Vol. 8 / 2017 No. 2

Journal on European History of Law

9 772042 640001 01

STS Science Centre

The European Society for History of Law

JOURNAL ON EUROPEAN HISTORY OF LAW

VOL. 8 / 2017 NO. 2

Editorial staff

JOURNAL ON EUROPEAN HISTORY OF LAW:

JUDr. PhDr. Stanislav Balík, Ph.D.
Attorney at Law, Prague, 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
Institut Supérieur de l'Économie, ISEC Université 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. Ivan Kosnica
Faculty of Law, University of Zagreb, Croatia
izv. prof. dr. sc. Mirela Krešić
Faculty of Law, University of Zagreb, Croatia
Prof. zw. dr hab. Adam Lityński
Faculty of Law, University of Silesia, Katowice, Poland
Doc. Dr. Olga Lysenko
Faculty of Law, Lomonosov Moscow State University, Russia
Tony Murphy
Department of Law & Criminology, Sheffield Hallam University, UK
ao. Univ. Prof. Dr.jur. Christian Neschwara
Faculty of Law, University of Vienna, Austria
Doc. Dr. Dmitry Poldnikov
Faculty of Law, National Research University, Higher School of Economics, Moscow, Russia
Dr Dr Guido Rossi
Edinburgh Law School – University of Edinburgh, UK
Doc. JUDr. Karel Schelle, CSc.
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
Doc. JUDr. Bc. Jaromír Tauchen, Ph.D., LL.M.
Faculty of Law, Masaryk University, Brno, Czech Republic
Prof. Dr. Wulf Eckart Voß
Faculty of Law, University of Osnabrück, Germany

TABLE OF CONTENTS

Christian Neschwara: Die Brünner Kompilationskommission und ihr Entwurf für die Einleitung zum Codex Theresianus. Ein Beitrag im Hinblick auf „300 Jahre Maria Theresia“ 2

Andrew Watson: Changes and Influences on Jury Advocacy in England and Wales during the Second Half of the Twentieth Century 13

Heidi R. Krauss: „Zwischen den Zeilen des Rechts“. Zu verschiedenen Funktionen der Siete Partidas Alfons X. von Kastilien 22

Christoph Bezemek: Leviathan's Heir. Enlightenment Philosophy and Hereditary Monarchy 30

Dmitry Poldnikov: The Functional Method as the Staple of Comparative Studies of European Legal History in the Early 21st Century? 37

Eszter Cs. Herger: Die Mitgift. Beiträge zur Ausdeutung des traditionellen Familienmodells im ungarischen Ehegüterrecht 42

Csaba Cservák: A Historical Overview of the Emergence of Certain Electoral Systems 50

Engjëll Likmeta: Albanian Assembly (Parliament) between Tradition and Development. A Historical-Legal Approach 58

Maria Lewandowicz: Is there a Polish Legal Tradition? - on the Margins of Considerations Regarding the 1933 Code of Obligations 72

Zoltán J. Tóth: The Abolition of Capital Punishment in the major Countries of Europe 77

Da Lu: The Birth of Communist Party and Soviet Constitution between China and Hungary 87

Mónika Ganczer: The Effects of the Differences between the Austrian and the Hungarian Regulation of the Rights of Citizenship in a Commune (Heimatrecht, Indigénat, Pertinenza, Illetőség) on the Nationality of the Successor States of the Austro-Hungarian Monarchy 100

Janka Teodóra Nagy: Zoltán Magyarys Rolle in der dogmatischen und praktischen Begründung der ungarischen sozialen Verwaltung zwischen den beiden Weltkriegen 108

Siska Katalin: The Presidency of Religious Affairs of the Republic of Turkey – The Legal Oddity 114

Stephanie Kucharski, Thomas Gergen: Jüngste Entwicklungslinien in der Urheberrechtsgeschichte - das „Gesetz zur verbesserten Durchsetzung des Anspruchs der Urheber und ausübenden Künstler auf angemessene Vergütung“ vom 1. März 2017 123

BOOK

Diemut Majer – Wolfgang Höhne: Europäische Einigungsbestrebungen vom Mittelalter bis zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) 1957 – Teil I. 140

BOOK REVIEWS

Norbert Gross: Reinhold Frank, Urteil – Vollstreckung – Nachurteil 159

Alexander Krey: Die Praxis der spätmittelalterlichen Laiengerichtsbarkeit. Gerichts- und Rechtslandschaften des Rhein-Main-Gebietes im 15. Jahrhundert im Vergleich 160

Der Wiener Kongress von 1815 im Spiegel der rechtshistorischen Literatur (Sammelrezension) 161

Gerhard Deter: Zwischen Gilde und Gewebefreiheit (Bd 1, Bd 2) 163

Michael Lauener: Jeremias Gotthelf – Prediger gegen den Rechtsstaat 165

Petr Toman, Ondřej Šebesta: The Nestors of Czech Advocacy (fascinating lives between sections) 166

REPORTS FROM HISTORY OF LAW

Zum 300. Geburtstag von „Kaiserin“ Maria Theresia – Lebensskizze einer Reformerin 168

70. Geburtstag von Dr. Martin Vogel 172

Guidelines for authors 175

JOURNAL ON EUROPEAN HISTORY OF LAW

© 2017 STS Science Centre Ltd.

All rights reserved. Neither this publication nor any part of it may be reproduced, stored in a retreival system, or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without the prior permission of STS Science Centre Ltd.. Published semiannually by STS Science Centre Ltd. „Journal on European History of Law“ is a registered trademark of STS Science Centre Ltd.

Issued twice a year.

Printed in the EU.

ISSN 2042-6402

Die Brünner Kompilationskommission und ihr Entwurf für die Einleitung zum Codex Theresianus. Ein Beitrag im Hinblick auf „300 Jahre Maria Theresia“

(The Commission for Drafting the Codex Theresianus at Brno and its Proposal about the Introduction of this Code. A Contribution in Regard to „300 Years Maria Theresia“)

Christian Neschwara *

Abstract

The following contribution, relying on preliminary publications, picks-up the performances rendered by the Commission for drafting the Codex Theresianus as a general Civil code for all Austrian hereditary provinces within the period between 1753 and 1756 at Brno. According to these efforts a singular script, conserved by the Moravian State Archive, is dealing with the introduction of the Codex Theresianus. It offers an insight into the methods of applicating and practising sources of law by the members of this commission under the leadership of Joseph Azzoni, an expert on Bohemian law. For this reason those sections within this draft, which are dealing with customary law and legal interpretation, will be edited in the annex to this contribution.

Keywords: *civil law; Codex Theresianus; codification; customary law; legal interpretation unification of law.*

I. Zum Thema

Die aus Anlass der 300. Wiederkehr des Geburtstages von Maria Theresia am 13. Mai 1717 – vor allem in Wien – laufenden Veranstaltungen [1] stellen ein vielfältiges Spektrum an Themen in den Fokus ihrer Programme, ihre Schwerpunkte liegen vor allem im Bereich der Kunst- und Kulturgeschichte, eher am Rande stehen Aspekte der politischen sowie der Wirtschafts- und Sozialgeschichte. Die Leistungen von Maria Theresia im Bereich von Staat und Recht bleiben – wie von einer Eklipse verdeckt – im Dunkeln.

Der folgende Beitrag stützt sich auf bereits publizierte Vorarbeiten [2] und greift die auf dem Gebiet der Rechtsvereinheitlichung durch die in Brünn von 1753 bis 1756 bestehende Kompilationskommission erbrachten Leistungen zur Schaffung eines Codex Theresianus als Zivilrechtskodifikation für die deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie auf. Hierzu existiert – konserviert im Mährischen Landesarchiv in Brünn – eine einzigartige Handschrift über den ersten Entwurf dieser Kommission für die Einleitung zum Codex Theresianus [3], welche einen Einblick in das Rechtsquellen- und Rechtsanwendungsverständnis der in Brünn – unter Federführung des böhmischen Rechtsexperten Josef Azzoni – wirkenden Kompilatoren bietet. Aus diesem Grund werden im Anhang zu diesem Beitrag auch die sich auf das Gewohnheitsrecht und die Auslegung beziehenden Abschnitte dieser Einleitung zum Codex Theresianus ediert.

II. Der Codex Theresianus als „allgemeines“ und „gleiches“ Privatrecht für die deutschen Erbländer

A) Bedingungen und Umfeld

Der Beginn der Entstehungsgeschichte der österreichischen Zivilrechtskodifikation, des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches (ABGB) von 1811 liegt eingebettet in die unter Maria Theresia (1740–1780) seit Mitte der 1740er Jahre tief in das Gefüge der habsburgischen Länderverbindung eingreifenden Behördenreformen. Die als Union von Ständestaaten organisierte Monarchia Austriaca sollte zu einem wirtschaftlich, finanziell und militärisch potenten monarchischen Einheitsstaat umgebaut werden. Durch Verdichtung der locker koordinierten

* ao. Univ.-Prof. Dr. Christian Neschwara, Institut für Rechts- und Verfassungsgeschichte, Rechtswissenschaftliche Fakultät, Universität Wien, Österreich.

1 Internationale Konferenz der Österreichischen Akademie der Wissenschaften Wien 29. – 31. 3. 2017 [http://www.oeaw.ac.at/veranstaltungen-kommunikation/veranstaltungen/veranstaltungsdetails/article/300-jahre-maria-theresia/]; Sonderausstellung der Österreichischen Nationalbibliothek 17. 2.–15. 6. 2017 [https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:snnQZTUTm9gJ:https://www.onb.ac.at/museen/prunksaal/sonderausstellungen/maria-theresia-habsburgs-maechtigste-frau/+&cd=8 & hl=de & ct=clnk & gl=at]; Jubiläumsausstellung des Kunsthistorischen Museums Wien vom 15. 3.–29. 11. 2017 [http://tourism.khm.at/sehen-erleben/ausstellungshighlights/2017-maria-theresia/].

2 NESCHWARA, Christian, *Die ältesten Materialien zur Kodifikationsgeschichte des österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches: Josef Azzoni, Vorentwurf zum Entwurf des Codex Theresianus – Josef Ferdinand Holger, Anmerkungen über das österreichische Recht (1753) (= Fontes rerum austriacarum III / 22)*, Wien, 2012; ders, *Historie kodifikace občanského práva do vydání ABGB [=Zur Kodifikationsgeschichte des ABGB]*, in: VOJÁČEK, Ladislav/SCHELLE, Karel/TAUCHEN, Jaromír (Hrsg.), *Vývoj soukromého práva na území českých zemí*, Brünn, 2012; ders, *Codex Theresianus (1766), (in tschechischer Übersetzung)* in: SCHELLE, Karel /TAUCHEN, Jaromír (Hrsg.), *Encyklopedie českých právních dějin, IV. (N-O)*, Ostrava, 2016, S. 515–521.

3 https://is.muni.cz/elportal/estud/praf/ps09/codex/web/pdf/Codex_Theresianus_-_original.pdf. Die hier edierte Transkription des Originals ist zum Teil fehlerhaft und unvollständig.

organisierten und mit mehreren Verwaltungszentren föderativ zersplitterten Behördenstruktur war eine Zentralisierung der Staatsgewalt, sodass der Monarchin ein Zugriff auf alle Untertanen möglich sein sollte – jedenfalls im Verband der dem Heiligen Römischen Reich eingliederten deutschen Erbländer, welche damit ihren – allerdings bereits seit 1620 erheblich eingeschränkten –verfassungsrechtlichen Status als Ständestaaten einbüßen sollten.[4]

Mit den Zielsetzungen dieses aufgeklärt-absolutistischen Reformprogramms, das zu einer Konzentration der inneren und der Finanzverwaltung in einem Direktorium (in publicis et cameralibus) führte und die Justizsachen in einer Obersten Justizstelle bündelte, verband sich die Notwendigkeit der Schaffung einer einheitlichen, überschaubaren und praktisch handhabbaren Rechtsordnung.

B) Einsetzung der Kompilationskommission[5]

Auf Anregung einer anonymen Denkschrift aus 1752, welche eine Vereinheitlichung des Privatrechts im weiten Sinn auf Grundlage eines „gleichen" Landrechts und einer „allgemeinen" Gerichtsordnung propagierte, wurde zu Jahresbeginn 1753 von der Obersten Justizstelle in einem über die Realisierbarkeit dieses Vorschlags erstatteten Gutachten die Einsetzung einer besonderen Hofkommission befürwortet. Wenige Wochen später war eine Juristengruppe, zusammengesetzt aus praxiserfahrenen Experten– zunächst unter Leitung des Vizepräsidenten der Obersten Justizstelle Otto Frankenberg – in Wien gebildet, welche auf Grundlage der Länderrechte mit der Ausarbeitung eines „Codex Theresianus" als für die deutschen Erbländer im Privatrecht geltendes „Universal-Recht" betraut wurde. Im Hinblick auf die den Arbeiten zugrundgelegte Methode und die dabei herangezogenen Arbeitsmaterialien (dazu unten C) wurde dieses Gremium „Kompilationskommission" genannt. Als Kenner der einzelnen Länderrechte gehörten ihr an: Josef Azzoni, Professor für Institutionen und Gerichtspraxis an der Universität Prag sowie ehemaliger Landesadvokat in Böhmen; Heinrich Hayek von Waldstätten, Kanzler am königlichen Tribunal für Mähren in Brünn; Franz Burmeister, landesfürstlicher Oberfiskal in Schlesien; Josef Ferdinand Holger, Professor der Institutionen an der Universität und Rat der Regierung für Österreich unter der Enns in Wien; Ferdinand Josef Thinn von Thinnfeld, als solcher Rat für Innerösterreich (für Steiermark, Kärnten und Krain) und Anwalt an der landständischen Schranne in Graz; Josef Ignaz Hormayr, Kanzler der in Innsbruck für die oberösterreichischen Länder (für Tirol, Vorarlberg und Vorderösterreich) bestehenden Regierung. Holger war zugleich Experte für das in Österreich ob der Enns geltende Landesrecht; dasselbe galt für Thinnfeld in Bezug auf Görz und Gradiska sowie Istrien und Triest.[6]

Nach Ableben des bisherigen Vorsitzenden Anfang Mai 1753 konnten die Tagungen dieser sechs Experten nicht mehr in Wien am Sitz der Obersten Justizstelle abgehalten werden, sie wurden nach Brünn verlegt, wo sich die Dienststelle des neuen Vorsitzenden, Heinrich Kajetan Blümegen als Präsident der Repräsentation und Kammer in Mähren, befand. Ihre Sitzungen hielten die Kompilatoren aber im Gebäude des königlichen Tribunals, also am Dienstort von Waldstätten, ab.[7]

C) Umfang und Grundlagen der Rechtsvereinheitlichung: Schaffung eines allgemeinen Privatrecht- und Zivilprozessrechts[8]

In Bezug auf den sachlichen Umfang der Privatrechtsvereinheitlichung hatte sich die Kompilationskommission nach Anordnung der Monarchin am justinianischen System zu orientieren, die Gliederung des Stoffes folgte daher auch dessen Haupt-„Objecta", behandelte also „personae, res et obligationes, und die hieraus entspringenden actiones". Die „weitere Subdivision" dieser Materien nach Titeln blieb den Kompilatoren überlassen. Nach den Intentionen der Monarchin sollte die Kommission aber „keinerdings… ein willkürig- ganz neues Recht… verfassen", sondern die in den Ländern bereits „vorhandenen… Ordnungen in eine Gleichförmigkeit… bringen", allfällige Unterschiede oder Ungleichheiten der Länderrechte waren auszumerzen. Die bisherigen Rechtsquellen sollten bei inhaltlicher Übereinstimmung also ihre „Kraft und Gültigkeit" behalten – die Notwendigkeit, neues Recht zu schaffen, wurde daher grundsätzlich verneint, die Kommission sollte sich „ältere gut gefaßte Rechte… zur Richtschnur" nehmen.

Es war daher notwendig, die im Gebiet der geplanten Rechtsvereinheitlichung geltenden Länderrechte zu erheben und – nach einem erst festzulegenden – „Plan" darzustellen, um nach einem Vergleich rasch Schlüsse über die Möglichkeiten eines „Vereinbar- oder Gleichförmigmachen" ziehen zu können. Die einzelnen Darstellungen der Länderrechte waren auch mit „Anmerckungen" zu versehen, welche allfällige „differentiae Juris communis, et Juris patrij" hervorheben sollten; Belege über Abweichungen des jeweiligen Landes- vom gemeinen Recht waren in gesonderten „Beylagen" zu sammeln. Die Länderstellen (Repräsentation und Kammer sowie Landesjustizstelle), aber auch die Landstände wurden angewiesen, den Beisitzern der Kompilationskommission die für die Darstellung der Länderrechte erforderlichen Materialien zur Verfügung zu

---

4 ARBEITSGEMEINSCHAFT ÖSTERREICHISCHE RECHTSGESCHICHTE (Hrsg.), *Rechts- und Verfassungsgeschichte*, 4. Auflage, Wien, 2016, S.128–133 (bearb. von NESCHWARA, Christian); NESCHWARA, Christian, *Zentralbehörden der Habsburgermonarchie (1749-1848)*, (in tschechischer Übersetzung, in: SCHELLE, Karel /TAUCHEN, Jaromír (Hrsg.), *Encyklopedie českých právních dějin [Rechtsenzyklopädie der tschechischen Rechtsgeschichte]*, Ostrava, (2017 im Erscheinen).

5 Hierzu NESCHWARA, *Einleitung*, S. 17–19.

6 Zu Azzoni: NESCHWARA, Christian, *Über Josef Azzoni und seinen Vorentwurf zum Codex Theresianus*, in FRÝDEK, Miroslav / TAUCHEN, Jaromír (Hrsg.), *Pocta Karlu Schellemu k 60. narozeninám [= FS Karel Schelle]*, Ostrava-Přívoz, 2012, S. 471–483, sowie NESCHWARA, *Einleitung*, S. 49–51; zu Holger: NESCHWARA, ebda, S. 57–59; zu Thinnfeld: FRAYDENEGG-MONZELLO, Otto, *Ferdinand Joseph Edler Herr von Thinnfeld – eine biographische Skizze* in KLEIN, Eva, u.a. (Hrsg.), *Schloss Thinnfeld. Ein Gesamtkunstwerk des 18. Jahrhunderts*, Graz, 2015, S. 19–32.

7 Zu Blümegen und die Brünner Kompilatoren https://is.muni.cz/do/1499/el/estud/praf/ps09/codex/web/pages/clenove-kompilacni-komise.html#clen3.

8 Zum Folgenden NESCHWARA, *Einleitung*, S. 20–27; ders, *Codex Theresianus in Encyklopedie IV*, S. 516–520.

stellen und ihnen erforderlichenfalls auch mit Personal zur Hand zu gehen.

Der Aufgabe, einen „Plan" für die Gliederung des Codex-Theresianus vorzubereiten, hatte sich Azzoni schon zu Beginn der Tätigkeit der Kompilationskommission angenommen; er wurde daher auch zum Referenten für die Ausarbeitung des Entwurfs bestimmt. Die übrigen Beisitzern sollten an der Gestaltung des Gesetzestextes dadurch mitzuwirken, dass sie die Vorschläge des Referenten einem Vergleich mit den jeweiligen Landesrechten unterzogen und im Fall ihrer Nichtübereinstimmung bestimmten, welches von diesen als „allenfalls… allgemeines Recht" anzusehen war. Einer der Beisitzer hatte die „rechtliche Bewehrung des Grund-Textes", also die „Motive" zum Gesetzestext zu verfassen; diese Aufgabe fiel Josef Ferdinand Holger zu. Gesetzestext und Motive sollten Zug-um-Zug der Monarchin zur Approbation vorgelegt werden; diese hatte auch innerhalb der Kommission bestehende Meinungsverschiedenheiten zu entscheiden.

Azzoni war in seinem Vorentwurf grundsätzlich von der Aufhebung der bisherigen Länderrechte ausgegangen, aber auch von der Aufhebung des gemeinen Rechts – an die Stelle der überkommenen Rechtsquellen sollte ein allgemeines Gesetzbuch in geschlossener Systematik treten, dem als Kodifikation Ausschlusswirkung gegenüber allen anderen bisher im Rechtsleben maßgeblichen Normen zukommen sollte. Azzoni stellte die unmittelbare Geltung des römischen Rechts – jedenfalls für das böhmisch-mährische Rechtsleben – in Abrede, er räumte jedoch ein, dass es in der Gerichtspraxis, zwar nicht als „Gesetz oder… lex positiva" zur Anwendung komme, aber doch als „eine allgemeine natürliche Billigkeit" Anerkennung finde, so wie es auch anderen „gesitteten Völkern" als „Richtschnur" diente.

Mit der Degradierung des römischen Rechts von einer Quelle positiven Rechts auf eine Rolle als ratio scripta ging auch eine Verdrängung von Latein als Gesetzessprache einher: Deutsch als Sprache des Codex Theresianus wurde von den am Projekt beteiligten Akteuren stillschweigend vorausgesetzt, Latein trat aber vor allem in den Darstellungen der Länderrechte hervor, die Beisitzer wurden sogar angehalten, auf die jeweiligen Abweichungen vom römischen Recht hinzuweisen und mussten die entsprechenden Belege auch separat dazu sammeln.

D) Ausarbeitung des ersten Entwurfs 1754/55

Nachdem Azzoni seinen „Plan" für die Gliederung des Codex Theresianus Anfang Juni 1753 vorgelegt hatte, wurde die Tätigkeit der Kompilationskommission in Brünn zum Zweck der Sammlung und Darstellung der einzelnen Länderechte vertagt. Bis Anfang Oktober sollte diese Vorbereitungsphase abgeschlossen sein; bis zu diesem Zeitpunkt lag aber lediglich die Arbeit von Holger zum niederösterreichischen Landesrecht vor. Erst nach Einlangen von weiteren Darstellungen, für Mähren (durch Waldstätten) und für Innerösterreich (durch Thinnfeld), wurden die Beratungen der Brünner Kompilationskommission wieder aufgenommen; noch später folgten die Berichte von Azzoni und von Hormayr für Böhmen bzw. Tirol. Für Schlesien wurde offenbar keine Darstellung des Landesrechts abgeliefert; der dafür zuständige Kompilator Burmeister war auch nur in den ersten Sitzungen der Kompilationskommission im Mai und Juni 1753 präsent; Hormayr tauchte bei den Beratungen in Brünn erst ab dem Frühjahr 1754 auf.[9]

1. Methodische Grundlagen [10]

Nach Wiederaufnahme der Beratungen Mitte November 1753 standen in den ersten Sitzungen der Kompilationskommission zunächst Fragen auf der Tagesordnung, welche die bei der Verfassung eines allgemeinen Rechts auf Grundlage der verschiedenen Partikularrechte zugrundzulegende Arbeitsweise betrafen. Die Kommission war beauftragt, die vorhandenen Länderrechte „in Gleichförmigkeit" zu bringen und bei Konkurrenz von mehreren das „natürlichste und billigste auszuwählen", bei allenfalls sich ergebenden Lücken aber die „Abgänge nach… Vernunft und dem… Allgemeinen Natur-… Recht zu ergänzen", zur Lückenschließung jedoch erst in letzter Linie „gantz neüe Satzungen… in Vorschlag zu bringen". Bei Abweichungen einzelner Länderrechte untereinander sollte aufgrund der jeweils zugrundeliegenden Hauptprinzipien festgelegt werden, welcher dieser Grundsätze „unstreitig für den natürlichsten und billigsten… zu halten" sei und dem künftigen allgemeinen Recht daher zugrunde zu legen wäre.

Azzoni gab zwar zu bedenken, „daß es schwer und fast unthunlich" erscheine, „dergleichen Haupt-principia… festzustellen", doch hielt er es auch für unumgänglich, dass sich die Kommission bei ihrer Arbeit an einem „Leit-Stern" orientierte. Die von ihm konzipierten „Grund-Sätze oder Detail-principia" legten bei Konkurrenz von Rechtsquellen für ihre Berücksichtigung als Grundlage des künftigen allgemeinen Rechts eine Hierarchie fest: Primär zu berücksichtigen waren heimische Gesetze und ihnen gleichgestellte, landesfürstlich bestätigte Gewohnheiten oder Gerichtsgebräuche vor sonstigen Gewohnheiten oder Gerichtsgebräuchen; subsidiär kam bei Lücken Naturrecht zum Zug – geschöpft aus Grundsätzen des römischen Rechts, ausländischen Gesetzen oder der herrschenden Rechtsliteratur. Azzoni legte seine Vorstellungen in insgesamt 37 Grundsätzen nieder, ihnen lagen zwei Prämissen zugrunde: Einerseits der grundsätzliche Vorrang der Länderrechte, von denen – soweit ihnen ein gemeinsames Prinzip zugrunde lag – das „natürlichste und billigste" als allgemeine Norm den Vorzug erhalten sollte, andererseits war die Schaffung von neuen, aus keinem der vorliegenden Länderrechte abgeleiteten Normen nur bei grundsätzlichem Widerspruch von Länderrechten gerechtfertigt, es sollte durch „gesunde Vernunft" aus dem Naturrecht geschöpft werden.

2. Äußerer Ablauf und Ergebnisse der Brünner Kompilationskommission [11]

Anfang Dezember 1753 nahm die Kompilationskommission die konkreten Arbeiten am Codex Theresianus auf. Die Abfolge

[9] NESCHWARA, *Einleitung*, S. 25–27; ders, *Codex Theresianus in Encyklopedie IV*, S. 518–520.
[10] Hierzu NESCHWARA, *Einleitung*, S. 27–35; ders, *Codex Theresianus* in *Encyklopedia IV*, S. 520–522.
[11] Zum Folgenden NESCHWARA, *Einleitung*, S. 35–41; ders, *Codex Theresianus* in *Encyklopedia IV*, S. 522–525.

der Sitzungen war bis Ende April 1754 eine regelmäßige, zeitweise fanden sie in wöchentlichem Turnus statt. Danach folgten weitere Sitzungen erst wieder Anfang Juni und Anfang August 1754. Aufgrund der Vielschichtigkeit des Beratungsmodus kam die Kommission mit ihren Arbeiten aber nur schleppend voran. Bis Anfang Oktober 1754 konnte sie als erstes Ergebnis die Einleitung (und die ersten vier Hauptstücke) des ersten Teils vorlegen. Bis Februar 1755 folgte eine zweite und bis Juni 1755 eine dritte Lieferung, womit aber bloß die Bearbeitung des ersten Teils zum Codex Theresianus abgeschlossen war: Die Kommission hatte dazu ein 2.800 Seiten in Folioformat umfassendes Elaborat abgeliefert, welches um 17 Bände mit Erläuterungen („Motive") ergänzt wurde.

Die Weitschweifigkeit dieses ersten von vier geplanten Teilen des Codex Theresianus und seine Überfrachtung mit erläuternden Bemerkungen („Motive") erregte bei den über den weiteren Verlauf der Kodifikationsarbeiten entscheidenden Stellen in Wien massive Bedenken. Im Frühjahr 1755 wurden die Vorlagen der Brünner Kommission einer Überprüfung durch eine in Wien aus Hofräten des Direktoriums sowie der Obersten Justizstelle zusammengesetzte Kommission unterzogen. Über das erste Ergebnis der Arbeiten dieser Überprüfungskommission, das sich auf die „Einleitung" zum künftigen Gesetzbuch beschränkte, zeigte sich die Brünner Kommission –„ob der Menge durchdringlicher Anmerkungen" zu ihrem Entwurf – völlig konsterniert, weil es im Ergebnis zu einer „völligen Umarbeitung ihres Aufsatzes" führen musste. In einer umfangreichen Rechtfertigungsschrift versuchte sie daher „den schwebenden Umsturtz ihrer bißherigen… Arbeit" zu verhindern und ihren Entwurf zu rechtfertigen.

Die Brünner Kompilatoren hatten sich dabei vor allem zu zwei grundsätzlichen Änderungen ihrer Konzeption durch die Überprüfungs-Kommission in Wien geäußert, nämlich zur Frage der künftigen Geltung von Gewohnheiten neben allgemeinem Gesetzesrecht sowie zur Frage der Gesetzesauslegung. Die Wiener Kommission hatte die ausführlichen Darlegungen der Brünner Kommission über die Anerkennung von Gewohnheitsrecht neben Gesetzesrecht nämlich darauf reduziert, dass gewohnheitsrechtlichen Übungen allenfalls in Bezug auf Fragen quantitativer Natur eine gesetzesergänzende Funktion zufallen sollte, räumte im Übrigen aber nur die Möglichkeit ein, dass „kleinere Gemeinden und Ortschaften, insoweit sie… Satzungen zu errichten fähig" waren, ermächtigt sein könnten, den „Gesetzen nicht widerstrebende" besondere Gewohnheiten anzuwenden. Die Brünner Kommission wies darauf hin, dass man sich in den Erbländern, „mehrentheils nach dem Consutudinario" richtete: „Unzehliche Judicata hoher und höchsten Stellen", sogar landesfürstliche „Resolutiones und Rescripta", hätten sich „auf hergebrachte Gewohnheiten berufen"; das Gewohnheitsrecht sei in den Erbländern „der größte Theil des bißherigen Rechts". Die Brünner Kommission wehrte sich daher gegen den Vorwurf der Wiener Kommission, dass sie sich anmaßen wollte, „die Fre˙heit deren einzuführenden Gewohnheiten zu erweitern… damit die Gesätze gewissermassen untergraben" würden, wo doch „im Statu Monarchico Gewohnheiten… keinerdings von dem Willen des Volcks, sondern von dem stillschweigenden Willen des Beherrschers Kraft und Würckung" erlangten.[12]

Außerdem war es der Brünner Kommission wichtig, darauf hinzuweisen, dass die Wiener Kommission den Abschnitt „über den Verstand und Ausdeütung deren Rechten"[13] der Einleitung nahezu gänzlich übergangen hatte. Ein allgemeines Auslegungsverbot aufzustellen, wie durch den „neüen Aufsatz" der Wiener Kommission in Aussicht genommen, wäre zu weitgehend. Man müsse festlegen, ob letztendlich der Landesfürst jeden Einzelfall – durch Erläuterungen – entscheiden sollte, oder ob auch der Richter innerhalb gesetzlich fixierter Grenzen dazu berufen werden könnte.

Die laufende Überprüfung ihrer Ergebnisse durch die Überprüfungskommission in Wien führte zu einer noch stärkeren Hemmung der Beratungen in Brünn. Im Februar 1756 wies die Kompilationskommission in einer weiteren Denkschrift auf diese Problematik hin; sie erreichte damit bei der Monarchin aber letztendlich bloß, dass es – unter Vorschützung von Einsparungen – im Juli 1756 zur Auflösung der Brünner Kommission kam.

III. Ausblick: Weiterer Verlauf der Rechtsvereinheitlichungsarbeiten von 1756 bis zum Erlass des ABGB (1811)[14]

Der Ende 1766 vorgelegte Entwurf des Codex Theresianus konnte der Überprüfung im Staatsrat, dem Beratungsorgan der Monarchin, nicht standhalten; mit mehr als 8000 Bestimmungen und einem komplizierten Aufbau schien er für die Praxis unanwendbar. Eine systematische Umarbeitung und radikale Kürzung war erforderlich. Zugleich wurde auch entschieden, die Gerichtsordnung aus dem allgemeinen Zivilkodex herauszulösen und in einem besonderen Gesetz über eine allgemeine Gerichtsordnung zu regeln. Damit war das 1753 aufgenommene Projekt des Codex Theresianus fallengelassen. Bis zum Ende der Regierungszeit vom Maria Theresia kamen in Bezug auf die Privatrechtsvereinheitlichung keine konkreten Ergebnisse mehr zustande. Erst unter ihrem Nachfolger Josef II. erfolgten der Erlass einer Allgemeinen Gerichtsordnung (1781) und eines Ehepatents (1783) sowie zum Erlass eines Erbfolgepatents (im Mai 1786) und vor allem des ersten Teils eines ABGB im (November 1786). Die Revision dieser Kodifikationen führte unter Franz I. zum Erlass vollständiger Kodifikationen des Zivilrechts: 1797 zunächst zum Galizischen Bürgerlichen Gesetzbuch, auf dessen Grundlage schließlich für alle deutschen Erbländer das ABGB von 1811 zustande kam.

[12] Dazu unten IV. Anhang, XXVIII.

[13] Dazu unten IV. Anhang, XLIV.

[14] NESCHWARA, *Einleitung*, S. 41–48; ders, *Codex Theresianus* in *Encyklopedia IV*, S. 525; ders, *Občanský zákoník Josefa II, (1786),* in *Encyklopedia IV*, S. 526–529, sowie ders, *Občanský zákoník – ABGB (1811)*, ebda, S. 529–551.

IV. Anhang: Edition [15]

[1r] ***CODEX THERESIANUS nach dem/ Allergnädigst genehmigten/ Entwurff*** […]
[2r] ***Eingang*** [Vorrede]
[5r] ***Erster Theil*** […]
[6r] […Einleitung…] ***Von der Gerechtigkeit und den Rechten*** […]
Von den Rechten ins Gemein
I […Naturrecht…]
[6v] […]
II […positives Recht…]
[7r] […]
III […[…göttliches Recht, menschliches Recht, Kirchenrecht…]
[8r] […]
IV […Völkerrecht, Zivilrecht…]
[8v][…]
V […Privatrecht…]
[9r][…]
Von den Gesätzen
VI […landesfürstliche Edikte, Reskripte und Dekrete…]
[9v bis 12v]
VII […bis…] ***X*** […Kraft und Wirkung der Gesetze…]
[13r] […]
XI […Kundmachung der Gesetze…]
[14r] […]
XII […Nichtrückwirkung der Gesetze…]
[13v] […]
XIII […Außerkrafttreten der Gesetze…]
[15r] […]
XIV […Satzungen (*Statuta*)…]
[16v bis 22r]
XV […bis…] ***XXVII*** […Verleihungen, Freiheiten und Begnadigungen (*Privilegia*)…]
[25v]
Von den Gewohnheiten
XXVIII

*Die Gesätze enthalten den außdrücklichen landesfürstlichen Willen, doch kann auch stillschweigend ein Recht erwachsen durch die Gewohnheiten, welches man das unbeschriebene oder gewohnheitliche Recht (**Jus consuetudinarium**) nennet, und in stillschweigend landesfürstlicher Verwilligung bestehet.*
Immassen zu allen Recht der landes-fürstliche Wille erforderlich ist, welcher nicht mindere Kraft und Würckung hat, wann solcher von sonsten genüglich abgenommen wird, als da derselbe ausdrücklich erkläret ist.
Ein allgemeine langwiehrig-gleichförmige Beobachtung, deütet den stillschweigend landesfürstlichen Willen, wann nicht durch klare Gesätze das Wiederspiel erhellet.
[26r] *Sie wird dahero billig nach weiter erfolgenden Maas-Regeln als eine allgemeine Gewohnheit (**Consuetudo universalis**) für Recht gehalten, in wie lang von Unseren höchsten Gewalt kein anderes geordnet wird.*
*Würde aber nicht eines= ländig allgemein, sondern nur hie und da etwas in gleichförmigen Gebrauch und Übung koen; kan solche besondere Gewohnheit **(Particularis)** kein Kraft des Rechtens haben, dann das Recht mus allgemein, und durchgängig sein.*

XXIX

*Die Gewohnheiten ziehen Wir in einerley Gattung: deren jenigen nemlich die neben dem Gesatz hergehen (**prćter Legem**).*
*Dann die, nach dem Gesatz (**secundum Legem**) erfolgen, seind als ein Schuldiger nach Verhalt,* [26v] *und Beobachtung des Gesatzes anzusehen.*
*Die aber entgegen dem Gesatz lauffen (**contra Legem**) wollen Wir fürhin gar nicht zugelassen, sondern hiemit gänzlichen eingestellet und für hinkünftig ewige Zeiten verboten, und entkräftet haben.*
Derohalben wann in einem Unserer Gesätze etwas überhaupt ausgemessen und verordnet, die Art und Weise aber, die Zahl, Maaß, und Größe, die Eigenschaft, oder sonstiger der Sachen Umstände nicht ausgedrucket, oder wohl gar auf Landes= Brauch, auf vorherige Beobachtung, auf derzeitige Übung, und dergleichen sich Richters nach Bewandnus des Vorfalls ein- oder das andere überlassen ist; und wann hiernach etwas gewisses zu Erfüllung des Gesatzes, und zu Beförderung dessen Endzwecks gleichförmig [27r] *beobachtet, und fast wie für Recht angenommen worden, Wir es auch darbey stillschweigend haben bewenden lassen; so legen Wir deme die Kraft des Rechtens dergestalten bey; als ob Wir Unsere in dem Gesatz verstandene Willens= Meinung ausdrucklich dahin erkläret hätten.*
Wann jedoch dem klar- und deütlichen Gesatz zuwieder etwas unternommen, und so lang und viel, als es ier möge, geöfteret würde; hierdurch, weil solches Unserer Willens= Meinung stracks entgegen ist, soll niemahlen einiges Recht erwachsen, und solchem auf keinerley Weise nachgegangen werden.

