationalism. This manifests itself in the movement prior to the birth of the state by the majority of the people forming a common consensus. There is always a common thread such as a religious ideology which is either conservative or socialist according to the position of the leadership of the nationalist movement that is leading the movement for a separate homeland.

3/ Universal jurisdiction

The modern nation state has become bound by the international law under the United Nations mandate. The UN which came into being in 1945 as a successor to the League of Nations after the Second World War had a much broader framework. It had 5 permanent members who sat on the Security Council and there was the General Assembly which comprised the member states of the United Nations. The UN had terms of reference that were enshrined in its Charter that became the source of the treaties and Conventions that the countries signed and their governments ratified which respected the rights and obligations of the states.

The United Nations paid cognizance to providing states with the power to enforce the rules and regulations which maintained the international criminal law. This was done by means of drafting treaties against waging war, genocide and torture. These also effected such contemporary acts against the state such as high jacking, terrorism, and money laundering that effected the territorial integrity of other states or its citizens.

In order to combat these forms of transnational crime the nation states has developed the concept of universal jurisdiction. This is one of several ways by which a state can exercise jurisdiction which includes territory; active personality i.e. the accused will be prosecuted in the country of the nationality of the offender; passive personality i.e. the accused will be prosecuted in the country of the nationality of the victim and Universal jurisdiction, the exercise of which means the state will be able to prosecute regardless of the nationality of the offender, the victim, and where the offence was committed, e.g. terrorism.

The UK legislated by introducing the War Crimes Act 1990 which was specifically aimed at trying Nazi war criminals. This aimed at the prosecution of those who had been involved in aiding and abetting the commission of crimes in the Third Reich. The source of the law was the moral principle of proscribed the making of aggressive war on other states. It was a law of universal jurisdiction as the accused need not have been a British citizen for the indictment could be brought.

Generally, an offence will only be trialable in the jurisdiction in which the alleged crime takes place, unless there is a specific provision in the statute that confers jurisdiction. In the UK there are specific Acts of Parliament that have codified crimes of extra-territorial jurisdiction. These are the following: Sexual offences against children (section 72 of the Sexual Offences Act 2003); new section 72 was substituted by the Criminal Justice and Immigration Act 2008; murder and manslaughter (subsection 9 and 10 of the Offences Against the Person Act 1861); fraud (the 2006 Act imposes extra territorial jurisdiction in respect of offences set out in subsections 1, 6, 7, 9 and 11 of the Fraud Act 2006).

There are also very specific promulgation of statutes which had the effect of investing British courts with universal jurisdiction. This covers those offences whose remit is designated by the very nature of the offence being extra territorial in terms of being planned, financed and committed across states. It is encapsulated by the subsection 59, 62-63 of the Terrorism Act 2000; section 17 of the Terrorism Act 2006 and the Bribery Act 2010 which imposes extra-territorial jurisdiction and Part 7 the Proceeds of Crime Act 2002, offences which were committed abroad may lead to charges if laundering acts are committed within the UK even if the initial offence was committed abroad (from which proceeds were accumulated) would also amount to an offence in any part of the country if it occurred within the realm under section 340 (2)(b)).

The English Courts have developed a concept of evaluating the principle of universal jurisdiction when it relates to crimes committed across the borders that includes the territory of the UK. In **R v Smith (Wallace Duncan) (No.4) [2004] 3 WLR 229**, Lord Chief Justice Woolf held that an offence must have a „substantial connection with this jurisdiction" for courts in England and Wales to have jurisdiction. This implies that where a substantial number of the activities constituting a crime takes place within England and Wales, the national courts have jurisdiction unless there are reasonable grounds that the conduct ought to be dealt with by the courts of another state.

There has been a Europe wide recognition of the principle that the cross border crimes between the Member States need a common jurisdictional provision in the European Union. This has been published as the **Eurojust Guidelines, Annual Report 2003, Making the Decision - „Which Jurisdiction Should Prosecute?"** 2003. [24] This is summary of guidelines that prosecutors can refer to when dealing with both Member and non-EU Member States. The role of the prosecution agencies is to stimulate and facilitate co-operation in the investigation of serious cross-border crime, particularly organised crime. The project deals with the extensive and complex cross-border cases, usually involving more than two EU Member States. If there is a disagreement between the prosecutors they may refer the case to Eurojust, which acts as the final arbiter.

The UK has recently diluted the principle of universal jurisdiction where citizens may bring a private prosecution against an individual who is accused of committing crimes such as grave breaches of Geneva Conventions Act 1957. This is partly because of the high profile indivicuals who were accused in English courts of committing crimes chargeable under universal jurisdiction. In 1999 the case of General Augustine Pinochet was prominent in bringing into sharp relief the human rights organizations who wanted to prosecute him and the government which wanted to release him back to his country.

In the light of these cases in which the UK government has considered the process of diplomatic immunity that is part of

[24] http://www.eurojust.europa.eu/press_annual.htm.

public international law to override the fact of serious violations of human rights the right to bring a private prosecution has taken away from the citizens. The government has enacted the Police Reform and Social Responsibility Act 2011 which removes the right of any injured party to get a warrant issued and they have to apply and gain permission from the attorney General before any steps can be taken to bring a criminal action in the courts against the alleged perpetrators' of human rights violations.

There is also the possibility of extradition between states which ensures that those accused of crimes in their own countries are tried and are not able to elude the due process. This is becoming of increasing resource of most states and has been enhances by the promulgation of the Extradition Act 2003 in the UK that allows the process to be simplified.[25] The Member States of the EU all have concurrent obligations towards the removal and transfer of personnel who have been accused of crimes and to extradite them.

The principle is further complicated by the fact that the third parties may also then re extradite them to face crimes in their countries after they are extradited from the original country to the one they were charged for criminal offences. The case of Julian Assange, the Wikileaks founder who is facing such a possible extradition if his refuge in the Ecuadorian embassy is effected would mean that the states would have enforced the rights of repatriation that is inherent in the principle of the state's sovereign immunity.

4/ Common institutions of governance and adjudication

The growth of the international jurisdiction by means of treaties has led states recognising a common thread of international law mechanism. This is because of the recognition that there is a jurisprudence that is common to all states who must abide by its rules. The notion that there is a higher law reverts to the „law of nations" that emerged in Europe in the time of the nation state. It was initially regarded as a concept of the Natural Law.

Emmerich de Vattel noted in **The Law of Nations** that „*Nations being free, independent and equal, and having a right to judge according to the dictates of conscience, of what is to be done in order to fulfill its duties; the effect of all this is, the producing, at least externally, and among men, a perfect equality of rights between nations, in the administration of their affairs, and the pursuit of their pretensions, without regard to the intrinsic justice of their conduct, of which others have no right to form a definitive judgment; so that what is permitted in one, is also permitted in the other, and they ought to be considered in human society as having an equal right.*"

We must then apply to nations the rules of the law of nature, in order to discover what are their obligations, and what are their laws; consequently, the law of nations is originally no more than the law of nature applied to nations." [26] The actual practitioners of the forms of international law between states evaluated the „divine" or „natural" foundation of international law with serious consideration and after the emergence of the „Westphalian" state system in 1648. This has entered a new phase after the declaration of the illegality of war at the United Nations and from the perspective of international law as an organizing code, the need has been felt to erect new judicial institutions.

While the most important in the post war period was the Hague International Court of Justice (ICJ) which has compulsory jurisdiction there has now been further progress to enact a regular means of judicial enforcement. While all sovereign states are in theory equal in law, and none can claim the right to adjudicate-in a definitive legal, as opposed to the politically subjective value judgments. This has required the formation of the supervening forms of jurisdiction such as the coming into being of the International Criminal Court (ICC) that seeks to try those personnel of the government who have been accused of higher crimes against their own population in such manner as to constitute grave violations of human rights.[27]

The nation states evolution under the emerging doctrine of international law is that unlike the domestic legal systems its remit requires a universally accepted institution entitled both to adjudicate the conduct of states and, by extension, enforce their judgments through a compulsory process with or without consent of the states own adjudicating mechanisms. This is a concept that compromises the state sovereignty and is breach of their territorial integrity in which they no longer have complete or absolute jurisdiction. The legal power that has legitimate authority over the state is an external authority to whom they are accountable if their officers are indicted to appear before the court.

There are a number of criticisms of this court which are based on the following reasoning: Any tribunal that is invoking international law as the measure of a state's policy is only expounding an opinion of what international law is or ought to be. That opinion may be informed by a reasoning that is well or poorly informed, but it cannot be final or authoritative. There can be no ultimate international judicial forum with the inherent right to interpret international law for states.

This implies that the nation states are as in the community of nations are bound by international law; but, they are like all other states also entitled to interpret international law subjectively. Whether the nation state has been reasonable in its interpretation is ultimately a political and not a legal determination. The regime of international law may be discredited if the international courts are able to select the nations which are subjected to the due process while others are able to waive the right to jurisdiction or opt out of the court system while performing a large role as an 'international' state on the world stage.

There has also been a dilution of the sovereignty of the state by the coming into being of the international tribunals which adjudicate the responsibility of criminal conduct of individuals

[25] The Extradition Act transposed the European Arrest Warrant framework decision into British law and implemented the UK part of the controversial UK – US extradition treaty of 2003.

[26] *The Law of Nations or Principles of the Law of Nature Applied to the Conduct and Affairs of Nations and* Sovereigns 3 (Luke White edition, Dublin 1792) Page 9.

[27] While the ICJ has mandatory jurisdiction the US has de selected from this in 1986 and when in 2003 the treaty to accede to the ICC was signed it de signed its acceptance to the court's jurisdiction.

accused of crimes during periods of civil war in their country. The tribunals are charged with prosecution of war crimes committed in the former states where there have been ethnic cleansing on a massive scale are gross violations of human rights have resulted. The tribunals are set up by Western European powers who have been the cause and effect of the severance of the state from these crimes against humanity have erupted.

The case in point is the Yoguslavia Tribunal which was formed after the precedent was set by the Rwanda Tribunal that operates as an ad hoc court at the Hague, Netherlands. The terms of reference is to adjudge the former rulers of the country where 'tribal' or ethnic genocide was perpetrated. The procedure for the creation of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, or its more colloquial term the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) was the Resolution 827 of the United Nations Security Council, passed on 25 May 1993.

The indictments issued were over four heads of crimes committed on the territory of the former Yoguslavia since 1991, which were: grave breaches of the Geneva Conventions, violations of the laws and customs of war, genocide, and crimes against humanity. The maximum sentence it can impose is life imprisonment and until now it has been responsible for convicting several politicians including the former Prime Minister Milosevic, of carrying out war crimes on the territory of the former Yoguslavia.

In 2004, the ICTY published a list of five accomplishments as part of its record. These it defined as the transferring (i) the emphasis from impunity to accountability of the heads of state and its officials (ii) establishing the facts by publicly demonstrating the evidence procuring and findings of fact that Tribunal judgments produced (iii) bringing to justice thousands of victims and giving them a forum on the basis of a list of witnesses that had been summoned to the Tribunal; and (iv) the building of precedence in legal principles that utilised the existing international criminal law concepts which had not been ruled on since the Nuremberg Trials; and (5) the strengthening of the rule of law by the application of the international standards in the war crime prosecutions in the war in the Yoguslavia.[28]

This shows that the governments of nation states no longer have immunity from international prosecution mechanisms if they are compelled by the prosecutors of the ICT to conform to indictments of the court. They will have to attend and discharge the burden of responsibility by adducing proof that they did not commit any act that is deemed as a crime in international law. The issue is if that is a fair outcome that some states which have a large profile on the international transactions do not then have consider that they have any obligation to be part of the same process. It then discredits the rule of law upon which the rights and duties of states are based.

5/ Regulatory norms between states

The nations states have developed the rules of international law by the practice of the states and that has led to the formation of customary international law. These are in addition to the treaties that are signed between the states and which regulate their behavior as per t he Conventions that are binding. The efficacy of international law is greatly increased by the manner in which the parties interpret and apply its provisions in actual practice, with regard to the conventions or treaty law. These are dependant on the recognized sources such as the practice which has grown from or emanated from consistent state practice over a period of time. This adoption of this rule is recognized by the transactions of the states and the rule then becomes one of universal force.

The customary law that sets out the rights and duties of states has been reinforced by the opinion of jurists that supports the precedence of the courts. The concept of customary international law is distinct from treaty law and it consists two key elements which are, firstly, state practice (i.e. the extent to which States are in fact acting in a manner that is consistent with a particular norm or principle), and *opinio juris*, which is a judicial reasoning that sets out for States that they engage in practice under a specific legal obligation that is required by the current state of law. [29]

Article 38(1)b of the Statute of the International Court of Justice that describes customary international law as „a general practice accepted as law." In ***Libyan Arab Jamahiriya v Malta*** **ICJ Reports (1985) ICJ Rep 13**, the ICJ judgment concerning the delimitation of the North Sea Continental Shelf was premised on the application of the rules of international law that would apply where the two parties agree that the dispute is to be governed by customary international law. In this instance Malta was a party to the 1958 Geneva Convention on the Continental Shelf, while Libya was not but both the Parties have signed the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea, but it had not yet entered into force but which had been adopted by an overwhelming majority of States.

However, each Party accepted that some of its provisions constituted customary law, while not acknowledging which provisions had that status. The significance of the Convention was that it had been adopted by an overwhelming majority of States and it was interpreted by the Court as a binding rule of customary law. While the parties held opposing views on the principles and rules underlying the framework of the exclusive economic zone it was connected to the delimitation of the continental shelf. The Court ruled that the two institutions were linked together in modern law of nation states and were relevant for the designation of the continental shelf of a State. The zone of the continental shelf was defined as the legally permissible radius of the exclusive economic use for the parties.[30]

[28] See http://www.icty.org/sid/324

[29] Henckaerts and Doswald-Beck *Customary International Humanitarian Law I*: Vols 1 and II: Practice, (Cambridge University Press, 2005) state "While this practice concerns States party to the First Protocol to the Hague Convention for the Protection of Cultural Property, it can nevertheless be concluded that the obligation to return illicitly exported cultural property is customary because, in addition to support for this rule found in the practice mentioned above, it is also inherent in the obligation to respect cultural property, and particularly in the prohibition on seizing and pillaging cultural property (see Rule 40). If cultural property may not be seized or pillaged, then *a fortiori* it may not be held back in case it has been illegally exported." at pages 127-136.

[30] Parahs 26-35 of the judgment.

There are derogations permitted from customary international law rules after they are established from the usage by states. These derogations are involves one or more states acknowledging the force and effect of a particular rule or provision but nevertheless departing from it in limited circumstances. They are no declared waiver from the customary rules and more frequent is the states agreeing (expressly or by implication) to depart from a general rule in their transactions between one another. This is not considered to be a violation of a norm of international law.

The nations states are bound by certain rules of international law from which no derogation is permissible which are considered as *„jus cogens*" or „peremptory norms of international law." The application of either term to a particular rule or practice is contingent on it being established and permanently acknowledged between the states. The definition of *jus cogens* means that the rule is set in stone and the result of that would be codified by the terms of a treaty over the period of time. This would render the use of the custom as insignificant in itself and the development of a treaty would bind the nation states in respect of the rights and obligations of the states are concerned.

Ian Brownlie states in **Principles of International Law** that the concept of *jus cogens* is subject to the development of new norms of conduct by regulating the conduct between the nation states. He reasons as follows:

„They are rules of customary law which cannot be set aside by treaty or acquiescence but only by the formulation of a subsequent customary rule of contrary effect."[In short, the doctrine of jus cogens is subject to being formed and reformed by the actual practice of states. As a result, a principle that is claimed to be jus cogens but is widely ignored is probably not a peremptory norm of international law-however important the policy it may support or detestable the practice it purports to forbid „.[31]

If the countries have signed the treaties then it would not be possible to derogate from the terms it has been ratified by the government of the state. This is because if the legislature enacts a statute granting the treaty the force of the law of the land then it will be not be possible to derogate from its terms of conditions. There are treaties that prohibit derogations by nation states because they are drafted in absolute terms. [32]

This leads to the theoretical question of the underpinning of the law that applies to the nation states has any broader philosophical framework. This is a necessary investigation to arrive at the theory of the nation state and the extent it can exercise its sovereignty. The issue at stake is if the nation state is operating in a monistic or a dualistic legal order the former will provide primacy to the national legal system and the later to the international rules.

6/ Monistic theory of law

The development of modern nation states law coincided with the advent of the leading positivist jurist of the 20 th century advancing the theory of the Pure theory of law. In Hans Kelsen's logic the legal system's validity rests on the efficacy and the regulation of the system must be studied by reference to the law as it „is" and not as it „ought" to be. The Pure theory has also provided an analysis of the interaction of the state law and the international law. This is because in Kelsen's view it leads to the determination of „political sovereignty".[33]

The elucidation of the legal norms is based on Kelsen's monistic theory of law, according to which the international and municipal law all emanate from the constitution. The basic norm regulates the legal order that is dependent on the legal validity of the rules and they achieve their legal status by the hierarchy of norms that lead up to the apex norm. The validity-relationship established between the 'source' and law created under it creates a hierarchy between the two norms, even in international law. This leads to the concept of the law of the state as the elevation to the international legal order and leads to the presumption that they should have the same subject-matter. and they should share the same principles of usage and protection of rights.

Kelsen's doctrine of the identification of the legal order of the modern state to be the pattern of every legal system. In **Hans Kelsen's Theory of Legal Monism: A Critical Engagement with the Emerging Legal Order of the 1920's** P Langford and I Bryan state that the Kelsen tried to present the emerging international order within a streamlined legal framework of national and international positive law. They state that this enabled Kelsen *„to identify two variants of legal monism, differentiated by the role of State sovereignty in the relationship between national and international law. For Kelsen, it is the choice between the broader ethico-political consequences of these two variants which will shape the further evolution of the global legal order"*.[34]

However, Kelsen who rested his theory on the framework of the international law as a primitive source of law that was dependant on sanctions that were enforced by coercion. This was representative of an unacceptable fact and could not amount to a rule of public international law. It was a framework that should be based on scientifically determined principles provided it was a universal truth. This was the only way that it could be norm of public international law that could emanate from a monist framework and could rise up to a summit level.

In his rebuttal Rudolf Bernhardt, in '**Article 103' in**:**The Charter of the United Nations.** *a*rgues that the case for sui generis 'hierarchies' in international law can be defeated by taking Article 103 UN Charter as an example. He argues that „there is no doubt that it is an obligation binding upon the member states of the United Nations, but what makes the Charter a 'higher' norm? Article 103 does not specify exactly what happens to the non-Charter obligations. Therefore it could be a norm of international law even though it prescribes a sanction".[35]

[31] Brownlie's Principles of International Law by J Crawford (2012), Oxford University Press. Page 513.

[32] There are certain treaties include specific provisions forbidding derogation from particularly important provisions. Article 4(2) of the International Covenant on Civil and Political Rights 1966 states that certain of its provisions (largely dealing with critical human rights such as the right to life, due process, and freedom of conscience) are non-derogable.

[33] Pure Theory of Law, Kelsen, H. (1934), Page 321.

[34] *Journal of the History of International Law, Volume 14, Number 1, 2012, pp. 51-86(36).*

[35] Bruno Simma et al (eds), The Charter of the United Nations: A Commentary (2nd edn, Oxford University Press 2002) page 1295.

The International Law Commission' considered the subject for four years (2002–2006) considering the topic and arrived at contrasting conclusion to Kelsen. In its report it concluded that there were difficulties arising from the diversification and expansion of international law. This is because it did not rest on the hierarchy of norms but instead was based on „a number of techniques (tools) that can be used to avoid or mitigate the negative effects of fragmentation and to ensure a measure of coherence in international law, including the classical *lex specialis* and *lex posterior* maxims, international law's own hierarchies of norms as well as systemic integration of external norms by way of interpretation.[36]

Conclusion

The development of the nation state has gone through processes of legal and political changes in its historical process. The notion of the city state in the Roman period seems to have provided the genises of the modern nation state by its transfer of allegiance from the dynasty or clan to the elected magistrates of the city state. This is predisposed to the citizens exercising the rights to elect their magistrates and being able to form their assemblies which then enacted the laws.

The French revolution was the driving force of nationalism when the monarchy gave way to the Nation. This transferred the aspirations and the unification of the people and their demands became transnational. The movement from a disenfranchised people to a community of shared values was enough to send the masses into a process of conveying their values system on other communities and the Austrian Hungarian empire terminated and new nation states emerged.

The process of the emancipating the volk in Germany brought about a fundamental change in the manner in which it sought to achieve the unity of the dispersed members of the community. This was seen to reside in the laws that emerged from the community and their source was the historic school of jurisprudence. The organic basis of law was a galvanising force that transformed the political will to achieve unity and to advance that with a will to power.

The nation state is an important legal concept because it enshrines the ideological conviction of the communities in Europe that comprise the polity and confirm its historical evaluation. The development has been caused by the philosophy of law and been accompanied by intellectual ferment in the evolution. It has been galvanised by the constitutions that have led to the framework of the basic law of state which in some cases came in the ancient frameworks such as Britain, where the institutions have developed by conventions. This has preserved its status as a leading power with the common law inheritance and the dispersal of the Westminster Parliamentary model.

The nation state led to a constitutions on the basis of principles that is frequently invoked in constitutional theory and practice. It is used in a variety of contexts which could simply be a description of a constitutional „rule" or „standard." The Westphalian state's decline is premised on the on the rise of international law, United Nations and Universal Jurisdiction principle. These have all served to reduce the state sovereignty and allowed the extra legal powers of the supra institutions to exercise their jurisdiction.

The development of the international courts or their augmentation has allowed the sovereignty of those states whose governments or officials have been indicted. This form of rule has impacted on those states who have been on the receiving of the Europe's security apparatus and the enforcement of sanctions have disproportionately fallen on them. The nations states are still divided on the northern hemisphere is in a privileged group of nations states where a value system is concerned and the international jurisdiction has been exercised on a subjective basis.

There has been a decline in the Westphalian state has been diluted and it has metamorphorised into the current state of existence which can be explained by globalization of socio economic institutions. This is a basis for the deduction that the nation-states are interactive mechanisms which coalesce between themselves for the purpose of implementing laws that are commonly recognized. In the EU the multi state institutions have ensured that the legislation transcends the regional, cultural, or functional processes and there are common frameworks and legislative organisms.

The legal theory based on Kelsen informs that the modern nation state is based either on the monist or the dualist models. This arises from the structural development of the state that has been defined as being based on a basic norm that then arises up the hierarchy until the apex norm is reached that decides the international norms of the legal order. The importance of developing a legal theory is necessary in order to understand how to provide substance to the laws that may be for the purpose of sustaining the socio economic order based on equality between the nation states.

[36] A/CN.4/L.682 (2006)) and a chapter in the Commission's report to the General Assembly (International Law Commission, Report on the work of its fifty-eighth session (1 May to 9 June and 3 July to 11 August 2006) (A/61/10) (2006) page 400–423.

Petrus Ramus on Law and Jurisprudence*

*Rafael Ramis-Barceló***

Abstract

This article, understood as an overview, tries to study the influence of Petrus Ramus on Law and Jurisprudence, according to two main criteria: the study of his writings (direct influence) and the study of the indirect influence on the historical development of the Legal and Political theory. The most relevant conclusions are that in Ramus's scripts there are no major references to Law, but the most decisive influences are in the methodological works. The influence of Ramus was deeper in Public Law and in Political Theory than in Private Law. Nevertheless, it was neither a definitive orientation for Civil Law nor for Jurisprudence because the dilemma between a Systema iuris and a casuistic practice of Roman Law of the 16th century was not solved.

Key words: *Petrus Ramus; Legal History; Public Law; Systema iuris; methodology.*

The doctrine of Petrus Ramus had an enormous influence on the thought of the 16th and 17th Centuries in all areas of knowledge, including Jurisprudence. There are a great number of studies concerning the influence of Ramus in British, Scottish and German Legal Theory[1] as well as in French and Spanish thought. However, there are few texts devoted to studying which of Ramus' sources encouraged legal ideas in the 16th and 17th Centuries; there are also few texts that examine why Ramus had such a great influence on theorists of jurisprudence. This paper will attempt to examine these two topics.

I. Ramus' Works and their possible interest for Jurists

As it is known, Ramus was born in 1515 in a small village in Picardy and was a servant before he got the opportunity to study in Paris, becoming a Master of Arts in 1536. In 1551, he was appointed to a Regius Professorship in Eloquence and Philosophy in the Collège Royal. In the 1560s Ramus took the dramatic step of converting to Protestantism and then he spent some years in Germany and Switzerland. Later, he returned to Paris when he was no longer allowed to deliver lectures. Ramus was murdered during the St. Bartholomew's day massacre, directed against the Huguenots, and his body was mutilated and perhaps decapitated before being thrown into the Seine.

It is reasonable to start by arguing that Ramus' thought was originally conceived of as a general criticism of Aristotelianism and Scholasticism across all humanistic disciplines. Scholars such as Ong[2] and Vasoli[3] have noted that Ramus' thought was very different in 1543, when he published *Dialecticae institutiones*[4], from his last years, when he published *Scholae in liberales artes* (1569) or from his last version of *Dialectica* (1572). He was forbidden to teach or publish philosophy by Francis I, and during this time he gave more explicit expression to his anti-Aristotelianism. Progressively, Ramus distinguished between Aristotelian thought and Scholastic transformation of Aristotelian sources. In fact, Scholastic thought in the early Modern Era (especially after the attacks of the Humanists and Reformists against Scholastic Aristotle) was in a confused and disordered state. The anti-Aristotelianism of his first years was merely the expression of Ramus' rejection of the Scholastic disorder. He tried to infuse order and simplicity into philosophical and scho-

* Research for this work was partially funded by the Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte Grant (2012) and by the MICINN, Spanish Government, under the CONSOLIDER INGENIO 2010 Program, Grant CSD2009-0056. I am indebted and grateful to Laura Adrián, Francisco J. Andrés, Francisco Carpintero, Thomas Duve, Antonio Medrano, Manuel J. Rodríguez Puerto, Michael Stolleis and Cornel Zwierlein for their help.

** Rafael Ramis-Barceló, Facultat de Dret, Universitat de les Illes Balears, Palma de Mallorca (Spain).

1 See H. E. Troje, Wissenschaftlichkeit und System in der Jurisprudenz des 16. Jahrhunderts, in Philosophie und Rechtswissenschaft. Zum Problem ihrer Beziehung im 19. Jahrhundert, Hg. von J. Blühdorn, J. - Ritter, J. Frankfurt am Main, 1969, 78ss.

2 The classic book on Ramus and Ramism is W. J. Ong, Ramus. Method and the Decay of Dialogue, Cambridge, Harvard, 1958.

3 The most complete and refined analysis of Ramist Dialectic is C. Vasoli, La dialettica et la retorica dell'umanesimo. "Invenzione" e "metodo" nella cultura del XV e XVI secolo, Milano, 1968.

4 Aristotelicae Animadversiones - Dialecticae institutiones, Paris, 1543; reprinted with an introduction by W. Risse, Stuttgart-Bad Cannstatt, Frommann-Holzboog, 1964.

lastic education according to humanistic ideals. In the last years of his life he reconsidered Aristotle and censured Aristotelians, who consisted mainly of professors of the Faculty of Arts, which followed Scholastic versions of Aristotelianism.

Ramus was not definitely interested in the Major Faculties (Theology, Medicine and Civil and Canon Law), but in challenging the educational principles of scholasticism: the main reason for reforming the curriculum was the usefulness of scholastic education[5]. Ramus never attempted to discuss Legal, Canonical or Theological arguments. To the contrary, his ambitious reform program was conceived of in opposition to the scholastic *trivium* and *quadrivium*, and his unique interest was in reforming the methodology of the Faculty of Arts, mostly governed by the interests of the Roman Catholic Church and strongly influenced by a Scholastic tradition dating from the late Middle Ages.

Unlike other humanists, Ramus was a logician, a rhetorician, but not a theologian, and his interests in Civil and Canon Law were practically non-existent as well. In fact, Nicolaus Nancelius, his close friend and collaborator, wrote a biography in which he mentions the fact that Ramus's huge library had very few volumes on Law[6]. For this reason, it is necessary to find direct and indirect references to Law in the works of Ramus in order to see whether they hypothetically contain points of interest for Jurists.

I claim that there are two kinds of references that may be interesting for discovering these points of interest. First of all, the indirect (or methodological) sources may be found in his handbooks for the humanistic disciplines (mainly *Dialecticae institutiones* with all its revised versions) and the direct sources, as a general overview of the *curricula* changes in the University, particularly the *Advertissement sur la réformation de l'université de Paris* (1562), which contains some indications about the Faculty of Law.

a) Indirect references: Methodology and Dialectic

Throughout his life, Ramus underwent many changes in his views on Aristotle, Stoicism and Cicero, with every work containing some changes. These constant changes do not help in providing an overall interpretation of their doctrines. Despite Ramus being a critic of the Aristotelian tradition, he was also influenced by Ciceronian and Stoic reformulations of Aristotle's works. His position on Cicero and Stoicism was not clear and the differences between Aristotle and his later commentators were not accurately studied by him.

For the young Ramus, Aristotelians were completely mistaken when they taught Aristotelian logic as a tool completely separate from the other parts of Philosophy. Ramus, following Stoics, claimed that Logic should become an integral part of Philosophy rather than an instrument to be applied by the other branches of the Knowledge. In his last years, he distinguished between Aristotle and the Aristotelianism. Aristotelian scholars of his era were fraudulent academics and it was necessary to return to the true Aristotle. Nevertheless, Ramus often deformed Aristotelian ideas. This deformation was necessary in order to clarify Pseudo-Aristotelian Scholastic Logic and in this development the originality of Ramus can be found: his reform was only methodological and it only concerned the philosophical education.

Ramus, following and revising Agricola, claimed Dialectic was the prevailing logical and methodological basis for various disciplines[7], as he explained it clearly in *Dialectique*[8] (written in French, reprinted and modified in 1550 and 1556) and in his brief work, *Quod sit unica doctrina instituendae methodus* (1557) as well. Some additional ideas may be found in *Scholae in liberales artes* (1569), but it was less important in terms of Legal consequences.

From *Dialecticae libri duo* (1556) there have been in-depth discussions on the distinction between three laws that Ramus took out from *Posterior Analytics* by Aristotle. Ramus put forward these laws, which were conceived of by Aristotle as logical propositions, and used them to provide the methodological framework of new disciplines (or *artes*)[9]. Of course, Ramus reformed the Aristotelian meaning of these three rules: the first law, *lex veritatis*; the second, *lex justitiae*; and the third, *lex sapientiae*[10].

These laws pointed out the general basis for the framework of organized Knowledge according to a simplification of Aristotelian thought. *Lex veritatis* found that every theorem used in an argumentation should be general and essential. The second law was *lex justitiae*, which curiously established that every discipline (or *ars*) should be homogeneous and balanced (*axiomata artium katà pantòs esse debent*[11]). *Lex sapientiae* was a basic element for constructing the Ramist schemas: the idea is that a more universal Theorem should always come before a less general and more particular one.

These general laws may be summed up in these ideas: hierarchy, clarity and order. Although Ramus did not explain it directly, this classification was just what Jurisprudence in the 16th Century needed[12] (as will be discussed later). There are some pages of his *Dialecticae* (when he comments on some topics related to Cicero[13]) that can give some indirect ideas on the relation between Dialectic and Jurisprudence. Of course, when Ramus referred to Cicero, he was only explaining the dialectical

---

5 See the classic essay of F. P. GRAVES, Peter Ramus and the Educational Reformation of the Sixteenth Century, New York, 1912.

6 N. NANCELIUS, Petri Rami Vita, see the English translation and introduction by Peter Sharratt, in: Humanistica Lovaniensia, XXIV (1975), 273.

7 C. VASOLI, La dialettica e la retorica…, 557-559.

8 La Dialectique (1555), ed. M. Dassonville, Geneva, Travaux d'humanisme et renaissance, 67, 1964.

9 Piano Mortari, for example, for understanding the influence of Ramus in Legal thought, concentred his analysis only in this work. See V. PIANO MORTARI, Diritto, logica, metodo nel secolo XVI, Napoli, 1978, 127-141; 237-238.

10 Dialecticae libri duo, Paris, 1566, 111.

11 Dialecticae libri duo…, 110.

12 See P. GOODRICH, "Ars Bablativa. Ramism, Rhetoric, and the Genealogy of English Jurisprudence", in: Legal Hermeneutics, Hrsg. von G. LEYH, Berkeley-Los Angeles-Oxford, 1992, 63-64. See A. MAZZACANE, "Methode und System in der deutschen Jurisprudenz des 16" in: Entwicklung der Methodenlehre in Rechtswissenschaft und Philosophie vom 16. bis zum 18. Jahrhundert, hg. von J. SCHRÖDER, Stuttgart 1998, 127-136.

13 For example, Dialecticae libri duo, cap. 14, pp. 56-58 and cap. 20, pp. 77.

argumentation, but the legal cases extracted from *Topica* by Cicero should be interpreted as implicit examples. However, after reading carefully the examples, there is nothing relevant for the *dispositio* of Legal Theory or Jurisprudence.

In this sense, by creating standardized and uniform statements, it was possible to use Ramus' unique method[14] and apply it to different disciplines: the three laws confirmed the autonomy of each discipline and recognized the independence (and the equality of all of them). Indirectly, Ramus confirmed the independence of all the emergent disciplines and proposed a unique method for all of them[15].

Despite these three laws, the most visible contribution of Ramus was the schematization on dichotomies. For Ong, "Ramist dichotomization also takes its origin in part from class logic. A class logic is one which approaches logical structure by considering primarily the way in which certain classes include other classes, each of these later still further classes, and so on indefinitely[16]". Ramus applied the three laws and the binary system of dichotomies for all arts. This was the basis for the Ramist method[17].

In *Quod sit unica doctrina instituendae methodus*, Ramus tried to establish a unique method based on Galen[18], as the best follower of the ideas of Aristotle. Although he made no mention of Jurisprudence, he wrote:

> "Galenus experientiam, usum, urilitatem, praeceptorum omnium et dogmatum magistram unicam esse docuit: experiential verò, usus, utilitas Grammaticae, Rhetoricae, Logicae, Mathematicae et philosophicae cuiusuis doctrina, unica methodu illam a generalibus ad specialia, ab universalibus ad particularia requerit, ut facilius discatur ut facilius execreatur[19]".

Perhaps Legal Theorists were influenced by this sort of ideas that claimed to be new and unique methods, but which were only intuitions and analogies[20]. It is necessary to conclude that in the works of Ramus aimed at methodological changes in the subjects of the Faculty of Arts, it is not possible to find references to Law and Jurisprudence. But it is evident in his purpose the exigency of a general method rooted in a revision of classical Greek and Latin authors. Ramus was not completely clear in his criticism but he was able to suggest some ideas in the theorists of Jurisprudence of 16th Century.

This suggestion was especially important in his last years, when he tried to apply his Dialectic to all areas of Knowledge[21]. I am afraid it is possible to say that in his last years Ramus moved into Universalism and tried to spread his method. In his last version of *Dialectica* (1572), according to the interpretation of Vasoli[22], Ramus carried out an axiomatic, deductive and geometric vision. He wrote:

> "Methodus est dianoia variarum axiomatum homogeneorum, pro naturae suae claritate praepositorum, unde omnium inter se convenientia judicatur, memoriaque comprehenditur. Atqui ut spectetur in axiomate veritas et falsitas, in syllogismo consequentia et inconsequentia, sic in methodo consideratur ut per se clarius praecedat, obscurius sequatur, omninoque ordo et confusio judicatur. Sic disponitur ex homogeneis axiomatis primo loco absoluta notione primum, secundo secundum, tertio tertium et ita deinceps: ideoque methodus ab universalibus ad singularia perpetuo progreditur. Haec enim sola et unica via proceditur ab antecedentibus omnino et absolute notioribus ad consequentia ignota declarandum [...][23]"

Did Ramus clearly defend an axiological method, from general principles to other particulars[24]? If he had not been murdered in 1572, would he have written for all disciplines, covering Law or Jurisprudence? Perhaps some direct references would confirm the last interests of Ramus.

b) Direct references: the Reform of the University

In his *Advertissements sur la réformation de l'université de Paris* (1562) addressed to the King of France, Ramus explained the changes that the four Faculties needed. He referred specifically to the Faculty of Jurisprudence on few occasions. He is most specific regarding the reformation of the Faculty of Arts, Medi-

---

[14] For the unique method, see W. Schmidt-Biggemann, Topica universalis. Eine Modellgeschichte humanistischer und barocker Wissenschaft, Hamburg, 1983, 59-62.

[15] For an accurate discussion on Method in Ramus, see G. Oldrini, La disputa del metodo nel Rinascimento: Indagini su Ramo e sul ramismo, Florence, 1997.

[16] W. J. Ong, Ramus. Method..., 201-202.

[17] Ong takes a critical approach to Ramus and his method. N. Bruyčre, Méthode et dialectique dans l'oeuvre de la Ramee. Renaissance et age classique, Paris, 1984 is more sympathetic with the reforms of Ramus and his followers.

[18] For Ramus on Galen, see W. J. Ong, Ramus. Method..., 257-258.

[19] Quod sit unica doctrina instituendae methodus, 21.

[20] See F. Carpintero, "„Mos italicus", „mos gallicus" y el Humanismo racionalista. Una contribución a la historia de la metodología jurídica", in: Ius Commune VI (1977), 156-158.

[21] C. Vasoli, La dialettica umanistica e la metodologia giuridica nel secolo XVI, in: La formazione storica del diritto moderno in Europa (Atti del terzo congresso internazionale della societŕ italiana di storia del diritto), I, Firenze, 1977, 268: "Che poi Ramo considerasse questo "metodo" la vera "chiave" universale del sapere lo dimostrano la tenacia e l'insistenza con cui lo applicň, tra il '56 e il '62, ai campi piů diversi del sapere, dalla grammatica alla retorica, dalla "physica" alle conoscenze storiche, la particolare cura che egli pose nel determinarne le leggi particolari e, ancora piů tardi, l'estremo tentativo di trasformarlo, addirittura, in un sistema di assiomi di tipo euclideo, esemplare soprattutto nell'ultima versione della *Dialectica* (1572)".

[22] C. Vasoli, La dialettica e la retorica..., 582-588.

[23] *Dialectica* (Lvtetiae, 1572), lib. II, cap. 17, 87.

[24] *Dialectica* (Lvtetiae, 1572), lib. II, cap. 18 (87-88) "Sed methodi unitatem exempla doctrinarum et artium praecipue demonstrant praecipueque vendicant, quibus quamvis omnes regulae generales sint et universales, tamen earum gradus distinguntur: quantoque unaquaeque generalior erit, tanto magis procedet. Generalissima loco et ordine prima erit, quia lumine et notitia prima est: subalternae consequentur, quia claritate sunt proximae: atque ex his natura notiores praeponentur, minus notae substituentur, tandemque specialissima constituentur. Definitio itaque generalissima prima erit: distributio sequetur, quae si multiplex fuerit, praecedet in partes integras partitio, sequetur divisio in species: partesque ipsae et species eodem ordine sunt rursus tractandae, ac definiendae quo distributae fuerint: et transitionum vinculis si longior inter eas intersit explicatio, collingandae sunt [...]"

cine and Theology. However, reading this book and searching the references to Law and Jurisprudence provides a good opportunity for checking Ramus' opinion concerning the curriculum of Jurisprudential studies in France. Ramus' set of ideas on University have been studied[25]. Nevertheless, his considerations on the Faculty of Law are straightforward.

"Les médecins, premier que les jurisconsultes et théologiens, pensant à ce faire, eurent remors de conscience, et assignèrent l'an 1505, douze livres pour gages par chascan an à deux bachiliers qui liroyent, au lieu de messieurs les doctours. Il y a fort long temps que les jurisconsultes s'estoyent dechargez de la profession du droit civil par le décret d'un pape, *Super specula*, encores qu'elle feust fondée dans l'Université de Paris par authorité des loix anciennes. Ez avoyent retins soulement l'interpretation du droit canon; mais affin qu'ilz jouissent de la mesme liberté que les médicins et théologiens, ilz la délaissèrent aussi. Finalement, ilz furent reiglez suivant l'equité de l'arrest donné l'an 1534, et reduictz à la lecture ordinaire du droit, mais du canon soulement"[26].

Ramus did not provide any considerations on the study of Jurisprudence and the teaching of Civil Law in Paris, because from 1534 there was only a *lectio ordinaria* of Canon Law[27]. He was against Canon Law and its pre-eminence in the Legal Faculty, but he did not make any comments about the problems of systematization of Legal Thinking. He probably understood that Jurisprudence had enough practical and rhetorical exercises and its practical dimension was not a problem. For Ong, in Ramus's thought Law was clearly a mental activity, not a practice[28].

"Ceste partie du du droit civil, plus noble et plus antique, est demeurée en arrière; furent aussi reduictz à la légitime et louable meditation ouvrière du jurisconsulte et de l'orateur plaidant. Les jurisconsultes ont aussi des actes et disputes, mais conjointes avec l'usage et la verité; ilz disputant des positions de droit et Presque d'un fil d'oraison suivy et continue, et enrichy d'une infinite d'argumentz et d'ornamentz de disputer et de bien dire, comme l'on a acosutumé de plaider et de discerner le faict de chasque cause dedens les cours des parlements"[29].

Finally, Ramus considered the *disputatio* in the Faculties of Jurisprudence to be right and encouraged the King to support Civil Law (Justinian Law). Finally, he did a comparison with Theologians. For Ramus the most acceptable Faculty was Jurisprudence and only this one deserved to be restored with the primacy of Civil Law in terms of Canon Law (in any case, a comprehensible petition from a Calvinist).

"Donques ceste façon de disputer en la jurisprudence est louable. Mais ceste plus noble et plur ancienne partie de droit civil n'est pas encores recouverte; et pourtant, Sire, il est de nécessité que vostre vertu apparoisse en cecy. L'Université de Paris, par la permission des Roys vos prédécesseurs, s'estoit mise en posesion du droit civil, très utile et très fructueuse, mais elle se plaint maintenaint qu'injustement et à grand tort on luy a ravie. Et pourtant, devant vous qui estes son juge, elle demande ce qui lui apartient, et selon le droit et l'équité elle apelle en jugement celuy qui l'a jectée hors de sa possession. Mais quoy? Les théologiens ont-ilz fait comme les jurisconsultes? Non, mais, pour la forme de leur profession ordinaire, ilz ont Vieux aymé imiter les medicines, substituent en leur lieu certains vicaires pour le regard de la lecture et de la profession, entre lesquelz le thrésor et le magazin de la faculté n'a pas esté desployé, mais en a tiré quelques petits gages tous les ans, pour contenter ces povres lecteurs, ny plus ny moins qu'on fait en la faculté de médicine"[30].

To conclude, Ramus has no special interest in the changes of the Faculty of Law. He claims the importance of Civil Law and he is respectful with the *statu quo* of Legal Studies in France[31]. Where is the novelty in Ramus? After examining his works, it is not possible to find major Legal references. If Ramus made neither Law nor Jurisprudence references, a question emerges: why did Jurists use and develop this method in the 16th and 17th Centuries? Or, if the question may be formulated in another sense: why was Ramus' method so important for Jurists?

In all likelihood, his posthumous translation of Aristotle's *Politics*[32] can give another standpoint to the question. Peter Sharratt has pointed out the significance of this translation and its commentaries which demonstrates the importance of Politics in Ramus' dialectical thought[33]. In fact, he did a dialectical interpretation that probably influenced some of scholars that studied in Paris, but he showed only few comments on social justice and Christian charity in his critique of Aristotle[34]. His marginal annotations, not only studied Politics in logical, rhetorical, literary and explanatory sense, but also in a political sense. But his ideas, comparing Plato with Aristotle, have only the analysis of a professor of Arts (*disputatio*, *demostratio*…) Ramus established how a humanist could divide, analyze and

[25] His thinking may be summed up in a few ideas: public education, academic progression according to meritocracy, more professors, less money to pay for banquets and ceremonial rituals and better quality of teaching. He specially blames the tax-problems and criticises professors of Theology and partially professors of Medicine. He also claims that it is necessary to enact in-depth reform of these Faculties in order to give a practical character to these studies. See J. SKALNIK, Ramus and Reform: University and Church at the End of the Renaissance, Kirksville, 2002, 35ss.

[26] Advertissements sur la réformation de l'université de Paris, Paris, 1562, 141.

[27] C. JOURDAIN, Histoire de l'Université de Paris au XVIIe et au XVIIIe siĕcle, Paris, 1866, 247-248.

[28] W. J. ONG, Ramus. Method..., 227, "Law is something of and in the mind. In medicine, the problem of method is concerned with the rational approach to an external world about which certain facts are known and much is unknown. Law has no comparable problem of method. Its terrain is already rationalized: law is rational arrangement".

[29] Advertissements sur la réformation de l'université de Paris, 141-142.

[30] Advertissements sur la réformation de l'université de Paris, 142.

[31] W. J. ONG, Ramus. Method..., 132ss.

[32] Aristotelis Politica, ŕ Petro Ramo... latina facta, et dialecticis rerum summis breuiter exposita & illustrata, Typis Wechelianis apud C. Marnium & heredes I. Aubrij, Francofurti, 1601.

[33] P. SHARRATT, "Ramus's Engagement with Aristotle's Politics" in: Autour de Ramus: Le combat. Colloques, Congres et Conferences sur la Renaissance 46. Paris, Hg. von K. MEERHOFF, JEAN-C. MOISAN, M. MAGNIEN, 2001, 137-184.

[34] P. SHARRATT, Ramus's Engagement…, 149.

study a classical work. With the divisions of *Politics* of Aristotle, and his marginal notes, Ramus contributed significantly to the study of Politics as a discipline.

II. Ramus' Works and the Legal context

Compared to the 15th Century, the *statu quo* of Knowledge in the 16th Century was changing in two directions: the Religious Reform and the emergence of new subject matters (Humanities, Mathematics, Logic, Physics...). The four Faculties were forced to give responses to these changes. Ramus was a special detractor of Scholastic Aristotelianism in the Arts and Theology Faculties, but in the preceding pages we have seen how neither the structure of Civil Law nor of Jurisprudence were a problem for him.

But in the 16th Century, Jurisprudence (as Knowledge) was not in a comfortable position. On the one hand, the introduction of Classical Philology and History during Renaissance, and on the other, the new discoveries in Mathematics, Physics and other subject matters configured a new map of Knowledge. These new subject matters and their methods implied a fracture between the need to construct a general method for Jurisprudence and the Legal praxis, characterized by an application of *Corpus Iuris Civilis*, in a casuistic, topical and prudential sense[35]. The innovations in other fields were a problem more for the intellectual status of Jurisprudence than for the praxis[36].

Legal theorists, when faced with the strength of Philology, History and Mathematics, saw the need to reform Legal Knowledge in order to find a method similar to the other disciplines[37]. Jurisprudence along the 16th Century had clearly an epistemological problem: it was a dilemma between, on the one hand, a reasonable casuistic view of the Law, and on the other hand, the necessity of building a complete Legal System, according to the scientific tendencies of Mathematics, Astronomy, Geography... Wieacker considered the work of Legal theorists of the 16th Century to be a failure because they did not take into account the substantive (civil and canon) Law[38].

Indeed, Legal scholars could not join a Legal Roman tradition established on a prudential[39] or casuistic basis, with a Universal Method, capable of solving all cases. However, theorizing efforts of authors such as Connan, Doneau, Hopper, Grégoire or Derrer were the basis of the *Systema iuris* of later Centuries[40]. The fact that, for example, Pierre de Grégoire or Giulio Pace could not fully accept a systematic and closed Legal System, abandoning the prudential and Roman casuistic tradition, was a clear demonstration of the problems for the creation of a Legal System. Certainly, the failure of the Legal theorists of the 16th Century, expressed by Wiaecker, represented a moment of uncertainty between different models for the construction of a model of Legal Knowledge. Legal theorists of that era were half way between a closed System and a vision based on Casuistry: the reforms of that Century were generally modest and Jurists aimed at simplification.

During the first half of 16th Century, some Protestant theorists tried to reintroduce the Dialectic in the Legal Studies. They were not only Jurists, but also Philosophers or Theologists that used Cicero in order to start a logical division of Legal categories (for example, Petrus Gammarus, Christoph Hegendorf or Claudius Cantiuncula were precursors of the ideas that Ramus' disciples defended at the end of the Century[41]).

Howard Hotson explains that in 1550, in some German *Gymnasia*, Law was a part of the practical curriculum of studies[42]. In fact, Ramism was adopted in some *Gymnasia* of the Holy Empire (that used Agricolas's Dialectic) and its development was quite close to mid-level institutions of practical Knowledge. Ramism was a successful Method for a quick and efficient explanation of some Legal principles, especially for mercantile professionals.

After the murder of Ramus, some Lutheran and specially Calvinist schools (mid-level or quasi-universities, like *Gymnasia Illustria*) used Ramus' Method for studying and explaining the Civil Law. These institutions were laboratories where a more practical vision of Law was formulated. Neither professors nor pupils renounced the principles of *ius commune*, but they attempted to simplify them. Hence came the success of Ramism among Legal Theorists into the University, because it did not entail renouncing *ius commune* as a Legal basis (as minimum for many Universities). Rather, some Calvinist Professors attempted to clarify and outline the sources of Law (especially in the Calvinist Hohe Schule Herborn)[43].

Despite its rapid success, the Ramus' solution did not involve radical changes, but merely a temporary aid to the development of Legal Methodology[44]. Still there was a dilemma: to reform

---

35 This casuistic sense was quite similar to moral theology, see G. Otte, "Theologische und juristische Topik im 16", in: Entwicklung der Methodenlehre in Rechtswissenschaft… 17-26.

36 Van der Merwe has a critical opinion of the role of Ramus in the history of legal methodology. I partially agree with him by claiming Ramus was not a deep author, but he was –in my opinion– the most influential methodologist in the16th Century and his legacy was an indirect and powerful influence for Jurists of the 16th and especially the 17th Century. See D. Van der Merwe, "Mental Habits and Legal Science" Hg. von D. P. Visser, Essays on the History of Law, Cape Town, Juta & Co., 1989, 32-59.

37 For a classification of the methodologies of this era, see J. Schröder, Rechts als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit, II, (1500-1933), 80-90.

38 See F. Wieacker, "Humanismus und Rezeption", in: Rechtslehrer der neueren deutschen Privatrechtsgeschichte, Gottingen, 1959, 85ss.

39 P. Ramus, Dialectique (1555), p. 79, "parce qu'elle réside grandement en la prudence de l'homme plus qu'en l'art et les préceptes de doctrine".

40 For the situation of Legal theory and Jurisprudence in 16th see R. Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, München, 1957, 143ss; V. Piano Mortari, Diritto, logica, metodo…, 117ss.; M. J. Rodríguez Puerto, La Modernidad discutida, Jurisprudencia frente a iusnaturalismo en el siglo XVI, Cádiz, 1999.

41 I. Maclean, "Logical Division and Visual Dichotomies: Ramus in the Context of Legal and Medical Writing" in: The Influence of Petrus Ramus..., 236-239.

42 See H. Hotson, Commonplace Learning: Ramism and its German Ramifications 1543–1630, Oxford, 2007, 74-88.

43 On Herborn Law studies, see G. Schmidt-von Rein, "Zur Geschichte der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Hohen Schule Herborn" in: Nassauische Annalen 97 (1986), 33-43.

44 On Systematic Trends on Geman Jurisprudence, see H. Hübner, Jurisprudenz im Zeitalter des Humanismus. In: Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag. Hg. von G. Paulus, München, 1973, 52ss.

and establish a complete Legal System or to continue with the dispersion of Law. In addition, at this moment the teaching of Roman and Canon Law at the universities incorporated some new rules created by the rising Nation-States: there were the rules of Public Law, which emerged at this moment. These rules, as will be explained in the following pages, were studied in the field of Politics.

However, Jurisprudence as Legal Knowledge needed to face the challenge of finding a suitable Method for the existing legislation of his time. And even if at the beginning of the 16th Century had not yet seen the results of other Knowledge (but a whole series of Methodological changes of humanism against the study of texts), early in the Century, the Scientific Revolution had already taken off. A change was necessary in the study of Law and in the structure of Jurisprudence.

In addition to this, the Reformation (Lutheranism, Anglicanism, Calvinism) broke off its formal relations with the Roman Catholic Church and this fact provided the basis for creating new legislation, based on the recent political structures in some places (some cities and places of the Holy Empire, England, Geneva, etc.). Nevertheless, many precepts of Canon Law remained in Reformed States. France, despite all the problems, remained mostly Catholic and Ramism had some Legal developments in order to organize the State non on Religious faith, but in a Political statement. In conclusion, Ramism was accepted, adapted to Law, and cultivated in several places and for different reasons. The question is: why? I think basically for two causes: the Law-Politics connexion after the Reformation and the transitional function that Ramism developed in Legal Thought from the middle of 16th Century to the middle of 17th one.

a) Joining Law and Politics

I claim that the first cause of the development of Ramism among Jurists was the rupture of the classical schema of the study based on the *lectio* of *ius commune* and the political dimension of Law in Reformed places. During the Reformation, Political Aristotle was one of most distinguished topics and subject matters in Central Europe, but especially in the Holy Roman Empire[45]. The Reformers (and Melanchthon in particular) introduced Aristotelian Ethics into Politics[46]. In Catholic countries, focused on Moral Theology, the reception of the *Politica* of Aristotle was less profound[47].

In the first decades of the 16th Century, the connexion between Ethics and Politics was a philosophical question, without close contacts with Law. Nevertheless, Jurists progressively adopted a Legal-Political role, especially in Reformed places[48]. The Jurist adopted the role of Legal and Political expert for the *Princeps* that had increased his Power. In this political dimension the principles of Public Law flourished. From the 16th Century, along with the rise of the printing press, Legal culture was predominantly written[49]. During Humanism, political activity was rhetorical and the Jurist-Politician, according to the classical model, was a rhetorician[50].

Ramus claimed that Rhetoric had only two parts (*elocutio* and *pronuntiatio*) and the third (*inventio*) was transferred to Dialectic[51]. It was an indirect way for instituting a new political model, based neither on custom nor oral discourse, but on written sources. In this way the Italian model of Jurist-Politician-Rhetorician disappeared and in its place emerged the Modern Model of Jurist at the service of the *Princeps* and the State. In this way, Politics was not an oral discipline, but a written science, and its rationalization and theorisation was a civic process that started in the 16th Century[52].

The Ramist Method was predominantly adopted in England and in many places in Central Europe, most of them engaged with Calvinism. In Catholic countries the creation of Law was always a problematic question: the High Medieval vision of creation of Law was based on the confirmation of the Ancient Law. And when Roman Law was reintroduced in Western Europe, it was always a means of prevention against the autonomy of the King in order to create new laws[53]. The King's sole duty was to confirm *Corpus Iuris Civilis* and *Corpus Iuris Canonici*: his legislative labour was not highly valued either by the Catholic Church or by some Aristocracy (who did not want the King to increase his power). The legislative Power of the Kings from the 13th to the 16th Century was difficult balance between the conservation of Roman and Canon legacies and the subtle introduction of new norms. In Catholic countries it was more difficult to give autonomy to Politics as an independent sphere of Knowledge; however, following Aristotle, in fragmented Reformed countries (and predominantly, in Calvinist places) the autonomy of Politics as a new field of study flourished.

Through its analysis, the Ramist Method gave autonomy to the study of political power and started the development of the Public Law. Ramist schemas provided a clear and accurate Method for analysing and communicating a new structure of Knowledge according to the new structure of Power. According to the Ramist Method all disciplines should be separate, but in the Reformed mind Public Law and Politics were definitively connected, because Legislative Power was a political matter, and it should legislate on both ecclesiastical and civil matters.

45 See P. Petersen, Geschichte der Aristotelischen Philosophie im protestantischen Deutschland, 1921.

46 See M. Stolleis, Storia del diritto pubblico in Germania, Milano, 2008, 58-70.

47 For a good syntesis, see S. Rus Rufino, "Aristotelismo político en la Europa Medieval y moderna", in: Schede medievali, 44 (2006), 19-76.

48 V. Piano Mortari, Diritto, logica, metodo..., p. 260. "L'esigenza umanistica di elaborare sistemi giuridici dottrinali, unitari e ben concatenati, non era quindi soltanto espressione di un'aspirazione di carattere politico legislativo sorto dalle necessità concrete della vita giuridica statuale uno degli strumenti più preziosi della loro politica accentratrice".

49 W. J. Ong, Ramus. Method..., 270-292.

50 See L. Adrián Lara, Dialéctica y calvinismo en la teoría política contemporánea, Madrid, 2012, [Doctoral Dissertation], 109-143.

51 For an explanation on Rhetoric and Dialectic, see P. Mack, "Ramus and Ramism: Rhetoric and Dialectic". In: Ramus, Pedagogy and the Liberal Arts. Ramism in Britain and the Wider World. Hg. Von S. J. Reid and E. A. Wilson, Farnham, 2011, 7-23.

52 See J. Roiz, El experimento moderno, Madrid, 1992, 47.

53 For the debate between *ius commune* and right of the State, see I. Birocchi, Alla recerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna, Torino, 2002.

Reading critically *Politica* by Aristotle[54], for the construction of the Public Law in France, England, Scotland and in some cities of the Holy Roman Empire[55], Ramus' Method allowed his disciples to explore ramifications of Politics and Public Law and their connexions. The development of Public Law from Politics was done for Reformed people by separating and analyzing the components of Political Institutions contained in the Bible and in the classical works (Aristotle, Cicero, Plato, Thucydides...).

Public Law arose from the autonomy of the new power for establishing a new legislation. The new power of the State was studied by Politics[56], covering the development of all the institutions of the State and detailing all their functions. And the mirrors for this new science were Rome, the cities of Greece and predominantly the Holy Scriptures.

In Ramistic thought, Law and Politics were formally independent, as were Mathematics and Physics, or Dialectics and Rhetoric. But from the 16th Century in Reformed States and Cities, Politics laid the groundwork for Public Law, in the same way that Dialectics were the basis for Rhetoric in Ramus' thought and Mathematics were the starting point for Physics in Post-Carthesian minds. The most important idea is that Public Law was an intellectual creation and the Ramist Method allowed a creative *dispositio* of Law based on a Political direction. Law and Politics were two different but connected fields: the Jurist should be also specialist on Political topics: Civil Law should be the Private dimension of the new State and Public Law the Public dimension. For this reason, Ramist supporters were able to establish an individual study of Politics and an individual study of Law with their strong connexions.

In France, some theorists who (prior to engaging with Calvinistic ideas) remained in the Roman Catholic Church were highly important[57]. The most important of them was Jean Bodin[58] who applied Ramus' Method to Politics and Jurisprudence, turning his view indeed into Classical Philosophy[59]. The political theory in Catholic Countries like France allowed the creation of a Nation-State, where the King accumulated the majority of the power as opposed to the Catholic Church and where the main ideas of Ecclesiastical Law and power were secularized and adapted to the Political vision of the State[60].

Other disciples or theorists influenced by Ramus tried to clarify Legal Studies according to his Method. For example, Antoine Le Conte (Anthonius Contius), Antoine Loisel[61] and Nicholas Bergeron established a connexion between Law and Politics according to Customary Law[62]. It was one of the first ruptures with the established Law of *Corpus Iuris Civilis* and provided a step for constructing Public and Private Law adapted to the political and social circumstances[63]. Bergeron tried to provide a reduction of the customs in order to develop a Customary Law System that was valid for the entire State[64].

In the Cities and States where Reform won, the influence of Ramus was quite deep. It is important to see the differences, for example, between Johannes Thomas Fregius, a member of the first generation of Ramists, and Johannes Althusius, a member of the second generation[65]. Fregius opened up Roman Law to the new political dimension of Calvinism[66] according to the Ramist Method, that allowed a simplification of Legal Studies. He popularized the Ramist Method and following his work it is possible to observe how the Method was applied first to Roman Law (changing some political perspectives) and how his later Legal works contained more political questions[67]. In fact, Fregius not only used Ramist Method for the Private Law, but also for the construction of a new Public Law.

---

54 See M. Stolleis, Storia del diritto pubblico…, 91-92.

55 See the first chapters of H. Dreitzel, Protestantischer Aristotelismus und absoluter Staat. Die Politica des H. Arnisaeus, Wiesbaden, 1970.

56 Perhaps the more representative text was J. Althusius, Politica methodice digesta et exemplis sacris et profanes illustrata, Herborn, 1603.

57 There were a great many authors who applied the Ramist method to Jurisprudence in the Holy Roman Empire, France and even in Italy and Spain, like Wesenbeck, Vultejus or Connan, but it is not necessary to detail here all the Ramist influences. I intend to write soon on the development of Legal Ramism in Europe, that has not a complete development in this article.

58 For the connexion among Method, Law and Politics in Bodin, see I. Birocchi, Alla recerca dell'ordine…, 19-49. See too K. D. McRae, "Ramist Tendencies in the Thought of Jean Bodin", in: Journal of the History of Ideas 16 (1955), 306-323 and K. D. McRae, "A Postscript on Bodin's Connections with Ramism", in: Journal of the History of Ideas 24 (1963), 569-571.

59 See Iuris Universi distribution, Lutetiae, Iacobum Du Pusis, 1578 and Methodus ad facilem historiam cognitionem, Parisiis, 1566. C. Vasoli, La dialettica umanistica e la metodologia giuridica…, 269, remember that "…E subito Bodin aggiunge che la maggior parte di costoro sono sempre limitati ad ocuparsi del diritto romano, quasi esso fosse l'unica disciplina umana, ignorando l'ammonimento di Platone che insegna a confrontare tutte le leggi di tutti i popoli se si vuol veramente conoscere il miglior genere di Stato e di legislazione".

60 C. Vasoli, La dialettica umanistica e la metodologia giuridica…, 269, "…costoro (che, se Francesco I non fosse morto troppo presto, avrebbero certo rinnovato gli studi giuridici di Francia) sono uomini sommamente utili e necessari per lo Stato, perché recano in tutte le funzioni più delicate della vita pubblica conoscenze storiche sicure, ordine logico e disciplina del discorso".

61 To see the relevance of these authors involving the problem of the unification of Law in France, see I. Birocchi, *Alla recerca dell'ordine*…, 103-111.

62 See A. Angelini, Metodo ed Enciclopedia nel cinquecento francese, I: Il pensiero di Ramo all'origine dell'enciclopedismo moderno, Firenze, 2008, 112-124.

63 See G. Oldrini, La disputa del metodo nel Rinascimento…, 221, "Come non si danno leggi (storiche e giuridiche) senza ratio, così la ratio non può fare a meno ei fattori storici giuridici, sempre specifici per ciascun popolo che di volta intervengono a concretizzarla".

64 See G. Oldrini, La disputa del metodo nel Rinascimento…, 175.

65 G. Oldrini, "The Influence of Ramus' Method on Historiography and Jurisprudence", in: The Influence of Petrus Ramus: Studies in Sixteenth and Seventeenth Century Philosophy and Sciences, hg. von M. Feingold, J. S. Freedman, and W. Rother, 2001, 156-158.

66 See J. T. Fregius, Quaestiones Oeconomicae et Politicae, Basel, 1578.

67 See A. Mazzacane, Scienza, Logica e Ideologia nella Giurisprudenza tedesca del secolo XVI, Milano, 1971, 168: "Nell'*Admonitio de compendiaria iuris discendi ratione* Freigio aveva già ricordato come la giurisprudenza avesse "distinctae rationes" ed aveva persino cercato de precisare loro contenuto, rintracciandone la radici nei fondamenti etici e politici del diritto. Egli perciò, proponendo un discorso destinato a ben altra fortuna in Germania agli inizi del secolo successivo […] aveva richiamato l'attenzione sulla pertinenza della scienza politica, in particolare della "politia" dell'impero tedesco, alla scienza giuridica. L'uso politico, la dignità e la rilevanza su questo piano dell'attività del giurista costituivano dunque il riferimento concreto della giurisprudenza e lo stesso criterio della sua "interpretatio".

While Althusius is nowadays celebrated as a Political theorist, he authored an important set of Legal works and these may be considered the maturation of Ramism in Legal theory and Jurisprudence[68]. Using the Ramist framework, Althusius offered a clear overview of Civil Law and Public Law[69]. The influence of Ramus allowed the development of a Legal theory oriented by Modern political Principles.

In England the influence was yet deeper[70]. Oldrini remembered that "Ramist ideas circulated widely at the Universities of Cambridge and Oxford during the Elizabethan period and also at the Inns of Court in London, and these ideas continued to circulate during the Stuart period[71]". The learning process of *common law* is more practical than the continental *ius commune*, and Ramist simplicity was aimed to and appreciated by English and Scottish Jurists in the last decades of the 16th Century. *The Lawyers Logike* by Abraham Fraunce[72] is clearly one of the pinnacles of Legal Ramism, and John Dee applied this Method to Politics. In his manuscript, *Brytannicae reipublicae synopsis* (1570), he advocated a policy of political and economic reinforcement of England and imperial expansion into the New World using the Ramist Method[73].

It is possible to conclude that although Ramus did not give any explicit indications either on Law or Jurisprudence, the Ramist Method was able to construct a new discourse on Public Law and Politics and reinforce the authority of the Sovereign. With the dichotomies and the simplicity, the most distinguished disciples of Ramus used his schemas to develop Public Law, according to ancient authors and the Bible. The classical *dispositio* of Justinian Law (the basis of the *lectio academica*) was not the exclusive starting place for a Jurisprudence that should cover a public dimension of the State. There are not major references to Law and Politics in Ramus, but he paved the way for his followers, mainly Fregius and Althusius (developing Public Law throughout Politics), and some other Legal and Political Theorists like Bodin who were interested in organizing all Roman Law according to political principles.

b) Methodological Transition in Civil Law and Jurisprudence

Despite the important innovation of Political (or Public) content of Law, Ramism was a Method for the *dispositio* of the elements of all subject matters, but not a Method for obtaining a Legal solution. In fact, the Method was the way to clarify the Legal contents of Civil Law, but it was not an outstanding step in Legal epistemology. Ramus' schemas put forward a good alliance which allowed a Methodological transition between the Legal Humanism of the 16th Century and Rationalism. In this way, Ramist influences implied a change at a very complicated time for Politics, Jurisprudence and Civil Law in Europe[74].

Ramus' Methodology helped to give autonomy to Law and Politics as separate and independent disciplines from Theology and Philosophy, but did not give a final solution to the problem of the election between a close Legal System and the casuistic (prudential) Civil Law based on *Corpus iuris civilis*[75]. Pierre de Grégoire, Joachim Hopper, Alberico Gentili, Giulio Pace and many others have not provided a final choice between these two options[76]. And Ramus' schemas let a formal change take place without touching the content from which those changes were made. Formally, the same contents of *Corpus Iuris Civilis* were established in visual series, but this modification demonstrated that something was changing in Jurisprudence.

Jurisprudence was going through a difficult time, because it had not a great methodological improvement and the other subject matters had undergone a great expansion. When Legal Theorists tried to adapt the Ramist Method to Jurisprudence, the problem *seemed* less critical, and the learning of Jurisprudence was more attractive. At first, it was only a formal change because all great epistemological questions remained untouched. Ramus was one of the modern fathers of the Method established on *diairesis*, a Method of division based on partition[77]. Roman Jurists had used *diairesis* and Ramus' vision permitted a re-organization of Law according to this new *dispositio* which was reminiscent in some ways of Classical Roman Law[78]. This *diairesis* was a Method also used by Glossators[79] and, in parallel to the historical and philological trend of erudite Humanists, Ramus' Method helped to simplify Cicero and Agricola's Dialectic as a central Method for Legal Reasoning.

In fact, some relevant Jurists of the first half the 16th Century defended the Dialectical trend and the necessity of a Method (Everardi, Apel, Hegendorf...) but their results were ambitious and not completely successful. Nevertheless, the *mos gallicus* (Budé, Cuyas, Tiraqueau) did not help much in this way, but their critics showed the imperfection of Legal sources and, by comparing with other emergent areas of knowledge (Philology, History), the methodological delay of the Jurisprudence. Legal Humanists (primordially French theorists) wanted to open Jurisprudence to other areas of knowledge and try to solve some

[68] See C. Hattenhauer, Johannes Althusius, Petrus Ramus und die Systematisierung der kaufrechtlichen Sachmängelhaftung, in: Konfessionalität und Jurisprudenz in der frühen Neuzeit, hrsg. von C. Strohm und H. de Wall, Berlin, 2009, 239-261. See too G. Schmidt-von Rein, "Zur Geschichte der rechtswissenschaftlichen…", 39-41.

[69] See De Arte Jurisprudentiae Romanae methodice digestae libri II, Basel, 1586; Dicaeologicae libri II totum et universum jus, quo utimur, methodice complectentes, Herborn, 1617.

[70] For the reception of Ramism in England, see P. Goodrich, "Ars Bablativa…", 43-82.

[71] G. Oldrini, "The Influence of Ramus' Method…", 222.

[72] A. Fraunce, The Lawyers Logike, London, 1588.

[73] W. H. Sherman, John Dee: The Politics of Reading and Writing in the English Renaissance, Cambridge, MA, 1997, 128-144.

[74] See P. Thomas, "Theoretical Foundation for Juridical Humanism", in: *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, 16 (1994), 2-10.

[75] P. Stein, "Systematisation of private law in the 16th and 17th Centuries" in: Entwicklung der Methodenlehre in Rechtswissenschaft…, 117-126.

[76] See M. J. Rodríguez Puerto, La Modernidad discutida…, 432 ss.

[77] For a study of Ramus as a father of the Diairetic Method, see I. Maclean, "Logical Division...", 235-239. See also J. Schröder, Rechts als Wissenschaft…, 84.

[78] V. Piano Mortari, Diritto, logica, metodo…, 231ss.

[79] See G. Otte, Dialektik und Jurisprudenz: Unterschungen zur Methode der Glossatoren, Frankfurt, 1971, 95.

Legal question by comparing or reasoning with Medical, Astronomical, Philological or Historical studies. Defenders of *mos gallicus* encouraged directly or indirectly an encyclopaedical vision for enriching the Jurisprudence.

The influence of Ramus was a brilliant support for the transition between Legal Humanism to Legal Rationalism: this changeover was carried out peacefully thanks to the development of the Ramistic Method[80]. But it seems clear that although Ramus' schemas were a good excuse to clarify and reorganize all subject matters[81], the Method could not provide the solution to the epistemological problem of the Jurisprudence in the late 16th Century and in the first decades of the 17th Century. Nevertheless, a definitive decision was necessary in order to ultimately choose the definitive Legal Epistemology: the Method defended by Ramus was so ambiguous and attractive for Jurists that they used it for starting a transitional process without changing the principles and solutions of *ius commune*.

According to its *dispositio* as a visual schema of dichotomies, Ramism (derived in Semi-Ramism) was interpreted in the later 16th Century and in the first decade of the 17th Century as a rigid System that allowed a general Encyclopaedia of Knowledge to be constructed. The *dispositio* of the pieces on the overview of Ramus was understood as rigid schema that deserved an encyclopaedic approach. It seems incorrect to speak of the "Encyclopaedism" of Ramus, because he only started some trends in his later works that (mixed with Melanchthon and Lullus) solidified in the 17th Century[82]. Annarita Angelini wrote that:

> "Il modello organico dell'enciclopedia ramista implicava di stabilire un numero, oltre che una collocazione immodificabile, alle diverse membra del sapere: quella collocazione che Rami indicava con precisione nei progetti di riforma dell'università parigina e del Collège Royal, e che prescriveva, nell'ordine, l'insegnamento della grammatica, seguito dalla retorica, dalla dialettica, e pio dalle matematiche e dalla fisica, infine dall'etica. […] Così concepito, il *corpus* del sapere poteva al più crescere, ma non alterare la relazioni, naturali e immodificabili, tra le sue parti; poteva cioè rappresentarsi come in percorso in grado di allungarsi aggiungendo all'ultima altre discipline ancora, ma non di modificare i propri assetti, evidentemente definitivi e inalterabili"[83].

However, Cesare Vasoli defended that Ramus was a humanist who progressively approached the axiomatic Method of Modernity. From 1556, the structure of the schemas was rigid and, despite the fact that Ramus had never organized his Knowledge in encyclopaedic form, the axiomatic tendencies were finally settled[84]. I have claimed that Ramus' Methodology provided a great service to Jurisprudence because it contributed to a formal change that was carried out at a time of great political, social and scientific changes. Hence Ramus' Method did not give a solution of the problems of Jurisprudence as Knowledge, but it was a practical aid in a transitional moment[85].

Angelini alleged that in Ramus' works there are not any encyclopaedic visions of Knowledge, but Vasoli asserted that in the last works a rigid *dispositio* may be found which allowed a transition to Encyclopaedism. In fact, during the 17th Century pure Ramism did not have autonomy in the History of Ideas in general or on the History of Jurisprudence in particular. Ramism was allied with other intellectual trends, mainly to Aristotle (Semi-Ramism), Melanchthon (Philippo-Ramism[86]), Lullism[87] and Cartesianism. The Ramus-Descartes connexion had indirect influence again on Jurisprudence and Legal Thought because neither Ramus nor Descartes wrote specifically on Law[88]. Semi-Ramism and Philippo-Ramism flourished in the 17th Century, especially in the reformed countries. These movements were present in the educational institutions. In this way, Hotson claimed that:

> "The only completely thoroughgoing application of Ramist method, therefore, was the encyclopaedic one, which began by defining the principles common to learning as a whole, then divided the whole of learning into its constituent disciplines, and finally expounded these individual disciplines by means of a single, homogeneous method. To institutionalize Ramism as the pedagogical foundation of an entire academic network was therefore to institutionalize an encyclopaedic project"[89].

---

[80] The Methode of young Ramus was clearly a program of simplification. See P. Ramus, *Dialectique* (1555), p. 75. "Méthode est disposition par laquelle entre plusieurs choses la première qui est connue est disposée au premier lieu, la deuxième au deuxième, la troisième au troisième, et ainsi de suite".

[81] See H. Dreitzel, Protestantischer Aristotelismus…, 83-84.

[82] A. Angelini, Metodo ed Enciclopedia nel cinquecento francese…, 171. "Va ripetuto che parlare di enciclopedia o di enciclopedismo ramista è per molti aspetti improprio. Ramo non conclude nessuno scritto effettivamente enciclopedico né mai si incarica di proporre un'opera equiparabile a un'enciclopedia. Le sue *Scholae* non possono essere in alcun modo paragonabili a voci enciclopediche, la *Professio Regia* è solo in parte opera sua, e porta la data 16 agosto del '72 –otto giorni prima della morte– la lettera con la quale Ramo affida a Thomas Freigius l'eredità di portare a termine quella risistematizzazione di tutte le arti liberali che il maestro era consapevole di non avere compiuto. In linea con la tradizione classica del termine e con buona parte degli esisti rinascimentali, l'enciclopedismo di Ramo resta un ideale di cultura, una proposta riformatrice, un programma".

[83] A. Angelini, Metodo ed Enciclopedia nel cinquecento francese…, 187-188.

[84] C. Vasoli, La dialettica umanistica e la metodologia giuridica…, 262-268.

[85] This is quite similar to the "low-grade" reception of Ramism by Puritans in England, according to M. Feingold's thesis. M. Feingold, "English Ramism: A Reinterpretation", in: The Influence of Petrus Ramus..., 36. "The Puritans were not interested in a thorough secular educational reform and their critique of the ancients was not motivated by any desire to promote novel philosophical or literary programs. They embraced a Ramist cast of mind because, on the one hand, assured them that a lengthy and arduous application to profane studies was unnecessary. Not surprisingly… it was precisely Puritan dogmatism and its perceived devaluation of erudition and literature that evoked much of the hostility Ramism encountered. However, insofar as the specifics of Ramist offerings are concerned, what was adopted were the charts, dichotomies, and disjunctive syllogisms that better facilitated the propagandist needs of Puritans —from the inculcation of doctrine and dogmatic habits of thought, to the expeditious preparation of youth for the ministry and effective sermonizing". Jurists only were interested in the more technical aspects of Ramism, in order to start a "low-grade" and calm reform of *Systema iuris*.

[86] On Philippo-Ramism, see H. Hotson, Commonplace Learning…, 101 ss.

[87] On Ramism-Lullism, see P. Rossi, Clavis universalis. Arti mnemoniche e logica combinatoria da Lullo a Leibniz, Milano, 1960, 74 ss. and A. Angelini, Metodo ed Enciclopedia nel cinquecento francese…, 239-302.

[88] A. Robinet, Aux sources de l'esprit cartésien. L'axe La Ramée-Descartes. De la «Dialectique» de 1555 aux «Regulae», Paris, 1996, 45.

[89] H. Hotson, Commonplace Learning…, 123.

Actually, the success of Ramus's Method in Public and Private Law (and in Jurisprudence) was that it mixed and simplified some trends that emerged in the 16th Century. It was a clarification and simplification for the dialectical vision of some Jurists that had adopted Cicero's Legal *topica* or his dialectical ideas in general. It was also a good continuation for the practical claims that some Calvinist and Lutheran schools defended for their pupils. And finally, it was an indirect support for the integration of the Jurisprudence in the dialogue with other areas of knowledge (the encyclopaedical vision defended by Humanists).

Finally, the influence of Ramus (mixed with some other movements) allowed the development of two intellectual trends: on the one hand, an encyclopaedic project, where Law and Politics were a part of the Universal Knowledge (that Ramism shared mainly with Lullism in the 17th Century) and, on the other hand, a particular project on the study of Law and Politics (according to the analytic division and dichotomies) in Central Europe. The Encyclopaedism was the most characteristic movement of Continental Europe along 17th Century[90] and Ramism contributed to the separate study of all areas of Knowledge, including Law and Politics. It was a way to open up Law and Politics to other disciplines so they could obtain equal treatment (Ramus' *lex justitiae*).

Ramus' Method promptly converged with other intellectual movements and, in the long run, dissolved into them[91]. The Ramist Method melted into other rationalist schemas that had certain ramifications in the development of the Natural Law Rationalism, the establishment of the *scientia iuris* and the projects of Codification in the 18th Century, which are not examined here. Eventually, it can be observed that the Post-Ramistic Method helped to transform *ius commune* (independent and separate from liberal arts) into another piece of Universal Knowledge. Thus Jurisprudence (as a theory of Public and Private Law) was incorporated into Universal Knowledge as a part with relevance equal to that of Grammar, Geometry, Physics, Medicine or History. For a couple of decades at the end of the 16th Century and during the first half of the 17th Century, Jurisprudence was not only a reflexion of Jurists for their own, but a part of an epistemological Universal Project (a Pansophia, developed from Alsted to Leibniz)[92].

In fact, Jurisprudence and Politics remained in a global Encyclopaedia of Knowledge and, while Baroque theorists tried to get a definitive System joining all the matters, Jurisprudence (and especially Civil Law) remained partially removed from the malicious comparisons with the spectacular development of other natural and human sciences. With Ramistic divisions, the *dispositio* and the structure of the Public Law were seen as ramifications of Politics, and the *dispositio* of Civil Law was indeed clarified.

Finally, the dilemma between System and Casuistry was translated into another moment, until Leibniz (mixing Lullian combinatory Encyclopaedism, Ramism and other trends) gave the solution that emerged as the new paradigm: the Codification. Nevertheless, there are no major progressions or changes in the Paradigm of *Systema iuris* from 1550 to 1650 and the Ramist Method (and specially its encyclopaedic projection into the 17th Century) was a good ally to cover-up the epistemological hesitancy of Jurisprudence and Civil Law during that time period.

III. Conclusions

In the beginning of this article, two questions were formulated: first, if there are any Legal references in the works of Ramus, and second, why this French Theorist was so influential. After the discussion, the first conclusion is that few direct and indirect sources on Law and Jurisprudence may be found in the works of Ramus. Indirect sources are mainly found in his treatise on Dialectic (in its different versions). The indications of a unique Method, the independence and equality of all Knowledge were factors that aimed at the renovation of the traditional *dispositio* of the Civil Law and the Jurisprudence as Knowledge.

According to Angelini, it is not viable to speak of Ramus' encyclopaedism, but Vasoli argued that the trend in Ramus' later work showed an encyclopaedic direction. Nevertheless, it is impossible to find a direct reference to Law or Jurisprudence in his methodological works. For this reason, it is necessary to examine the other sources where Ramus mentioned Law or Jurisprudence. The most relevant was his *Advertissements sur la réformation de l'université de Paris* (1562), where he did not criticize the establishment of the studies of Civil Law. He considered that Civil Law should be reinforced in Paris, where only Canon Law was the official subject matter.

Recent studies by Peter Sharratt on Ramus' posthumous edition of Aristotle's *Politics* open up a new way for interpreting the connexion between Politics and Law. There is no doubt that Ramus' Method should be considered one of the most relevant starting points for the development of Politics in France and mainly in Reformed Countries. If Ramus' manuscripts like the posthumous edition of Aristotle's *Politics* and the works of his pupils and young colleagues are examined, it may be stated that the return to the sources of Aristotle combined with the progress of Dialectic allowed a development of Politics as a basis for the creation of a Public Law. The influence of Ramus on Bodin, Althusius and others allowed the development of Politics, and the creation of Public Law as manifestation of political decision. This is, in my opinion, the second relevant conclusion of the previous discussion.

The development of Ramism in Legal Studies started in some *gymnasia* of Holy Empire, conceived for instructing useful professionals, and also in England, where the learning of *common law* was more practical than the culture of continental *ius commune*. Progressively Ramism (or Philippo-Ramism) was used in Herborn and in some relevant Universities of the Holy Empire that wanted to educate new professionals for the administration of the Courts, Cities and States.

---

[90] See the essay C. Vasoli, L'enciclopedismo del seicento, Napoli, 2005.

[91] A. Angelini, Metodo ed Enciclopedia nel cinquecento francese..., 213ss.

[92] C. Vasoli, "Enciclopedismo, pansofia e riforma metodica del diritto nella nova methodus di Leibniz", Quaderni fiorentini 2 (1973), 37-107. For the transition from Leibniz to 19th Century German Law, see P. Cappellini, Systema iuris, Milano, 1984, I, 242ss.

Jurists of that era had two dimensions: as Civilists (Private Law) and as specialists on the State and counsellors of *Princeps* (Public Law). Both dimensions needed a written Legal Culture for their work. The political-rhetorician Jurist of the 15th Century, based on the oral model, was progressively abandoned. Indirectly, Ramus' Method aided in constructing a new model of Jurist, serving the new Political interests in a written and technique Legal Culture: the construction of the State and the *potestas* and *auctoritas* of *Princeps*. This is the third important conclusion of Ramus' legacy set forth in this article.

The fourth one is the methodological aid that Ramus' Method provided in the intellectual transition between the 16th and the 17th Centuries: from Humanism to Rationalism. In the 16th Century, Legal theorists did not know how to choose the right way: on the one hand, the *ius commune* legacy was chaotic and disordered, but on the other hand, Jurisprudence had neither a Method nor a System for establishing a complete *scientia iuris*, like other sciences. The organization of the principles of Public Law and of Civil Law according to Ramist schemas did not solve the epistemological problem, but allowed an analysis of Legal concepts and the reorganization of Legal precepts according to a conceptual schema and they were adapted to a new political model. Using Ramist schemas, it *seemed* that something relevant was changing in Legal epistemology throughout the second half of the 16th and the first half of the 17th Century.

Actually, the change was only in Public Law, linked to Politics as a new discipline of the emergent State. Nevertheless, it was neither a definitive orientation for Civil Law nor for Jurisprudence because the dilemma between a *Systema iuris* and a casuistic practice of Roman Law was not solved. However, the use of Ramist Dialectic by Jurists was a link with the traditional Method of *diairesis* developed by Glossators and with the dialectic trend of the Jurists of the first half of the 16th Century (Gammarus, Cantiuncula, Hegendorff...) It was an encouragement for a change in legal Methodology, and many Jurists tried to develop a new Method for the Legal Studies.

Finally, the application of Ramus' schemas and the encyclopaedic trends between 1550 and 1650 converted Politics and Jurisprudence into two areas of Universal Knowledge. This is the fifth main conclusion. Politics was the basis for the development of Public Law, and Jurisprudence was a general theory of Law, covering essentially Civil Law: the Jurist –according to Ramus' schemas– should retain in his mind the whole schema of Politics and Jurisprudence, as separate but connected disciplines. The Jurist, by analysing all components in a schematic vision, could operate as a specialist on the structure of the State and as counsellor of the *Princeps*, and also act as lawyer or judge using Civil Law.

Nevertheless, there are no key moments on Legal epistemology from 1550 to 1650. Certainly, Jurisprudence –based on the reorganized content of *Corpus iuris civilis*– traversed in a discreet place during the second half of the 16th and the first half of the 17th Century. Thanks to Ramism, with minor and ornamental changes on Jurisprudence, the dilemma between System or Casuistry was finally transferred to another era. This is the last conclusion of this article. Jurisprudence did not experience the brilliant changes that other subject matters went through at that time, but the small improvements, thanks to Ramistic schemas, seemed more successful.

To sum up, the recuperation and simplification of Dialectics was a change only in the *dispositio* of Civil Law, but allowed a creation of a Public Law from Politics, the emergent sphere of Knowledge. This Method helped theorists of Legal Post-Humanism to construct a Public dimension of Law and to surpass the first phases of the Scientific Revolution, in a transitional age when the major part of the other areas of Knowledge had a notable improvement.

Arbeitsvertrag – Kodexfrage oder einheitliches Arbeitsrecht im ungarischen Recht*

(Labour Contract – Whether it Should be Governed in the Civil Code or in a Separate Statute Pertaining to Labour Law, in the light of Hungarian Law)

*József Szalma***

Abstract

The process of codification of Hungarian civil law is finally finished - the new Civil code was enacted on 26th, February 2013 and will come into force on 15th, March 2014. Already during the preparatory works on the draft of the Civil Code, the Hungarian authors had different standpoints whether labour contract should be incorporated into the part of the Code pertaining to the specific types of contracts or not. Eventually, it was not incorporated into the Code, with the reasoning that the Labour Code, adopted before the enactment of the new Civil Code, should govern both the general and specific issues relating to labour contract, just as the collective agreements, in order to warrant the „unity" of labour relation, which comes into existence by formation of a labour contract. The critics of this so-called unitary approach claim, whose standpoints supports the author of this paper as well, that labour contract, at least in its basics, has civil law nature, hence it does not belong to the scope of the public law dimension of labour law. Labour contract should be governed in general in the new Hungarian Civil Code, since such standpoint is adopted in the majority of classical European civil codes, such as the German BGB, the French Code civil and Austrian ABGB

Key words: *individual labour contract – regulated by civil code or special statute, labour contract as a part of private law, social security law as a part of public law.*

I. Theoretische Auffassungen zur Regelung des Arbeitsvertrags

Während des Zeitraums der Neukodifikation des ungarischen bürgerlichen Rechts (zwischen 1998 und 2013)[1] wurden zahlreiche einheimische und internationale wissenschaftliche Tagungen in Ungarn organisiert, welche sich der Kodifikation des Arbeitsvertrags widmeten. Bei den verschiedenen Autoren, die sich mit diesem Vertrag befassten, sind zwei Grundauffassungen entstanden: die eine betonte die privat-rechtlichen und die andere die öffentlich-rechtlichen Eigenschaften, oder Folgen dieses Vertrags. Beide Gruppen von Autoren bestritten nicht den grundlegenden privat-rechtlichen Charakter dieses Vertrags,[2] aber die erste Autorengruppe, die grundsätzlich die privat-rechtlichen Elemente dieses Vertrags vertrat, behauptete, dass die Regelungsstelle dieses Vertrags nicht im Arbeitsgesetzbuch sondern im Zivilgesetzbuch sein sollte. Die andere Gruppe, die den öffentlich-rechtlichen Charakter dieses Vertrags unterstützte, vertrat die Auffassung, dass die Regelungsstelle dieses Vertrags im Arbeitsgesetzbuch ist.

Aber näher betrachtet sind neben diesen Grundauffassungen mehrere nuancierte Theorien oder Auffassungen entstanden, welche die sogenannte Doppelkodifikationsmöglichkeit unterstützten, d. h. die Modalität, welche die grundlegenden Regelungen über den Arbeitsvertrag in das Ungarische bürgerliche Gesetzbuch (im weiteren Text: UBGB) einbetten wollten, und für die Einzelheiten dieses Vertrags die Regelung im Arbeitsgesetzbuch empfahlen. Es bestanden aber auch Auffassungen, nach denen der Arbeitsvertrag entweder im Ganzen (grundlegend und in Details) oder in Grundelementen im UBGB ent-

* Redigierter Text der Vorlesung des Autors, gehalten an der 28. Deutsch-ungarischen Juristentagung unter dem Titel „Liberalisierung des Arbeitsmarktes in der EU aus deutscher und ungarischer Sicht" vom 31. Mai – 02. Juni 2013 in der Botschaft von Ungarn in Berlin.

** Prof. Dr. Dr. Hc (Miskolci Egyetem ÁJK) József Szalma, ordentlicher Professor und Lehrstuhlleiter an der Károli Gáspár Reformierten Universität – Fakultät der Rechtswissenschaften, Lehrstuhl für Privatrecht und Römisches Recht; Doktor (DSc) der Ungarischen Akademie der Wissenschaften; ordentliches Mitglied der Akademie der Wissenschaften und Künste der Vojvodina in Novi Sad; ordentlicher Professor am Lehrstuhl für Zivilrecht, Fakultät der Rechtswissenschaften, Universität Novi Sad, Serbien.

1 Siehe A Polgári Törvénykönyvről szóló 2013. évi V. törvény [V. Gesetz über das Bürgerliche Gesetzbuch vom Jahre 2013], Magyar Közlöny Nr. 31/2013.

2 S. z. B. *Radnay*, József, A munkaszerződés és a munkaviszony egyes kérdései [Zu einzelnen Fragen des Arbeitsvertrags und des Arbeitsverhältnisses], Gazdaság és Jog, Budapest, 2006/9, S. 19-21.

halten sein sollte.[3] Gegenüber dieser gab es aber die Auffassung, dass der Arbeitsvertrag im Ganzen, ausschließlich im Arbeitsgesetzbuch geregelt werden sollte.[4]

II. Auffassungen über privat-rechtliche und besondere Merkmale des Arbeitsvertrags; privat-rechtliche Eigenschaften; Beispiele aus den Auffassungen in den europäischen Kodifikationen und der Literatur

Die Vertreter der Auffassung, dass der Arbeitsvertrag entweder als Ganzes oder in seinen Grundelementen in UBGB geregelt werden sollte, vertraten in der Literatur zwei Hauptgruppen von näheren Argumenten zugunsten dieser Auffassung.

Die erste Gruppe betrifft die **privat-rechtlichen Merkmale** des Arbeitsvertrags und die zweite bezieht sich auf die kontinentale *vergleichend-rechtliche Erfahrung*.

Es wird als *erstes* Merkmal betont, dass der Arbeitsvertrag von *obligations-rechtlichem Charakter* ist, und er hat, wie auch andere Obligationsverträge, eine *relative Wirkung*, d. h. eine ausschließliche Wirkung zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer. Das bedeutet, dass er keine Wirkung auf Drittpersonen hat, wie zum Beispiel der *kollektive Arbeitsvertrag* (Tarifvertrag), da dieser auch zu Gunsten der Arbeitnehmer wirkt, die nicht Mitglieder der Gewerkschaft sind, welche von der Seite der Arbeitnehmer den Tarifvertrag mit dem Arbeitgeber schließt.

Es wird weiterhin betont, dass die grundlegende Wirkung des Arbeitsvertrags in der *Schaffung des Arbeitsverhältnisses* liegt, eines zeitweiligen oder ständigen. Im Unterschied dazu schafft der Kollektivvertrag kein solches Verhältnis, sondern er begrenzt nur die Vertragsfreiheit bei der Schließung eines Einzelarbeitsvertrags, hinsichtlich des Minimallohns für einzelne Gruppen oder Kategorien von Arbeitnehmern im Unternehmen.

Die zivilistische Literatur in Ungarn, wie auch die vergleichend-rechtliche, unterscheidet den Arbeitsvertrag vom *Werkvertrag*, vor allem danach, dass der Arbeitsvertrag im Prinzip eine Mittelobligation (franz. obligation de moyens) ist, während der Werkvertrag eine Ergebnisobligation darstellt (franz. obligation de resultat). Die Obligation des Werkvertrags ist erst dann erfüllt, wenn das Endziel erreicht ist, während beim Arbeitsvertrag im Prinzip das gewissenhafte Verhalten im Ziele der Erlangung des Endziels genügend ist.

Die *zweite* Charakteristik des Arbeitsvertrags ist, dass er ein *zweiseitig (beidseitig) verbindlicher Vertrag* ist, d. h. der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer haben gegenseitige Pflichten und Rechte, wobei der Arbeitgeber verpflichtet ist, dem Arbeitnehmer einen Lohn zu zahlen, und der Arbeitnehmer ist verpflichtet, die vereinbarten Arbeitsverpflichtungen gemäß den Anweisungen des Arbeitgebers auszuführen.[5] Dieser Vertrag ist nicht entgeltlos, denn in einem solchen Falle würde es sich um eine andere Vertragsart handeln.

Die *dritte* Charakteristik ist, dass der Arbeitsvertrag, wie auch andere Obligationsverträge seinen *Gegenstand* enthält, mit seinen *wesentlichen* und *Nebenelementen*. Nach dem neuen Arbeitsgesetzbuch Ungarns aus dem Jahre 2012 genügen für die Entstehung des Arbeitsvertrags die wesentlichen Elemente (essentialia negotii)[6]. Diese sind solche, ohne welche der Vertrag keine rechtliche Wirkung erzeugt. Diese Elemente sind die Arbeit, welche der Arbeitnehmer auszuführen hat, und der Lohn für den Arbeitnehmer. Die anderen Elemente werden im Gesetz als nebensächlich betrachtet, und deren Fehlen führt an und für sich nicht zur Nichtigkeit des Vertrags.

Die *vierte* Eigenschaft ist mit der Form verbunden. Die *Form* dieses Vertrags wurde in der ungarischen Literatur bestritten, umso mehr, weil die vorherige Fassung des Arbeitsgesetzes die

---

[3] *Prugberger* Tamás, in: Az új Ptk és a munkajogi szabályozás, különös tekintettel az egyéni és a kollektív munkaszerződésre, A munkajog és a Polgári jog kodifikációs és funkcionális összefüggései, tanulmánykötet [Das neue UBGB mit besonderer Berücksichtigung des individuellen und kollektiven Arbeitsvertrags], Red. Manfred *Ploetz* und *Tóth* Hilda, Miskolc, Novotni Kiadó, 2001, S. 71-189. Professor Prugberger empfahl die Inkorporation des Arbeitsvertrags und des Kollektivvertrags in das UBGB (S. Prugberger, op. cit., S. 172-176). Siehe weiter *Kenderes,* György in: A munkajogi szabályozás korszerűsítésének néhány kérdése a polgári jogi szemléletmód figyelembevételével, A munkajog és a Polgári jog kodifikációs és funkcionális összefüggései, tanulmánykötet [Einige Fragen zur Modernisation des Arbeitsrechts aus der Sicht der bürgerlich-rechtlichen Auffassungen], Red. Manfred *Ploetz* und *Tóth* Hilda, Miskolc, Novotni Kiadó, 2001, S. 277-301. In dieser Arbeit stellt Kenderes fest, dass die gegenwärtige Regelung des ungarischen Arbeitsverhältnisses nur wenig Raum für die freie Bestimmung des Vertragsinhalts lässt, und die Vertragsparteien sind im Nachteil hinsichtlich des bürgerlich-rechtlichen Grundsatzes der Vertragsfreiheit. Siehe weiter: *Kenderes,* György, A munkaszerződés hazai szabályozásának alapkérdései [Einheimische Regelung des Arbeitsvertrags] (Novotni Kiadó, Miskolc, 2007, S. 217-218). In dieser Monographie vertritt der Autor die Auffassung, dass das Ganze des Arbeitsvertrags im neuen UBGB, im Teil der schuldrechtlichen Verträge, geregelt werden sollte (Kenderes II, op. cit. S. 223-224). *Szalma* József, A munkaszerződés magán- és közjogi elemeiről [Zu den privaten und öffentlich-rechtlichen Elementen des Arbeitsvertrags], Sectio Juridica et Politica,Miskolc, Tomus XXI/2/2003, S. 735-776; Siehe auch *Prugberger,* Tamás – *Szalma,* József, A munkaviszonyra irányuló szerződés és az új Ptk [Arbeitsvertrag und das neue UBGB], Gazdaság és Jog, Budapest, 10/2012, S. 14-17. In dieser Arbeit vertreten die Autoren die Auffassung, dass der Arbeitsvertrag in den zivilrechtlichen Elementen des UBGB geregelt werden sollte.

[4] *Kiss*, György, Elentmondások és hiányosságok a munkaszerződés szabályozása körében [Kontroversen und Mängel bei der Regelung des Arbeitsvertrags], Jogtudományi Közlöny, Budapest, 2007/2, S. 74-80. *Kiss,* György, Szerződéses szabadság átalakulása a munkajogban az alapjogok tükrében [Änderungen der Vertragsfreiheit im Arbeitsrecht], in: Czúcz, Ottó – Szabó, István (Hg.), Munkaügyi igazgatás – munkaügyi bíráskodás [Verwaltungs- und Gerichtsentscheidungen auf dem Gebiet des Arbeitsrechts] – Ünnepi tanulmányok, Radnay József 75. születésnapja tiszteletére, Miskolc, 2002, S. 259-276.

[5] Siehe, *Román*, László, Munkajog (Elméleti alapvetés) (Arbeitsrecht – theoretische Grundlage), Budapest,1989, S. 221; *Gyulavári*, Tamás (Red.), Munkajog, ELTE Eötvös Kiadó, Budapest, 2013, S. 139.

[6] Siehe, A munka törvénykönyve (Arbeitsgesetzbuch), 2012. évi I. törvény – kiegészítve a 2012. évi LXXXVI. törvény (Mth) vonatkozó részeivel, Novissima Kiadó, Budapest, 2013, S.12., - A munkaszerződés (Arbeitsvertrag), Par. 45. Absatz (1). In der neuesten ungarischen Literatur siehe: *Dudás*, Katalin, *Ferenc*, Jácint, *Gyulavári* Tamás, *Horváth*, István, *Hős*, Nikolett, *Kárgyás*, Gábor, *Kulisity*, Mária, *Kun*, Attila, *Petrovics*, Zoltán, szerk. (Redaktion) Gyulavári, Tamás, Munkajog (Arbeitsrecht), ELTE Eötvös Kiadó, Eötvös Loránd Tudományegyetem, Budapest, 2013, S. 139,141-142; *Ferenc*, Jácint, *Göndör*, Éva, *Gyulavári*, Tamás, Munkajogi alapismeretek (Grundrisse des Arbeitsrechts), ELTE Eötvös Kiadó, Eötvös Loránd Tudományegyetem, Budapest, 2013, S.61.

pflichtmäßige schriftliche Form vorgeschrieben hatte, doch in der neuen Fassung des Arbeitsgesetzes wurde die Formalität dieser Vertragsart gemildert. Auch das geltende Arbeitsgesetz schreibt die schriftliche Form dieses Vertrags vor, aber es wird auch der nicht formelle Arbeitsvertrag anerkannt, falls der Arbeitnehmer innerhalb von 30 Tagen nach Abschluss des nicht formellen Vertrags nicht vom Arbeitgeber verlangt, dass der Vertrag in schriftlicher Form verfasst wird.[7]

Die fünfte Eigenschaft ist mit der Vertragsfreiheit verbunden. Was die Regel über die *Vertragsfreiheit* betrifft, so gab es in der Literatur auf den Text des früheren Arbeitsgesetzes mehrere Einwände bezüglich des Arbeitsvertrags[8], da das alte Gesetz den pflichtmäßigen Inhalt des Vertrags, mit der Auflistung der wesentlichen und der Nebenelemente, sowie dessen Verfassung, ausschließlich in schriftlicher Form vorgeschrieben hatte.[9] Im neuen Arbeitsgesetzbuch (2012) wurde der Arbeitsvertrag dem zivilistischen Charakter angenähert, indem nur die wesentlichen Elemente vorgeschrieben und dessen formaler Charakter gemildert wurde.