XXX

Wir verstatten also die alleinige Gattung deren Gewohnheiten, so neben dem Gesatz hergebracht worden, und etwas betreffen, welches in den Gesätzen nicht enthalten ist.
[27v] *Worinnen Wir gleichwohl die erforderliche Schrancken für Zukunft gesetzet haben wollen.*
Es solle nemlich keiner Dingen gestattet sein, eine Gewohnheit einzuführen in solchen Fällen, die ein allgemeines Gebot, oder Verbot erforderen.
Als: dieweilen sie in die gute Sitten, in Unsere landes= fürstliche Vor-Rechte, in das gemeine Beste, und in Ordnung der Gerichten einschlagen.
Oder da sie mit denen durch die Gesätze entschiedenen Fällen in dergestaltigen Zusaenhang, und Gemeinschaft haben, daß leichtlich etwas eingeführet werden könnte, so der Gleichförmigkeit mit deme, was in anderen Fällen heilsam verordnet ist, entgegen wäre.
Um so weniger solle eine Gewohnheit eingeführet werden könne, in Fällen, wo Zweifel [28r] *vorfiele, ob sie den Gesatz begriffen, oder nicht? Noch minder wann es außer Zweifel wäre, daß ein dergleichen Fall unter der Weite eines Gesatz begriffen seye; doch wegen fürwaltenden besonderen Umständen nicht klar genug entschieden zu sein scheinete.*

XXXI

In so beschaffenen Fällen, ergänzet sich von selbsten: daß nachdeme Unß allein die Macht Gesätze zu geben, und dahero auch dieselbe zu erweiteren, und einzuschräncken, zu erklären, und rechts= kräftig auszudeüten zustehet; hierinnen Unserem höchsten Gewalt, durch keinerley anmassende Gewohnheit vorgegriffen werden könne.

[15] Mährisches Landesarchiv Fond G 76 (Familienarchiv Blümegen), Ev. Nr. 70, Inv. Nr. 847.Papierlibell, 53 Blätter, foliiert. https://is.muni.cz/do/1499/el/estud/praf/ps09/codex/web/pdf/Codex_Theresianus_-_original.pdf.

Derowegen allemahl da ein neües Gebot, oder Verbot erforderlich, oder eine Erklärung [28v] *Unserer Gesätz erforderlich ist, muß der Vorfall mit seinen Umständen an Uns gebracht, und ein Gesatz gebige Außmessung, oder Erklärung angesuchet werden.*
Wannenhero keinem nachgesezten Richter gestattet ist, in solchen Fällen nach Geduncken, oder nach anderen, als Unseren Rechten fürzugeben; oder da vielleicht ein anderer bereits fürgegangen wäre, derley Vorurtheil nachzuahmen, oder auf eine dieserhalben vorschützende Gewohnheit zu sehen.
Es sollen vielmehr alle in vorerwehnten Fällen einschleichen mögende Gebräuche ganz nichtig und unkräftig sein, und daraus ein rechtliche Gewohnheit niemahlen entstehen können.

XXXII

In anderen Fällen mögen Wir guten und löblichen Gewohnheiten nicht entgegen sein, wo [29r] *es nemlich bloß um der Leüte Gerechtsame gegen einander zu thun, und nach ihren Willen sich mehr oder weniger zu verbinden, so oder anderst mit ihren Sachen zu schalten, und ihre Befugnussen ein= ander zu erlassen gestattet, oder ansonsten etwas weder geboten, oder Verboten, sondern der Willkur überlassen ist.*
Allwo dann jenes, dessen sich allem oder der grössere Theil freywillig, offentlich, und langwührig, auf einerley Weise gebrauchen, und dieses gleichsam für Recht annehmen, endlichen die wahre Kraft eines Rechts gewinnen, und hiernach gerichtet werden mag.
Immassen uneracht Unser außdrucklicher Wille nicht darbe˙ obhanden, Wir doch stillschweigend deme nicht entstehen wollen, was sogestalt ohne Abbruch Unßerer Gesätze und Unserem höchsten Satzgebungs= Recht unvor-[29v]*gegriffen, durch langwührig guten Gebrauch zu Unserer Unterthanen Frommen und Nutzen eingeführet, und wohlhergebracht wird.*

XXXIII

Es wird aber zu einer solchen Gewohnheit, um damit die Kraft eines Rechts mit Unßerer stillschweigenden Einwilligung erhalten könne, vor allen erforderet: daß sie vernunfttmässig, und gut seye.
Wordurch ausgeschlossen wird: wann etwas wieder das Natürliche, und Göttliche Recht, wieder die guten Sitten, wieder die Gesätze, und wieder die gemeine Wohlfahrt eingeführet werden wollte.
Dergleiche etwannige Verwöhnungen seind als strafbare Mißbräuche, und nicht alß Gewohnheiten anzusehen, mithin keiner Dingen zu gedulden. [30r]

XXXIV

Nebst deme wird erforderet: daß sie allgemein seye einem ganzen Volck oder Land; massen schon hieoben gemeldet worden, daß die sonderheitliche Gebräuche eines oder des andern Orths keine Kraft des Rechtens erlangen können; weilen sie nicht allgemein seind.
Wo aber nicht nöthig ist: daß ein jeder von dem Volck hieran Theil habe, sondern an deme genug: daß jene, welche dergleichen Fall betroffen, alle, oder doch die mehreste, es also, und nicht anderst beobachtet haben. Und dießes freywillig, und ungezwungen, auch nicht zufällig, sondern wissentlich, mit Absicht, auf dergleichen Art sich gegeneinander zu verbinden.
Deme dann die andere, wann einmahl die [30v] Gewohnheit in ihre Kräften erwachsen ist, sich ebenfalls zu fügen haben; als ob sie ein solches gleich denen mehreren beobachtet hätten. Dann was von dem größten Theil geschehet, wird darfür gehalten, als ob es von allen geschehen wäre.
Es hätte dann ehebeuor eine Gewohnheit zu Recht erwachsen, der kleinere Theil sich dargegen gelehnet, und wiedersprochen; wordurch die Gewohnheit, und deren allgemeine Einführung unterbrochen worden wäre.

XXXV

Mehr wird erforderet: daß sie langwührig se˙e, und dießes zwar von darumen: damit der allgemeine Wille sich zu verbinden genugsam abgenommen werde.
Außer dem, wäre die gleiche Beobachtung mehr einer Zufälligkeit, alß der Absicht hin-[31r]*künftiger Darzu-Verbindung be˙zumessen. Und ist nicht zuzugeben: daß eine durch die Gesätze unbenommene Freyheit durch unstathafte Gewohnheiten beschränket werde.*
Dieserhalben wird auch eine Mehrheit, und hinlängliche Anzahl der würcklichen Fälle, worinnen ein Gleiches beobachtet worden, erforderet. Immassen ein und anderer gleicher Fall sich von ungefähr ergeben kann; doch hieraus die Meinung: ein gewisses Recht in dergleichen zu halten, nicht abgenommen wird.

XXXVI

*Wann es hiernächst um etwas, fre˙er Macht und Beliebens, (**merć Facultatis**) zu thun ist, wo niemanden ein Recht dazu, oder darwieder, zu Nutz, oder zu Abbruch gebühret, so ist auch die längste Zeit, und die öftereste Wiederholung* [31v] *nicht zulänglich, eine rechtliche Gewohnheit, und hierdurch Verbindung einzuführen.*
Dann in dergleichen Fällen wird die natürliche Fre˙heit geübet, deren sich einer oder mehrere, oder auch alle durch längere Zeit ungebrauchen mögen, ohne daß man schliessen könne: sie hätten sich dergleichen begeben wollen.
Es wäre dann: daß eben hierinnen ein Theil dem anderen beuorkommen, und den anderen von fre˙en Gebrauch ab= oder zu gewissen Gebrauch angehalten, dieser aber hierbe˙ guttwillig beruhet, hiernach gethan, und somit sattsam zu erkennen gegeben hätte: wie man allgemein verbunden zu werden nicht unwillig se˙e.
Woraus dann endlich eine rechtliche Gewohnheit entstehen kann: weil zugleich aus solcher guttwilligen Gleichhaltung, wo nicht eine [32r] *besondere Nutzbarkeit, wenigstens eine gemeinersprießliche Bequemlichkeit abgenommen wird.*

XXXVII

Wann hingegen es Vergleichungen zwischen denen Leüten, ihre Befungussen und Schuldigkeiten gegen einander, und dergleichen anbetrifft, worinnen die Gesätze nicht Maas und Ziel geben, sondern die Willkur ein so anderes überlassen, mithin obenthaltener Massen der Fall vorhanden ist, wo eine Rechts-Gewohnheit eingeführet werden möge; da ist allerdings ein öftere, und langwührige Wiederholung vonnöthen.
Doch ist sich nicht blosser Dings an gewisse Zahl, und Zeitlänge zu binden, wie vielmahl etwas gleichförmig vorgegangen? Weder in wie lang es in einer Gleichheit geübet worden? Weil aus deme allein annoch unsicher ist, auf allgemeine Gesinnung zu schliessen.
[32v] *Es muß dahero nach vernünftig richterlichen Urtheil die Gleichheit in mehreren Fällen, und durch lange Zeit schon dergestalt über Hand genommen haben: daß ins gemein die Leüte darbe˙ zu beharren für Recht; abzugehen für Unrecht halten; und somit die Einwilligung zu gemeiner Verbindlichkeit genugsam an Tag legen.*

XXXVIII

Da Wir nun dießes Leztere nach Erfordernus abzunehmen einer vernünftig richterlichen Beurtheilung nicht entziehen, so wollten Wir doch der benöthigten mehreren Fällen, und Zeitlaufs halber eine Verläßlichkeit eingeführet, und hiemit geordnet haben.
Daß zu Einführung einer Gewohnheit genug sein solle: in selteneren Begebenheiten, besonders wo etwas Beharrliches geübet wird, eine

dre˙mahlige, in öfteren Begeben-[33r]*heiten aber, eine zehenmahlige gemeinkündige, und nicht wiedersprochene gleichförmige Beobachtung. Und daß eben dazu genüglich se˙e: eine zehenjährige Zeit, da anzufangen, als erweislich etwas zum ersten- oder bereits wiederholtenmahl, dann fürters ununterbrochen also beobachtet worden.*

Wo so dann das Hergebrachte für eine rechtmässige Gewohnheit zu halten ist; wann anderst, wie vor= ermelt, die gemeine Einwilligung zur Verbindlichkeit zulänglich abgenoen werden kann.

Wann aber binnen solcher Zeit sich gemeinkündiger Wiederspruch eraignet hätte, oder in anderen dergleichen Fällen eben gemeinkündig es nicht also, sondern auf andere Weise beobachtet worden wäre; so solle die vorgebliche Gewohnheit gar nicht in Betracht gezogen werden, wann schon auf mehrere Fälle, oder längere, auch wohl gar undencklicheZeit berufen wurde.

[33v] *Immassen Wir die, Unseren Unterthanen durch die Gesatze überlassene Fre˙heit, durch nicht gemeinwillige Gewohnheiten unbeheet, und denen beschwerlichen Strittigkeiten, so sich durch Vorschützung unzulänglicher Gebräuche zu ereignen pflegen, ausgebigst vorgebogen haben wollen.*

XXXIX

Wer solchem nach eine Gewohnheit für sich anführet, die nicht ohnehin kundbar ist, mus die ausgesetzte Anzahl deren gleichförmig beobachteten Fällen, und den seitherigen Verlauf einer zehenjährigen Zeit erweisen. Dem Richter aber stehet zu: auf die Umstände zu sehen, ob zugleich hieraus die gemeine Verwilligung genugsam abgenoen werde.

Und wer sich wieder eine Gewohnheit zu schützen gedenket, mus seitherig erfolgten [34r] *Wiederspruch, oder zwischen= zeitige anderst Beobachtung erweisen.*

Wo abermahl dem Richter zustehet, dahin zu sehen: ob hieraus gemeine Unverwilligung abzunehmen? Oder ob nicht vielmehr die uneinstiige Beobachtung einer Zufälligkeit, eigensinniger Unvereinbarung etwelcher einzele Personen, oder anderen Ursachen be˙zumessen se˙e? Und ist zwar zu erweisen nicht nöthig, daß bereits gleichförmig zu Recht gesprochen, oder darwieder erkennet worden, wann der Beweiß in andere Weege erhoben werden kann: Weil ein Rechts= Spruch an sich selbst nicht würcket, daß eine Gewohnheit daraus erwachse, oder da sie annoch unvollkommen ist, hierdurch bestättiget werde.

Dannoch aber kann zu leichteren Beweiß [34v] *einer angebenden Gewohnheit gereichen, wann erwiesen wird, daß so Gestalt zwischen Parthe˙en nach ihrer guttwilligen Verbindung mehrmahlen zu Recht erkannt, und hierbe˙ beruhet worden.*

So wie hingegen der Beweiß wieder eine Gewohnheit erleichteret wird, wann erweißlich mitlerweile anderst zu Recht erkant, und dabey beruhet worden.

Dann solche Fälle sein offentlich und gerichtlich bekannt, folgbahr denen außer= gerichtlichen in Erweißung zeitherigen Fürgangs vorzuziehen.

XL

Wir entbinden annebst den Beweißführer von der Nothwendigkeit, Unsere höchste Wissenschafft, woraus stillschweigende Verwilligung gefolgeret werden möge, zuerweisen.

Dann da Wir die einzuführende Gewohnheiten [35r] *bereits in die Schranken gesetzet, daß sie nur jenes betreffen können, so durch Gesätze nach Willkur gestattet ist; als lassen Wir es überhaupt be˙deme bewenden, dessen sich die Leüthe darinnen gleich= üblich gebrauchen mögen. Uns jedoch ganz vorbehaltlich, ob Wir solches zu allgemeiner Richtschnur dereinstens zu bestättigen, zu mässigen, oder wieder abzustellen befindeten.*

XLI

Die Kraft und Würckung einer nach ob enthaltener Maasgab eingeführten Gewohnheit, ist nachahmlich die jenige, welche vorzüglich denen Gesätzen eigen ist: daß nemlich jedermann zur Beobachtung verbunden werde.

*All andere Würckung, als Ausdeütung, (**Interpretatio**) Aufhöbung, (**Abrogatio**) Schmälerung, (**Derogatio**) Änderung, (**Obrogatio**) Erstättigung.* [35v] *(**Surrogatio**) deren Gesätze durch die Gewohnheiten, solle auf immer und allzeit benoen, unkräftig, und nichtig sein: dieweilen all dießes Uns allein in Folge des Gesatz gebigen höchsten Gewalts vorbehalten ist.*

Wohingegen neüere Gewohnheiten gegen die ältere, dergleichen Würckung wohl haben können, wann eben die späthere nach hieobigen Zulaß ordentlich eingeführet, und die vorigen nicht etwan schon von Unß bestättiget, und zu allgemeinen Recht vorgeschrieben worden.

Wie dann eine Gewohnheit durch späthere Ungewohnheit wieder auffgehoben werden kann, wann die Länge der ob= bestimmten Zeit und die Offenkündigkeit der nicht Beobachtung darzustosset: weil jene Fre˙heit so durch die Gesätze verstattet: durch eingeführte Gewohnheiten aber beschräncket werden, leichter Dingen wieder erlanget wird.

[36r] *Vornehmlich aber bleiben die Gewohnheiten denen spätheren Gesätzen unterworfen, wordurch sie je= und allzeit ganz oder zum Theil abgestellet, und aufgehoben werden können.*

XLII

*Mit denen Gewohnheiten scheinet eine Gemeinschaft zu haben die gerichtliche Verfahrs= Art, und Fe˙erlichkeit (**Stylus et Ritus**) und was man überhaupt die Gerichts= Übung (**Praxim judiciariam**) zu nennen pfleget.*

Wir wollen aber all dieses von der Würckung, die Wir denen Gewohnheiten be˙legen, gänzlichen außgeschlossen haben, so daß hieraus niemahl ein bündiges Recht erwachsen solle.

Dann Wir nicht wollen Unseren nachgesezten gerichten, noch minder aber denen dafür handlenden Rechts= Freünden gestattet [36v] *haben, durch aufgedrungene oder eingeschlichene Beobachtung ein Recht einzuführen.*

Sondern es sollen dieselbe lediglich an den Innhalt Unserer in Betref des gerichtlichen Verfahrs hinnach erfolgender oder künftig erlassender Gesätze gehalten sein.

Wo aber mehreres zu Beförderung des Rechtens zu Vorbringung deren auch wieder die heilsamste Gesätze einschleichen mögenden Mißbräuchen, Beirrungen, umtrieben, und sonstigen Unfugs erforderlich scheinete, so ist ein solches allemahl be˙ Uns um fernere Verfügung durch die Gehörde anzubringen.

Allermassen Unser ganz besonderer Augenmerck dahin gerichtet ist, auf daß zu all künftigen Zeiten die Gerechtigkeit also und nicht anderst verwaltet, auch so gestalt, und [37r] *nicht anderst verwaltet* [sic!]*, auch so gestalt, und nicht auff andere weis vor Gerichten gehandlet werde, alß wie es Unsere Gesätze klar und deütlich vermögen, und wie dessen sich daraus ein jedweder verständigen kann.*

Dann das Recht mus einen wie dem anderen, offen, und allen gleich wissenstlich, auch leicht betreiblich, nicht aber in verfängliche Haicklichkeiten verflochten, schlüpfrig, beschwerlich, und wegen da= und dortigen Sonderlichkeiten zum öfteren heimlich und verborgen sein.

XLIII

*Es scheinen ferner mit denen Gewohnheiten einige Gemeinschaft zu haben die Vorurtheile (**Préjudicata**) wann nemlich auf eine gewisse*

Weise in gleichen Fällen vorhin geurtheilet worden, daß eben weiterhin darnach gesprochen, und das Recht ertheilet werden solle.
[37v] *Wir wollen aber dergleichen Vorurtheilen, oder wie sie sonst immer genennet werden mögen, nachzugehen gar nicht verstatten.*
Dann die Urtheile würcken nur Recht zwischen denen Parthen [sic!], *und ist gefährlich, sich in anderen Fällen darnach zu richten, weil die Umstände eines Falls gegen dem anderen leicht unterschieden seind.*
Wie Wir dann weder Unsere höchste Entscheidungen, so zwischen Parthe˙en, oder auf Anlangen in Rechts-Sachen ergehen, auf andere Fälle erstreckter haben wollen; wann nicht darinnen Unßer ausdrücklicher Willen enthalten ist, daß solche eben in anderen dergleichen Fällen für allgemein beobachtet werden sollen.
[38r]

Von Gegenstand und Außdeütung der Rechten

XLIV

Nachdeme die Rechten eine Richt= Schnur seind der menschlichen Handlungen, so ist an Ihrem wahren, und ächten Verstand sehr Vieles gelegen: damit nicht durch irrsame Begriffe, und üble Ausdeutung der Endzweck verstellet werde.
Wir trachten zwar diesem allgemeinen Recht, und allen Unseren Gesätzen, so viel Deütlichkeit, und Helle zugeben: daß nicht ein Miß= Verstand und ungleiche Außdeütung entstehen möge.
Wir erwögen jedoch eines Theils: daß unzehlige Fälle sich ereignen, welche einer Entscheidung durch die Gesätze sich bedörfen, und daß auch die vollkommenste Gesatz- gebung all solche außdrücklich in sich zu fassen nicht vermöge, folgbar: [38v] *Da es an Worten gebricht, der innhaltliche Verstand, Sinn, und Meinung, zu Hülfe genoen werden müsse.*
Anderen Theils: daß es niemahlen an Leüthen ermangle, welche eine Dunckelheit in denen Gesätzen von darumen vorschützen, damit sie durch anmaßliche Außdeütung ihrer Parthe˙lichkeit, und Eigennutz zustatten kommen.
So gemessen aber, als Wir dergleichen begehenden Unfug vorgebogen haben wollen; eben so wenig wollen Wir die zuweilen benöthigte Außdeütung, oder eigentlichen Sinn- und Verstands= Erforschung unbeschränkter lassen: weilen eben hierinnen viele Ausscheifung begangen wird.

XLV

Es solle dahero ein jedweder, insonderheit Unsere nachgesezte Gerichte, und die für Gerichten [39r] *handlen, an den wörtlichen Außdruck Unserer Gesätze dergestalten gebunden sein: daß entgegen demselben von niemanden eine Erweiterung, Einschränckung, Billigkeits- Abfall, oder andere Außsinnung unternommen werde.*
*Vielweniger kan solchen Erfindungen eine kraft Rechtens beygeleget werden; gestalten alle und jede Rechts-kräftige Außdeütung (**Interpreatio authentica et universalis**) Uns allein vorbehalten ist.*
*Derowegen Wir auch keine gewohnheitsrechtliche Außdeütung (**Interpretatio usualis vel consvetudinaria**) gestatten, so für Recht gehalten werde.*
Allermassen Wir die Gewohnheiten vorgehend schon in ihre Schranken gesetzet: daß weder etwas neben dem Gesatz, außer in obzugelassenen willkürlichen Dingen; weder nach [39v] *dem Gesatz, außer wesentliche Befolgung; minder demselben zuwieder, zu Recht eingeführet werden möge.*
*Eine unterweißliche Außdeütung aber (**Interpretatio doctrinalis**), welche nach der von Unß gestatteten, oder künftig vorschreibenden Lehr-Art zur Unterrichtung in Unseren Gesätzen, und anleitlicher Vorübung Wir nicht einzustellen gedencken, gehöret zu den Schulen. Hat derohalben für Gerichten keinen Eindruck zuwürcken; wann schon viele Lehrere übereinkommen thäten, oder auch, auf Berathung in besonderen Fällen, gleichen Dafürhaltens wären: dann Wir hierdurch die ordentliche Richtere nicht beirrter haben wollen.*

XLVI

Es möchte sich aber gleichwohlen eraignen: [40r] *daß Fälle vorkommeten, welche nicht buchstäblich in Unseren Gesätzen enthalten wären; oder im Gegenteil nach äußerlichen Wort= Lauth darunter begrifen zu sein scheineten; wo doch die innerliche Kraft, und Sinn der Worte, nach Unserer Höchsten Willens= Meinung ein anderes klar vermögete.*
So wenig Wir nun in dergleichen Fällen gemeinet seind, um Erklärung, und Außdeüttung, Unßerer Gesätze ohne noth behelliget zu werden; eben so unbedencklich gestatten Wir Unseren nachgesezten Richteren, die Worte mit dem klaren Sinn, und Meinung zusammen zu halten, und die vorkoende Fälle, nach der sich vernunftmässig ergebenden Vereinbarung zuentscheiden.
*Ohne daß jedoch durch solche ein= oder ander= fällig nothwendige Ausdeütung (**Interpretatio necessaria particularis**) ein Recht in anderen Fällen erwachse, und Unserer höchsten Gesatzgebung vorgegriffen werde.*
[40v] *Wohingegen all andere Selbst- Außdeütung (**Interpretatio voluntaria singularis**) der sich von den Stritt-Theilen, oder ihren Rechts= Freünden, und von sonst immer jemanden unterfangen wurde, an sich selbst von keiner Würckung sein, und hierauf nicht weiter, alß gemäß hinnach erfolgenden Maaß= Reglen gesehen werden solle.*
Vielmehr ist dergleihen Anmaßung, wann sich hierbey einer Verdrähung der Worte, Hinterlistigkeit, unnöthigen Weitläufigkeit, geflissentlicher der Sachen Verwicklung, Irr-Machung des Richters, und anderen dergleichen Unfugs vermessen wurde, unnachsichtlich zu bestraffen.

XLVII

Damit aber zu vor-erwehnt-nothweniger Außdeütung, oder vielmehr sonderheitlicher Zusaenhaltung Unserer Gesätze mit denen vorkommenden Rechts= Fällen mit denen vorkommenden Rechts= Fällen eine Richtschnur an [41r] *Handen se˙e. Wann nemlich sothane Außdeütung statt haben? wie weit sich solche erstrecken? und wie sich dieser mit Sicher- und Verläßlichkeit gebrauchet werden könne? So verordnen Wir Folgendes: Vor allen ist ein vorkommender Fall mit dem darzu gehörigen Gesatz genau zusaen zu halten; und dahero ein solches Gesatz allen Fleißes nachzusuchen, worinnen von demselben Fall eigends (**in specie**) gehandlet werde.*
Findete sich nun ein Gesatz, in welchen derselbe Fall deütlich, und wohl verständlich entschieden wäre; so ist sich, wie hiebeuor geboten, an den wörtlichen Außdruck, und gemeinen Verstand der Worte des Gesatzes zu halten.
Folglich hat nicht nur keine Außdeütung statt; sondern Wir wollen auch keine weitläuftige Außführung, und unnützes Wort= Gepränge [41v] *darüber zugelassen haben: weil es genug ist, sich auf die aigentliche Worte des Gesatzes zu beziehen.*
Findete sich aber zu einem vorkommenden Fall kein eigends entscheidendes Gesatz; so ist fre˙lich dahin zusehen: obnicht gleichwohlen eines, oder das andere von Unßeren Gesätzen, auf diesen Fall gedeütet, und eben darauß desselben entscheidung abgenommen werden könne?

XLVIII

*Wir gestatten aber hierzu keine andere Ausdeütung, als jene, welche die einbegreifliche (**comprehensivam**) nennet; wo ein Fall zwar nicht*

unter den Worten, doch unter dem Sinn und Meinung des Gesatze begrifen [sic!] *ist.*
*Dahingegen verbieten Wir alle erweiterliche, (**ampliativam**) einschränckliche, (**restrictivam**) abfolgliche, (**illativam**) außnehmliche, (**exceptivam**)* [42r] *und sonstige Außdeütung, wo nicht der Fall selbsten, und dessen Entscheidung, in dem Sinn, und Meinung Unserer Gesätze begriffen wäre.*
Wir gestatten auch keine Außdeütung, von gleicher, mehrerer, oder minderer Ursach: dann nicht von solcher, sondern von Unseren höchsten Willen die Gesätze abhangen; welche zu erklären Unß allein vorbehalten ist.

XLIX

Wann dahero ein Fall vorkommete, wo so wohl an Worten, alß an Sinn, und Meinung Unßerer Gesätz ein Abgang, mithin die vorkommende Fall darinnen unbegriffen wäre; so ist sich keinerley Errathung Unßerer solch= fällig-höchsten Willens= Meinung anzumassen.
Es sollen demnach nur lediglich die in der That bewendende wahrhafte Umstände, und die Ermange-[42v]*lung eines dißfälligen Gesatzes angezeiget, und Unsere höchste Entscheidung durch die Gehörde* [sic!] *angesuchet werden.*
Wo jedoch der ordentliche Richter vorher zu ermessen hat, ob derley Mangel sich in der That befünde? oder ob nicht ein solcher nur aus Unwissenheit, oder geflissentlicher Hinterhaltigkeit vorgegeben werde? Welchenfalls derselbe nach einem ihme be˙wohnenden entscheidlichen Gesatz ohne Anstand zu Recht erkennen, be˙nebst aber denen Stritt= Theilen, und vielmehr ihren Rechts= Freünden die Unwissenheit verweisen, und die begangene Hinterhaltung nach Umständen bestraffen könne, und solle.

L

Wann aber eben hierüber: ob ein vorkommender Fall in dem Sinn und Meinung des Gesatzes [43r] *begriffen se˙e? ein Zweifel entstehen möchte.*
Oder es wäre an deme, daß er begriffen, kein Zweiffel, jedoch die Entscheidung desselben nicht klar, und deütlich abzunehmen.
Oder es wäre auch die Entscheidung abzunehmen; diese jedoch mit denen besonderen Umständen des vorkommenden Falls nicht wohl zu vereinbahren.
In solchen Fällen ist es allerdings zugelassen, und gestalter Dingen nöthig, den Sinn und Meinung Unserer Gesätze zuerforschen.
Ob nemlich der Fall, wouon gehandlet wird, unter einem oder dem andern Gesatz begriffen? und welchergestalten die Entscheidung zu verstehen se˙e?
Allermassen die Einbereifung, und der [43v] *eigentliche Verstand deren Gesätze, von nichten andern, alß von derselben wahren Sinn, und Meinung zu entnehmen ist.*

LI

Eben hierinnen bestehet die Kraft des Rechtens: dann nicht aus den Worten allein, sondern vielmehr aus dem Sinn und Meinung deren Gesätze, Unser gesatzgebiger höchster Willen zuerkennen ist. Gegen welchen der äußerliche Wörter= Lauth niemanden entschuldigen kann.
Wir wollen aber nicht den Sinn und Verstand deren Gesätze, viel weniger Unsere höchste Willens= Meinung, durch versteigliche Muth-massungen, und Hirngespinnste heruor zugrüblen gestatten; welche zu nichts als Beirrung, und Umtreibung des Rechts abzielen, und zum öftern ein bloße Ruhm= oder Gewinn= Sucht, oder andere Leidenschaft zum Antrieb haben.
[45r][16] *Wir schliessen dahero die Fälle, worinnen be˙ Ermangelung, oder Dunckelheit der Worte, nach dem Sinn und Meinung Unserer Gesätze fürzugehen ist, in zwe˙erle˙ Gattung: der jenigen nemlich, wo es zu thun ist, ob, und wie etwas geboten, oder zugelassen se˙e? und hingegen der jenigen: wo es zu thun ist, ob, und wie etwas verboten, oder unkräftig se˙e?*
*Und wollen hiemit nach sothanen Unterschied die vorkomende Fälle, in einem sich hierauf anschickenden Gesatz, entweder bejahlich, (**affirmative**) mithin als geboten, oder zugelassen; oder verneinlich (**negative**), mithin als verboten, oder unkräftig, begriffen haben; folgsam ein solches für den Sinn, und Meinung des Gesatzes geachtet, und hiernach zu Recht entschieden werden solle.* [44v]

LII

Um aber hierinnen noch kläreren Unterricht zu geben; so erklären Wir ferner: daß für bejahlich einbegriffen gehalten werden sollen:
*Alle Fälle, auf welche die Allgemeinheit Unserer Gesätze, (**Generalitas Legis**) ob sie schon darinnen nicht klar, und deütlich begriffen wären, sich dannoch erstrecken kan, ohne daß etwas Wiedriges daraus entstehe. Als welchen Falls selbe für verneinlich einbegrifen zu achten seind, wie hinnach erfolgen wird.*
*Wann hiernechst in einem unbegriffen- oder unentschieden-scheinenden Fall einerle˙ der Sachen Verhaltnus, (**Identitas Facti**) wie in anderen klar begriffen- oder entschiedenen fürwaltet, so muß derselbe für darunter begrifen, und entschieden gehalten werden:* [45r] *weil Wir be˙einerle˙ der Sachen Verhalt, nicht gemeinet seint, ein unterschiedenes Recht einzuführen.*
Es wäre dann, be˙ dem begrifenen, oder entschiedenen Fall, die Erklärung Unßeres Willens außdrücklich nur auf denselben gerichtet, oder jener Fall, wouon gehandlet wird, wegen besonderen hinnach berührenden Umständen, dauon außzunehmen.
*Wann ferner der Sachen Verhaltnus in einem unbegriffen- oder nicht entschieden-scheinenden Fall, nicht aber die nemliche, wie in klar begriffenen, und deütlich entschiedenen, wäre; gleichwohlen aber einerley Haupt= und End= Ursache (**eadem Ratio et Finis**) fürwalten thäte, welche Unß in dergleichen Betref etwas Gewisses zu verordnen bewogen; so soll eben dasselbe in dem vorkommenden Fall zu Recht gehalten werden: Weil einerle˙ Haupt= und End= Ursach nicht ungleiche Entschliessung würcket.*
[45v] *Es wäre dann, wie hieuor gemeldet Unser höchste Willens= Meinung nur auf den begriffen= und entschiedenen Fall gerichtet, oder der andere, wouon gehandlet wird, wegen dergleichen besonderen Umständen außzuschliessen.*
Oder es hätte der entschiedene Fall keine andere Ursach, alß Unseren höchsten Willen gehabt, und thäte auch der vorkommende lediglich hieruon abhangen.

LIII

Um aber die Haupt= und End= Ursache füglich abzunehmen, und Von Be˙= oder Mit= Ursachen, welche Uns nicht end-absichtlich bewogen haben, desto leichter zu unterscheiden; Wollen Wir daß wann in Unsern Gesätzen eine Ursach [sic!] *be˙gefüget ist, dieselbe jedesmahl für die End= Ursach anzusehen se˙e.*
Wann aber keine be˙gefüget, oder mehrere [46r] *angeführet worden, oder die angeführte nur blosse Be˙= oder mit= Bewegnussen wären,*

[16] recte 44r.

so kommet die Haupt= Ursach aus Zusammenhang des ganzen Gesatzes, oder dessen was Wir in dieser Gattung deren Rechts= Fälle anderweit geordnet, zuentnehmen.
Also: daß allemahl der jenige hervorleüchtende Beweg= Grund, welcher der natürlichste, billigste, und denen ander= fälligen Entscheidungen der gemäßeneste ist, für die Haupt= und End= Ursach gehalten, und der unbegrifene, oder unentschieden-scheinende Fall dergestalten zu Recht geachtet werde, alß es derselben Ursach am allereigentlichsten ist.

LIV

Gleichwie aber Wir in vorstehenden Fall auf die Haupt= und End= Ursach bloß von darumen zu sehen gestatten. Damit Unßere [46v] *hierauß erhellende Willens= Meinung ohne unnöthigen Erklärungs= Gesuch, abgenommen, und hiernach zu Recht verfahren werde.*
Also wollen Wir hingegen auf alleinige Be˙= oder Mit= Ursachen zusehen nicht gestatten, noch weniger zulassen, solche gefliessentlich heruorzusuchen, und unterwindlich zuerrathen.
Viel mehr solle dergleichen unziemliche und vergebliche Klüglung allemahl scharf verwießen, und da hierdurch Weitläuftigkeit zu Verwirrung einer Stritt= Sache gesuchet worden, nach Befund bestraffet werden.

LV

Für bejahlich einbegriefen [sic!] *soll ferner gehalten werden.*
Ein vorkommender Fall, welcher von anderen [47r] *so in den Gesatz entschieden, eine nothwendig= und natürliche Folge hat: Dann da Wir eines wollen, seind Wir das andere, was nothschlüssig daraus erfolget, (**Necessarium consequens**) ob es schon nicht ausgedrucket wäre, ebenfals gemeinet.*
*Ingleichen: wann der entschiedene Fall eine nothwendige Folge ist von deme so vorkommet: dann da Wir etwas Abfolgliches verordnen, seind Wir das jenige, woraus es nothwendig zuerfolgen hat, (**Necessarium antecedens**) nicht minder zu verordnen gesinnet.*
*Eben alßo: wann ein vorkoender Fall mit dem entschiedenen eine vollständige gegeneinander Beziehung hätte, dann Wir in solchen Fällen, welche sich so genau auf einander beziehen, (**in Correlativis**) nicht ungleich gewillet seind.*
Nicht minder: wann ein Fall das gerade [47v] *Wiederspiel, (**directe Contrarium**) enthielte, von den jenigen, worinnen Wir etwas verneinlich, oder verboten verordnet: Dann Unser höchster Willen unter einem dahin gerichtet ist, das Gegenteil zu gebieten, oder zuzulassen.*
*Auf gleiche weiß: wann in vorkommenden Fall etwas unumgänglich nöthig ist, (**Necessario requisitum**) damit jenes, was anderfällig von Uns verordnet, oder verstattet worden, seine Würckung habe; dann Unßer höchster Willen allemahl dahin zu deüten ist: daß solcher nicht ohne Würckung verbleibe.*

LVI

*Uberhaupt: da die vorliegende Sache, (**subjecta Materia**) in entschiedenen Fällen, oder die unabtrennliche Gemeinschafft, (**onmi moda Connexio**) mit denenselben, oder der ansonstig wiedrige Erfolg, (**contrarius Effectus**) ingleichen* [48r] *die nicht Verletzung des Natürlich- und Göttlichen Rechts, die Erhaltung Unserer landesfürstlichen Gerechtsamen, die Aufrechthaltung, und nicht Hintergehung Unserer Gesätze, die Verhüttung gemeinen Nachtheils, und endlich der Vorfall einer höchsten Noth, etwas unumgänglich erforderete, so in Unseren Gesätzen nicht klar, und deütlich begrifen* [sic!]*, und entschieden wäre; wollen Wir ein solches alles dergestalten einbegriffen haben, daß hierauf in vorkommenden Fällen von dem ordentlichen Richter allerdings gesehen werden möge, und solle.*
Dann weillen in denen Gesätzen weder alle Fälle vorgesehen, weder wegen so vielerle˙ Unterschieds genugsam ausgedrucket werden können; So ertheilen Wir denen von Uns verordneten Rechts= Sprecheren die nöthige Macht, womit sie die vorstehende Fälle für einbegriefen halten, und in Gleichförmigkeit Unserer dahin einschlagenden Gesätze, entscheiden können.
[48v] *Immassen Wir solche, wann sie vor Uns gelanget, oder vorgesehen worden wären, ausdrücklich einzuschliessen nicht entstanden hätten.*

LVII

Vernemlich einbegriefen [sic!]*: solle hingegen in Unseren Gesätzen geachtet werden.*
Wann im Fall sich ereignete: auß dessen nach den Gesätzen Entscheidung, wegen besonderen unterwaltenden Umständen, etwas Übles, oder Ungereimtes erfolgete.
Wann der Fall das gerade Wieder= Spiel enthielte von dem jenigen, worinnen Wir etwas bejahlich, oder gebotsam verordnet hätten.
Wann ansonsten ein offenbarer Wiederspruch, [49r] *(**Contradictorium**) mit anderen Unseren Gesätzen entstünde.*
Wann die Ermangelung Unßeres höchsten Willens leicht abzunehmen wäre.
*Wann sonsten die Wesenheit der Sache, (**rerum Essentia**) wouon gehandlet wird, verkehret wurde.*
*Wann die End= Ursache des Gesatzes rechtswiedrig, (**contrarie**) aufhörete, dergestalten: daß aus dessen Beobachtung ein Übel entstünde. So zwar mit dem ersten Fall Gemeinschaft hat. Doch weiter zu bemercken ist: daß wann die End= Ursach in ein= oder andern Fall bloß= ermanglich, (**negative**) aufhöret, ohne daß aus der Beobachtung ein Übel entstehe; ein Gesatz nichts desto minder verbinde: weillen die Gesätze nicht auf seltene,* [49v] *sondern auf gemeinigliche Fälle, auch nicht allemahl auf die sich würcklich begebende, sondern auch begeben mögende gerichtet seind.*
Ebenermassen ist verneinlich einbegriffen: ein sich ereignender Fall, worinnen die Befolgung des Gesatzes ganz und gar unmöglich wäre. Solte aber auch die Befolgung schwer fallen, jedennoch möglich sein; So ist dieserwegen von dem Gesatz nicht abzuweichen.