Die zweite Gruppe von zivilistischen Auffassungen in der ungarischen Literatur über den Arbeitsvertrag im Sinne, dass der Arbeitsvertrag entweder als Ganzes oder in den Hauptaspekten durch das neue UBGB geregelt werden sollte, fand ihre Argumentation darin, dass der Arbeits- oder Dienstvertrag in der Mehrzahl der europäischen kontinentalen bürgerlichen Gesetzbücher inkorporiert ist, nämlich in der Regel in dem Teil, wo die einzelnen Vertragsarten geregelt sind. Das ist so beispielsweise im deutschen[10], dem österreichischen[11] und dem französischen[12] bürgerlichen Gesetzbuch, sowie im schweizerischen Obligationengesetz.[13]

III. Standpunkt des neuen ungarischen BGB und desneuen ungarischen Arbeitsgesetzbuchs

Trotz der überzeugenden Argumentation über den bürgerlichrechtlichen Charakter des Arbeitsvertrags, sowie der Verweisungen darauf, dass dieser Vertrag in der Mehrzahl der kontinentalen europäischen Länder in den bürgerlich-rechtlichen Kodexen

---

[7] Siehe, A munka törvénykönyve (Arbeitsgesetzbuch Ungarns, 2012), Novissima, Budapest, 2013, S. 12., Par. 44.; *Gyulavári* Tamás (Redaktion), Munkajog (Arbeitsrecht), ELTE Eötvös Kiadó, Eötvös Loránd Tudományegyetem, Budapest, 2013. S. 120. Die Autoren dieses Buches verweisen darauf, dass in europäischen (nationalen) Rechtssystemen in der Regel die schriftliche Form des Arbeitsvertrags nicht pflichtmäßig ist. Entsprechend dem EU-Recht ist auch im ungarischen Arbeitsgesetzbuch für diesen Vertrag kein Formzwang vorgesehen, sondern nur die pflichtmäßige formelle (schriftliche) Information über die Arbeitsbedingungen. Diese schriftliche Informationspflicht des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer ist, in Einklang mit dem EU-Recht, auch in den Paragrafen 46-47. des neuen Arbeitsgesetzbuches Ungarns (2012) vorgeschrieben.

[8] *Kiss*, György, Szerződéses szabadság átalakulása a munkajogban az alapjogok tükrében [Änderungen der Vertragsfreiheit im Arbeitsrecht], in: Czúcz, Ottó – Szabó, István (Hg.), Munkaügyi igazgatás – munkaügyi bíráskodás [Verwaltungs- und Gerichtsentscheidungen auf dem Gebiet des Arbeitsrechts] – Ünnepi tanulmányok Radnay József 75. születésnapja tiszteletére, Miskolc, 2002, S. 259-276.

[9] Siehe, z. B. *Gyulavári* Tamás (Redaktion), Munkajog (Arbeitsrecht), ELTE Eötvös Kiadó, Eötvös Loránd Tudományegyetem, Budapest, 2013. S. 120. Das erste Gesetz Ungarns, dass die schriftliche Form des Arbeitsvertrags einführte, war das Gesetz (über Arbeit) vom Jahre 1967, welches, hinsichtlich des prinzipiellen Formzwangs, noch heute, bzw. auch im neuen Arbeitsgesetz vom Jahre 2012 im Geltung ist. Als Formzwangs-Ausnahme bis 1995 können die kurzfristigen Arbeitsverträge (in der Dauer bis 5 zu Tagen) erwähnt werden, später auch in den Fällen der sog. vereinfachten Arbeitsleistungen. (*Gyulavári*, op. cit., S. 120).

[10] Siehe BGB Par. 611., in der deutschen Literatur: *Hachenburg*, Dienst- u. Werkvertrag im BGB, 1893; *Rümelin*, Dienstvertrag und Werkvertrag,1905; *Oertmann,* Arbeitsvertrag, 1923; *Lautner*, Geltendes u. künftiges Arbeitsvertragsrecht, 1, Teil, 1927; *Nikisch*, Die Grundformen des Arbeitvertrages, 1927; *Molitor*, *Nipperdey*, *Schott*, Europäisches Arbeitsvertragsrecht, 1928/30; *Hueck*, *Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 6. Auflage, 1955/57., 7. Aufl. 1962,1967,1970, Bd. II; *Brox*, Grundbegriffe des Arbeitsrechts, 5. Aufl. 1977; *Bruns*, Das Synallagma des Dienstvertrages, AcP, 178, 34; *Nikisch*, Arbeitsrecht, Bd. I., 3. Aufl. 1961; *Zöllner*, Arbeitsrecht, 2. Aufl. 1979; *Dütz*, Arbeitsrecht, 2. Aufl. 1994; *Söllner*, Grundriss des Arbeitsrechts, 11. Aufl. 1994, *Zöllner-Loritz*, Arbeitsrecht, 5. Aufl. 1996, *Fikentscher*, Wolfgang, Schuldrech., 6. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1976, S. 461-499; *Prütting*, Hans, *Wegen,* Gerhard, *Weinreich,* Gerd, BGB Kommentar, 2. neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Luchterhand-Wolters Kluwer Deutschland, Neuwied, 2007, S. 1066-1084.

[11] Siehe ÖABGB Par. 1151, 1152, 1153., z. B. in: Bürgerliches Recht 2009/2010, Kodex des österreichischen Rechts, bearbeitet von Franz Mohr, Werner u. Anica Doralt, 37. Auflage, LexisNexis, Wien, 2010, - ABGB, S. 121. Das ABGB unterscheidet in Par. 1151 den Dienstvertrag vom Werkvertrag. Nämlich, wenn jemand sich auf eine gewisse Zeit zur Diensleistung für einen Anderen verpflichtet, so entsteht ein Dienstvertrag; aber wenn jemand die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt übernimmt, entsteht ein Werkvertrag. Siehe ABGB Par. 1151-1164 a). In der österreichischen Literatur siehe: *Spielbüchler/Grillberger* in Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht, I, 1998; *Meyer-Maly*, Österreichisches Arbeitsrecht, I, 1987; ibid, Das Arbeitsrecht Österreichs und die EU, Wirtschaftsrechtliche Blätter, 1996, 1; *Tomandl*, Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages, 1971; *Singer*, befristete Arbeitsverhältnisse in Österreich und im EU Bereich, 1997; *Tomandel/Schramel*, Arbeitsrecht, II, 1999, usw.

[12] Siehe *Code civil*, Art. 1780 und 1179, weiterhin *Code de travail* aus dem Jahre 1910 (Dez. 28.) Art. 20. und 23. Siehe *Lucas,* André – *Catala*, Pierre, Code civil, Litec, Paris, 1997, S. 1109. Siehe weiter das neue Code de travail Art. 121-1. Siehe *Ghestin*, Mélangges Tallon, Soc. Législation comp. 1999, S. 251; *Code civil*, 102e. édition, Dalloz, Paris, 2003, S. 1568.

[13] Siehe *Code des Obligations – Obligationsgesetz* (im weiteren Text: OR), ed. Bern, 2001, Art. 319-321; in der schweizerischen Literatur: *Guhl,* Theo, Das schweizerische Obligationenrecht, 7. Aufl., Schulthess, Zürich, 1980, S. 398-510; *Guhl,* Theo, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Auflage, bearbeitet von *Koller,* Alfred, *Schnyder,* Anton K., *Druey,* Jean Nicolas, Schulthess, Zürich, 2000, S. 488-520. Im Sinne von Art. 319 Abs. 1 des OR verpflichtet sich beim Einzelarbeitsvertrag (contrat de travail) der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber auf Grund dieses Vertrages zum befristeten oder unbefristeten Dienst, und der Arbeitgeber ist zur Lohnzahlung während der Dauer des Arbeitsverhältnisses verpflichtet. (Code des Obligations, Bern, 2001, S. 95). Der öffentlich-rechtliche Schutz der Arbeit in der Schweiz wurde zum ersten Mal gesetzlich am 13. März 1964 vorgeschrieben / Bundesgesetz (Arbeitsgesetz) über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel/. Das Bundesgesetz über Arbeit änderte die Regelung des OR über den Dienstvertrag. Es folgte die Änderung des OR bezüglich des Arbeitsvertrags im Jahre 1972. Im OR erfolgten bedeutende Ergänzungen in Hinsicht des Kündigungsschutzes des Arbeitnehmers, hinsichtlich der Massenkündigung, weiterhin hinsichtlich des Datenschutzes (OR Art. 335d-g, 336,2 lit.c, 336 a, 3,328 b). Es folgten die Sondergesetze: am 1. Juli 1991 das Gesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann; am 1. Mai 1994 das Mitwirkungsgesetz, usw. (Siehe *Guhl,* Theo, Schweizerisches Schuldrecht, 9. Auflage, op. cit. S. 468)

geregelt ist, hat das *neue ungarische BGB*, welches vom Parlament bei der Sitzung vom 11. Februar 2013 unter dem Titel V. Gesetz aus dem Jahre 2013 über das Bürgerliche Gesetzbuch angenommen wurde, die Bestimmungen über den Arbeitsvertrag *nicht inkorporiert*, weder in den Grundlagen noch in Details.[14] Was die verwandten Verträge betrifft, so regelt das neue UBGB den *Werkvertrag* und seine nominierten Modalitäten.[15] Im neuen ungarischen BGB, außer der verwandten Verträgen, wurde der Standpunkt angenommen, nach welchem der Arbeitsvertrag nicht im UBGB geregelt werden soll. Die Hauptargumentation der Redakteure des neuen UBGB, nach welcher die Bestimmungen über den Arbeitsvertrag weggelassen wurden, ist, dass parallel zur Kodifikation des UBGB auch die Kodifikation des ungarischen *Arbeitsgesetzbuches* erfolgt ist. Dieses Gesetzbuch wurde im Jahre 2012 verabschiedet, *vor der Verabschiedung des Bürgerlichen Gesetzbuches, und im Arbeitsgesetzbuch wurde der Arbeitsvertrag geregelt*.[16] Das Arbeitsgesetzbuch regelte nach dem Anliegen seiner Verfasser den Arbeitsvertrag *im Ganzen,* also*, einheitlich.* Es wurde die einheitliche Auffassung über die vollständige Regelung des Arbeitsvertrags angenommen, wonach dieser nicht im UBGB sondern im Arbeitsgesetzbuch geregelt werden soll. Das Arbeitsgesetzbuch bestimmt, dass das Arbeitsverhältnis durch das *Schließen* eines *Arbeitsvertrags* entsteht. Auf Grund des Arbeitsvertrags ist der Arbeitnehmer verpflichtet, die Arbeit nach den Anweisungen des Arbeitgebers auszuführen, und der Arbeitgeber ist verpflichtet, den Arbeitnehmer einzustellen und ihm den zustehenden Lohn zu zahlen.[17]

Weiterhin regelt das Arbeitsgesetzbuch auch den *Inhalt des Arbeitsvertrags*, indem es bestimmt, dass die Vertragsparteien im Arbeitsvertrag den Grundlohn und die Art der Arbeit vereinbaren sollen. Die *Dauer* des Arbeitsverhältnisses soll durch den Arbeitsvertrag bestimmt werden. Wenn er diese Bestimmung nicht enthält, wird erachtet, dass er mit unbefristeter Dauer geschlossen wurde. Im Arbeitsvertrag soll der *Arbeitsplatz* des Arbeitnehmers bestimmt werden. Im Falle des Fehlens dieser Bestimmung, wird erachtet, dass der Arbeitsplatz jener ist, wo die Arbeit gewöhnlich ausgeführt wird. Beim Fehlen einer anderen Bestimmung entsteht das Arbeitsverhältnis in der allgemeinen vollständigen täglichen *Arbeitszeit*.[18] Weiterhin regelt das Gesetz im Detail die *Benachrichtigungspflicht* seitens des Arbeitgebers an den Arbeitnehmer, in schriftlicher Form, über die Tagesarbeitszeit, über den Lohn und anderes Entgelt über den Grundlohn hinaus, über die Berechnungsweise des Lohns, über den Auszahlungstermin des Lohns, über die zum Arbeitskreis des Arbeitnehmers gehörenden Aufgaben, über den standardmäßigen Urlaub, über die Entlassungregeln, darüber, ob der Arbeitgeber verpflichtet ist, einen Kollektivvertrag zu schließen.[19] Das Arbeitsgesetzbuch regelt den *Beginn* des Arbeitsverhältnisses. Es bestimmt, dass der Tag des Beginns des Arbeitsverhältnisses im Arbeitsvertrag geregelt werden sollte, und im Falle des Fehlens dieser Bestimmung, wird erachtet, dass der Beginn des Arbeitsverhältnisses der nächste Tag nach Vertragsschließung ist.[20] Es folgen detaillierte Bestimmungen über die Verpflichtungen bezüglich der *Erfüllung* des Arbeitsvertrags[21], die Bestimmungen über die *Modifikation* (Änderung) des Arbeitsvertrags[22], über die *Beendigung* und die *Kündigung* des Arbeitsverhältnisses[23]. Zu beachten ist, dass das Arbeitsgesetzbuch auch Bestimmungen über *rechtsgeschäftliche Willenserklärungen* enthält, und zwar allgemeine Bestimmungen über das Schließen von Rechtsgeschäften, über die Rechtsfolgen von einseitigen Willenserklärungen.[24] Unserer Meinung nach sollten diese Bestimmungen zum allgemeinen Teil des Vertragsrechts im bürgerlichen Gesetzbuch gehören.

IV. Zusammenfassung

Obwohl die Regeln über den Arbeitsvertrag, der durch ein Sondergesetz (neues Arbeitsgesetz) geregelt ist, vollständig scheinen, sind wir der Meinung, dass sie (zu Recht) nicht vollständig sind. Das neue UBGB und das neue Arbeitsgesetz enthalten keine ausführlichen (detaillierten) gemeinsamen Anweisungen. Das neue Arbeitsgesetz Ungarns enthält nur eine allgemeine Verweisung auf das noch geltende bürgerliche Gesetzbuch (Kapitel XVII-XXII), verbunden mit geschäftsrecht-

---

[14] Das *neue ungarische BGB* regelt die Obligationsverhältnisse im 6. Buch, und die einzelnen Obligationsverträge im 3. Teil dieses Buches. Siehe: *Új polgári törvénykönyv*, 2013. évi V. törvény az új Polgári Törvénykönyvről (V. Gesetz von 2013 über das neue UBGB), Redaktion *Szilner*, György, Novissima Kiadó, Budapest, 2013, S. 190-243. Das Gesetzbuch wurde veröffentlicht in Magyar Közlöny (Amtsblatt Ungarns), Nr. 31/2013. Nach den Übergangs- und Endbestimmungen (2. Teil: Inkrafttretung und Übergangsregelungen, Par. 8:4) wird dieses Gesetz am 15. März 2014 in Kraft treten. Siehe auch: A *Polgári Törvénykönyv magyarázatokkal* [Bürgeliches Gesetzbuch mit Kommentaren], Redaktion *Vékás*, Lajos, Mitarbeiter des Redakteurs *Gárdos*, Péter, Komplex Wolters Kluwer, Budapest, 2013, S. 679-941. Siehe auch: *A Polgári Törvénykönyv, Ptk 1959 - Ptk 2013, Gt 2006 – Ptk 2013, Csjt 1952 – Ptk 2013 (*Komparative Regelung des alten und des neuen UBGB, mit den geltenden Sonderregelungen auf dem Gebiet des Handels- und Familiensrechts), Redaktion: *Gárdos*, Péter, Komplex Wolters Kluwer, Budapest, 2013, S. 219-363.

[15] Siehe: *A Polgári Törvénykönyv magyarázatokkal* (Neues UBGB mit Kommentaren), Redaktion *Vékás*, Lajos, Mitarbeiter des Redakteurs *Gárdos*, Péter, Komplex Wolters Kluwer, Budapest, 2013, S. 706-743.

[16] Siehe: A munka törvénykönyve [Arbeitsgesetzbuch] – 2012. évi 1. törvény, hatályba lép 2012. július 1. [Inkrafttretung am 1. Juli 2012], Novissima Kiadó [Veröffentlicht im Gesetzblatt Ungarns Nr. 2/2012], Budapest, Par. 42-62.

[17] Arbeitsgesetzbuch Ungarns, Par. 42, Abs. 1-2.

[18] Siehe Arbeitsgesetzbuch Par. 45, Abs. ((1))-((4)).

[19] Siehe Arbeitsgesetzbuch Par. 46-47.

[20] Siehe Arbeitsgesetzbuch Par. 48-50.

[21] Siehe Arbeitsgesetzbuch Par. 51-56. In diesen Paragraphen werden die gegenseitigen Pflichten des Arbeitgebers und Arbeitnehmers bestimmt, die Regeln für die vom Arbeitsvertrag abweichende Beschäftigung, die Regeln über die Rechtsfolgen der Ausführung der Anweisungen seitens des Arbeitgebers, die Rechtsfolgen der Ablehnung von Arbeitsaufgaben, Regeln für die Befreiung von der Ausführung von Arbeitsaufgaben, Regeln über die Rechtsfolgen der Verletzung von Arbeitspflichten durch das Verschulden des Arbeitnehmers.

[22] Siehe Arbeitsgesetzbuch Par. 58-62.

[23] Siehe Arbeitsgesetzbuch Par. 63-85.

[24] Siehe Arbeitsgesetzbuch Par. 14-16.

lichen Willenserklärungen, die nicht im Arbeitsgesetz geregelt sind.[25] (Im Einklang mit dem Grundsatz über lex specialis derogat legi generali). Es scheint uns, dass für die wahre vollständige Regelung auch mehrere Teile der *allgemeinen Regelungen des neuen UBGB* über die Schuldverträge als zivilistische Normen sinngemäß bzw. als *Hintergrund* dienen sollten.

In der *Begründung des Kommentars des neuen UBGB* hat der Hauptredakteur der Kodifikation, der Akademiker *Vékás* Lajos, betont, dass der neue Kodex die individuellen Arbeitsverträge zur rechtlichen Regulation dem Arbeitsgesetzbuch seiner Meinung nach zu Recht überlassen hat. Obwohl die Regelung des individuellen Einzelarbeitsvertrags dem Arbeitsgesetzbuch überlassen wird, stellt das UBGB den rechtlichen Hintergrund für die Regelung der Arbeitsverhältnisse dar, vor allem dessen allgemeine Regelungen über das Vertragsrecht. Vékás erachtet, dass die rechtliche Regelung des Arbeitsvertrags *so viele spezifische Eigenschaften* hat, *dass es schwer wäre, sie in das UBGB zu integrieren*. Er ist der Auffassung, dass die Charakteristik des Arbeitnehmers, dass er die *schwächere Seite* ist, ein *Spezifikum bei der Regelung dieses Vertrags* darstellt, und daher ist der Einfluss der *gemeinsamen Normen der Europäischen Union weit intensiver als in anderen Bereichen des Privatrechts*. Auf die Verträge, die sich auf die Ausführung einer Arbeit beziehen, und die nicht von den Bestimmungen des Arbeitsgesetzbuchs gedeckt sind, sollte man abhängig von den Eigenschaften der konkreten Prästation *sinngemäß die Bestimmungen des UBGB über den Auftrag und den Werkvertrag* anwenden.[26]

Es scheint uns jedoch, dass der Arbeitsvertrag nach seinen Eigenschaften rechtlich nicht wesentlich von den anderen Obligationsverträgen abweicht, und dass eher diejenigen Recht haben, die erachtet haben, dass die „Regelungsangelegenheit" des Arbeitsvertrags, mindestens in privatrechtlichen Aspekten, in den Grundelementen, in das BGB gehört, und nicht in den Arbeitskodex. Der *notwendige bessere Schutz der Arbeitnehmer, als Besonderheit dieses Vertrags, wäre nicht weniger vertreten, wenn dieser Vertrag im BGB geregelt wäre*, wie das in einer Reihe von europäischen bürgerlichen Gesetzbüchern der Fall ist, insbesondere im deutschen BGB. Außerdem ist der öffentlich-rechtliche Schutz die Domäne bzw. Aufgabe des sog. sozialen Rechts, und er gliedert sich an den schon geschlossenen Arbeitsvertrag an. Diese soziale Gesetzgebung hat ein breites Spektrum und befasst sich mit der Regelung der Arbeitszeit, der Ruhezeit des Arbeitnehmers, dem Schutz am Arbeitsplatz, der Sozial- und Gesundheitsversicherung u. a. Dem besonderen Schutz der Arbeitnehmer dienen auch die Tarif- (oder Kollektiv-) Verträge, im Sinne des sozialen Friedens, aber auch im Einklang mit der Markt- bzw. wirtschaftlichen Leistung des Betriebes, wobei sowohl der Arbeitgeber als auch die Arbeitnehmer ihre Rolle haben.

Die theoretischen Dilemmas über die Regelungsstelle des Arbeitsvertrags wurden durch die Anwendung der Auffassung über die *einheitliche Regelung* gelöst, aber nicht im BGB, sondern im Arbeitsgesetzbuch. Die Mehrzahl der Autoren erachtet, dass die sogenannte vollständige Regelung des Arbeitsvertrags in einem Sondergesetz, dem Arbeitsgesetzbuch, (zu Recht) *nicht vollständig ist*, und es sollten die *allgemeinen Bestimmungen des neuen BGB als Hinterregelung*, insbesondere im Teil über die allgemeinen Regeln des Vertragsrechts, *angewandt werden*. Der Arbeitsvertrag an sich ist ein zivilrechtlicher (obligationsrechtlicher) Vertrag zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer, mit gegenseitigen Pflichten, und er ist ein Teil des Privatrechts. Die sinngemäße Anwendung der Hinterregelung des neuen UBGB bzw. über einzelne besondere Wirkungen der synallagmatischen Verträge (z. B. Wucher), dann die allgemeine Regel über den Schadenersatz bei Schadensverursachung (z. B. Ursächlichkeit) seitens des Arbeitsgebers oder des Arbeitsnehmers, usw., scheint uns als unentbehrliche, unvermeidliche logische Lösung.

[25] Siehe Arbeitsgesetzbuch Par. 31. Das sind die Par. 198-242 des UBGB. Es handelt sich um die sinngemäße Anwendung der allgemeinen Regeln über den Vertrag; die Regeln für die Vertragsschließung (Willen und Willenserklärung); den Vorvertrag; den Irrtum, die Täuschung und Bedrohung; die Entstehung des Vertrags; die Formvorschriften; die Vorschriften über die Vertretung (Bevollmächtigung, Vertretung von geschäftsunfähigen Personen, Vormundschaft); die Regeln über den Inhalt und Gegenstand des Vertrags (Regeln über Bedingung und Zeitbestimmung, über alternative Obligationen, über Geldschuld und Zinsen, über den Vertrag zu Gunsten von Dritten); die Regeln über die absolute und relative Nichtigkeit des Vertrags; die Änderung des Vertrags und die Schuldanerkennung.

[26] Siehe: *A Polgári Törvénykönyv magyarázatokkal* (Kommentar des neuen UBGB), Einführung von *Vékás*, Lajos, Redaktion *Vékás*, Lajos, Mitarbeiter des Redakteurs *Gárdos*, Péter, Komplex Wolters Kluwer, Budapest, 2013, S. 21.

Einige Gedanken über die *specificatio* bei Gaius*

(Some remarks about specificatio at Gaius)

*Gergely Deli***

Abstract

The jurists were and still are divided upon the question whether good faith (bona fides) was necessary to acquire the ownership of a newly made thing (species). Gaius also discussed the case of specification (specificatio) in his Instituts. However, he did not explicitly answer the question. This paper seeks to offer a reasonable explanation for Gaius' silence. It argues that the financial compensation was the main concern of the great Roman jurisconsult who reached a right solution through procedural means on the basis of some sophisticated natural law principles.

Key words: *specification; good faith; acquisition of property.*

1. Problemstellung

Die Romanisten hielten die römische Regelung der Verarbeitung eines fremden Stoffes immer für ein bedeutungsvolles Phänomen. Nach Mayer-Maly gibt es drei Gründe für diese Ansicht. Erstens, die Ergiebigkeit dieses Problems für das Verständnis des römischen Rechtsdenkens, zweitens ihr Schicksal in der Privatrechtsgeschichte der Neuzeit und drittens, das Verhältnis zwischen Rechtsinstitut und sozialen Aspekten.[1] Die meisten europäischen Privatrechtskodifikationen konnten sich auch nicht der Faszination der Spezifikationslehre[2] entziehen, so ist dieses Thema auch heute noch aktuell.

Die kontinuierliche Neuinterpretation eines alten Rechtsinstituts bringt die Gefahr mit sich, dass anachronistische Behauptungen das ursprüngliche Gedankengut in den Hintergrund drängen können. Dieser kurze Aufsatz begrenzt sich deshalb demütig auf einen einzigen Text und eine einzige Frage: war die *bona fides* nach Gaius erforderlich zum Eigentumserwerb durch Verarbeitung? [3]

2. Die *bona fides* in der Verarbeitungslehre

In dem alten Diskurs, ob der Verarbeiter zum Eigentumserwerb gutgläubig sein muss, bedarf es zum Beispiel nach Kaser und das Lehrbuch von Hausmaninger und Selb keine *bona fides*. [4] Nach anderen Autoren, wie Windscheid oder Honsell, muss sich der Verfertiger in gutem Glauben befinden, um Eigentum erwerben zu können. Trotz der Meinungsverschiedenheiten ist bei mehreren Autoren zu bemerken, dass diese – ohne es ausdrücklich anzusprechen[5] – die *bona fides* subjektiv auffassen und nicht klar definieren, ob die Gutgläubigkeit sich auf den Prozess der Verarbeitung oder auf die psychische Einstellung

* Diesem Text liegt ein im Rahmen der 66ème Session de la Société internationale Fernand de Visscher pour l'Histoire des Droits de l'Antiquité an der Oxford University (St. Catherine's College) am 21. September 2012 gehaltener Vortrag zugrunde. Für hilfreiche Ratschläge zu diesem Thema schulde ich Herrn Iván Siklósi und Herrn Professor Gábor Hamza meinen Dank. Meine ausgezeichnete Studentin, Frau Sporer Ada hat meinen sprachlich schwachen Text grundlegend verbessert.

** Gergely Deli, PhD, LL.M. (NYU), Lehrstuhl für Rechtsgeschichte, Deák Ferenc Fakultät für Staats- und Rechtswissenschaften, Széchenyi István Universität, Győr, Ungarn.

1 MAYER-MALY, Theo, *Spezifikation. Leitfälle, Begriffsbildung, Rechtsinstitut*, in SZ 73 (1956), S. 120.

2 BEHRENDS, Okko, *Die Spezifikationslehre, ihre Gegner und die media sententia in der Geschichte der römischen Jurisprudenz*, in SZ 112 (1995), S. 195.

3 Gai. 2, 79.

4 HAUSMANINGER, Herbert – SELB, Walter, *Römisches Privatrecht*[9], Wien 2001, S. 163; KASER, Max, *Das römische Privatrecht* I[2], München 1971, S. 431[54] erfordern keinen guten Glauben zum Eigentumserwerb. Andere – wie Windscheid, Bernhard, *Lehrbuch des Pandektenrechts* I[9], Stuttgart 1906, S. 969; CZYHLARZ, Karl, *Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts*[11], Wien–Leipzig 1911, S. 99; und KUNKEL, Wolfgang – HONSELL, Heinrich *Römisches Recht*[4], Wien 1987, S. 353 – vertreten die Auffassung, dass der Verfertiger sich in gutem Glauben befinden soll. KASER, Max – KNÜTEL, Rolf *Römisches Privatrecht*[18], München 2005, S. 131-132 nimmt keine Stellung zu dieser Frage. Für weitere Literatur siehe KRAFT, Christina, *Bona fides als Voraussetzung für den Eigentumserwerb durch Specificatio*, in Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis 74 (2006), S. 289.

5 Eine Ausnahme ist András Földi, der die subjektiven und objektiven Kategorien der bona fides voneinander klar trennt. Siehe FÖLDI, András, *A jóhiszeműség és tisztesség elve. Intézménytörténeti vázlat a római jogtól napjainkig* [Das Prinzip von Treu und Glauben. Eine institutionsgeschichtliche Skizze vom römischen Recht bis heute] Budapest 2001. Der Fachliteratur über *specificatio* folgend unterscheide ich in diesem Aufsatz nicht zwischen gutem Glauben und Gutgläubigkeit.

des Verarbeiters hinsichtlich der rechtlichen Lage des Rohstoffes bezieht. Gegenüber der subjektiven Auffassung der *bona fides* meinte Söllner, dass der Begriff im klassischen Recht, also auch bei Gaius, objektiv zu erklären ist.[6] Dieser Gegensatz kann dadurch aufgelöst werden, dass die subjektive Wahrnehmung des Verarbeiters der Umwelt nur durch objektive Tatbestandmerkmale gedeutet werden kann. Hierzu können unterschiedliche Kriterien herangezogen werden, welche sich beispielsweise mit den Umständen beschäftigen, unter denen der Verarbeiter den Stoff erlangt hatte und insbesondere, ob es sich dabei um einen entgeltlichen Erwerb handelte. Die Gutgläubigkeit soll sich auf die Frage beziehen, ob der Verarbeiter den Stoff vor der Verarbeitung als den Seinen, rechtlich ihm gehörenden, betrachtete.

In der jüngeren Literatur wurde sogar die Auffassung vertreten, dass es sich bei der *specificatio* um keine Eigentumserwerbsart handle. Plisecka stellte die merkwürdige These auf, dass die Tatbestände der *specifiatio* und der *accessio* eher den Verlust bedeuteten, nicht den Erwerb des Eigentums und sie seien keine richtigen Eigentumserwerbsarten.[7] Die Römer berücksichtigten in ihren Argumenten die Identität der Sache anstatt der Einhaltung Durchführung einer strikten Kategorisierung. Plisecka hat nur in einer begrenzten Hinsicht Recht, dass in diesen Fällen, zumindest bei Gaius, nicht der Eigentumserwerb als solcher, sondern andere Fragen (wie zum Beispiel diejenige des finanziellen Ausgleichs) im Vordergrund standen. Die Zuordnung des Eigentums war nur ein Mittel um eine gerechte Lösung zu finden. Außerdem hat Gaius die Fälle der *specificatio* und der *accessio* in seinen *Institutionen* voneinander klar getrennt und ganz eindeutig der Kategorie der *naturalis ratio adquisitio* zugeordnet.[8]

Dass Gaius die *bona fides* in der *sedes materiae* der *specificatio* in seinen Institutionen nicht erwähnte, kann mehrere Gründe haben. Erstens, die Gutgläubigkeit war ungeeignet, um ein Kriterium des Eigentumserwerbs zu sein. Bei den Sabinianern war es nämlich irrelevant, ob der Verarbeiter gut- oder bösgläubig handelte. Der Stoffeigentümer wurde auch Eigentümer der neuen Sache, unabhängig von der *fides* des Verarbeiters. Die Frage stellt sich eigentlich nur bei den Prokulianern, ob der Verfertiger zum Eigentumserwerb einen guten Glauben braucht, nach denen der Eigentümer des Stoffes und der Eigentümer der neuen Sache verschiedene Personen sein konnten.

Gaius verwendete den Begriff der *bona fides* immer im Zusammenhang mit einem gewissen Zustand, niemals auf eine Handlung. Wir können nur über *possessio bonae fidei*, aber nie über *fabricatio* oder *speciem bona fide facere* in den Quellen lesen.[9] Wenn jemand etwas *bona fide* kauft, bedeutet es nicht, dass der Kauf als Rechtsgeschäft gutgläubig erfolgte, sondern nur, dass der Käufer glaubte, der Verkäufer sei Eigentümer.

Im Falle der *specificatio* war die Lage ähnlich. Der Verarbeiter ist gutgläubig, wenn er meinte, dass der zu verarbeitende Stoff ihm gehörte. Man kann über Gut- oder Bösgläubigkeit sinnvollerweise nur beim Ausgangsstoff sprechen, weil die neue Sache *res nullius* war. Da das Material durch die Verarbeitung zugrunde gegangen ist, hilft das Vorliegen von *bona fides* bei den Rohstoffen nicht, um die Eigentumsfrage der neuen Sache zu klären.

Nach meinem Verständnis war die *bona fides* bei Gaius nicht eine der Voraussetzungen des Eigentumserwerbs, sondern ein Mittel für einen gerechten Umgang mit der stattgefundenen Vermögensverschiebungen. Sein Anliegen war die Bestimmung und das Abwiegen gewisser naturrechtlichen Regeln,[10] die mangels zivilrechtlicher Regelungen zu einer gerechten Lösung führen konnten.[11]

3. Naturrechtliche Prinzipien der Verarbeitung

In Gai 2, 66 – 79, wo es um die *naturalis ratione adquisitiones* geht, gibt es zwei Stufen anwendbarer naturrechtlichen Regeln. Zur ersten, niedrigeren Gruppe gehören die Sätze, die die Eigentumszusprechung begründen: *quia antea nullius esset*, *quia superficies solo cedit*, *quia litterae chartulis sive membranis cedunt* und *tabulam picturae cedere*.

Diese naturrechtlichen Prinzipien bildeten nur die erste Schicht einer naturrechtlichen Regelungspyramide. Auf der zweiten, höheren Stufe stand die hier nicht *expressis verbis* erwähnte,[12] aber doch vorhandene naturrechtliche Regel: *Nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem*.[13] Denn es entspricht der natürlichen Gerechtigkeit, dass sich niemand zum Nachteil eines Anderen bereichern darf.

---

[6] SÖLLNER, Alfred, *Bona fides – guter Glaube?* In SZ 122 (2005), S. 8-10. Zu dieser Problematik siehe FÖLDI, András, *Osservazioni intorno al c.d. dualismo della 'bona fides'*, in CARMELA, Russo (cur.), *Studi in onore di Antonio Metro*, II, Milano 2010, S. 483-507. Diese zweierlei Meinung über bona fides beeinträchtigt auch heute noch die Entwicklung der europäischen Rechtsharmonisierung in diesem Bereich. Siehe RANIERI, Filippo, *Europäisches Obligationenrecht: Ein Handbuch mit Texten und Materialien*, Wien-New York 2009[3], S. 439.

[7] PLISECKA, Anna, *Accessio and Specificatio Reconsidered*, in Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis 74 (2006), S. 45.

[8] Gai. 2, 79: *in aliis quoque speciebus naturalis ratio requiritur.*

[9] Gai. 2, 43 és Gai. 2, 49; Gai. 2, 45;

[10] Gaius verwendete die Begriffe der *naturalis ratio* und der *ius naturale* als Synonyme (s. Gai. 1, 1.), und spricht manchmal über *naturali ratione adquiruntur*, manchmal *eodem iure nostrum fit*, manchmal *iure naturali nostrum fit*. Voigt meinte, dass die ius naturale sich aus der naturalis ratio ableiten ließ. Siehe VOIGT, Moritz, *Das ius naturale aequm et bonum und ius gentium der Römer*, I, Leipzig 1856, S. 273. Gaius hat eine eigene Naturrechtslehre entwickelt. Siehe HONSELL, Heinrich - MAYER-MALY, Theo - SELB, Walter, *Römisches Recht* (neubearb. auf Grund des Werkes von JÖRS, Paul – KUNKEL, Wolfgang – WENGER, Leopold), 4. Aufl., Berlin-New York 1987, S. 60.

[11] Das *ius gentium* – ein Synonym des *ius naturale* bei Gaius – war subsidiär zu den Regeln des *ius civile*. Gaius mag den Gedanken, dass die *naturalis ratio* und das *ius naturale* Bausteine einer allgemeineren, universalen Rechtsordnung sind, von Cicero übernommen haben. Ld. BUCKLAND, William, Warwick, *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*, 3rd. ed., New York UP 1963, S. 54.

[12] Man spricht über das Selbstverständliche in der Rechtsgeschichte nicht. Siehe DAUBE, David, *Das Selbstverständliche in der Rechtsgeschichte*, in SZ 90 (1973), S. 1-13. Über die Arbeitsmethode von Daube siehe METZGER, Ernest, *Quare? Argument in David Daube after Karl Popper*, in METZGER, Ernest (cur.), *Law For All Times: Essays in Memory of David Daube*, Lawrence 2004, S. 27-58.

[13] Pomp. 21 ad sab. D. 12, 6, 14. Siehe dazu von MAYR, Robert, *Die condictio des römischen Privatrechtes*, Leipzig 1900, S. 2.

Mit dem Wort *praeterea*[14] grenzt Gaius die Fälle, wo die Bereicherungsnorm zur Anwendung kommt, von den anderen naturrechtlichen Eigentumserwerbsarten, wo die Bereicherungsnorm keine Rolle spielt, klar ab. Zu der ersten Kategorie gehörten die verschiedenen *occupatio*-Tatbestände, zu der zweiten bestimmte *accessio*-Fälle, wie zum Beispiel die *inaedificatio*, die *satio*, die *plantatio*, die *textura*, die *scriptura*, und die *pictura*. Die Wendung *in aliis speciebus* am Anfang des Gaius-Texts bezeichnet nicht alle Arten des originären Eigentumserwerbs – wie Mayer-Maly dachte[15] – sondern nur diejenige Fälle, wo ein finanzieller Ausgleich nötig war, da das Eigentum eines Anderen betroffen war.

Die Bereicherungsnorm steckt hinter allen Sätzen, die Gaius in Gai. 2, 73-79 mit einem *sed* anführt. Die Norm kam *per exceptionem* oder durch eine *utilis actio*, also – in modernem Sinne – durch prozessuale Mittel zum Ausdruck, und sie ist stärker als die zuvor gennanten Normen, welche den Eigentumserwerb steuern.

Wenn zwei naturrechtliche Erwerbsprinzipien kollidierten, löste das Bereicherungsprinzip den Konflikt durch die Wiederherstellung der gerechten finanziellen Ausgangslage auf. Das geschieht in Gai. 2, 78, in den Fällen der *scriptura* und der *pictura*. Gaius sah hier kein klares, rationelles Unterscheidungsmerkmal zwischen den zwei Erwerbsregeln, also zwischen der *litterae chartulis sive membranis cedunt* und der *tabulam picturae cedere*. Er drückte dies mit folgenden Wörtern aus: *cuius diversitatis vix idonea ratio redditur.*[16] Es ist aber sicher, führte Gaius nachfolgend aus, dass der Ausgleich durch die Bereicherungsnorm, mittels *exceptio*, *utilis actio* oder *actio furti* gesichert ist.

Im Fall der *specificatio* gab es auch zwei gegenüberstehenden Erwerbsnormen, die sabinianische *cuius materia sit, illius et res quae facta sit*, und die prokulianische *eius rem esse putant, qui fecerit*. Die Auseinandersetzung wurde ähnlich wie bei der *scriptura-pictura* Kollision mit der *actio furti* und der *condictio* zu lösen versucht. Obwohl die Erwerbsregeln kollidierten, scheint die Bereicherungsnorm den Widerspruch zumindest teilweise aufzuheben.

Gaius beginnt das Fragment mit den Wörtern *„in aliis quoque speciebus naturalis ratio requiritur"* an. Er schrieb *requiritur* statt *adquiritur*, weil er damit nicht die naturrechtliche Eigentumserwerbsnorm, sondern die ebenso naturrechtliche Bereicherungsnorm meinte. Im Gegensatz zur Ansicht von Christina Kraft,[17] bezieht sich die hier erwähnte *naturalis ratio* nicht unbedingt auf die entgegengesetzten Schulmeinungen, es kann hierbei schlicht und einfach auf die Bereicherungsnorm verwiesen werden.

Gaius sprach über *bona fides* bei der Verarbeitungslehre aus dem Grunde nicht, weil der gute Glaube in dem Problemkreis der *specificatio* für ihn keine zentrale Rolle spielte. Er war eher darum bemüht, eine klare Ordnung unten den verschiedenen und widersprüchlichen naturrechtlichen Prinzipien zu schaffen. Die Frage nach der *bona fides* war ihm in dieser Hinsicht zweitrangig und er erwähnte die *fides* nur in solchen Eigentumserwerbsfällen ausdrücklich, wo der Vindikationsprozess und damit die Gutgläubigkeit ohne Zweifel gegeben war.

4. Die verschiedenen Auffassungen der Rechtsschulen

Im Fall der specificatio war die Möglichkeit eines Vindikationsprozesses wegen der Schulenkontroverse keine Selbstverständlichkeit. Sabinus und Cassius meinten, dass die neue Sache dem Stoffeigentümer gehört, andere aber gaben die *nova res* dem Verarbeiter.

Nach Thomas und Metzger waren sowohl die Sabinianer als auch die Prokulianer darin einig, dass eine neue Sache an die Stelle des früheren Stoffes trat,[18] nur die Zuordnung dieser *nova res* war strittig:[19] *quaeritur, utrum tuum sit id, quod ex meo effeceris, an meum*.[20]

Hinter der sabinianischen Lehre werden seit langem die Stoiker, hinter den Prokulianern die Peripatetiker vermutet, wie es zum ersten Mal Sokolowski hervorgehoben hat.[21] Ihm folgten Kaser,[22] Ebert,[23] Mayer-Maly,[24] Wieacker[25] und zurückhaltender Kunkel.[26] Statt den Peripatetikern sehen Schermeier[27] und Behrends[28] die skeptische Akademie als die ideologische Quelle der Prokulianer.

Meines Erachtens ist es richtig, den Grund des Unterschieds in der Philosophie zu suchen, und nicht in der Rhetorik wie Tessa Leesen dies tut. [29] Leesen hat darauf hingewiesen, dass die einzelnen Redewendungen der juristischen Quellen über *specificatio* mit Zitaten aus Cicero's *Topica* und Quintilian's *Institutio Oratoria* ganz genau übereinstimmen.[30] Ich denke, dass die

[14] Gai. 2, 73
[15] MAYER-MALY, *Spezifikation,* cit., S. 126.
[16] Gai. 2, 78.
[17] KRAFT, *Bona fides*, cit., S. 292.
[18] THOMAS, Joseph Anthony Charles, *Locatio conductio emptio venditio und specificatio*, in SZ 81 (1964), S. 125; METZGER, Ernest, *Postcript on nova species and Kinloch Damp Ltd. v. Nordvik salmon Farms Ltd*, in Roman Legal Tradition, II, 2004, S. 119.
[19] FERRINI, Contardo, *Appunti sulla doctrina della specificazione*, in BIDR 2 (1889), S. 201: la disputa fra le scuole non concerneva il punto se il dominio o no fosse estinto, ma a chi il dominio quella cosa nuova spetasse; HÄGERSTRÖM, Axel, *Der römische Obligationsbegriff*, Uppsala–Leipzig 1927, S. 248; SCHERMAIER, Martin, *Materia. Beiträge zur Frage der Naturphilosophie im klassischen römischen Recht*, Wien 1992, S. 195.
[20] G. 2, 79.
[21] SOKOLOWSKI, Paul, *Die Philosophie im Privatrecht*, I (1902), S. 69.
[22] KASER, *Röm. Privatr.* I[2], cit., S. 431.
[23] EBERT, Harald, *Die Entwicklung der Spezifikation im Humanismus, Naturrecht und Usus modernus.* Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln. Manuscript. Cologne 1969, S. 9.
[24] MAYER-MALY, *Spezifikation,* cit., S. 127.
[25] WIEACKER, Franz, *Spezifikation, Schulprobleme und Sachprobleme*, in Festschrift für Ernst Rabel, II, Tübingen 1955, S. 280, 283.
[26] KUNKEL – MAYER-MALY – SELB: *Römisches Recht,* cit., 1987[4], S. 171.
[27] SCHERMAIER, *Materia,* cit., S. 234.
[28] BEHRENDS, Okko, *Institutionelles und prinzipielles Denken*, in SZ 95 (1978), S. 187-231; BEHRENDS, Okko, *Le due giurisprudenze romane e le forme delle loro argomentazioni*, in Index 12 (1983/84), S. 189-225; BEHRENDS, *Die Spezifikationslehre*, cit., S. 199.
[29] LEESEN, Tessa *Produced and Bottled in Rome – Who Owned the Wine? The Controversy about Specificatio*, in RIDA 53 (2006), S. 266.
[30] Siehe z. B. Gai. D. 41, 1, 7, 7, und Cic. Top. 15, 58.

rhetorischen Lehren die juristischen Lösungen nicht unmittelbar beeinflusst haben, die Ähnlichkeiten sind wohl eher auf die gemeinsamen philosophischen Grundlagen zurückzuführen. Hier kann beispielsweise auf Gaius verwiesen werden, welcher in den Institutionen eine gute, prozessrechtliche Lösung zu finden scheint, indem die *Res cottiadianae* zu einer philosophisch geprägten *media sententia* zurückkehrt. Ein Beispiel hierfür, dass obwohl Gaius in seinen Institutionen eine gute, prozessrechtliche Lösung zu finden scheint, die *Aurea sive res cottidianae* kehrten zu einer philosophisch geprägten *media sententia* zurück.[31]

Gaius selbst philosophierte aber nicht. Er stellte fest, dass es einen wesentlichen Unterschied zwischen den Auffassungen der Rechtschulen gibt, und versuchte die Gegensätze mit praktischen, prozessrechtlichen Mitteln zu lösen und den finanziell gerechten Ausgleich zu sichern. Um seine Lösung zu legitimieren, verwendete er nicht direkt philosophische Doktrinen, sondern griff zu den juristisch betrachtet offensichtlicheren naturrechtlichen Prinzipien. Nicht der gute Glaube, sondern die naturrechtlichen Grundsätze gaben Auskunft über die Eigentumsfrage bei den naturrechtlichen Erwerbsarten.[32] Wenn die Prinzipien kollidierten, half die höher stehende naturrechtliche Bereicherungsnorm, die in der Form prozessrechtlicher Institutionen zur Geltung kam, wie bei der Normenkollision von *textura* und *pictura*. Gaius suchte die Lösung selbstverständlich auch im Fall der *specificatio* auf diesem Wege. Schon Wieacker hat die gaianische Neigung erkannt,[33] dass Gaius die Spezifikationslehre durchgehend als eine Schulentheorie auffasste, deren Ergebnisse er in der Praxis mit Mitteln des Prozessrechts korrigierte. Diese These hielt Behrends für nicht überzeugend, weil er dachte, dass die tieferen, materiellen Zusammenhänge nicht einfach dadurch verschwinden, dass man aus rhetorischen oder prozessökonomischen Gründen ein prozessrechtliches Argument verwendet.[34] Meiner Ansicht nach lag der Akzent nicht auf der prozessrechtlichen Korrekturtendenz, sondern auf den dahinter stehenden naturrechtlichen Prinzipien.

4.1 Die Auffassung der Sabinianer

Die Sabinianer unterschieden zwischen Gut- und Bösgläubigkeit des Verarbeiters im Rahmen des Vindikationsprozesses. Die *rei vindicatio* regelte den Bereicherungsausgleich in Zusammenhang mit den Fragen der Gefahrtragung und der Profitverteilung zwischen den Parteien.[35] Der Eigentümer trug die Gefahr für den zufälligen Untergang der neuen Sache, der gutgläubige Hersteller hatte dagegen nach der *litis contestatio* eben keine Verantwortung für *vis maior*.[36] Das *periculum* traf beide Parteien in ähnlicher Weise, indem beiden die eigenen Investitionen verlustig gingen. Der Stoffeigentümer verlor das Material, der Hersteller verlor den Wert seiner Arbeit, und somit verloren beide genau das, was sie „investiert" hatten.

Diese Trennung von Material und Arbeit[37] ist den Sabinianern übrigens nicht fremd. Im Gai. 3, 147 beschreibt Gaius einen Fall, wo der Stoffeigentümer seinen Stoff dem Hersteller hingibt, und mit ihm die *merces pro opera* vereinbart. Cassius sieht hierin gerade zwei Verträge: einen Kauf hinsichtlich des Materials und eine Miete hinsichtlich der Arbeit.[38] Thomas hat bereits darauf hingewiesen, dass die Sabinianer die *locatio conductio* auf solche Verträge beschränkt hatten, bei denen der *locator* den Rohstoff lieferte. Nach Thomas erklärt diese Auslegung die Eigenarten der sabinianischen Lehre der *specificatio*.[39]

Was die Profitverteilung betrifft, konnte der Hersteller die Werterhöhung[40] – das ist der Wert seiner Arbeit – mit seinem Zurückbehaltungsrecht durch *exceptio doli* erstatten lassen. Niemand hat sich ungerechtfertigt bereichert, weder durch das fremde Material noch durch die fremde Arbeit. Wenn der Verarbeiter das Material gestohlen hat, stand die *condictio furtiva* und kumulativ die *actio furti* dem Stoffeigentümer zur Verfügung. Damit könnte die Problematik sachgerecht gelöst werden. Der Bereicherungsausgleich geschah wirksam im Rahmen der *rei vindicatio*.