LVIII

Überhaupt: wann be˙ Entscheidung eines vorkomenden Falls, nach den äußerlichen Innhalt des Gesatzes, das Natur= und Göttliche= Recht verletzet, Unseren höchsten Gerechtsamen Abbruch gethan, Unseren übrigen Gesätzen, und dem gemeinen Wohl zuwieder gehandlet, oder Gelegenheit überlassen wurde, die Gesätze zu hintergehen; da wollen Wir allemahl einen [50r] *dergleichen Fall verneinlich einbegriffen haben; als ob Wir denselben deütlich ausgenommen, und ausgeschlossen hätten.*
Ertheilen auch hiemit denen von Uns verordneten Rechts= Sprecheren die nöthige Macht ein solchen für ausgenoen und ausgeschlossen zu halten.
Und da Wir also, zu Erkantnus Unserer, wo etwan die Worte nicht zureichen, in denen Gesätzen allstäts herrschenden Willens= Meinung in bißhero bemerckten Fällen die Richt= Schnur geben; so wollen Wir hingegen niemanden verstattet haben, außer sothaner Maaßgab, etwas für einbegriffen, oder ausgenommen, in Unßeren Gesätzen zu halten, noch sich in andere Weege einer Außdeütung anzumassen.

LIX

Und wiezumahlen Wir eben hierinnen alles [50v] *begriffen haben, dessen sich in sonderheitlichen Fällen eine Nothdurft ereignen könte,*

um der Enge der Worten durch vernünftige Erreichung Unßerer Gesatz--gebigen Willens-Meinung zu Hülff zu kommen, oder die Weite der Worten nach eben derselben mit Vernunft= mäßiger Ausnahme einzuziehen; Als wird es hinfüro ganz unnöthig sein, auf eine von Strenge des Rechtens abweichende anderweite natürliche Billigkeit zu sehen.
Wir wollen auch ein so gestaltige Fre¨heit zu Abbruch Unserer Gesätze gänzlichen abgestellet, und da in sonderheitlichen Fällen sich ein vorzügliche Billigkeit eräußeren wolte, Unßere nachgesetzte Richtere, und die für Gerichten Handler, auch sonsten jedermann an die vorenthaltene Maas= Reglen verwiesen haben.
Woraus genugsam abzunehmen ist: was [51r] *für Fälle Wir eben von Billigkeits wegen in Unseren Gesätzen auf die eine oder andere vor-erwehnte Weise begriffen haben wollen, und welchergestalten Wir darinnen aller Vernunft= mässig vorschützen= mögenden Billigkeit Gesatz= gebig vorgekommen.*
Es wird auch der nachfolgliche Innhalt dießes allgemeinen Rechts /: so wie Unsere Gesätze jederzeit :/ vorzüglich auf die Billigkeit gegründet sein, weil Wir nichts so sehr, als jenes, was allenthalben das Natürlichste, und Billigste ist, Landes= mütterlich vor Augen haben.
Derowegen dann niemand ein andere selbsterdenkende Billigkeit vorzuschützen, und keiner unter diesem Vorwand Unseren heilsamsten Gesätzen eigenmachtigen Abbruch zu thun, be¨ empfindlichst zugewartender Strafe sich erfrechen solle. [51v]
Wann jedoch über vermuthen sich ein mit so gar besonderen Umständen begeleiteter Fall ereignen solte, welcher unter ob= ausgesezten nicht enthalten wäre, so ist ein solcher durch die Behörde an Uns zubringen, damit, von wannen das Recht den Ursprung hat, auch von dannen die Billigkeit angedeihe.

LX

Be¨ diesen allen seind Wir gleichwohlen nicht gemeinet: in vorkommenden Rechts= Fällen jene Rucksicht auf unterwaltende Billigkeit außzuschliessen, welche zu weilen nach Eigenschaft der Personen, der Sachen, und der Handlungen, unumgänglich erforderlich, und in Unßeren Gesätzen dem richterlichen Ermessen be¨lassen ist.
Alß da es um Ausdeütung des menschlichen Willens in Verbindungen, und Lezt-[52r]*willigen Verordnungen, um gewisse neben* [sic!] *Verbindlichkeiten (**accessoria Contractuum**), um Schützung eines Schadens, oder entgangenen Nutzens, um Aufwands= und Unkosten= Mässigung, um Grösse einer Schuld= Tragung, (**Culpa**) um Beschuldigung einer Arg= List, und üblen Vorsatzes, um nach Kunst= Erfahrenheit entscheidliche Sachen, (**circa res Artis**) um Milderung, oder Verschärfung der Straffen, und mehr dergleichen zuthun wäre.*
In wie weit nemlich darinnen nichts Gewisses von Unß verordnet, sondern der fre¨en hierzu [sic!] *Verbindung, und dem Befund des Rechtens ein, so anderes überlassen worden; in so weit ist allerdings auf die Umstände der Person, der Sache, des Orths, der Zuthat, der Ursach, der Weise, und der Zeit, wie auch der Absicht, und Meinung zu sehen.*
Solchennach ist auch alles was hieruon in [52v] *dem vorko;menden Fall einschlagen kan, vernünftig zuerwögen, und nach der sich hieraus ergebenden Billigkeit, wie es die Richterliche schwere Pflicht von selbsten erforderet, zu verfahren.*
Und eben hieran wird keine verbotene Außdeütung Unserer Gesätze begangen, Viel mehr die schuldige Befolgung Unserer auf die Billigkeit zielenden Willens= Meinung geleistet.
Nach diesen zu Käntnuß der Rechten, der Kraft, und Würckung deren Gesätzen gestattet- oder ungestatteten Gewohnheiten, und endlich zu wahren Verstand, und unirrsamer Ausdeütung dießes Unßeren allgemeinen Rechts, und all-sonstig= Gesatz= gebigen Willens vorher-gelassenen Haupt= und Grund= Regeln, folget nunmehro eigentlich das jenige, was Vermög der eingangs ermeldten Eintheilung nach [53r] *den dreyfachen Gegenstand des Rechtens, den Ersteren hieuon, nemlich die Personen anbetrift.*

Changes and Influences on Jury Advocacy in England and Wales during the Second Half of the Twentieth Century

Andrew Watson *

Abstract

Alterations in advocacy during the second half of the 20th Century before juries in English and Welsh courts, are considered. Reasons for them included: falling away in the use of Aristotle's ancient order of closing speeches, an enormous expansion in eligibility to serve on juries, following the Juries Act 1974, resulting in major adjustment to the way jurors were addressed and to different allusions and references used by advocates; reduction, and eventual abolition, by the Criminal Justice Act, 1988, of peremptory challenge of jurors; prosecutions conducted in greater measured tones and more methodical and less aggressive defences; reduced weight given to police evidence by jurors; less heavy drinking, generally little discussed, by some barristers, and the positive effects of this on their performance in court; a rise of plea bargaining and the need to mitigate effectively after guilty pleas; introduction of Social Enquiry Reports and their effect on pleas in mitigation; the need to make, and respond to, submissions arising out of key changes in evidence and procedure.

Keywords: *England; Advocacy; Twentieth Century.*

Introduction

The Silent Revolution in Methods of Advocacy in English Courts [1] sought to explain profound changes, broadly in the five decades preceding the early 1940 s, that occurred in advocacy heard before the courts in England and Wales. In this article an attempt is made to describe how jury advocacy altered during the rest of the long 20th Century. Explanations for this, each of them later considered in turn, included: falling away in the use of Aristotle's ancient order of closing speeches, which usually ended with an emotive peroration; a huge expansion in eligibility to serve on juries, amounting to a "*democratization*", following the Juries Act 1974, resulting in considerable adjustment to ways jurors were addressed and use by advocates of different allusions and references; reduction, and eventual abolition, by the Criminal Justice Act, 1988, of peremptory challenge of jurors; prosecutions conducted in greater measured tones and more methodical and less aggressive defences, although the latter was not always being seen in sexual offences cases; decline in weight attached by juries to police evidence; less heavy drinking, a subject seldom discussed, by some barristers and the positive effects of this on their performance in court; a rise of plea bargaining and the need to mitigate effectively after guilty pleas; introduction of Social Enquiry Reports and their effect on pleas in mitigation; the need to make, and respond to, submissions arising out of key changes in evidence and procedure concerning the exclusion of confessions, when adverse inferences can be drawn from silence to questions put to the accused and from admission of a defendant's bad character. Finally advocacy in cases of defamation during this period, at first sight a remnant of an earlier less restrained and more exuberant age, is briefly considered.

Closing speeches and perorations.

Traditionally, the structure of a speech to a jury followed Aristotle's ancient order of: Exordium (introduction); Statement (of the issues before the court); Proof (argument supporting one's case and the refutation of one's opponent); and the Peroration, an emotional appeal, which stood quite apart from the rest of the speech.[2] Richard Du Cann QC, writing in 1964, commented on how many modern advocates had appeared to abandon that conventional structure *and followed no order at all to avoid an obvious display of these divisions, which might interrupt the sequence of thought the advocate was trying to induce on his or her listeners.*[3] He also speculated that a reason for doing this was to avoid deciding whether the most

* Andrew Watson, LLB, MA, MPhil (Cantab), PhD., Department of Law and Criminology, Sheffield Hallam University, United Kingdom.

1 *Journal on European History of Law*, Vol. 7/2016, No. 2, pp. 36-47.

2 From observation of surviving counsel's notes, it seems it was common for Victorian and Edwardian advocates to write out perorations in long hand before delivering them. In *Forensic Fables*, first published between 1926 and 1932, based on observations made during his career, Theo Mathew, tells a fable, the moral of which was that barristers for the defence should *perorate* (*The Brilliant Orator Who Won Fame As A Defender* pp. 321). It may well have been based on Marshall – Hall. He does, however, seem to advise, depending on the audience, that peroration, and the traditional division of a closing speech, may not always be effective (See *The Blushing Beginner and The Bearded Juryman*, pp. 57-58 and *The Brilliant Person, The Vulgar Individual With A Cockney Accent And The Two Malefactors* pp. 305- 306). *Forensic Fables*, Reprinted by Wildy and Sons, London, 1999.

3 *The Art of the Advocate*, Pelican, Pelican, First Edition, 1964, p. 180.

important point in the speech should be put first or last. On the diminished use of the peroration, Du Cann wrote: *"…until quite recently it was possible to see counsel winding themselves up into the majestic spontaneity of their carefully prepared final onslaughts on the emotions of the jury".* Perorations in capital punishment cases were often long and highly emotional. The abolition of the death penalty (effectively in 1965), according to one senior barrister, author and part –time Crown Court Recorder interviewed [4], was important in the overall reduction of blatant appeals to the emotions and theatricality in jury advocacy. Another factor mentioned by him was the closure of many Victorian built courts in the 1960 s and 1970 s. Acting in small modern rooms, well illuminated by electric strip lighting, rather than poorly lit cavernous rooms built in the gothic revival, which were almost stages for melodrama, seemed incongruous and dated.[5]

A junior barrister interviewed,[6] working in criminal work and mainly instructed to defend, explained that, in her experience, barristers, both for the prosecution or the defence, now order their closing speeches similar to the way judges do in their summing up to juries. The divisions followed are: informing the jury of the role of the judge and the jury; an explanation of the burden and standard of proof; setting out the law and what it is necessary for the prosecution to prove; addressing legal points of evidence, if necessary; and dealing with the evidence. The barrister explained that, when defending, she would conclude by re-iterating the standard and burden of proof. She stated that the approach taken throughout was one of the facts, interpreted and commented upon, sometimes liberally, by barristers, speaking for themselves, rather than relying on theatrical and emotional perorations [7]. In her view, overt appeals to emotion in perorations, and elsewhere in closing speeches, rather than engaging their powers of reasoning, would be badly received by jurors who increasingly see themselves as possessors of facts through very easy access to computer data bases such as *Google,* if not by books. The possibility of somebody involved in the administration of justice sitting on the jury, who would very rapidly see through what was going on, was also mentioned as a reason not to employ what could be seen as theatricality [8]. A leading barrister, specialising in criminal defence work and who has practiced since 1962, explained that open appeals to emotion and blatant histrionics had disappeared. Advocacy had come to require the much more subtle accomplishment of being able to appeal to widely held stereo typical opinions which might not correspond with the letter of the law. It was often necessary to do so almost subliminally and always essential not to go beyond propriety. Ability to assess what the jury would take was vital. A number of examples of broadly held social attitudes, to which messages could be directed by stealth, were given. *"Buttons which could be pressed"*, included women who drink excessively and dress immodestly invite attention and persons assaulting others have only themselves to blame when the response they get from their victims may be more than the violence they used, provided it not entirely out of proportion. Mention was made of a number of prosecutions that had taken place some years ago under the Obscene Publications Act 1959 for producing pornographic films. Most of these failed before the courts, except where children were involved. As a result, proceedings brought by the police are now very rare. Barristers for defendants had successfully appealed to the broadly held view amongst jurors that, whilst they would not want to view such films themselves, what adults wanted to watch in private was their business.[9]

Democratization of juries

After 1919 both men and women [10] could serve as jurors but it was necessary to meet a property qualification.[11] Consequently, as one judge, Lord Devlin, recognized, juries were predominantly male, middle aged, middle minded and middle-class. Following the 1965 Morris Report,[12] which concluded

[4] Geoffrey Robertson QC interviewed 18th April, 2000.Some of the courts closed in the 1960 s and 1970 s were appreciably older than the 19th Century, for example the Grand Hall at Winchester, built in the Thirteen Hundreds.

[5] On the effect of courtroom design on proceedings in court see Linda Mulcahy, *Architects of Justice: the Politics of Courtroom Design*, School of Law, Birkbeck College. A paper delivered at the W G Hart Legal Workshop 2006 at the Institute of Advanced Legal Studies, University of London.

[6] Interviewed on 7th September, 2007. She had eight years of experience in criminal work.

[7] The description of modern closing speeches given corresponded with observation of cases made at Blackfriars Crown Court, London between 3rd and 5th July, 2007.

[8] In April, 2004, lawyers judges and police officers became eligible to serve as jurors as a result of Schedule 33 of the Criminal Justice Act, 2003 coming into force.

[9] Interview with Anthony Arlidge QC on 30th October, 2007. Mr Arlidge also stated even before judges sitting in appellate cases, without a jury, it was sometimes possible to subliminally appeal to concerns going beyond the limits of the immediate case.

[10] Probably expressing the then conventional wisdom of counsel and judges on the effect of female jurors, A J Ashton, then the Recorder of Manchester wrote in 1924: *Cases seem to take longer when women are on the jury. There is a class of case, which lasts an hour or two, which men dispose of promptly. But women seem to want to talk it over and hear other views, so that they often go out to consider their verdict. The men never object to this, as they can smoke in the jury room. But we are often well into the next case before they come back with an obvious verdict. Women are less willing than men to find a man guilty, and inclined to be hard on a woman, especially if she is good-looking. They seem to have a curious difficulty in accepting the evidence of a constable. Perhaps it seems too good to be true… I have noticed that the unmarried woman is often too nervous to do more than agree with the majority; and this is often useful*. (*As I went on my way*, Nisbet and Co, London, 1924, pp. 254-255).

[11] A juror from the City of London had to be a householder, or the occupier of premises, or the owner of land or personal estate valued at Ł 60 per year. Jurors in the County of London had to reside in premises of net annual value above Ł30. Elsewhere they had to live in premises with a Ł 20 net annual value.

[12] Lord Morris Committee on Jury Service. (1965) Cmnd. 2627

that a jury should as far as possible be a genuine cross-section of the adult community, the Juries Act of 1974swept away the property condition for jury service. The only general qualification for inclusion on the jury panel became registration on the parliamentary or local government lists of voters. This led to a huge change in the make up of juries. The average age of jurors fell and persons became eligible to sit on a jury at 18 years of age. The proportion of women increased, as did that of the working classes. It is estimated that the Act increased the number of potential jurors from eight million to thirty million.[13] Faced with juries of a wider social composition, some of the barristers interviewed said they had intentionally altered their approach in addressing jurors and were careful to use plain words wherever possible. In the opinion of one barrister, who recalled the reform, this had enhanced the clarity and effectiveness of advocacy, rather than reduced it.[14] A former House of Lords Judge interviewed,[15] said that many, though not all, barristers who changed their style in the 1970's were anxious to avoid appearing patronizing to jurors or of under-estimating their intelligence.

Following what might be described as the democratization of the jury, more barristers began speaking in ways less resembling Received English Pronunciation ("RP"). The aim, as one put it, was to appeal more to the common man and woman. The trend continued. That RP is used less today, although still perhaps the most frequent pronunciation heard, reflects both a widening of the Bar's social base, which began to grow in the 1970's together with the number of barristers, and a general decline in that form. This accelerated in the 1990 s particularly amongst younger people, many of whom, especially in the South East of England, prefered "estuary English", the use of which makes it more difficult to identify the class and geographical origin of the speaker[16]. The great increase in ethnic diversity in Britain, especially in London and the other large cities, led to more accents being heard in court advocacy. A solicitor interviewed[17] reported that certain barristers, who recognize jurors from similar minority backgrounds to their own, occasionally use words and phrases, speech patterns and rhythms in their closing speeches to strengthen their appeal to them. She also spoke of a decline in use of RP by advocates in the magistrates' court and a rise in accents originating overseas.

Barristers of senior call, said that they deliberately used briefer sentences than earlier in their careers when addressing juries and, whenever possible, avoided subordinate clauses and parenthesis. They explained this was because short sentences are by far the most used in newspapers, magazines, contemporary novels and, above all, in television and films. Perhaps exaggerating somewhat, one barrister spoke of the imminent arrival of almost "sound-bite advocacy". There was general agreement that the average person's concentration span had fallen, mainly because of the effect of television.[18] Some commented that this was an important reason why final speeches had shortened and why more emphasis is now placed on cross-examination in jury trials. A recently retired Circuit Judge[19] said that juries, like judges, prefer it *"clear and concise"*. Jurors wanted to go home. He hazarded that, in many cases, an advocate who took twenty minutes for a closing speech would succeed over an opponent whose lasted an hour.

The movement, earlier in the century, towards conversational, rather than declamatory, advocacy in closing speeches continued. Over the last two decades the practice of reading a prepared speech to a jury has been abandoned almost entirely: Spontaneity, or the appearance of it, and *chattiness*, though necessarily one way, became popularly equated with sincerity.[20]

In an episode of the BBC series *Brief Encounters,*[21] the broadcaster and legal commentator, Marcel Berlins, emphasized how much the modern jury differed from that of earlier times. In his view people were more educated about events because of television. They are also less deferential. It is said that society in general is now less respectful of status and office than formerly. Some identify this change as originating

---

[13] John Hostettler, *The criminal jury old and new: jury power from early times to the present day*. Waterside Press, 2004, page 125.

[14] Richard DuCann, *The Art of the Advocate*, Penguin, Revised Edition, 1993, page 29, assessing the consequences of the abolition of the property qualification, wrote that juries became much less susceptible to advocates *"whose weapons, words, and the use they make of them, have not changed at all"*. A Queen's Counsel who was interviewed on 19th May, 2007, said that it had certainly consigned to history the approach taken by the prosecution during the trial, in 1960, of the publishers of D. H. Lawrence's *Lady Chatterley's Lover*, who were charged under the Obscene Publications Act 1959. In a closing speech, which was consider ably criticized at the time for being out of touch, leading prosecution counsel, Mervyn Griffith – Jones, asked the jury if this was the sort of book *you would wish your wife or servants to read?* Not only did he count the number of times sexual intercourse had taken place in the novel but translated Phallus *"for those who had forgotten your Greek"*.

[15] Lord Woolf 27th June, 2007.

[16] On the fall in RP generally, see Kirsten Sellars, *We wanna talk like common people,* Daily Telegraph, 21st June, 1997; *Where are the gels who can talk proper?* The Times, July, 23rd 2007 and also the Leading Article of that date; and Melvyn Bragg, *RPRIP*, BBC Radio 4, 6th August, 2011, which observed the decline of R P alongside an increasing pride in regional accents. One barrister interviewed said of a younger recent opponent in a criminal jury trial that *her voice slid from Home Counties English down to the lower reaches of the Thames estuary and back in the course of a single sentence.*

[17] Interviewed on 12th March, 2006. She appeared in magistrates' courts in central London and instructed counsel to appear in the Crown Court

[18] Mr. John Cooper, a criminal barrister and a member of the Bar Council, in an interview in the *Times*, October 21st, 2009, said: *There is no doubt that the ability of the public to appreciate lengthy speeches and oratory has declined over the years. As a society we no longer listen to sermons and speeches at public meetings in the way that we would 100 years ago, before the advent of multimedia. As a result, advocates had to alter their style and the fashion for florid and colourful advocacy of even two decades ago had diminished.*

[19] Interviewed 25th July, 2007

[20] Interview with Anthony Arlidge QC held on 30th October, 2007.

[21] Repeated on Radio 4, shortly after the death of George Carman QC in 2001.

in the 1960 s.[22] Ann Rafferty QC, a distinguished criminal barrister who contributed to the BBC programme, said jurors were drawn from the *I know what I am entitled to culture*; metaphorically they no longer look up to barristers but peer across at them. This appears to be widely appreciated by modern advocates who consciously avoid any appearance of looking down at and patronising juries.

References and quotations

References to, and quotations from, Shakespeare[23], the Greek and Roman myths and classics, poetry, Dickens, Sir Walter Scott and other famous authors of English literature seem to have been quite prevalent as late as the 1960 s, as was mention of historical events by advocates. In an interview, one retired barrister said that Shakespearean quotes and references would have been comprehended by *40 per cent* of those serving on apre 1974 jury, whilst the others would pretend that they understood. Greco-Roman classics and myths on the other hand would in his estimation have only reached about *10 per cent* of jurors.

A short article in the *Criminal Law Review* in 1967cited press reports in which judges and counsel had variously likened defendants and other parties to Macbeth, Lady Macbeth, Iago, from "*Othello"*, and John Ridd, from R D Blackmore's historical novel "*Lorna Doone"*. Observations had also been made that certain parties had not been brought up in accordance with the principles of Dr Arnold of Rugby School and their standards were not those defined by the 19th Century public school headmaster and writer Dean Farrar in *"Eric", or "Little by Little"*. As it appeared that the average juryman required a fair measure of literary erudition, the article, perhaps a little humorously, asked whether in addition to being predominantly "male, middle-aged, middle--minded and middle class jurors" ought also to be well read.[24]

If Richard DuCann can be seen as representative, even before the composition of juries was reformed, barristers seem to have been aware that references and quotations could be overdone, as could other oral seasonings. In the first edition of his book, *The Art of the Advocate*, published in 1964, Du Cann wrote *:the use of hyperbole, metaphor, simile, inversions of language, parallels, and allegories should be carefully controlled. Arguments should seem to rely more on force of logic than extravagancies of language.*[25]

Socially inclusive juries, where the educational backgrounds and literary interests of many members were not at all similar to those of counsel and the judges, and changes in the curriculum of schools, which gained momentum from the 1960's,[26] even in private and public schools attended by many advocates, led to a decline in allusions to and quotations from literature, references to historical events and other garnishments. A retired barrister interviewed said the last thing he wanted to do was to appear elitist or remote in front of the jury. Whereas before the reform of the jury their use may have helped jurors identify with him, afterwards they became a barrier. To a limited extent, he recalled, that they could still be used for some years before juries in more middle class London suburban areas such as Kingston.[27]

---

[22] Anthony Arlidge QC considered that satirical television programmes, which gripped Britain in the 1960's, such as the hugely popular *That was the week that was*, much eroded almost automatic respect and deference for politicians. This spread to other figures in the establishment including judges, seen before as wise but terrifying figures, and barristers, previously held in awe. Mr Arlidge was of the view that this had been replaced by public fascination in barristers and an expectation they would be good with words. Interview on 30th October, 2007. On the decline of deference and increased questioning of authority in Britain see Samuel H. Beer, *Britain Against Itself: The Political Contradictions of Collectivism,* Norton, New York, 1982, Chapter 3. The phenomenon, though the causes may have differed somewhat, was not restricted to Britain.

[23] On lawyers' allusions to Shakespeare, see O. Hood Phillips, *Shakespeare and the Lawyers,* Methuen and Co, 1972, chapter 11.

[24] 496 [1967] Crim.L.R. In a concession to contemporary times, it was reported that a reference to James Bond had also been made. Judges dealing with pleas in mitigation, especially if advocates knew they had an interest in literature and Shakespeare, occasionally might encounter quotes or allusions to Portia's speech from the Merchant of Venice (Act IV Scene 1) with its appeal to mercy and praise for who shows it. A QC, interviewed on the 4th February, 2010, said that, in his opinion, many pre- 1974 Juries Act jurors, who were often more socially deferential, and received less formal education than barristers, expected to be entertained by a display of literary erudition from an educated person, presumed to be from a superior social class, and would have been disappointed if they did not.
A 1940 survey of reading in non academic high schools, where pupils would have left at 14 showed that 62% of boys and 84% of girls had read some poetry: their favourites included Kipling, Longfellow, Masefield, Blake, Browning, Tennyson and Wordsworth. 67% of girls and 31% of boys had read something by Shakespeare. (See Jonathan Rose, *The Classics in the Slums*, City Journal, August, 2004)
The survey suggests the suitability of literary allusions made by barristers to middle aged jurors, as reported in the Criminal Law Review article of 1967. Many jurors, because they were usually middle class and remained at school longer, would have had greater knowledge of English literature than those in the 1940 survey. On the importance at elementary school between 1870 and 1940, of reciting poetry, as part of English instruction, see Catherine Robson, *Everyday Life and the Memorized Poem*, Princeton University Press, 2011.

[25] Richard DuCann, *The Art of the Advocate,* Penguin, 1964, pp. 179-180.

[26] Robert Graves in the Introduction to his *The Greek Myths*, first published in 1955, wrote…*the Classics have lately lost so much ground in schools and universities that an educated person is now no longer expected to know (for instance) who Deucalion, Pelops, Daedulus, Oenone, Laaocoon, or Antigone may have been*. (*The Greek Myths,* Combined Edition, Penguin, 1992, p. 11). The National Curriculum, introduced in England and Wales in 1988, made no reference to classics, once at the heart of British high culture. Jeremy Paxman, author and television interviewer, reviewing *University Challenge*, a quiz programme screened since 1962 and for which he had been question master for the last 16 years, considered that today's students know less about classics: *It's interesting to see how, as years go by, they know less and less about classics and the Bible and more and more about science and computing*. (Daily Telegraph, 11th August, 2010, *Students have lost touch with classics, says Paxman*).

[27] Interviewed 2nd April, 2007. Five years after the Juries Act 1974, Brian Gibbens QC advised young advocates against *straining to introduce literary allusions*. Brian Gibbens. *Elements of Modern Advocacy,* New Law Cassettes, Butterworths, London, 1979. Very unusually these days, Anthony Arlidge QC, a noted scholar and author on Shakespeare, said that he occasionally used quotes from Shakespeare and Oscar Wilde but would go to great lengths to make sure jurors comprehended them and why he was doing so. Interview on 30th October, 2007. Gilbert Gray QC (1929-2011), an eminent and eloquent advocate before juries, who sometimes appeared in the same cases as him, never shrank from theatrical courtroom gestures and would often quote poetry or Shakespeare.

Whilst verbal condiments offered by lawyers to juries became rarer, they continued to be served for years to certain stipendiary magistrates, who appreciated them, in London, and possibly other large cities. Thirty years ago most stipendiary magistrates were barristers, who had often attended public school and many at Oxford and Cambridge Universities. Occasionally it was said that some owed their appointments to being well connected, rather for outstanding talent at the bar. Some would make quotations in Latin; Greek was not unknown but was highly exceptional. References to literature, poetry and sport were also made. Why they did this can possibly be explained by their backgrounds, boredom after a few years on the bench, and, as was suggested by a Lord Justice of Appeal,[28] in an attempt to differentiate themselves from defendants in their courts.

The legal historian and writer, James Morton,[29] who as a criminal solicitor regularly appeared before the Magistrates' Courts in inner London, described how one stipendiary had a great regard for Horace and Virgil. As a result, lawyers might have excerpts from their works snapped at them. Extravagant mitigation, for example, could be met with "*Vitae summa brevis spem nos vetat incohare longam*" (life's short span forbids us entering on far-reaching hopes). Another spoke, in English, of the "*sword of Damocles*",[30] when dealing with a suspended prison sentence, of the "*labour of Sisyphus*"[31] in the context of court orders, such as probation and community service, that had failed and of a frustration rivaling that of "*Tantalus*".[32] One stipendiary had a deep interest in poetry and often quoted John Betjeman. Allusions to horse racing, and even hunting, were made by an Irish stipendiary, whilst another, fluent in the language, used Italian whenever any opportunity arose. In order to be as persuasive as possible, solicitors and barristers would try to adopt the language, quotes and allusions made by stipendiary magistrates. James Morton described how some would go beyond that by learning replies in Latin or Italian that could possibly be made and suitable references to the classics and poetry, ancient and modern. Their efforts were very often welcomed and in some instances, he was sure, affected decisions made and sentences passed, even to the extent of whether someone went to prison. Mr. Morton recounted how a new generation of stipendiaries (now referred to as District Judges) appointed in the 1980's had no interest in ornate advocacy from lawyers, preferring plain words throughout. The last of the *old school* retired at the beginning of the 1990 s. With them went what remained of the flamboyant advocacy employed by solicitors and barristers in the London Magistrates courts.[33]

Allusions are still made in court but before juries are mostly likely to be from up-to-date culture such as television, films and newspaper stories. This is hardly surprising when the power of the mass media in everyday life is considered. As it was put in an American article on the subject:

"Mass media has brought its stories into our homes and into our hearts. Contemporary mass media provides the central frame of our cultural reference for our conversations and our fantasies. When we tell our own stories, they often involve encounters with media celebrities. When we recount our fantasies, they often involve fictional characters from our favorite films or television shows. When we start to speak with our friends catch phrases from contemporary sitcoms and commercials roll off our tongues, much as Shakespeare and the Bible fell easily to the lips of an earlier generation Let's face it—media culture is our culture…".[34]

A retired Circuit Judge[35] said, from what he had observed, advocates needed to be very careful, when going beyond the common denominator of contemporary mass culture, in making allusions to and quoting from literature. This was particularly so because of the diverse ethnic mix of many juries in London and other large cities. Danger lay in some jurors, because of their different back grounds and education, (they may well have been educated abroad and in languages other than English) being completely bewildered, distracted and left feeling apart. Thought had also to be given to references to history which might not be understood,[36] or even found offensive.

Peremptory Challenges

For most of the 20th Century barristers on behalf of defendants could challenge potential jurors without giving any reason in an attempt to obtain a sympathetic jury. In 1925, the number of such challenges, known as peremptory challenges, was

[28] Interviewed on18th July, 2007.
[29] Interviewed on 16th July, 2007.
[30] See Cicero: *Tusculan Disputations V*, XXI [61].
[31] Robert Graves, *The Greek Myths*, Combined Edition, Penguin,1992, pp. 216-220.
[32] Robert Graves, *The Greek Myths*, Combined Edition, Penguin, 1992, pp. 387-393.
[33] It was reported, by a solicitor interviewed, on 12th March, 2007, that advocates now, as in the past, adopt somewhat different approaches to magistrates who are District Judges (Stipendiaries, professional judges) and the great majority who are not. Most often, District Judges do not require opening speeches from the prosecution in trials. Closing speeches by advocates for the defence (prosecutors are not normally allowed one in summary trials) concentrate on the facts in dispute rather than the law, which it is assumed is more than understood by the District Judge. In front of lay magistrates, the pace of examining witnesses is slower and closing speeches concentrate on the law and the evidence. They may also be somewhat more susceptible to restrained appeals to emotion. Many advocates structure their closing speeches in the order that magistrates deliver their judgements: the offence; areas of evidence not in dispute; areas in dispute and findings upon them.
[34] Unidentified author, published on Massachussets Institution of Technology website: http//web.mit.edu
[35] Interviewed 25th July, 2007.
[36] One the conclusions reached by Sir David Cannadine, who led a two year research project at the Institute of Historical Research, London University on the teaching of history in English state secondary schools during the past century, is that since changes in history teaching in the 1960 s and 1970 s away from the subject as a national narrative, and because history is no longer compulsory from the age of 14, many adults today would struggle to recognise characters from British history.(*The Red Bits Are British*, October, 15th 2011, BBC Radio 4, Archive on 4.) This may well help to explain why they are no longer usually referred to by advocates in speeches to jurors.

reduced from 25 to 12. The number was limited in 1949 to seven (or seven for each defendant where two or more were tried together) and in 1977, by the Criminal Law Act of that year, fixed at three. The long standing right of peremptory challenge was abolished altogether by the Criminal Justice Act, 1988,[37] on the grounds that it ran against the important principle of random selection of juries.[38] Senior barristers interviewed[39] explained that being able to assess potential jurors, which could have a great bearing on the verdict, was considered an important part of being an advocate. Up until 1991, when the provision in the1988 Act came into effect, if there were four defendants, in a 'multi-hander' it was possible to change the entire composition of the jury. Full exercise of the right by both counsel where two defendants were concerned could alter it by half. In many cases the object of using peremptory challenge appears to have been to remove people thought of as middle class in the stereotypical belief they might be more prosecution minded. The way people dressed was important in making decisions, as were any newspapers or books they were carrying. Some barristers looked as closely as they could at a potential male juror's hands. If they were smooth this was an indication that he was not in manual employment. One senior barrister interviewed recalled one of the first cases he defended before a jury in the 1960 s. A co-defendant was represented by another somewhat more experienced counsel who, when he saw a smartly dressed man with a copy of *The Times*, said, very firmly, "*at all costs we have got to get rid of him. He looks far too intelligent!*".[40] Proposals to abolish peremptory challenge were resisted by many barristers at the criminal bar and it was missed when the right was taken away in 1991.

Less ferocity

Senior barristers and a Lord Justice of Appeal interviewed agreed that prosecutors had become less ferocious. Even in the 1970's they recalled that it was not unusual for defendants to receive a savage onslaught from counsel. In the opinion of a Lord Justice of Appeal[41], counsel acting for defendants were now generally less aggressive and more methodical[42].However a distinction was drawn with rape cases where some barristers still humiliate alleged victims and witnesses. He spoke of having to reprimand a barrister six times during one trial for such behaviour. In his opinion, a sub-culture persisted in which local solicitors brief known aggressive counsel. This contrasted with the practice of the Crown Prosecution Service who frequently instructed sympathetic barristers, principally for the sake of the alleged victims.