---

31 Gaius 2 rer. cott. D. 41, 1, 7, 7. SCHERMAIER, *Materia*, cit., S. 239 bezweifelte, dass dieser Zusatz von Gaius selbst stammt und hielt die Mittellösung für eine Erfindung Justinians. BEHRENDS, *Die Spezifikationslehre*, cit., S. 234. betrachtet die Stelle als original, was auch KRAFT, *Bona fides*, cit., S. 293[15] eher überzeugend findet. Man findet diesselbe Auffassung auch bei HAMZA und FÖLDI. Siehe HAMZA, Gábor – FÖLDI, András, *A római jog története és institúciói* [Die Geschichte und Institute des römischen Rechts], Budapest 2013, S. 342. Ich neige zu der ersten Meinung, weil ich keine Gründe sehe, warum Gaius sich von einer guten prozessrechtlichen Lösung zu einer materiellrechtlichen wenden sollte.

32 Gaius verwendete den noch nicht ganz ausgeformten Begriff der *bona fides* in solchen Fällen, wo die in der griechischen Philosophie ausgearbeiteten naturrechtlichen Prinzipien zu einer ungerechten Lösung geführt hätten. Siehe WAGNER, Herbert, *Studien der allgemeinen Rechtslehre des Gaius. Ius gentium und ius naturale in ihrem Verhältnis zum ius civile*, Zutphen 1978. Über die Verschiedenheit der antiken und der modernen Naturrechtslehre siehe POUND, Roscoe, *Jurisprudence*, I, St. Paul 1959, S. 468, der die natürliche Ordnung der Dinge und die aus dem Vernunft ableitbare Ordnung strikt gesondert hat.

33 WIEACKER, *Spezifikation*, cit., S. 287.

34 BEHRENDS, *Die Spezifikationslehre*, cit., S. 199[5].

35 Die Klagen wurden schon von BRINZ, Alois, *Lehrbuch der Pandekten,* II, Erlangen 1873, S. 577; und PERNICE, Alfred, *Labeo, Römisches Privatrecht im Ersten Jahrhundert der Kaiserzeit* II/1, Halle 1895, S. 325 als Mittel des schuld- oder bereicherungsrechtlichen Ausgleichs angesehen. Dagegen KRAFT, *Bona fides*, cit., S. 28.

36 Ulp. D. 6, 1, 15, 3. Nach prokulianischer Lehre sollte er für Zufall haften, er war aber dann selbst Eigentümer der Sache.

37 Einige moderne Autoren gaben der Arbeit den Vorrang. Siehe SULZER, August *Der Eigenthumserwerb durch Specificatio*, Zürich 1883, S. 54; JHERING, Rudolf von, *Der Geist des römischen Rechts,* III, Leipzig 1968, S. 323; SCHEURL, Christoph, *Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts,* I, Erlangen 1853, S. 285; WINDSCHEID, *Lehrbuch*, cit., S. 968[2].

38 Gai. 3, 147.

39 THOMAS, *Locatio conductio*, cit., S. 110.

40 Die Werterhöhung an sich gibt keine Antwort auf die Fragen, warum der Verarbeiter Eigentum erwirbt, und wann die verarbeitete Sache eine *nova res* ist. Siehe KRAFT, *Bona fides*, cit., S. 303; MAYER-MALY *Spezifikation,* cit., S. 148.

4.2 Die Ansicht der Prokulianer

Wenn man den Prokulianern folgt, sieht die Lage ganz anders aus. Hier hatte der Stoffeigentümer keine Eigentumsansprüche, denn seine alte Sache ist bereits verloren gegangen und die neue Sache gehörte ihm nicht. Gaius sollte bemüht sein, dass die Bereicherungsnorm ohne die Vindikationsklage zur Geltung kommt.[41]

Dies war eine schwierige Aufgabe, denn wenn der Verarbeiter gutgläubig war, hatte der Stoffeigentümer keine großen oder guten Chancen. In einigen Fällen konnte er irgendeine *condictio*, zum Beispiel die *condictio indebiti* anwenden, die ihm auch nach dem Erlöschen des Eigentums zustand.[42] Es war aber wegen der begrenzten Anzahl der in Frage kommenden *condictiones* nicht ausreichend. Dies war vielleicht der wichtigste Grund dafür, dass die Juristen - vielleicht schon Gaius selbst - nach einer besseren Lösung suchten und die wohl bekannte *media sententia* aufstellten. Es ist sehr merkwürdig, dass der Mittelweg das Problem im Wesentlichen auf die Frage der Vindizierbarkeit der Sache reduzierte.

Wenn der Verarbeiter bösgläubig war, wurden gegen ihn sowohl die *actio furti* als auch die *condictio* gewährt, als Ersatz für die ausgefallene *rei vindicatio*.[43] Nach Kraft wurde die Tatsache, dass die neue Sache eine *res nullius* war und deswegen der Verarbeiter ungeachtet seiner *fides* Eigentum erwarb, durch den Umstand ausgeglichen, dass mit der bösgläubigen Verarbeitung ein *furtum* begangen wurde.[44] Wie Éva Jakab mit dem Beispiel des Weinanbaus überzeugend demonstrierte,[45] war die bösgläubige Verarbeitung in der Praxis sehr häufig. Gaius konnte diese Fälle nach dem oben besprochenen Muster – nach dem die naturrechtliche Bereicherungsnorm die Erwerbsnorm mit Hilfe prozessrechtlicher Mitteln überschreibt – effektiv behandeln, weil der Streit der Rechtschulen in dieser Situation keine Rolle spielte.

Es gibt aber noch Interpretationsschwierigkeiten zu behandeln. In dem Text war die *condictio* gegen die Diebe und *„quaedam alii possessores"* gerichtet. Wer sind diese gewissen anderen Besitzer? Warum hat Gaius diese Kategorie der Besitzer von den Dieben gesondert behandelt? Es verdient Erwähnung, dass Gaius die *condictio* zuerst ausdrücklich *adversus eundem* (*scilicet* gegen den Dieb) zusprach und den Anwendungsbereich der *condictio* nur als Begründung in der zweiten Hälfte des Satzes erwähnte.

Kunkel und Honsell deuten diese gewissen anderen Arten von Besitzern als bösgläubige Verarbeiter, die als Diebe *semper in mora* waren.[46] Nach Schermaiers ähnlicher Interpretation sind die *alii possessores,* die Besitzer des Stoffes, die die Sache im Wissen um ihre Furtivität verarbeitet haben.[47] Diese Ansichten verbergen sich hinter der Wendung *„quibusdam aliis possessoribus"* also die späteren sogenannten fiktiven Besitzer,[48] *qui dolo malo desiit possidere.*[49] Diese Personen haben den Besitz der gestohlenen Sache durch Verarbeitung arglistig aufgegeben, um sich der Eigentumsklage und der Vollstreckung zu entziehen. Diese Theorie ist keineswegs unwahrscheinlich, weil die Lockerung des Besitzerfordernisses sich ungefähr in Gaius' Lebenszeit, im Jahre 129 nach Christus in Anlehnung an das *SC Iuventianum* vollzogen hat.[50] Gaius grenzte vielleicht diese gewissen anderen Besitzer von den *fures* ab, obwohl sie in der Wirklichkeit auch Diebe waren, weil diese flexiblere Behandlung des Besitzerfordernisses seinerzeit zu den Neuheiten zählte und deswegen besondere Erwähnung verdiente. Es gibt allerdings auch noch ein anderes Indiz. Paulus gewährte die *actio ad exhibendum* gegen den bösgläubigen Verarbeiter,[51] deren Formel folgendermaßen lautet: *dolo malo desinere possidere*.[52] Wenn also die Kenntnis über die Fremdheit bei der Verarbeitung als ein *dolo malo desinere possidere* galt und diese Entwicklung sich zu Gaius' Lebzeiten vollzog, ist es durchaus vorstellbar, dass Gaius die *condictio* gegen die diebischen aber nicht besitzenden Personen zuließ.

Man kann eine andere Deutung für noch wahrscheinlicher halten. Es ist nämlich bemerkenswert, dass Gaius diese von den Dieben abgesonderten Personen nur Besitzer - *possessores* - nannte, obwohl er hier die prokulianische Lehre beschrieb, bei der der Verarbeiter Eigentümer geworden ist. Ausgehend von dieser seltsamen Wortwahl können die gewissen anderen Besitzer auch solche Personen sein, die den gestohlenen Stoff *bona fides* erlangt und das Material später verarbeitet haben. Gaius erwähnte dies

---

41 Meiner Ansicht nach geht es um die prokulianische Lehre nach dem *sed* in Gai. 2, 79. Ähnlich meinen WIEACKER, *Spezifikation*, cit., S. 265[7] und MAYER-MALY, *Spezifikation,* cit., S. 140; dagegen ist SCHERMAIER, *Materia*, cit., S. 195.

42 SCHWARZ, Fritz, *Die Grundlage der condictio im klassischen römischen Recht*, Münster 1952, S. 291; LÜBTOW, Ulrich von, *Beiträge zur Lehre der condictio nach römischem und geltendem Recht*, Berlin 1952, S. 82; MAYER-MALY, *Spezifikation,* cit., S. 141.

43 MAYER-MALY, *Spezifikation,* cit., S. 141; KRAFT, *Bona fides*, cit., S. 315. Anders MAYR, *Die condictio*, cit., S. 144, nach wem die *condictio* und die *rei vindicatio* miteinander konkurrierten.

44 KRAFT, *Bona fides*, cit., S. 319.

45 JAKAB, Éva, *Borvétel és kockázat. Jogtudomány és jogélet a Római Birodalomban* [Weinkauf und Risiko. Rechtswissenschaft und Rechtsleben im Römischen Reich], Budapest 2011, S. 35-36.

46 KUNKEL – HONSELL, *Römisches Recht*, cit., S. 353[16].

47 SCHERMAIER, *An eadem res sit, quaeritur*, in FS Talamanca, Napoli, 2001, S. 293.

48 Die Kategorie der *ficti possessores* ist wahrscheinlich iustinianisch. Siehe MOUSOURAKIS, George, *The Fundamentals of Roman Private Law*, New York 2012, S. 150. Das Erfordernis des Besitzes lockerte sich schon seit dem klassischen Recht.

49 Paul. D. 6, 1, 27pr

50 KASER – KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*, cit., S. 134.

51 Paul. 26 ad edictum D. 10. 4. 12. 3. HÄGERSTRÖM (1927), S. 256 bewertete die Stelle als 'echt paulinisch'. Dagegen KRAFT, *Bona fides*, cit., S. 314. Zu der Paulus-Stelle siehe ausführlich SCHERMAIER, *D. 41, 1, 24 und 26pr., Ein Versuch zur Verarbeitungslehre des Paulus*, in SZ 105 (1988), S. 436-487; weiter KASER, *Die natürlichen Eigentumserwerbsarten im altrömischen Recht*, in SZ 65 (1947), S. 245; WIEACKER, *Spezifikation*, cit., S. 271; KRAFT, *Bona fides*, cit., S. 290; Behrends, *Die Spezifikationslehre*, cit., S. 199[5]. ALBANESE, Bernardo, *Esegesi minime in tema di specificazione*, in Labeo I (1955), S. 166 bejaht aufgrund dieser Stelle die *bona-fides* Voraussetzung. Siehe noch SANTALUCIA, Bernardo, *Il contributo di Paolo alla dottrina della specificazione di mala fede*, in BIDR 72 (1969), S. 113.

52 LENEL, Otto, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Leipzig 1907, S. 223.

gesondert, weil die 12 Tafelgesetze den Dieben die Ersitzung der gestohlenen Sache zwar schon lange verboten hatten,[53] die *lex Atinia de usucapione* aus dem 2. Jahrhundert[54] vor Christus den Tatbestand erneut regelte. Die Ergänzung verriet also, dass die Furtivität einer Sache durch die vernichtende Verarbeitung jener nicht erlischt. Diese Lösung war rechtspolitisch betrachtet aus zwei Gründen vorteilhaft. Einerseits war der gutgläubige Erwerber motiviert, gegen den Dieb vorzugehen, weil er – wegen der *condictio* – den Wert des Stoffes einzubüßen hatte. Für den Verarbeiter war es wegen seines vertraglichen Verhältnisses wesentlich leichter, den Dieb - das ist der Verkäufer des Stoffes - aufzufinden, als für den Eigentümer, der den Dieb/Verkäufer eigentlich nicht kannte. Andererseits wurde der Verarbeiter aufgrund der Tatsache, dass er als gutgläubiger Erwerber des Stoffes dem Eigentümer mit der *condictio* dem Eigentümer haften musste, beim Kauf dazu animiert, zu überprüfen, ob mit der Ware alles in Ordnung war. Aus diesem Grund wurde der Handel mit der gestohlen Sache ebenfalls erschwert.

Gaius schrieb lediglich *possessores* und nicht *bonae fidei* oder *malae fidei possessores*, weil es in dieser Hinsicht unerheblich war, ob die Verarbeiter gut- oder bösgläubig waren. Wenn die Sache, die sie gekauft und verarbeitet hatten, eine *res furtiva* war, konnte der Stoffeigentümer von ihnen, obwohl sie nicht unbedingt Diebe waren, den Wert des Materials durch *condictio* fordern. Der Grund hierfür war nicht die mangelnde Gutgläubigkeit des Verarbeiters, sondern die Tatsache, dass das Material eine *res furtiva* war.

Aus dem gaianischen Fragment folgt also keineswegs, dass der Verarbeiter gutgläubig sein sollte, um das Eigentum zu erwerben. Er sagte nur, dass der Verarbeiter – zumindest nach der prokulianischen Auffassung – das Eigentum der *nova res* erwarb. Wenn er aber den Rohstoff gestohlen hatte oder wissentlich gestohlenen Stoff verwendete, konnte er mit der *actio furti* und der *condictio*, wenn er aber das Material gutgläubig erlangte, mit der *condictio,* verklagt werden. Die Frage des finanziellen Ausgleichs, nämlich dass der Eigentümer den Wert des Stoffes zurückerlangt, war jedenfalls sicher gestellt.

5. Fazit

Ich bin der Meinung, dass die Frage, ob die *bona fides* zum Eigentumserwerb bei der Verarbeitung erforderlich war oder nicht, anachronistisch und irreführend ist.

Erstens, das wahre Problem lag darin, wie man einen gerechten Ausgleich zwischen zwei kollidierenden naturrechtlichen Normen schaffen kann. Die Lösung kann durch die Annahme einer naturrechtlichen Regelungshierarchie mit der Bereicherungsnorm an der Spitze gefunden werden.

Zweitens, die Frage nach der *fides* war für die Sabinianer irrelevant. Sie bekamen alle praktischen Fragen, die Gefahrtragung und die Profitverteilung durch den Vindikationsprozess in den Griff. Der Stellung der Parteien wurde auch dadurch gerechterweise Rechnung getragen, dass der besser Berechtigte, also der Eigentümer, die Beweislast zu tragen hatte, da dieser in der Mehrzahl der Fälle als Kläger gegen den die neue Sache besitzenden Verarbeiter auftrat.

Die Prokulianer haben die neue Sache auch dem bösgläubigen Verarbeiter zugesprochen. Der Eigentümer des Stoffes konnte seine Ansprüche mit der Hilfe der *actio furti* und der *condictio* effektiv befriedigen. Gegen den gutgläubigen Verarbeiter gab es fast immer eine Art *condictio*, weil der Eigentümer den Besitz des Stoffes meistens durch Diebstahl oder durch einen anderen Tatbestand, wo eine *condictio* zur Hilfe kommen kann, verloren hat.[55]

Es war Gaius wichtiger, die Fragen des finanziellen Ausgleichs gerecht zu lösen und das bedauerlicherweise verbreitete Phänomen des Diebstahls zu bekämpfen, als die Bedingungen des Eigentumserwerbs didaktisch aufzulisten.

[53] Gai. 2, 49. Siehe dazu Gellius, *Noctes Atticae* 2, 6, 6, nach dessen Zeugnis ein solches Gesetz noch vor der Zeit von Cicero und Nigidius Figulus mit Rückwirkung eingeführt wurde.

[54] Der Initiator dieser *lex Atinia* konnte ein gewisser Gaius Atinius Labeo sein, der im Jahre 195 vor Chr. *praetor peregrinus* war. Vico hielt Caius Atinius für den Initiator des Gesetzes, der auch eine andere lex Atinia proponierte, welche für die Mitglieder der *plebs* ermöglichte, den senatorischen Rang zu gewinnen. Ld. VICO, Giambattista, *Universal Rights* [übersetzt und herausgegeben von Giorgio Pinton und Margaret Diehl], Amsterdam 2000, S. 158. Siehe weiter Livius, *Ab urbe condita*, 33, 42-43; Gellius, *Noctes Atticae* 17, 7, 1. Die Datierung ist unsicher, Riccobono setzt die Entstehung des Gesetzes entweder auf 197 oder 149 vor Chr. Siehe RICCOBONO, Salvatore, *FIRA*, I, Firenze, 1941, S. 81. Siehe weiter WATSON, Alan, *The Law of Property in the Later Roman Republic*, Oxford, 1968, S. 24; DIÓSDI, György, *Ownership in Ancient and Preclassical Roman Law*, Budapest, 1970, S. 80; S. GIRARD, Frédéric - SENN, Félix, *Les lois des Romains*, Napoli, 1977, S. 84-85; SÁENZ, Castro *Compendio historico de derecho romano: Historia de la cultura juridica europea*, 3rd ed., I, Madrid 2006, S. 347.

[55] Nach HAUSMANINGER – SELB, *Römisches Privatrecht*, cit., S. 164 war entweder eine *actio utilis* oder eine *actio in factum* vorhanden, die gaianische Quelle gibt darüber leider keine genaue Auskunft.

Community Property as one of the Special Institutions of Hungarian Matrimonial Property Law of the 19. Century

*Katalin Ibolya Koncz**

Abstract

I have been doing researches for years the hungarian private law from historical wiew, especially in the field of matrimony property law, and the special womans rights.

The definition of collectively acquired property rights of matrimony (Errungenschaft, coacquisitio conjugalis) is, that this legal instrument means that the goods, which were earned by the parties living together in legal matrimony are collectively common, independetly from it were earned separately or collectively.

Althought this definition seems to be simple and easy-to-understand, it contains some special elements.

Key words: *community property; the systems of marital property; social layers; joint ownership.*

Within the framework of this study, I rather wish to present problems raised and further potential research courses. I have been specialised in the issue of law of property and women's special rights within the Hungarian civil law.

In this study I focus on the issue of community property within the law of matrimonial property in Hungary at the end of the 19th and at the beginning of the 20th century. The reason behind it is the fact that a given sale and purchase contract may also have a matrimonial property law impact with respect to the subject of community.

Even the conceptual definition of community property[1] specifies that it included property items which were acquired - either jointly or separately - by lawfully married couples living in property acquisition community during the course of their married lives.[2]

Although the definition seems simple and understandable, it has significant special articles.

1. On one hand, it needs to be pointed out that the existence of community property in a given legal system assumes the existence of some kind of conjugal property. The systems of marital property are divided into two major groups: systems for separating property and for uniting property[3]. According to property-separating systems, married life theoretically does not result in any changes in the property relations of the given married couple, i.e. both spouses could freely dispose of their respective properties. This system was in favour of the independence of women. In property-uniting systems, the property of the wife was handed over to the husband. Either the husband had only the managing right over such property, and otherwise the properties of the spouses remained separate, or the two property shares fully or partially were united as one joint property during the period of the marriage. Property-unifying systems were always related to the subordination of women, and they were typically characterised by the power of the husband, according to which the woman's right of disposition of property was either totally eliminated or significantly limited. German-originated laws of matrimonial property preferred the principle of uniting property[4]. In this case, the mere fact of the conclusion of mar-

* Dr. Katalin Ibolya Koncz, associate professor, Institute of Legal History and Juresprudence, Faculty of Law, University of Miskolc, Hungary.

1 coacquisitio conjugalis

2 RAFFAY, Ferencz: *Házassági perrendtartás* Politzer Zsigmond kiadása, Budapest, 1898. (further: RAFFAY, 1898.), p. 460.; Kolosváry specified the following as a further criterion: "from the date of concluding the marriage until the married couple lives toggether." KOLOSVÁRY, Bálint: *A magyar magánjog tankönyve* Politzer kiadó, Budapest, 1907. (further: KOSOLVÁRY, 1907.) p. 458.; Szászy emphasizes that married couples had to actually live together. SZÁSZY István: *A magyar magánjog alapintézményei*. MEFESZ jogász kör kiadása Bp., 1949. (futher: SZÁSZY, 1949.), p. 235.; Almási emphasized that it was a "claim based on law". ALMÁSI, Antal: *Házassági jog.* In: Magyar magánjog II. kötet Családi jog. (szerk.) Szladits Károly Grill Károly könyvkiadóvállalata, Bp., 1940. (further: ALMÁSI, 1940.), p. 274.; Lallosssevits has pointed out, that „there is no community property between parties living in cohabit". LALLOSEVITS, János: *A magyar magánjog kézikönyve* Grill Károly könyvkiadóvállalata Budapest, 1910. (further: LALLOSSEVITS, 1910.) p. 91.

3 RAFFAY, 1898., p. 453.

4 Gütervereinigung

riage would result in the properties of the two spouses to be united and managed by the husband.[5] Within this group, two major subgroups can be specified. In the first subgroup, the two properties were only externally joint together, which means that the husband only received managing rights over the property of the wife, but the property remained in the ownership of the wife. This is called managing partnership[6]. The other group was made up of legal systems where husbands gained property rights over the wives' property through the conclusion of marriage. This is called joint property[7]. Within this group, further three subgroups can be specified. The first one is the case where general joint property[8] was established; the second one is where only properties acquired during the period of marriage became joint property, i.e. commonly acquired property[9], and the third group was when husbands had exclusive acquiring rights regarding real properties, but property was joint with respect to movable assets[10]. In summary, it can be stated that although the certain different elements of the German law of matrimonial property were applicable in Hungary for long centuries, but in consideration of all the social layers, the Hungarian law of matrimonial property rather followed the property-separating system, which differed from the German system and established the existence of paraphernalia. This was already included in the Medieval Legal Charter of Buda dating back in the 15th century[11]. Also, treasury law considered paraphernalia as a basic principle, including both movable and real inherited property of women. On the other hand, community property was managed by the husbands.[12] Werbőczy most expressedly specified the system of paraphernalia as "vetus et approbata lex hujus regni". However, the movable properties taken into the marriage by women were dissolved into the term of "allatura uxorea".

Through the acknowledgement of community property, the Hungarian common law actually was situated halfway between the property-separating and acquired property-uniting systems.

2. On the other hand, it is a Hungarian peculiarity that community property only prevailed with respect to certain social layers, but not at others.

It was introduced in Hungary through German settlers, and was usually defined in town charters, and it was also regulated by treasury rights[13]. In the tripartite corpus justis of Werbőczy, it was only specified to apply with respect to villeins and town citizens. Wives had the right to always share and jointly own properties acquired by the husbands during the period of marriage.[14]

In the case of peers, a woman could only claim community property in case the given husband registered the names of the wife in the reporting letters[15].

Accordingly, the law stipulated the institution of community property to be applied on non-peers, and court practices made it prevail over burgesses. There was no joint property institution between married couples belonging to peerage, and the judicial terms excluded its possibility regarding special Hungarian notabilities called "honoráciors".[16] In several of its decisions, the High Court of Justice (Kúria) emphasized, that as long as the opposite was not proved, the court had to take the assumption of the applicability of community property.[17]

The differentiations of the regulations with respect to different social layers were eliminated by Act 12 of 1946, which made the institution of community property generally applicable in Hungary.

3. The third element related to community property specialities was that the mutual housekeeping of married couples was a basic principle in the given era.[18] This meant that in case married couples, for any reasons whatsoever, no longer lived together, joint housekeeping also ceased, and therefore the legal basis for community property also ceased to be. Accordingly, assets separately acquired by the spouses who were not officially divorced but actually lived in separation could not be considered as community property. This principle was confirmed Sztehlo as well as by Kolosváry.[19]

Legal practices established cases which generated community property. According to such practices, joint or separate earnings of spouses as well as acquisitions for good consideration made during the period of living together had to be considered as community property. Furthermore everything claimed by the spouses in separate contracts as community property had to be considered as community property, such as unintentional earnings[20], the incomes of the separate proper-

5 SZÁSZY, 1949. p. 234
6 Verwaltungsgemeinschaft
7 Gütergemeinschaft; SZÁSZY, 1949 p. 234
8 Allgemeine Gemeinschaft
9 Errungenschafts Gemeinschaft
10 Mobiliar Gemeinschaft; The grouping and sectioning of Szászy is different, but yes fundamentally the same as the elements presented above. SZÁSZY, 1949. p. 234
11 BLAZOVICH, László: *Buda város jogkönyve* Szegedi Középkorász Műhely, Szeged 2001, Volume II 522.p. (397)
12 Ius.Tav., p. 133
13 ius tavernicale
14 WERBŐCZY, István: *Tripartitum. A dicsőséges Magyar Királyság szokásjogának Hármaskönyve* Téka Könyvkiadó, Budapest, 1990. (futher: Trip.) Section III Article 29 2§ "Because the wife shall always share jointly own properties acquired by the husband during their period of marriage, therefore in case the husband dies without a testament, their joint property shall be transferred to the wife."; and Országbírói Értekezlet I. 13.§.; *Corpus Iuris Hungarici* Act 8 of 1840, Section 8
15 in litteris fassionalibus; Trip. Section I Article 201
16 ALMÁSI, 1940., p. 275.; LALLOSSEVITS, 1910., p. 92.
17 Kúria (High Court of Justice) 7698/1900; Kúria (High Court of Justice) 3189/1912, published by ALMÁSI, 1940., p. 276
18 SZTEHLO, Kornél: *A házassági elválás joga* Franklin társulat, Budapest, 1890. (futher: SZTEHLO, 1890.) p. 106
19 KOLOSVÁRY, 1907. p. 459.
20 Raffle ticket prizes, increased real estate value, treasure found.

ties of the spouses;[21] as well as the earnings, profits, accretions of the joint property of the spouses generated during the term of marriage. It also included all the assets that contracts or gift granting or testament making measures of the spouses declared as community property. However, it needs to be emphasized that the maintenance costs and common charges of separate properties had to be financed from community property. All assets that could be declared as separate property had to be excluded from community property assets. This included property existing prior to the conclusion of marriage, property acquired free of charge during the marriage, the jewellery and clothes of the wife; the property replacing separate property by means of exchange, purchase, compensation for damages or reimbursement; assets defined as separate property based on contract; charges related to heritages, imposed fines, costs of proceedings related to disputes on separate properties.[22] Also the property, which was gifted during the matrimony from the other marriage party counted as separate property.[23]

4. The fourth element, it must be emphasized that it only referred to property acquired for valuable consideration, such as through sale and purchase, and gift or heritages could not be the subjects of community property. As the High Court of Justice (the supreme court) stated, "…land properties acquired by a sale and purchase process shall be considered as community property regardless whether both or just either of the married couple provided consent for the sale and purchase."[24] It needs to be emphasized that community property already had its significance during married life, as it already had to be theoretically separated from other (separate) properties of the married spouses.

5. The fifth special element of community property that needs to be pointed out is that joint ownership – based on legislative regulations - was established with respect to community property acquisitions between married couples[25]. This means that one half of the community property assets was granted to one of the spouses, and the other half was granted to the other spouse, even if either party did not take part in the given acquisition at all. However, due to the fact that it was a special property law relationship not based on common law joint ownership, but on the institution of marriage, community property ownership rights had special elements. One such element was that joint ownerships established this way could not be terminated and restructured as private property at any time. Until the acquisition partnership ceased, community property joint ownership also prevailed. A second element is that community property joint ownership was only granted exclusively to married couples. A third element is that community property rights could not be transferred. On the other hand, according to the viewpoint of Antal Almási, the binding content of community property claims needs to be emphasized.[26] However, according to Jancsó, community property was only "theoretical joint ownership"[27], as it created a pending legal situation for the period of marriage, and it could only be realised as actual property upon the termination of marriage. According to the standpoint of Zsögöd, he denied the ownership nature of community property rights and found only a potential claim to allow community property assets to be released to common ownership and community of rights mutually with the claimant spouse.[28] Based on this notion, the community property-type acquisitions of a husband were not transferred to the ownership of the ex-wife "ipso facto" after the termination of marriage; she only got the claiming right to request half of the above specified assets to be transferred to her ownership. In case the contemporary legal practices are reviewed, it can be stated that the property title-related standpoint of community property was applied in Hungary in a way that it could not be validated before the termination of marriage.[29]

6. Based on the practices of the contemporary High Court of Justice and the relevant legislations, it can be stated that the extent of community property had to be shared by half by the two spouses. They did not have to prove the joint acquisition of such property, and the proportional extent of the two parties' acquisitions did not matter, either, i.e. who acquired more or less or completely nothing out of the community property assets.[30]

The cessation of community property could only be implemented upon the death of one of the spouses, or upon the termination of marriage[31]. According to court practices, community property was not only allowed to be divided during the term of marriage but it could not be provided, either[32], not even

[21] Kúria (High Court of Justice) 3054/1884., Kúria (High Court of Justice) 2693/1901.
[22] Kúria (High Court of Justice) 4946/1903.
[23] Kúria (High Court of Justice) P. VII. 4251/1916.
[24] Kúria (High Court of Justice), 4430/1898. Published by: STAUD Lajos: *A magyar magánjog tételes szabályinak gyűjtemény*. Franklin társulat Bp., 1913. (further: STAUD, 1913.), 75.
[25] Community property was classified and defined as a property right by Werbőczy Trip. Section III Article 29 2; and CIH Act 67 of 1622 and CIH Act 8 of 1840, Section 8.; Kúria, 2941/1897.
[26] ALMÁSI, 276.
[27] JANCSÓ, György: *A magyar házassági vagyonjog* Hornyászky kiadó Budapest, 1888. §§. 12-13.
[28] ZSÖGÖD, Benő: *Fejezetek a kötelmi jogunk történetéből*, Wigand kiadó, Budapest, 1901., Volume I, 177.
[29] Regarding practices, Decision No. 9212/1883 of the Kúria (High Court of Justice) was the following: "The surviving spouse cannot claim heritage on account of community property, but they can claim the ownership right of the community property."; this was also stated in Decision No. 2876/1933. Published by RAFFAY, 1898., p. 461.
[30] CIH Act 8 of 1840, Section 8. Community property acquired during marriage had to be shared equally between villain spouses.
[31] Kúria (High Court of Justice) 2969/1925. *Grill féle új döntvénytár XX. kötet* szerk: Térfy Gyula, Grill Károly könyvkiadóvállalata Bp., 1927., 318.; The marriage parties could lay their claim in connection with the community property anytime during the lawsuit, they did not need a formal counterclaim to enforce them. See: HERGER, Csabáné: *A nőtartás a Magánjogi Törvénykönyvben (1928) 1 19. századi előzmények tükrében* JURA 2011/2. 80.; If the claim of community property was not decided in a divorcement, it could be the subject of an other independent lawsuit. See: RAFFAY, 1898., p. 422.
[32] Kúria (High Court of Justice) nr. 41. leading case. This was pointed out by the Kúria in the following judgement: Kúria (High Court of Justice) 892/1883; Kúria (High Court of Justice) 6353/1884.; This principle was also accepted by Sztehlo and Raffay. See: SZTEHLO, 1890., p. 109.; RAFFAY, 1898., p. 562.;

in case marriage was still valid, but the spouses actually lived separately. This is based in the fact that prior to the termination of marriage, the end results regarding the increase or decrease of property was absolutely unsure, therefore community property did not exist as a legally independent term, and other rights could not be validated based on legally non-existent terms.

This principle originates from the Hungarian law of matrimonial property, i.e. the application if the property-separating system, which meant that both spouses were free to manage their own properties and had exclusive managing rights over them. This rule not only applied to separate property, but also their own community property, as if it was also separate property. Accordingly, the use, management and right of disposal of any community property belonged to the spouse who acquired that given property. Regarding people disregarding community property laws, own community property could be debited even if the other spouse did not provide their respective consent. The other spouse could only intervene in case the spouse conducted lavish housekeeping practices; this could be solved through a petition that the spendthrift party be deprived of control over their estate and it resulted in the seizing of the total of properties including community property.[33] Also, seizure had to be applied in cases of divorce suits, in case either spouse claimed the adjudication of community property.

This principle was deflected in 1917 by nr. 417 leading case made by the High Court of Justice, which was leaded by Antal Günther. This leading case declared, that: „the marriage parties are able to divide the community property by common agreement during the matrimony". There was only one limit of this agreement, which said, that thid division could not impair the interest of the obligee, who had a claim to one of the marriage parties before the division.[34]

In summary, it can be stated that the legal history development of community property demonstrates that there were two parallel legal systems existing along each other with respect to community property from the tripartite corpus juris of Werbőczy until the end of the first third of the 20th century. One of such legal systems was the law of peerage, and the other was legal community property law, which applied to non-peer social groups. This dualist organisation of Hungarian law of matrimonial property was finally preserved by the meeting of the royal court.[35]

Although, as I stated at the beginning of the study, the appropriate conceptual term of community property describes a simple legal institution for readers, specific researches verify that I have tried to present a complicated legal institution, which only applied to certain social layers, raised several problematic issues, and which even caused debates among contemporary attorneys.

[33] CIH Act 20 of 1877, Section 28 and CIH Act 6 of 1885
[34] *Polgárijogi határozatok tára 3. kötet* A Királyi Kúria hivatalos kiadványa Budapest, 1925., pp. 25-28.
[35] KOLOSVÁRY, 1907. p. 459.

The Regulation of Commerce in the 19th Century in Hungary

*István Turkovics**

Abstract

One of the most known characteristics of sale contracts is, that they are the first and the oldest formations of contract law. Practically they are the basics of commerce, since most of the trading activities are performed in this way even nowdays. But today we can say, that sales contract are not just part of pivate law, but they are coloring the field of poblic law, beacuse sale contracts are made in commerce traffik, where we can find public controll of the administation.

This studies is focusing on such govermental interventions of the administration, which have affect on the sales contract betweem the seller and the buyer, we can call this direct intervention. The typical act of this intervention is, when an governmental administrative organization imposes a fine on the seller for such activity, which goals to damage the buyers interests. This is what we can call the governmental, administrative intervention in pirvate sales. In public law, the field of consumer protection is the instrument, which regulates the governmental andministrative intervention into private sales. In this presentation I am demonstating shortly, how the field of consumer protection have evolved from a historical point of wiew, which we can call the first steps of consumer protection. In my studies I am refering to some circumstances, which have prepossessed the fact, that the consumer protection law, and so the governmentel administrative intervention showed up late, in the second half of the 19th century in Hungary.

Key words: *the 19th century in Hungary; the regulation of commerce; characteristics of sale contracts; public controll of the administation; govermental interventions of the administration.*

The legislator pays attention to subject of commerce in two ways. One way is the rules made as an aspect of pirvate law. The reason for this is nothing else, but that commerce activities are realized in a form of private law privity, like sale, exchange, service. From the wiew of private law it is important to define the rights and obligations of the parties, the question of responsibility and reprezentation, or the form (as a person or as a company) in which the parties want to perform commerce activities. These elements were regulated early throughout history, always according to the economic and social circumstances.

The other way means the regulation of public law, the regulation of governmental administrative law. This kind of law orders for example the criterions of the commerce activity, attached to the legal process of an authority. So till the pivate law defines the criterion of commerse activity in the field of private law, public law defines furtherer criterions. With the evolution of commerce relations the need of public intervetion of a legal authority has risen. This paper trys to demonstrate which elements of the regulation could be called public in the 19h century, and why did these late regulations evolve so slow.

1. A Brief History of the Regulation of Commercial Affairs in Hungary

As for me, I agree with the approach that the main aim of state intervention regarding commercial affairs "*is to make the customs and processes of fair trade compulsory in a general view*".[1] State intervention in commercial affairs at such level practically developed in the 19th century, more specifically, in the second half of it. In periods preceding those times, the state – mainly the monarchy representing it - intervened in commercial relations through the granting of trading rights – rights given to towns for holding fairs – or through the granting of tolling rights. King Saint Stephen I granted rights to hold fairs for the abbeys of Pécsvárad and Zalavár. The town of Buda was granted the right to hold 16 market days in 1287, whereas Debrecen got this right in 1477, etc.[2] However, such measures only had indirect impact on the relations between the commercial parties. Prior to the 19th century, the relations of the parties were considered – as we may say – private affairs, in which the state did not wish to

* István Turkovics, Ph.D., Institute of Public Law, Faculty of Law, University of Miskolc, Hungary.

1 KUNCZ Ödön: *A magyar kereskedelmi-és váltójog vázlata, I. rész a kereskedő vállalata, és a kereskedelmi társaságok*, Grill Károly könyvkiadóvállalata, Budapest, 1922., (futher: KUNCZ, 1922.) p. 8.

2 KUNCZ, 1922., 17.p.

interfere.[3] Also, in lack of respective regulations, customary law was considered as applicable for the settlement of legal disputes arising from the conclusion of commercial transactions. However, this perception had a number of reasons.

2. Commercial Affairs in Hungary Before the 19th century

Prior to the 19th century, commercial affairs were characterised by personal contact. In those times trading activities were carried out in small shops or on markets, where producers/craftsmen were most commonly the traders, too, selling their own products. In many cases trading activities practically had barter-like legal relationships. In case there was a dispute between the parties over the subject of trading, they typically settled such matters among themselves, but it never went beyond the walls of the given guild. Accordingly, regarding trade affairs carried out in the framework of guilds, state intervention was not required. Another aspect was the changes in the composition of the society, which may also enhance the need for state intervention in commercial affairs.[4] Hungarian society of that time can be generally characterised by having no or only a very little layer of parties of effective demand. Effective demand may have become larger in case a broader civil social layer or labourers working in the industry had developed. These social layers, – particularly industrial labourers – were only slight social factors in Hungarian society as late as in the middle of the 19th century. This is also presented by a quote dating from 1868:*"In all branches of our industry, the lack of skilled and knowledgeable labourers stands as the largest obstacle to progress".* [5] Usually, people in the civil social layer already had incomes, which could, when presented in the sales turnover, have a vitalising impact on trade relations. The vitalising role of the civil social layer did not only originate from its solvency; another important fact was that this layer purchased its needs mostly from the market. On the other hand, industrial labourers could have represented a very broad social layer, although they individually did not have much property. Based on the principle of "many streams make great rivers", this layer could have functioned as a significant mass of effective demand. There is one more characteristic needed to mention regarding industrial labourers as an impact on commercial affairs; as the labourer layer did not have any capital equipment at all, their only actual property was their working force, i.e. the wage they received for their work, and these people were not able to produce anything by themselves. This resulted in the fact that members of this layer actually had to buy everything they needed from the market. On the contrary, Hungarian society at that time was mainly made up of peasantry, including a massive layer of peasants living in poverty.[6] On one hand, this layer did not have a progressive impact on trade due to its poverty, and, on the other hand, peasantry was characterised by primarily producing and generating the goods for themselves regarding their basic needs. Only needs beyond that – if it could be afforded – were bought on the market. This clearly indicates that the large social layer of peasantry was rather unfavourable regarding the development of trade affairs. In relation to this, it is worth noting that the majority of products made in Hungary were agricultural ones, and due to a rather small domestic market for such products – caused by the above mentioned social structure – it was rather a base for international trading. The major part of capital in Hungary was owned by aristocracy with vast estates. [7] However, this layer took up only a very small proportion of the society, And they were able to fulfil most of their demands themselves.

3. The Impact of the Industrial Revolution on Hungarian Trade

Based on the above, social changes and reformation were needed in order that commercial affairs could start developing in such extent that it would call the attention of the jurisdictional authority. One of the traceable social signs of such changes could be witnessed through the development of towns, which actually resulted in the appearance of the two social layers, which, as mentioned above, were highly important from commercial aspects.[8] The basis for social transformation was the result of the changes occurring in economic affairs. The reformation of the economy, and hence of the society was caused by the so-called industrial revolution, the effect of which only reached Hungary by the end of the 19th century.[9] As a result, the structure of society was reorganised, and the number of town dwellers increased significantly[10], – as the most important town-characterising factor was the manufacturing industry[11] – which resulted in the increasing number of civilians and factory workers[12], having positive impact on trade.

---

3 Naturally, there were some exceptions, but they could be witnessed in local levels; such exceptions can be found in the guild regulations of certain towns. Such regulations stipulated issues such as who and on what conditions could carry out trading activities. KUNCZ, 1922., 1376-i nagyszebeni céhszabályok [Nagyszeben Guild regulations], p. 17.

4 STEIN, Lajos (szerk.): *A társadalom. Az emberiség művelődésének és gazdasági életének fejlődése*, Athenaeum irodalmi és nyomdai részvénytársulat, Budapest, 1908, p. 106.

5 KOVÁCS Endre (szerk.): Magyarország története, 1848-1890, Akadémiai kiadó, Budapest, 1979, p. 921.

6 VÖRÖS, Károly - MÉREI Gyula (szerk.): *Magyarország története, 1790-1848*, Akadémiai kiadó, Budapest, 1983, (futher: VÖRÖS-MÉREI, 1983.) A parasztság, pp. 508-547.

7 VÖRÖS-MÉREI, 1983. A nemesség, pp. 485-508.

8 BÁCSKAI, Vera: *Városok és városi társadalom Magyarországon a XIX. század elején*. Akadémiai kiadó, Budapest, 1988, (futher: BÁCSKAI, 1988.) p. 72. The author provides a very precise description of the composition of town dwellers at the beginning of the 19th century.

9 *„Menyhért Lónyai wrote, "the age of production and actions began for us in 1867,..., and the possibility for intellectual development and commercial prosperity",* in: KOVÁCS, Endre (szerk.): *Magyarország története, 1848-1890*, Akadémiai kiadó, Budapest, 1979, p. 913.

10 Table No. 1

11 BÁCSKAI, 1988., p. 59.

12 Table No. 2

The industrial revolution did not only result in social transformation, but it was also a determining factor on trade. As a result of development in mechanics and technology, new products – such as electricity – could appear on the market, and they were the bases for the establishment of totally different commercial relations. Moreover, the appearance of manufacturing industry also established mass production. Guild-based affairs were less and less significant, and they eventually ceased. This resulted in the total transformation of the commercial chain, because until then guilds also functioned as trading parties, but factories no longer represented that role. Generally, factories had business relations with wholesalers. Consequently, the structure of trading processes also changed, and a commercial chain appeared. In the times of the operation of guilds, the manufacturer and the trader were one and the same, basically created in the form of the guilds. The relationship between the parties – vendor and buyer – were characterised by personal contact. However, through the spreading of factories and service industries, roles were reorganised, and this was characterised by the more and more impersonal relationship between the parties. More often than not, new buyers no longer found one specific person at the market, they were in contact with a company, through one of the company's representatives.

4. New Regulatory Aspects, the Emergence of the First Signs of Customer Protection

The collective effect of the aspects detailed above resulted in the emergence of state interference in commercial relations. Consequently, legislations regulating commercial issues appeared with increasing frequency from the middle of the 19th century onwards. Such legislations included Act 16 of 1840 (on Tradesmen), Act 17 of 1840 (on the Legal Relations of Factories), Act 19 of 1840 (on Trade Organisations and Agents), or Act 20 of 1840 (on Carriers). These laws had rather strong private features, and can be almost considered as acts on economic organisations. However, public law elements also appeared, such as the specification of conditions of carrying out commercial activities.[13] Nevertheless, from the aspect of the subject of this study, the appearance of regulations directly affecting private sale and purchase affairs – by means of public law - are more important. More specifically, I mean regulations related to different commercial activities – typically expressed in inappropriate commercial conduct – which were addressed by legal consequences of common law, usually setting out certain sanctions. The Commercial Law effected in 1875 stipulated the relations of parties to be settled in a private manner, by stating that tradespersons must provide compensation for the damage they cause.[14] However, it is an important issue to consider that the first industrial law had already been in effect by that time, and that law, from a common law aspect, was much more related to the management of trade than the so-called commercial law itself.[15] This law specified the general conditions for carrying out commercial activities. However, what is even more important from the aspect of this study is that this law included regulations, which *"bear consumer protection features"*[16]. This is an important stage regarding the emergence of state intervention in private sale and purchase affairs, because it marks the appearance of the first consumer protection efforts made by the state. in previous times, regulations – if any – typically "only" included instructions on compensating consumers for damages. On the contrary, the first industrial law already included preventive regulatory objectives, serving to prevent potential offenses against consumers. A common law tool of state intervention of this type was the application of public administration sanctions, typically applied through the imposition of fines. Accordingly, such regulations did not reflect the intention of legislative authorities to settle legal disputes between parties, usually based on the occurrence of damages. The aim of the legislative authorities was to establish fair commercial relations through prevention, as it can be presumed with good reason that holding out the prospect of respective sanctions could keep tradespeople away from conducting unfair business activities. Although it is not clear what the real objectives may have been behind the intentions of the legislative authorities, but it is certain that the sanction set out by the legislation must have been effective, as the number of legal disputes decreased, and therefore courts were less burdened by cases. What is even more important is that it could handle another issue: there was a large number of trade deals with very low – we may say, petty - value. Usually, legal disputes were not submitted in relation to matters arising from conflicting interests related to these petty affairs, because it would have been too costly compared to the actual value of the given deal. However, if only the aspect of number of grievances is considered, these affairs were the largest in number. However, common law intervention was also potentially able to manage these problems as well.

Perhaps one of the first of such regulations was about non-compliance with officially fixed prices: *"A fine up to fifty Forints may be imposed on:*

b) anyone *who does not keep the fixed price regulated by the authority regarding the conduct of businesses listed in Section 35."*[17]

According to the provisions of the law, such business activities included commercial or rather servicing activities, such as chimney-sweeping activities, and activities related to passenger transport in towns.[18] It can also be considered as intervention in the relations of parties that business conduct "aiming to potentially deceive consumers or customers" was mentioned in the law, which, as the law defined, meant that certain pieces of information were given a false presentation.

[13] see Corpus Iuris Hungarici (CIH) Act 16 of 1840 on Tradesmen Sections 1 to 3; CIH Act 20 of 1840 on Carriers, Section 1.
[14] CIH Act 37 of 1975, Commercial Law, Sections 271 and 272, In: NAGY, Ferencz: *A Magyar kereskedelmi jog kézikönyve*, Athenaeum kiadó, 1898, pp. 52-53.
[15] CIH Act 8 of 1872 is actually the first Trade Law.
[16] see footnote No. 18
[17] CIH Act 8 of 1872, the Trade Law, Section 86 p. 29.
[18] CIH Act 8 of 1872, Section 35 p. 25.

Similarly to its predecessor, the second Trade Law[19] continued the tendency to make regulations for the protection of customers. The extent of regulations that can be related to customer protection grew. They included regulations on minor offenses that can be considered as the archetypes of the *"so-called customer protection offenses*.[20]

"Fines ranging from 20 Forints to 200 Forints can be imposed on:

d) persons who use descriptions, labels or data on their company publications or advertisements which do not meet the actual business conditions or reality."[21]

This regulation already presented a prefiguration for the adequate provision of information for customers, which can be considered as one of the corner-stones of modern customer protection. I do not think I am wrong if I state that current practices of customer protection procedures are based on the inadequate or actually deceiving information provision for customers.

It took a much longer period until the first individual Act was made in the subject of customer protection. Practically, it was predictable, because there were not many differences between trade law and commercial law regulations from the aspect of common law in the 19th century. The 1875 Commercial Law referred to the provisions of the Trade Law a number of times. In case we inspect the effectiveness range of the Trade Law, we can find professions such as architects, chemists, chimney sweepers and pub owners, which are now either classified as industrial or commercial activities. Accordingly, the common law-based differentiation of regulations was in a very initial phase. In my opinion, the reasons behind this issue can be found in the belated occurrence of the industrial revolution in Hungary. As it can be clearly seen in Table No. 2, industrial production grew dramatically at the beginning of the 20th century. Servicing commercial activities, such as the supply of electricity to households, or the emergence of other infrastructural-type industries was yet to come. Accordingly, the existing regulations can be considered as sufficient for that time. From the beginning of the 20th century, historical events – the two World Wars – did not provide adequate conditions for the development of commercial regulations. On one hand, legislative authorities were busy solving other social matters, and, on the other hand, industrial and commercial progress was also halted. After the Second World War, a different kind of political and economic regime was established in Hungary. Consequently, industrial and commercial issues were actually both placed under nearly total state monopoly. Obviously, this situation was unfavourable for the development of legislations regulating market-based commercial affairs.

Table 1: Urban development in Hungary at the end of the nineteenth century.[22]
In the numerical proportion of the civilian population.

Municipal boroughs		Council-governed towns	
Total in 1869	987,203	In 1869	963,387
Total in 1880	1,135,189	In 1880	1,021,896
Total in 1890	1,365,823	In 1890	1,118,623
Total in 1900	1,749,880	In 1900	1,273,327

Table 2: Industrial characteristics between 1898 and 1913[23]

Year	Number of industrial sites	Horsepower of power machines	No. of workers	Production	National income
				value in 1000 Crown	
1898	2,545	262,070	220,577	1,366,917	767,423
1906	2,685	405,406	247,216	1,815,726	–
1913	5,333	845,545	429,030	3,157,407	1,694,379
Indicator: 1898=100					
1898	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0
1906	105.5	154.7	112.1	132.8	–
1913	209.5	322.6	194.5	231.0	220.8

[19] CIH Act 17 of 1884, Trade Law

[20] BENCSIK, András: *A fogyasztói jogok tartalmának és érvényesülésének közjogi keretei Magyarországon*, doktori értekezés [doctoral dissertation], Pécs, 2012. p. 121.

[21] CIH Act 17 of 1884, Trade Law, Section 157 d)

[22] *Magyar statisztikai évkönyv,* Új évfolyam, IX. 1901, kiadja, A magyar kir. Központi Statisztikai Hivatal, Budapest, 1902, pp. 13-14.

[23] Magyarország a XX. században / A 19. század közepétől 1913-ig www.mek.oszk.hu/02100/02185/html/344.html

The History of Linguistic Legislation in France*

*Noémi Nagy***

Abstract

Aspirations towards reflecting an image of France where only one language is being spoken have a long history. Well before the concept of one nation–one language became widespread in the 19th century, French monarchs had used linguistic unification as a means of building a unified realm and a single French identity. In this respect, the histories of linguistic (national, autochthonous, historical) minorities share a great deal of similarities in France, Spain and the United Kingdom. However, while in the latter two states autochthonous minorities managed to gain a greater or lesser degree of territorial autonomy including the competence to legislate on linguistic rights, autochthonous minorities in France – with the only exception of Corsica – have no such power. Regional/minority languages were not allowed to be taught in state schools until 1951, and they have been recognized by the Constitution since only 2008. Also, France belongs to those few states which still not have signed or ratified either the European Charter for Regional or Minority Languages, or the Framework Convention for the Protection of National Minorities.

This paper proposes to offer a detailed overview of linguistic legislation in France, and in the meantime, to dispel the myth of a monolingual France. In the last chapter, the author considers future prospects of French linguistic legislation affecting the fate of regional/minority languages spoken in the country.

Key words: *linguistic legislation; regional/minority languages; France.*

I. Introduction: Linguistic reality in France

In light of the French Constitution and legislation designating French the sole official language of the Republic,[1] claiming that France is actually multilingual may seem surprising. Nevertheless, this is the case. In his 1999 report written for the French government, *Bernard Cerquiglini* identified 75 languages (including 24 in metropolitan France) that would qualify for recognition under the European Charter for Regional or Minority Languages.[2] Among these there are at least six languages which are spoken by autochthonous (national, historical, "old") minorities, i.e. native communities that used to have their own states, or at least some sort of legal-political entities, prior to their inclusion into the French Kingdom. From north to south, these are the following: Flemish, Alsatian, Breton, Basque, Catalan, and Corsican. We must not forget about Occitan, either, since it has one of the highest cultural traditions among the minority languages in France, being the language of the *troubadour*s famous in every part of medieval Europe. According to the *UNESCO Atlas of the World's Languages in Danger*, five of these languages (with the exception of Alsatian and Catalan) are considered either definitely or severely endangered.[3] The numbers of minority speakers, according to the linguistic database of *Ethnologue*, are as follows: Flemish – 10 000 (data from 1993); Alsatian – 1 500 000 (data from 1983); Breton – 225 000 (data from 1989); Occitan – 1 940 000 (undated); Basque – 76 200 (data from 1991); Catalan – 100 000 (data from 1996); Corsican – 125 000 in Corsica, plus 30 000 in France (data from 2009).[4]

* This paper is a shortened and revised version of the author's article entitled "Kisebbségi nyelvek és nyelvi jogalkotás Franciaországban" [Language minorities and linguistic legislation in France] forthcoming in JURA.

** Dr. Noémi Nagy, Department of Legal History & Department of Political and Social Sciences, Faculty of Law, University of Pécs; Research Centre for Multilingualism, Research Institute for Linguistics, Hungarian Academy of Sciences, Hungary.

1 „La langue de la République est le français." *Constitution du 4 octobre 1958*, Article 2. All legislation cited in this paper – unless indicated otherwise – is available at the electronic database of the French Government: http://www.legifrance.gouv.fr/

2 Cerquiglini, Bernard: *Les langues de la France*. Rapport au Ministre de l'Education Nationale, de la Recherche et de la Technologie, et à la Ministre de la Culture et de la Communication. 1999. http://www.culture.gouv.fr/culture/dglf/lang-reg/rapport_cerquiglini/langues-france.html

3 Moseley, Christopher (eds.): *Atlas of the World's Languages in Danger*, 3rd edition. Paris: UNESCO Publishing, 2010. http://www.unesco.org/culture/languages-atlas/

4 Lewis, M. Paul – Simons, Gary F. – Fennig, Charles D. (eds.): *Ethnologue: Languages of the World*, 17th edition. Dallas, Texas: SIL International, 2013. http://www.ethnologue.com/country/FR/languages

Aspirations towards reflecting an image of France where only one language – namely, French – is being spoken, have a long history. Just like their Spanish[5] or English[6] counterparts, French monarchs had used linguistic unification ("linguistic colonization") as a means of empire-building well before the concept of one nation–one language became widespread during the 19th century. This solution is specific for Western Europe, since history provides many examples of multilingual and multinational states which have left the linguistic diversity of their territories untouched for long centuries (see e.g. the Habsburg Empire in the East-Central European region). In contrast, the above mentioned Western powers have considered the introduction of a common – exclusive – language as an essential criterion of a unified national (British, Spanish, or French) identity, and thus as a corollary of empire-building, since the very beginning. This ideology, in turn, had tragic consequences for the speakers of regional/minority languages.

In this respect, the histories of linguistic minorities share a great deal of similarities in France, Spain and the United Kingdom. However, while in the latter two countries autochthonous minorities have managed to gain a greater or lesser degree of territorial autonomy (including the competence to legislate on linguistic rights), autochthonous minorities in France – with the only exception of Corsica[7] – have no such power. Instead, France keeps pushing the myth of monolingualism. National minorities do not exist under French law,[8] and national census data do not contain any information about the speakers of minority languages. Regional/minority languages were not allowed to be taught in state schools until 1951, and they have been recognized by the Constitution since only 2008. Also, France belongs to those few EU Member States which still not have signed or ratified either the European Charter for Regional or Minority Languages,[9] or the Framework Convention for the Protection of National Minorities. What makes this attitude particularly objectionable is that France is one of the founding members of the European Union which has explicitly pledged respect for linguistic diversity. Enforcing the "new" member states to fulfil the Copenhagen criteria of 1993 including the protection of minorities, while the implementation of these requirements by the "old" Member States were taken for granted, draws attention to the phenomenon of double standards.[10]

This paper proposes to offer a detailed overview of linguistic legislation in France, and in the meantime, to dispel the myth of a monolingual France. In the last chapter, the author considers future prospects of French linguistic legislation affecting the fate of regional/minority languages spoken in the country.

II. Linguistic legislation in France in the 16th – 20th centuries

The first law dealing with the official status of French is the *Ordinance of Villers-Cotterêts* signed by *François I* in 1539. Articles 110-111 prescribed the mandatory use of the French language in all areas of the public sector: *„So that there be no cause to doubt the meaning of judicial acts* [arrêts de justice]*, we wish and order that they be made and written so clearly that there be neither ambiguity or uncertainty, nor possibility of ambiguity or uncertainty, nor cause to seek interpretation thereof. And for such things are often befallen on the intelligibility of Latin words contained in those acts, we wish that all decisions and other procedures in our sovereign or lesser or lower courts, including registries, inquiries, contracts, commissions, legal transactions, wills, or any other acts and deeds of justice, be henceforth pronounced, recorded and issued to the parties in the French mother tongue and not otherwise."*[11]

Several authors claim that the edict „had more to do with reducing the role of Latin in public life than with propagating Parisian French in the provinces".[12] An evidence for this can be that *François I* in 1531 actually confirmed – although not willingly, but under pressure from the nobility of the Languedoc region – *Louis XII*'s decree commanding that *„all criminal trials and inquiries, whatever their subject, be conducted in the vernacular and the vulgar language of the countryside [...], or they will otherwise have no effect or value*".[13] Whatever the real purpose of the Ordinance of Villers-Cotterêts was, it nevertheless resulted in curbing the use

5 *See,* Nagy, Noémi: Linguistic Diversity and Language Rights in Spain. In: *Studia Iuridica Auctoritate Universitatis Pécs Publicata,* No. 150. University of Law, Faculty of Pécs, 2012. 183-202.

6 *See,* Nagy, Noémi: Policies and legislation on autochthonous languages in the United Kingdom. In: *Studia Iuridica Auctoritate Universitatis Pécs Publicata*, No. 151. University of Law, Faculty of Pécs, 2013. 129-150.

7 Cf. *Loi n° 82-214 du 2 mars 1982 portant statut particulier de la région de Corse (organisation administrative)*; *Loi n° 91-428 du 13 mai 1991 portant statut de la collectivité territoriale de Corse*; and *Loi n° 2002-92 du 22 janvier 2002 relative à la Corse*.

8 France already declared this in the League of Nations Council when the United States President *Woodrow Wilson* proposed a general minority article. According to the French representative, „to find minorities in France, they would have to be created in imagination." (Cited by Alexanderson, Martin: The Need for a Generalised Application of the Minorities Regime in Europe. *Helsinki Monitor*, 1997/4. 47-58 at 48.) France also stipulated that Article 27 of the International Covenant on Civil and Political Rights does not apply to her. (Cf. http://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20 1202/v1202.pdf p. 396.) Article 27 sets out: "In those States in which ethnic, religious or linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right, in community with the other members of their group, to enjoy their own culture, to profess and practise their own religion, or to use their own language."

9 On the ratification debate, see Council of Europe (ed.): *The European Charter for Regional or Minority Languages and the French Dilemma: Diversity vs. Unicity – which Language(s) for the Republic?* Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2004.

10 See, Nagy, Noémi: Double Standard in a Peripheral Policy of the European Union: the Issue of Minority Protection. In: Andrássy, György – Kakönen, Jyrki – Nagy, Noémi (eds.): *European Peripheries*. Studia Europaea 2012 – Jurisprudentia et Practica. University of Pécs, Faculty of Law, Centre for European Studies. Pécs, 2012. 159-173.

11 Cf. http://www.academie-francaise.fr/la-langue-francaise/le-francais-aujourdhui (translation is mine)

12 Bell, David A.: Lingua Populi, Lingua Dei: Language, Religion, and the Origins of French Revolutionary Nationalism. *The American Historical Review*, 1995/5. 1403-1437. at 1410.

13 The Hungarian version of the text is cited by Ortutay Katalin: *A franciaországi kisebbségi nyelvek a hatalom árnyékában*. Budapest, Gondolat Kiadó, 2011. 17. (translation is mine)

of regional languages as well. The edict paved the way for the expansion of French – initially only in the judicial and public administration, and business, then the „*langage maternel français*" have gradually infiltrated the universities, science and literature, and the informal language use of aristocracy as well. The growth of the prestige of the French language is in great deal due to the activities of the *Académie française*, founded in 1635 by Cardinal *Richelieu*, which published a dictionary in 1694 on the language use of the royal court.[14] In the second half of the 16th century French started playing a prominent role in international diplomacy, and by the 18th century – through the influence of the French philosophers – the concept of *le rayonnement de la langue et de la culture française* has been established. Legislation, however, have not interfered with the (private) language use of the wider society for a good while.[15]

The French Revolution brought about a decisive turn in the fortunes of regional languages. In December, 1789, the old political divisions (duchies, provinces, etc.) were abolished and replaced by 83 new administrative units, so called *département*s. Since the territorial reorganization of the country in many times resulted in breaking up linguistic boundaries, it is often referred to as a divide-and-conquer kind of strategy contributing to the demise of regional languages.[16] As for explicit language policy, on 14 January, 1790, the revolutionaries – acting in the fervour of national solidarity – ordered that all decrees of the National Assembly be translated into all languages (*idiômes*) of the country,[17] so that every people – a great proportion of whom were unintelligible in French at the time – could read and understand them.[18] The process went slowly and not without problems, so on 7 November, 1792, a special commission was set up to accelerate translation to German, Italian, Catalan, Basque and Bas-Breton.[19] During the Jacobin dictatorship, however, this policy was abandoned for the belief that regional languages hinder the expansion of revolutionary ideas born in the spirit of „*Liberté, Egalité, Fraternité*", keep the peasant masses in obscurantism, so they must be extirpated completely.[20] Associating regional languages with counter-revolutionary movements made language policy an issue of public safety. The ideology of linguistic terror (1793–1794) was fuelled by major politicians such as *Talleyrand*, *Henri Grégoire* and *Bertrand Barère*.[21]

Abbot *Grégoire* in 1790 sent out a questionnaire to every corner of France to examine the linguistic customs of the people of the countryside. Based on his inquiry – which can possibly be regarded as the first sociolinguistic survey in history – he made a *Report on the necessity and means to annihilate the patois and to universalise the use of the French language* which he presented at the Convent on 4 June, 1794. Grégoire was shocked by the fact that of a total population of 25 million, at least six million Frenchmen were ignorant of the national language, and further six million were nearly incapable of holding a sustained conversation. With more than 30 *patois* spoken in France, only three million people spoke French fluently[22], and the number of those who could write it correctly was even smaller. The Abbot sadly concluded that France which for liberty was the vanguard of nations, for its linguistic situation had not advanced the Tower of Babel.[23]

On 27 January, 1794, *Barère* made a dishonourable speech on regional languages before the Committee of Public Safety: „Federalism and superstition speak Breton; emigration and hatred of the Republic speaks German; the counter-revolution speaks Italian, and fanaticism speaks Basque. Let us smash these faulty and harmful instruments! […] What money we spent translating the laws of the first two national assemblies into the various tongues spoken in France! As if it were up to us to maintain these barbarous jargons and crude idioms which can only be of further service to fanatics and counter-revolutionaries!"[24] The

[14] Ibid. 17-20.

[15] Judge, Anne 2005: *French as a Tool for Colonialism: Aims and Consequences*. Institute of European Studies, UC Berkeley. 3-4. http://www.escholarship.org/uc/item/6t22342r

[16] Schiffman, Harold F.: *Linguistic Culture and Language Policy*. Routledge, New York, 1996. 101.

[17] Scholars disagree on whether this provision actually concerned all regional languages in France, since revolutionary legislation often differentiated between *idiômes* (languages) and *patois* (dialects). The pejorative word *patois* is also used to describe both the dialects of the French language as well as regional languages.

[18] Jacob, James E. – Gordon, David C.: Language Policy in France. In: William R. Beer – James E. Jacob: *Language Policy and National Unity*. Rowman and Allanheld, 1985. 106-133. at 113-4.

[19] Gazier, Augustin (ed.): *Lettres à Grégoire sur les patois de France 1790-1794: documents inédits sur la langue, les moeurs et l'état dans les diverses régions de la France, au début de la Révolution*. Slatkine Reprints, Genève, 1969. 5.

[20] Bell, David A.: op. cit. 1405-6; 1415-6. Bell draws attention to the connection between religion and the language policy of the revolution, which also explains the contradictory nature of the latter: "[T]he Catholic church had, since the sixteenth century, carried out what amounted to its own linguistic policies among the peasants. The revolutionary policies did not take shape in a vacuum but, rather, in imitation and in reaction to these earlier efforts, thereby transforming a religious issue into a political one… The initial efforts to use patois to spread the revolutionary message followed from the evangelizing enterprises of the Tridentine clergy… The latter attempts to impose linguistic uniformity arose in part from suspicion that ill-intentioned priests were using patois as an occult tool to control still superstitious and ignorant peasants… [T]he revolutionaries were seaking, somewhat contradictorily, both to destroy the linguistic power of the priest and to seize it for themeselves, and this meant either destroying or seizeing control of his occult language: patois." (op. cit. 1409 and 1434.)

[21] According to Bell (op. cit. 1416), linguistic terror developed mainly in Alsace and Catalan-speaking Rousillon. "Non-French publications and commercial signs were suppressed, non-French speaking personnel dismissed, and plans drawn up for forcible transfers of population. A visiting member of the Convention in Strasbourg proposed a horrific ultimate solution for «gallicizing» Alsace: guillotining a quarter of the population and expelling all others who had not actively participated in the revolution."

[22] The original French text does not contain the phrase "fluently", however, it always appears in English language papers (sometimes as „pure Parisian French"), and in the context of the Report this is the most plausible interpretation.

[23] Cf. *Rapport sur la nécessité et les moyens d'anéantir les patois et d'universaliser la langue française*: http://www.axl.cefan.ulaval.ca/francophonie/gregoire-rapport.htm

[24] Cf. *Rapport du Comité de salut public sur les idiômes*: http://www.axl.cefan.ulaval.ca/francophonie/barere-rapport.htm Translation was made using the text in Schiffman, Harold F.: op. cit. 102.

same day the Convention adopted a law *(Décret du 8 pluvoise an II*) prescribing that a French teacher would be appointed in every commune in those regions where local people spoke regional languages.[25] The set-up of state primary schools teaching students to speak, read and write the French language was decreed on 21 October, 1793 (*30 vendémiaire an II*).[26]

The Jacobin language policy culminated in the law of 20 July, 1794 (*2 thermidor an II*), which imposed criminal sanctions for failure to comply with its provisions: From the day of the publication of the law, no public document may be written in any language other than French in any part of the Republic (Article 1). After a one-month grace period the same rule applies to the registration of documents under private signet (Article 2). Any civil servant, public official, or registration fee collector who violates these provisions, shall be brought before the correctional police court in his place of residence, condemned to six months of imprisonment, and dismissed (Articles 3-4).[27]

After the fall of Robespierre, linguistic terror has lost a lot of its vehemence; and in the given historical circumstances the language issue has become of secondary importance. The new regime was not able or did not want to implement the previous regulations, and the new ones were slightly more permissive. The law of 17 November, 1794 (*27 brumaire an III*) allowed the auxiliary use of regional languages in education,[28] and an educational decree of one year later did not contain a clause on the language of instruction at all.[29] Centralising ambitions of *Napoleon* (1799-1815), with an army and public administration functioning in the state language only, nevertheless, facilitated the spread of the French language and resulted in a further loss of ground for regional languages.[30]

Language policy in 19th century France can be traced primarily through the educational laws. The *Loi Guizot* of 28 June, 1833 required basics of the French language as a compulsory subject in elementary education.[31] Although the act did not expressly concern the use of regional languages, in practice a strict prohibition prevailed. The responsibility of education is evidenced by the infamous words of the sub-prefect of Finistère addressing a group of teachers in 1845: „Above all, gentleman, remember that you have been posted here exclusively to kill the Breton language."[32] The law of 17 August, 1851 explicitly stated that the language of the instruction is exclusively French.[33] The prohibition of speaking *patois*, together with spitting on the ground, was first in the line among instructions for students which were placed on school walls throughout the country.[34] Any violation of the rule entailed humiliation: the „rebel" had to wear a clog (*le symbole, la vache*) around his neck, which he was only able to get rid of when another unfortunate student inadvertently spoke a word in his vernacular language. The one who wore the *symbole* at the end of school day could anticipate a punishment task.[35] It comes as a little surprise that humiliating measures related to regional languages are called „*la vergonha*" („shame") in Occitan.

It is remarkable that in spite of all efforts of Francization, a great many people did not speak French as late as the middle of the 19th century. According to an official survey of 1863, in 8381 of France's 37,510 communes no French was spoken, 450,000 of some four million school children spoke no French at all, and about one and half million could not write it.[36] An effective solution was needed, which became realized during the Third Republic, under *Jules Ferry* as minister of education (1879-1883). By the introduction of free, compulsory and secular public education an ever greater number of people could be involved in education. The only language admitted was, naturally, French,[37] and the teachers serving the system were called, quite aptly, the „black hussars of the Republic".[38]

The next important milestone in the history of French linguistic legislation is 11 January, 1951, the publication of *Loi Deixonne*. This law was the first that allowed regional languages – specifically, Basque, Breton, Catalan and Occitan[39] – to be taught in

[25] The decree named twelve *départements* (Morbihan, Finistère, Côtes-du-Nord, Loire-Inférieure, Haut, Bas-Rhin, Corse, Moselle, Mont-Terrible, Nord, Alpes-Maritimes, Basses-Pyrénées) where the population spoke Bas-Breton, German (Alsatian, Lorraine), Flemish, Italian (Corsican) or Basque. Cf. *Décret qui ordonne l'établissement d'instituteurs de langue française dans les campagnes de plusieurs départements dont les habitans parlént divers idiômes*. In: Duvergier, Jean Baptiste (ed.): *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens, et avis du Conseil-d'État. Tome septième*. Paris, 1834. 19.

[26] Cf. *Décret relatif à l'organisation de l'instruction publique et à la distribution des premières écoles dans les communes*. In: Duvergier, Jean Baptiste (ed.): *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens, et avis du Conseil-d'État. Tome sixième*. Paris, 1825. 299-300.

[27] Cf. *Décret portant qu'a compter de jour de sa publication, nul acte public ne pourra, dans quelque partie que ce soit du territoire français, être écrit qu'en langue française*. In: Duvergier, Jean Baptiste: Collection complète… Tome septième. 225.

[28] *Décret relatif aux écoles primaires*. Chapitre IV, Art. 3. Ibid. 411.

[29] Schiffman, Harold F.: op. cit. 113-4.

[30] Ortutay Katalin: op. cit. 32-35.

[31] Cf. *Loi sur l'instruction primaire*. Chapitre I, Art. 1. In: Duvergier, Jean Baptiste (ed.): *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens, et avis du Conseil-d'État. Tome trente-troisième*. Paris, 1842. 191.

[32] Quoted by Jacob, James E. – Gordon, David C.: op. cit. 115.

[33] „Le français sera seul en usage à l'école. Le maître s'efforcera, par des prescriptions, par de fréquentes explications, et surtout par son exemple, de former les élèves à l'usage habituel de cette langue." Quoted by Vigier, Philippe: Diffusion d'une langue nationale et résistance des patois en France au XIXe siècle. *Romantisme*, 1979/25. 191-208. at 196.

[34] A primary school in Brittany for instance ordered the following: „Il est défendu de parler breton et de cracher a terre." http://bretagne.blogs.lalibre.be/media/01/00/3d75e7dbef78f875f7cc337be5138241.jpg

[35] Vigier, Philippe: op. cit. 196.

[36] Jacob, James E. – Gordon, David C.: op. cit. 114-5.

[37] Cf. *Arrêté du 7 juin 1880*, Art. 14. In: Journal des Instituteurs, Dimanche 23 janvier 1881. http://www.ape-louisgardes.org/occitan/INRP_JDI_18810123_FA.pdf

[38] Singer, Barnett: The Teacher as Notable in Brittany. *French Historical Studies,* 1976/9. 635-659. at 635.

[39] The law did not apply to Alsatian, Flemish and Corsican because, on the one hand, they were considered only as dialects of German, Dutch and Italian, currently taught as living foreign languages, on the other hand, the memories of World War II were still vivid, and legislators did not want to "let the genie of irredentism out of the bottle." Ortutay Katalin: op. cit. 44.

public schools – as an optional subject, in one hour per week (a figure extended in 1975 to three hours for senior high school students)[40], and only if the teacher so requested. The scope of the Act was extended in 1974 to the Corsican language,[41] and the *Loi Haby* of 1975 permitted the teaching of regional languages and cultures throughout the school career.[42] However, the conditions of the implementation of the narrow text were not created so only very modest success was achieved.[43]

Bilingual education has been permitted since 1982, thanks to the *Savary* circular[44] which did not name particular regional languages anymore, but referred to regional languages generally.[45] Pursuant to the *Code de l'éducation* which replaced the Deixonne law in 2000, the teaching of regional languages and cultures can now be provided for by an agreement between the State and the local community where one of these languages is in use.[46] Furthermore, teachers are allowed to use regional languages in primary schools and kindergartens whenever they can benefit from this for the purposes of education, including the study of the French language.[47]

Although the status of regional languages in education has been strengthening since the 1950s, their position in other areas of the public sector is far less favourable – especially since French politicians have begun to worry about the expansion of the English language, and adopted a series of laws „protecting" the status of French. As in the case of the 1539 Ordinance of Villers-Cotterêts, although these regulations are explicitly aimed against a foreign (global) language, at the same time they undermine the positions of regional languages as well.

The 1975 *Loi Bas-Lauriol*[48] prescribed the mandatory use of the French language in business, namely for the designation,[49] offer, presentation, advertising, instructions for user, and warranties of goods, products and services; written, spoken, radio and television advertisement (Art. 1) – except for the names of typical products and specialties of foreign origin known by the general public (Art. 2); employment contracts, company rules, and any other document containing obligations for the employee (Art. 4-5); and inscriptions posted in places and on buildings open to the public, or in a public transport system (Art. 6). In some cases, the act allowed the use of foreign language translations in addition to the French text. Violations of Article 1 constituted fraud and were punishable by the penalties provided for by the Consumer Code (Art. 3.). The use of a public good or service may have been withdrawn from the offending party (Art. 6.), and beneficiaries of public grants compelled to refund the grant if they did not comply with the provisions of the law (Art. 7). During the twenty years of its existence, the Bas-Lauriol law – due to its vague wording, the inaccurate determination of its legal consequences, and the unpreparedness or unwillingness of the authorities charged with implementing it – has remained fairly ineffective, and did not provoke much attention in the press, either.[50]

The opposite is true for the 1994 *Loi Toubon*[51] (still in vigour), which prescribed even stricter rules than its predecessor – in more detail, more accurately, and affecting ever wider areas of language use. There was a constitutional basis now because since 1992 „the language of the Republic is French" (Article 2 of the French Constitution).[52] Referring to this, the Toubon law eloquently states that the French language is „a key element in the personality and the heritage of France", as well as „the chosen bond between the States comprising the community of French-speaking countries". Therefore, „French shall be the language of instruction, work, trade and exchanges and of the public services." (Art. 1) While retaining most of the provisions of the 1975 language act, the Loi Toubon now requires the use of the French language for all events and conferences organised in France (Art. 6).[53] Foreign language publications, reviews and papers distributed in France shall include at least a summary in French when being issued by a public body or a private person subsidised by public funds (Art. 7).[54] The language of instruc-

40 Jacob, James E. – Gordon, David C.: op. cit. 121.

41 Cf. *Décret n° 74-33 du 16 janvier 1974 relative à l'enseignement des langues et dialectes locaux*. http://www.culture.gouv.fr/culture/dglf/lang-reg/lang-reg5.htm

42 Cf. *Loi n° 75-620 du 11 juillet 1975 relative à l'éducation*, Art. 12.

43 Neville, Grace: Minority Languages in Contemporary France. *Journal of Multilingual and Multicultural Development*. 1987/1-2. 147-157. at 152-4.

44 *Circulaire n° 82-261 du 21 juin 1982*

45 Rogers, Vaughan – McLeod, Wilson: Autochthonous minority languages in public-sector primary education: Bilingual policies and politics in Brittany and Scotland. *Linguistics and Education*, 2006/17. 347-373. at 354-5. However, immersion teaching in public schools was declared illegal by the Conseil d'Etat in 2002. Cf. *Le Conseil d'Etat sur le rapport de la 4ème sous-section, Séance du 28 octobre 2002, lecture du 29 novembre 2002. N° 248192-248204 – Conseil National des Groupes Academiques de L'enseignement Public, UNSA et autres*. http://www.conseil-etat.fr/fr/selection-de-decisions-du-conseil-d-etat/n-248192-248204-.html

46 Cf. *Code de l'éducation*, Article L312-10.

47 Ibid, Article L312-11.

48 *Loi n°75-1349 du 31 décembre 1975 relative à l'emploi de la langue française*

49 Detailed rules of product labelling are contained in the *Code de la consommation*. According to Article R112-8 – which takes into account the judgement of 12 September, 2000 of the European Union Court of Justice in *Geffroy v. Casino France* (C-366/98) –, it is now allowed to inform the consumer of the properties of a product in another language, in addition to French.

50 Ager, Dennis: *Language policy in Britain and France: the processes of policy making*. Continuum International Publishing Group, 1996. 44; 183-5.

51 *Loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française.* The official English translation of the act is available at the website of the Ministry of Culture and Communication: http://www.dglf.culture.gouv.fr/droit/loi-gb.htm

52 *Loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992 ajoutant à la Constitution un titre "Des Communautés européennes et de l'Union européenne"*

53 This provision is largely ignored by many public institutions, and this practice is virtually assented by the Minister of Research. Cf. http://www.senat.fr/questions/base/1990/qSEQ901012253.html

54 The second paragraph of Article 2 originally subordinated public grants for researchers to a commitment by the recipients to publish or distribute their work in French, but this provision was annulled by the Constitutional Council. Cf. *Décision n° 94-345 du 29 juillet 1994 du Conseil constitutionnel à propos de la loi relative à l'emploi de la langue française*, para. 20-24. All decisions of the Constitutional Council can be consulted here: http://www.conseil-constitutionnel.fr

tion, examinations and dissertations in state and private educational institutions shall be French, except for foreign schools or schools specially set up for foreign nationals, and when justified by the need to teach foreign and regional languages (Art. 11).[55] The use of French is compulsory in all radio and television programmes and advertisement, with the exception of productions of original language version (Art. 12).[56] It is strictly forbidden for public bodies or private bodies on a public service assignment to use a trademark, trade name or service brand made up of a foreign term when a French expression with the same meaning exists (Art. 14). Built on the lessons drawn from the implementation of Loi Bas-Lauriol, the Toubon law contains detailed rules on the process of monitoring and sanctioning non-compliance with its provisions. Impeding the work of the investigating officer constitutes a crime punishable by fine or imprisonment up to six months (Art. 16-23).

III. Future prospects of regional languages and linguistic legislation in France

Although in the legal environment securing the status of French as an official language, there have been positive developments concerning regional languages as well, especially in the domain of education, these provisions can hardly stop, let alone reverse those negative demographic and sociolinguistic processes which lead to the on-going decline in the number of speakers of regional languages. The main reason is that the government provides insufficient financial assistance and even less „moral" support for the implementation of these measures. For instance, we could read among the provisions of the Education Code that the teaching of regional languages and cultures is provided for by an agreement between the state and the local community. Since the legislator did not adopt a general rule, in practice it depends on the commitment and advocacy skills of national/linguistic minorities what position they can achieve for their own languages. Naturally this applies not only to education, but other spheres of language use, as well. Concessions made to regional languages in many cases are merely lipstick measures due to the political pressure of the EU rather than to a genuine commitment of the French government.

French public policy has still not given up the outdated doctrine of one nation–one language, and keeps insisting the absurd claim that minorities do not exist in France. This ideology has been propagated by both the state's leading politicians,[57] and French high courts guided by the Jacobin state-nation concept. A good example for the latter is a 1991 decision of the Constitutional Council, the „rottweiler of the republican ideal".[58] Here the Council – functioning as a constitutional court – set aside several provisions of the act ensuring self-government rights for Corsica, including the one that referred to the population of the island as a people: „France is, as Article 2 of the 1958 Constitution declares, «an *indivisible*, secular, democratic and social Republic. It shall ensure the *equality of all citizens before the law*, without distinction of origin, race or religion»; the referral by the legislature to «the Corsican people, a component of the French people», is accordingly unconstitutional, as the Constitution recognises only the French people, made up of all French citizens regardless of origin, race or religion." (emphasis added).[59]

The Constitutional Council used similar arguments in 1999 when rejecting the ratification of the European Charter for Regional or Minority Languages: „[T]hese provisions […], in that they confer specific rights on «groups» of speakers of regional or minority languages within «territories» in which these languages are used, undermine the constitutional principles of the *indivisibility of the Republic, equality before the law* and the *unicity of the French people*. These provisions are also contrary to the first paragraph of Article 2 of the Constitution in that they seem to recognise a right to use a language other than French not only in «private life» but also in «public life» – a category in which the Charter includes judicial authorities and administrative authorities and public services." (emphasis added).[60] A brief note to the second part of the reasoning: it is probably not a coincidence that the amendment of the Constitution making French the language of the Republic had been adopted only months before the Council of Europe passed the Charter.[61]

One could argue, of course, that over the last decade and a half a lot of things could have changed, and there is some truth to this. After a lengthy discussion, a constitutional amendment in 2008 declared that „regional languages belong to the patrimony of France".[62] The provision was finally adopted as Article

[55] This provision was transferred to the Education Code in 2000.

[56] Broadcast musical works are subject to quota rules. See, *Television across Europe: regulation, policy and independence*. Open Society Institute, Budapest, 2005. 693. A detailed report on French media law is available here, as well: 637-728.

[57] In 1972, *Georges Pompidou*, the President of France, declared that „there is no room for regional languages in a France which is destined to mark Europe with its seal". (Cf. http://www.axl.cefan.ulaval.ca/europe/france-2politik_francais.htm) *Nicolas Sarkozy* took a similar position in 2007: „If I am elected, I won't be in favour of the European Charter for Regional Languages. I don't want a judge with a historical experience of the issue of minorities different from ours deciding tomorrow that a regional language must be considered as a language of the Republic just like French". (Cf. http://espacesco.free.fr/fichart.php?art=j2Qv0aR40) *François Mitterrand* was perhaps the only President of France – before the current one – who has supported the recognition of regional languages. In 1981, he stated that „the time has come to give the languages and culture of France an official status". (Cf. *A Dominique Strauss-Kahn: Le temps est venu d'un statut des langues et cultures de France*. Agence Bretagne Press, 30 April, 2007. http://www.agencebretagnepresse.com/fetch.php?id=6816)

[58] I borrowed this phrase from Stefan Graziadei: The French Constitutional Council as the Rottweiler of the Republican Ideal in the Language Field: Does Jurisprudence Really Reflect Reality? *European Diversity and Autonomy Papers*, 2012/3. 1-35.

[59] *Decision 91-290 DC of 9 May 1991 (Act on the statute of the territorial unit of Corsica)*, para. 13.

[60] *Decision 99-412 DC of 15 June 1999 (European Charter for Regional or Minority Languages)*, para. 10-11.

[61] As Graziadei (op. cit. 17.) points out, "the official language clause was used […] as a welcome complementary tool to strengthen the normative force of the state-nation concept".

[62] *Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République*

75-1 of the Constitution because the Senate – largely due to a controversial statement of the French Academy[63] – did not approve it as a supplement to Article 1 declaring the indivisibility of the French Republic.[64] It is hard to assess the effect of the constitutional amendment yet, but it is by all means a very important – even if only symbolic – step forward in the history of regional languages. Unfortunately, individual rights cannot be derived from this article itself, as the Constitutional Council hastened to point out in a 2011 decision[65] – a recent piece of its restrictive jurisprudence towards regional languages.

A meaningful progress may begin by the ratification of the European Charter for Regional or Minority Languages, and consequently, by adopting specific provisions ensuring subjective rights for the speakers of regional languages. Before his election as the current President of France, *François Hollande* committed himself to the cause, however, the ratification process has not started until today. The reason for the delay allegedly is that, in order to ratify the Charter, the Constitution should be modified.[66] In my opinion, this is only an excuse, since for example Hungary or Slovakia are also state parties to the Charter, and their constitutions also identify only one state language. Yet, constitutional provision on the state language did not prevent Slovakia from the ratification of the Charter, and although in the case of Hungary the constitutional recognition of the official language was achieved years after the ratification of the Charter, probably it has never occurred to anyone to question our membership. Ratification is ultimately a matter of political will, and quite clearly this has not yet been born in France.

[63] „[P]lacing the regional languages of France before the language of the Republic is a challenge to simple logic, a denial of the Republic, a confusion of the constitutive principle of the Nation and of a subject of politics." Cf. *Déclaration votée ŕ l'unanimité par les membres de l'Académie française dans sa séance du 12 juin 2008*. http://www.academie-francaise.fr/actualites/la-langue-de-la-republique-est-le-francais (translation is mine)

[64] http://www.usefoundation.org/foundation/research/olp/viewResearch.asp?CID=59&TID=1

[65] „[L]'article 75-1 de la Constitution […] n'institue pas un droit ou une liberté que la Constitution garantit." *Décision n° 2011-130 QPC du 20 mai 2011: Mme Cécile L. et autres (Langues régionales)*, para 3.

[66] Daily French and foreign press deals a lot with this issue, see for example: http://www.lejdd.fr/Politique/Actualite/Ratifier-la-Charte-regionale-Hollande-fait-marche-arriere-607366

The Socio-legal Environment in the Hanseatic City in the Seventeenth Century

*Jiří Bílý**

Abstract

The history of the early minutes of the Commerzdeputation Hamburg provides the basis for a case study that demonstrates the advantages of text type analysis. In 1665 the merchants of Hamburg tried to recapture the influential role of their hanseatic past by reinstituting a self-administrating body: the Commerzdeputation. The fact that its minutes were used to establish the institution within municipal administration makes them an interesting object of linguistic study. The main feature of the Commerzprotokolle to be explored in this paper is the legitimising function of the texts. Also touched are the use of High German and the relation to chancery languages.

Key words: *Germany; Hamburg; Hanseatic League.*

1. The history of mercantile self-administration in the Hanseatic city of Hamburg

Although presented in the context of Hanseatic traditions, this article focuses on a period following the decline of the Hanseatic League. It has been suggested in the literature that Hamburg's trade politics directly contributed to this decline (Wichmann 1889, 262f. and Grobecker 1990, 25ff.). Unlike the more powerful Lübeck, Hamburg used tactics and diplomacy rather than belligerent manoeuvres to pursue its goals (Kleßmann 1985, 123f.). More and more openly the city's merchants ignored the regulations of the Hanseatic League, e.g. by starting direct trade with Iceland as early as 1476, thereby violating the *Stapelrecht* of the city of Bergen, or in another case by granting special rights to the English *Merchant Venturers* (1564; details see Grobecker 1990, 25 and 27).[1] Thus the city of Hamburg managed to build a strong economy on the ruins of the Hanseatic League.

Not only did Hamburg overtake the former economic superpower and ‚queen' of the Baltic Sea, Lübeck, it also managed to dominate trade on the river Elbe and to further expand their traditional strong-hold on the North Sea. While the rest of Europe suffered from recession, Hamburg managed to reverse this trend in the late sixteenth and early seventeenth century, establishing international trade links as far as Morocco, Brazil, and the Spanish colonies.[2]

As early as 1517 the merchants of Hamburg had undertaken the first steps to organize themselves and to give themselves statutes – the resulting board of *de Gemeene Kopman* (Low German for *the general trader*) ran their affairs for about forty years.[3] Their chief accomplishment was the foundation of the stock market in 1558. However, soon afterwards the *Gemeene Kopman* stopped functioning effectively: there was no consensus and little participation (further details see Postel I992, IIf.).

From a linguistic point of view it is interesting to note here that in the later sixteenth century, when Low German started losing its status and a general shift towards High German started, the merchants started referring to themselves using the High German term *Gemeiner Kaufmann.* The shift from Low to High German had started around 1530 in the written medium, and here in official texts aimed at communication outside Hamburg. This trend was picked up by the socially higher strata of the population. Within the city's administration, the change to High German was completed around 1620. In administrative texts aimed at a general public, in informal private writing, and as the spoken language of lower strata of society Low German persevered considerably longer (for details about the shift from Low to High German see Möhn, 2003 or Lange 2006, chapter 3.3.4). Despite a modernized name, the *Gemeine Kaufmann* was not functioning well and in 1570 it was already necessary to re-establish statutes for the merchants before they were at all able to continue their self-administration (Postel 1992,15 and 19).

* Doc. JUDr. PhDr. Jiří Bílý, CSc., Metropolitan University Prague, Czech Republic

1 In 1567 a ten-year contract with the Merchant Venturers caused such a scandal in Hamburg that it couid not be prolonged (see Grobecker, loc. cit).

2 Fullbrook (1990, 75). Soon Hamburg gained a leading position in sea trade. On land it was also well connected.The city's population doubled in the sixteenth century to reach 40.000 (further details see Lange 2006, chapter 2.1).

3 Klein (1965, l0f.) offers a reproduction of their founding documents and a High German translation.

By the early seventeenth century the *Gemeine Kaufmann* had lost its power again, and this time the sea trading merchants turned to the City Council for help against the growing dangers for their vessels and their goods. In the meantime, the *Gemeine Kaufmann* had undergone another modernization of their name, due to the fact that the word *gemein* had shifted in meaning from *general* to *low*[4] (much like *common* changed in English). In the first decades of the seventeenths century the now *Ehrbarer Kaufmann* had all but ceased to exist and it was thought that a specialized institution would be better suited to protect the sea trader's ships (Postel 1992, 26). As a result, in 1623 the *Admiralty Board* was founded.

In the middle of the seventeenth century, the expanding sea trade became even more dangerous. Holland and England were at war[5] and their navies did not hesitate to help themselves whenever rich merchant vessels were at hand on the North Sea. In the Mediterranean, pirates from African shores became more and more of a problem. Hesitant and inconsequent in their decisions, the *Admiralty* failed to provide the necessary measures for the protection of the sea traders (Grobecker 1990, 22). As elaborated later, there were also arguments between the merchants and the *Admiralty* about financing such protection. As a result what was left of the *Ehrbare Kaufmann* once again got together and chose a small group of deputies out of their own numbers to support their interests by means of a self-governing body. On the 19th of January 1665 the *Deputatio Commercii or Commerzdeputation* had its constitutional meeting and against all expectations, this time they managed to constitute a long-lasting organization. Under its later name as the *Handelskammer Hamburg* the *Commerzdeputation* has been functioning until today almost without interruptions.[6]

2. Education and perception of trade in the seventeenth century

In order to fully appreciate the position of Hamburg's merchants at the time of the foundation of the Commerzdeputation, it is worth looking at their socio-cultural environment. The social position of the merchants in Hamburg was linked to their education and to the way society perceived their trade. Both factors were undergoing fundamental changes in the seventeenth century, and indeed one might perceive the founding of the *Commerzdeputation* as both an indicator for and result of these changes.

Although it has been shown that rich patricians were able to send their sons to Latin schools as early as the thirteenth century and that later they could afford to send them to universities (Peters 2000,1499 and Sodmann 2000,1506f.), even in the seventeenth century higher education was an exception among the merchants.[7] The merchants favoured more practical skills, as summed up some decades later – but still adequately – in *Zedlers Universallexicon* (1737, Bd. 15, 261). It was vital for a merchant:

> ‚daß er im Rechnen und Schreiben geübt sey/ die unter denen Kauffleuten übliche Kunst=Wörter und Redens=Arten wohl inne habe und verstehe/ in denen nöthigsten ausländischen Sprachen erfahren sey/ die unterschiedlichen einheimischen und ausländischen Müntzen/ wie nicht weniger die unterschiedliche Beschaffenheit des Maßes und Gewichtes wohl unterscheide und sich eine gute Wissenschafft im Buchhalten erworben habe'.
>
> ‚that he should be practiced in arithmetic and writing/ [tha the] should command and understand well the artful words and figures of speech usual among merchants/ [that he] should be experienced in the necessary foreign languages/ [and that he] should distinguish well the different local and foreign coins/ and no less the different quality of measures and weights and [that he] should have acquired a good knowledge of bookkeeping.'

A collection of documents on schools in Hamburg by Otto Rüdiger (1903) illustrates this decidedly practical approach to teaching.[8] Especially the *Breviarium* of Magnus Kuman (1642), teacher at St. Nicolai (in Rüdiger 272-282), demonstrates the special focus of teaching at his school on the skills necessary for a career in Hamburg's trade, even in a school run by the church. As Kuman describes, the language Dutch and business mathematics were main subjects. Such was the importance of trade for the city that pupils were excused for being late after the lunch break if their family's business required them to visit the stock market at noon.

However, this practical knowledge was not regarded very highly by their contemporaries and although many merchants had extensive material assets at their disposal, these did not count as much as academic honours. In short, in the time of the foundation of the *Commerzdeputation* even a poor academic enjoyed a higher prestige than a rich merchant, since the ‚dignity of his science elevated him above a sphere devoted only to the accumulation of financial wealth' (Baasch 1909, 12f.).

One can observe the absence of academic study among merchants in documents of the time, since it was customary even in writing to address people with their title, including academic and ecclesiastic ranks, and naming their professional duties, e.g. Herr Inspector Pastor Doctor Mayer (in Rüdiger 1903, 84). In the minutes of the *Commerzdeputation* academic titles hardly ever feature and the merchants are simply referred to as *Herr* or *Seigneur* (with the odd exception, e.g. of one *licentiatus Mors,* who features in a minute of 1674, *Protocollum Commercii* page 453, line 17).

Therefore, however vital for the economy of the city, the merchants' prestige was much lower than one would expect

[4] This shift in meaning is described in detail in the Deutsches Wörterbuch, Volume 5: http://www.DWB.uni-trier.de/index.html, Column 3202 (September 2006).

[5] First Anglo-Dutch war: 1652-1654. Second Anglo-Dutch war 1665-1667. In the run-up to this war New Amsterdam was taken by the British and named New York. Third Anglo-Dutch war: 1672-1674.

[6] Details about the founding of the *Deputation* see Grobecker (1990) and details about its history see Klein (1965).

[7] Latin schools in Hamburg of the time were the *Gelehrtenschule Johanneum* (since 1529), and the *Akademisches Gymnasium* (since 1613).

[8] The lower prestige of the practical skills necessary for trade compared with skills relevant for a higher career at court also becomes evident in style guides of the time, e.g. in *Der Teutsche Secretarius* by G. Ph. Harsdoerffer, Volume I, Part VI: Von Kauff = und Handels=Briefen (see Lange 2006, 3.1.3.1.2 and 3.1.3.2.2 for details about the education, work, and status of people in writing professions).

from a modern perspective, which would consider their economic importance and the importance of the literacy of merchants for the general development of bourgeois literacy in German speaking countries (although it must be admitted that the importance of bourgeois literacy for the development of the German written language has only recently received interest, see Bolten 1998, 124ff.).[9]

When it came to status the merchants only had their money to rely on and this was perceived critically at the time. This negative perception was still due to the biblical ban on revenues from interest,[10] part of canonical law since the ninth century. Although changes were already at work, merchants in the seventeenth century still suffered from a generally negative attitude towards their class, something that only changed with the eighteenth century (cf. Bolten 1998).

Considering this context it is no surprise that the fact that the merchants started to write minutes of their meetings appeared as a violation of the strict boundary between scholars *(Gelehrte)* and lay people. From the perspective of the City Council, this constituted a threat to their own power to which they reacted with the rejection of the *Commerzdeputation.*[11] A major point of criticism of the Council was indeed that the *Commerzdeputation* saw it necessary to have written records of their affairs. The Council was of the opinion that the *Commerzdeputation* as a permanent institution was illegal and decreed that anything the merchants wanted to say would have to be brought before the Council orally (Baasch 1915, 11). Even after the *Commerzdeputation* was officially recognized in 1674 the Council still denied that they had the right to have a scribe (Baasch I9I5,14f.).

As will become evident in this paper, in the complicated story of the merchants' self-assertion minutes were the source of discontent, the target of criticism, and a means of accessing power. Therefore it will be necessary to take a closer look at some characteristics of the text type *minute.* But before that the actual minutes of the *Commerzdeputation* deserve a closer introduction.

3. The minutes of the Commerzdeputation

The minutes of the *Commerzdeputation* are in the possession of the *Commerzbibliothek Hamburg.* The first volume (A, 1665-1674) consists of 464 pages of dated entries resulting from meetings followed by another 100 pages of appendices. The second volume (B, 1674-1682) has the same size, though with a relatively smaller appendix. They are bound in volumes of a folio formát (33 x 23cm). The length of entries for one date varies between one line to several pages.[12] As can be seen from the minutes of their first meeting (see 1., picture 1), the aims of the merchants are formulated in a general way.

The entry starts with the statement that the long-distance traders (i.e. *die zur See handelende Kauffleute*) have decided to elect 6 representatives from their body (six honourable merchants, i.e. *Ehrbahre Kaufleute*) and one representative from the board of the sea farers (i.e. one of their elders, a *Schifferalter*) to promote trade. In lines 7 to 13 the actual aims of the board are stated. It says that seven representatives.

> ‚möchten erwählet werden, welche da alles/ und jedes, waß dem Heilsahmen *Commercio* dien /sahmb beobachteten, die Drangsahl und Beschwerden, /so demselben Zůstoßen möchten, E. Hochw. Rahte/ fleißigst hinterbrächten und *cooperir*ten daß sol /che in Zeiten gewehret oder best müglichst g*ereme /dürt* werden möchten […]'.
>
> ‚should be elected who were to observe all and everything that was i beneficial for the Wholesome Commerce, [who were] to report harassment and difficulties which befell the same to the Honourable Council and [who] co-operated so that the latter were hindered or remedied as well as possible […]'

In short, they decided to elect representatives to observe trade and to co-operate with the City Council in order to promote trade and to prevent or remedy any problems.

Content

It is not clear from this entry, or any other source, if the merchants had actually planned to found a long-lasting institution or whether the *Commerzdeputation* was originally seen as an ephemeral committee to solve specific problems (Postel 1992, 31ff.). Minutes of later meetings show that the *Ehrbare Rat* (City Council) had taken it for granted that die deputation would cease to exist after the seas had become safer again. In fact the Council strove to dissolve the deputation as soon as the first Anglo-Dutch sea war ended in 1667 (Grobecker 1990, 30 and Baasch 1915, 7f.).

However, once the *Commerzdeputation* had established itself, it did not want to let go of its power. Its competition with the City Council is a recurring theme in their minutes. The texts show the merchants' haggling over access to the *Admiralty*'s money box, complaining about the council´s interference in matters concerning what they perceived to be their bank, appealing to their support in diplomatic issues, bickering about the financing of measures to mark the waterways in and around Hamburg etc. In short, we find all the elements familiar to us nowadays from the running of a large institution. In the case of the *Commerzdeputation,* the administration reaches absurd levels when it is noted down that the merchants came together to dis-

[9] About merchants prestige see again Baasch (1909,12f.).

[10] Cf. Bolten (1998, 128); biblical references see Deuteronomy 23, 20f.; Exodus 22, 25; Luke 6,34; Leviticus 25, 35ff. Revenue from interest was threatened with excommunication, cf. http://www.reformiert-online.net/lexikon/detail. php?id=57 (12.09.06).