Decline in weight given to Police Evidence

There was agreement amongst senior lawyers and judges interviewed that juries, and also many magistrates, examine evidence given by police witnesses much more intensely than they did some decades previously, when there was much confidence in the police. Police officers were seen as public servants who gave evidence dispassionately and neutrally in court. Decline in weight attached to police evidence was said to be principally caused by police mal-practice and fabrication of evidence revealed in successful appeals arising from a number of high profile cases. Defendants convicted in the 1970's, but not acquitted on appeal until many years later, included the "*Guildford Four*"[43] and the "*Birmingham Six*".[44] In preparing and running cases on behalf of defendants advocates would once try to depart from police evidence as little as was absolutely necessary, mindful of the credibility given to it. Because jurors and magistrates grew increasingly likely to approach testimony of police officers with caution, their evidence became challenged more frequently in trials. In response, advocates for the Crown, less confident of securing convictions on police evidence, began to give emphasis to other evidence, especially in closing speeches.[45]

---

[37] Section 118.

[38] The prosecution still has the right to 'stand by' a juror without showing cause and with no upper limit, subject to guidelines issued by the Attorney General in 1988.

[39] On June 21st, 2006 and on 2nd April, 2007.

[40] Interviewed on June 21st, 2006.

[41] Lord Justice Sedley, interviewed on the 11th July, 2007

[42] Judge Case, a Circuit Judge and Treasurer of the United Kingdom Women Judges' Association, who had begun her career as a barrister in the early 1970's, interviewed on the 15th May, 2009 at the College of Law Bloomsbury, expressed a similar view. When asked if he had observed a like change in Scottish criminal advocacy, Lord Mackay (Lord Advocate of Scotland 1979 – 1984 and Lord Chancellor of England 1987 – 1997), who began appearing in courts from the mid – 1950's, said it was his impression that advocacy had always been less aggressive, hectoring and blustery than south of the border and in this respect had not changed greatly. He said advocates and solicitors preferred to show a witness was untruthful by their line of questioning rather than calling him or her a liar (Interview at House of Lords, 10th December, 2008).

[43] See Robert Kee, *Trial and Error, the Guildford pub bombings and British Justice,* Hamish Hamilton Ltd, 1986.

[44] See Louis Blom – Cooper, *The Birmingham Six and other cases*, Gerald Duckworth and Co Ltd, 1977. Pressure on suspects to confess, and other illegal activities carried out by the West Midland Serious Crime Squad, were also much reported in the 1980's. Geoffrey Robinson QC recalled another source of skepticism about police evidence : The popular television series *Rumpole of the Bailey*, written by John Mortimer QC and first shown in the 1970's. Alerted in many episodes to the possibility of it occurring in interviews that were then neither taperecorded or videoed, Old Bailey juries began to throw cases out where they suspected police forensic trickery. *The buzz in the Old Bailey robbing room was that Rumpole was the reason*. Geoffrey Robertson, *Rumpole of the Bailey: the very incarnation of English liberty.* The Times, January 17th, 2009.

[45] Lord MacKay, interviewed at the House of Lords, 10th December, 2008, described increased skepticism towards police evidence, a feature he saw as common to both Scotland and England, as a very major change during his career and one which has had major effects on the way advocates conduct trials. Lord Justice Goldring, interviewed at the Royal Courts of Justice on the 30th April, 2009, considered an important reason why juries now often retire for longer periods before announcing their verdicts than they did when he began his career as a barrister in the late 1960's was that jurors became less trusting not only of police officers but also of the Crown Prosecution Service, barristers acting for the Crown and judges. Reflecting society more generally, he saw jurors as less willing to make judgements on the conduct of others.

Plea Bargaining

Senior barristers interviewed recounted it became necessary for counsel to become proficient in plea bargaining, a practise hardly acknowledged to exist in English and Welsh courts until an important and controversial study at the Crown Court in Birmingham during the 1970 s.[46] In England and Wales, plea bargaining has three meanings: an agreement between the judge and the accused that if a defendant pleads guilty to some or all of the offences charged against him the sentence will or will not take a certain form; the prosecution agreeing with the defence that if the accused pleads guilty to a lesser offence they will accept the plea; and the prosecution agreeing not to proceed on one or more counts in the indictment against the accused if he or she will plead guilty to the remainder.[47] Plea bargaining in the last two meanings became a frequent occurrence, approved by the courts. The bargain is usually struck by prosecution counsel and defence counsel outside court before the start of the trial. In practical terms plea bargaining led to fewer trials for advocates and more emphasis on delivering persuasive pleas in mitigation.

Social Enquiry Reports and Pleas in Mitigation

The introduction of Social Enquiry Reports in the late 1960s[48] had an effect on pleas in mitigation. Produced by the Probation Service (or social services departments if a juvenile was involved), they were intended to assist judges and magistrates, who had power to order them, in deciding how to deal with an offender. They contained much about a person's home life, work history, previous offending, attitude to present offences and often included a recommendation for sentence. Judges usually read the reports before coming into court or, if they had not, would do so before counsel started to mitigate.

Reports gave barristers and solicitors additional information. Sometimes this led to clients being asked to clarify certain areas and to give their views about recommendations made in them. Consideration of reports often suggested lines to follow in making pleas. Information presented in a report could result in pleas being shortened. When judges agreed with recommendations contained in a report they would indicate to counsel that their pleas could be brief. Counsel and solicitors interviewed said that some judges and magistrates would become irritable if they felt lawyers were merely reading out what was in the report and would say things like, *"I have read that"* or, even, *"I can read too!"*. Too avoid this, it came seen as wise to refer judge to the relevant paragraphs rather than quote from them, unless there was a very good reason to do so. A senior counsel interviewed[49] spoke of problems that arose when a Social Enquiry Report made an unrealistic recommendation, usually for a non-custodial sentence. In these circumstances counsel had to use what was useful in the report whilst carefully keeping away from that which, if pressed, could well have been harmful.[50]

On pleas in mitigation, the junior barrister interviewed earlier, who specialised in defence work,[51] said that the scope for creativity - suggesting certain courses of action and asking for credit for aspects of a person's history -had been reduced when dealing with some offences where minimum sentences have been introduced in recent years.

Accommodating key changes in law and procedure

When asked about other major influences on advocacy in the closing decades of the last and the beginning of this century, a number of barristers mentioned the need to accommodate three key changes in the law of evidence and procedure.

Under the Police and Criminal Evidence Act 1984 a criminal court must exclude from evidence a confession by an accused if it has been obtained by oppression, or as a result of something said or done which is likely to render it unreliable.[52] Also under the Act evidence generally, including confessions, may be excluded, in the court's discretion, to ensure a fair trial.[53] The ability to make submissions on these sections became crucial in advocacy before the magistrates and Crown Court.

Secondly, submissions under the Criminal Justice and Public Order Act (CJPO) 1994 also became essential. Before the CPJO 1994, silence of an accused in an interview could not be used as evidence against him at trial. The Act weakened the right to silence by providing that adverse inferences may be drawn against the accused in certain circumstances from his or her failure to mention certain facts, to account for possession of certain objects, substances or marks, or to account for his or her presence at certain places.[54]

The third change cited as greatly affecting criminal advocacy was the Criminal Justice Act 2003. Prior to this legislation coming into force, a defendant could be cross-examined on his or her previous convictions only if he or she attacked the character of the prosecutor or his or her witnesses. The circumstances in which an accused's bad character may be admissible

[46] John Baldwin and Michael McConville, *Plea Bargaining and Plea Negotiation in England*. Law and Society Review, Vol. 13, No2 Winter 1979, pp.287-307.

[47] John Sprack, *A Practical Approach to Criminal Procedure*, 11th Edition, Oxford University Press, 2006, pp.284-287.

[48] Under Section 57 of the Criminal Justice Act 1967- see David Hax by, *Probation a changing service,* Constable, London, 1978, Chapter 6. About this time the entitlement of a defendant to speak before he or she was sentenced was abolished. Following extensive reforms of court sentencing brought into being by the Criminal Justice Act 1991, Social Enquiry Reports became known as Pre-Sentence Reports. Their content and format became more prescribed, as did the circumstances when they were ordered.

[49] Interviewed on10th April, 2007.

[50] As advocacy in the criminal courts adjusted to Social Enquiry Reports, from the 1960'spractitioners in the courts dealing with family matters had to have regard to reports written by social workers on the welfare and custody of children.

[51] On the 7th September, 2007.

[52] Section 76.

[53] Section 78.

[54] Sections 34, 36 and 37. See Peter Murphy, *Murphy on Evidence,* Ninth Edition, 2005, Chapter 10.

were expanded under the Act.[55] Given the generally accepted negative consequences of revealing a defendant's bad character, especially to a jury, submissions on admissibility are of great importance in trials. If admitted, advocates for the defendant now have to consider calling evidence about previous convictions that would reduce their relevance to offences presently alleged and also how to minimize their impact by comment in closing speeches.[56] These, and other changes, led to more preliminary applications to judges on points of law, before a jury was empaneled.[57]

Heavy drinking and boredom

An impression existed amongst lawyers interviewed that heavy drinking by barristers, an aspect of the Bar for generations, but seldom discussed, had declined over the last two decades. Excessive consumption of alcohol had, in their view, impaired the quality of some advocacy, especially after lunch, and reduced time for effective preparation of cases, particularly those received the night before.

It was said in an interview with a solicitor,[58] who frequently instructs counsel in the Crown Court, that sometimes barristers, to relieve boredom felt in some cases, decided on a theme for the day, for example golf, and competed with each other as to who could make the most references to it in proceedings. It is impossible to say how widespread this practice is.

More Hastings than Birkett?

Some years ago a former Attorney General, said that much forensic oratory was now delivered like a chartered accountant reading a Sunday church lesson. Whilst many would regard this as an exaggeration, it is beyond doubt that advocacy to persuade juries, for a number of reasons, chief amongst them being the need for advocates to speak in the language of time, was shorter, plainer and more direct at the start of this century than it was at the beginning of the last. Broadly speaking, and usually without the bullying sometimes associated with him, the direct and forcible style favoured by Sir Patrick Hastings earlier in the century, eclipsed that of Lord Birkett, with its greater concern for the graces and literary heritage of English. This does not mean, however, that some histrionic ability amongst advocates came to be considered unnecessary. Speaking about modern jury advocacy, a retired High Court judge[59] said that in his experience jurors expected a bit of style, not dreariness, and wanted to be charmed, without being patronized. In his view, as much care as an actor should be taken in pitch, speed of delivery and pauses to accentuate points, convey and invite interest. According to him, constant movement of the eyes to scan the jury to make each member feel important was vital. His views echoed those of Sir James Stirling, then a judge in the High Court, written in 1966 in *Verdict*, the Journal of the Oxford University Law Society:

"To some extent the same technical equipment is necessary to both professions. Voice, diction, variation of pace, stress, the effective pause, are necessary weapons in both armouries. The actor studies these things deliberately; the advocate is largely let to make use of them by instinct and acquired experience. A too conscious artifice on the part of counsel would probably distract him from the main task, which is to marshall his material: but even good material can be reduced to excruciating dullness by poor delivery or a complete lack of dramatic instinct. Even a wholly juristic argument must be given some "bite" if it going to be listened to easily".[60]

Later in this article Sir James Stirling advanced the thesis that changes in advocacy curiously corresponded with those in styles of acting. This view was put to Anthony Arlidge QC who said that parallels could certainly be drawn with the stage over the last three decades which had seen the falling away of *Lawrence Olivier* Shakespearian acting, with its unevenly paced and highly stylised delivery, involving hard emphasis on selected words, and the rise of a more naturalistic and conversational form.[61]

Advocacy in defamation cases – a remnant of an earlier age?

Trials of civil defamation actions before a jury number very few each year but they often attract much publicity. It is probably correct to say that more vivid and entertaining advocacy, frequently with heaps of sarcasm and ridicule, is employed in these matters than anywhere else.[62] These trials, in some respects, appear as survivors from an earlier, less restrained and exuberant period. However, beneath the forensic extravaganza usually lies much greater preparation in cross-examination and closing speeches than in earlier times. George Carman QC, who died in early 2001, was recognized as the outstanding advocate in defamation trails.[63] When asked, he stressed that real spontaneity in addressing juries was a thing of the past. To him,

[55] Section 101. See Murphy, *ibid*, Chapter 6.

[56] Anne- Marie Critchley, 7th September, 2007.

[57] In the opinion of Lord Bingham of Cornhill, then Senior Law Lord, the increase in preliminary applications on points of law, including abuse of process, was a notable development in advocacy during the closing decades of the 20th Century. Interview on 23rd October, 2007. Lord Justice Goldring, interviewed on the 30th April, 2009, explained that applications concerning admission into evidence of bad character have risen while the number of application to exclude confessions have fallen because of audio taping or videoing interviews in police stations.

[58] Interviewed 20th August, 2007.

[59] Interviewed 24th July, 2004.

[60] *Verdict*, Oxford University Law Society, Hilary, 1966, VOL 2. NO 1. page 8. On ability through voice to convey and invite the interest of jurors, it was said of the late Richard Ferguson QC *"that he had the kind of voice that could read the jury the telephone book and they would listen".* Obituary, Times, 30th July, 2009.

[61] Interviewed on 30th October, 2007.

[62] Judges, to the delight the press, are sometimes said to go along with these spectacles by asking barristers to explain things, sometimes of an embarrassing nature, that they already know. Interview with retired Circuit judge, 25th July, 2007.

[63] See Dominic Carman, *No Ordinary Man: A Life Of George Carman Q. C.,* Coronet Books, Hodder and Stoughton, 2002.

painstaking effort beforehand to coin phrases and choose words carrying emotional over-tones and great attention to detail was crucial. In this, his admirers compared him with Cicero and Quintillian He also had theatrical ability. Like the playwright Harold Pinter, George Carman in court, according to Marcel Berlins *"was a master of the pause, allowing a witness's dubious answer in cross examination to remain in the air for a while, giving the jury a chance to savour it, before pouncing on it and exposing its shortcomings".*[64]

Conclusion

This article sought to outline changes to advocacy in jury trials in England and Wales during the last half of the 20th Century. Additionally in the first two decades of this century this form of advocacy has faced : accommodating increased employment of expert witnesses in trials; the use of special measures for vulnerable and intimidated witnesses and of witness protection orders in trials of serious and violent offences; submission of written skeleton arguments to judges on complex questions of law; victim impact statements; removal of the prohibition on prosecutors discussing evidence with their lay, ie non –expert, witnesses; the prospect of trials without juries in complex frauds and where there is a risk of jury tampering; and the danger of jurors unlawfully conducting research on the internet, thus undermining their role as fact finders bound by rules of evidence.

[64] Marcel Berlins, *Writ large*, The Guardian, January 8th, 2001. Commenting on the style of George Carman, Anthony Arlidge QC said it was surprisingly declamatory in an age of conversational advocacy. Interview on 30th October, 2007. When interviewed at his chambers, on 30th July, 2009, Michael Beloff QC, spoke of cases in which he had appeared in defamation trials against George Carman. He said it was noticeable that when matters of law arose George Carmen would hurriedly turn to his juniors for advice. At first Michael Beloff was mystified by this, knowing that his opponent had obtained a first class degree in law and generally shone brightly at Oxford University, but then concluded he had *deliberately purged himself of his knowledge of law in order to find the same wavelength as his audience of jurors.*

„Zwischen den Zeilen des Rechts“. Zu verschiedenen Funktionen der Siete Partidas Alfons X. von Kastilien

(„Reading Between the Lines of Law“. About Different Functions of the Siete Partidas of King Alfons X. of Castile)

Heidi R. Krauss *

Abstract

The Siete Partidas, the famous law code, of Alfons X. of Castile, written in the 13th century offers us a great variety of topics which have to be investigated more detailed. The central question is, which functions has the text besides being a law code? The encyclopedic character of this work, provides an insight into daily life of medieval Castile and mirrors the historical frame in which it was written. One of the central ideas of the Siete Partidas was to unify the existing „laws“ in the Kingdom of Castile. But, unification also means a centralization of the power which was embodied by the king. The fact, that this was not completely accepted by other powerful people of that time made it necessary for Alfons X. to legitimate his own power. This article highlights different functions of the Siete Partidas of King Alfons X. of Castile based on a discourse analysis and a hermeneutical interpretation.

Keywords: *Alfons X.; Siete Partidas; 13th century; discourse analysis.*

1. Einleitung

Alfons X. (1221-1284), der auch den Beinamen der Weise trägt, hat uns eine enorme Anzahl an Werken aus verschiedenen Gebieten hinterlassen, die uns einen Einblick in das kulturelle Schaffen seines Hofes ermöglichen. Große Bekanntheit erlangten die Cantigas de Santa María und seine Astronomischen Werke, aber auch die Rechtswerke und hier vor allem die Siete Partidas.[1] Er hat nicht nur das Wissen seiner Zeit durch diese Texte gemehrt, er hat auch das kastilische Spanisch als Amtssprache eingeführt und somit mehr Menschen Wissen zugänglich gemacht. An seinem Hofe arbeiteten Juden, Muslime und Christen an den Werken des Königs und übersetzten zahlreiche Werke, die vielleicht sonst für die Nachwelt verloren gegangen wären.[2] Trotz aller seiner wissenschaftlichen Unternehmungen hatte er mit Schwierigkeiten auf der realpolitischen Ebene zu kämpfen. Vor allem seine langjährigen Bestrebungen Kaiser des Heiligen Römischen Reiches zu werden wurden von seinen Zeitgenossen nicht gerne gesehen.[3] Sein Wunsch war einfach zu kostspielig und er hatte nicht die nötige Unterstützung vom Papst, da er zu der Linie der Staufer gehörte. Am Ende steht die Entmachtung Alfons X. durch seinen Sohn Sancho, der den Thron für sich beanspruchte.[4] Das turbulente Auf- und Ab endete in Sevilla und dort liegt er auch heute in der Kathedrale gemeinsam mit seinen Eltern Ferdinand dem Heiligen (1199-1252) und Beatrix von Schwaben (1205-1235). Der folgende Artikel legt seinen Schwerpunkt darauf verschiedene Funktionen und Diskurse seines berühmten Rechtswerkes aufzudecken. Die hierzu notwendige Vorarbeit untersuchte verwendetes Vokabular, grammatikalische Konstruktionen und die verschiedenen Themen die in dem Text beschrieben werden. Dabei zeigte sich vor allem, dass der Legitimationsdiskurs des Herrschers eine wichtige Rolle in dem vorliegenden Rechtswerk spielt. Die Mehrdeutigkeit des Diskursbegriffes kann hier nicht im Detail ausdiskutiert werden, eine Eingrenzung zur besseren Verständlichkeit wird aber im folgenden Kapitel angerissen.

* Heidi R. Krauss, M.A., Facultad de Geografía e Historia UNED Madrid, Spanien.

1 Einführende Werke zu Alfons X: GONZÁLEZ JIMÉNEZ, M., *Alfonso X el Sabio*. Barcelona 2004; O'CALLAGHAN, J. F., *The Learned King. The Reign of Alfonso of Castile*. Philadelphia 1993; MARTÍNEZ, S. H., *Alfonso X, the Learned: A Biography*. Leiden 2010; VALDEÓN BARUQUE, J., *Alfonso X: La forja de la España moderna*. Madrid 2003; Trotz der modernen Biographien immer noch ein ausgezeichnetes Standardwerk: BALLESTEROS BERETTA, A., *Alfonso X el Sabio*. Barcelona 1984.

2 Hierzu: BURNS, R. I., *Emperor of culture. Alfonso X the Learned of Castile and his thirteenth-century Renaissance.* Philadelphia 1990. SANTOYO, J.C., *La traducción medieval en la Península Ibérica, Siglos III-XV*. León 2009.

3 Das Interregnum begann am 13.12.1250, mit dem Tod Kaiser Friedrichs II. und endete am 24.10.1273 mit der Salbung und Krönung von Rudolf I.

4 Vorausgegangen waren Streitigkeiten um die wahre Thronfolge. Der Erstgeborene Sohn Alfons X., Fernando de la Cerda, war 1275 verstorben. Durch dies kam es zu einem Rechtskonflikt zwischen dem alten geltenden Gesetz in Kastilien und den Siete Partidas. Gemäß dem alten Gewohnheitsrecht, hätte der Zweitgeborene den Anspruch auf den Thron, wenn der Erstgeborene stirbt. Das römische Privatrecht, welches in den Siete Partidas durchschlug sprach das Thronrecht allerdings den Söhnen des Erstgeborenen zu. Sancho zettelte eine Rebellion gegen seinen Vater an und man nahm dem König seine Macht, nicht aber den Titel. Am 4. April 1284 starb Alfons in Sevilla einer der Städte, die neben Murcia und Badajoz dem alten König bis zum Schluss die Treue gehalten haben. Daher trägt das Wappen von Sevilla heute noch das Lemma: „Esta ciudad no me ha dejado (Diese Stadt hat mich nicht verlassen).“

2. Diskurs und Text

Die Realität einer Gesellschaft hängt von ihrer Sprache ab.[5] Historische und gesellschaftliche Begebenheit spiegeln sich in der Sprache wider und werden uns in Form von Texten überliefert. Bei der Analyse von Rechtswerken muss man beachten, dass hier eine eigene Sprache den Rahmen bildet. Diese Tatsache kann an manchen Stellen problematisch werden, wenn man nicht den Stil der Juristen und ihre Wort- und Themenwahl kennt.[6] Trotz dessen kann man bei näherer Analyse feststellen, dass bestimmte Kommunikationsprozesse vorliegen, die eindeutige Absichten des Verfassers deutlich machen und die auf den ideologischen Rahmenbedingungen fußen, die letztendlich auch das Recht in dieser Zeit beeinflussten.

Diese Prozesse der Kommunikation genauer zu untersuchen wird durch die Diskurstheorie erst möglich gemacht, da sie uns Einblick in das Wissen und somit auch in die Wirklichkeit des Werkes liefert. Durch den Diskurs wird gesellschaftliches Wissen schriftlich dargestellt. Es handelt sich also in gewisser Weise um ein Abbild der realen Bedingungen. Der Diskurs schafft allerdings auch neue Realitäten, die in der Gesellschaft noch nicht vorhanden sind, die aber in diesem Falle, von den Herrschenden gewünscht werden. Es wäre falsch zu denken, dass sich die Aussagen und Bilder, die sich in dem Werk finden lassen die Idee eines Einzelnen sind. Abgesehen davon, dass das Werk mehrere Verfasser hatte, kann man es nicht losgelöst von seinem gesellschaftlichen Umfeld betrachten aus dem es entsprungen ist und welches in gewisser Weise auch die Regeln etablierte, nach dem sich das Einzelwerk dann innerhalb eines solchen Diskurses äußert. Aus dieser Perspektive ist es durchaus ein Einzelereignis, welches sich aber trotzdem im Rahmen der bestehenden Diskurse der Gesellschaft bewegt.[7] Die Absicht ein einheitliches Recht zu schaffen und das Wissen der Zeit auch für künftige Herrscher festzulegen zeigt, dass man diese Ideen verbreiten wollte, auch wenn dies bei den Siete Partidas nicht während der Regierungszeit von Alfons X. glückte.[8] Für spätere Generationen kann man konstatieren, dass der Text und somit auch der Diskurs an der Gestaltung des Wissens teilgenommen hat und somit auch die Wirklichkeit verändert und mitgeformt hat. Der Diskurs wurde Teil der Realität und hat somit seine eigene Macht entfalten können. Zusammenfassend soll hier also nochmals festgehalten werden:

- Der Diskurs spiegelt zum einen die gesellschaftliche Wirklichkeit wider, hat aber zum anderen auch eine gewisse Macht, um die Wirklichkeit zu formen.
- Der Diskurs ist ein Produkt der Gesellschaft und nicht die Leistung eines Einzelnen, da er sich aus mehreren Komponenten zusammensetzt.
- Der Diskurs auf textueller Basis setzt sich zusammen aus verschiedenen Aussagen, die einerseits die Realität nachahmen und anderseits neue Elemente hinzufügen. Der Diskurs ist demnach in der Lage Einfluss auf die Realität zu nehmen.
- Texte können auf den Diskurs hin untersucht werden. Der Text setzt sich dabei aus verschiedenen Diskursen zusammen, kann allerdings auch als Einzeldiskurs gewertet werden, da er bestehende Diskurse nicht nur aufnimmt, sondern sie zudem verändert und dadurch einen neuen Diskurs kreiert.

Methodologisch muss man dabei verschiedene Ebenen betrachten. Einzelne Äußerungen müssen in ihrem Zusammenhang gesehen und dementsprechend analysiert werden. Regelhaftigkeiten in der Ausdrucksweise können Hinweise auf den jeweiligen Diskurs geben und müssen daher aus dem Haupttext gefiltert werden.[9] Der vorliegende Textcorpus muss dabei regelrecht defragmentiert und immer wieder hermeneutisch hinterfragt werden.[10] Hierdurch ergeben sich zahlreiche Fragen an den Text, die in jedem Einzelfall geprüft werden müssen. Es sind nur einige Grundgedanken, die hier skizziert werden können. Die Siete Partidas sind ein Rechtswerk des 13. Jahrhunderts, einem Jahrhundert in dem sich die weltliche von der kirchlichen Gewalt in gewisser Weise löst und dennoch althergebrachte Symbole und Bilder verwendet werden. Sie sind ein Instrument der Herrschaft und fügen sich in den Herrschafts- und Legitimationsdiskurs anderer europäischer Regenten ein. Trotz allem zeigen sie gewisse Eigenheiten, die sich durch den gesellschaftlichen Rahmen größtenteils erklären lassen. Erst im Vergleich mit anderen Texten ihrer Zeit, wie z.B. den Konstitutionen von Melfi[11] von Kaiser Friedrich II. (1194-1250), werden Gemeinsamkeiten und Unterschiede im „Einzeldiskurs" deutlich. Dies kann in diesem Artikel allerdings nicht behandelt werden.

3. Die Siete Partidas

Die Entstehungszeit dieses Werkes fällt mit der Wiederentdeckung des Römischen Rechts in Europa zusammen.[12] Das Römische Recht wurde in diversen Rechtswerken, wie z.B. den zuvor genannten Konstitutionen von Melfi, die Kaiser Friedrich II. für sein Königreich Sizilien erließ, wiederbelebt. Sowohl in Sizilien, als auch in Kastilien, war es die Bestrebung der Monarchen ein einheitliches Gesetz für ihre Königreiche zu

[5] BERGER, P.L. und LUCKMANN, T., *Die gesellschaftliche Konstruktion der Wirklichkeit*. Frankfurt am Main 1980.
[6] Zu Spanien als Einführung: CONTE, E., *La fuerza del texto. Casuística y categorías del derecho medieval.* Madrid 2016.
[7] AMMANN, S., *Götter für die Toren. Die Verbindung von Götterpolemik und Weisheit im Alten Testament.* Berlin/Boston 2015, S. 4.
[8] Sie erlangten erst unter Alfons XI (1311-1350) Rechtskraft.
[9] Als Quelle wurde hierbei die Version von LÓPEZ herangezogen: ALFONSO X, *Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alfonso el nono*. Nuevamente glosadas por el licenciado Gregorio López del Consejo Real de Indias de su Magesta, 1555. Neben diesem Text, gab es eine weitere Edition der Real Academia de Historia von 1807. Im Jahre 1818 wurden diese beiden Versionen gleichgestellt, doch die Version der Real Academia erreichte nicht das Niveau der Edition von LÓPEZ. 1860 entschied der Oberste Gerichtshof in Spanien, dass bei Abweichungen zwischen den beiden Texten, der Version von LÓPEZ gefolgt werden muss.
[10] Hierzu dienten vor allem die Gedanken von GADAMER, H.-G., *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*. Tübingen 1960.
[11] STÜRNER, W., *Die Konstitutionen Friedrichs II. für das Königreich Sizilien*. Hannover 1996; DILCHER, H., *Die sizilische Gesetzgebung Kaiser Friedrichs II. Quellen der Constitutionen von Melfi und ihrer Novellen Studien und Quellen zur Welt Kaiser Friedrichs II*. Bd. 3, Köln/Wien 1975.
[12] Vermutlich wurden die Partidas zwischen dem 26. Juni 1256 und dem 28. August 1265 durch eine Kommission der wichtigsten kastilischen Juristen der Zeit unter der persönlichen Leitung von Alfons X. verfasst.

erschaffen. Es wäre allerdings keine korrekte Wertung, wenn diese Werke nur unter dem Einfluss des Römischen Rechts gesehen werden, da sie sich doch unterschiedlicher Quellen bedienen. Die Quellen, die zu der Erstellung der Siete Partidas verwendet wurden, sind sehr vielfältig und umfassen über die juristischen Beiträge hinaus auch moralische, philosophische und religiöse Quellen. Neben klassischen Philosophen, wie Aristoteles und Seneca, finden sich Anspielungen an biblische Texte, Patristik und mittelalterliche Philosophie. Bei all diesen Elementen, wird allerdings auch Rücksicht auf das alte kastilische Recht genommen, dass ebenso seinen Eingang in dieses Rechtswerk fand.[13] Zu Beginn des 13. Jahrhunderts galten für verschiedene Gebiete der Krone und für einzelne Städte unterschiedliche Normen: die *Fueros*[14], das Gewohnheitsrecht und herrschaftliche Rechtsansprüche des Adels. Wirtschaftliche Veränderungen, angestoßen durch den Aufstieg des städtischen Handwerks und den Entwicklungen im Handel, gaben vermutlich den Impuls, welcher König Alfons X. dazu brachte ein einheitliches Recht für sein Reich verfassen zu wollen. Es war offensichtlich, dass dies gegen die traditionellen Privilegien des Adels im Reich und der Wohlhabenden in den Städten gehen würde.

Die sieben Teile des Werkes sind in Titel unterteilt, die wiederum in Gesetze unterteilt sind.[15] Im Unterschied zu einem klassischen Rechtswerk, das sich ausschließlich den legalen Aspekten widmet, finden wir in den Partidas auch „Volksweisheiten", die das Werk über die rechtlichen Themen hinaus, zu einer regelrechten Enzyklopädie der mittelalterlichen kastilischen Gesellschaft machen, oder wie es BURNS bezeichnete, zu einem „mirror of medieval daily life".[16]

In diesem Spiegel kann man tatsächlich sämtliche Lebensbereiche ausmachen, so behandelt die erste Partida kirchliche Belange, die zweite Partida nimmt sich der weltlichen Macht und ihrer Würdenträger an und die dritte Partida beschäftigt sich mit Prozessrecht und den Vertretern von Recht und Gesetz. In der Vierten geht es um Familienrecht und in der fünften Partida um Privatrecht, wobei hier sämtliche Arten von Verträgen im Zentrum stehen. Die sechste Partida thematisiert das Erbrecht und die Testamente und in der Siebten geht es um Straf- und Prozessrecht. Diese Aufteilung dient allerdings nicht nur einer gewissen Ordnung der Materie. Sie führt dem Leser vor Augen, welche Hierarchie in der Weltsicht des mittelalterlichen Kastiliens herrschte, eine Sicht die Kastilien durchaus auch mit anderen europäischen Königreichen teilte, da es sich um die Reproduktion eines damals gültigen Schemas der Weltanschauung handelte: Gott, Autoritäten, Menschen und Gegenstände. Dies schlägt sich in den Siete Partidas nieder. Erst die religiösen Belange, dann die weltliche Macht, die Beziehungen zwischen Menschen und letztendlich die Geschäfte, die zwischen den Menschen getätigt werden. Es verwundert nicht, dass das Straf- und Prozessrecht am Ende dieser Aufteilung zu finden ist, da es sich hier um Menschen handelt, die aus dem gesellschaftlichen Rahmen fallen. Menschen, die aufgrund ihrer Vergehen degradiert werden und daher ganz am Ende stehen.[17] Sie zeichnen somit nicht nur inhaltlich, sondern auch in der präsentierten Ordnung die Weltanschauung der Gesellschaft Spaniens im 13. Jahrhundert nach. Die Siete Partidas sind näher an der Gesellschaft als andere Rechtswerke, da das Werk in Kastilisch verfasst wurde. Diese Nähe möchte der Monarch mit seinem Werk erreichen. Er weist explizit darauf hin, dass dieses Werk das Recht fördern soll, indem es die Menschen dazu befähigt das Recht zu erkennen.[18]

3.1 Funktionen der Siete Partidas

Texte, egal welcher Art, dienen der Kommunikation und werden mit bestimmten Absichten verfasst. Von einer einzigen Funktion oder Textintention kann man nicht reden. Texte erfüllen unterschiedliche Funktionen und dies zeigt sich auch in den Siete Partidas. An vorderster Stelle stehen zweifellos die Vereinheitlichung des Rechts im Königreich Kastilien und die schriftliche normative Fixierung. Eine der Konsequenzen dieser Vereinheitlichungen ist die Schaffung einer zentralen Regierung und die zentrale Position des Monarchen bedarf der Erklärung durch die Juristen, denn diese Macht muss schriftlich legitimiert werden. Im Unterschied zu Autoren, wie PÉREZ-MARTÍN und IGLESIAS & NAVARRO, möchte ich ausschließen, dass dieses Werk als „Rechtswerk für das Imperium" geplant war, denn dagegen sprechen mehrere Gründe.[19] Zum einen wurde das Werk nicht auf Latein verfasst und auch, wenn PÉREZ-MARTÍN davon ausgeht, dass bei einem Erfolg in den Thronbestrebungen, das Werk ins Lateinische übersetzt worden wäre, so halte ich dies doch für eine zu vage Vermutung. Zum anderen spricht das Werk selbst eine eindeutige Sprache. Betrachtet man die ersten beiden Partidas gibt es vor allem zwei Zentren der Macht für Alfons X.

In der ersten Partida, in der es um die Kirche geht, wird vor allem ein Ort thematisiert: Rom. Die zweite Partida in der es um die Herrscher geht fixiert sich lokal allerdings nicht auf das Imperium, sondern auf Spanien selbst. Es ist nicht Kastilien, es ist Spanien in seiner Gesamtheit, was als bestehende Idee einer Vereinheitlichung des gesamten Territoriums der Iberischen Halbinsel unter einem Herrscher gewertet werden kann: Alfons X.

---

[13] Um sich einen ersten Überblick zu verschaffen: ARIAS BONET, J.A., Sobre presuntas fuentes de las Partidas. In: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Juli 1985, S. 11-23.

[14] Hierbei handelt es sich um lokale Sonderrechte. Eine große Auswahl solcher lokaler Rechte, findet sich bei: BARRERO GARCÍA, A.M u. ALONSO MARTÍN, M.L., *Textos de Derecho local español en la Edad Media. Catálogo de Fueros y Costums municipales*. Madrid 1989.

[15] Es handelt sich dabei um insgesamt 182 Titel und 2802 Gesetze.

[16] BURNS, R. I., The Partidas: Introduction. In: BURNS, R. I. (ed.) und PARSONS SCOTT, S. (trans.), *Las Siete Partidas, Vol. 1: The Medieval Church, The World of Clerics and Laymen*. Philadelphia 2001, S. 9-19.

[17] LIVACIC GAZZANO, E., *Las Siete Partidas*. Santiago de Chile 1982, S. 23f.

[18] Dies verdeutlicht er dem Leser bereits im Prolog zu der ersten Partida.

[19] PÉREZ-MARTÍN, A., La obra legislativa alfonsina y su puesto que en ella ocupan las Siete Partidas. In: *Glossae. Revista de historia del derecho europeo 3*. 1992, S. 9-63; IGLESIAS, Y. und NAVARRO, D., Estrategias legislativas de Alfonso X en las Siete Partidas y la revuelta nobiliaria (1272-1273). In: *Studia Iberica et Americana* (SIBA) 3, 2016, S. 427-448.

Dies zeigt, dass es Alfons X. um die Vereinheitlichung des Rechts auf der Iberischen Halbinsel ging und nicht um die Schaffung eines Rechtes für das Heilige Römische Reich. Das Zentrum der Macht verschiebt sich im Text von der kirchlichen zur weltlichen Macht. Dies wird durch einen weiteren Umstand verstärkt. Während in der ersten Partida vor allem Bezug auf Kirchenväter und biblische Figuren Bezug genommen wird, werden in der zweiten Partida vor allem Philosophen erwähnt. Die Macht des Königs wird durch die Elemente im Text säkularisiert. Dies bedeutet selbstverständlich nicht, dass der König nicht religiös war oder auch seine Legitimation in Christus suchte, es zeugt von einer selbstbewussten Machtposition des Königs, der sich nicht durch die Katholische Kirche bevormunden lassen wollte.

Eine weitere wichtige Funktion, die sich im Text widerspiegelt, ist die Verdeutlichung der sozialen Hierarchien innerhalb des Königreiches und die Stellung zu anderen „Machtträgern" außerhalb des Königreiches. Der, oder das Andere, wird durch das spanische Wort „otro, otra" thematisiert, welches in der ersten Partida 1498 mal und in der zweiten Partida 1291 mal vorkommt.[20] Die verschiedenen grammatikalischen Funktionen, die das Wort „otro" im Spanischen haben kann sind in diesem Fall nicht Gegenstand der Untersuchung.