[11] The City Council of Hamburg had the reputation of being power hungry and corrupt (cf. Postel 1992,15 and Zedler, Vol. 12, 357f.).This is a complicated topic. Due to its size and mixed constitution (according to Zedler 1735, Volume 12, 334 it consisted of 4 mayors, 3 syndics, 20 counsellors, of which 10 had to be academics and 10 merchants, and 3 secretaries) general interests of the City Council and individual interests of its members are hard to distinguish. This was complicated by the fact that after the establishment of the *Commerzdeputation* its presidents were often nominated for the City Council (an honour which could not be rejected and for which other offices had to be renounced).

[12] The close investigation of samples from the first 13 years of the *Deputation* forms the basis of a doctoral dissertation on linguistic norms and value judgements on language (Lange 2006) and provides also the basis for this article.

cuss a certain issue listed on their agenda, nobody remembering what said issue was.[13]

Such pedantry in writing the minutes invariably raised the Council´s ire, not only because they did not feature favourably in the minutes, but more seriously because the writing of minutes itself constituted a claim for power. The Council felt provoked and was unwilling to tolerate this new arrogation on the part of the merchants. Similarly the already mentioned renaming of the merchants' body from *Gemeiner Kaufmann* to *Ehrbarer Kaufmann* was potentially perceived as a provocation, since it showed that the merchants claimed the same title as the *Ehrbare Rat,* the honourable City Council. The transfer from oral to written proceedings and its immanent claim for legitimacy crossed a boundary that was too important for the Council to ignore.

Other issues treated during the meetings were more specific to the trade at sea: how to get up-to-date information from abroad (e.g. specific problems with unreliable agents are discussed, *Protocollum Commercii* 17.09.1675''ii, page 613), the loading of ships, the hiring of crews, problems of individual ships abroad, issues of taxes or customs and the like. In later years the deputation seems to have shifted more towards politics, but in the first years of their existence they dealt with concrete matters to make trade safer and easier.

4. The text type *minute* Problems in the definition of text types

The definition text types[14] is a complex and controversial area of text linguistics (details for German see Schoenke 2000). Ideally, text types should be defined so that any kind of text can be assigned to a group of texts with certain characteristics and can be used in text production and text reception (Lewandowski 2004, 1172). Various attempts have been made to use either text internal criteria (such as its syntactic or semantic features) or text external criteria (such as the function of a text) or a combination of both, but the results often suffer from too much complexity or too much detail (ibid.; details see Brinker 2005,5.).

Also, the German terminology is very unclear. Lewandowski (2004, 1172) suggests 'Klasse von Texten', 'Mengen von Texten mit bestimmten Eigenschaften', and 'Texttypen' as synonyms for text type (see also Brinker 2005,138). Further terms are quoted by Oliver Pfefferkorn (Pfefferkorn 1998, 414), who points out that they can also be used to describe a hierarchical order of categories. Thus, detailed investigations of text types distinguish between superstructural categories and subcategories, which can be divided further into individual text varieties (e.g. Topaloviç 2003, 160). These terminological problems increase when translating literature to and from other languages such as English (which has its own development concerning text linguistics, seeThiele 2000).

When trying to find valid categories for the description of the minutes of the *Commerzdeputation* it became apparent that, either openly or implicitly, most definition of minutes are referring to texts emanating directly from legal contexts, i.e. *Gerichtsprotokolle* (e.g. Roll 2005). When other types of minutes are included this usually happens on a very general or theoretical basis, without mention of specific details (e.g. Kalivoda 2005) and often with emphasis on the legal qualities of the texts (e.g. Niehaus/Schmidt-Hannisa, 2005).[15] But although the *Commerzprotokolle* are influenced by legal language, they do come from a civic context and it is clear that the situation of their production, their lay-out, and their intention are different from those of legal minutes and therefore result in textual differences.

Within the description of historical text types there are additional problems. Often boundaries between text types are unclear, due to the comparative lack of conventionalization in early text forms (Pfefferkorn 1998, 399). With regards to the overlapping boundaries of historical text types, the author of this article agrees with Oliver Pfefferkorn, who suggests the investigations of communicative (sub)areas rather than that of isolated text types (ibid., 408) in his positive evaluation of a contrastive investigation of text types. Another problem concerning the analysis of historical texts is their frequent lack of contextual information which stands in the way of the analysis of text external criteria.

Despite the problematic nature of text type definitions, for text linguistic investigations it is important to establish what expectations can be imposed on a certain type of text or a group of text types. In other words, it is important to know what the general usage within a specific text was at a given time. Only after establishing a norm for a text type does it become possible to evaluate a text and to distinguish whether its language is in one way or another deviating significantly from the general usage at the time of its production and if it is therefore remarkable, or whether it is conforming to the general usage (which might also be significant). Only then does it become possible to use the observation of the diachronic development of text types to observe linguistic change (cf. Pfefferkorn 1998, 399).

In the following case study it will become evident that even superficial insights into the nature of a text type can be vital for the appreciation of textual form, content, application, and function. In the long term it would be desirable to increase the understandin of minutes, both legal and civic, and thereby to deliver objective means of evaluating and comparing these text types synchronically and diachronically. This would allow the comparison of minutes (e.g. the interrogational legal minutes investigated in Topalović 2003 with the minutes of institutional civic meetings investigated in Lange 2006) as well as the development of both text types throughout time. The search for such criteria should of course not result in the establishment of merely theoretical matrices, as condemned by Pfefferkorn (1998, 415), but they should deliver workable tools for the analysis of texts.

[13] *Commerzprotokoll* 12.07.1669, page 232, line 8f.: *ad* 1. Mann erinnerte sich nicht waß eigent / lich hierinnen vorgangen, wolten zù Rathe darùber ansprach thùn.

[14] ‚Text type' and ‚genre' are often used synonymously, cf. Crystal (2003, 462).

[15] It has been pointed out byTopalović (2003) that existing definitions of the text type *minute* are not even able to distinguish between the various historical kinds of minutes found within legal contexts, (le t alone other types of minutes.

Minutes – definition and development

Minutes are official documents which have been known to háve been used since Roman times (their German name 'Protokoll' comes from Byzantine legal and administrative language; details see Roll 2005, 371f.).The function of minutes is to transfer oral negotiations or trials into a written form for the purposes of conservation and verifiability. In medieval times, minutes became the norm in clerical hearings (synods, ecclesiastical councils, trial according to canonical law), where since the fourth Lateran Council in 1215 a highly trained, officially sworn scribe called *notarius* had to be in charge of keeping the records on such occasions. Soon, minutes became integral parts of all official hearings (Mihm 1995, 27).[16]

As a text type, minutes are linked to the written tradition of Chancery Languages, an umbrella term for various types of written language emanating from official contexts.[17] Due to a long tradition, their official status, and the use of elaborated forms Chancery Language comprised texts that were perceived to be of high prestige and for the two centuries following the decline of the chanceries in the sixteenth century their tradition was still used as a synonym for appropriate and exemplary language (Josten 1976). This high prestige of chancery texts supports the function of minutes as a means of creating legitimacy.

Form and content of minutes

Some basic concepts apply to minutes in general, for example the following concepts concerning their form and content. There are two ways in which minutes can relate to the content of the documented meeting. They can either focus on its chronological aspect and relate the course of events ('Verlaufsprotokoll') or they can sum up its result ('Ergebnisprotokoll'). Historically, chronological minutes are the younger form (according to Mihm 1995, 22 they were used from sixteenth century onwards).

The minutes of the *Commerzdeputation* are a mixed form of summaries with chronological aspects. It can be observed that over the years, dialogic structures of the type 'A said … then B said … then A answered …', found in early minutes, become more and more compact. Later a structure like 'the representatives of the *Deputation* said 1…. 2… 3…. to which the representatives of the Council answered i…. 2…. 3……' evolves.[18]

It is remarkable that for the minutes of the *Commerzdeputation* their form sometimes takes over the role of the content and acquires a semantic value. E.g. the entry of the 09.11.1677 *(Protocollum Commercii, page 770)* which reads laconically 'Ißt nichts *pass*iret' (engl. 'nothing has happened').The content of this entry really is the absence of content (the same also applies to some extent to the first page, *Eröffnungsprotokoll,* which is remarkably unclear about the actual reasons for the founding of the *Commerzdeputation* – it is more the existence of an official document as such that seems to be important). This leads us to the application and function of minutes.

5. Conclusion

The minutes of the *Commerzdeputation* Hamburg provide an interesting source, not only for linguistic smdies but also for all sorts of historical disciplines. In addition to the one aspect introduced here, they contain further information about municipal administration, international trade, economic policy, and other areas of life from the seventeenth century onwards and constitute a valuable and unique ego document.

Research Literature

Baasch, Ernst. 1909. „Der Einfluß des Handels auf das Geistesleben Hamburgs." In: *Pfingstblätter des Hansischen Geschichtsvereins. Blatt V.* Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1-57.

Baasch, Ernst. 1915. *Die Handelskammer zu Hamburg 1665-1915. Band I: 1665-1814. Band II: 1814-1915.* Hamburg: Lucas Gräfe & Edmund Sillem.

Bentzinger, Rudolf. 2000. „Die Kanzleisprachen." In: *Sprachgeschichte. Ein Handbuch zur Geschichte der deutschen Sprache und ihrer Erforschung. 2. Teilband.* Werner Besch, Anne Betten, Oskar Reichmann, Stefan Sonderegger (eds.). Berlin, New York: de Gruyter, 1665-1673.

Bolten, Jürgen. 1998. „Deutsche Sprachgeschichte und Wirtschaftsgeschichte.". In: *Sprachgeschichte. Ein Handbuch zur Geschichte der deutschen Sprache und ihrer Erforschung. 1. Teilband.* Werner Besch, Anne Betten, Oskar Reichmann, Stefan Sonderegger (eds.). Berlin, New York: de Gruyter, 123-138.

Brinker, Klaus. 2005. *Linguistische Textanalyse. Eine Einführung in Grundbegriffe und Methoden.* Berlin: Erich Schmidt.

Crystal, David. 2003. *A Dictionary of Linguistics and Phonetics.* Malden, Oxford, Victoria: Blackwell Publishing.

Fulbrook, Mary. 1990. *A Concise History of Germany.* Cambridge: Cambridge University Press.

Grimm, Jacob & Wilhelm Grimm (eds.). 1854-1971. *Deutsches Wörterbuch.* URL: http://www.DWB.unitrier.de/index.html (September 2006)

[16] Mihm cites the Diet of Mainz (land peace of 1235) as the first occasion in German speaking countries for the keeping of minutes to be obligatory in a mundane context.

[17] Chanceries in German speaking countries flourished between the thirteenth and sixteenth century.They produced mainly documents (‚Urkunden') and legal texts.The former account for sorne closeness of the Chancery Languages to that of letters and sermons, the latter for certain links to oral German legal traditions (Bentzinger 2000,1668f.).

[18] Beyond this first observation by Lange (2006,3.2.3), further analysis of the dialog structure of the minutes of the Commerzdeputation would be desirable, as they off er the rare opportunity to observe usage and development of a text type within one institution over a long, continuous period of time.

Grobecker, Kurt. 1990. *‚Dem Heilsahmen Commercio Diensahmb': 325 Jahre Handelskammer Hamburg.* Hamburg: Handelskammer Hamburg.

Kalivoda, Gregor. 2005. „Protokoll. (Neuzeit)" In: *Historisches Wörterbuch der Rhetorik.* Bd. 7. Gert Ueding (eds.). Tübingen: Niemeyer, Columns 374-376.

Klein, Gottfried. 1965. *Dokumente zur Geschichte der Handelskammer Hamburg zu ihrem 300jährigen Jubiläum 19.01.1965.* Hamburg: Handelskammer Hamburg.

Kleßmann, Eckart. 1985. „Kultur und Kommerz in Hamburg." In: *250 Jahre Commerzbibliothek der Handelskammer Hamburg.* Hamburg: Hans Christians Verlag, 121-152.

Lange, Maria B. 2006. *Gutes Deutsch-schlechtes Deutsch. Die frühen Protokolle der Commerzdeputation Hamburg (gegründet 1665).* (PhD-dissertation accepted by the University of Bristol, Faculty of Arts in 2006).

Lange, Maria B. 2005. ‚Bad language in Germany's past - the birth of linguistic norms in the seventeenth century?' In: *Linguistic Purism in the Germanic Languages.* Winifred V. Davies, Nils Langer (eds.). Berlin, New York: Walter de Gruyter, 62-85.

Lewandowski, Theodor. 1994. *Linguistisches Wörterbuch Bd. 1-3, Heidelberg, Wiesbaden:* Quelle & Meyer.

Möhn, Dieter. 2003. „Die Stadt in der neueren deutschen Sprachgeschichte I: Hamburg." In: Sprachgeschichte: Handbuch für Sprache und Kommunikation Bd. 3.1. Werner Besch, Anne Betten, Oskar Reichmann, Stefan Sonderegger (eds.) Berlin, NewYork: de Gruyter, 2297-2312.

Niehaus, Michael/Schmidt-Hannisa, Hans-Walter (eds.). 2005. *Das Protokoll. Kulturelle Funktionen einer Textsorte.* Frankfurt a. M., Berlin, u.a.: Peter Lang.

Peters, Robert. 2000. „Die Rolle der Hanse und Lübecks in der mittelniederdeutschen Sprachgeschichte." In: *Sprachgeschichte 2. Teilband,* Werner Besch, Anne Betten, Oskar Reichmann, Stefan Sonderegger (eds.). Berlin, New York: de Gruyter, 1496-1505.

Pfefferkorn, Oliver. 1998. „Möglichkeiten und Grenzen einer Analyse historischer Textsorten." In: *Zeitschrift für deutsche Philologie 117,* Heft 2 und 3. Berlin, Bielefeld, München: Erich Schmidt Verlag, 399-415.

Postel, Rainer. 1992. *Versammlung Eines Ehrbaren Kaufmanns 1517-1992. Kaufmännische Selbstverwaltung in Geschichte und Gegenwart.* Hamburg: Versammlung Eines Ehrbaren Kaufmanns zu Hamburg.

Roll, Bernhard. 2005. „Protokoll. (Bedeutung, Antike und Mittelalter.)" In: *Historisches Wörterbuch der Rhetorik. Bd. 7.* Gert Ueding (eds.). Tübingen: Niemeyer, columns 371-374.

Rüdiger, Otto. 1903. „Urkunden zur hamburgischen Schulgeschichte." In: *Zeitschrift des Vereins für Hamburgische Geschichte, Elfter Band.* Hamburg: Lütcke & Wulff, 259-348.

Schoenke, Eva. 2000. „Textlinguistik im deutschsprachigen Raum." In:: *Handbücher für Sprach – und Kommunikationswissenschaft. Text - und Gesprächslinguistik. 1. Halbband.* Klaus Brinker, Gerd Antos, Wolfgang Heinemann, Sven F. Sager (eds.). Berlin, New York: de Gruyter, 123-131.

Sodmann,Timothy. 2000. „Die Verdrängung des Mittelniederdeutschen als Schreib - und Druckersprache Norddeutschlands." In: *Sprachgeschichte 2. Teilband.* Werner Besch, Anne Betten, Oskar Reichmann, Stefan Sonderegger (eds.). Berlin, New York: de Gruyter, 1505-1512.

Thiele, Wolfgang. 2000. „Textlinguistik im englischsprachigen Raum." In: *Handbücher für Sprach – und Kommunikationswissenschaft. Text - und Gesprächslinguistik. 1. Halbband.* Klaus Brinker, Gerd Antos, Wolfgang Heinemann, Sven F. Sager (eds.). Berlin, New York: de Gruyter, 132-239.

Topalović, Elvira. 2003. *Sprachwahl – Textsorte - Dialogstruktur. Zu Verhörprotokollen aus Hexenprozessen des 17. Jhs.* Trier: WVT Wissenschaftlicher VerlagTrier.

Wichmann, E. H. 1889. *Hamburgische Geschichte in Darstellungen aus alter und neuer Zeit.* Hamburg: Verlag von Otto Meißner.

Zedler, Johann Heinrich (editor). 1732-1754. *Großes vollständiges Universallexicon aller Wissenschaften und Künste.* Halle, Leipzig: J. H. Zedler.

Additional Article from 13 February 1825. Institution of Completing the Constitution of the Kingdom of Poland from 1815

*Mikołaj Tarkowski**

Abstract

This article is devoted to an additional article of 13 February 1825, which is an example of Russian policy in the Polish Kingdom (1815-1830). The author tried to analyze the historical and legal issues, starting with the basic assumption that constitutional system of The Polish Kingdom, was based on ,,the principle of monarchy''. The additional article introduced the secret meeting of the Sejm of the Polish Kingdom and prevented public participation in the sessions of the parliament. The author presented the one hand, the views of the opponents of such a solution, mainly Kalisz Group. They thought it was a blow to the opposition. On the other hand article presents the views of people (Stanisław Staszic, Kajetan Koźmian, prince Franciszek Ksawery Drucki-Lubecki) supporting changes in the mode of operation of the Sejm. According to the proponents of this idea, the changes introduced elementary order in the parliamentary session.

Key words: *the Constitution of the Kingdom of Poland in 1815; the Kingdom of Poland; Russian Empire; Aleksander I; Nikolai I.*

The Constitution of The Kingdom of Poland imposed by the Tsar of The Russian Empire on 24 December 1815 did not account for the procedures of the revision of its provisions. It must be mentioned here that the representatives of the constitutional thought of the era of shaping the Constitution of The Kingdom of Poland were aware of the views that allowed for the possibility of establishing changes in the contents of The Constitution's provisions in the period of its being in force. Before The Constitution of The Kingdom of Poland came into force, in August 1815 Ludwik Plater submitted proposals for constitutional changes. These changes proclaimed exclusive possibility of the Constitution's reviewing during the sessions of Constitutional Seym, which was supposed to meet every 25 years. Additionally, The Constitutional Seym could vote for the proposals of The Constitution's resolutions, excluding the rules forming the catalogue of basic guarantees and institutions. This proposal, together with such assumptions as separate coronation in Warsaw, giving coronation oath by a monarch, introducing the concept of the Polish citizenship, establishing wide powers of the Seym and its participation in drafting standards of constitutional status was closely connected with Ludwik Plater's views. He was convinced of the necessity of accentuating the need of the Kingdom's greatest independence[1].

In practice, in The Kingdom of Poland changes in The Constitution did not entail amending on its individual resolutions but were connected with completing its contents. It meant that changes of The Constitutional Act were introduced by establishing additional articles with the simultaneous resignation from the possibility of reviewing concrete contents of this legal act[2]. The supplements differed from the organic statutes which developed the resolutions of the Constitution of The Kingdom of Poland. The nature of these statutes was defined in the title seven (*General Laws)* of this legal act[3]. Independently from the form of the reforms introduced into the constitutional system of The Congress Kingdom, it must be mentioned that they were based on ,,the principle of monarchy'' and the *stricte* imposed character of the constitution. There exists a justified thesis in the literature that both these factors predetermined The Tsar reigning in the Kingdom of Poland to the role of a ruler influencing the shaping of state system in an unrestricted way[4].

* Mikolaj Tarkowski, Ph.D., Department of History of State and Law, Faculty of Law and Administration, University of Gdansk, Poland. I would like to thank the Moscow State Humanities University named M. Sholokhov and attendants of the program, which was organized by the Russian Institute for Advanced Studies.

1 H. Izdebski, *Ustawa konstytucyjna Królestwa Polskiego z 1815 r.[oku]*, [in:] *Konstytucje Polski. Studia monograficzne z dziejów polskiego konstytucjonalizmu*, ed. M. Kallas, Warszawa 1990, p. 195.

2 Ibidem, p. 199.

3 Dziennik praw Królestwa Polskiego (DP), v. I, no 1, Warszawa 1816, p. 98; look also: *Constitutional charter of the Kingdom of Poland in the year 1815, with some remarks on the manner in which the charter, and the stipulations in the treaties relating to Poland, have been observed*, London 1831, p. 46.

4 H. Izdebski, *Ustawa konstytucyjna Królestwa Polskiego…*, p. 199; look also: J. Kowalski, *Konstytucja Federacji Rosyjskiej a rosyjska i europejska tradycja konstytucyjna*, Warszawa-Poznań 2009, p. 52.

The Tsar's person was acknowledged as saint and inviolable[5]. Alexander I as well as Nikolai I took steps to prove that any change in the political state, revoking of the whole constitutional law of the Kingdom of Poland not excluding, is quite real and possible to introduce. Tsar Alexander I during his stay in Warsaw in November and at the beginning of December 1815, made himself changes in the draft of the Polish Kingdom's constitution proposed by the representatives of the Polish political elite. These changes were ,,[…] of restrictive nature, very predicting, calculated to leave openings for autocratic arbitrariness in constitutional building"[6]. For this reason, The Constitutional Act of The Kingdom of Poland was not a bilateral act, which in the future could be amended taking the rights and ambitions of both sides into account[7]. During the next years of his reign, Alexander I confirmed clearly both applying the principle of monarchy and an imposed nature of The Constitution, which made Joachim Lelewel express such an opinion: ,,And though, the king and emperor, as the constitution's nature is, guided by law, had more than sufficient means to achieve everything that he intended to, organic regulations announced did not lack departures from the Constitution, violating its rules and overtly breaking and smashing it by the additional article, proving that the autocrat gave it, its immutability […] stipulated […] he did not even flinch from issuing threats that he is capable of and ready to revoke it''[8]. The same path, providing that it was the Tsar of The Russian Empire who wielded the complete power in the field of introducing changes into the constitutional system of The Kingdom of Poland, was followed by the successor of Alexander I on the Russian throne. In the letter written to the Grand Duke Constantine before the coronation in Warsaw in 1829 Nikolai I stated: «The Russian monarch, right at the moment of crossing the Polish border has to be considered a king and the crown brought to the country becomes the royal crown»[9].

The example of realizing the monarch's will was a reform introduced by Alexander I on 13 February 1825 in shape of an additional article to the Constitutional Act of The Kingdom of Poland[10]. To the point where The Tsar decided to restrict additional Seym privileges (by introducing the rule of secrecy of sessions, with the exception of the opening and closing the Seym) by force of the additional article, in the legal system of the Kingdom of Poland solutions interpreted by some of political elites as an overt breach of the Constitutional Act appeared. These objections included, among others, illusory adhering to the rule of the personal safety, censorship of papers and magazines, and then of all the works and writings introduced in 1819, as well as depriving The Seym powers to establish the budget[11].

In February 1825 Alexander I published a proclamation convening the Third Seym of The Kingdom of Poland for the June of the same year. Together with this decision an additional article was published in June 1824 projected by Nikolai Novosiltsev. This article resulted, to some extent, in suspending the Consitutional Act from 1815. The change in Constitution made at will of Alexander I was the reaction of the monarch and his surroundings to the wave of criticism expressed by ,,the Kalisz group'' at The Seym in 1820. The state of contemporary political tension in The Congress Kingdom, strengthened by other disputes of constitutional nature[12] - was described by count Fryderyk Skarbek in his journals. He noticed that ,,the position taken by the opposition during The Seym in 1820 was a simple way of declaring war with the government and starting unequal fight between him, who had strength and means to maintain the country, and a certain number of adamant citizens, who only had the twisted public on their side, supporting those who participate in this unequal fight and condemning those who give up this fight''[13].

An episode, vital when evaluating the events preceding the introduction of the additional article to the Constitutional Act in 1825, was the conflict between the allies of the Niemoyowski brothers and Stanisław Staszic, who was a loyalist oriented towards Alexander I in The Kingdom of Poland. He was holding the position of a state counselor and initially, he criticized the spread of the powers of censorship but finally he supported the solutions restricting freedom of speech[14]. He made such a decision for a reason important for him. Stanisław Staszic was deeply convinced that each manifestation of resistance and insubordination towards the authorities would lead the political elites of The Kingdom of Poland on the path to anarchy into which Poland had descended before partitions. Stanisław Staszic, emphasizing that the standard of the social order is the loyalty of the subordinates towards their governor, stated that Tsar Alexander I gave The Kingdom of Poland a lot of freedom. Criticizing political factions in The Seym in 1820, he stressed that conforming to the Tsar's will, would establish further existence of the Kingdom of Poland. It must be added that Stanisław Staszic did not understand the point of view presented by the Niemoyowski brothers who were in favour of the eastern Europe patterns of the parliamentary systems - especially the French ones. On the other

5 A. Korobowicz, *Polski konstytucjonalizm (do roku 1919)*, [in:] *Zarys dziejów konstytucjonalizmu polskiego*, red. A. Korobowicz, Lublin 1996, p. 29

6 Sz. Askenazy, *Rosja-Polska 1815-1830*, Lwów 1907, p. 68.

7 L. Mażewski, *Rzeczpospolita jeden i pół. O narodzinach, istnieniu i upadku państwa polskiego w latach 1806-1831*, Warszawa 2011, p. 108.

8 Quote after: J. Lelewel, *Polska i dzieje rzeczy jej*, Poznań 1859, p. 236-237.

9 Quote after. J. Grabiec, *Sto lat walki o prawa Królestwa Polskiego 1815-1915*, Warszawa 1917, p. 6.

10 Gosudarstwiennyj Archiv Rossijskoj Fiedieracii (Moskva), F.1729, op. 1, d. 154, Zapiska V. Spasowicza o politikie russkogo samodierżavija v pol'skom voprosie (1904). Collection of prince Piotr Światopełk-Mirski, c. 2v.

11 S. Kutrzeba, *Sprawa polska w Królestwie Polskim 1815-1915*, Lwów 1916, pp. 33-34.

12 These arguments were between the deputy opposition and the Russian Emperor about the range of the right to control the government by the Seym given on the basis of the constitutional provisions in 1815. The conflict lay in a different understanding of the contents of the Constitutional law by both sides. look.: *Obraz Królestwa Polskiego w okresie konstytucyjnym. Raporty Rady stanu Królestwa Polskiego z działalności rządu w latach 1816-1828*, edit. J. Leskiewiczowa, F. Ramotowska, Warszawa 1984, p. 8.

13 F. Skarbek, *Dzieje Polski. Królestwo Polskie od epoki początku swego do rewolucji listopadowej*, Poznań 1877, p. 166.

14 K. Koźmian, *Pamiętniki Kajetana Koźmiana obejmujące wspomnienia od roku 1815*, Kraków 1865, p. 83.

hand, he remembered the atmosphere of the pre-partition Seym, influenced by the spirit of the gentry anarchy[15].

The events which greatly influenced Tsar's Alexander I decision to establish the additional article from 13 February 1825 took place during the debate about the Statute of the Organic Parliamentary Court. This body was to judge Stanisław Staszic and Stanisław Potocki who supported the decree about censorship from 1819. The discussion on that matter was inspired by the deputies from the Kalisz faction helped considerably by the public gathered at the parliamentary gallery. The clear signal reached The Tsar that the youth gathered in the parliamentary hall tried to exert influence on the speaking deputies, who in their replicas refuted the demands made by the Kalisz people. Also the rector of High School in Warsaw Samuel Linde faced unfavorable behavior of the school and academic youth during his parliamentary speech. The events described by Kajetan Koźmian in his journals had impact on Tsar's Alexander I decision to keep the sessions of The Seym secret. Kajetan Koźmian recalled an image from his memory when ,,[…] the students from school and Academy, leaving the classrooms, filled that gallery [parliamentary – note by M. T.], and hissed at the speech of the Warsaw High School rector Linde […] when these students, attacking that the Hall leaving Linde, jumped him on in a dark dusk of the castle courtyard shouting Linde on scaffold […]''[16].

The next Seym of The Kingdom of Poland, which sessions were initiated by Alexander I in May 1825, convened in the Royal Castle surrounded by the army, which was supposed to prevent the attempts of the deputies representing the opposition to hold the floor[17]. Before that, the deputy of The Kalisz area Wacław Niemoyowski had been given a ban to come to The Seym session, which he did not comply with. However, he was stopped on 7 May 1825 at the tollgate of Warsaw and sent to his property, where he was interned. Alexander I started the debate with the speech directed at the deputies in which the Russian emperor did not talk only about establishing the additional article but also concentrated on the issues of improving the state of treasury and domestic economy. The majority of deputies who came to the Seym in 1825 took the unfavorable opinion of the environment gathered around Alexander I into account. At the same time, they also thought that the option of the Tsar's spontaneous revoking the Constitution was possible[18]. It all conduced to the fact that the additional article did not face criticism in the meeting room, and the Russian Emperor, closing the session on 13 June 1825, addressed the deputies with the following words: «You […] fulfilled the expectations of your homeland and you earned my trust. My wish is to convince you what influence on your future your behavior will have»[19].

The additional article was confronted earlier with decisive criticism of the opposition whose activity it restricted considerably. It was the part of The Constitutional Act and could not be treated as a separate legal act[20]. The additional article was not countersigned by any of the ministers[21] because, according to the provisions, as a decree emerging out of the will of the monarch was not subjected to this requirement. At the same time, to strengthen the argumentation, the Minister of State in his letter addressed on 16 February 1825 to the deputy Józef Zajączek stated that the additional article regulated the vital issue of order, the omitting of which could threaten the constitutional existence of The Kingdom of Poland[22].

The additional article introducing the secrecy of parliamentary debates was justified by Alexander I with some important factors. First, in the introduction to this legal act, he emphasized that he set it up *pro publico bono*, taking the seriousness of the Chamber into account. His will was displayed in these words: ,,considering that public holding of meetings in both Parliamentary Chambers, inspiring speakers to act out of momentary vogue rather than to the advantage of the public, changed those meetings into vain declamations capable of destroying this such a required unity, and removed from them moderation and serious dignity, which should accompany each important meeting''[23]. Tsar Alexander I, establishing the change to The Constitutional Law from 1815, did not hesitate to add that it was introduced to protect ,,the benefits'' coming from the Constitution. By that moment, it was the argument used as a main weapon in the political struggle against the policy led in The Kingdom of Poland by the ruler of The Russian Empire. However, Alexander I, using the eristic procedure reminding Schopenhauer's *retorsio argumentii,* stated: ,,willing to nip the evil in the bud and prevent the necessity of all the influence on choices and opinions, and at the same time to ensure the subordinates of Our Polish Kingdom using all the benefits which The Constitutional Act granted them, we intended to fix our creation, changing one of the ordinal regulations with the additional article as it revealed to Us vital inconveniences''[24].

Establishing the additional article exerted influence on both legal and factual (political) sphere. Until the moment of this change coming into force, The Seym had held its meetings openly, however, with the possibility to make the session of the Deputies Chamber secret upon request of the one-tenth of representatives there sitting[25]. The results of introducing the additional article are no less important. First, it restricted spreading critical opinions about

15 B. Szacka, *Stanisław Staszic*, Warszawa 1966, p. 177-179.
16 Quote after: K. Koźmian, *op. cit.*, p. 84.
17 Sz. Askenazy, *op. cit.*, p. 104.
18 Ibidem, p. 105-106.
19 Quoted after: ibidem, p. 107.
20 M. Handelsman, *Trzy konstytucje (1791, 1807, 1815)*, Warszawa-Lwów 1915, p. 19.
21 H. Izdebski, *Rada Administracyjna Królestwa Polskiego w latach 1815-1830*, Warszawa 1978 p. 140.
22 Idem, *Ustawa konstytucyjna Królestwa Polskiego…*, p. 199.
23 Quote after: *Ustawa Konstytucyjna Królestwa Polskiego z dnia 27-ego listopada 1815 roku oraz Statut Organiczny dla Królestwa Polskiego z 26 lutego 1832 roku*, Warszawa 1917, p. 34.
24 Quote after: ibidem, pp. 34-35; zob. też: *Diariusz Senatu Sejmu Królestwa Polskiego 1825*, v. I, Warszawa 1828, p. 2.
25 J. Lelewel, *op. cit.*, p. 233.

the government authorities in The Seym[26]. Secondly, according to some observers of the political life of those times, it considerably weakened the belief in the Constitution. It must be mentioned that the reason for weakening faith in the Constitution was not the contents of the legal act which completed it, but the style in which it was introduced. In this place let count Fryderyk Skarbek speak. He wrote: „[…] it was the fruit (the additional article – note M. T.) of endeavors and requests of the parliamentary opposition. They wanted to make the government respect the constitution, but instead, urged them to official announcement that „the emperor's will is above the law and has enough power to prevent and punish all the intentions which are contrary to this will"[27].

The author of the memoirs emphasized two vital aspects additionally: „since the moment of this announcement people have not believed in The Constitution any longer; they have expected its total abolition […]", and „not so much the closing of the parliamentary chambers as adopting the principle on the basis of which they were closed, was the real misfortune for the country"[28].

During the last fourth Seym of The Kingdom of Poland, convened at the end of May 1830 the parliamentary opposition, which underlined that the additional article was aimed at them, was very active. At meetings held in the parliamentary committees the opposition criticized actions taken by the tsarist authorities as far as the administration was concerned. First of all, they demanded changes in constitutional system by removing the additional article from 13 February 1825. In the speech concluding parliamentary debates in June 1830 Tsar Nicholas I omitted the members of The Chamber of Deputies and thanked only the senators who, in their majority, were in favour of the monarch's policy. On 29 June 1830 Nikolai I left Warsaw, where he was to come back as an autocrat unrestricted in any way by the constitutional regulations after putting down the uprising[29].

The political system of The Kingdom of Poland in the times of constitution, characterized by the lack of proper regulations in some spheres of social and political life, became the subject of projects and analyses in the period of November Uprising. Until the outbreak of the November insurrection, in 1815-1830 the reforms in judiciary system were insufficient[30]. The Seym had limited rights to vote and establish the budget[31]. Furthermore, in the Kingdom of Poland till 1830, no forms of local government with the participation of rural and urban population were established. The function of the local government was fulfilled by the organs of the local administration, but they were coming from nominations[32]. At the beginnings of the November Uprising factors indicating that there was a need to fill these constitutional gaps became the inducement to make proposals to the Constitutional Act of The Kingdom of Poland, which was still in force, even if in a completely different political situation. It is worth mentioning that in this legally-political context about the proclamation announced in the last days of December 1830, the creation of which is attributed to Prince Franciszek Ksawery Drucki-Lubecki. It had characteristics of the constitutional reform project, which suggested the necessity of: organizing «judicial system according to the regulations of the constitutional act», return to establishing budget by the Seym, setting up the municipal government, dealing with the issue of the peasants and Jews. The proclamation stated additionally that the matter of the guarantee of the constitutional and national freedoms should be settled again and such values as: respecting personal freedom and warranty to do publishing business unrestricted by censorship should be included in the catalogue. The reforms mentioned in the proclamation intended to provide more effective actions to increase the safety of the country[33].

The demands expressed by Prince Franciszek Ksawery Drucki-Lubecki in this proclamation did not have anti-dynastic meaning, on the contrary, its author believed in the sense and respected the resolutions of the Constitutional Act treating about the perpetual union of The Kingdom of Poland and The Russian Empire[34]. Prince Franciszek Ksawery Drucki-Lubecki the same as Prince Adam Jerzy Czartoryski was convinced that the Polish crown should be retained by Nicholas I. In such a way expressed settlement with the Tsarist throne was, however, not unconditional, because it assumed that the Russian Tsar would affect the policy of his administration and act against the influence „[…] of his agents on the Polish matters"[35]. Also the project of Walery Miklaszewski submitted to prince Adam Jerzy Czartoryski on 23 January 1831 was made in the spirit of keeping mutual pledges of The Kingdom of Poland and The Russian Empire[36].

Further events during the uprising and the military struggle with Russia strongly affected the conditions of carrying out policy and excluded the possibility of discussing reforms and implementing them. Tsar Nicholas I put the Uprising down and presumed that The Kingdom of Poland ceased being an independent monarchy-constitutional state. He annulled the whole legislation of the uprising authorities. The political system of the Kingdom of Poland after the end of The November Uprising was introduced by Nicholas I with the conviction that it was impossible for the autocratic Russia to co-exist with the constitutional Kingdom of Poland[37].

[26] M. Adamczyk, S. Pastuszka, *Konstytucje polskie w rozwoju dziejowym 1791-1982*, Warszawa 1985, p. 82.
[27] Quote after: F. Skarbek, *op. cit*., p. 181.
[28] Quote after: ibidem, p. 182.
[29] Sz. Askenazy, *op. cit*., p. 116-117.
[30] S. Kutrzeba, *op. cit.*, p. 31.
[31] H. Izdebski, *Ustawa konstytucyjna Królestwa Polskiego…*, p. 207.
[32] A. Ajnenkiel, *Konstytucje polskie w rozwoju dziejowym 1791-1997*, Warszawa 2001, p. 97.
[33] L. Mażewski, *op. cit.*, p. 180.
[34] Article 1 of The Constitutional Law of The Kingdom of Poland said: The Kingdom of Poland is united with the Russian Empire forever. look: DP, *op. cit.*, p. 2.
[35] Quote after: J. Grabiec, *op. cit.*, p. 8.
[36] W. Węgliński, *Projekty konstytucyjne w czasie powstania listopadowego*, [in:] *Powstanie listopadowe 1830-1831. Dzieje wewnętrzne. Militaria. Europa wobec powstania*, edit. W. Zajewski, Warszawa 1980, p. 182.
[37] In the letter from 1831 addressed to general Ivan Paskevich Tsar Nikolai I stressed: «Chest of the deceased constitution I received; it will rest here forever and ever»: J. Grabiec, *op. cit.*, p. 11; look also: B. Lincoln, *Mikołaj I*, Warszawa 1988, p. 149.

On the Transformation of the 'Bourgeois' Civil Procedure into the Socialist Civil Procedure. A Few Comments on the First Draft of the Code of Civil Procedure in the Polish People's Republic

*Anna Stawarska-Rippel**

Abstract

After World War II the Polish Code of Civil Procedure (1932), strongly based on the Austrian Code of civil Procedure (1895), formally remained in force. The legal continuity at the beginning of the Polish People's Republic was however selective, relative and critical. The Amendments to this Code were gradually turned Polish civil procedure into a socialist model based on the Soviet pattern. The purpose of this article is to present elements of novelty and elements of continuity and tradition in Polish civil procedure of the first decade of the Polish People's Republic.

Key words: *legal history; civil procedure; Polish People's Republic; socialist civil procedure; Code of civil Procedure; codification; Soviet patterns; adversarial principle; dispositive principle.*

I. At the beginning of the Polish People's Republic after World War II the formal continuity of the law was preserved, adopting the entire legal achievement from the pre-war Second Republic of Poland. Political circumstances decided about preserving the formal continuity of the law. At that time it was desirable to maintain an appearance of legal seizing of power and an impression of legal continuum with the Second Republic of Poland. The legal continuity was however selective, relative and critical.[1] The influence of political transformation on the content of law deriving from the previous political system is obvious. Fundamental rules of pre-war law were eliminated in the beginning by using a new interpretation of general, politically oriented clauses. The hypertrophy of general clauses that was characteristic to the first years of the Polish People's Republic was also characteristic to totalitarian regimes. An enactment of statutory amendments to all branches of law increased the pace of reforms after the political breakthrough (December 1948). The high period of political transformation was year 1950. It was a borderline between an „old" and „new" law.[2]

At that time, the binding Code of Civil Procedure in Poland (1932) deriving from the Second Polish Republic was an Act based on the most important and up-to-date contemporary solutions of European civil procedures. The conclusive compromise solutions were established taking into consideration a tendency to extend the discretionary power of judge and broaden the principle of investigation in civil litigation. It was done according to social conception (*Sozialfunktion*) of civil litigation and in order to guarantee reliable, quick, efficient and cheap procedure. The Polish Code of Civil Procedure (1932) kept in large measure the balance of power between the judge and parties in civil proceeding based on the Code of Civil Procedure of Austria (1895).[3]

II. An essential novelty to the civil procedure in the Polish People's Republic was the Act of July 20th 1950 amending the Code of Civil Procedure (1932).[4] In the contemporary legal literature this Act was termed a turning point in so-called democratization of the Polish civil procedure. The Act was based on the Soviet model and defined as a revolutionary because of radically rebuilt legal principles of the pre-war Polish civil procedure.[5]

After the breakthrough of 1948 a compulsory reception process of Soviet models began in the others countries of people's democracy. The fundamental changes in the civil procedure in these countries started at the beginning of 1950s. Czechoslovakia, Hungary, Yugoslavia and Bulgaria had already had the new codes of civil procedure.[6] Romania, Poland and East Germany

* Anna Stawarska-Rippel, Ph.D., Department of History of Law, Faculty of Law and Administration University of Silesia, Katowice, Poland.

1 STAWARSKA-RIPPEL, Anna, *Prawo sądowe Polski Ludowej 1944-1950 a prawo Drugiej Rzeczypospolitej*, Katowice, 2006.

2 LITYŃSKI, Adam, *Historia prawa Polski Ludowej*, Warszawa, 2013, p. 39, 206, 236-239.

3 STAWARSKA-RIPPEL, Anna, *Polish Civil Procedure in the Twentieth Century. The Three Transformations of Civil Proceedings*, AICLES Law Review, Rincon: The American Institute for Central European Legal Studies, No. 2, 2009, p. 29-35.

4 Dz. U. nr 38, poz. 349 – tj. Dz. U. nr 43, poz. 394.

5 WENGEREK, Edmund, *Demokratyzacja procesu cywilnego w Polsce Ludowej*, „Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny", 1975, p. 38.

6 WENGEREK, Edmund, [in:] *Encyclopedia of Comparative Law, vol. XVI Civil Procedure, chapt. 1 Introduction – Policies, Trends and Ideas Civil Procedure*, ed. CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant G., Tübingen-Dordrecht-Boston-Lancaster, 1988, p. 141-151

were an exception.[7] The Code of Civil Procedure of Romania (1865) was based on the Code of Civil Procedure of France (1806) and the Code of Civil Procedure of Geneva (1819). Although it was frequently changed after 1945 it outlasted the period of people's democracy. Since 1975, in East Germany in force was the Code of Civil Procedure (1877) changed on November 8th 1933. After World War II it was amended three times in 1952, 1956, 1973.[8]

The new socialist code of civil procedure in East-Central European countries was for the first time enacted in Czechoslovakia (October 25th 1950).[9] An § 1, section 2 and § 88 section 2 enacted regulations to accomplish the principle of objective truth that was acknowledged in legal literature as a remarkable principle of the socialist civil procedure. To strengthen „socialist legality" the judge was obliged to examine all material circumstances of a case and discover actual substance of factual and legal relation supplemented by the possibility to collect evidence *ex officio*. The Code of Civil Procedure of Hungary (1952)[10] constituted similarly, in § 1 and 3 as well as the Code of Civil Procedure of Bulgaria (1952)[11], in § 4 and 129.

The enactment of the new Polish Code of Civil Procedure (1964) fell on the recodification of the Socialist legal system in the USSR. After Stalin's death, from 1953 to 1962 there were some liberalization of procedural and substantive law, and some tendencies to systematize and rationalize the legal system.[12] The USSR Supreme Soviet stated (February 11th 1957) among others the right to establish the „Principles" of civil procedure to the Soviet Union.[13] The Principles (Fundamentals) of Civil Procedure of the Soviet Union and the Union republics were enacted by the Supreme Soviet on December 8th 1961.[14] On the basis of these „Principles" all Republics of the Soviet Union enacted one after another the new codes of civil procedure. The new Code of Civil Procedure of the RSFSR was enacted on June 11th 1964.[15]

III. The amendments (July 20th 1950) to the Polish Code of Civil Procedure (1932) were a directive for further codification work on the new socialist code of civil procedure: „On the way to create the socialist civil procedure there is an legislative act of fundamental significance, an Act of July 20th 1950 [...] The Act striving to a completion of objective and substantive truth principle in civil procedure what enabled a court to rely on its judgments on an actual case circumstances. It extended still very limited powers of court in the scope of gathering and establishing evidence needed to clarify the case."[16]

The work on new Polish civil procedure began at the end of 1951 when actions were taken to establish the new Code of Civil Procedure. On October 16th in the Legislative Department were established the initial principles of the civil procedure reform. It also scheduled stages of the reform and the executive regulation draft regarding to call to existence Law Reform Commission on civil procedure at the Legislative Department of Minister of Justice.[17] The Law Reform Commission on Civil Procedure was appointed through an enactment of Henryk Świątkowski the Minister of Justice on October 17th 1951. The essential aim of the civil procedure reform (1951) was to repeat the Soviet pattern and even to extend it according to the contemporary Soviet doctrine and the direct model was supposed to be Czechoslovak Code of Civil Procedure (1950)[18]. The ideological assumptions of codification were prepared by Jan Winiarz.[19] It was just a development of previously depicted „basic aims of the civil procedure reform". Having changed the Code of Civil Procedure (1932) the Act of July 20th 1950 was regarded as a landmark act. It set „a new paths in the civil proceeding"[20] indeed.

According to the referent (Jan Winiarz), the Act of July 20th 1950 was an expression of „a deepening class conflict reflected in the field of civil jurisdiction"[21] and could have satisfied only the most urgent requirements of practice of law. The Act was supposed to be a gradual process, in the result of which a new system of civil procedure would be consistently built.[22] The new Code of Civil Procedure supposed to be in consistent with the draft of Constitution of the People's Republic of Poland and the draft of Civil Code of People's Republic of Poland.

---

7 TABĘCKI, Czesław, *Dowody i dowodzenie według socjalistycznych procedur cywilnych*, „Nowe Prawo", 1955, No. 7-8, p. 18, 30.

8 WENGEREK, Edmund, [in:] *Encyclopedia of Comparative Law, vol. XVI Civil Procedure, chapt. 1 Introduction – Policies, Trends and Ideas…*, p. 144.

9 *Zákon o řízení ve věcech občanskoprávních (občanský soudní řád)*. Sbírka zákonu ČR, č. 142/1950.

10 *Törvény a polgári perrendtartásról* 1952. évi III. Polish transl. The Central Archives of Modern Records in Warsaw (AAN), Ministry of Justice (MS), (1952), sygn. 2227, p. 1-118.

11 Известия Бр , 12 от 08.02.1952 г.

12 BERMAN, Harold, *Justice in the U.S.S.R. An Interpretation of Soviet Law*, Harvard University Press, 1978, p. 69-70.

13 *Об отнесении к ведению союзных республик законодательства об устройстве судов союзных республик, принятия гражданского, уголовного и процессуального кодексов*, „Ведомости Верховного Совета СССР", 1957, No. 4, item 63.

14 *Об утверждении Основ гражданского судопроизводства Союза ССР и союзных республик от 8 декабря 1961 года*, „Ведомости Верховного Совета СССР", 1961, No. 50, item 525. See also *Soviet Civil Legislation and Procedure. Official Texts and Commentaries*, transl. SDOBNIKOV, Yuri, Moscow, (without publish. date). See also BUTLER, Willam, Elliott, *Soviet Law*, London ,1983, p. 293.

15 *Гражданский процессуальный кодекс РСФСР от 11 июня 1964 г.* „Ведомости Верховного Совета РСФСР" 1964 г., No. 24, item 407. See also *The Civil Code and the Code of Civil Procedure of the RSFSR 1964*, translat. KIRALFY, Albert, Keneth, Roland, *Law in Eastern Europe. A serie sof publications issued by the Doocumentation Office for East European Law University of Leyden*, Ed. SZIRMAI, Z., Leyden, 1966; *Советский гражданский процесс,* под ред. ГУРВИЧА, М.А, Москва, 1967.

16 *Projekt kodeksu postępowania cywilnego Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej*, Warszawa ,1955, p. 130.

17 The Central Archives of Modern Records in Warsaw (AAN), Ministry of Justice (MS), (1951), sygn. 2213, p. 1.

18 AAN, MS, (1951), sygn. 2213, p. 3.

19 AAN, MS, (1951), sygn. 2213, p. 10-16.

20 JODŁOWSKI, Jerzy, *Nowe drogi polskiego procesu cywilnego*, „Nowe Prawo", 1951, No. 6, p. 5.

21 AAN, MS, (1951), sygn. 2217, p. 108.

22 AAN, MS, (1951), sygn. 2213, p. 11.

In a direct relevance to a so-called principle of objective truth – the adversarial principle in the civil procedure was the subject of numerous statements in legal literature since July 20th 1950.[23] The adversarial principle was called by Władyslaw Siedlecki the cooperation principle of judge and parties in the civil procedure. In his opinion the principle of objective truth and an active role of court led to emancipating litigation from litigant autonomy.[24] Włodzimierz Berutowicz described the adversarial principle as the main principle of civil procedure. He claimed that a willpower of people directly interested is a sufficient driving force behind actions taken in the civil procedure and presenting evidences to a court. However, the willpower should be supplemented by the qualifications and duties of a particular body, such as a court, public prosecutor and social organization involvement.[25] Czesław Trąbecki claimed that a previous form of the adversarial principle was harmoniously combined with the power of the judge to proceed *ex officio*. It gave a new character to the adversarial principle in the Polish civil procedure and made it resemble to the socialist model of procedure based on Soviet pattern.[26]

IV. Tendencies to broaden the inquisitorial elements in civil procedure and departure from non-interventionist liberal model of civil litigation became a part of general trend in the socialization of private law. Consequently it was not a phenomenon in middle of 20th century. Changes in private legal system in order to socialize private law are dated back to the end of 19th century. At this time the connection between private law and social issues was required.[27] The Code of Civil Procedure of Austria (1895), the first code in this tendency, imposed an obligation on a court to comprehensive clarification circumstances of the case simultaneously increasing the power of judge in the scope of the facts gathering.[28]

Also the Codes of Civil Procedure of Switzerland cantons, Zurich canton (1913) and Bern canton (1918) fulfilled an increasing power of judge in the civil procedure in the scope of court's influence on the course of proceeding. An active role of a judge in a proceeding required the explanation of unclear statement made by parties to increase and facilitate of hearing of evidence as well as admitting the evidence *ex officio* uncalled by parties.[29] The unified Swiss Code of Civil Procedure remained the same. [30]

New trends were also a basis for a lively discussion in the interwar period in the Second Republic of Poland. The section of the Civil Procedure at the Codification Committee in the Second Polish Republic established that the Code of Civil Procedure is to be based on the principle of open proceeding, the principle of oral and written examination, the principle of direct examination of evidence by the judge whereas the adversarial principle is to be linked to an investigative procedure remaining the principle of a free exercise by the parties of their rights.[31]

Changes in socialization of the private law are dated back to the turn of 19th and 20th century. The truth seeking in the proceeding was described in detail in the civil procedure theory, what was also reflected in Polish doctrine in the interwar period: „The civil procedure should give a fair jurisdiction in conformity with the actual state and the binding acts, at the same time should lead to getting an enforceable title as quick as possible. On the other hand the economics of trials requires reducing the expenses and the amount of workload to the parties and especially to the court in order to achieve the above mentioned aim."[32]

Similarly the requirement of truthfulness in the civil proceeding emerged before the socialist civil procedure.[33] According to the Civil Code of Austria (1895) parties should have presented only facts (*Wahrheitspflicht*) in relation to refrain of formal truth in the civil process.[34] On the basis of this principle the Code of Civil Procedure of Hungary (1911) and the Code

---

[23] WENGEREK, Edmund, *Demokratyzacja procesu cywilnego w Polsce Ludowej...*, p. 45.

[24] SIEDLECKI, Władysław, *Zasada kontradyktoryjna a zasada śledcza* w polskim procesie cywilnym, „Państwo i Prawo" ,1953, No. 2, p. 239.

[25] BERUTOWICZ, Włodzimierz, *Postępowanie cywilne w zarysie*, Warszawa, 1974, p. 238, 240.

[26] TABĘCKI, Czesław, Dowody i dowodzenie według socjalistycznych procedur cywilnych, „Nowe Prawo", No. 7-8, 1955, p. 19-20.

[27] SÓJKA-ZIELIŃSKA, Katarzyna, *Wielkie kodyfikacje cywilne. Historia i współczesność*, Warszawa, 2009, p. 222-223; *Idem, Kodeks Napoleona. Historia i współczesność*, Warszawa, 2007, p. 123-127; *Idem, Drogi i bezdroża prawa*, Wrocław-Warszawa-Kraków, 2000, p. 64.

[28] *Allgemeine Gerichtordnung* (1895) in § 183, provided for the possibility of the court to obtain evidence *ex officio* if there were reason to expect, on the basis of the claim or in the course of proceedings, that such evidence would bring about clarification of relevant facts. However documentary evidence is only admissible if at least one of the parties has referred to the document in question. Moreover, the hearing of witnesses and the taking of documentary evidence were inadmissible if both parties objected to it. See also *Ustawa o postępowaniu sądowem w cywilnych sprawach spornych. (Procedura cywilna) obowiązująca na ziemiach b. zaboru austrjackiego tudzież na Spiszu i Orawie*, transl. WIDAKIEWICZ, Jan, Warszawa, 1925.

[29] *Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern* (1918) art. 214: „Beweismittelbeiziehung durch den Richter Der Richter kann Beweismittel heranziehen, welche von den Parteien nicht angerufen sind. Er entscheidet, welche Partei in diesem Falle die für die Durchführung notwendigen Kosten vorzuschiessen hat."; *Die Zivilprozessordnung für den Kanton Zürich* (1913), § 166: Der Richter kann ausnahmsweise auch von Amtes wegen Beweise abnehmen, welche die Parteien nicht speziell anerboten haben, sofern sich aus den Akten Anhaltspunkte ergeben, dass dadurch die Feststellung des wahren Sachverhalts gefördert wird. Die Beweisabnahme hat aber zu unterbleiben, wenn die beweispflichtige Partei darauf verzichtet oder in unentschuldbarer Weise innert angesetzter First für die entstehenden Barauslagen keinen Vorschuss geleistet hat.";

[30] RYLSKI, Piotr, *Działanie sądu a podstawa faktyczna wyroku cywilnego*, Warszawa, 2009, p. 135-136; OBERHAMMER, Paul, DOMEJ, Tanja, *Germany, Switzerland and Austria: Power of the judge*. [in:] *European Traditions in civil Procedure*, ed. VAN RHEE, Cornelis, Hendrik, Antwerpen – Oxford, 2005, p. 299-300.

[31] GOŁĄB, Stanisław, *Projekty polskiej procedury cywilnej. Powstanie – uzasadnienie – zdania odrębne*, Kraków, 1930, p. 41

[32] FIERICH, Franciszek, Ksawery, *Postępowanie przed sądami okręgowymi. Uwagi ogólne. Rzut oka na strukturę najważniejszych procedur cywilnych*, [in:] *Polska Procedura Cywilna. Projekty referentów z uzasadnieniem. Przedruk wyczerpanych druków z r. 1921 i 1923*, t. I., Warszawa, 1928, p. 187.

[33] WALIGÓRSKI, Marian, *Gwarancje wykrycia prawdy w procesie cywilnym*, „Państwo i Prawo", 1953, No. 8-9, p. 268.

[34] *Allgemeine Gerichtordnung* (1895), § 178.

of Civil Procedure of Zurich (1913) was created.[35] The draft of the Code of Civil Procedure of interwar Poland (1929) had also regulation acting against the lie in the process.[36] The principle was permanently crossed out after handing over the draft to the Minister of Justice in December 1929. Stanisław Gołąb was particularly against. He claimed that eliminating the regulation from the draft of Polish Code of Civil Procedure would be more harmful to the practice of law.[37]

The Act of July 20th 1950 amended Code of Civil Procedure (1932) introducing the requirement of truthfulness to the Polish civil procedure. The binding at that time Code of Civil Procedure of RSFSR (1923) did not include a similar regulation.[38] A soviet doctrine did not take a definite stand on it. The Principles of Civil Procedure (December 8th 1961) and later the Code of Civil Procedure of RFSR were enacted on June 11th 1964 did not enact the requirement of truthfulness but a general abusive clause.[39]

V. The complete novelty of amendment of July 20th 1950 based on the Soviet model introduced tighter restrictions of the dispositive principle that was unknown to West European civil procedure.[40] Although the legal system in Poland have never adopted the Soviet model, in particular the general principle that court is not bound by the statement of claim. According to the Act of July 20th 1950 court was bound by the limitation of claim with exceptions of cases where the Treasury or other subject of the State Arbitration is the plaintiff, and the amount of a claim was not established by a particular agreement or regulation, where the subject of the action were a claim for alimony, a claim arising from employment or claim for the redress of a damage caused by a tort.

The dispositive principle in the Socialist legal system was limited what was shown by the democratization within the civil procedure giving a broad scope of prosecutorial power[41], social organizations and authority representative involvementas well as workers' collectives in the civil proceeding.[42] The involvement of these subjects was to accomplish Lenin's demands for expanding state interference in the relations under private law in accordance with the dichotomy assumption denial in the Soviet legal system.[43]

An initiative allowing participation of an authority representatives, social organizations and workers' collective in the civil procedure was a result of decisions made during the 21st Congress of the Communist Party of the Soviet Union (June 1959): „Now that the Party has worked out a concentrate programme of technical progress in every field of national economy, its primary task will be to ensure that this programme is carried out to smallest detail in every place of work, in every sovnarkhoz, in every enterprise…[…] Constant public control of the performance of these decision will now determine whether we shall succeed in realizing the Seven Year Plan of Twenty-First Congress of the Party."[44]

The first stage of codification within the New Code of Civil Procedure of the People's Republic of Poland was finished with the draft in 1955, thwarting the achievements of Polish doctrine within the civil procedure: „This achievement was ignored on behalf of the program of political, social and economic nature accomplishing deep changes, more zealously than it was needed." (Stefan Grzybowski)[45]. The assumptions of the draft were criticised: „the project was influenced by the tendencies of the previous period, where abstract dogmas was prepared for every social problems, and state and social life were forced to change or foil an objective principles using administrative measures."[46] Doubts were expressed in particular in the le-

[35] *A polgári perrendtartásról 1911. évi I. törvénycikk*, § 222: „A bíróság a félnek az előbbi §-ban emlitett oly utólagos előadásait és utólagosan ajánlott bizonyitékait, a melyek figyelembevétele a tárgyalás elhalasztását tenné szükségessé, hivatalból is figyelmen kivül hagyhatja, ha arról győződik meg, hogy a fél előadásait az ügy elintézésének késleltetése végett szándékosan halogatta. Azt a felet vagy képviselőt, a ki jobb tudomása ellenére az ügyre tartozó oly tényt állit, a mely nyilvánvalólag valótlan, az ügyre tartozó tényt nyilvánvalólag alaptalanul tagad, vagy nyilvánvalólag alaptalanul hivatkozik valamely bizonyitékra, a bíróság hatszáz koronáig terjedhető pénzbirsággal bünteti."; *Die* Zivilprozessordnung für den Kanton Zürich (1913), § 90: „Die Parteien sollen wissentlich keine ungerechten Prozesse anheben und sich zur Verfolgung ihrer Rechte nur erlaubter Mittel bedienen. Dem Richter gegenüber sind sie zur Wahrheit verpflichtet. Böswillige order mutwillige Prozessführung ist von Amtes wegen disziplinarisch zu ahnden."

[36] § 82 of the draft prepared by Józef Skąpski, member of the section of the Civil Procedure at the Codification Committee in the Second Polish Republic: „The parties are obliged to present truthfully the case details and answer truthfully to statements, applications and evidences of the opposite party. The court can fine." *Polska Procedura Cywilna*..., t. I., p. 133.

[37] GOŁĄB, Stanisław, *Projekty polskiej procedury cywilnej* …, p. 75.

[38] WALIGÓRSKI, Marian, *Gwarancje wykrycia prawdy w procesie cywilnym*..., p. 268.

[39] Article 24. *Об утверждении Основ гражданского судопроизводства Союза ССР*...; Article 30. *Гражданский процессуальный кодекс РСФСР от 11 июня 1964 года*...

[40] Article 14. *Об утверждении Основ гражданского судопроизводства*...; Article 12. *Гражданский процессуальный кодекс РСФСР от 11 июня 1964 года*...

[41] LITYŃSKI, Adam, *Historia prawa Polski Ludowej*, Warszawa, 2013, p. 237-238. About Soviet patterns in matter of participation of public prosecutor in civil proceeding see also LITYŃSKI, Adam, *Prawo Rosji i ZSRR 1917-1991, czyli historia wszechzwiązkowego komunistycznego prawa (bolszewików). Krótki kurs*, Warszawa, 2010, p. 280-281. See also STAWARSKA-RIPPEL, Anna, *O pierwszym radzieckim kodeksie procedury cywilnej. Postępowanie cywilne od dekretów o sądzie do początków rekodyfikacji radzieckiego prawa*, [in:] *O prawie i jego dziejach księgi dwie. Studia ofiarowane Profesorowi Adamowi Lityńskiemu w czterdziestopięciolecie pracy naukowej i siedemdziesięciolecie urodzin*, ed.: J. Ciągwa, M. Mikołajczyk, P. Fiedorczyk, A. Stawarska-Rippel, T. Adamczyk, A. Drogoń, W. Organiściak, Białystok-Katowice, 2010, t. 2, p. 351-355.

[42] Article 8, Articles 61, 62, 63 and Article 87 § 3. Polish Code of Civil Procedure (1964). See also WENGEREK, Edmund, *Demokratyzacja procesu cywilnego*..., p. 39. Compare Article 30 and Article 36. *Об утверждении Основ гражданского судопроизводства Союза ССР*...; Article 147. *Гражданский процессуальный кодекс РСФСР от 11 июня 1964 года*...

[43] LITYŃSKI, Adam, *Prawo Rosji i ZSRR 1917-1991*..., p. 198.

[44] BOIM, Leon, MORGAN, Glenn, G., RUDZIŃSKI, Aleksander, W., *Legal Controls in the Soviet Union. Law in Eastern Europe. A series of publications issued by the Documentation Office for East European Law University of Leyden*, No. 13, ed. SZIRMAI, Z, Netherlands, 1966, p. 40.

[45] Štefan Grzybowski [in:] SAWCZUK, Mieczysław, *Tradycja a postęp w nowelizacji cywilnego prawa sądowego (in statu nascendi)*, Teka Komisji Prawniczej – Ol PAN, Lublin, 2008, p. 158.

[46] BERUTOWICZ, Włodzimierz, *Charakter zmian prawa i postępowania cywilnego w Polsce Ludowej*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Wrocławskiego, Seria A, Prawo, t. III, Wrocław, 1958, p. 208.

gitimacy of the judgement by default annulment, an excessive expansion of the judicial control over parties' action and sustaining the prosecutorial power: „The prosecutorial power was expanded in the project in comparison with the actual state, and currently it indicates the tendency of the public prosecutor to overuse the power in a way raising doubts (instituting an divorce suit against both spouses, bringing a revision of a judgement, which became final and valid for all parties)"[47]. The project was ahead of all counties of people's democracy and even the USSR.[48] It assumed the interference of a public prosecutor in the field of private citizen's relations: „To bring a divorce action by a public prosecutor seems to be in contrary to a binding the liberty divorce principle in the Socialist legal system and a basic tendency to maintain the marriage…".[49] In the Soviet legal system a public prosecutor could bring an action in every civil case (Article 2 of the Soviet Civil Code 1923). It is well-known that the family law was separated from civil law in Soviet legal system. Only one spouse could have brought the divorce action in USSR.[50]

The codification of the civil procedure in Poland and mainly its assumptions revived after the political turn in 1956. The new Code of Civil Procedure enacted in 1964 was on quite good factual level. Political changes and the continuity of tradition in civil procedure contributed to this.

VI. The characteristic feature of the Socialist civil procedure was an enfeeblement of law applied in law courts oriented on conflict settlement on behalf of increasing an administrative law. A significant symptom of this phenomenon can be found in the course of change in civil procedure in the People's Republic of Poland. The tendency, decreasing the meaning of the categories of cases, disputed and protected an essential interest of the individual what weakened judicial factor and excluded certain categories of cases on behalf of a local committee, state arbitration or arbitration committee.[51] An expression of these tendencies was also a limitation of contentious proceedings on behalf of expansion of non-contentious proceedings that is close to administrative procedure. It led to an escalation of investigative element in the civil procedure.[52]

In Poland, after the political breakthrough of 1989 and 1990, the amendment of the Code of Civil Procedure is still a matter of discussion.[53] At the beginning the most important issue was to reintroduce the adversary model restricting the power of a judge and enhancing parties' activity, departing from the substantial, objective truth doctrine. The aim of amendments was to improve the civil procedure. Considering the problem in this context Marcel Strorme statement is symptomatic: „Don't ruin everything what was built in last 50 years e.g. advising the judge, limiting legal measures, legal assistance to weak parties, and the like. You are going to ruin everything what was characteristic to dictatorship against the independence of the judiciary."[54] The comparatists noticed that a natural tendency to system transformation in the countries of East-Central Europe is a distinct expansion of parties' autonomy. Is seems to be a reminiscence of a belief that state interferes in the civil procedure because of political reasons.[55]

There are some reservations in the doctrine about remaining in the Polish Code of Civil Procedure an official element limiting the dispositive principle in the form of an excessive expansion of prosecutorial power in the civil proceeding. It doesn't have a pattern in the civil procedures of Western European countries.[56]

[47] BERUTOWICZ, Włodzimierz, *Charakter zmian prawa i postępowania cywilnego*..., p. 208-209.
[48] STEFKO, Kamil, *Udział prokuratora w postępowaniu cywilnym*, Warszawa, 1956, p. 49-50.
[49] SIEDLECKI, Władysław, *Glosa do orzeczenia S.N. z dnia 29 IX 1954*., (II C. 1370/53), „Państwo i Prawo", 1956, No 11, p. 918.
[50] LITYŃSKI, Adam, *Prawo Rosji i ZSRR 1917-1991*..., p. 264-268.
[51] LITYŃSKI, Adam, *Historia prawa Polski Ludowej...,* p. 73-76.
[52] LITYŃSKI, Adam, *Spór o postępowanie niesporne (1945-1964*), „Miscellanea Historico-Iuridica", t. 1., ed. LITYŃSKI, Adam, FIEDORCZYK, Piotr, Białystok, 2003, p. 62.
[53] ERECIŃSKI, Tadeusz, *O uwarunkowaniach, potrzebie oraz zakresie nowego kodeksu postępowania cywilnego*. „Polski Proces Cywilny", 2010, No. 1, p. 9-19.
[54] Marcel Strorme [in:] SAWCZUK, Mieczysław, *Tradycja a postęp w nowelizacji cywilnego prawa sądowego (in statu nascendi)...*, p. 170.
[55] VAN RHEE, Cornelis, Hendrik, *Introduction,* [in:] *European Traditions in civil Procedure*..., p 23.
[56] See MARKIEWICZ, Krystian, *Prokurator w postępowaniu cywilnym w ujęciu historycznym*, [in:] *O prawie i jego dziejach księgi dwie. Studia ofiarowane Profesorowi Adamowi Lityńskiemu w czterdziestopięciolecie pracy naukowej*..., t. 2, p. 61-73.

A Historical-Legal Overview of Constitution as the Highest Political-Legal Act of a State

Blerton Sinani - Sami Mehmeti***

Abstract

The constitutional history is a constituent and very important segment of the science of constitutional law. From the beginning of the political history of the society, several legal acts have been enacted to regulate different social issues, including those concerning the behavior of the rulers. The first elements of constitution, as well as the first scientific premises that are significant for its content as legal act, are introduced in the Greco-Roman world. This period is the beginning of history of the constitution in formal sense as well as in material sense even though in a rudimentary form. Even though, there is considerable data that certain states have enacted written acts with highest legal force before the end of 17th century, the science of constitutional law considers that the emergence of written constitutionalism is related to first written constitutions of American states in the 18th century.

***Key words**: legal act; constitution; state; legal system; contract theory; sovereignty; human rights and freedoms.*

1. Introductory remarks

All knowledge and theories are built on basis of notions/concepts. What are notions? In a general meaning, according to the theory, notions are means and instruments for understanding developments. The theory also considers notions as "tools" for thinking, criticizing, explaining and analyzing. As a consequence, every notion or concept has its own history, and no concept can be understood unless one has a minimum of elementary and general legal-theoretical knowledge about its background and historical development.[1] In accordance with this, for a scientific treatment of the constitution as a legal category it is necessary to make an overview to its historical background. Related to this, the constitutional history as a specific legal discipline, deals with the study of historical aspects of the creation of the notions, institutions and acts that have constitutional value and importance from the antiquity until the contemporary period, namely, from their beginning as political ideas, through their normative shaping in constitutional norms and finally their implementation in practice.[2]

1.1 In all scientific endeavors in the process of studying the notion of constitution, a key component is its historical aspect. In modern sense, the constitution as a legal-political act with highest legal force that systemizes or codifies the norms and principles which have crucial legal-political value and relevance and regulates the fundamental and most important social-political relations (the area of freedoms and rights of a human and citizen, and the organization and function of state power in a specific state) as part of the legal system of a certain state has appeared very late, namely, from the late eighteenth century and in the nineteenth century, and it is a result of the triumph of constitutional theory and the liberal democracy.[3] In relation to this, it is worthy to mention that the legal-constitutional theory on the modern liberal democracy is mainly based on these postulates:

First, the sovereignty of the people, which means the omnipotence of the people as a entirety of citizens who decide for their fate, for the main issues that have to do with their country, for the direction of state politics, the structure of the state power, the control of their activities, etc.;

Second, the guarantees of the fundamental rights, which require the function of a legal state, the enforcement and respect of the principle of the rule of law;

Third, constitutionalism, which includes on one side the duty of everyone to subjugate to the constitution, and on the other hand, the duty of state power to subjugate itself to the control of constitutionality and legality of their acts from an independent judicial body;

* Blerton Sinani, teaching assistant Faculty of Law, South East European University, Tetovo, The Republic of Macedonia.
** Sami Mehmeti, teaching assistant Faculty of Law, South East European University, Tetovo, The Republic of Macedonia.

1 Llambro Filo, *Historia për sistemet e qeverisjes*, Tiranë, 2003, pp. 13.
2 See: Nurko Pobrić, *Ustavno pravo*, Mostar, 2000, p. 22
3 Jovan Đorđević, *Ustavno pravo*, Beograd, 1976, p. 27.

Fourth, free elections, which include the right to be a candidate and create political parties, the freedom to vote and equality of the vote, secrecy of the vote and the equality of the conditions on information and propaganda during elections campaign;

Fifth, the exercise of power by the majority, the respect of the minority, which includes the freedom to criticize and the principle of peaceful alternation of power";

Sixth, the separation of state power and the control and mutual balance between the branches of the state power (legislative, executive and judiciary). Its objective is to prevent the concentration of political power on one body, or to prevent any branch to exercise unlimited power;

Seventh, the independent and autonomous judiciary, i.e., the existence of courts as special state bodies, separated organizationally from other state bodies, who exercise their duties independently according to the Constitution, laws and international treaties ratified in accordance with the constitution. As a matter of principle, no other state body (parliament, head of the state, government) can interfere or have any impact on the activities of courts when they take their decisions;

Eighth, the existence of the civil society, which includes non-state and nonprofit organizations and associations created on voluntary basis, through which citizens in an organized manner can make pressure on centers of political decision-making, manifest legitimate claims on issues of public interest and institutionally engage in their implementation, and, *ninth*, the principle of the laicity of the state, which means that the issue of faith and religion is treated as a personal freedom and as a right of every citizen to believe or not, to change his religion or to manifest his religious views in various forms.[4]

1.2 Objectively seen, the constitution as a legal act in formal sense, i.e., as a written and codified legal act, with supreme legal force, which regulates the constitutional issues within the legal system of a certain state, is an expression and creation of democratic and progressive forces which after maximal efforts succeeded in overthrowing the absolute monarchy and the feudal order. As a result this, it maximally limited and disciplined the absolute and unlimited power of the king, who in the absence of a constitution behaved arbitrarily and voluntarily. This is illustrated in the famous maxims that describe the emperor as "*legibus solutus*" (not bound by law) or *"quod principi placuit legis habet vigorem*" (that which pleases the emperor has the strength of law).[5] This struggle has to do with the demand for a written constitution, which would determine the legal limits of the state power and would ensure the sovereignty of the people, i.e., the democratic political regime.[6] In accordance with this, constitution is "the expression of the will of sovereign people", because it directly derives from the people. It is the constitution that limits the sovereignty of the state. It adheres to the social contract theory, which is the basis of conceptual inspiration of the modern liberal constitutionalism. The leitmotif of the social contract theory, which has inspired this movement and constitutional struggle, is that the state had been created according to a consensual act of the people, in form of a social agreement or contract. Man as rational and conscious being was aware how harmful was the war of all against all (*bellum omnium contra omnes*) and with his will decided to end this condition. People through a social contract (which in essence is hypothetical and imagined contract and not a real one - a legal fiction or construction), created the state, which ended this general and mutual war.[7]

According to the contract theory, a man from his birth has some natural rights, but these rights could not be enjoyed and secured on conditions of such an unlimited war. The lone individual is not able to secure his rights, such as freedom, property and this situation of uncertainty impels people to create an institution, the state, which serves the common interest and protects their natural rights and freedoms. People undertook the obligation to subjugate to the state, which on the other hand, undertook the duty to protect and guarantee their natural rights. According to the contract theory, man sacrifices part of his rights and freedoms, with their conveyance to the state in order to exercise other rights and freedoms more securely.[8] This means that people and individuals were created before the state, they created the state and for this reason they are older than the state.

The legal expression of the social contract which is created on the basis of sovereignty of the people is the constitution as an act which legitimates the state power. The first written constitutions, such as those of the USA and France, are a product of democratic revolutions, and this origin is expressively mentioned in their preambles. A logical consequence of this kind of approach about the origin and the character of the constitution is its legal supremacy over other laws. The constitution creates the state and it is an act of the original and supreme power which is exercised indirectly by the representatives of the people.[9] In fact, all constitutional acts as general normative

4 See: Jocelyn Maclure & Charles Taylor, *Secularism and Freedom of Conscience*, Harvard University Press, 2011, p. 19-16; Lorenzo Zucca, *A Secular Europe*: *Law and Religion in the European Constitutional*, Oxford University Press, 2012, p.177-178. The state guarantees this as a personal freedom, but does not recognize an official religion. This concept is typical for the liberal democracy model, where faith and religion are individual issues. The religious belief is determined by constitution as fully free and religions are equal. Along with the guarantee of the freedom of religion and belief, secular states prohibit with their constitutions the involvement of religion and faith in the public and political life. There are two constitutional examples of the secular state. According to article 8 of the Constitution of the Republic of Kosovo of 2008: "*The Republic of Kosovo is a secular state and neutral in the issues of religious beliefs*"; according to article 10, paragraph 1 of the Constitution of the Republic of Albania: "*In the Republic of Albania there is no official religion*".

5 See: R. C. van Caenegem, *An Historical Introduction to Western Constitutional Law*, Cambridge University Press, 1995, p. 89.

6 John Locke articulated the old idea that the state should be governed according to certain laws and not arbitrarily. According to the dominant opinion of the illuminists the best form of governance is that in which the individual is subjugated to known and clear laws; this ideal excluded the arbitrary and uncontrolled despotism that characterized absolute monarchies. – See: J.M Kelly, *A Short History of Western Legal Theory*, Oxford University Press, 1992, p. 282.

7 Luan Omari, *Parime dhe institutcione të së drejtës publike*, Tiranë, 2006, p. 17-18.

8 Jonathan Israel, a *Revolution of the Mind*: *Radical Enlightenment and the Intellectual Origins of Modern Democracy*, Princeton University Press, 2010, p. 37-40.

9 Nurko Pobrić, *Ustavno pravo*, 2000, Mostar, p. 11.

acts that have supra-legal power, define people as "bearer of sovereignty". The exercise of sovereignty by the people is realized in various forms. They are in essence the forms of peoples' participation on governing the country. In principle, people exercise sovereignty "through their representatives". By electing their representatives in the Parliament, people "delegate the power to them" for enacting laws and determining the politics of the state. Nor the enactment of laws, nor the determination of the politics of the state can be alienated from the Parliament. This democratic and progressive concept which stands on the foundations of the social contract theory (and which has motivated and encouraged the fighters for the independence of the American colonies and the creation of their federal state, as well as the leaders of the French revolution), has been fused with a highly skillful legal-professionalism by Emmanuel Joseph Sieyes in his constitutional theory on the constituent power (*pouvoir constituent originaire)* as an original, constitutive and supreme power that adopts and amends the constitution and the legislative power (*pouvoir constituent derive)* as a constituted, derived and secondary power, organized on the basis of the constitution.[10] This means that the legislative power as well as the executive and judicial powers are constitutional powers, because the constituent power creates them through the constitution. Therefore, it should be drawn "a line of demarcation" between the constituent power, i.e. the power that adopts the constitution, and the constitutional power, i.e. the power that is created by the constitution.

A logical and obvious conclusion that could be reached is that the political will of the people is the moral substrate of the state and a source of the constituent power, through which the state is created. Moreover, the constitution is not an emanation and creation of the state, but on contrary, the state power is emanation and creation of the constitution. This is best illustrated and explained by one of the founding fathers of the American Constitution of 1787, Thomas Paine who says: *A constitution is not a thing in name only, but in fact. It has not an ideal, but a real existence; and wherever it cannot be produced in a visible form, there is none. A constitution is a thing antecedent to a government, and a government is only the creature of a constitution. The constitution of a country is not the act of its government, but of the people constituting its government. It is the body of elements, to which you can refer, and quote article by article; and which contains the principles on which the government shall be established, the manner in which it shall be organized, the powers it shall have, the mode of elections, the duration of Parliaments, or by what other name such bodies may be called; the powers which the executive part of the government shall have; and in fine, everything that relates to the complete organization of a civil government, and the principles on which it shall act, and by which it shall be bound. A constitution, therefore, is to a government what the laws made afterwards by that government are to a court of judicature. The court of judicature does not make the laws, neither can it alter them; it only acts in conformity to the laws made: and the government is in like manner governed by the constitution.*[11] In accordance with this, constitution is an act of the will of the sovereign people, the law above all laws, the supreme law, a political contract through which the state is created and whom every state institution should observe. An indicative and striking example is the French Declaration of the Rights of Man and Citizen of 1789, according to which: *A society in which the safeguarding of rights is not assured, and the separation of powers is not established, has no constitution* (Article 16). Nevertheless, the contractual theory an individualist theory, was based on the ideas of the natural law,[12] and its starting point is the man and his natural rights.

With the justification that the state was created as a result of a contract, the state is explained as a social phenomenon. In this way, the contractual theory was a typical product of its time, when the individualism and rationalism of the school of natural law dominated the explanation and interpretation of the world in general and the state in particular.[13] The main exponent who advocated that sovereignty of the people should be transformed from idea to a political postulate is without doubt the French political philosopher Jean Jacques Rousseau. Other authors who contributed to the social contract theory and the School of natural law during 16th and 17th centuries were Hugo Grotius, Thomas Hobbes and John Locke.

For a long time before the emergence of the first written constitutions, "the omnipotence of the king" was based and justified in theocratic and autocratic theories that developed

[10] Pavle Nikolić, *Ustavno pravo*, Beograd, 1997, p. 61.

[11] A W Bradley, K D Ewing, *Constitutional and Administrative Law*, Edinburgh, 2003, p. 5.

[12] The main events that enabled the practical realization of the ideas of the natural law were the revolutions of the late 18th century in North America and France. Although there were structural differences between the American and French model, the influence of the Virginia Declaration of Rights of 1776, United States Declaration of Independence of 1776 and the Constitution of the USA of 1787 in the process of constitutionalism in France was great. The normative constitutional concept in article 16 of the French Declaration of the Rights of Human and Citizen of 1789 reflects the American model, because it stipulates the protection of human rights and the separation of state power as minimal elements that a real constitution should contain. On the other side, the French Declaration of the Rights Human and Citizen and the Constitution of France of 1791 reflect the French philosophy, especially the doctrine of Montesquieu for the separation of state power and the theory of Jean Jacques Rousseau for the social contract and peoples' sovereignty. Revolutionaries in general do not consider the existing order as given; on contrary they see the state and society as entities that are human creature. According to Emmanuel Sailes, the claim of citizens to be pouvoir constituent and pouvoir constitue is created only by the constitution which adopted by people. As a consequence, every power except of that of peoples not only is organized and limited by the constitution, but it is created by them. This self-confidence was a result of the emergence of emancipated and educated bourgeoisie which requested political independence as they had earlier achieved economic autonomy. See: J.M Kelly, *A Short History of Western Legal Theory*, Oxford University Press, 1992, p. 277-282. The constitutional monarchy established in France with the Constitution of 1791 in a decade was followed by the creation of the Republic in 1792, promulgation of the Jacobin Constitution in 1793, the Constitution of Directorate in 1795 and finally the Constitution of the Consulate in 1799. After the abdication of Napoleon Bonaparte and the restoration of the Bourbon monarchy in 1814, Luis XVIII enacted the Constitutional Charter which transformed Franc into a constitutional liberal monarchy. The Constitution of Poland of 1791 is considered the first written modern constitution in the European continent. In the meantime, its shortcoming is that the Polish bourgeoisie did not codify the human rights in its content. See more: Walter Pauly & Alexa Nieschlag "*Constitution*", *The Oxford International Encyclopedia of Legal History*, Oxford University Press, 2009.

[13] See: Fehmi Agani, *Studime sociologjike dhe politologjike*, Prishtinë, 2008, p. 69 – 78.

the idea that power of the king derives from God and he is accountable to none except Him. The king is God's vicegerent on Earth and he could not do any wrong! He was considered a special man with public personality and the whole state was his own. He was accountable only to God.[14] According to medieval conceptions, when the religious worldviews dominated, the ultimate power of the king was supported with divine origin of this power.[15] This leads to the conclusion that the essence of the theocratic and autocratic theories is that the sovereignty and authority of the king derived from God, that he governed according to the laws of God and that he was accountable only to God. The reality is that this is the principle of the absolute power of the king.

2. A legal-historical outlook of the early beginnings of constitution

From the beginning of the political history of the society, several legal acts have been enacted to regulate different social issues, including those concerning the behavior of the rulers.[16] Seen from a historical perspective, the oldest legal documents that contain norms with constitutional value are: The Code of Hammurabi, *Lex duodecim tabularum*-The law of twelve tables, *Constituciones principum*-acts of Roman emperor; Laws concerning Israel's Kings; and the Constitutional Charter of King Taishi Shotoku from Japan.[17] On the other hand, the first elements of constitution, as well as the first scientific premises that are significant for its content as legal act, are introduced in the Greco-Roman world. This period is the beginning of history of the constitution in formal sense as well as in material sense even though in a rudimentary form. In the works of classical Athenian philosophers like Plato and Aristotle there are some observations on the constitutions of Greek city-states, poleis.[18] In his *Laws*, Plato makes a comparison of the laws of the Greek city-states; he not only describes them, but also tests them against the ideal constitution he constructs out of them. Prior to writing his *Politics*, Aristotle also examined the constitutions of no less than 153 city-states, though only the portion devoted to Athens and Sparta has come down to us. This work can be described as philosophical speculation on the basis of comparative law.[19]Original copies of the Constitutions of Athens and Sparta are kept in the Library of Alexandria, as other copies of these documents are available for the scientific auditorium.[20] It is worthy to be mentioned that Aristotle was the first to use the term *politeia* (constitution) in his book Politics in order to designate the foundations on which the whole state regulation is based, the entirety of primary legal norms on the organization and function of state power. He used the term *nomoi* (laws) to designate the entirety of secondary legal norms, through which the primary legal norms (*politeia*) are implemented. A prime example of the works of great legislators are the *Laws of Lycurgus* in Sparta and the *Laws of Solon* in Athens which regulated certain issues of the constitutional area.[21]

Analogically to Ancient Greeks, the Romans made a clear technical distinction between the primary legal norms and the secondary ones. They differentiated between two types of higher authorities: the authority that creates the state (*rem publicam constituere*) and the authority that enacts laws (*leges scribere*).[22] In this way, the power that creates the state is an authentic or primary authority, whereas the power than enacts laws is a derivative or secondary power. The word '*constitutio*' was created to designate the power that constitutes the state (*rem publicam constituere*). As a consequence, it can be concluded that etymologically the origin of the word constitution is from the Latin word "*constitutio*", which was used for the first time by the famous Roman lawyer Cicero. In the classical Roman law the term '*constitutio*' meant the obligatory legal norms that were created by the Roman emperor, in order to regulate some of the most important legal issues in the state.[23] In various periods of the development of Roman state, '*constitutio*' served to express different legal notions of the public law, such as: decree, regulation, order, organization, structure and position or status.[24]

Later, the term '*constitutio*' was used in England during the reign of King Henry II to designate expressly solemn and important laws. The Constitutions of Clarendon of 1164[25] was a result of the need of conversion/transformation of the customary law into written law. Furthermore, the Constitution of Clarendon codified

[14] Colin Morris, *The Papal Monarchy*: *The Western Church from 1050 to 1250*, Oxford University Press, 1989, p. 14-21.
[15] See: R.C. van Caenegem, *An Historical Introduction to Western Constitutional Law*, Cambridge University Press, 1995, p. 17-18.
[16] Kurtesh Saliu, *E drejta kushtetuese,* Prishtinë, 1998, p. 63.
[17] Svetomir Škarić, *Sporedbeno i makedonsko ustavno pravo*, Skopje, 2004, p. 91-94.
[18] The main idea of what can be called the spirit of the history of Ancient Greece is its constitutionalism. According to Isocrates, the constitution id the spirit of the state, whereas according to Aristotle the constitution is the state. It should be noted that for ancient Greeks the term constitution (*politeia)* is used as synonym to express the city-state (polis) and they represent all public life inside the city-state. - See: A.H.J. Greenidge, *A Handbook of Greek Constitutional History*, Cosimo Classics, 2005, p. 5.
[19] Konrad Zweigert & Hein Kötz, *An introduction to Comparative Law*, Oxford, 1998, p. 49.
[20] Aristotel, *Aristotelov Ustav Atenski*, Zagreb, 1948.
[21] Miodrag Jovičić, *O ustavu*, Beograd, 1977, p. 30.
[22] George Mousourakis, *A Legal History of Rome*, Routledge, 2007, p.107-8.
[23] Veljko Mratović, Nikola Filipović, Smiljko Sokol, *Ustavno pravo i političke institucije*, Zagreb, 1986, p. 24.
[24] Brian Z. Tamanaha, *On the Rule of Law*, Cambridge University Press, 2004. p. 11-14
[25] Constitutions of Clarendon – Statutes enacted in 1164, during the reign of Henry II, by which the jurisdiction of the ecclesiastical courts was limited and the cleric's exemptions from secular jurisdiction were greatly narrowed. During the first half of the twelfth century the claims of the church were growing, and the duty of asserting them passed into the hands of men who were not mere theologians but expert lawyers. Then, as all know, came the quarrel between Henry and Becket. In the Constitutions of Clarendon (1164) the king offered to the prelates a written treaty, a treaty which, so he said, embodied the "customs" of his ancestors, more especially of his grandfather. Becket, after some hesitation, rejected the constitutions. The dispute waxed hot; certain of the customs were condemned by the people. The murder followed … From Henry time onwards the lay courts, rather than the spiritual, are the aggressors and the victors in almost every contest". – cited from Black's Law Dictionary, USA, 1999, p. 307.

and sanctioned the existing customary norms.It was written in 16 articles and it regulated the relationship between state and church in England.[26] During the feudal state, the Catholic Church accepted from the Roman law the term '*constitutio*' and used it to refer to the highest act that regulates the organization of the church.[27] Moreover, in the feudal state there were other laws that had legal-constitutional value and importance, and higher legal force compared to ordinary laws. For example, in France during the 17th century, before the adoption of a written constitution, the phrase "laws of the kingdom" (*les lois du royaume*) or fundamental laws (*les lois fundamentales*) was used for fundamental legal norms that had been in a considerable amount unwritten, and later they would be used to designate the constitution in formal sense. Along with them, there were the so-called 'laws of the king' (*les lois du roi*). While king had the right to independently and unilaterally enact and amend ordinary laws (*les lois du roi*), 'the laws of the kingdom' (*les lois du royame*) or the fundamental laws (*les lois fundamentales*), could be enacted or amended by the king only with the agreement of *Etats generaux*.[28] These fundamental laws were mandatory, as they regulated some basic issues of the state (e.g. the succession of the crown, the property of the king, etc.) and were considered more important than the ordinary laws, although these fundamental laws were not written, but had customary character.[29]

In the theoretical aspect, it is interesting to point out that Jean Bodin made a distinction between the fundamental laws of the state (*leges imperii*) and the ordinary laws of the state (*leges*), in which case the fundamental laws of the state (*leges imperii*) were mandatory even for the holder of state sovereignty, and that the ordinary laws should always be in accordance with them.[30] Besides this, it should be pointed that John Locke, as one of the most prominent representatives of natural law theory, made a distinction between two basic types of contract: the main contract and the supplementary contract (trust). The former creates the state as a stable and permanent community, whilst, the trust sets organs of the state which are temporary and changeable, as are individuals who carry out duties as organs of the state. Constitution is the main contract, as the legal act with the highest legal force, the supplementary contract includes laws with lesser legal force than the constitution.[31]

2.2. In the science of constitutional law, there is considerable data that certain states have enacted written acts with highest legal force before the end of 17th century, i.e., before the historical period that is considered as the beginning of written constitutionalism. For example, the Republic of San Marino adopted its Statute – the first constitution in 1263, whereas Sweden in 1634 adopted the so-called constitution *Regerungs form* – Form of government (it included 65 articles which regulated the relations between the king and specific classes of population, and this in essence reflected the feudal relations of that period) – it is the predecessor of the complete written constitution, which has adopted in 1719 (after this constitution, Sweden adopted new constitution in 1772). Even it was under English colonial rule, an autonomous act of constitutional character which was named "*Fundamental Order*" was adopted in 1639 in one of American states, Connecticut.[32] Nonetheless,

[26] Ratko Marković, *Ustavno pravo*, Beograd, 1982, p. 51.

[27] Kasim Trnka, *Ustavno pravo*, Sarajevo, 2000, p. 29.

[28] In the late middle ages, in France the expression 'lois fundamentales' was used to designate legal acts which regulated issues related to the succession of royal crown. In the period of the Holy Roman Empire, the expression 'leges fundametales' was used to designate the provisions that were part of Peace of Augsburg (1555) and the Peace of Westphalia (1648). – See: Randall Lesaffer, *European Legal History: A Cultural and Political Perspective*, Cambridge University Press, 2009, p. 307-310.

[29] Elisabeth Zoller, *Introduction to Public Law: A Comparative Study*, Martnus Nijhoff Publishers, 2008. p. 41-50. With the customary law in the general sense, it is meant the rules stipulated and accepted in practice, which in absence of specific written norms gain the value and importance of legal norms including state sanctioning. Constitutional customary rules often came to consideration after the end of revolutions and in the period when constitutional norms that would reflect the new reality and situation have not been adopted. – cited according to: Josip Sruk, *Ustavno uređenje Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije*, Zagreb, 1976, p. 6.

[30] Radomir Lukić, *Istorija političkih i pravnih doktrina*, Beograd, 1973, p. 316.

[31] Scott Gordon, *Controlling the State: Constitutionalism from Ancient Athens to Today*, Harvard University Press, 2011, p. 25-28.

[32] For more see: Šefko Kurtović, *Ustavi i ustavni akti doneseni u svijetu prije Ustava SAD*, Beograd, 1990, p. 17-31; From 1776 to 1787 all thirteen American states adopted their constitutions, while the US Constitution of 1787, which is the first federal constitution in the world, accepted and refined the spirit and content of earlier constitutions of American states and the American Declaration of Independence. These constitutions are the first modern written and complete constitutions in the modern constitutionalist history. Objectively seen from a historical perspective, the first written constitution in the American continent in 29 June, 1776, as the Declaration on the Human Rights of 12 June 1776 was adopted by the American state of Virginia (it was written by the democrat statesman and thinker, Thomas Jefferson) before the enactment and proclamation of the Declaration of Independence in 4 July, 1776, according to which the thirteen united colonies decided to split from England and proclaim their freedom and independence. Inspired from this constitution, the same was done in all newly independent states in North America. However, although the English colonies of America formally declared independence, the war between them and England continued for five consecutive years. In the meantime, colonies that called themselves as the United States of America, projected an agreement, which united them as "one state". The Agreement which was named "Articles of confederation and Perpetual Union", in 1777 was adopted by a congress of states and in July 1788 it was officially signed. But, on the other hand, articles became obligatory when they were ratified by the thirteenth state, Maryland in March 1781. In the end, all this constitutional activity in the American soil was crowned with the adoption of the Constitution of the USA on 17 September 1787, in which case the confederation as a union of independent American states became a federation as unique state community. In accordance with Article VII of the Constitution of the USA, there was requirement that 2/3 of the constitutive federal units, i.e. 9 from 13 states, ratify it in order to enter into force. The ratification was completed in the times pan of ten months and the Constitution entered into force on 4 March, 1789. In the same year George Washington was elected as the first president of the USA. As a matter of fact, before the abovementioned constitutions of American states and the Constitution of the USA, there were some other written and complete constitutions, such as the Instrument of governance known as the Constitution of Cromwell in 1653, the Constitution of Sweden in 1719 and the Constitution of Connecticut in 1638. However, because of the certain characteristics of these constitutions and the historic conditions and circumstances in which these constitutions were adopted, they are not considered as the first modern constitutions. The Constitution of Cromwell never entered into force, the Constitution of Connecticut was not a constitution of an independent and sovereign state, and the Constitution of Sweden was more a constitution of an absolute monarchy than a constitution in modern sense which would be based on the sovereignty of the people, human rights and freedoms and democracy. – See: Floyd G. Cullop, *The Constitution of the United States*, New York, 1999, p. 5-6; Rex E. Lee, *A Lawyer Looks at the Constitution*; Brigham Young University Press, 1981, p. 33-35.

the science of constitutional law considers that the emergence of written constitutionalism is related to first written constitutions of American states in the 18th century (such constitution was adopted by Virginia in 1776; Massachusetts in 1780), respectively the federal constitution of the USA in 1787.[33]

Aside from the abovementioned topics, other names have been used to designate the constitution as the fundamental and highest legal act: "*Basic Law*"[34], "*Statute*",[35]"*Constitutional Law*",[36] "*Constitutional Framework*";[37] "*Constitutional Charter*".[38] Hence, it can be concluded the constitution as a legal act in different times and states has had numerous names. Nevertheless, abovementioned acts with constitutional value and importance, even if they did not have the designation and form of a constitutional act, they had the internal substance of a constitutional act and represented the role of constitutions in respective states in given historic moments. So, even though in this case the importance of the terminology cannot be excluded, it is decisive and determinative that they have thematic content that is constitutional, and as such, they represent the constitutional acts of these states in a specific stage of their historical development.

There is no equivoque that a standard and universal legal term to indicate the constitutive and supreme legal act of an independent and sovereign state is the term constitution. From this, it results that the constitution in the original meaning of the word is a term that is exclusively reserved to show the constitutive and highest legal-political act of independent and sovereign states, on which on a certain state the power is organized, functions and exercised. However, it is interesting to point out the fact that some state entities as constitutive units within the federal states have had their constitutions. For example, the federal units in the USA, lands in Germany and cantons in Switzerland and Bosnia and Herzegovina have their constitutions,[39] complementary to federal constitutions. In these cases, the federal constitution regulates its legal supremacy over the constitutions and laws of federal units, cantons, etc. Likewise, in former Socialist Federal Republic of Yugoslavia and USSR, the republics and autonomous provinces, had their own constitutions that were positioned under the federal constitution on the hierarchy of legal acts, and as a rule they always had to be in compliance with the federal constitution.

The term constitution is used by various international organizations, such as the World Health Organization or International Labor Organization to designate their main constitutive, organizational and functional legal act. [40] One of dilemmas for the parties of European Convention who worked on the compilation of the constitutional treaty was whether to denominate that document 'constitution' or 'constitutional treaty'. There ware manifestations of terminological disagreements between different authors on how this constitutional act of EU should be named. Instead of the adjective "constitutional", different

[33] Arthur T. Von Mehren & Peter L. Murray, *Law in the United States*, 2nd ed. Cambridge University Press, 2007, p. 104-108.

[34] *Basic Law for the Federal Republic of Germany*, 1949, Text edition, Status: December 2000.

[35] The denomination Statute is one that is used in the comparative constitutional law and designates the constitutional act of a certain state, howsoever this denomination is not natural from the perspective of classical legal nomenclature of legal acts, for signifying the fundamental and supreme legal-political act of a state. Nevertheless, it should be mentioned that in constitutional history there are examples of statutes that in essence from their structure and content, have had the role and quality of a constitution in certain states on given historic moments. Examples are: *Statutae Republicae Sancti Marini* – The Statute of San Marino of 1600; *Statute of Autonomy of Catalonia* of 1979 and 2006; the Organic Statute of Albania of 1914 and Albanian Statues of 1920, 1922, 1925 and 1928. In this context, it should be given a panoramic rover view on the Statute of Shkodra. Shkodra, the medieval Albanian city is supposed to have adopted its Statute in 1346 and continued to amend it until 1469. The only copy of the original manuscript in Latin of the Statute of Shkodra is located in the Correr Archive in Venice. The Statute of Shkodra is without doubt a magnificent legal document which has a visibly constitutional character. This Statute has a range of procedural guarantees, which embody the fundamental rights and freedoms of the citizens and foreigners. The content of this Statute shows the high level of the cultural and legal development of the city of Shkodra in comparison with other Albanian or foreign cities such as Durrës, Tivar, Kotor, Ragusa, Venice, Florence, etc. The constitutional character of the Statute of Shkodra can be clearly seen in the wording of chapter 6 named "On the anti-statutory acts": "*Acts which are contrary to the Statute are null and invalid*". Other provisions with constitutional character that should be mentioned are chapters 89, 90, 91, 93, 97, 98-107. They stipulate some of the most important bodies in the city and the method of their election and function in the same manner as the modern constitutions that stipulate the main constitutional organs and all state apparatus. Other norms with constitutional character are especially chapters 110-151 which stipulate a range of norms which in their entirety create a framework of procedural guarantees on the right of due process in a independent and neutral court, and somewhat stipulate the organization and function of the judicial power in almost same way as the modern constitutions including the actual Constitution of Albania. All these norms and many others make the Statute of Shkodra without equivoque a genuine modern and democratic constitution. – See more broadly: Jordan Daci, *Karakteri kushtetues dhe garancitë procedurale në Statutin e Shkodrës*, Revista *E drejta*, Nr. 1/2011, Prishtinë, p. 37-44.

[36] For example, in Albania, the Law for the basic constitutional provisions of 1991, which was gradually supplemented by a number of other constitutional laws, substituted temporarily the Constitution of Albania until the adoption of a new complete constitution in 1998. Another example is the Constitution of France in 1875 which consisted of three constitutional laws: The Law on the organization of the Senate (24 February, 1875); the Law on the organization of public authorities (25 February, 1875); and the Law on the relationship between public authorities (16 July, 1875). A similar example is the Constitutional Law of the Socialist Autonomous Province of Kosovo of 1969.

[37] Constitutional Framework of Interim Self-government in Kosovo as an UNMIK Regulation, 2001/9, (22.05.2001).

[38] The denomination "Constitutional Charter" is used rarely in the comparative constitutional law. It was used in the French and Japanese constitutional legal history. In France, the constitutional Charter was adopted in 1814 and 1830, whereas in Japan it was adopted in 1889. However, the Constitutional Charter reemerged in the beginning of 21th century. Such an example is the constitutional Charter of Serbia and Montenegro. This act lost its legal force, when Montenegro was constituted as independent and sovereign state on the basis of the referendum held in 2006.