Gehen wir von der Hypothese aus, dass wir eine „in-group" haben, die sich aus den Individuen innerhalb des Königreiches zusammensetzt und eine „out-group", deren Mitglieder all die anderen sind, können wir anhand der Verwendung von „otro" zeigen, dass sich das Wort auf beide Gruppen beziehen kann. So bezeichnet es sowohl andere Personen, die sich außerhalb der realen und ideologischen Grenzen des Königreichs aufhalten, als auch jene, die sich zwar innerhalb der Grenzen befinden, die aber nicht genau spezifiziert werden können, oder vom Rest der „in-group" differenziert werden müssen. Diese Form der Differenzierung wird vor allem dann angewandt, wenn es sich um Andersgläubige handelt. Juden, Mauren und Andersgläubige vom Rest der „in-group" zu unterscheiden, dient allerdings nicht einfach der schriftlichen Niederlegung sondern definiert auch hier die Hierarchie innerhalb des Königreiches. Diese Definition ist in allen sozialen Gruppen notwendig. Die Gruppe, in diesem Fall angeführt durch den König, erstellt die Regeln des Zusammenlebens und will diese durch die Niederschrift in einem allumfassenden Rechtswerk durchsetzen. Die erstellten Regeln definieren Situationen und bieten Verhaltensmuster, die durch die führende Riege des Reiches bestimmt werden, die letztendlich auch definiert, was richtig und falsch ist. Wenn ein bestimmtes Gesetz oder eine Verhaltensregel erstellt wird, die durch die Mehrheit der Gruppe gestützt wird, wird die Person, die derartige Regeln bricht als nicht vertrauenswürdig eingestuft oder als nicht im Stande mit den etablierten Regeln der Gruppe zu leben. Somit werden sie zu Außenseitern innerhalb der Gruppe. Nur ein Beispiel, in der ersten Partida, Titel IV, LXIII finden wir direkte Anweisungen für Mauren und Juden, wie sie sich am Fest des *Corpus Domini* zu verhalten haben. Sie müssen den gleichen Respekt an den Tag legen, wie ihre christlichen Mitbürger, da der christliche Glaube der einzig wahre Glaube ist. Obwohl sie also ein Teil der „in-group" bilden, können wir die Differenzierung der einzelnen Gruppenmitglieder wahrnehmen, vor allem dann, wenn sie einen anderen Glauben als den christlichen haben. Der Text fährt damit fort, dass Regelbrecher bestraft werden müssen, sie aber nicht von den Richtern schlecht behandelt werden dürfen. Das Gesetz kann allerdings nur auf Mauren und Juden angewandt werden, die im Königreich arbeiten. Kommen sie aus einem anderen Königreich und sind also nicht Teil des eigenen Reiches, dürfen sie nicht bestraft werden, da sie diese Gesetze nicht kennen können.

Das „othering"[21] wird in diesem Rechtswerk zur weiteren Differenzierung des sozialen Status innerhalb der „in-group" auch darauf verwendet einen Unterschied zwischen dem König und den anderen Adeligen zu machen. Wenn also über die Pflichten der Herrschenden gesprochen wird, treffen wir immer auf die Kombination „rey y otros senores grandes". Diese Formel bezieht sich eindeutig auf die Hierarchien innerhalb der „in-group" und verdeutlicht, dass die niedergeschriebenen Gesetze für jeden im Königreich gültig sind. Dies gilt ebenfalls für die Adligen und den Herrscher selbst. Der Ausdruck zeigt allerdings noch etwas Anderes. Der König und seine Schreiber sehen den Adel als homogenen Block der hierarchisch nach dem König kommt. Dieser Gedanke passt zu den historischen Ereignissen. Während der Zeit als die Siete Partidas verfasst wurden, strebte Alfons auch nach dem kaiserlichen Thron.[22] 1256 empfing er eine Botschaft aus Pisa an seinem Hof, die ihm ihre Unterstützung bei seiner Kandidatur als Kaiser zusprach, da der Thron seit dem Tod von Friedrich II. nicht besetzt war. Da Alfons der Sohn von Beatrix von Schwaben war, gehörte er zu der Linie der Staufer. Er hätte daher auch Anspruch auf den Thron gehabt. Um seinen Traum zu erfüllen, sandte er Diplomaten aus und unterstützte die Ghibellinischen Städte in Italien mit Truppen und Geld, um mehr Unterstützung für seine Bestrebungen zu bekommen. Die Unzufriedenheit unter den Adligen begann zu wachsen, da diese seine Ideen nicht stützen wollten. Auslöser für ihre Haltung waren vor allem das viele Geld, was für den imperialen Traum in den Sand gesetzt wurde und die Soldaten, die regelrecht weggegeben wurden. Der Zwist zwischen König und Adel könnte sich in diesem Ausdruck durchaus verbergen.

Man darf hierbei nicht vergessen, dass die typischen hierarchischen Strukturen, die wir von anderen mittelalterlichen Königreichen kennen, nicht die korrekte Diskussionsgrundlage für Kastilien und seine Verhältnisse sind. Der Adel wertete den König eher als „primus inter pares"[23], eine Idee, die durch dieses Rechtswerk in keiner Weise reflektiert wird. Dies zeigt, dass der König eher an einer „absolutistischen Rolle" interessiert war

[20] Ergebnisse dieser Analyse wurden beim International Medieval Congress in Leeds (3.-6. Juli 2017) vorgestellt unter dem Titel: „The otherworld in the Siete Partidas of Alfons X". Dabei wurde verdeutlicht, dass es sich hierbei um eine Form des „Othering" handelt. Hierzu auch: GERNIG, K. (Hg.), *Fremde Körper. Zur Konstruktion des Anderen in europäischen Diskursen*. Berlin 2001.

[21] Zur Begrifflichkeit: BRONS, L., Othering, an Analysis. In: *Transcience*. 6, Nr. 1, 2015, S. 69-90.

[22] SOCARRÁS, C.J., *Alfonso X of Castile: A Study on Imperialistic Frustration*. Barcelona, 1976, S. 131-141; ESTEPA DÍEZ, C., El Fecho del Imperio y la política internacional en la época de Alfonso X. In: *Estudios alfonsíes. Lexicografía, lírica, estética y política de Alfonso X el Sabio*. Granada, 1985, S. 189-205.

[23] Vgl. DE LA CRUZ DÍAZ MARTÍNEZ, P., Formas económicas y sociales en el monacato visigodo. Salamanca, 1987, S. 156.

anstatt einer Rolle, die ihn gleichwertig zu anderen Mitgliedern der „in-group" macht. Warum dies sich so verhält, lässt sich nur über die unterschiedliche Herkunft der Konzepte verstehen. Die römische Idee eines Herrschers, vor allem des Kaisers, war die Idee einer Person, die über allen anderen steht und die mit einem gewissen göttlichen Nimbus versehen ist. Die Herrschaftsidee der germanischen Stämme, war die des „primus inter pares". Einer aus ihrer Mitte, der von den anderen auserwählt wurde und dessen Macht auf seinen Fürsprechern basiert. Diese beiden Konzepte prallen im mittelalterlichen Spanien schon in Westgotischer Zeit aufeinander und Ideen und Konzepte aus der westgotischen Zeit haben auch bis ins 13. Jahrhundert überlebt. Trotzdem hält Alfons in den Partidas fest, dass das Recht eine Sache ist, welche die Menschen (*unos con otros* – sowohl die einen als auch die anderen) gemeinsam in Frieden leben lässt. Das „unos con otros" bezieht sich auf alle innerhalb der „in-group" und meiner Meinung nach auch auf den König selbst. Das würde wiederum gegen die Theorie sprechen, dass das Werk „absolutistische Ziele" verfolgt. Schenken wir diesem Ausdruck Glauben und werten ihn unter diesem Aspekt, muss sich auch die höchste Autorität dem Recht unterwerfen.

Die hier kurz angerissenen Funktionen und Konzepte zeigen, dass die Welt des 13. Jahrhundert immer komplexer wird aufgrund realpolitischer und ideologischer Mechanismen, die sich auf verschiedenen Ebenen der Gesellschaft (individuelle, Gruppen und organisatorische/institutionelle Ebene) entfalten.

Da wir den Blick bisher hauptsächlich nach innen gerichtet haben, soll hier ganz kurz auch aufgezeigt werden, dass es auch Beispiele gibt, wo der Fokus durchaus auch auf den Individuen der „out-group" liegt. Auf diese wird sich hauptsächlich mit zwei Intentionen bezogen. Zum einen, um Differenzen zwischen den eigenen Leuten und anderen Völkern außerhalb der eigenen Grenzen zu verdeutlichen. Zum anderen, um eine zeitliche Distanz herzustellen, wenn z.B. über künftige Generationen gesprochen wird. Diese werden hier auch als „out-group" gewertet, da sie noch nicht realer Bestandteil der „in-group" sind. Der Begriff „otras gentes" wird in dem Werk verwendet, um sich auf Individuen außerhalb der „in-group" zu beziehen, ohne diese jedoch genauer zu definieren. In diesem Fall müssen wir eine andere Iberische Quelle zu Rate ziehen, die uns eine nähere Definition zu dem Begriff bietet. Bei Isidor von Sevilla (560-636) finden wir die Aussage, das „gens" eine Gemeinschaft bezeichnet, die sich durch die gleiche Abstammung auszeichnet: *Gens est multitudo ab uno principio orta, sive ab alia natione secundum propriam collectionem distincta* (Etymologiae, 9,2,1).[24] Da dies eine Quelle ist, die am Hofe Alfons X. bekannt war, kann man davon ausgehen, dass er sich mit dem Begriff „otras gentes" eindeutig auf Menschen außerhalb der „in-group" bezieht, die andere genealogische Wurzeln als die eigenen Untertanen haben.

Eine andere Gruppe, die noch nicht Teil des Königreichs ist, es irgendwann aber einmal sein wird, sind „los otros que despues de nos viniessen (die Anderen die nach uns kommen)". Hiermit bezieht er sich auf seine Nachfolger. Sie werden bereits im Prolog der ersten Partida genannt und der Weise König unterstreicht hiermit, dass dieses Werk nicht nur Gültigkeit für seine eigene zeitlich begrenzte Herrschaft hat, sondern auch Gültigkeit für die Herrscher, die nach ihm auf den Thron folgen.

3.2 Die Erschaffung einer „anderen Welt"

Im zwölften Titel der zweiten Partida wird die andere Welt (*otro mundo*) häufiger genannt als in anderen Passagen des Rechtswerkes. Das zentrale Thema dieses Titels ist, die Liebe und der Respekt, welchen die Leute gegenüber Gott und dem König haben sollen. Der Text beginnt mit einer Einleitung über die Seele und macht dann eine Unterscheidung zwischen zwei Welten (dieser Welt – „este mundo" und der anderen Welt „el otro"). Mit der „anderen Welt" nimmt er Bezug auf das himmlische Königreich und schlägt eine Brücke zwischen der eigenen Herrschaft und dem Königreich Christi. So werden Christus und Gott in den ersten beiden Partidas mehr genannt als alle vorher genannten Elemente. Dies ist für die erste Partida, in der es um die Kirche geht nicht überraschend. Für die zweite Partida aber umso mehr, da es sich hier um die königliche Herrschaft handelt. Obwohl, wie vorher bereits erwähnt, das Königtum also durch vorhergenannte Elemente säkularisiert wurde, findet man hier die Verbindung zwischen religiösem Bereich und Königsherrschaft.

Seine eigene enge Verbindung mit Gott, bei der er keine Vermittlerrolle der Kirche wünscht, zeigt sich bereits bei Ritterschlag und Machtübernahme. Nach dem Tod seines Vaters wurde er in einer Zeremonie zum König deklariert, die weit entfernt von der komplizierten Liturgie anderer europäischer Königreiche war. Es war eine desakralisierte Zeremonie in welcher die kirchliche Sphäre keine wichtige Rolle spielte. Alfons X. war ein Anhänger der Theorie der Autonomie der weltlichen Macht. Er teilte nicht die Ideen des päpstlich theokratischen Universalismus. Für ihn basierte die kastilische Monarchie auf Rechtmäßigkeit und war eine säkulare Macht zumindest, wenn es darum ging sich nach außen zu repräsentieren und sich von anderen Reichen und Würdenträgern abzugrenzen.

Um diese Rechtmäßigkeit zu zeigen, wird gesagt, dass er über den toten Körper seines Vaters gehoben wurde, als Symbol des Übergangs der Macht vom Vater zum Sohn.[25] Er wurde zum Ritter geschlagen, wenn wir der Tradition glauben, von einer sitzenden Statue des Apostels Jakobus in der Krönungszeremonie, um zu zeigen, dass seine Macht direkt vom Apostel kam, ohne die Vermittlung der katholischen Kirche.[26] Auch die Partidas zeigen mit aller Deutlichkeit die enge Verbindung zwischen

[24] Isidorus Hispalensis. *Libros I-X continens*. Oxford 1957; Zur Einführung: WOOD, J.P., *The politics of identity in Visigothic Spain: religion and power in the histories of Isidore of Seville.* Leiden 2012; HENDERSON, J., *The medieval world of Isidore of Seville*. Cambridge, 2007.

[25] Der genaue Ablauf ist nicht ganz gesichert. Es kann sich durchaus um eine Schilderhebung handeln, wie es von germanischen Fürsten bekannt ist.

[26] Der Ritterschlag durch die Statue des Apostels Jakobus d. Älteren kann für Alfons XI. zumindest nachgewiesen werden und es wird davon ausgegangen, dass auch Alfons X. durch eine ähnliche Statue, wie sie in der Literatur beschrieben wird zum Ritter geschlagen wurde. PORRO GIRARDI, N.R., *La investidura de armas en Castilla. Del Rey Sabio a los Reyes Católicos*. Valladolid 1998, S. 113-121 und 271-282; PÉREZ MONZÓN, O., Ceremonias Regias en la Castilla medieval. Apropósito del llamado Libro de la Coronación de lor reyes de Castilla y Aragón. In: *Archivo Español del Arte*, LXXXIII, Nr. 332, Universidad Complutense de Madrid, 2010, S. 317-334.

dem irdischen und dem himmlischen Königreich. Die Bindung zwischen Gott und Monarch ist mindestens genauso stark, wie die Verbindung zwischen Gott und Kirche.

Wie bereits zu Beginn thematisiert, konzentriert sich die erste Partida auf kirchliche Belange und hat Rom zum Mittelpunkt. Der Rückgriff auf Heilige, Kirchenväter und biblische Namen in diesem Teil des Rechtswerkes ist somit nicht verwunderlich. Der Heilige Augustin, die Jungfrau Maria, die Apostel Petrus und Paulus werden dabei am Meisten namentlich nach Christus genannt. Zu diesen gesellt sich eine nicht näher definierte Gruppe an Kirchenvätern, deren Namen nicht genannt wird (*Santos Padres*). Andere Religionen werden genannt, um Differenzen zu verdeutlichen, da sie Teil der biblischen Geschichte sind oder um ihren sozialen Status innerhalb des Reiches festzuhalten. Mauren und Juden werden als Diener der Christen bezeichnet. Die zweite Partida, in der es um die politischen Führer geht, verändert dieses theologisch aufgeladene Ambiente. Weise Männer, ohne genauere Definition nehmen die Hauptrolle in diesem Teil an, gefolgt von Aristoteles, König Salomon und König David. Heilige und Kirchenväter werden zwar auch genannt, aber nur sehr sporadisch im Vergleich zur ersten Partida.

Die weisen Männer sind sehr speziell, denn ihr Ruhm geht weit über ihren Tod hinaus. Diese Idee finden wir bereits in Schriften, die sicherlich am Hofe von Alfons X. bekannt waren. Zu diesen Schriften gehören die *Bocados de oro*, ein didaktisches Traktat von Ibn Fatik (11. Jahrhundert), welches im 13. Jahrhundert übersetzt wurde oder das *Libro de los buenos proverbios* von Ibn Ishaq (9. Jahrhundert).[27] In diesen Texten wird die Bewunderung gegenüber den Weisen Männern ausgedrückt, in dem die Autoren ihnen Respekt zollen und Weisheit generell loben: „Weisheit ist Licht und Klarheit, was von den Herzen wahrgenommen und ein Garten für die Gedanken. Es führt die Menschen zur Wahrheit und der Name der Weisen Männer stirbt nie.“[28] Die Tugenden, die den Weisen Männern zugeschrieben werden liegen verborgen in ihren Worten und diese Worte bilden die Verhaltensregeln für die mittelalterlichen Menschen. Es wurde oft diskutiert, dass die zweite Partida Ähnlichkeiten mit einem Fürstenspiegel aufweist. Fürstenspiegel wurden geschrieben um Prinzen zu erziehen, so dass sie basierend auf Recht und Gerechtigkeit herrschen mögen.[29] Weisheit und Wissen können zu dieser Zeit nicht strikt vom religiösen Glauben getrennt werden, wie es schon durch christliche Theologen, wie Clemens von Alexandria (150-215) konstatiert wurde. In seinem Werk *Stromata* sagte er, dass die Ehrfurcht vor Gott wichtig ist, weil man durch den Glauben göttliche Weisheit erhält.[30] Der Respekt gegenüber Gott wird auch von Alfons gefordert und dies wird durch einen weiteren Aspekt deutlich. Im zweiten Teil meiner Analyse habe ich die Konzepte und Dinge untersucht, die mit dem Pronomen *nuestro* (unser) in Verbindung stehen. Das Ergebnis dieser Analyse hat ergeben, dass in beiden Teilen des Rechtswerkes dieses Pronomen mit religiösen Elementen kombiniert wird. Am Häufigsten findet sich die Kombination „unser Herr Christus“. Wie die Gesamtanalyse gezeigt hat, gibt es trotz dieser religiösen Aufladung in beiden Partidas qualitative Unterschiede. Der religiöse Bereich wird mit unterschiedlichem Inhalt gefüllt und ist in der einen Partida mehr mit religiösen Bildern aufgeladen, während es in der anderen eine Aufladung durch „Weisheit“ erfährt.

4. Schlussbetrachtung

Ein Grund für die Entstehung der Siete Partidas war zweifelslos die Rechtszersplitterung im Regierungsgebiet von Alfons X. entgegenzuwirken. Es sollte ein einheitliches Gesetz für alle Untertanen und alle Gebiete geben.

Es gilt festzuhalten, dass das Gesetz nicht nur die Funktion hatte Normen zu etablieren und Gesetze zu erlassen. Es zeigt sich, dass der Monarch sein Werk auch dazu nutzte, seine Ideen zu verbreiten, sich zu rechtfertigen und seine Position im politischen Gefüge genau zu definieren. Dabei ging es ihm nicht nur um die aktuelle Situation. Vor allem die zweite Partida zielte darauf ab, künftigen Herrschern als Richtlinie zu gelten. Wie wir gesehen haben wird das „othering“ im Rechtswerk in verschiedenen Dimensionen angewandt und unterstützt die verschiedenen Funktionen, welche die Siete Partidas aufweisen, wie die Legitimation der Macht und Differenzierung anderer innerhalb der „in-group“ nach Status und Religion. Die Unterscheidung des religiös „Anderen“ wird aus verschiedenen Gründen ins Spiel gebracht: um den Unterschied zwischen Christen und Andersgläubigen aufzuzeigen, um Regeln zu erstellen die für alle innerhalb der „in-group“ gültig sind und auch, um die Andersgläubigen, wie das Beispiel des „Corpus“ zeigte, vor einer unfairen Behandlung der christlichen Mehrheit zu schützen. Somit haben auch die Beispiele, die als subtile Wendungen im Text erscheinen einen gesetzlichen Charakter, der nicht von der Hand zu weisen ist.

Das Konzept des Anderen, um den sozialen Status in der „in-group“ zu differenzieren zeigt sich vor allem bei den Adligen. Diese Form des „otherings“ soll dazu dienen, den Adel vom König zu unterscheiden und unterstreicht somit einen konstitutiven Faktor des Selbstbildnisses Alfons X. Sie gehören zwar nah zum König und erscheinen im Text auch sehr oft in der

[27] Neuere Studien zu diesen Werken sind thematisch nur auf bestimmte Aspekte beschränkt, hier helfen meist die älteren Studien weiter: METTMANN, W., Neues zur Überlieferungsgeschichte der sogenannten Bocados de oro. In: MEIER, H. und SCKOMMODAU, H. (Hg.), *Wort und Text. Festschrift für Fritz Schalk*. Frankfurt am Main 1963, S. 115-132; WRISELY, D.J., Modeling the transmission of al-Mubashshir Ibn Fatik's Mukhtar al-Hikam in medieval Europe: some initial data driven explorations. In: *Journal of Religion, Media and Digital Culture*, 5,1, 2016, S. 228-257; LACARRA, M. J., *Cuento y novela corta en España, Bd. 1 Edad Media*. Barcelona 1999 (hier speziell S. 49-53).

[28] Übersetzt aus den *Buenos Proverbios*.

[29] Zur Einführung in die Thematik: ANTON, H.H., *Fürstenspiegel des frühen und hohen Mittelalters, Ausgewählte Quellen zur deutschen Geschichte des Mittelalter*s. Freiherr-vom-Stein Gedächtnisausgabe 45, Darmstadt 2016; BERGES, W., *Die Fürstenspiegel des hohen und späten Mittelalters*. MGH Schriften 2, Leipzig 1938; SCHULTE, J.M., *Speculum Regis. Studien zur Fürstenspiegel-Literatur in der griechisch-römischen Antike, Antike Kultur und Geschichte 3*. Münster/Hamburg/London 2001.

[30] FERGUSON, J. (trans.), Clement of Alexandria, Stromateis, Books 1-3. Fathers of the Church 85, Washington D.C., 1991.

Verbindung mit dem König, aber sie bilden auch einen Block der dem König untersteht und politisch ausgegrenzt ist von der höchsten Form der Macht und der legislativen Macht des Monarchen. Sie unterstehen zwar den gleichen Normen und Gesetzen, wie der König, aber in unterschiedlichem Ausmaß. Diese beiden Theorien können in der Quelle als Reflektion der politischen Situation des Königreiches gewertet werden, wo die Diversität und der Kampf um die Macht manchmal zu Konflikten führte.

Interessant ist die Tatsache, dass Alfons X. viele verschiedene Namen anführt, um seine Macht und sein Rechtswerk zu legitimieren. Verglichen mit den Konstitutionen von Melfi von Friedrich II., der nur seine direkten Vorfahren anführt und dies auch nur sehr spärlich, rüstet sich Alfons mit einer Armee an Philosophen, biblischen Königen, Propheten und „anderen Weisen Männern". Der Unterschied zwischen diesen beiden Rechtswerken im Hinblick auf den Gebrauch von Namen, um Macht und den niedergeschriebenen königlichen Willen zu legitimieren, liegt in den historischen Rahmenbedingungen mit denen die einzelnen Herrscher umzugehen hatten. Friedrich sah keine Notwendigkeit sich selbst legitimieren zu müssen, da er nicht nur König, sondern auch Kaiser und direkter Nachfahre der normannischen Könige war. Er hatte schon alle Macht und sein Werk diente dazu die politischen und administrativen Belange seines Königreichs Sizilien zu ordnen. Anders verhielt es sich, wie wir gesehen haben, bei dem kastilischen König Alfons X. und seinem Rechtswerk. Wir haben nur einen kleinen Teil der Probleme gesehen, mit denen sich Alfons auseinandersetzen musste und es würden noch mehr Probleme nach der Fertigstellung der Siete Partidas auf ihn zukommen.

Literatur

ALFONSO X, *Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alfonso el nono*. Nuevamente glosadas por el licenciado Gregorio LÓPEZ del Consejo Real de Indias de su Magesta, 1555.

AMMANN, S., *Götter für die Toren. Die Verbindung von Götterpolemik und Weisheit im Alten Testament.* Berlin/Boston 2015.

ANTON, H.H., *Fürstenspiegel des frühen und hohen Mittelalters, Ausgewählte Quellen zur deutschen Geschichte des Mittelalter*s. Freiherr-vom-Stein Gedächtnisausgabe 45, Darmstadt 2016.

ARIAS BONET, J.A., Sobre presuntas fuentes de las Partidas. In: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. Juli 1985, S. 11-23.

BALLESTEROS BERETTA, A., *Alfonso X el Sabio*. Barcelona 1984.

BARRERO GARCÍA, A.M u. ALONSO MARTÍN, M.L., *Textos de Derecho local español en la Edad Media. Catálogo de Fueros y Costums municipales*. Madrid 1989.

BERGER, P. L. und LUCKMANN, T., *Die gesellschaftliche Konstruktion der Wirklichkeit*. Frankfurt am Main 1980.

BERGES, W., *Die Fürstenspiegel des hohen und späten Mittelalters*. MGH Schriften 2, Leipzig 1938.

BRONS, L., Othering, an Analysis. In: *Transcience*. 6, Nr. 1, 2015, S. 69-90.

BURNS, R. I., *Emperor of culture. Alfonso X the Learned of Castile and his thirteenth-century Renaissance.* Philadelphia 1990.

BURNS, R. I., The Partidas: Introduction. In: BURNS, R. I. (ed.) und PARSONS SCOTT, S. (trans.), *Las Siete Partidas, Vol. 1: The Medieval Church, The World of Clerics and Laymen*. Philadelphia 2001, S. 9-19.

CONTE, E., *La fuerza del texto. Casuística y categorías del derecho medieval.* Madrid 2016.

DE LA CRUZ DÍAZ MARTÍNEZ, P., Formas económicas y sociales en el monacato visigodo. Salamanca, 1987.

DILCHER, H., *Die sizilische Gesetzgebung Kaiser Friedrichs II. Quellen der Constitutionen von Melfi und ihrer Novellen Studien und Quellen zur Welt Kaiser Friedrichs II*. Bd. 3, Köln/Wien 1975.

ESTEPA DÍEZ, C., El Fecho del Imperio y la política internacional en la época de Alfonso X. In: *Estudios alfonsíes. Lexicografía, lírica, estética y política de Alfonso X el Sabio*. Granada, 1985, S 189-205.

FERGUSON, J. (trans.), *Clement of Alexandria, Stromateis, Books 1-3*. Fathers of the Church 85, Washington D.C., 1991.

GADAMER, H.-G., *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*. Tübingen 1960.

GERNIG, K. (Hg.), *Fremde Körper. Zur Konstruktion des Anderen in europäischen Diskursen*. Berlin 2001.

GONZÁLEZ JIMÉNEZ, M., *Alfonso X el Sabio*. Barcelona 2004.

HENDERSON, J., *The medieval world of Isidore of Seville*. Cambridge, 2007.

IGLESIAS, Y. und NAVARRO, D., Estrategias legislativas de Alfonso X en las Siete Partidas y la revuelta nobiliaria (1272-1273). In: *Studia Iberica et Americana* (SIBA) 3, 2016, S. 427-448.

Isidorus Hispalensis, *Libros I-X continens*. Oxford 1957.

LACARRA, M. J., *Cuento y novela corta en Espańa, Bd. 1 Edad Media*. Barcelona 1999.

LIVACIC GAZZANO, E., *Las Siete Partidas*. Santiago de Chile 1982.

MAREY, A., El rey, el emperador, el tirano: el concepto del poder e ideal político en la cultura intelectual alfonsina. In: *Cuadernos de Historia del Derecho*. 21, 2014, S. 229-242.

MARTÍNEZ, S. H., *Alfonso X, the Learned: A Biography*. Leiden 2010.

METTMANN, W., Neues zur Überlieferungsgeschichte der sogenannten Bocados de oro. In: MEIER, H. und SCKOMMODAU, H. (Hg.), *Wort und Text. Festschrift für Fritz Schalk*. Frankfurt am Main 1963, S. 115-132.

O'CALLAGHAN, J. F., *The Learned King. The Reign of Alfonso of Castile*. Philadelphia 1993.

PÉREZ-MARTÍN, A., La obra legislativa alfonsina y su puesto que en ella ocupan las Siete Partidas. In: *Glossae. Revista de historia del derecho europeo 3*. 1992, S. 9-63.
PÉREZ MONZÓN, O., Ceremonias Regias en la Castilla medieval. Apropósito del llamado Libro de la Coronación de lor reyes de Castilla y Aragón. In: *Archivo Español del Arte*, LXXXIII, Nr. 332, Universidad Complutense de Madrid, 2010, S. 317-334.
PORRO GIRARDI, N.R., *La investidura de armas en Castilla. Del Rey Sabio a los Reyes Católicos*. Valladolid 1998.
SANTOYO, J.C., *La traducción medieval en la Península Ibérica, Siglos III-XV*. León 2009.
SCHULTE, J.M., *Speculum Regis. Studien zur Fürstenspiegel-Literatur in der griechisch-römischen Antike, Antike Kultur und Geschichte 3*. Münster/Hamburg/London 2001.
SOCARRÁS, C.J., *Alfonso X of Castile: A Study on Imperialistic Frustration*. Barcelona, 1976, S. 131-141.
STÜRNER, W., *Die Konstitutionen Friedrichs II. für das Königreich Sizilien*. Hannover 1996.
VALDEÓN BARUQUE, J., *Alfonso X: La forja de la España moderna*. Madrid 2003.
WOOD, J.P., *The politics of identity in Visigothic Spain: religion and power in the histories of Isidore of Seville*. Leiden 2012.
WRISELY, D.J., Modeling the transmission of al-Mubashshir Ibn Fatik's Mukhtar al-Hikam in medieval Europe: some initial data driven explorations. In: *Journal of Religion, Media and Digital Culture*, 5,1, 2016, S. 228-257.

Leviathan's Heir. Enlightenment Philosophy and Hereditary Monarchy*

*Christoph Bezemek***

Abstract

Hereditary monarchy and enlightenment political theory hardly seem to be reconciled at first glance. And yet, the advantages and disadvantages of monarchical succession according to lineage were a continuous subject of debate between some of the most prominent enlightenment thinkers. Outlining this debate, the paper at hand gives an – even if eclectic – account of a controversy that spans over more than two and a half centuries.

Keywords: *Monarchy; Succession; Lineage; Enlightenment.*

I. The Divine Right of Kings

A. Gods and Kings

"Monarchy", Vernon Bogdanor, writes in his comprehensive account of the topic, "is, of its essence a hereditary institution".[1] Taken as a statement of fact, this may be regarded to be a truism. As a normative statement, however, it has a more interesting ring to it: adhering to lineage in hereditary monarchies, is enclosed by an air of what the German sociologist Max Weber described as "charisma of the blood";[2] by an "ideal to govern by divine authority, [as] master by one's own right, not depending on the consent of the governed."[3]

Surveying the history of political thought, this idea is tied most prominently to the claims underlying the reign of James I, as laid out by the monarch himself in the "Basilikon Doron",[4] his essay on "The True Lawe of free Monarchies"[5] and his "Speech to Parliament" of 1609;[6] works which contain emphatic arguments in favor of "Monarchie [a]s the trew paterne of Divinitie"[7] and give advice to the monarch's "naturall and lawfull successor […] for the dutifull administration of that great office, that God hath laid upon [his] shoulders".[8] James emphasizes that

> "Kings are justly called Gods, for that they exercise a manner or resemblance of Divine power upon earth: […] they make and unmake their subjects: they have power of raising, and casting downe: of life, and of death: Iudges over all their subjects and in all causes, and yet accomptable to none but God onely."[9]

And yet: While particularly illustrative, based on historical analysis, James' reign and the theories he based it on, represent, of course, just one – if exceptionally important – milestone of a development towards hereditary legitimacy as the decisive criterion of authority;[10] of a perception of royal blood as the "somewhat mysterious fluid"[11] running through the veins of those chosen to govern by God's will; of divine right of birth affirming the ruler's specific ideoneity and the consistency of his descendants in succeeding him.[12]

* The following essay was drafted as a contribution to a conference on 'Genealogy and Social Status in the Enlightenment' held at Oxford (Maison Française d'Oxford), on Jan 12 and 13 2017. I would like to thank Stéphane Jettot and Jean-Paul Zuniga for their kind invitation to participate and for their hospitality, Jürgen Pirker for his research assistance and Myriam Becker for her help in finishing the manuscript.

** Christoph Bezemek, Mag. iur, Dr. iur., BA (University of Vienna), LL.M. (Yale Law School), PD (WU), Professor of Public Law, Institute of Public Law and Political Science, University of Graz, Austria.

1 Vernon Bogdanor, *The Monarchy and the Constitution* (Oxford University Press 1997) 42.

2 Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft* (5th edn, Mohr Siebeck 1976) 144.

3 ibid.

4 *Basilikon Doron – Divided in Three Books* (Waldegrave 1599).

5 *The True Law of Free Monarchies: The Reciprocal and Mutual Duty Betwixt a Free King and His Natural Subjects* (Waldegrave 1598).

6 'The King Majesty's Speech to the Lords and Commons on Wednesday the 21st of March Anno. Dom. 1609'.

7 Charles Howard McIlwain (ed), *The Political Works of James I* (Harvard University Press 1918) 54.

8 ibid 3.

9 ibid 307-308.

10 For a detailed analysis *see* Stephan Skalweit, 'Das Herrscherbild des 17. Jahrhunderts' (1957) 184 Historische Zeitschrift 65-80, 78.

11 Ernst Kantorowicz, *The King's Two Bodies: A Study in Medieval Political Theology* (first published 1957, Princeton University Press 2016) 332.

12 See i.a. Gert Melville, 'Zur Technik genealogischer Konstruktionen', in Cristina Andenna and Gert Melville (eds), *Idoneität – Genealogie – Legitimation* (Böhlau 2015) 293, 301-304.

Bracton's dictum that "only God can make an heir",[13] while originally to be applied to private inheritance, thus became a most fitting allegorical depiction of legitimate succession to the throne.[14] According to John Neville Figgis, the great English historian of the divine right of kings

> "[i]t led men to regard this mode of the devolution of the Crown, as in some mysterious way superior to the merely human method of election. The birth of an heir is the judgment of God, and has the same sanctity attached, as the ordeal or the law. Men, if they elect, may well take a bad choice; God, though we may not fathom His reasons, will not make an heir without good grounds."[15]

B. Adam and the State of Nature

On a theoretical level, apart from James' writings referred to before, this, in a Weberian sense "enchanted",[16] view of monarchical government, arguably found its most prominent proclamation in Robert Filmer's Patriarcha. The tract, subtitled "the natural power of kings defended against the unnatural liberty of the people" was published in 1680,[17] nearly 30 years after the death of the author – himself an ardent supporter of James I – to lend ideological support to the royalist cause in the period preceding the Glorious Revolution.

Today his work is best remembered because of the forceful rebuttals it provoked, such as James Tyrell's Patriarcha non monarcha,[18] and, in particular, John Locke's Two Treatises of Government, published in 1690;[19] the first "Treatise" being dedicated to refute Filmer's arguments, such as that the father's authority over his family and the authority of the King over his people are both ordained by divine will, and that all legitimate Kings owe their status to their alleged descent from Adam who's absolute power as the first king appointed by God himself, was passed on from one eldest son to the next.

Far from being subjected to a monarch instated by divine will, Locke argued in the second treatise,

> "[m]en being […] by nature, all free, equal and independent, no one […] can be subjected to the political power of another, without his own consent […] to make one community or government."[20]

The core idea of such an "original compact" concluded in a presupposed state of nature by those eventually subjected to government underlying Locke's approach had, of course, been introduced to English political thought much earlier. Most prominently by Thomas Hobbes' Leviathan published in 1651.[21] Still: Hobbes' premise as well as his conclusions differed vastly from those Locke should draw nearly 40 years later.