[39] From constitutional perspective, Bosnia and Herzegovina does not have e unique constitutional system. The constitutional system of this state consists from three main constitutions: *first*, the Constitution of Bosnia and Herzegovina as common federal constitution, *two*, the Constitution of Federation of Bosnia and Herzegovina as constitution of constitutive federal entity, and; *third*, the Constitution of Republika Srpska as constitution of constitutive federal entity) and ten other constitutions of cantons. – Arsim Bajrami, *Demokracia parlamentare*, Prishtinë, 2005, p. 262.

[40] See: *Constitution of the International Labour Organization*; http://www.un-documents.net/iloconst.htm; *Constitution*. of the *World Health Organisation*; http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf

authors, proposed several denominations for the European constitutional document. The majority considered this is as a new founding treaty of the EU, although there were others who defended the denomination constitution. Michel Barnier, since 2001 manifested his dilemmas on the denomination "constitution", with the justification that the EU is not a state, but a sui generis international organization, and as a consequence it can not have a constitution.[41] Finally, it should be warned that 'constitution' is a legal notion of internal law and not of international law, therefore it is unfair and unjust the use of the term "constitution" to show constitutional acts of various international organizations. This is because in the legal nomenclature of international law for constitutive legal acts of international organizations is used the denomination "Charter" or "Statute"[42] as more suitable and specific denomination.

3. Concluding remarks

From the legal-historical remarks regarding constitution as the fundamental and supreme normative-political act in accordance with analytical-legal approach, we can draw these conclusions:

First, every notion or concept has its own history, even though concepts cannot be understood without a minimum of elementary and general theoretical knowledge about their background and historical development;

Second, constitutional history is "a constituent and very important segment" of the science of constitutional law, which studies historical-legal aspects of the creation of notions, institutions and acts with constitutional value and importance from the antiquity until the modern period, especially from their beginning as political ideas, through their normative shaping in constitutional norms and finally their implementation in practice.

Third, the revolutionary and national-liberation processes constitute historical sources for the adoption of new constitutions and installation of constitutionalism. In fact, in the modern world, the emergence of a constitution is the result of the creation of a large number of new states, as a product of decolonization, or dissolution of federal states (ex-SFRJ, ex-USSR, etc.) or the creation of a new state from the unification of two or more independent states. Generally, a constitution reflects the ideological, philosophical and political beliefs and aspirations of those individuals that prepare and draft the constitutional act in a given historical moment;

Fourth, England is the first country where the term 'constitution' was used as synonym for the meaning of the modern constitution, during the debate in the House of Communes of the English Parliament in the beginning of 1688, and;

Fifth, there is no doubt that a standard and universal term to designate the constitutive, organizational and functional legal-political act in an independent and sovereign state is the term constitution. As a consequence, the constitution in the original meaning of the word is term that is reserved exclusively to designate the fundamental and highest legal-political act of independent and sovereign states, in accordance to which the activities and work of state organs is exercised. However, it is interesting to point the fact that some state entities as constitutive units within the federal states have had their constitutions. Therefore, it should be warned that constitution is a legal concept of the internal law and not of international law, therefore it is inadequate and unnatural the use of the term "constitution" to designate the constitutive legal acts of various international organizations. This is, because in the legal jargon of international law for designating the constitutive legal acts of various international organizations is used the term "Charter" or "Statute" as more adequate and specific denomination.

[41] Francis Snyder, *The Unfinished Constitution of the European Union*: Principles, Processes and Culture in J.H.H. Weiler & Marlene Wind, *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge University Press, 2003, p. 55-58.

[42] Charters and Statutes represent agreements on the creation, organization and determination of competences of international organizations or organs. In fact, Charters or Statutes are international collective acts with constitutional character. E.g. the Charter of the UN, the Charter of the Organization of American States, the Statute of International Court of Justice, the Statute of the Council of Europe, etc. – Arben Puto, *E drejta ndërkombëtare publike*, Tiranë, 2010, p. 364; Zejnullah Gruda, *E drejta ndërkombëtare publike*, Prishtinë, 2007, p. 290.

Éva Jakab

Szerzők, kiadók, kalózok. A szellemi alkotások védelmének kialakulása Európában

(Authors, Publishers, Pirates: the Development of Protection of Intellectual Works in Europe)

Budapest: Akadémiai Kiadó, 2012, 204 p. (HU ISSN 2062-9222)

The new monograph by Éva Jakab shows the European historical evolution of the legal protection of intellectual works from the 15th century till the end of the 19th century. The first chapter of the book offers a colourful picture of the first European centres of book printing and bookselling, the world of the printing and publishing houses of the 15th and 16th centuries in Mainz, Antwerpen, Frankfurt, Venice and London, the life and work of excellent pioneers of the printing trade. The author points to the new legal problems that resulted from the invention of printing, and carefully analyses the royal privileges and monopolies which were the first forms of the legal protection of authors, printers and publishers against the illegal reprinting of literary works. This protection was interwoven in every country with the protection of the state and church together with the evolution of censorship.

In the early part of the second chapter, we can become acquainted with the views of John Locke (1632–1704). The famous English philosopher thought that ownership was established by human labour which could be not only physical but also intellectual in nature. For this reason, the creator obtains ownership on his own intellectual creation. As Éva Jakab writes, on the grounds of this theory the Anglo-Saxon legal systems could classify intellectual property easily into other property forms.

In German territories Jacob Thomas Thomasius (1622–1684) wrote the first important treatise about literary plagiarism. According to this work, the essence of plagiarism is the perfidious appropriation and use of the ideas of others, under the name of the offender, without naming the original author. The typical perpetrators of this act are scholars, who are motivated by the desire for reputation. Plagiarism offends the Aristotelian principles of distributive justice: the offender gains profit at the expense of the injured party, disturbing the balance of justice. According to Thomasius, the perpetrator of this immoral act – which does not offend the rules of positive law – has to be responsible – in lack of judicial route – before his own conscience and before the public opinion. Christian Thomasius (1655–1728) – continuing his father's work – dealt with other typical forms of the authors' injuries (such as printing, reprinting, or content modification of the work without permission of the author), demonstrating the illegal nature of these acts on the basis of the leading principles of natural law (as, for example, honesty and justice).

In England the ownership of intellectual products gained recognition and protection at first in common law. According to the rules of common law copyright was perpetual. During the 17th century these rules were confirmed by a lot of statutes, such as the *Licensing Act* of 1662, which was, however, repealed by the Parliament in 1694. With this resolution protection against illegal editions came to an end, and it resulted in chaotic conditions in the English book market. In 1710, complying with the petitions of the publishers and booksellers, the Parliament was forced to enact a statute (*Act of Anne*), which confirmed the exclusive right of authors (or other copy owners) to print the books. The statute provided protection against the illegal editions under a threat of fine, but limited the rights of copy owners, considering the interests of the liberal market economy. As a matter of fact, previously, the richest participants of the book market were able to buy the publishing right of more promising works: it precluded the possibility of competition, resulted in high prices, and necessarily conduced to illegal editions. In practice it became questionable that the rules of common law, which considered the ownership of intellectual products perpetual, were abolished by the promulgation of the *Act of Anne*. The different courts passed different judgements. In 1769, in the case of *Millar v Taylor*, the Court of King's Bench stated that the authors were entitled to perpetual property rights on the strength of common law, but five years later, in the case of *Donaldson v Beckett*, the House of Lords declared that the *Act of Anne* ceased the rules of common law, restricting the ownership of intellectual products in general.

In the early part of the third chapter, the author writes about the course of life and work of William Blackstone (1723–1780). The famous English jurist – sharing the opinion of Locke – justified the legitimity of ownership with human labour, and recognized the existence of intellectual property. He thought that the ownership of literary works came into existence by the process of creation and by the occupation performed by the author.

The activity of pirate publishers caused particularly many problems in the divided German states. The German thinkers tried to place the protection of intellectual products on Roman legal grounds. Immanuel Kant (1724–1804) considered that only authors are entitled to intellectual property, publishers do not acquire ownership but undertake to print and sell literary works only within the scope of an obligation (on the basis of a contract of agency). Pirate publishers, on the other hand, proceed as impromptu agents, who can be compelled on this ground to surrender all the profits and pay for the damages caused. The philosopher clearly drew the

line between the ownership of intellectual work and the ownership of the book, pointing out that the buyer of a printed issue does not obtain a right to reprint the book.

According to the views of the other great German philosopher of the Age of Enlightenment, Johann Gottlieb Fichte (1762–1814), the book – as an independent corporeal object – goes over into the property of the buyer: the rights of the author and the publisher on the selled issue come to an end. The position of the thought content is similar: the author, by publication, gives up the claim that the intellectual product remains his own exclusive treasure. The form of expressing thoughts (joining ideas, argumentation, style, drafting), however, remains the exclusive property of the author. Concerning the intellectual content, the author is entitled to the right of authorship and to the integrity of his work, and this includes the protection against the illegal reprinting too. The publisher obtains only a right of usufruct of intellectual work, on the ground of the contract made with the author. Illegal reprinting violates not only the rights of the publisher but also the ownership of the author, which is a natural and inalienable right of the author on his own intellectual products.

In the early part of the fourth chapter, the author analyses two famous speeches of Thomas B. Macaulay (1800–1859) delivered in the House of Commons in 1841 and 1842, which affected the problems of the duration of copyright. The famous statesman composed his first speech against a bill which aimed at a significant extension of the term of copyright (the bill wished to extend the protection to sixty years following the author's death). In the first place, he argued that books would be more expensive due to the longer protection, consequently, in England fewer books would be written and sold. Besides this, he also emphasized that the extension of the protection period would predominantly increase only the publisher's profit. In spite of these, Macaulay proposed an extension of the protection period in his second speech, but in a different way from the bill opposed by him earlier. He thought that the protection period should last for 42 years from the date of publication, or until the author's death, whichever should first happen.

In German territories a peculiar point of view was taken by Leopold Josef Neustetel (1798–1825), a significant forerunner of the theory of personal rights, who regarded illegal reprinting as an injury on the grounds of Roman law, and joined battle for penal legal protection. His proposals, however, proved a failure, and it became evident that a special law should be enacted in defence of intellectual works. In 1837 the enacting of a Prussian law was an important step in this direction. This law provided protection not only from reprinting of literary works but also from imitating works of fine arts and musical compositions. The next important result was achieved in 1870, after the unification of Germany, when the protection of intellectual products was unified by a law in the states of the Northern German Union. Essentially, this law also concentrated on the problem of illegal reprinting, considering republication of the work in translation and the public performance of the work as reprinting too.

The last chapter of the book deals with scholarly conceptions that dogmatically clarified the legal protection of intellectual products till the end of the 19th century. The rights on intellectual works were regarded as subjective rights of private law by Johann Caspar Bluntschli (1808–1881). This view was developed by his followers, Felix Dahn (1834–1912) and Karl Gareis (1844–1923). Dahn considered copyright as an inalienable personal right. In contradiction to this opinion, Gareis thought that rights on intellectual works were alienable and hereditary. He pointed out that the creator was entitled to protection against everybody, so his rights were similar to property rights which were given *in rem* protection. This theory was further developed by Otto von Gierke (1841–1921), who stated that copyright was a personal right of absolute character, which was theoretically transferable, but transfer could always concern only a certain part of rights.

Josef Kohler (1849–1919) opposed to this theory, making it clear that a published work is not a part of personality forever, because personality is also in change. After publication the work begins to live its own life. Kohler underlined that protection based on personal rights was unjustified after the author's death. He pointed out that the recognition of intellectual property could break the accepted concept of property and the whole logical system of property law. These problems encouraged him to propound the theory of transferable, immaterial, pecuniary rights with absolute structure and negative content. As Éva Jakab writes, this theory, closing the German dogmatic debates, is not so far from the legal nature of English copyright.

At the end of the book there is an appendix of 40 pages, containing the text of the *Act of Anne* in addition to the textes of some privileges of the 15–16th centuries together with the relevant parts of the works by Locke, Blackstone, Kant, Fichte, Gierke and Kohler written in their original language. The book, which is an exact work supported by original sources, offers the readers a clear and enjoyable outline of the history of ideas and culture instead of a difficult legal analysis.

Pál Sáry*

* Dr. habil. Pál Sáry, Ph.D., associate professor, Department of Roman Law, Faculty of Law, University of Miskolc, Hungary.

Ricardo Gómez Rivero

Die Königliche Sanktion der Gesetze in der Verfassung von Cádiz (Rechtskultur Wissenschaft, 4).

Regenstauf: Gietl Verlag, 2011, 189 S., kart., 39,90€

Ricardo Gómez Rivero ist Inhaber des rechtsgeschichtlichen Lehrstuhls respektive „Catedrático de Historia del Derecho y de las Instituciones“ an der Universität Miguel Hernández in Elche (= Universidad del Pais Vasco). Das vorliegende Werk ist die von Anne Cullmann und Antonio Sánchez Aranda durchgeführte Übersetzung seiner 2010 in Cádiz erschienenen Arbeit „La sanción real en la Constitución de Cádiz“.

Nachdem 1912 das hundertjährige Jubiläum der Verfassung von Cádiz aus dem Jahr 1812 noch mit der Errichtung und Enthüllung eines Denkmals gefeiert wurde, schenkte man dem zweihundertjährigen Jubiläum der Verfassung weitaus weniger Aufmerksamkeit. So kann auch der Verfasser sein Thema einleitend nur mit dem Hinweis umreißen, dass dieses Jubiläum bisher von der Forschung fast unbeachtet geblieben ist. Selbst Versuche, die der Arbeit zugrundeliegenden Quellen empirisch zu erfassen, blieben bislang in Ansätzen stecken (S. 19). So widmet sich der Autor nunmehr erstmals eingehend den Verfassungsbestimmungen, die König Fernando VII. das Recht einräumten, durch seine zwischen Verabschiedung im Parlament und Inkrafttreten des Gesetzes ausgesprochene Sanktion Parlamentserlasse zu Gesetzen zu erklären. Hierbei stellt er als Besonderheit der Verfassung von Cádiz die Rolle des den König bei seiner Entscheidung über die Erteilung der Sanktion beratenden Staatsrates heraus. Die vorliegende Untersuchung beruht dabei auf bisher unveröffentlichten Quellen aus dem Historischen Nationalarchiv, dem Allgemeinen Palastarchiv und dem Archiv des Abgeordnetenkongresses. Dem Autor gelingt es, anschaulich darzulegen, wie Kräfte des Ancien Régime in dieser frühen liberalen Phase Spaniens Lücken in der Verfassung ausnutzten, um über die 1813 nach den Verfassungsbestimmungen zusammengetretenen Cortes von Cádiz in ihrem Sinne Einfluss auf die Gesetzgebung zu nehmen (S. 13).

Der Verfasser gliedert seine Arbeit zurecht chronologisch. Er untersucht die Parlamentserlasse der einzelnen Sitzungsperioden des „Trienio Liberal“, also der Jahre 1820, 1821 und 1822. Hierbei unterscheidet er zwischen den verschiedenen Arten der königlichen Sanktion. Er fasst die Parlamentsbeschlüsse zusammen, die mit der königlichen Sanktion versehen wurden, die Parlamentsbeschlüsse, die an das Parlament zurückverwiesen wurden und die Parlamentsbeschlüsse, die eine negative Stellungnahme des Staatsrates erhielten. Besonders eingehend werden zwei Erlasse vorgestellt, die auf einen Vorschlag des Königs zurückgehen sowie zwei Erlasse, bei denen gegen die Parlamentsbeschlüsse mit Gesetzescharakter ein aufschiebendes Veto ausgesprochen wurde.

Eingehend werden dabei zu Anfang auch die verfassungsrechtlichen Befugnisse des Herrschers beim Erlass der Gesetze vorgestellt, wie sie in den Artikeln 142-152 der Verfassung von Cádiz niedergelegt waren. In diesem Zusammenhang erfolgt auch eine plastische Beschreibung der Organisation, der Rolle und der Bedeutung der einzelnen Verfassungsorgane, wie z.B. des Staatsrates (S. 13ff). Der Verfasser arbeitet des Weiteren heraus, dass er mit seiner Untersuchung folgende Fragestellungen beantworten will: Wie viele Erlasse verabschiedete das Parlament in den vier Sitzungsperioden des Verfassungstrienniums? Erhielten alle eine Sanktion? Gegen welche legte Ferdinand VII. sein Veto ein? Folgte der König bei der Sanktion oder der Ablehnung des Gesetzes dem Gutachten des Staatsrates? (S. 19). Da es eine wichtige Besonderheit der Verfassung von Cádiz darstellt, dass der Staatsrat eine beratende Funktion gegenüber dem König einnimmt, rücken die vom Staatsrat in seiner Funktion ausgearbeiteten Gutachten und Stellungnahmen ins Zentrum der Darstellung. An einem ausgewählten Beispiel bringt der Verfasser auch eine aufschlussreiche Synopse, anhand der ein Erlassentwurf der Kommission mit dem dann tatsächlich vom Parlament verabschiedeten Erlass verglichen werden kann (S. 87ff.).

In einem ausführlichen Anhang (ab S. 143) werden dem Leser die besprochenen, auf den Parlamentsbeschlüssen beruhenden Gesetze zugänglich gemacht. Um den Zugriff auf die Quellen zu erleichtern, wird zunächst eine tabellarische Übersicht der auf Parlamentsbeschlüssen mit königlicher Sanktion fußenden Gesetze vorangestellt. Über diese Tabelle wird es auch möglich, andere Kategorien zu bilden, so etwa den für den Erlass zuständigen Staats- und Kanzleisekretär sowie die Daten der Erteilung der königlichen Sanktion, der Annahme sowie der Veröffentlichung durch das Parlament. Systematisch wird sodann die Zusammenstellung der Materialien untergliedert in Parlamentsbeschlüsse, die die königliche Sanktion erhielten, solche die an das Parlament zurückverwiesen wurden, sowie Gesetze, die vom in Sevilla und Cádiz versammelten Parlament verabschiedet wurden. Den Abschluss bildet ein Gutachten der Kommission für Gnade und Justiz des Staatsrates, das die Verständlichkeit einer Bestimmung des Erlasses über die Abschaffung des so genannten Feudallandes zum Gegenstand hatte.

Begrüßenswert ist, dass der Autor sich in seinem darstellenden Teil intensiv mit den Debatten um die einzelnen Parlamentsbeschlüsse auseinandersetzt und hierbei durch eine Vielzahl von wörtlichen Quellenzitaten die einzelnen von den Parlamentariern, dem König und dem Staatsrat geführten Auseinandersetzungen lebendig werden lässt; somit gelingt es ihm, den Weg der

einzelnen Gesetze vom Entwurf über Abstimmung und Parlamentsbeschluss bis hin zur königlichen Sanktion so auszuleuchten und die Beweggründe der einzelnen Akteure so nachvollziehbar zu beschreiben, dass die einstigen Verfahren vor den Augen des Lesers wieder aufleben. Eine kritische Analyse der so gewonnenen Erkenntnisse unterbleibt jedoch, wird abersicherlich in Zukunft von der Forschung nachgeliefert. Der positive Eindruck dieser anregenden Darstellung wird durch Rechtschreibfehler gerade im Inhaltsverzeichnis und im Einleitungsteil des Werkes (z.B. „Parlamentserlässe" statt Erlasse) kaum getrübt. Lobend hervorzuheben sind schließlich der ausführliche Anmerkungsapparat und die Zugänglichmachung vieler spanischer Quellen in deutscher Sprache. Noch interessanter wäre die Arbeit natürlich geworden, hätte man den Quellen auch die spanische Originalfassung synoptisch gegenübergestellt.

Thomas Gergen*

* Prof. Dr.iur. Dr.phil. Thomas Gergen M.A. Der Rezensent ist Ordinarius für Internationales und vergleichendes Zivil- und Wirtschaftsrecht mit Immaterialgüterrecht/Recht des Geistigen Eigentums an der *European University for Economics and Management (eufom)* in Luxembourg.

Wim Decock

Theologians and Contract Law: the Moral Transformation of the Ius Commune (ca. 1500-1650).

Leiden, Boston: M. Nijhoff Publishers, 2012. – 724 p. (ISBN 9789004232846)

The legacy of early modern Catholic moral theologians of the 16th and early 17th century has become the subject of growing academic debates among legal historians in the last forty or fifty years due to several important debts modern continental legal thought owed to the adherents of the so-called School of Salamanca.

In the 16th century Europe this was the leading intellectual force behind the desperate efforts of the Roman Catholic Church to preserve and partly restore its moral and political influence in the age of the Great Discoveries, the Reformation, the rise of the nation-state in France, Spain and England, and methodological advances of the Renaissance.

In the face of progressive state monopolization of public justice a group of moral theologians and legal thinkers, grouped around the then-flourishing Spanish University of Salamanca, sought to update legal and semi-legal doctrines of the medieval Romano-canon *ius commune* and the Catholic moral theology which the Catholic priests were to apply to evaluate dubious behaviour of their parishioners in the 'inner courts' (or 'courts of consciousness') and to assist them in saving their souls through advice and penitence. The basis for this transformation was found in Aristotelian-Thomistic tradition of the original ('first') scholasticism, so that sometimes the school is labelled the 'second' or 'late scholasticism'. Contractual obligations became important because moral theologians regarded contracts as a means to practice Christian virtues of fidelity, justice, liberality in economic transactions with one's neighbour.

Despite several ground-breaking publications early modern scholastic contract law is far from being fully researched.[1] Wim Decock's voluminous book contributes to our knowledge on the subject by investigating how Catholic moral theologians developed the general theory of contract in private law based on the idea that all contractual obligations should rest on the free will of the parties to bind themselves through offer and acceptance ('freedom of contract').

The book contains the findings of the author's PhD research (2005-2011) conducted in the best libraries of Italy, Germany, France, USA, presented at several international conferences and ultimately successfully defended as his PhD thesis in the Catholic University of Leuven (Belgium). Now this thesis, almost unchanged, is published by Brill as the 4th volume in the series of Studies in the History of Private Law.

[1] To learn more about this pivotal age of transition from medieval to modern private law an interested reader may refer to the conference papers "La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno", edited by Paolo Grossi (Milan, 1972). For particular contributions in the domain of contract law see, *inter alia*: Paolo CAPPELLINI (Quaderni Fiorentini, 1981, no. 10) and Thomas DUVE (Kanonisches Recht und die Ausbildung allgemeiner Vertragslehren in der Spanischen Spätscholastik 2009) on developing general legal concepts as opposed to particular notions of the medieval ius commune; James GORDLEY (The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine, 1991) - on forging a general concept of contract to embrace the multitude of pacts, conventions, stipulations and specific contracts in medieval commentaries; Malte DIESSELHORST (Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen, 1959), Franz WIEACKER (Die vertragliche Obligation bei den Klassikern des Vernunftrechts, 1974), Robert FEENSTRA (Klagbarkeit der pacta nuda im Romisch-Hollandischen Recht, 1992) on the influence of Spanish theologians on Hugo Grotius' pioneering teaching of promise, contractual obligation, actionability of informal agreements.

At the core of Decock's research project is the transition from an extreme fragmentation of various contracts, pacts, conventions, stipulations, promises and oaths in the medieval Romano-canon *ius commune* to the systematic exposition of the provisions for all voluntary agreements centred around 'freedom of contract' in the teachings of early modern moral theologians.

In order to reveal the aims, causes, means, results and significance of such transition from fragmentation to general provisions, Decock opts for studying early modern legal doctrines in a wider context which embraces cultural, political, religious situation in Western Europe and Spain in particular. He justly singles out moral theology as the branch of knowledge which explained the dominant anthropological view of man as a combination of mortal body and immortal soul. It is *cura animarum* (a concern for the salvation of one's soul) that constituted the principal duty of ecclesiastical judges and confessors throughout the Middle Ages.

By the 16h century contract law acquired a reputation of being 'extremely vast, extremely difficult, extremely useful'. This complexity is best perceived through the 'tremendous amount' (as the author puts it) of the book's primary sources. It is chiefly Latin treatises printed from around 1500 to 1650, which were written on various legal matters by the leading Iberian theologians (including Cajetan, Covarruvias, Soto, Suarez, Molina). Decock pays special attention to the treatise "*De iustitia et iure*" (On Justice and Law, 1605) by Leonard Lessius (1554-1623), a Jesuit from the Spanish Southern Netherlands who, in the author's view, often stroke a good balance in numerous disputes and, to some extent, epitomized the best achievements of the School of Salamanca. Furthermore, the pool of his primary sources is supplemented with the relevant statutes, theological and philosophical texts and legal commentaries of *ius commune* hinging on the *Corpus Iuris* of Justinian, canons and papal decretal letters.

Despite the complexity of the subject Decock's book offers a clear and well-designed structure. After introductory notes the author begins with accurate description of his research project, basic assumptions, methodology and the selection of sources in chapter 1.

In chapter 2 he describes the historical context in Western Europe and Spain for the years 1500 to 1650 when the scholastic transformation of contract law took place. Here a reader can find answers to such questions as, 'Why did moral theologians turn their attention to legal issues of *ius commune*?', 'How did the nature of their works change from manuals for confessors to legal treatises?', 'How did public courts (*forum externum*) and courts of consciousness (*forum internum*) correlate with each other?'

Chapter 3 places 'freedom of contract' within the general theory of contract law. The author traces vicissitudes of rising idea of consensualism in *ius commune* mainly through the intricate influence of canon law and the Catholic theory of natural law on civil law. No matter how bumpy and slow it was, the ultimate result of this influence was the indispensability of the free will of the parties for making any valid contractual obligation and its interpretation recognized both in secular and church law.

After stating the significance of the free will, Decock comes to grips with the content principle of 'freedom of contract' in chapters 4 to 6. This is the crucial part of the book where the author uncovers the meaning of 'freedom of contract' through meticulous analysis of various opinions and arguments of early modern theologians who vibrantly discussed its extent and its possible limitations.

Decock unscrambles the conundrum of opinions by sorting them out into the following three groups: 1) natural limitations (*metus, dolus, error* affecting the consensual foundation of any contract); 2) formal limitations (statutory form requirements for the public benefit and distinction between legally recognized debt and morally binding debt); 3) substantive limitations (mainly, immoral contracts or promises regarding sex outside of wedlock).

Chapter 7 is dedicated to the meaning of virtue of justice in exchange as the most distinctly 'moral' element of scholastic contract law.

In the concluding chapter 8 a busy reader will find the summary of the main research findings through the lens of endless scholastic debates about the right balance between freedom and justice, between the interests of the Church and the State, between age-old medieval dogmas and the necessities of the early modern period in Europe.

Decock's voluminous book contains several main theses.

- Catholic moral theologians of the 16th century innovated theory of contract by developing 'a general law of contract centered around the notions of freedom, the will and mutual consent'.
- In doing so they profoundly transformed Roman, canon and Spanish (Castilian) laws of contract and provided lawyers on the Continent with a common theoretical ground for arranging a great diversity of fragments and texts on various types of contracts, pacts, promises, stipulations and oaths.
- At the core of this new theory was the moral theological view on contracts as means both to organize economic exchange and to promote the cardinal Christian virtues of commutative justice and liberality.
- These general concepts built primarily on Arestotelian-Thomistic philosophy and theology, adjusted to ideological and political circumstances of the 16th century Spain.
- The doctrines of moral theologians profoundly influenced contract theories in the 17th century far beyond the Spanish borders with Hugo Grotius as the main intermediary between the Catholic and the Protestant thinkers.

Generally, the book underpins the opinion of Paolo Cappellini, Italo Birocchi, James Gordley and others who argue that the roots of general theories in contract law are to be found in the 16th century legal and theological thought. To prove that this general theory was developing around 'freedom of contract' Decock designed a well-balanced project with the core theme, the guiding moral theologian (Lessius), the comprehensive bibliography of primary sources and academic literature on the topic as of early 2012.

No matter how complete the project is, one may feel at odds with author's scepticism about generalisations and ideological continuity in law of obligations on the Continent. This distrust of generality and continuity is even more surprising since the main theses of the book are quite broad statements which describe trends in development of legal doctrines in the Catholic world for over one and a half century. Moreover, the theses are inferred from constant evaluation of the early modern teachings against their the (late) medieval legal and theological predecessors.

Another red flag is dismissal of legal humanism as irrelevant for transformation of scholastic contract law on the grounds of humanists' retrospective affection to classical Roman law unfamiliar neither with general contract theory nor with 'freedom of contract'. However, there is evidence that legal humanism enabled Spanish intellectuals of the 16th century to place Roman law and local statutes in historical context, awoke their national feelings and enriched their sources and methods of legal analysis.[2]

In the course of fulfilling his project Decock gathers compelling evidence in support of his theses. Yet a plethora of technical arguments on various issues of contract law and numerous names of scholastics at times make it hard to see the main trend. At least until a reader reaches the final chapter. The main character of the book, Leonard Lessius, is not always there to guide a reader through the thicket of scholastic contract law. And when he is there, his opinions seem less original than those of Luis de Molina (1535-1600), another Jesuit with whom Lessius found himself in constant dispute.

Furthermore, a clear exposition of scholastic discussions sometimes is blurred by occasional digressions from the main theme to such topics as marriage contracts or Jesuit political theory. Even less expedient are casual citations from the common law literature. John Selden, Edward Coke, justice Oliver Holmes, Roscoe Pound, Morton Horwitz made their statements in a 'slightly' different context.

Even more confusing is Decock's 'egalitarian' approach to moral theologians. Quite often he cites them on equal terms as if they all equally committed themselves on developing scholastic contract law. In fact, the scholars associated with the School of Salamanca differed in their professional training, vocation, primary field of activity. Their prestige in the legal community varied accordingly. Not for nothing was Fransicsco Suarez (1548–1617) known as 'Spanish Thomas Aquinas' while Diego de Covarruvias was praised as 'Spanish Bartolus'. Their treatment of contracts varied substantially indeed. Covarruvias, as professor of canon law, an experienced practitioner at *real Chancilleria de Granada*, president of *Consejo de Estado*, expounded rules of contract law in a traditional late medieval style and with most legal technicalities in his lectures on papal decretals (*Relectio in 'Quamvis pactum'*). Theologians like Suarez, on the contrary, ventured into a more systematic teaching unobstructed with 'subtle rather than useful concoctions' of medieval civil law.

Speaking of Lessius again, it is safe to call him a theologian due to his formal training (in Catholic theology, philosophy, ancient languages, biblical studies, classical literature, but not in law), his career as lecturer in scholastic theology and his extensive theological writings (with a notable exception of his late treaty «On justice and law»).

Thus, it is hardly possible to study Hugo Grotius' legacy without coming across the names of Covarruvias, Molina and Lessius. Especially given Robert Feenstra's 1993 edition of "*De iure belli ac pacis*" with very useful references to the early modern authors used by Grotius. On the contrary, only true specialists in the topic might be familiar with Pedro de Oñate, a 'tremendously busy Jesuit' and the author of a 'compelling treaty' on contracts, so highly praised by Decock. This is to confirm different 'impact factors' of early modern Catholic scholars commonly labelled 'moral theologians' of the School of Salamanca.

The reviewed book convincingly demonstrates theoretical innovations of the School of Salamanca for transforming contract law of *ius commune*. How this legacy was received by the posterity is another great research topic which may become a subject of Wim Decock's further research as a young professor at the Catholic University of Leuven and the head of the research group at Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte (Frankfurt/M.).[3]

Since the best part of Decock's research is a meticulously analyzed plethora of arguments regarding various dogmatic issues of general contract law, barely touched upon in this review, this book can be recommended primarily for specialists interested in the history of private law in the early modern period. Yet the book is definitely a notable contribution to the study of European intellectual history in transition from medieval to modern, from religious to secular, from pluralistic to uniform.

Dmitry Poldnikov*

[2] See for example Francisco CARPINTERO, '*Mos italicus*', '*mos gallicus*' y el humanismo racionalista, Ius commune, 6 (1977); Katherine VAN LIERE, Humanism and the Law Faculties in Sixteenth-Century Spain (1995); Francisco SANTOS, La contribución de Covarruvias a los estudios jurídicos, in: Diego de Covarrubias y Leyva: el humanista y sus libros (2012) pp. 93-110.

[3] http://www.rg.mpg.de/en/forschungsprofil/forschungsprojekte/kanonische_recht_des_handels.cfm (last visited on Oct. 31, 2013)

* Dmitry Poldnikov, PhD., Associate Professor of Law at Higher School of Economics, Moscow, Russia.

Lars Konukiewitz

Die richterliche und die einseitige Vertragsauflösung wegen Nichterfüllung im französischen Recht und die aktuelle Reformdiskussion

Jena 2012, 214 Seiten, (ISBN 978-3-86653-250-2)

Lars Konukiewitz hat seine an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg angenommene Dissertationsarbeit über die richterliche und die einseitige Vertragsauflösung wegen Nichterfüllung im französischen Recht im Jahre 2012 in Buchform vorgelegt. Der junge Verfasser hat seine Forschungen unter der Leitung von Christian Hattenhauer fortgeführt. Um die französischen Quellen tiefgehend analysieren zu können war er an der Universität Montpellier I als Austausch-Assistent tätig.

Sein Werk ist das nächste Mitglied in der Folge „Studien zum Europäischen Privatrecht und zur Rechtsvergleichung", wo schon fünf andere interessanten Bände erschienen sind. Gemeinsam ist in diesen Werken, dass sie sich alle auf hochaktuelle Themen beziehen, und beschäftigten sich zum Beispiel mit den Diskriminierungsverboten in nationalen Privatrechtsgesellschaften, mit den Widerrufsrechten, mit den allgemeinen Geschäftsbedingungen und mit feindlichen Übernahmeangeboten.

Konukiewitz hat auch eine problemorientierte Behandlung einer sehr interessanten und aktuellen Problematik verwirklicht. Seiner Ansicht nach legte *Charles Dumoulin* den Grundstein für die Überwindung des Verbots einer Vertragsauflösung wegen Nichterfüllung. Dieses Verbot war durch die Legisten begründet, und galt in Dumoulin's Zeit schon als überwunden. Die Neuerung breitete sich rasch und hat in die Artikel 1184 des Code Civil seinen Eingang gefunden. Die Artikel schaltete den Richter mit Hilfe einer *condictio tacita* ein. Der Richter, wie es in der naturrechtlichen Argumentation angenommen wurde, ist ein neutraler Instanz, der in der Lage ist, die vermutlichen Parteiwillen durch vernünftige Vertragsauslegung zu ergänzen.

Der heutige französische Richter geniesst demgemäss auch einen weiten Ermessungsspielraum bei der Beurteilung, ob er der Vertragsauflösungsklage des Gläubigers stattgibt. Es ist fraglich geblieben, ob diese grosszügige richterliche Freiheit, die sich in der Praxis der *parlements régionaux* entwickelt hat, im Allgemeinen zuzustimmen ist. Die Lösung übte jedoch einen massgeblichen Einfluss auf die Ausgestaltung eines allgemeinen gesetzlichen Rücktrittsrechts in Deutschland aus. Es ist deswegen sehr merkwürdig, dass wir heute eine gegenseitige Tendenz beobachten können: die zunehmende Bedeutung der einseitigen Vertragsauflösung wegen Nichterfüllung in Frankreich bedeutet eine klare Annäherung an das deutschen BGB. So bietet diese wechselseitige geschichtliche Stimulation ein schönes Beispiel für den wechselseitigen Einfluss der kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen.

Die französische Anpassungszwang ist durch die Tatsache verstärkt, dass die einseitige Gestaltungserklärung als Mittel der Vertragsauflösung im Vordringen ist. In der Praxis gehen die Parteien die richterliche Vertragsauflösung immer öfter durch Auflösungsklauseln um. Die wachsende Bedeutung der einseitigen Vertragsauflösung wegen Nichterfüllung im Frankreich eine lebhafte Diskussion entfacht. Der sorgfältige Beobachter kann auf diesem Rechtsgebiet mehrere *Sacco*ischen Formanten beobachten. Der Kassationsgerichtshof stellte zum Beispiel nur eine einzige Voraussetzung *(cause légitime)* auf, werden aber in der Literatur weitere Voraussatzungen (wie zum Beispiel die *obligation de motivation*, die *mise en demeure* und das *préavis*) benannt. Man kann also die Zulässigkeitskriterien der einseitigen Vertragsauflösung also sehr verschiedenartig regulieren, ein bleibt jedoch sicher: die moralische Dimension der *force obligatoire*, das Grundprinzip *„pacta sunt servanda"* tritt mehr und mehr in den Hintergrund.

Es scheint, dass nicht nur die nationale Praxis sondern auch die Notwendigkeit der internationalen Wettbewerbsfähigkeit des französischen Zivilrechts fordert die Öffnung des *Code civil* zu einer einseitigen Vertragsauflösung. Der kanadische *Code civil québécois* und das niederländische *Burgerlijk Wetboek* lassen die Parteiwillen stärker hervortreten. Um diesen modernen Anforderungen nachzukommen, empfiehlt der *Avant-projet Catala* die Kodifikation des liberalen Richterrechts, und betrachtet die Einführung eines allgemeinen gesetzlichen subjektiven Vertragsauflösungsrechts wegen Nichterfüllung eine konsequente Fortführung einer langen Entwicklung. Die Einzelregelungen des *Avant-projet* machen jedoch die einseitige Auflösung für den Gläubiger unattraktiv. Nach dem Entwurf ist es nämlich einen *délai de grâce* dem Schuldner gewährt. Diese Befugnis ist aber mit der Einführung eines subjektiven Vertragsauflösungsrechts wegen Nichterfüllung unvereinbar. Einen ähnlichen Fehler begeht auch der überarbeitete Entwurf des Justizministeriums, der die einseitige Vertragsauflösung durch den *juge des référés* überprüfen lässt. Der *projet Terré* kann sich auch nicht von der traditionellen Vermittlerrolle des Richters lösen, und trotz seiner Bekenntnis lässt die Idee eines allgemeinen gesetzlichen subjektiven Vertragsauflösungsrechts wegen Nichterfüllung nur widerwillig zu.

Dieses Zögern ist umso mehr überraschend, weil der französische Gesetzgeber wohl die Möglichkeit hätte, sich über die Vorteile eines subjektiven Vertragsauflösungsrechts nicht nur rechtsvergleichend sondern auch geschichtlich belehren zu lassen. Konukiewitz selbst deutet auf einige römischrechtlichen Wurzeln hin, sein Fokus liegt aber auf das geltende Recht. Der geschichtliche

Aspekt bleibt deswegen etwas flüchtig, es mindert aber die Verdienste des Autors auf keine Weise. Der Mangel einer generellen Regelung bedeutet nicht, dass das römische Recht auf dem besprochenen Gebiet ohne Relevanz sei. Man darf nicht vergessen, dass das römische Recht ein Fallrecht war, das nicht mit groben Kodifikationstechniken sondern mit subtiler Einzelfalllösungen arbeitete. Insbesondere die sogenannte *lex commissoria*, die für den Verkäufer ein Mittel war, die Rechtsfolgen einer nicht rechtzeitigen Begleichung des Kaufpreises vertraglich zu regeln,[1] verdient mehr Aufmerksamkeit. Das Konzil vom Kaiser Alexander Severus hat hinsichtlich der Behandlung subjektiver Vertragsauflösungen ein so hohes Niveau erreicht,[2] das in der amerikanischen Rechtspraxis[3] nur 1700 Jahre später angenähert werden konnte. Die römische Lösungen, die die Parteiwillen und die ökonomische Effektivität vorbildlich berücksichtigten, könnten auch in dem heutigen Frankreich als Muster dienen.

Konukiewitz's hervorragendes Buch demonstriert gut, wie wichtig ist es, vor gesetzgeberischen Reformarbeiten die ausländischen Lösungen in Betracht zu ziehen, also horizontale Rechtsvergleichung durchzuführen. Daneben oder sogar davor ist es genauso wichtig, auch vertikal, historisch-rechtsvergleichend zu arbeiten. Das gemeineuropäische Vertragsrecht wird wesentlich ärmer, wenn es seine eigenen römischrechtlichen Wurzeln vergisst.

Gergely Deli*

---

1 Zu dieser Problematik siehe Attila Pókecz Kovács, *A szerződéstől való elállás az adásvétel mellékegyezményeinél a római jogban és továbbélése során* [Die Vertragsauflösung bei den Nebenabreden des Kaufs in dem römischen Recht und in seinem Fortleben; mit einer englischen Zusammenfassung], Pécs: PTE ÁJK 2012, S. 15-104.

2 Siehe nur die Entscheidungen in D. 18, 3, 5; C. 4, 54, 3 und C. 4, 54, 4.

3 Williams v. Walker-Thomas Furniture Co., 350 F.2d 445 (C.A. D.C. 1965). Dazu siehe Russell Korobkin, A „Traditional" and „Behavioral" Law-and-economics Analysis of Williams v. Walker-Thomas Furniture Company, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=471961

* Gergely Deli, PhD, LL.M. (NYU), Lehrstuhl für Rechtsgeschichte, Deák Ferenc Fakultät für Staats- und Rechtswissenschaften, Széchenyi István Universität, Győr, Ungarn.

XXIX International Historical and Legal Conference „Sources of Ukrainian Law, other Countries and the International Countries' Community: History and Modernity"

International Association of Historians of Law (IAHL) is a voluntary self-governing association of historians of law and other experts who professionally research the history of law issues. It is founded in 1996 by the initiative of the scientists from Kharkiv National University of Internal Affairs and scientists of V.M. Koretskyi Institute of State and Law of the National Academy of Science of Ukraine. It is registered in 2000 by the Ministry of Justice of Ukraine as an international NGO. According to its Statue IAHL ensures the development and dissemination of historical and legal knowledge and the use of science achievements for the development of law.

September 19-22, 2013 XXIX International historical and legal conference "Sources of Ukrainian Law, Other Countries and the International Countries' Community: History and Modernity" was held in Feodosiya (Ukraine, the Autonomous Republic of Crimea) under the aegis of International Association of Historians of Law, V.M. Koretskyi Institute of State and Law of the National Academy of Science of Ukraine, Commission of Ukrainian Law History at the Presidium of the National Academy of Science of Ukraine, as well as the Section of History of State and Law of the Scientific Council of the National Academy of Science of Ukraine on Coordination of Basic Legal Research. Such conferences have become a traditional place of communication for many famous scholars from all over Ukraine and CIS countries.

This time the researchers discussed the following issues:

- Modern theoretical, philosophical and legal concepts about the sources and forms of law.
- Sources of law in the context of the main legal systems.
- Sources of law and historical sources.
- Sources of law and sources of legal opinion.
- Sources of law in Ukraine and other countries at certain historical stages of social development.
- Features of some law branches' sources, specifics of European and International law sources.
- Methodology and methods of scientific research of some sources of law.
- Outstanding monuments of Ukrainian law and other countries.
- Legal source study as a scientific field.

Almost a hundred of researchers, professors, post-graduate students participated in the conference. There were 23 doctors of science and professors, more than 50 candidates of science among them.

Opening the conference the president of International Association of Historians of Law, the head of research and organizational department of the Presidium of the National Academy of Science of Ukraine, Doctor of Law, Professor O.N. Yarmysh stressed the importance of the conference's topic for each researcher both working in the field of history of law and the historical and legal subjects in the whole. He specified that the quality of source study guaranteeing is an obligatory precondition for successful historical and legal research and at the same time one of the determining factors in evaluating any scientific research.

The first vice-president of International Association of Historians of Law, head of the department on history and legal studies within V.M. Koretskiy Institute of State and Law of the National Academy of Science of Ukraine, Professor I.B. Usenko made a thorough review of legal source study development in Ukraine.

The most memorable for the participants of the conference were reports of highly skilled Russian Federation's delegation consisting of the Doctor of Law, Doctor of Political Sciences, Professor of theory and history of state and law chair of the Southern Federal University (Rostov-on-Don) I.A. Ivannikov, who devoted his report to the problem of Constitution of a state as a historical, legal and political source; head of theory and history of state and law chair of the Northern (Arctic) Federal University named after M.V. Lomonosov (Arkhangelsk), who researched the features of systematization of sources of canon law of Russian Synodal period, etc.

Report of Doctor of Law N.M. Krestovskaya, who is a professor of theory of state and law chair of the National University "Odessa Law Academy", drew a great attention. She made a report "Juvenile Code: yesterday, today, tomorrow".

Scientific branch of Kharkiv National University of Internal Affairs was presented by Professor of theory and history of state and law chair Doctor of Law O.A. Gavrylenko with the report about some monuments of the ancient legislation on food guaranteeing; Professor of general law disciplines' chair of Law and Mass Communications Faculty Doctor of Law V.Y. Kyrychenko, who highlighted the features of the contract as a source of law and associate professor of the same chair Candidate of Law Science L.O. Zaitsev, who paid the attention on the reflection in the sources of law the struggle against pro-Ukrainian sentiments in Russian Empire in 60-s of the XIX-th century.

Reports of Doctor of Law, Professor of Classical Private University (Zaporizhia) S.K. Bostan, Doctor of Law, acting head of the department on problems of public administration and administrative law of V.M. Koretskiy Institute of State and Law of the National Academy of Science of Ukraine O.F. Andriyko, vice-rector on training and educa-

tional work of Crimean Institute of Economics and Commercial Law, Candidate of Law O.M Redkina, Candidate of Law, associate professor of history and theory of state and law chair of Petro Mohyla Chornomorskiy State University (Mykolayiv), Candidate of Law, assistant professor of general legal disciplines' chair of the Institute of Penal Service (Kyiv) O.V. Sokalska and candidates of law, employees of the department of history and legal studies of V.M. Koretskiy Institute of State and Law of the National Academy of Science of Ukraine I.V. Musyka, T.I. Bondaruk, O.O. Samoylenko, A.Y. Ivanova were devoted to different problem aspects of law sources in historical and legal science. Many interesting problems were discussed by other speakers, including both well-known scholars and young researchers who only carry out the first steps in the historical and legal science.

After session work, the researchers participated in the cultural program, which included the city tour, visiting the National Feodosiya Art Gallery named after K.I. Ayvazovskiy and an excursion to Old Crimea City.

By the results of the International Historical and Legal Conference "Sources of Ukrainian Law, Other Countries and the International Countries' Community: History and Modernity" the materials of scientific papers is going to be published.

Oleksandr A. Gavrylenko*

* Dr. O.A. Gavrylenko, Kharkiv National University of Internal Affairs, Ukraine.

Bratislava Legal Forum 2013

On 10th - 11th October 2013 on the premises of the Faculty of Law at Comenius University, under the auspices of the Prime Minister of the Slovak Republic, the historically first annual international conference was held under the name Bratislavské právnické dni 2013 / Bratislava Legal Forum 2013. The long-term aim of the organizers is to build a tradition of annual October meetings of broader legal public and prominent experts in the field of law. This year the conference was held on the occasion of the 110th birth anniversary of the great person of Slovak law and economics prof. Dr. Imrich Karvaš. Therefore, on the basis of cooperation of the Law Faculty at the Comenius University and the Faculty of National Economy at the University of Economics, the theme of the conference was to link jurisprudence and practice with economic science and practice.

On the first day of the conference, the opening plenary session entitled "The role of state and law in solving the current economic crisis." took place in the historic auditorium of the Comenius University in Bratislava. The leading representatives of the Slovak Republic, the European Union and renowned domestic and foreign experts of economics and law participated in this plenary session. It was followed by the discussions of eleven thematic sections which continued the second day.

The central theme of the Legal History and Roman law section, whose professional supervisor was Professor Jozef Beňa, became "(Dis) continuity of the rights and crisis". The main topic was structured in three areas: (dis) continuity of Public Law, (dis) continuity of private law and the past, present and future of prosecution. Given the large number of the guests from the Legal history section, only the invited specialists from Slovakia and abroad delivered their speeches. The contributions of other participants who did not speak will be published.

After opening of the section by its coordinator Mgr. Michal Považan, PhD., the introductory speeches were delivered by Professor Jozef Beňa, Head of the Department of History of the Faculty of Law at the Comenius University and Professor Gábor Hamza from Budapest Eötvös Loránd University. Subsequently, Professor Jozef Beňa gave opening remarks on the concept of continuity and discontinuity in law and made a contribution focused on the issue of Slovak national statehood as a factor of discontinuity in a continuous legal existence of the Czechoslovak Republic. Professor Gábor Hamza focused on the theme of continuity and discontinuity in the codification of private law in Central and Eastern Europe in the 20th and 21st century. He was followed by other guests from abroad such as Professor Dalibor Čepulo from the University of Zagreb and Dr. Lukasz Marzec from the Jagiellonian University in Krakow. The next day of the conference was opened by Professor Christian Neschwara from the University of Vienna who impressed the audience by a lecture focused on the validity, prestige and influence of Austrian Civil Code on Central and Eastern Europe. Among other foreign guests the

lecturer doc. JUDr. Karel Schelle, CSc. from the Masaryk University presented the issue of transformation of the state council into the prosecution after 1948. After this doc. JUDr. Jozef Čentéš, PhD. who works at the Comenius University dealt with the prosecution transformation after 1989. Stimulating conference contributions were presented by the other guests from Poland, the Czech Republic and Slovakia, who in this way contributed to the high professional standards of the Legal History and Roman law section. At the end of each of the blocks, which the speeches were divided into, the lively debate took place. It contributed to the overall atmosphere of the event and allowed a professional exchange of views.

The conference should send a signal of the existence of educational institutions interest in the positive influence of the legal and economic development, in linking science with practice, and in particular in the creation of a platform for discussions about key issues of social impact. The outcome of the conference will be a reviewed collection of all conference contributions which will be published by the Faculty of Law at Comenius University. Thanks go to all the organizers and participants. Hopefully, this year conference will be succeeded by another successful conference in October next year.

Ján Štefanica*

* JUDr. Ján Štefanica, Ph.D., Department of Legal History, Faculty of Law, Comenius University in Bratislava, Slovakia.

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.