Written in the dawn of the English Civil War, Hobbes' depiction of the state of nature preceding organized government was famously pessimist; "a warre […] of every man against every man"; "the life of man solitary, poore, nasty, brutish, and short" and consistently the need for a "common Power to keep them all in awe",[22] the state: a "mortal god", commonly erected, the "Leviathan", in favor of which man's natural right to self-government is to be mutually relinquished to ensure peace and security of the members of a common-wealth thus established.[23]

Not based on divine providence that "form of common-wealth" was up for determination: and while presupposing popular consent – it would not necessarily have to be a democratic one. Quite on the contrary, Hobbes, when assessing the various alternatives, rooted for a form of government that today is commonly referred to as "absolute monarchy". He did so, not because he believed in inherent privileges of a certain class or select members of the community; Hobbes was, a fact somewhat lamented by his aristocratic benefactors,[24] rather an egalitarian: Chapter 13 of the Leviathan famously bases Hobbes' political conclusions on the assumption that "[n]ature hath made men […] equall, in the faculties of body, and mind."[25] In De Cive, an earlier work published prior to the English Civil War, he explicitly deplored the thought of "one man's blood [being] better than another's by nature" rebuking Aristotle for

> "set[ting] down, as the ground of all his politics, that some men are by nature worthy to govern, and others by nature ought to serve."[26]

Hobbes opted for monarchy as a form of government, because he was convinced that it would most effectively ensure that the goals of the common-wealth – peace and security – would be achieved. However, when compared to democracy and aristocracy, he had to admit that

---

[13] Bracton, *De Legibus et Consuetudinibus Angliae II* (George E. Woodbine ed, Yale University Press 1922) f. 62 b, 184: *Solus deus heredem facit*.
[14] Fritz Kern, *Gottesgnadentum und Widerstandsrecht im frühen Mittelalter, Zur Entwicklungsgeschichte der Monarchie* (Koehler 1914) 47-48.
[15] John Neville Figgis, *The Divine Right of Kings*, (2nd edn, CUP 1914) 36 (my emphasis).
[16] Max Weber, 'Wissenschaft als Beruf (1919)', in Dirk Kaesler (ed), *Max Weber Schriften 1894 – 1922* (Kröner 2002) 474, 488. For a thorough analysis of Weber's concept of intellectual dis-enchantment *see* Richard Jenkins, 'Disenchantment, Enchantment and Re-Enchantment: Max Weber at the Millennium' (2000) 1 Max Weber Studies, 11-32.
[17] Robert Filmer, *Patriarcha: Or the Natural Power of Kings* (Chiswell 1680).
[18] James Tyrell, *Patriarcha non Monarcha: The Patriarch Unmonarch'd* (Richard Jetteway 1681).
[19] John Locke, *Two Treatises of Government* (Churchill 1690).
[20] ibid II § 96.
[21] Thomas Hobbes, *Leviathan or The Matter, Forme and Power of a Common Wealth Ecclesiasticall and Civi* (Crooke 1651).
[22] ibid XIII.
[23] ibid XVII.
[24] Just see Anthony Gottlieb, *The Dream of Enlightenment* (Liveright 2016) 45.
[25] Hobbes, *Leviathan* (n 21) 76.
[26] Thomas Hobbes, *Elementorum Philosophiae Sectio Tertia: De Cive* (1642), published in English under the title *Philosophicall Rudiments concerning government and society* (1651) III,13.

> "[t]he greatest difficulty about the right of succession is in monarchy: and the difficulty ariseth from this, that at first sight, it is not manifest who is to appoint the successor; nor many times who it is whom he hath appointed."[27]

II. The Question of Succession

A. The Disenchantment of Monarchy

Hobbes' view may at first take us by surprise because intuitively – following Bogdanor's impression – we may perceive monarchical succession as automatism favoring the monarch's lineage. But, of course: Take away the idea of government by divine right, royal blood, this "somewhat mysterious fluid",[28] quickly becomes demystified.

The disenchantment of monarchical government brought about by resting the legitimacy of government on the initial – even if abstract – consent of the governed, or rather overall: by not resting it on metaphysical considerations, may perhaps never appear more clearly as when it comes to the question of succession: Just as James' King, and perhaps, as we shall see, even more so, Leviathan has godlike features: Both

> "make and unmake their subjects: they have power of raising, and casting downe: of life, and of death: [they are] judges over all their subjects and and all causes, and yet accomptable to none but God onely."[29]

And as they are both "mortal gods",[30] both are in need of an heir to succeed them. However, in Leviathan's case, differing from James' conception, there is no heir apparent. "For the word heir", as Hobbes bluntly put it, "does not of itself imply the children or nearest kindred of a man".[31] Thus, the only thing apparent is the need for a satisfying rationale who is to be the heir.

The Enlightenment period (generously understood), notwithstanding, or maybe even: because of the broad spectrum of political ideas brought forward between what Jonathan Israel calls its moderate intellectual representatives who favored systems of monarchical government and radical thinkers[32] who „denounced glory-seeking hereditary rulers as the chief menace to their own subjects as well as their neighbors",[33] seems to be a most suitable laboratory to discuss this rationale. Not the least, as we will see, because the answer to the question of succession itself decisively influences the answer to the question of the suitability of monarchy as a form of government.

B. Leviathan's Heir

Surveying the writings of the most significant contributors to this debate, we quickly find it to be Hobbes himself who provides us with the lengthiest discussion of the question. Based on his concept of undivided sovereignty to be exercised by the monarch, in chapter 19 of the Leviathan Hobbes sees it as "manifest that by the institution of monarchy, the disposing of the successor is always left to the judgement and will of the present possessor."[34]

"And for the question which may arise sometimes," he continues,

> "who it is that the monarch in possession hath designed to the succession and inheritance of his power, it is determined by his express words and testament; or by other tacit signs sufficient."[35]

Only "where testament and express words are wanting, other natural signs of the will are to be followed: whereof", as Hobbes states,

> "the one is custom. And therefore where the custom is that the next of kindred absolutely succeedeth, there also the next of kindred hath right to the succession; for that, if the will of him that was in possession had been otherwise, he might easily have declared the same in his lifetime. […] For whatsoever custom a man may by a word control, and does not, it is a natural sign he would have that custom stand."[36]

As a custom therefore, and yet only as one among many possible options, lineage would provide the next of kin with a right to succeed to the throne; a right, however, easily discarded by the testator if he or she should be willing to do so.

And then, as a last option, "where neither custom nor testament hath preceded," Hobbes explains,

> "there it is to be understood; first, that a monarch's will is that the government remain monarchical, because he hath approved that government in himself. Secondly, that a child of his own, male or female, be preferred before any other, because men are presumed to be more inclined by nature to advance their own children than the children of other men; and of their own, rather a male than a female, because men are naturally fitter than women for actions of labour and danger. Thirdly, where his own issue faileth, rather a brother than a stranger, and so still the nearer in blood rather than the more remote, because it is always presumed that the nearer of kin is the nearer in affection; and it is evident that a man receives always, by reflection, the most honour from the greatness of his nearest kindred."[37]

---

[27] Hobbes, *Leviathan* (n 21).
[28] *Supra* II.A.
[29] James I 'Speech to Parliament' (1609) (n 6).
[30] *Supra* II.B.
[31] Hobbes, *Leviathan* (n 21) XIX.
[32] For this distinction *see* Jonathan Israel, *Radical Enlightenment: Philosophy and the Making of Modernity 1650-1750* (Oxford University Press 2001) 7-22.
[33] Jonathan Israel, *A Revolution of the Mind* (Princeton University Press 2010) 135.
[34] Hobbes, *Leviathan* (n 21) XIX.
[35] ibid.
[36] ibid.
[37] ibid.

C. Beyond Government by Divine Right

This degradation of arguments in favor of succession based on lineage to the point of a mere presumption of affection is quite intriguing. And yet, it is still more important to see that even this last argument puts the absolute monarch and his (albeit presumptive) will in the center. It is as fascinating (as it is consistent) that Hobbes' longish reflections focus neither on the mode of succession nor on the person of the successor; even if only in what may be called a functional or prudential perspective.

The position Hobbes grants to the monarch – even from beyond the grave – may make an even stronger impression upon us if we consider that it supersedes the position that may be derived from an argument based on divine rights theory:

While the idea of rule by divine right may provide an exceptionally strong foundation for the legitimacy of monarchical rule, conceptually shielding it from outside (clerical) intervention as well as from subversive disintegration.[38] And – while in some countries it helped to pave the way for a monarch's absolutist tendencies; at the same time it decisively restrains the monarch's powers when it comes to choose who was to succeed him: Even Louis XIV met with fierce criticism, trying to position his illegitimate children in the line of succession.[39]

Again based on a Weberian understanding, we may thus say that while governing by divine right necessarily implies the concession of traditionalizing (thus legalizing) the mode of succession,[40] this does not apply to the materialist foundation of absolutism underlying Hobbes' conception. In his view not only God, but also the "mortal god" can make an heir.

D. The Danger of a Relapse into Anarchy

While Hobbes' position may seem far reaching to us, it may hardly be considered widely accepted. Not even Jean Bodin, the intellectual father of the modern concept of sovereignty and one of the most important theorists of what may be called a "robust" conception of monarchy, writing nearly eighty years before Hobbes, had gone so far to grant such broad prerogatives to the monarch to be arbitrarily employed.[41] This reservation hardly comes as a surprise: All too easily Hobbes' model of monarchy – as affirmed by his views on monarchical succession – would unleash the despotism despised alike by moderate enlightenment writers as Montesquieu and Voltaire[42] as well as democratic minded writers as Spinoza:

In the posthumously published tractatus politicus of 1677 Spinoza specifically attacks Hobbes' position, arguing that

> "[t]hose who maintain that the king, being master of the state and holding it by absolute right, can hand it on to whom he pleases […] are quite mistaken. The king's will has the force of law just as long as he holds the sword of the commonwealth, for the right to rule is determined by power alone."[43]

Therefore", he continues, "a king can indeed abdicate, but he cannot hand over his sovereignty to another without the acquiescence of the people or its stronger part."[44]

This, however, as Spinoza admits, at the same time presents the strongest argument in favor of hereditary monarchy: Not as a matter of right enjoyed by the incumbent or his successor but from a specific functional perspective of a state organized as a monarchy: When discussing succession in monarchical government, he emphasizes that

> "[t]he form of the state must be preserved unchanged; and so there must be but one king, a male, and the sovereignty must be indivisible. [Thus] the king's eldest son should succeed his father by right; or else, if the king is without issue, his nearest kinsman."[45]

"This", Spinoza continues,

> "is evident […] also because the election of a king by the people should, if possible, be for all time; otherwise it will necessarily come about that the sovereignty of the state will frequently pass into the hands of the people, a drastic and therefore a very dangerous development."[46]

In this perspective hereditary monarchy becomes instrumental as a remedy for chaos – leading back to the detested state of nature or a similarly unpleasant scenario. Spinoza was, of course, not the only (or even the first one) to see this point. Already Bodin had issued the warning that "all elective monarchies are constantly menaced by the danger of a relapse into anarchy on the death of each king" and he as well had concluded "[t]hat in a Monarchy Succession should not be by Election […] but by Hereditary Succession in the Male Line."[47]

Of Course: republican minded writers like the Dutchman Pieter de la Court were rather unimpressed by that kind of reasoning. In his treatise on political balance, published in the second half of the 17th century,[48] he makes a powerful case why hereditary succession as such hardly provided the stability necessary to be considered a sufficient condition to overall justify

---

[38] *See* Figgis, *The Divine Right of Kings* (n 15) 256-261.
[39] For a deeper analysis *see* Skalweit, 'Das Herrscherbild des 17. Jahrhunderts' (n 10) 78-79.
[40] Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft* (n 2) 142-148.
[41] Jean Bodin, *Les six livres de la République* (Jacques du Puys 1576) VI, 4 and 5.
[42] Just *see* Maurice Cranston, *Philosophers and Pamphleteers: Political Theorists of the Enlightenment* (Oxford University Press 1986) 21-22.
[43] Benedict de Spinoza, *Tractatus Politicus* (1677) VII § 25 (translation according to Samuel Shirley, *Spinoza: Complete Works*, Michael L. Morgan ed, (Hacket Publishing 2002).
[44] ibid.
[45] ibid.
[46] ibid.
[47] Bodin, *Les six livres de la République* (n 41) VI, 5. Translation according to M. J. Tooley (ed) *Jean Bodin, Six Books of the Commonwealth* (Basil Blackwell 1955).
[48] Pieter (Jan?) de la Court, *Consideratien van Staat ofte Polityke Weeg-Schaal* (Jacob Volckerts 1661).

monarchical government.[49] Given the wars of succession that were to follow, his position proved to be far from untenable.

Consistently, in terms of intellectual respectability, these and related objections weakened the argument from political stability by hereditary monarchy; yet they did not render it wholly insignificant. Even if rather unconvincedly produced, we find it in Rousseau's Contrat Social.[50] And combined with some items familiar from Hobbes' approach Hume's Treatise of Human Nature, published about twenty years earlier, makes use of it: "[M]en", Hume writes,

> "are commonly induc'd to place the son of their late monarch on the throne, and suppose him to inherit his father's authority. The presum'd consent of the father, the imitation of the succession to private families, the interest, which the state has in chusing the person, who is most powerful, and has the most numerous followers; all these reasons lead men to prefer the son of their late monarch to any other person."[51]

The pragmatic twist Hume adds to the argument by putting an emphasis on stable government provided by powerful aspirants to the throne endowed with the necessary pedigree is easily perceived. In his analysis of the Glorious Revoultion, the "Essay of the Protestant Succession", he stresses the point more directly,[52] combining the two elements when emphasizing in favor of the Hanoverian Succession that on the one hand

> "by electing [William, a "creature of the public" as opposed to James, the "true heir"] in the royal line, […] all hopes of ambitious subjects, who might, in future emergencies, disturb the government by their cabals and pretensions [were cut off. And b]y rendering the crown hereditary in his family,"

on the other hand "all the inconveniencies of elective monarchy" were avoided.[53]

E. Raised to the Throne

The somewhat contradictory character of Hume's argument casts doubt on it to the same degree as its historical background may emphasize its insufficiency. Like no other perhaps then Hume thwarted the argument from political stability provided by hereditary monarchy.

Still, even with this most substantial argument (somewhat) discarded, yet another case may be made for this mode of monarchical succession. In order to do that, it may be necessary, however, to address the subject from a different angle: Already Bodin reminds us that there is "another factor to be considered",[54] as adhering to lineage may ensure that the successor would meet the challenge of ruling sufficiently prepared, having been, if not necessarily born, in any case raised to be a king: An heir apparent or presumptive would typically enjoy the advantage of a monarchical upbringing; a privileged education to ensure that the successor was up to the task at the moment of accession to the throne.

"A man of mean extraction" on the other hand, Bodin argued,

> "suddenly advanced to the first rank of honour, thinks himself a god on earth[; n]o ruler [being] more unendurable than the slave turned master."[55]

Many aspects of this remark are interesting. In particular – against the backdrop of what has been said about Leviathan as a "mortal god".[56] Still, even more interesting for the topic at hand is the fact to which extent this view is the perfect opposite to the approach to the same question taken by Jean Jacques Rousseau two hundred years later.

"Much trouble, we are told," Rousseau explains,

> "is taken to teach young princes the art of reigning; but their education seems to do them no good. It would be better to begin by teaching them the art of obeying. The greatest kings whose praises history tells were not brought up to reign: reigning is a science we are never so far from possessing as when we have learnt too much of it, and one we acquire better by obeying than by commanding."[57]

Thus, it seems (depending on the author's leanings), the argument is divided on who is to be preferred to succeed: The one who never learned how to rule or the one who never learned who to be ruled?

F. Children, Monstrosities or Imbeciles

Of course, it hardly comes as a surprise that royal upbringing may be subject of debate. And yet, republican minded authors like De la Court would go on to dispute that future monarchs receive any adequate education in either direction.[58] Since the incumbent would always fear that his successor would want to rule as soon as he was fit to do so, De la Court stresses, he would make an effort to keep him ignorant; an endeavor abetted by the courtiers in order to have the advantage of a weak ruler to be dominated at a later stage. Young princes, therefore, were

---

[49] For a more detailed analysis *see* Wyger Velema, '"That a Republic is Better Than a Monarchy": Anti-Monarchism in Early Modern Dutch Political Thought', in Martin van Gelderen and Quentin Skinner (eds), *Republicanism: A Shared European Heritage* (Cambridge University Press 2002) 9, 17-18.

[50] Jean Jacques Rousseau, *Du Contrat Social ou Principes du Droit Politique* (Marc Michel Rey 1762) III, 6.

[51] David Hume, *Treatise of Human Nature* (John Noon 1739) III, 2, X.

[52] Also *see* Sally Jenkinson, 'Bayle and Hume on Monarchy, Scepticism, and Forms of Government', in Hans Blom, John Christian Laursen and Luisa Simonutti (eds), *Monarchisms in the Age of Enlightenment: Liberty, Patriotism and the Common Good* (University of Toronto Press 2007) 60, 71-72.

[53] David Hume, *Of the Protestant Succession* (1752).

[54] Bodin, *Les six livres de la République* (n 41) VI, 5.

[55] ibid.

[56] *Supra* II.B.

[57] Translation according to G. D. H. Cole (ed), *Jean-Jacques Rousseau, The Social Contract and Discourses* (G.M. Dent and Sons 1923) 65.

[58] De la Court, *Consideratien van Staat ofte Polityke Weeg-Schaal* (n 48) I, 1, 8 – I, 1, 10.

rather brought up with useless entertainments, encouraged to follow their basest desires, their reason remaining underdeveloped. Little one has to wonder then – so dD la Court concludes – why they were "more evil than other people" when they ascended to the throne.[59]

Yet, if royal education necessarily corrupts those who receive it, what is to be expected from a series of men brought up to reign in this fashion? In any case, it may seem, as Rousseau would later emphasize, that the "risk [of] having children, monstrosities, or imbeciles as rulers"[60] is a high price to pay for quite dubious stability.

And while writers like Samuel Pufendorf may argue that these are rather human flaws than those of the state,[61] it may well be – and consistently has been – replied that these flaws are licensed by hereditary monarchical government, as the "mortal god" it creates is a mere mortal still: a human being with assets, deficiencies, virtues and vices.[62]

Thus, even if the monarch may, as moderate enlightenment thinkers like Montesquieu recommend, be constitutionally restrained,[63] the question remains as to how this restriction is to be designed in order to counter the problem emphasized by authors with otherwise so divergent leanings as Immanuel Kant and Paul-Henri d'Holbach: that while birth cannot by any means be perceived to be a "deed" that would suffice to qualify for the ruling rank in a society,[64] still it was treated as such, taking the risk of inadvertently entrusting power to those not capable of handling it.[65]

In absence of a foundational claim of the monarch's divine right resting on the charismatic quality of royal blood quality, it seems, a prudential rationale underlying authority traditionalized on this basis, will remain subject of dispute. The Disenchantment of hereditary monarchy thus may take a heavy toll on the endeavor undertaken in this article, leading to a rather dissatisfying argumentative deadlock between opposing positions developed in enlightenment philosophy that may hardly be reconciled.

III. Rational Reenchantment

The most prominent effort to escape this dilemma by, what may be called, rationally re-enchanting hereditary monarchy, was made only after the grand days of what is typically referred to as the "Enlightenment Period", in Georg Wilhelm Friedrich Hegel's "Outlines of the Philosophy of Right" of 1820.[66] Preceding Thiers' famed claim that the monarch has to "reign but no to govern"[67] by ten years, the chapter on the powers of the prince may indeed provide the most sophisticated philosophical foundation for the principle thus summarized.

Hegel's somewhat complex concept of the Monarch as the incarnation of the universal thought of sovereignty is detached from contingent features and independent from the weight attributed to prudential arguments:[68] Hegel's monarch is the individual to embody the state as such, "the decisive moment of the whole", actualized in his person,

> "[t]h[e] last [instance], whose simple self supersedes all particularities, cuts short the weighing of arguments and counter-arguments, resolving them by the 'I will', which initiates all activity and actuality."[69]

"Seen in abstraction", Hegel explains,

> "this ultimate self of the will of the state is simple and therefore an immediate individuality. The monarch, […] determined as this individual, in abstraction from every other content, […] is destined in an immediate and natural way[:] by his natural birth, to hold the dignity of the monarch."[70]

Following this thought,

> "[t]he frequent objection to monarchy that it makes the affairs of the state subject to contingency since the monarch may be ill-educated or unworthy of holding the highest office […] is based on the invalid assumption that the monarch's particular character is of vital importance."[71]

---

[59] See (also for the translation used in this passage) Velema, "That a Republic is Better Than a Monarchy": Anti-Monarchism in Early Modern Dutch Political Thought' (n 49) 16-17.

[60] Cole (ed), *Jean-Jacques Rousseau, The Social Contract* (n 57) 65 continuing: "It has not been taken into account that, in so exposing ourselves to the risks this possibility entails, we are setting almost all the chances against us. There was sound sense in what the younger Dionysius said to his father, who reproached him for doing some shameful deed by asking, 'Did I set you the example?' 'No,' answered his son, "but your father was not king.'"

[61] Samuel von Pufendorf, *Vom Natur und Völcker-Recht* (1711) VII.5.X.

[62] See i.a. Jonathan Scott, 'Classical Republicanism in Seventeenth-century England and the Netherlands', in Martin van Gelderen and Quentin Skinner (eds), Republicanism: A Shared European Heritage (Cambridge University Press 2002) 61, 65-72.

[63] See i.a. Cranston, *Philosophers and Pamphleteers* (n 42) 22-26.

[64] Immanuel Kant, *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis* (1793) II.

[65] Paul-Henri Thiry d'Holbach, *La Politique Naturelle, ou, Discours sur les vrais Principes du Gouvernement, Par un ancien Magistrat* (1773) 94 (I.3.VI).

[66] Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (Nicolai 1820).

[67] Adolphe Thiers, National 20th January 1830. The phrase is, however, attributed at an earlier point in history to Jan Zamoyski summing up the „Golden Freedom" enjoyed by the polish nobility in the 16th century: "Rex regnat, et non gubernat". *See* for a closer analysis of this period Jakub Filonik, 'The Polish Nobility's "Golden Freedom": On the Ancient Roots of a Political Idea' (2015), 20 (7) The European Legacy, 731.

[68] Just *see* Thom Brooks, *Hegel's Political Philosophy: A Systematic Reading of the Philosophy of Right*, (2nd edn, Edinburgh University Press 2013) 97-101.

[69] Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Elements of the Philosophy of Right* (Allen W. Wood (ed), translated by HB Nisbet, Cambridge University Press) § 279, 317. For a closer analysis of Hegel's concept of the monarch as embodiment of the state *see* i.a. Bernard Yack, 'The Rationality of Hegel's Concept of Monarchy' (1980) 74 The American Political Science Review, 709, 711-712.

[70] Hegel, *Elements of the Philosophy of Right* (n 69) § 280, 321.

[71] ibid 322. For an extensive discussion of this argument *see* Mark Tunick, 'Hegel's Justification of Hereditary Monarchy' (1991) XII (3) History of Political Tought, 481, 490-491.

Much rather, the monarch's personality is not to make any difference: "In a fully organized state", Hegel goes on to argue,

> "it is only a question of the highest instance of formal decision, and all that is required in a monarch is someone to say 'yes' and to dot the 'i'; for the supreme office should be such that the particular character of its occupant is of no significance."[72]

Contrary to Kant's objection,[73] therefore, birth *is* to be considered a "deed" by the one who is born that (and that alone) qualifies for the ruling rank in a society. In fact – according to Hegel – it is the only "deed" to be done as far as the Monarch is concerned; as by his birth "[t]he ultimate ungrounded self of the will", and its existence constitute the idea of the majesty of the monarch as something "unmoved by arbitrary will. [And t]he rights of birth and inheritance", far from depending on prudential arguments such as the stability of the commonwealth,[74] "constitute the basis of [its] legitimacy".[75]

A legitimacy based on the quality of blood which depends no longer on the attribution "charismatic"; much less on the charismatic personality of the monarch, which is absorbed by the commonwealth; a bloodless legitimacy of the blood which finally provides a foundation of the normative claim that monarchy indeed is "of its essence a hereditary institution".[76]

[72] ibid 323.
[73] *Supra* II.F.
[74] *See* Tunick, 'Hegel's Justification of Hereditary Monarchy' (n 71) 488-492.
[75] Hegel, *Elements of the Philosophy of Right* (n 69) § 281, 323.
[76] Bogdanor, *The Monarchy and the Constitution* (n 1) 42.

The Functional Method as the Staple of Comparative Studies of European Legal History in the Early 21st Century?*

*Dmitry Poldnikov***

Abstract

Europeanisation of legal scholarship and legal education facilitates the emergence of comparative legal science as a promising fresh tool to discover similarities and differences between two or more jurisdictions and their development in the past through their comparison. Yet, the specific methodology of such studies is still not clear. Some legal historians hold the opinion that comparative legal history does not or should not have its own methodology other than that of comparative law. Others warn against imposing on legal history the contemporary agenda and toolbox. The author of this article aims to clarify this debate by examining the prospect of applying one of the most popular methods of comparative law – the functional one – in the domain of legal history. On the basis of several examples from European legal past he claims that examining the functions (the social purpose) of legal norms can help legal historians in three ways. First, to determine the objects of comparison and the sources of analysis, despite the variety of verbal shortcuts (the initial stage of research). Second, to analyse legal norms from the perspective of solving social problems in the past, to study the 'law in action'. Third, to arrange the results of the research according to meaningful criteria at the final stage.

Keywords: *comparative legal history; methodology; functional method; European legal tradition; tertium comparationis; praesumptio similitudinis.*

Europeanisation of legal scholarship and legal education is on its way for quite some time. At the turn of the 20th century one of its fruits is the trend of *comparative legal history*. It aims at discovering similarities and differences between two or more jurisdictions, as well as identifying various factors of their development more visible through their comparison. A comparative approach distinguishes this new discipline (or methodology?) from the well-established national legal histories. The focus on the legal past helps to differentiate it from comparative law.[1]

A comparative approach in legal history is anything but new. Several prominent legal historians of the 19th century contemplated on its benefits for the subject. In England it was Frederik Maitland who clearly stated that 'history involves comparison'.[2] In Russia Maksim Kovalevsky was the leading protagonist of the 'historical comparative' method in jurisprudence.[3] In the 20th century nationalist sentiments and the Cold War prevented comparative studies covering all legal circles of Europe. Yet, even behind the Iron Curtain some scholars, like Oleg Zhidkov, practiced comparison in the domain of foreign legal history and proposed developing the discipline of a truly universal legal history.[4] Advances of European integration since 1989 had their impact on legal history. Continental scholars, most notably Germans, call upon a comparative approach to reveal the shared legal tradition, provide a blueprint of the common normative and intellectual background across all legal systems (rooted to some degree in the received Roman law, Christianity and ancient Greek philosophy).[5]

Still the potential of a comparative approach is far from being fully exploited even within the large community of European legal historians. On the one hand, the last decade witnessed a massive rise of professional interest in the subject. The number of *fora* for the relevant debates grows (e.g. the biennial

* The article was prepared within the framework of the Academic Fund Program at the National Research University Higher School of Economics (HSE) in 2017- 2018 (grant No.17-01-0051) and by the Russian Academic Excellence Project «5-100».

** Dmitry Poldnikov, doctor juris, associate professor, Chair of theory and history of law, Faculty of Law, Higher School of Economics, Moscow, Russia.

1 For a discussion on the concept of comparative legal history see: Parise A., The Value of Comparative Legal History for American Civil Law Jurisdiction. In: Parise A., *Ownership Paradigms in American Civil Law Jurisdictions: Manifestations of the Shifts in the Legislation of Louisiana, Chile, and Argentina (16th-20th centuries)*. Leiden, Boston: Brill, 2017, p. 29-34.

2 Fisher H. (ed.), *The Collected Papers of F.W. Maitland*. Cambridge: The University Press, 1911, vol. 1, p. 488.

3 Kovalevsky M.M. *Historical-comparative method in jurisprudence and methods of studying legal history*. Moscow, 1880. (in Russian)

4 Zhidkov O.A., On the state and goals of academic research in the area of universal history of state and law (1976). In: Zhidkov, O.A., *The Selected Works*. Moscow: Norma, 2006, p. 33. (in Russian)

5 Coing H., Europäisierung der Rechtswissenschaft. In*: Neue Juristische Wochenschrift*, vol. 43, Nr. 15, 1990, p. 937-941; Zimmermann R., *Roman Law, Contemporary Law, European Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001; Stolleis M., *Rechtsgeschichte schreiben. Rekonstruktion, Erzählung, Fiktion?* Basel: Schwabe, 2008, p. 29; Waelkens L., *Amne Adverso: Roman Legal Heritage in European Culture.* Leuven: University Press, 2015, p. 17 (also referring to Robert Feenstra).

conferences of the European society of comparative legal history). The thematic journals have been established (*inter alia*, 'Comparative Legal History', 'Journal on European History of Law', '*Glossae*. European Journal of Legal History'). A series of secondary literature[6] and some textbooks[7] in comparative legal history have been published.

On the other hand, comparative legal history has not fully overcome the biases and prejudices of national legal historiographies. European legal past is still presented through the prism of the advanced 'core' lands and the underdeveloped 'periphery'. It echoes 'Western Eurocentrism' and means that 'a truly European legal history remains to be written'.[8] Even the very concept of comparative legal history is far from clear. Some call it a genuine new academic discipline,[9] others treat it as an advanced version of conventional legal history[10], yet others define it as 'only *a* methodology' (i.e. one of many).[11]

One of the sources of uncertainty about the new discipline is the lack of an established methodology. What methods a researcher can use to conduct a meaningful comparison of the legal past? Can he rely on the experience of the well-established comparative law? It looks like a possible scenario given the genetic link between the two. If so, we shall consider the relevance of the functional method for legal history, since it is still widely used by comparatists.

1. Toolbox of comparatists for legal historians?

The issue of specific methods of comparative legal history is rarely discussed. One of few examples is a recent publication by David Ibbetson. Yet, despite a promising title, the author ponders over the choice of homogenous objects (legislation, doctrines, court practice) and the goal of comparative legal history (discovery of an external factor providing 'a tipping point' of legal changes).[12] Many seem to share the conviction, voiced by Martin Löhnig, that 'legal history itself has no genuine comparative method' and 'a legal historian… can help himself to the instruments of comparative law'.[13] Yet, there are sceptics who believe that legal history which 'expect almost nothing from comparative law' and beg not to 'torment history with the contemporary agenda'.[14]

The choice of the comparative law toolbox looks intuitive. Since the late 19th century both legal historians (first, Frederik Maitland, Maksim Kovalevski, then Reinhard Zimmermann) and comparatists (Eduard Lambert, Ernst Rabel, Gino Gorla) acknowledge the link between the two disciplines. Towards the end of the 20th century Rodolfo Sacco repeated the thesis of Gino Gorla that 'the comparative perspective is historical *par excellence*'.[15]

Comparative law today is much more than a dogmatic study of black letter law and can be defined as 'a collection of methods that may be helpful in seeking answers to an almost endless variety of questions about law'.[16] Its toolbox comprises the functional, the hermeneutical, the structural, the sociological, the dialectical methods often applied in various combinations to reach specific research goals.[17]

The functional method enjoyed the leading role in comparative law throughout much of the 20th century. As conceived and applied by Ernst Rabel, Rudolph Schlesinger, Konrad Zweigert, Hein Kötz, it rests upon the ideas that 1) law is primarily aimed at solving societal problems, 2) these problems are roughly the same in every society on the similar level of development, 3) similarity of problems leads to similarity of their legal solutions (*praesumptio similitudinis*). Thus, social problems should be taken as a suitable criterion of comparison (*tertium comparationis*) that cuts across the multitude of statutory and doctrinal 'verbal tags' wrapping up actual legal solutions.[18]

A more complex vision of law and methodology of its studies in the recent decades exposed the functional method to serious critique and prompted many adherents of the functional method to acknowledge some simplifications of the 'classical' functionalism.[19] Yet, they continue insisting on a 'thin(ner) means – end connection between law and social problems' which allows 'to use functionality for the preliminary purpose

---

[6] Most notable are ‚Comparative studies in continental and Anglo-American legal history' (originally edited by Helmut Coing and Knut Wolfgang Nörr) published by Duncker & Humblot, and Brill's ‚Legal History Library' and ‚Studies in the History of Private Law', at brill.com/shpl.

[7] *Inter alia*, see Wesel U., *Geschichte des Rechts in Europa: von den Griechen bis zum Vertrag von Lissabon*. München: C.H. Beck, 2010; Lesaffer R., *European Legal History: A Cultural and Political Perspective.* Cambridge: Cambridge University Press, 2014; Waelkens L., Op.cit.

[8] Pihlajamäki H., Comparative Contexts in Legal History: Are We All Comparatists Now? In: Adams M., Heirbaut D.(eds.), *The Method and Culture of Comparative Law. Essays in Honour of M. Van Hoecke*. Oxford: Hart, 2014, p. 127.

[9] Parise A., *The Value of Comparative Legal History*, Op. cit., p. 28.

[10] Pihlajamäki H., Op. cit., p. 132.

[11] Ibbetson D., Comparative legal history: A Methodology. In: Musson A., Stebbings Ch. (eds.), *Making legal history: approaches and methodologies.* Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 134.

[12] Ibbetson D., Op. cit.

[13] Löhnig M., Comparative Law and Legal History: A Few Words about Comparative Legal History. In: *The Method and Culture of Comparative Law*. Op.cit., p. 113.

[14] The first opinion is voiced by Albrecht Cordes in his presentation for the 32nd Congress of German legal historians in Regensburg in 1998 (see: *Juristische Zeitung*, 7, 1999, p. 349-350). The second quotation is from Mario Asheri's preface to Monateri P., Giaro T.; Somma A. (eds.), *Le radici comuni del diritto europeo: Cambiamento di prospettiva*. Roma: Carocci, 2005, p. 16.

[15] Sacco R., Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II). In: *American Journal of Comparative Law*, vol. 39, Nr. 1, 1991, p. 24.

[16] Adams M., Heirbaut D. Prolegomena. In: *The Method and Culture of Comparative Law*. Op. cit., p. 7.

[17] For a comprehensive overview see: Samuel G., *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*. Oxford: Hart Publishing, 2014.

[18] Zweigert K., Kötz H., *An Introduction to Comparative Law*, 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 31 ff.

[19] For the overview see: Michaels R., The Functional Method of Comparative Law. In: Reimann M., Zimmermann R. (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 340-382.

of identifying the legal data to be compared' and even 'to analyse said data from a functional perspective'.[20] So, the function is still relevant for most comparative legal research aiming at the 'law in action'. Although, when it comes to the analysis, most comparatists would agree to complement any single method with others to investigate all 'factors present today which determine how cases will be resolved in the near future'.[21]

Is this corrected functional method of any value for legal historians? Some shared basic assumptions of comparatists and historians make us think positive about such a perspective. Indeed, many academics in both fields would agree with a vision of law as a complex and dynamic phenomenon which still is primarily destined to solve social problems in a similar way for societies on a similar level of development.[22] Social anthropologists discover striking similarities even in the forms of social and legal organization of the ancient civilisations which never contacted one another.[23] At the same time the specificity of the subject and the goals of legal history warn against the application of the functional method without any caveats.

2. Three ways of applying functional method in comparative legal history

Comparative legal study goes through several phases revolving around description, analysis and drawing conclusions. Most comparatists and historians would agree on that. So, Catherine Valcke singles out the stage of identification of the relevant material for comparison and the stage of its subsequent analysis[24]. Martin Löhning divides comparative study into the preliminary description, finding possible explanations (causes) and revealing explanatory models, ideal types, patterns of development.[25] Further subdivision is possible[26], but three stages are specific enough to show the uneven relevance of the functional method at each of them.

2.1 The first (descriptive) stage

When traveling through time and space, historians face large variety of verbal labels, terminology, languages. Functions tend to cut across jurisdictions, as Ernst Rabel put it, and, thus, help researchers to identify the objects of comparison within the European legal tradition. The link between social problems and their legal solutions is attested by the search for *ratio legis*, that Italian commentators (*mos italicus*) started in the course of the adaptive interpretation of Roman laws in the *Corpus Juris* as early as mid-13th century.[27] Most of the learned jurists in other regions of Europe followed the same pattern, so that the whole jurisprudence swung between *auctoritas* and *ratio*, not only before the age of codification[28] but also after the national codes replaced the old *auctoritates*.[29]

The purpose of legal rules allows comparatists to transcend the 'law in books' and find *tertium comparationis* in the social needs transgressing jurisdictional borders.[30] The same is true for legal historians who would like to embrace in their research project various legal circles with uneven impact of Roman law and the learned law, such as the profoundly Romanized regions of continental Western Europe, indirectly affected by the reception of Roman law areas in Scandinavia and Russia, and the *sui generis* jurisdiction of English common law. Without recourse to the function, a doctrinal study would be the most probable alternative, and it would limit comparison to the jurisdictions of the same legal circle or to the circles linked through some one-way or mutual influence (e.g. Western legal culture influencing Eastern Europe in the course of the 'long 19th century').[31]

2.2 The second (analytical) stage

The functional method in comparative law implies a specific vantage point: the research of the actual impact of legal rules on the society, its application in practice. Historians would agree that this is but one aspect of law, in addition to its symbolic, axiological, cultural dimensions. Yet, this very aspect of law is of primary concern for most legal historians, while symbolism of law could be studied by social anthropologists or art historians.[32]

The application of law has also been the main concern for jurists since the revival of jurisprudence in Europe. Italian commentators, to begin with, were definitely practice-oriented at least since the late 13th century. So were the late medieval

---

[20] Valcke C., Grellette M., Three Functions of Function in Comparative Legal Studies. In: *The Method and Culture of Comparative Law*. Op. cit., p. 101.

[21] Sacco R., Op. cit., p. 386. For a successful application of the functional method see the numerous publications of the ‚Trento Project' on the ‚Common Core' of the European private law at http://common-core.org/node/8.

[22] See *The Method and Culture of Comparative Law*. Op. cit.; also Monateri P. J. (ed.), *Methods of Comparative Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2012.

[23] Trigger B., *Understanding Early Civilisations: A Comparative Study*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 684 (his conclusion is based on the study of ancient Egypt and Mesopotamia, Shang China, the Aztecs, the Classic Maya, the Inka and the Yoruba).

[24] Valcke C., Grellette M., Op. cit., p. 101-111.

[25] Löhning M., Op. cit., p. 117-118.

[26] In Russian methodological literature one differentiate between 1) selecting the objects of comparison, 2) choosing the criteria, 3) gathering the pool of sources, 4) revealing similarities and differences, 5) explaining the results. See: Mazur L.N. Comparative historical method. In: Chubar'jan A.O. (ed.), *The theory and methodology of legal history. Terminological dictionary.* Moscow, Akvilon, 2014, p. 468-470. (In Russian)

[27] On the origins of the interpretation focused on ratio legis see: Padoa Schioppa A., *History of Law in Europe: from the early Middle Ages to the twentieth century.* Cambridge: Cambridge university press, 2017, p. 151 f. (cited after Italian original publication, Bologna: il Mulino, 2007).

[28] Renoux-Zagamé M.F. La méthode du droit commun: Réflexions sur la logique des droits non codifiés. In: *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, Nr. 10-11, 1990, p. 133-152.

[29] Wieacker F., *A history of private law in Europe with particular reference to Germany*. Translated by T. Weir, Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 409 ff.

[30] Valcke C. Comparative Law as Comparative Jurisprudence – The Comparability of Legal Systems. In: *American Journal of Comparative Law*, vol. 52, 2004, p. 730-731.

[31] On the course of this influence see: Dauchy S., Martyn G., Musson A., Pihlajamḱi H., Wijffels A., *The formation and transmission of Western legal culture: 150 books that made the law in the age of printing*. NY: Springer, 2017, p. 400-442.

[32] For the same thesis with regard to comparative law see: Valcke C., Grellette M., Op. cit., p. 107 f.

interpreters of the decisions (*arręts*) of the courts of appeal during the *ancien régime* in France and the commentators of modern usages (*usus modernus*) of Roman laws in the early modern Germany and the Netherlands. The academic schools of French humanists, Spanish late scholastics or early modern jusnaturalists in Western Europe had their profound impact on the shape of European legal tradition, but only in the long run.

The presumed link between law and social problems is further confirmed by the growing number of judiciary (first clerical, then royal and princely) and litigations, expansion of secular jurisdiction, acceptability of the judicial way of solving disputes.

Another stable of the functional method – *praesumptio similitudinis* – looks more problematic in the domain of legal history. Years ago Albrecht Cordes contested it on the grounds of the diversity of medieval legal orders.[33] Recent studies produce more evidence of 'legal hybridity' and 'jurisdictional complexity' not only in the Middle Ages, but well until the 'long 19th century'.[34] Thus, legal diversity reveals itself as a feature of all pre-industrial societies and it weathers away gradually in the aftermath of the rising industrial civilisation with its 'iron cage' of rationalized social life. As a consequence, in a historical research it should be replaced with a hypothetical state of legal difference (*presumptio dissimilitudinis*) advocated by Pierre Legrand with respect to comparative law.[35] It dues not prevent the usage of the functional method, as the search for similarities (and proof thereof) is no longer believed to be the main goal and the only tenable result of comparative studies.[36]

Presuming legal diversity for medieval societies and legal similarity for the industrialized ones does not preclude scholars from revising their hypothetical starting point. In doing so, they follow the general logic of scientific discovery, according to Karl Popper.[37]

Recourse to the functional method helps legal historians from different legal circles bridge the discrepancies in their perception of law. This effect is more evident with regard to continental and English scholars. The former are used to look at law from the doctrinal vantage point. Quite often they write about the learned law as the law proper, the 'law in action', without further recourse to court practice or local customary usages. In doing so, they participate in the grand narrative of medieval and early modern professors who preferred to present the *ius commune* as the actual law of the Christian world.[38] The latter operate in the jurisdiction of the judge-made law which was not taught at the universities well until William Blackstone (1723–1780). Thus, it is more obvious for an English historian that 'law cannot be treated purely as an intellectual system, a game to be played by scholars whose aim is to produce a perfectly harmonious structure of rules.'[39] Attention to the function of legal rules calls to perceive and research law as something which exercises some influence in society and has to be understood as such.

Shifting the focus of the research from the doctrines and black letter law to the operational level of legal rules helps legal historians to reveal and dismantle stereotypes and clichés built within national legal histories and passed down through the system of legal education. Most notably, it shakes images of uniqueness and superiority of one's national law by showing that other legal orders could offer solutions leading to similar results. To boost the iconoclastic effect, though, a researcher might need to combine of functional and other comparative methods.

2.3 The third stage (arrangement)

Paying attention to the functions of legal rules could give legal historians reliable criteria to arrange the results of their research on macro- and micro-level. Anthropologists proved its applicability and effectiveness in their studies of primitive societies when they arranged the aboriginal law into rules aiming at biological reproduction, maintenance of social integrity, exploitation of natural resources and ecosystem.[40]

In the later preindustrial civilisations more complicated social relations happen to be conceptualized by professionals who began to consider the functions of legal rules. In Rome, with the birth of secular jurisprudence, this tendency led to the emergence of the institutional scheme of civil law comprising persons, things (and obligations), actions. This famous three-fold scheme was coined by Gaius in his Institutes (the 2nd century A.D.) and accepted by the Byzantine compilers of the Institutes of Justinian (the 6th century). But it goes back to the undertaking of Quintus Mucius Scaevola (early 1st century B.C.) who was the first to arrange the late republican civil law into groups (*generatim*, D. 1. 2. 2.41) concerning inheritance, persons and family, things and real rights, obligations, according to 'the *needs* of the pre-classical Rome to regulate its rural economy and maintain its patriarchal family structure (emphasis added — *D.P.*)'.[41]

In the course of reception of Roman law this institutional arrangement became the most influential scheme on the

[33] In his presentation at the 32nd Congress of German legal historians in 1998 (*Juristische Zeitung*, 7 1999, p. 349-350).

[34] Donlan S., Heirbaut D., *A Patchwork of Accommodations: Reflections on European Legal Hybridity and Jurisdictional Complexity* (August 7, 2014) at https://ssrn.com/abstract=2477325 See also: Donlan S., Heirbaut D., *The laws' many bodies: studies in legal hybridity and jurisdictional complexity, c. 1600-1900*. Berlin: Duncker & Humblot, 2015.

[35] Legrand P., The Return of the Repressed: Moving Comparative Legal Studies beyond Pleasure. In: *Tulane Law Review*, vol. 75, Nr. 4, 2001, p. 1048.

[36] Valcke C., Grellette M., Op. cit., p. 109-111.

[37] Popper K., *The Logic of Scientific Discovery*. London, Hutchison, 1972, p. 31-32.

[38] For remarks of the exaggerated influence of ius commune in Europe see: Wesel U., Op. cit., p. 337.

[39] Ibbetson D., Op. cit., p. 135.

[40] Suholinskiĭ P. R. *Law in pre-state social systems*. PhD in law thesis. Moscow, 2013 (2nd thesis) (in Russian); Rouland N., *Anthropologie juridique*. Paris: PUF, 1988.

[41] García Garrido M.J., *Derecho privado romano: casos, acciones, instituciones*, 7th ed. Madrid: Dykinson, 1998, p. 85, nt. 25. (cited after Russian translation edied by L.L. Kofanov, Moscow: Statut, 2005).

Continent[42]. It became especially popular since the 16th century when legal humanists (François Connan, Hugo Donneau and others) began to perceive it as the manifestation of 'skillfully arranged law' after Cicero's ideal ('*ius in artem redigere*' mentioned in *Gell*. Noct. Att. I,22,7). In the 17th and 18th centuries it also resonated with jusnaturalists who regarded it as the manifestation of natural reason.[43] Finally, it came to underpin all European civil law codes and so 'imbued' in the legislation and mentality that comparatists tend to ascribe it to the structural analysis of law without mentioning its functional origins.[44]

It is also remarkable that the function-based institutional scheme competed with and eclipsed other practical arrangements of law stemming from the procedural actions in courts. Such were the order of praetor's edict in Rome, Germanic 'laws of the barbarians', medieval customary law books (the Saxon Mirror and similar). The procedural scheme of writs or forms of actions prevailed in common law, although in his famous 'Commentaries on the Laws of England' (1765–1769) William Blackstone proved it to be reducible to a similar functional division on the rights of persons, things and (private and public) wrongs. The institutional scheme of private (civil) law travelled from German-speaking universities eastwards to the reformed law faculties in the Russian empire since 1830 s.[45] By the 19th century it permeated all areas of European legal tradition.

Contemporary scholars see it appropriate to arrange the development of private law in various legal circles (including the relevant part English common law) on the functionalist basis into the provisions concerning the status of persons and family, things and real rights, transfer of things on the constant and temporary basis, compensation for wrongs causing harm to persons and things.[46]

The same pattern of arrangement is applicable on a smaller scale. So, the development of contract law in the continental jurisdictions can be traced through the provisions common for all or most contracts, even before such generalizations were forged in the learned law and confirmed by the legislators in the codes of the 18th and 19th centuries. Helmut Coing offered the list of general provisions on contracts concerning their formation, content and interpretation, (in)validity, the benefit of a third person, agency, contractual performance, its default and consequences, substitution of parties and plurality of persons in an obligation.[47]

Functionalism offers an unmatched opportunity to arrange academic courses dealing with legal history within European legal tradition and beyond. It underpins cross-cultural comparison of various civilisations in anthropological studies. But it could also be of assistance for universal legal history(ies) which went out of fashion since the 19th century because its main assumptions and methodology did not keep up with the evolution of hard sciences and the postmodern critique of science.[48]

Still, at Russian law faculties we teach a course on universal legal history ('history of the state and law of foreign countries') which covers an immense timespan from ancient civilisations till the 20th century. And the grand narrative of the evolution of private law is centred around its 'core' institutions, such as: family law and persons, property and real rights, inheritance, contract law, delicts (private and public).[49]

* * *

All in all, the functional method may be applied in comparative legal history. With some reservations though. It seems more productive for the purpose of identifying the objects of comparison and the pool of sources for a project that aims at transcending national borders or one legal circle, since it cuts across the boundaries of black letter law, legal doctrines and other verbal tags. For the same reason it is also convenient for arranging the results of such comparative study. Its application for analysis of the selected sources is limited by the purpose of exploring the 'law in action', as it operated on the daily basis and was practiced in the courts of law. This is only one aspect of the complex phenomenon called 'law' but quite an important one for many jurists now and then.

The application of the functional method builds upon the connection between social problems and legal provisions, proved by the practical character of legal profession and its search for *ratio legis* since the revival of jurisprudence in medieval Europe. The diversity of the objects of comparison in time and space, the academic goal of understanding the past rather than changing the present and the future require legal historians to presume the state of difference rather than the state of similarity and to combine various methods of comparison in their quest for truth. Yet, in this endless quest of understanding legal diversity legal historians and comparatists go side by side, often starting with the functional interpretation to discover similarities and differences, as well as manifest and hidden factors of the constantly evolving 'law in action'.

---

[42] Stein P. *Legal Institutions: The Development of Dispute Settlement.* London: Butterworths, 1984, p. 125-129.

[43] It is enough to quote the arrangement of civil law in ‚natural order' in the famous treatise by Jean Domat ‚*Les loix civiles dans leur ordre naturel*'' (first published in 1689).

[44] Samuel G., Op. cit., p. 96.

[45] For details see: *The formation and transmission of Western legal culture*. Op.cit.

[46] Coing H. *Europäisches Privatrecht*. 2 vols. München: C.H. Beck, 1985-1989.

[47] Coing H. Op. cit. Vol. 1, p. 398-449 (chapter 19); Vol.2, p. 442-473 (chapter 22).

[48] Monateri P. (ed.), Methods in comparative law: an intellectual overview. In: Monateri P. (ed.), *Methods of comparative law.* Cheltenham: Edward Elgar, 2012, p. 7-25.

[49] Zhidkov, O.A., Krasheninnikova N. A. (eds.), *History of the state and law of foreign countries*. Textbook. Moscow: Norma, 2015. (in Russian) The same logic rules the narrative of the legal history in Europe. See Wesel U. Op. cit.

Die Mitgift. Beiträge zur Ausdeutung des traditionellen Familienmodells im ungarischen Ehegüterrecht*

(Dowry. Inputs to Interpretation of Traditional Family Model in Hungarian Matrimonial Property Law)

*Eszter Cs. Herger***

Abstract

Dowry, as part of the married women's property was present in the traditional, than in the civil era of the civil law, independent of the nobility or other social standing. Though Béni Grosschmid mentioned dowry as „scant" or „incidental", still he made place for this institution as alternative for the women's free property in the first draft for the Civil Code (1900). The author of this essay used original archive records of civil cases from the Baranya County Archives, and analyzes the form and content of the dowry in the everyday life during the second half of the 19th century.

Keywords: *dowry; matrimonial property law; Hungarian legal history; Austrian law in Hungary; emancipation.*

I. Fragenstellung[1]

Der als Mitgift bezeichnete Teil des Vermögens der verheirateten Frau war innerhalb des vertraglichen Güterrechts von ständisch-sozialer Zugehörigkeit unabhängig und im traditionellen sowie dann im bürgerlichen Privatrecht in Ungarn mit klar vom Mitgiftbegriff des ABGB unterschiedenen Charakterzügen verankert. Obwohl *Béni Grosschmid* das Vorkommen der Mitgift in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts „spärlich" und „auffällig" nannte, räumte er ihr trotzdem eine Position als „Konkurrenz-Institut des freien Vermögens der Frau"[2] im ersten Text zum bürgerlichen Gesetzbuch von Ungarn ein. Fraglich ist aber, was die ungarischen Kodifikatoren unter dem Prinzip der Gleichberechtigung der Ehegatten im ehelichen Güterrecht verstanden, als sie die Unterhaltspflicht des Ehemannes und die diese mehr oder weniger kompensierende Mitgift nebeneinander stellten.

II. Die Mitgift im traditionellen Recht vor 1848

Im Begriff der Mitgift (*allatura, allatura uxorea*) vor und nach 1848 gab es erhebliche Unterschiede. Obzwar die ungarischen Privatrechtler in den ersten Jahrzehnten des 19. Jahrhunderts bei der Definition voneinander einigermaßen abwichen, nannte man Mitgift im weiteren Sinne ein Vermögen, das „im Hinblick auf die Frau zum Mann gebracht wurde".[3] Im engeren Sinne erachteten aber *Kelemen* sowie seine Übersetzer *Czövek* und *Jung* und auch *Szlemenics* nur bewegliche Sachen als Mitgift[4], weil man „keinen Prozess um Immobilien, weder um Güter der Frau (*bona uxorae*) noch der Mutter (*bona materna*) unter dem Titel Mitgift (*titulo allaturae*) anstrebte".[5] Innerhalb der beweglichen Mitgift unterschied man noch das ungarische mennyegzői ajándék, das Brautgeschenk (*paraphernum, res paraphernales*), das aus Anlass der Verlobung oder der Trauung der Braut geschenkt wurde und die sonstigen Mobilien, welche die Frau einbrachte. *Czövek* betonte, dass man in der Praxis in beiden Fällen Mitgift fordert, und „rar, sogar nie ein *paraphernum*".[6] *János Alsóviszti Fogarasi* stufte das Brautgeschenk – nach *Sándor Kövy* – ebenfalls als einen Subtyp der Mitgift ein und rechnete wie die anderen nicht nur das Verlobungs-, sondern auch das Trauungsgeschenk zum Brautgeschenk[7] sowie weiterhin alle Gegenstände,

* Die Verfasserin dankt der Alexander von Humboldt-Stiftung für die Förderung, die die Ausarbeitung dieses Beitrages ermöglichte.

** Dr. habil Eszter Cs. Herger, Staats- und Rechtswissenschaftliche Fakultät, Universität Pécs; Dezső-Márkus-Forschungsgruppe für Vergleichende Rechtsgeschichte, Ungarn.

1 Die wortwörtlichen Zitate aus archivalischen Quellen, Rechtsquellen oder aus der Fachliteratur sind Übersetzungen der Verfasserin.

2 Indokolás a Magyar Általános Polgári Törvénykönyv tervezetéhez I. Bevezetés. Személyjog. Családjog [Motive zum Ungarischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch I. Einführung. Personenrecht. Familienrecht] (Budapest 1901) = Erster Text 1900, Motive 139.

3 *Czövek, István*, Magyar hazai polgári magános törvényről írtt tanítások..., Második könyv a' dolgokról [Lehre über das heimische bürgerliche Gesetz..., Zweites Buch über die Sachen] (Pest 1822) 238, *Jung, Johann von*, Darstellung des ungarischen Privat-Rechtes, Nach dem in seiner Art als classisch allgemein anerkannten Werke: Institutones Juris privati Hungarici des Herrn Emerich von Kelemen I (Wien 1818) 97, *Alsóviszti Fogarasi, János*, Magyarhoni magános törvénytudomány elemei [Elemente der ungarischen bürgerlichen Gesetzwissenschaft] (Pest 1839) 131, *Szlemenics, Pál,* Közönséges törvényszéki polgári magyar törvény. A' törvénynek második könyve a' jószágokról [Allgemeines bürgerliches Gesetz von Ungarn. Zweites Buch des Gesetzes über die Sachen] (Pozsony 1823) 459-460.

4 *Kelemen, Emericus*, Institutiones juris privati Hungarici, quas nobilis juventutis Hungariae usibus conscripsit I-III (Pest 1814) § 127, *Czövek*, Magyar hazai polgári magános törvény 238, *Jung,* Ungarisches Privat-Recht 97, *Szlemenics*, Polgári magyar törvény 460.

5 *Czövek*, Magyar hazai polgári magános törvény 238.

6 *Ders.* 239.

7 *Alsóviszti Fogarasi*, Magyarhoni magános törvénytudomány 131.

„die zur füglichen Ausstattung gehören".[8] Den Unterschied zwischen der juristischen Natur des Brautgeschenks und der beweglichen Mitgift sah *Szlemenics* darin, dass „die Mitgift sich mit dem Vermögen des Mannes zu mischen pflegt, und deswegen wird sie durch unsere Gesetze als Belastung der männlichen Güter erachtet."[9] Das *paraphernum*, das auch ein Geschenk des Mannes sein konnte, blieb aber im Besitz und unter der Verfügung der Frau: Diesen Charakterzug erschließt auch die lateinische Benennung, die im römischen Recht das Sondergut der verheirateten Frau bedeutete.

Nachdem *Czövek* „die vielfältige Bedeutung der Mitgift" festgestellt hatte, charakterisierte er „das Recht der Mitgift" wie folgt: 1. Sie diente der Erleichterung des ehelichen Aufwands des Ehemannes. 2. Gegenüber der römisch-rechtlichen *dos* stand sie im Eigentum der Frau. 3. Die Frau verlor sie weder wegen eines Ehebruches oder einer blutschänderischer Ehe noch auf Grund eine Hochverrates oder einer Majestätsbeleidigung ihres Mannes. 4. Die Frau behielt sie für sich bei der Aufteilung des Familienvermögens mit ihren Kindern oder Stiefkindern. 5. Die Frau hinterließ sie ohne Testament an ihre gesetzlichen Nachfolger. 6. Falls die Frau ohne gesetzliche Erben verstarb, gab es einen Unterschied zwischen dem Schicksal der Stammgüter und dem Erworbenen: Die Stammgüter und die Pfandrechte „fielen auf ihre Linie zurück", während sie über das Erworbene letztwillig verfügen konnte. 7. Der Nutzen der Mitgift kam „während der Ehe" dem Mann zu, der darüber volles Verfügungsrecht hatte, seine Rückgabepflicht erstreckte sich nämlich nur auf den Stamm der Mitgift.[10]

Nach dem Tripartitum und der Gerichtspraxis gestaltete sich laut *Czövek* die Rückgabepflicht des Mannes folgendermaßen: 1. Der Mann oder sein Erbe gab den Stamm der Mitgift der Frau oder ihrem Erben *in natura* oder den Wert zurück, falls er *in natura* nicht mehr vorhanden war. 2. Zu Gunsten der Mitgift lastete ein Pfandrecht bis zu deren Wert auf dem Gut des Mannes. 3. Die Herausgabe der Mitgift hatte Vorrang vor der Befriedigung der Gläubiger des Mannes. 4. Falls der Mann wieder verheiratet war, erhielten die Frauen ihre Mitgift nach der Reihenfolge der Eheschließungen. 5. Die Rückgabepflicht des Mannes belastete – über das Erworbene hinaus – auch das Stammgut des Mannes, falls nicht nur die Übergabe, die Menge und der natürliche Bestand der Mitgift, sondern auch deren Investierung in das Vermögen des Mannes bewiesen wurde. 6. Als Beweismittel waren Urkunden und Zeugen zulässig, der Eid der Frau oder das Geständnis des Mannes aber nicht. 7. Falls die Investierung der Mitgift nicht bewiesen wurde und kein erworbenes Vermögen vorhanden war, wurde die Mitgift als „konsumiert" (*consumpta pro consumptis*) angesehen. 8. Falls die überlebende Frau das Erworbene erbte, konnte die Mitgift sinngemäß nicht herausgegeben werden. 9. Die Aufwendungen der Frau nach dem Tod ihres Mannes zugunsten des Stammgutes oder Entnahmen zu dessen Lasten und Aufwendungen des Ehemannes zwecks Bewahrung des Bestandes der Mitgift wurden gegeneinander aufgerechnet.[11]

Nur wenige Verfasser äußerten sich über den Ursprung der ungarischen Mitgift, manche[12] wiesen allerdings auf die römisch-rechtlichen Grundlagen hin. *Hajnik* und *Timon,* Rechtshistoriker an der Wende vom 19. zum 20. Jahrhundert, meinten, eine Tochter hätte ein Recht auf Ausstattung in Form der Mitgift schon in der *Árpáden*-Zeit gehabt. *Hajnik* sah allerdings die Ausstattung zur Zeit der Verlobung oder der Trauung[13] als Bestandteil des späteren sogenannten Haarrechts der Töchter (*ius capillare*) an.[14] *Timon* bezeichnete die Ausstattung – wie *Hajnik* – mit dem lateinischen Ausdruck *allatura uxorea* und beschrieb sie im Zusammenhang mit dem Viertelrecht der Töchter (*quartalitium*) mit Hinweis darauf, dass beide zu Lasten des Stammgutes gingen.[15] *Illés* erwähnte wiederum, dass das Brautgeschenk und die Mitgift (*res allatae*) in der Praxis des 13. Jahrhunderts nicht mit dem Viertel der Töchter und dem Treuelohn zusammen gefordert oder gar in einer Summe vereint herausgegeben wurden[16]; daraus ist wohl der offensichtliche Schluss auf das Vorhandensein dieser Institute im frühen ungarischen Rechtsleben zulässig.

Das *Tripartitum opus iuris consuetudinarii inclyti regni Hungariae,* Rechtsbuch des Landesrichters *István Werbőczy* (1504) erwähnte allerdings die *allatura* nicht und er verstand unter *dos* beziehungsweise *dotalitium* – von der römisch-rechtlichen Linie abweichend – nicht die Mitgift, sondern den Treuelohn.[17] Das *paraphernum* wurde aber in manchen Artikeln (in erster Linie Part. I Tit. 93 und 100) gründlich geregelt. Stützt man sich auf die Mitgiftauslegung von *Kelemen, Czövek, Jung, Szlemenics, Kövy* und *Fogarasi*, die innerhalb der beweglichen Mitgift zwei Subtypen, das Brautgeschenk und das sonstige bewegliche Gut (also die tatsächliche Mitgift) unterschieden, dann kann man – entgegen der Meinung von *Jancsó*[18] – nicht behaupten, das Fehlen der *allatura* bei *Werbőczy* beweise das Fehlen der Mitgiftbestellung im ungarischen Rechtsleben.

Einerseits weisen manche Entscheidungen im *Planum Tabulare*[19] (Nr. 802, 804, 812, 813, 816 und 1073) auf den

[8] *Ders.* 132.
[9] *Szlemenics*, Polgári magyar törvény 460.
[10] *Czövek,* Magyar hazai polgári magános törvény 239-240.
[11] *Ders.* 241-244.
[12] Erster Text 1900, Motive 196.
[13] *Hajnik, Imre*, A magyar jogélet az Árpádok alatt [Das ungarische Rechtsleben unter den Árpáden] (Pest 1872) 298.
[14] *Ders.* 326.
[15] *Timon, Ákos*, Magyar alkotmány- és jogtörténet különös tekintettel a nyugati államok jogfejlődésére [Ungarische Verfassungs- und Rechtsgesschichte mit besonderer Rücksicht auf die Rechtsentwicklung der westlichen Staaten] (Budapest 1902) 307, 309, 329, 368 und 369.
[16] *Illés, József,* A törvényes öröklés rendje az Árpádok korában [Das gesetzliche Erbrecht zur Zeit der Árpáden] (Budapest 1904) 42 und 44.
[17] Trip. Part. I Tit. 93 Einführung.
[18] *Jancsó, György*, A magyar házassági és házastársi öröklési jog [Das ungarische Eherecht und Ehegattenerbrecht] (Budapest 1901) 642.
[19] Planum Tabulare vagy a királyi Curiának végzései… [Planum Tabulare oder die Beschlüsse der königlichen Curie…] Hrsg. und übersetzt von *Czövek, István* (Buda 1825).

paraphernum-Begriff des Tripartitum (Part. I Tit. 93) als Rechtsgrund der Mitgift hin, andererseits bemühten sich auch die Vertreter des Privatrechtes der Behauptung von *Jancsó* zu widersprechen.[20] Ein anderer Aspekt ist die Tatsache, dass der lateinische Ausdruck *allatura* oder *allatura uxorea* in der Gerichtspraxis, der Rechtsliteratur und dann nach dem Jahre 1840 auch im gesetzten Recht Fuß fasste – nach dem Muster der deutschen Mitgift.[21] § 9 GA 1840: XVI, der das *paraphernum* nicht Brautgeschenk, sondern Verlobungsgeschenk nannte, erwähnte die Mitgift (*allatura*) gesondert. Im gleichen Jahr regelte die ungarische Ständeversammlung die Zurückgabe der Mitgift im Gesetzesartikel über den Erbanfall der Leibeigenen (§ 14 GA 1840: VIII) wie folgt: 1. Bedingung für die Rückgabe der Bargeldmitgift nach dem Inkrafttreten dieses Gesetzes war nicht nur der Beweis der Übergabe in die Hand des Mannes, sondern auch der Investierung. 2. Falls die Mitgift aus Tieren und sonstigem Beweglichen bestand, genügte der Beweis der Übergabe. 3. Die Herausgabe der Mitgift hatte Priorität bei Erbfall und Vermögensaufteilung.

III. Das ABGB-Heiratsgut oder die ungarische Mitgift?

Unter der rezipierten *dos* des österreichischen ABGB, dem Heiratsgut, verstand „man dasjenige Vermögen, welches von der Ehegattin, oder für sie von einem Dritten dem Manne zur Erleichterung des mit der ehelichen Gesellschaft verbundenen Aufwandes übergeben oder zugesichert" wurde (§ 1218). Ein wesentlicher Unterschied im Vergleich zum ungarischen Recht war, dass die „Eltern oder Großeltern nach der Reihenfolge und nach den Grundsätzen, nach denen sie für den Unterhalt der Kinder zu sorgen haben, verpflichtet" waren „den Töchtern oder Enkelinnen bei ihrer Verehelichung ein Heiratsgut zu geben oder dazu verhältnismäßig beizutragen", falls „die Braut kein eigenes, zu einem angemessenen Heiratsgut hinlängliches Vermögen" besaß (§ 1220). Es war aber keine absolute Verpflichtung, denn die Tochter, die ihr Heiratsgut schon erhalten hatte, war „nicht berechtigt, ein neues zu fordern" (§ 1223) und die Verwandten konnten davon sogar freigesprochen werden (§ 1221). Die Beschränkung dieser Verpflichtung zeigen noch zwei weitere Regeln: „Wenn eine Tochter ohne Wissen, oder gegen den Willen ihrer Eltern sich verehelicht" hatte, „und das Gericht die Ursache der Mißbilligung gegründet" fand; so waren die Eltern „nicht schuldig, ihr ein Heiratsgut zu geben" (§ 1222) und hatte „sich der Ehemann vor geschlossener Ehe kein Heiratsgut bedungen", war „er auch keines zu fordern berechtigt" (§ 1225). Wesentlicher Unterschied war ferner, dass der Ehemann – in Abhängigkeit von der Art des Heiratsgutes unbedingt oder bedingt – nicht nur das Nutznießungsrecht, sondern das Eigentum über das Heiratsgut bekam. Unbedingt, falls „das Heiratsgut in barem Gelde, in abgetretenen Schuldforderungen oder verbrauchbaren Sachen" bestand beziehungsweise bedingt, falls „das Heiratsgut in unbeweglichen Gütern, in Rechten oder Fahrnissen" bestand, „welche mit Schonung der Substanz benutzt werden können"; im Nutzerstatus blieb er nur solange, bis bewiesen wurde, dass er „das Heiratsgut für einen bestimmten Preis übernommen, und sich nur zur Zurückgabe dieses Geldbetrages verbunden" hatte (§ 1228). Endlich muss betont werden, dass das ABGB die Rückgabe des Heiratsgutes nur auf den Fall des Todes des Ehemannes ordnete: Dem Regelfall nach fiel das Heiratsgut der Ehegattin oder ihren Erben zu, obwohl die Berechtigten auf Grund „ausdrücklicher Bestimmung" davon ausgeschlossen werden konnten (§ 1229). Wenn aber jemand „das Heiratsgut freiwillig" bestellt hatte, konnte er sich ausbedingen, dass „es nach dem Tode des Mannes auf ihn zurückfalle" (§ 1229).

Das Heiratsgut des ABGB und die ungarische Mitgift waren also in Hinsicht auf die Zielsetzung des Institutes gleich, doch unterschieden sie sich in vielen wesentlichen Charakterzügen. *Grosschmid* nannte „den Lebenskreis, die Tiefe der Wurzeln" der ABGB-*dos* in Ungarn „zart und im Vergleich zum römischen sehr klein": Zuhause „sind die Ehen meistens ohne *dos,* denn es folgt aus den Gewohnheiten und Verhältnissen. Die Eltern pflegen das Stammgut in ihrem Leben nicht auszugeben", und „was die Frau bei der Eheschließung hat oder erhält, aber besonders was sie später erbt, das pflegen die Eltern nicht als Mitgift zu geben, sondern das freie Vermögen, das *paraphernum* der Frau erfüllt die gleiche Funktion ohne formelle Gebundenheit."[22] So machten bei schriftlichen Mitgiftbestellungen zur Zeit der Geltung des ABGB in Ungarn die Vertragschließenden mit dem Gebrauch des Ausdrucks *allatura* eindeutig klar, dass sie die ungarische Mitgift und nicht die *dos* des ABGB meinten.[23] Aus dem oberen Satz ist klar, *Grosschmid* verstand unter *parapherna* – gegenüber dem Wortgebrauch der zwei zitierten Gesetzartikel vom Jahre 1840 – nicht nur das Verlobungsgeschenk, sondern das völlige Sondergut der Frau, das er konsequent freies Vermögen nannte und zu dem auch das eventuelle Verlobungsgeschenk gehörte.

Im ABGB-Ehegüterrecht gab es drei unterschiedliche Schenkungsformen, keine davon stand aber in Verwandtschaft mit dem traditionellen ungarischen Verlobungsgeschenk. Einerseits schenkte der Mann seiner Frau Schmuck, Edelsteine oder andere Kostbarkeiten zum Putze (§ 1247, erster Satz), es aber war kein Geschenk bei der Verlobung oder vor der Trauung. Andererseits bei der Zusicherung oder Schenkung „in Rücksicht auf die künftige Ehe" (§ 1247, zweiter Satz) sprach das Gesetz nicht über eine Beschenkung der Braut, sondern über die Zuwendung eines der Verlobten für den anderen. Drittens

[20] *Kolosváry, Bálint*, Ismeretes volt-e eredetileg a hozomány a magyar jogban? [War die Mitgift ursprünglich im ungarischen Recht bekannt?] Jogtudományi Közlöny Nr. 31/1897 242-244.

[21] Das Substantiv *allatura* geht vom Verb *af-fero* (*ad-fero*), *attulī* (*adtulī*), *allātum* (*adlātum*) aus, mit der allgemeinen Bedeutung her-, herbei-, hin-bringen, -tragen, -schaffen, -liefern. Siehe *Georges Karl, Ernst*, Ausführliches lateinisch-deutsches Handwörterbuch, aus den Quellen zusammengetragen und mit besonderer Bezugnahme auf Synonymik und Antiquitäten unter Berücksichtigung der besten Hilfsmittel ausgearbeitet. 1. Band (Darmstadt 1898) 224.

[22] Erster Text 1900, Motive 197.

[23] Komitatsarchiv Baranya des Ungarischen Landesarchivs (im Weiteren: MNL BML) VII/2 b II/946/1872 Ehevertrag, der ohne Nummer zur Prozessakte beigefügt wurde.

war die Morgengabe, die in der ungarischen Fassung des ABGB als Hochzeitsgeschenk (nászajándék) übersetzt wurde, ein Geschenk ausschließlich des Ehemannes (und keiner anderen Person) für seine Frau nach dem Beischlaf (§ 1232). Abgrenzungsprobleme zwischen den Begriffen der Mitgift und diesen Schenkungsformen gab es keine.

In Ungarn war aber die Scheidelinie zwischen dem Sondergut und der Mitgift der Frau nach *Grosschmids* Meinung in der Praxis bis zum Ende des 19. Jahrhundert „vernebelt".[24] Das säkularisierte Ehegesetz vom Jahre 1894 (GA 1894: XXXI) machte aber einen Fortschritt im Interesse der genauen Definierung mit der Regelung der güterrechtlichen Folgen des Rücktritts von der Eheschließung. Der Verlobte, der ohne Grund von der Eheschließung zurücktrat oder dem anderen einen Rücktrittsgrund gab, war verpflichtet als Bereicherung das zurückzugeben, was „er vom anderen oder von dessen Verwandten wegen der zukünftigen Ehe oder als Zeichen der Verlobung erhalten hatte" (§ 3). Der Gesetzgeber erachtete die Verlobung als einen in seiner Rechtswirkung beschränkten, an Förmlichkeiten nicht gebundenen Vertrag, und so unterschied man nicht zwischen den Verpflichtungen und Berechtigungen der Parteien – wie das ABGB nicht die Beschenkung der Braut, sondern eines der Verlobten regelte (§ 1247 zweiter Satz). Mit dieser Erweiterung wurde das Verlobungsgeschenk des traditionellen Privatrechts neu konzipiert und vom ehelichen Güterrecht abgehoben; in den Entwürfen zum bürgerlichen Gesetzbuchs von Ungarn wurde es im Abschnitt über das eheliche Güterrecht nicht platziert, denn die Entwürfe ließen das Eherecht unberührt.

IV. Mitgiftbestellungen in der Praxis der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts

Die Unsicherheit in der Benennung der Mitgift bestand im Rechtsleben also in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts noch weiter. Das Verhältnis im alltäglichen Wortgebrauch zwischen dem sogenannten móring beziehungsweise dem Treuelohn und der Mitgift wird in diesem Beitrag nicht behandelt.[25] Die Mitgift, die nicht aus Bargeld bestand, nannte man in den überprüften Akten von Nachlassangelegenheiten und Ehestreitigkeiten vom Zeitdauer zwischen 1848 und 1918 meistens Ausstattungsgüter[26], doch auch bei der Bargeldmitgift kam in der Quittung der Ausdruck „als Ausstattung" vor[27], nicht einmal mit der Maßgabe der Anrechnung des Betrages auf das zukünftige Erbe des Kindes oder des Verzichtes auf weitere Erbansprüche wegen der ausgefolgten Mitgift.[28] *Jancsó,* der nicht nur Universitätsprofessor des ungarischen Privatrechtes, sondern für eine Weile auch königlicher Tafelrichter war, anerkannte die Existenz dieser – von ihm als häufig bezeichneten – Praxis, doch erachtete er die Qualifizierung der Ausstattung – wie auch des Verlobungsgeschenks – als Mitgift dogmatisch als falsch.[29]

Czövek, *Jung*, *Szlemenics*, *Kövy* und *Fogarasi* waren damit einverstanden, dass außer dem Ehemann auch irgendjemand eine Mitgift bestellen konnte.[30] Das Wesen blieb also gleich, man konzentrierte sich aber in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts auf eine Verfeinerung der aus der Praxis resultierenden aktuellen Fragen. Das ungarische Privatrecht kannte gegenüber dem österreichischen die Verpflichtung der Mitgiftbestellung gar nicht. Sie war der juristischen Natur nach eine Schenkung, also ein unentgeltliches und freiwilliges Rechtsgeschäft.[31] Da die ungarische Mitgift im Eigentum der Frau blieb und den Ehemann mit der Rückgabepflicht belastete, war eine Annahme von Seite des Mannes notwendig.[32] War die Mitgift nicht von der Frau, sondern von einem Dritten bestellt, gab der Dritte sie in Hand der Frau. Der Mann konnte die Übergabe der Mitgift von der Frau verlangen, aber nicht von dem Dritten. Objekt der Mitgift konnte jeder ertragsbringende Vermögensgegenstand sein, also geerbte oder erworbene, bewegliche oder unbewegliche, ersetzbare oder unersetzbare Sachen, ferner auch Berechtigungen, obwohl diese bei den Verfassern aus der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts nicht erwähnt wurden.[33] § 39 GA 1840: XXII regelte die auf den Namen der Frau ausgestellten „Mitgiftschuldbriefe"; in der Praxis kamen auch Dienstbarkeiten, Obligationen oder andere Berechtigungen als Mitgift vor, wie im folgenden Rechtsstreit.

Der Pécser Bürger, *József Brükker* begehrte mit Klage die als Mitgift bestellten 3.000 Kronen Kapital samt Zinsen von seinem Schwiegersohn, dem Pécser *Mór Schwarz*. Der königliche Gerichtshof Pécs gab der Klage am 18. Juni 1901 statt und verpflichtete den Beklagten 1.500 Kronen mit Zinsen dem Kläger zu übergeben und die gleiche Summe auf den Namen von Frau *Brükker* geborene *Johanna Weisz* bei Gericht zu hinterlegen. Die Begründung war wie folgt. Der Kläger forderte das Kapital mit Zinsen vom Tage des Todes seiner Tochter *Jenny Brükker*. Durch Zeugen, Geständnis des Beklagten und beigefügten Briefwechsel „wurde bewiesen, dass der Kläger 3.000 Kronen versprach, die der Beklagte in Form des Eintrittes als Gesellschafter in das Greißlergeschäft an der Ferencziek Straße übernahm (…), somit wurde das Greißlergeschäft (…) ihr gemeinsames Eigentum. (…) Nachdem die Frau des Beklagten am 17. Juni 1900 ohne

[24] Erster Text 1900, Motive 200.
[25] Siehe dazu *Herger, Eszter Cs.,* A törvényes és az írott hitbér Baranyában 1848 után [Der gesetzliche und der geschriebene Treuelohn in Baranya nach 1848], in: *Nagy, Janka Teodóra* (Hrsg.): Szokásjog és jogszokás I-II. (Szekszárd 2016) 139-164.
[26] MNL BML VII/ 2 b II/19/1900.
[27] MNL BML VII/2 b II/56/1900.
[28] MNL BML VII/2 b II/56/1900 11837p/1900.
[29] *Jancsó,* Házassági és házastársi öröklési jog 646.
[30] *Czövek*, Magyar hazai polgári magános törvény 238, *Jung,* Ungarisches Privat-Recht 97, *Alsóviszti Fogarasi*, Magyarhoni magános törvénytudomány 131, *Szlemenics*, Polgári magyar törvény 459-460.
[31] *Jancsó,* Házassági és házastársi öröklési jog 650.
[32] *Ders.* 651.
[33] *Czövek*, Magyar hazai polgári magános törvény 238, *Jung,* Ungarisches Privat-Recht 97, *Alsóviszti Fogarasi*, Magyarhoni magános törvénytudomány 131.

Nachfolger verstarb, anerkannte das königliche Kreisgericht in Pécs mit dem Beschluss Nr. III/87/1900 den Kläger und seine Frau als Erben. (…) Der Beklagte bestritt nicht, dass dieser Wert (der Mitgift) zur Zeit des Todes seiner Frau vorhanden war, so kann er nicht mit der – sonst nicht bewiesenen – Ausrede agieren, dass das Kapital zu Erleichterung der Lasten des ehelichen Zusammenlebens konsumiert wurde (…). Der Beklagte ist nach dem Tod seiner Frau mangels einer besonderen Vereinbarung schuldig, die Mitgift den Eltern, von denen sie stammt, sogleich zurückzuzahlen."[34]

Die typische Mitgift unter Bürgern im Komitat Baranya in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts war die Bargeldmitgift. Die Brezdáner Unternehmerin, *Regina Grünbaum* und ein Händler aus Sellye, *Jenő Dirnbach,* schlossen am 20. April 1895 einen Ehevertrag. Gleichzeitig wurde dem Bräutigam „3.000 Kronen Bargeldmitgift übergeben". Die Frau forderte diese Summe sieben Jahren später von ihrem ehemaligen Mann zurück und der königliche Gerichthof gab ihrer Klage am 10. Juni 1902 mit folgender Begründung statt: Die Frau bewies mit notarieller Urkunde die Übergabe der Mitgift in Hand des Mannes. Er war aber der Meinung, er hätte „keine Verpflichtung sie zurückzuzahlen" gehabt. Er hatte „die Mitgift mit der Maßgabe übernommen, dass er sie in sein Geschäft investiert, und falls die Klägerin ohne Kinder versterben würde, gäbe er sie ihren Erben heraus". Die Frau ist aber berechtigt „die Mitgift zurückzufordern und in der Praxis hat sie zweifellos das Recht zu dieser Forderung auch dann, wenn sie bei der Scheidung für schuldig erklärt wird. Der Beklagte bewies nicht, dass die Klägerin darauf mit der notariellen Urkunde (…) verzichtete." Aus dem Vertrag ist klar, dass „die Klägerin über ihre Mitgift auch letztwillig verfügte und daraus folgt der Verzicht nicht".[35] Das Tafelgericht bestätigte das erstinstanzliche Urteil am 4. Dezember 1902.[36]

Nicht nur Sachen und Berechtigungen, sondern auch die Gesamtheit dieser, ein komplettes Gut, ein Nachlass oder ein Vermächtnis konnten als Mitgift dienen.[37] So war die Zusammensetzung der Mitgift oft gemischt. Eine Kalvinistin aus Siklós, *Tóth Gizella,* forderte ursprünglich die Herausgabe ihrer Mitgift von 2.551 Forint 40 Kreuzer von ihrem Ehemann in ihrer Scheidungsklage. *József Rungl* verließ die katholische Kirche noch vor dem Prozess im Interesse der Scheidung gepaart mit der Möglichkeit und Hoffnung auf eine zweite Ehe. Der königliche Gerichtshof in Pécs verordnete zuerst nur ein dreimonatiges Getrenntleben von Tisch und Bett in Rahmen des Sühneverfahrens, deshalb fiel keine Entscheidung über die Mitgift.[38] Da das Getrenntleben nicht zur Versöhnung führte, forderte die Frau wieder die Scheidung und die Herausgabe der im Inventar von Nr. 1 bis Nr. 63 aufgelisteten bewegliche Sachen, von 1.000 Forint Bargeld und ihres Sparkassenbuches. Sie hatten keinen schriftlichen Ehevertrag und sie unterschrieben keine Quittung über die Übergabe der Mitgift, so war die Beweisführung ganz schwierig. Die Frau verzichtete endlich in der Verhandlung auf das Bargeld, das Sparkassenbuch und einen Teil der beweglichen Habe; der Rest (10 Frauenhemden, 6 Schlafhemden, 6 bunte Kissen, 3 weiße Daunendecken, 3 bunte Daunendecken usw.) wurde ihr mit der Bedingung der Ablegung ihres Eides am 27. November 1891 zugesprochen. Das Gericht löste die Ehe wegen unversöhnlichen Hasses auf und erlaubte eine neue Eheschließung für beide Parteien.[39]

Unter Bauern kam aber die bewegliche Mitgift am häufigsten vor. Aus einem am 10. April 1862 in Hetes erstellten Testamentes ergibt sich, dass *Anna Baumanns* Mitgift aus minderwertigen beweglichen Sachen wie Hausrat und Tieren bestand. „Im Namen der völligen und Heiligen Dreifaltigkeit des Vaters, des Sohnes und des Heiligen Geistes. – Auf meinen Todesfall testierte ich über mein Hab und Gut mit nüchternem Verstand wie folgt: 1-st: Meine völlige Mitgift, die ich zum Haus meines Mannes, zum *Alajos Runald* brachte, wie 2 Betten, 2 Schifoner[40], 1 Tisch, 6 Stühle, 1 Sofa, 2 Bettwäsche ins Bett, Tafelsilber, Tischdecke, 2 Schweizer Kuh, also alles, die meine sind, wie auch meine Errungenschaften lasse ich meinem lieben Mann (…)."[41]

Die Mitgiftbestellung erfolgte durch ein *legatum* in Testament oder durch mündlichen beziehungsweise schriftlichen Ehevertrag (*obligatio*). Beiden folgte immer und beweisbar die tatsächliche Übergabe der Mitgift (*traditio*). Obwohl ein Vermächtnis auch von Frauen, wie etwa bei einer zweiten Ehe von hochbejahrten Personen passieren konnte, war der Vermächtnisgeber meistens ein Dritter, wie im unten angeführten Testament vom 10. November 1843 aus Pécs.

„Im Namen der völligen Dreifaltigkeit! Der unten Genannte, der ja krankhaft ist, aber heilen Verstand hat, wünscht: Der Maurermeister *Ferdinánd Redenbach* nahm mich zu sich und nahm meinen Unterhalt und meine Pflege bis zu meinem Tode und meine Beerdigung auf sich, also lasse ich auf den Fall meines Todes meinen Weingarten auf dem Berg Kálvária mit allen Zugehörigen für ihn so, dass ich, wenn ich aus meiner derzeitigen Krankheit aufkommen würde, in seinem Haus bleibe, wie möglich zur Arbeit verpflichtet werde und er verpflichtet wird mit mir angemessen umzugehen. Aus diesem Weingarten soll *Ferdinánd Redenbach* vor meinem Tod bis nächstes Pfingsten die 204 Forint und 42 Kreuzer (=Mitgift), die ich noch schuldig

[34] MNL BML VII/2 b II/374/1900 8546p/1901.
[35] MNL BML VII/2 b II/339/1900 7710p/1902.
[36] MNL BML VII/2 b II/339/1900 1965p/1902.
[37] *Jancsó*, Házassági és házastársi öröklési jog 647.
[38] MNL BML VII/2 b II/ 355/1890 4226p/1891.
[39] MNL BML VII/2 b II/ 355/1890 16002p/1891.
[40] Das Wort „Schifoner" stand in dieser Form im ungarischen Testament. Herders Conversations-Lexikon (1854-1857 in Freiburg im Breisgau) Band 2, 85 kennt das Wort „Chiffon, Chiffoničre, Schiffoniähr" mit der Bedeutung „Schrank zum Aufbewahren von Leinenzeug". Siehe noch Damen Conversations Lexikon, (Leipzig 1834-1838) Band 2, 355. Die ältere ungarndeutsche Bevölkerung in Komitat Baranya und Tolna gebraucht auch noch heute dieses Wort so, wie es im obigen Testament geschrieben wurde.
[41] MNL BML VII/2 b II/353/1872 Testament, das ohne Nummer zur Prozessakte beigefügt wurde.

bin (meiner Schwester, *Mária Pertsevits,* Ehefrau von *József Martinovits* als Erbe zu zahlen, aber weiters schulde ich noch 25 Forint meinem Bruder, *Antal Pertsevits.* Das ist meine letztwillige Verfügung, die vor mir vorgelesen wurde, und von mir wie auch von den gebetenen und gleichzeitig anwesenden Zeugen bestätigt wurde. *Mihály Pertsevits* als Testator."[42]

Das Nutznießungsrecht des Ehemannes an der Mitgift sah *Jancsó* als unbedingtes Verwaltungs- und Verfügungsrecht an, das nicht entzogen werden konnte[43], wogegen *Zlinszky* Stellung nahm.[44] In der Praxis der Curia wurde aber die Möglichkeit der Zurückgabe der Mitgift während der Ehe – ohne die Verletzung der Rechte der Gläubiger[45]– anerkannt, denn die Vertragsfreiheit der Eheleute (zur Zeit der Mitgiftbestellung oder später) konnte sich auch auf eine solche Vereinbarung erstrecken.[46] Die einseitige Rückforderung der Mitgift während der Ehe erachteten jedoch die Gerichtspraxis und „die öffentliche Meinung"[47] als unzulässig. Erstaunlicherweise befand sich aber ein Rechtsstreit unter den Prozessakten des königlichen Gerichtshofes in Pécs, in denen es sich nicht um eine gegenseitige Vereinbarung, sondern um die Rückforderung einer Frau handelte, die von ihrem Ehemann *de facto* getrennt lebte. In der Begründung des – für die Frau günstigen – Urteils verlor das Gericht kein Wort über eine eventuelle Vereinbarung der Parteien und der Mann legte keine Berufung ein, auch wurde das erstinstanzliche Urteil nicht überprüft.[48] Bei der Scheidung zwei Jahre später hatten sie dann keinen güterrechtlichen Anspruch gegeneinander.[49]

Im Zusammenhang mit der Mitgift ist auch die Durchsetzung von Rückgabeforderungen innerhalb vom Eheprozessen zu erwähnen, denn im überprüften archivalischen Material ging es – neben dem Unterhalt der Frau – am häufigsten um die Rückgabe der Mitgift, wenn die Beendigung der Ehe (Klage um Scheidung, Trennung von Tisch und Bett oder Nullität) und die güterrechtliche Situation gemeinsam im Verfahren beurteilt wurden. War die güterrechtliche Auseinandersetzung komplizierter, entschieden sich die Ehegatten oft zu einem zweiten güterrechtlichen Prozess, der nach dem rechtskräftigen Urteil im Eheprozess möglich war.

Der Mann klagte auf Scheidung, die Frau begehrte die Herausgabe ihrer beweglichen Mitgift und den Unterhalt für ihr minderjähriges Kind und für sich selbst im Prozess, den *Antal Hajek* gegen *Borbála Ovesni* im Frühling 1891 anstrengte. Sie heirateten am 24. November 1887. Wegen der Möglichkeit der Ehescheidung wechselte der Mann im Mai 1890, die Frau acht Monate später vom katholischen zum lutherischen Bekenntnis. Als Protestanten gehörte ihr Eheprozess in den Kompetenzbereich der staatlichen Gerichte in Ungarn. Der königliche Gerichtshof in Pécs entschied erst – um die Ehegatten miteinander zu versöhnen – für ein dreimonatiges Getrenntleben von Tisch und Bett.[50] Da dies erfolglos blieb, wurde die Ehe am 9. Juni 1893 wegen unversöhnlichen Hasses endgültig aufgelöst. Der Unterhalt für das Kind wurde in erster Linie die Mutter, in zweiter dem Mann, dem vermutlichen Kindesvater, auferlegt. Er war ebenso schuldig „ein gemaltes Bett, eine Bettdecke, zwei Kissen, einen gemalten Nachttisch" als bewegliche Mitgift herauszugeben. Die weitere bewegliche Mitgift wurde ihr in Abhängigkeit vom Eid des Mannes zugesprochen. Den Unterhaltsanspruch der für schuldig erklärten Frau wies das Gericht ab.[51]

Der Anspruch auf Herausgabe der Mitgift konnte auch in Erbschaftsstreitigkeiten integriert erscheinen. Die Frau von *Péter Kálmán,* geborene *Anna Bagi,* verstarb am 26. Jänner 1893 in Vajszló ohne Kinder und Testament. Ihr Nachlass, die Hälfte des Gartens Nr. 1711 im Grundbuch Nr. 287 von Vajszló war ihr Errungenschaftsgemeinschaftsanteil, den der überlebende Ehemann erbte. Nach dem Tod von *Péter Kálmán* am 28. Dezember 1894 wurde sein Bruder, *József Kálmán* als sein Erbe „anerkannt". Kurz wurde *József Kálmán* in einen Prozess mit den Geschwistern der verstorbenen Frau um die Herausgabe eines Gartens verwickelt. Die beklagten Geschwister „gründeten ihren Anspruch auf die 200 Kronen Bargeldmitgift der Frau von ihrer Linie. (…) Und da der geforderte Garten den Wert der Mitgift nicht erreichte und der Kläger mit den Beklagten vereinbart hatte, dass die Liegenschaft als Gegenwert der Mitgift auf die Familie *Bagi* zurückfällt und da er eine solche Vereinbarung unterschrieben hatte (…), kann seine spätere verweigernde Erklärung nicht berücksichtigt werden." Dies stellte der königliche Gerichtshof in Pécs am 29. Oktober 1901 fest.[52] Dieses Urteil wurde von beiden oberen Gerichten bestätigt.[53]

Bestand die Mitgift aus Bargeld oder aus vertretbaren beweglichen Sachen, konnte das Verfügungsrecht des Mannes den Nutzen der Mitgift zunichte machen.[54] Falls etwa der Mann überschuldet war, hatte die Sicherstellung der Mitgift große Bedeutung. Die Instrumente der Sicherstellung fußen im traditionellen Privatrecht. Einerseits war die Beschlagnahme der Immobilienmitgift durch die Gläubiger wegen der Registrierung

[42] MNL BML VII/2 b II/168/1872 Testament, das ohne Nummer zur Prozessakte beigefügt wurde.
[43] *Jancsó,* Házassági és házastársi öröklési jog 672-673.
[44] *Zlinszky, Imre,* A magyar magánjog mai érvényben különös tekintettel a gyakorlat igényeire, 8. kiadás, a Reiner János által újra dolgozott munkának harmadik kiadása [Das ungarische Privatrecht in seiner heutigen Geltung, 8. Auflage, 3. Auflage des von János Reiner neu bearbeiteten Werkes] (Budapest 1902) 536.
[45] § 28 GA 1881: XXXVII.
[46] Das Urteil der königlichen Curia vom 23. April 1885 veröffentlichte *Meszlény Artur*, Magyar magánjog I: jogforrások, személyi és családi jog [Ungarisches Privatrecht I: Rechtsquellen, Personen- und Familienrecht] (Budapest 1931) 597.
[47] *Hajós, Béla Ödön*, A készpénz női hozomány biztosításáról [Über die Sicherstellung der Bargeldmitgift] Jogtudományi Közlöny Nr. 34/1895 270-271.
[48] MNL BML VII/2 b II/58/1900 16599p/1900.
[49] MNL BML VII/2 b II/58/1900 58576p/1902.
[50] MNL BML VII/2 b II/209/1890 2807p/1891.
[51] MNL BML VII/2 b II/209/1890 6471p/1893.
[52] MNL BML VII/2 b II/79/1900 13346/1901.
[53] MNL BML VII/2 b II/79/1900 3081p/1902 und 3394p/1902.
[54] *Jancsó*, Házassági és házastársi öröklési jog 682.

des Eigentumsrechts der Frau im Grundbuch unmöglich. Andererseits bewies die Frau die Übergabe der Mitgift, hatte sie das – vom Gegenstand der Mitgift unabhängige – Recht auf Registrierung ihres Pfandrechts auf die Liegenschaften des Mannes bis zum Wert der Mitgift. Drittens hatte die Mitgift, wie schon gesagt, Privilegien: Zurückbehaltungsrecht am Nachlass des Mannes gegenüber den Erben und Priorität gegenüber den Gläubigern.[55] Verfügte aber der Mann nicht nur über den Nutzen, sondern auch über den Bestand der Mitgift, konnte die Frau diese Priorität nicht geltend machen.[56] Sie hatte dann nur die Möglichkeit ihren Anspruch gegen den Vollstrecker[57] durchzusetzen oder ihre Mitgift aus der Konkursmasse vom Gläubiger zurückzufordern.[58] Der königliche Notar, *Béla Ödön Hajós* stellte fest, dass die Frau ohne eine juristische Hilfe wegen dieses „spröden Systems" oft mit der Konsumierung ihrer Mitgift konfrontiert wurde.[59]

Im bearbeiteten archivalischen Quellenmaterial kam die Sicherung der Mitgift regelmäßig vor. Wurde die Bargeldmitgift in die Liegenschaft des Mannes oder eines Dritten (meisten der Eltern) investiert[60], wurde das Pfandrecht der Frau ins Grundbuch eingetragen. Um Sicherung ihrer beweglichen Mitgift strengte *Regina Kohn* einen Prozess gegen den Konkursmassekurator ihres Ehemannes, *Mihály Müller* an, nachdem der königliche Gerichtshof in Pécs als Konkursgericht mit seinem Beschluss vom 4. Jänner 1900 den Bankrott gegen den Mann angeordnet hatte.[61] Das Gericht wies die Klage teilweise, betreffend „10 Liter Gänsefett, 2 weiße Hemden, 1 Meter Holz, 4 Strohstühle, Porzellangeschirr und weiteres Bewegliches im Konkursinventar unter den Nummern 17-23" ab, sprach ihr aber weitere bewegliche Sachen unter Bedingung ihres Eides zu und ordnete die Absonderung aus der Konkursmasse an. Den Text des Eides bestimmte das Gericht wie folgt: „Ich, *Regina Kohn,* Frau von *Mihály Müller* schwöre auf den Alleskönner und Allmächtigen Gott, dass die im Konkursinventar eingetragenen Mobilien, wie 20 weiße Tücher, 6 weiße Tischdecken, 12 weiße Betttücher, 5 Kissen (… usw.) in meinem Eigentum sind und ich brachte diese zum Konkursschuldner *Mihály Müller* aus Anlass meiner Heirat als Ausstattung. Gott soll mir so helfen!" Die Frau konnte den Eid innerhalb von 15 Tagen nach dem rechtskräftigen Urteil ablegen. Aus der Begründung ergibt sich die Aussage des Zeugen *Jakab Kohn*, dass die Titel Nr. 17-23 keine Mobilien aus der Mitgift waren. Doch sagten *Manó* und *Jakab Kohn*, *Dávid Szilecz* und seine Frau, wie *Ádám Schwartz* und seine Frau aus, dass der Beklagte vor seiner Heirat kein Vermögen hatte und dass „die Klägerin die im Inventar eingetragenen Mobilien als Mitgift zu seinem Haus brachte." Das Gericht befand, die geforderten Sachen hätten „wegen ihrer Qualität Mitgift- oder Ausstattungscharakter".[62] *Regina Kohn* legte den Eid – wie das der Prozessakte beigefügte Protokoll zeigt – „am 14. Jänner 1901 ab, damit sicherte sie ihre Mitgift vor den anderen Gläubigern".[63]

Weil die Gerichte nach § 14 des schon zitierten GA 1840: VIII den Beweis der Investierung der Bargeldmitgift in das Vermögen des Mannes verlangten, war in der Praxis ein qualifiziertes Rechtsgeschäft als Mitgiftbestellung nötig, das die Verfügung über die Mitgift klar und eindeutig machte. „Am 17. März 1867 trafen die Tochter von *Dávid Györkő* und *Zsuzsánna Berger*, *Juliánna Györkő* von Tésenfa, zu dieser Zeit die Frau von *Sándor Csöme* in Szerdahely und der Bruder ihres Vaters, *Sámuel Györkő* von Tésenfa wie dessen Erben mit der Genehmigung ihres oben genannten Mannes die folgende, für sich und für ihre Erben unauflösbare und unveränderbare Vereinbarung."[64] Nach dem Tode von *Juliánna* forderte der Onkel von dem verwitweten Mann die Herausgabe der Bargeldmitgift der Frau. Der königliche Gerichtshof in Pécs wies seine Klage mit der folgenden Begründung ab: „Wie in der Vereinbarung stand, bezahlte der Kläger 120 Forint und übergab den Weingarten (an *Juliánna Györkő*). Ob die Zahlung und die Übergabe unter dem Titel der Mitgift oder unter einem anderen geschahen, ersieht man aus dem Dokument nicht. Weiterhin bewies der Kläger den Mitgiftcharakter und die Investierung in das Vermögen des Mannes (…) gar nicht".[65]

V. Mitgiftbegriff in den Entwürfen des bürgerlichen Gesetzbuchs

Die Absonderung des Verlobungsgeschenks und der Mitgift, die in den GA 1840: VIII und GA 1840: XVI und vierundfünfzig Jahren später im Ehegesetz (GA 1894: XXXI) anfing, wurde im Laufe der privatrechtlichen Kodifizierung beendet: Die Zielsetzung des bürgerlichen Gesetzbuchs in Richtung der Mitgift sah *Grosschmid* in der „juristisch rigorosen Trennung" des Sondergutes der Frau, der „Pseudomitgift" von der tatsächlichen Mitgift, denn „das Einbringen in das Haus des Mannes ist kein sicheres Kriterium".[66] Im ersten Text zum geplanten bürgerlichen Gesetzbuch wurde also die Regelung der Mitgift „kurz gefasst" und dem freien Vermögen der Frau folgend platziert (§ 112-120). Die Ursache wurde in den Motiven dargelegt: „Es ist sicher, dass die Mitgift als selbständiges Institut nicht ignoriert werden kann, ihre feste Grundlegung ist sogar eine brennende Notwendigkeit. Ebenso sicher ist, dass dieses Institut nicht das herrschende Institut des heutigen ungarischen

[55] § 14 GA 1840: VIII
[56] *Jancsó*, Házassági és házastársi öröklési jog 386.
[57] § 92-101 GA 1881: LX
[58] § 42-46 GA 1881: XVII
[59] *Hajós,* A készpénz női hozomány biztosításáról 271.
[60] MNL BML VII/2 b II/849/1872.
[61] MNL BML VII/ 2 b II/19/1900 178p/1900.
[62] MNL BML VII/ 2 b II/19/1900 14151/1900.
[63] MNL BML VII/ 2 b II/19/1900.
[64] MNL BML VII/2 b II/897/1872 Aufteilungsvereinbarung, die ohne Nummer zur Prozessakte beigefügt wurde.
[65] MNL BML VII/2 b II/897/1872 7509p/1874.
[66] Erster Text 1900, Motive 200.

ehelichen Güterrechts sein wird und kann."[67] Die Definierung fehlte im ersten Text, doch wurden die wesentlichen Elemente benannt: Die Mitgift ist das Vermögen der Frau oder eines Dritten (§ 114), das dem Manne zur Nutznießung (§ 112) übertragen ist (§ 107); es unterscheidet sich vom freien Vermögen der Frau (§ 108) und dieser Unterschied macht die Übertragung zu Gunsten des Mannes in der notariellen Urkunde eindeutig (§ 113); ist die Mitgift für die Frau vom Vermögen eines Dritten bestellt, ist zur Bestellung die Form der notariellen Urkunde nicht nötig (§ 114); Objekt der Mitgift kann sein, was zur Nutznießung geeignet ist und die Arten der Mitgiftbestellung können unterschiedlich sein, wie bei der Schenkung (§ 112).

Die Frage zu beantworten, ob „die Mitgiftbestellung Schenkung ist, und wenn ja, dann für wen" – sagte *Grosschmid* – ist nicht die Aufgabe des Gesetzgebers.[68] Die Mitgiftbestellung an den Mann für die Frau wurde ermöglicht (*dos receptitia*, § 115) und die Nutznießung der Mitgift wurde von der gewöhnlichen Nutznießung abgesondert (§ 116). In der Rechtsliteratur an der Wende vom 19. zum 20. Jahrhundert argumentierte man mit aller Bestimmtheit – neben der Abgrenzung der Mitgift und des Verlobungsgeschenks – in Richtung der Betonung der speziellen Zielsetzung der Mitgiftbestellung[69] und der Problematik der eventuelle Vermischung der Mitgift mit dem Vermögen des Mannes.[70] Die Rechtsliteratur beschrieb und erklärte also auch die Mitgift auf der Basis des ersten Textes und damit verschwand die Mehrdeutigkeit der Mitgift im ungarischen Privatrecht.[71]

Die selbständige Regelung der Mitgift wurde im zweiten und dritten Text beibehalten, da „die Bedürfnisse mancherleien sozialen Schichten (dies) verlangten".[72] Eine wesentliche Neuigkeit war die Definierung der Mitgift (§ 41), in welcher die Nutznießung des Mannes „Mitgiftnutzung" genannt wurde, um sie von den Dienstleistungen des Sachenrechts zu unterscheiden. Die Besonderheit sah der Gesetzgeber darin, dass die Nutzung der Mitgift „nicht unter der freien Verfügung des Mannes steht, denn sie ist auf die eheliche Lasten, unter anderen auf die Unterhaltspflicht" ausgerichtet.[73]

Nach den feinen Verbesserungen im vierten Text wurde die Mitgift im fünften Text, der als Gesetzesvorlage 1928 ins Parlament gebracht wurde, folgendermaßen geregelt: 1. Der Mann ist berechtigt, die Nutzungen der Vermögensgegenstände zu genießen, die ihm die Frau oder mit Rücksicht auf sie ein Dritter zur Erleichterung des ehelichen Aufwandes bestellt hat (§ 131). 2. Bestellt die Frau selbst die Mitgift, ist zur Gültigkeit ihrer Erklärung eine öffentliche Urkunde erforderlich und das Vermögen der Frau kann weder als Ganzes, noch als Bruchteil Gegenstand der Mitgiftbestellung sein (§ 132). 3. Gibt oder verspricht die Mitgift ein Dritter, kann er einerseits das Eigentumsrecht für sich am Stamm der Mitgift vorbehalten (vorbehaltene Mitgift) oder er überträgt es an die Frau und sie wird ihr zurückgegeben; was ein Dritter zur Erleichterung des ehelichen Aufwandes dem Manne gibt oder verspricht, gilt als Mitgift, es sei denn, dass aus den Umständen eine andere Absicht hervorgeht (§ 133). 4. Im Interesse der Sicherung des Vermögens der Frau wurde das Verfügungsrecht des Mannes über die Mitgift in bestimmten Fällen an die Zustimmung der Frau gebunden (Abs. 1-3 § 134 und § 135) und die Mitgift wurde für den Fall des Konkurses des Mannes sichergestellt (Abs. 4 § 134). Außer den in den Vorschriften über den Nießbrauch vorgesehenen Fällen wurde die Sicherstellung für die Mitgift durch die Verpflichtung des Mannes auf der Basis einer öffentlichen Urkunde ermöglicht (§ 136). Bestand die Mitgift aus Bargeld oder verbrauchbaren Sachen, hatte der Mann freie Verfügung über die Mitgift innerhalb der ordnungsgemäßen Wirtschaft, unter Anwendung der erforderlichen Sorgfalt; seine Rückgabepflicht bestimmte sich nach dem Aufhören der Nutznießung an der Mitgift nach dem Werte der verbrauchbaren Sachen oder nach der Höhe der Bargeldmitgift (§ 137). Endlich wurden die Ausnahmen von der Rückgabepflicht festgelegt (§ 138) wie auch der Grundsatz, dass die Nutznießung an der Mitgift so lange währt, wie die Ehe (§ 139).[74]

Der fünfte Text, der leider als Gesetz nicht angenommen aber wegen seiner Rolle in der Gestaltung der Praxis „unkodifizierten Kodex" genannt wurde, regelte also die Mitgift auf Grundlage des traditionellen Rechtes, aber vom Verlobungsgeschenk gründlich abgesondert, womit alle Unsicherheiten der früheren Praxis beseitigt wurden. Da sich die *dos* des ABGB zur Zeit ihrer Geltung in Ungarn nicht fest etablieren konnte, griffen die Kodifikatoren auch nicht darauf zurück. Obwohl die *Grosschmid'sche* Konzeption des freien Vermögens der Frau auf der oft und mit nationalem Stolz behaupteten selbständigen Stellung der Frau im ehelichen Güterrecht basierte[75], bedeutete es noch nicht die konsequente Durchsetzung des Gleichberechtigungsprinzips. Wie im traditionellen Recht und in den früheren Texten, so bestimmte man auch weiterhin im „unkodifizierten Kodex" die Unterhaltspflicht des Mannes prinzipiell als einseitige Verpflichtung (§ 113). Die Neuigkeit, die subsidiäre Verpflichtung der Frau zum Unterhalt des vermögenslosen und erwerbsunfähigen Mannes im gemeinschaftlichen Haushalt nach Maßgabe seiner gesellschaftlichen Stellung, jedoch nur nach Maßgabe ihres Vermögens und ihrer Erwerbstätigkeit (§ 117) war nur eine Ausnahme. So passte die Beibehaltung der Mitgift in den Entwürfen – mit der Funktion der Erleichterung des ehelichen Aufwandes – sehr gut zum traditionellen Familienmodell des Zeitalters, das nur durch das Familienbild der parteistaatlichen Ära und die eherechtlichen Regel des ersten ungarischen Familienrechtsgesetzbuchs (GA 1952: IV) aufgeräumt worden ist.

[67] Erster Text 1900, Motive 198.
[68] Erster Text 1900, Motive 209.
[69] *Jancsó,* Házassági és házastársi öröklési jog 644 und 652.
[70] *Ders,*645.
[71] Im Almásis deutschsprachigen Werk, das 1924 veröffentlicht wurde, wurde das Institut der Mitgift im Wortlaut der Entwürfe zum bürgerlichen Gesetzbuch ganz kurz dargestellt, ohne Hinweis auf die strittigen Fragen. Siehe Almási, Antal, Ungarisches Privatrecht I (Berlin – Leipzig 1924) 207-210.
[72] Dritter Text 1914, Motive 47.
[73] Dritter Text 1914, Motive 48.
[74] Die deutsche Fassung siehe Ungarns Privatrechtsgesetzbuch, Entwurf, Amtliche Übersetzung (Budapest 1940).
[75] Erster Text 1900, Motive 197-198.

A Historical Overview of the Emergence of Certain Electoral Systems

Csaba Cservák *

Abstract

Around the world we can face with a big diversity in the voting systems. Within certain limits governments have the right to determine how many votes a single citizen is allowed to cast, and how. Therefore we can also find majority-, proportional- and preferenital electoral systems even only in Europe. Single- and multiple-vote systems are neither unfamiliar. While the vote-transfer system is currently employed in Malata and Ireland, until then Germany applies the personalised PR-system. Electoral system in Hungary have changed over time. According to Act XXXIV of 1989, until 2010, the electoral system was an archetype of mixed voting systems: in it, it is possible to gain a mandate both in a single district and through party lists. The Parliament operates with 386 representatives. In 2010 the system was changed under the Act CCIII of 2011. It is still a mixed system, but there are only 199 mandates can be won: 106 in relative majority single constituencies and 93 on a national list. Since it provides compensation after the votes cast in single districts, it is also, essentially, a compensational system.

Keywords: *majority voting; premium list; vote-transfer; personalised PR-system (in Germany), Hungarian electoral model.*

Preface

There exist a number of well-known and widely employed electoral systems. The most defining principle of plurality systems is individual competition between candidates. Such systems can be broken down into two different types: the relative- and absolute majority vote. The latter of these requires more than half of all votes cast in any given constituency in order for a mandate to be won. In proportional voting systems, citizens cast their ballots on party-lists instead, while mixed systems simultaneously encompass the aforementioned characteristics.[1]

Let us take a look at more specific categories now, as they are found in both theory and practice.

Relative majority possesses centuries-old roots in Britain, although naturally, as a modern voting system, it took shape only upon the establishment of civil society. It is a highly disproportional system — even more so before 1832 —, with the geographic size and population count of districts both presenting great fluctuation *vis-ŕ-vis* each other. In addition, representatives were elected by open voting.

Absolute majority electoral systems were created during the second half of the nineteenth century to remedy the shortcomings of the relative majority vote. (Refer to the chapter on voting systems, including the issues of wasted vote and „Condorcet winners"; a method named after Nicolas de Condorcet, French mathematician who lived between 1743 and 1794.) According to *Borda* (1733-1799)[2], objectivity and justice would be best served if voters were allowed to rank all of a district's candidates in their order of preference, with such an order determining the winner after the appropriate calculations. Given the sheer number of candidates, this method, itself never tested at parliamentary elections, might appear difficult to implement; however, it lends great importance to secondary votes, potentially bringing about a „just" form of popular representation based on compromise. The *alternative vote*[3] particular to Australia since 1919 stands on a similar principal footing, also requiring the ranking of candidates.[4] If the primary preferences fail to yield an absolute winner, the secondary preferences on the ballots cast for the least popular candidate are added to the primary votes, repeated, if necessary, by tertiary and lesser

* Dr. Csaba Cservák, Ph.D., Associate Professor, Faculty of Law, Károli Gáspár University of the Reformed Church in Hungary, Budapest, Hungary.

1 DEZSŐ Márta: *Képviselet és választás a parlamenti jogban*. Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest 1998., p. 35. (Hungarian)

2 Márta DEZSŐ, i.m., p. 41. (Hungarian)

3 Also known, particularly in the United States, as *instant-runoff voting*, developed by US architect William Robert Ware around 1870.

4 Interestingly, the matter of prioritisation never truly emerged in party-list voting systems. The author perceives its significance in two ways. First, the secondary preference of voters could come into play in case a party would prove unable to pass the parliamentary threshhold by primary votes alone. Second, if, by one of the existing vote distribution methods (the highest average method in particular), two parties would enter a tie, preference could be given to the party with more secondary votes.

preferences until such time that the first candidate passes the fifty percent mark.[5] (This method bears a certain resemblance to the single transferable vote, distinguished, however, by its lack of proportionality, since alternative voting only awards a single mandate per district.)

It must be highlighted that in theory, alternative voting is more just than absolute majority methods, because the latter only take into account secondary preferences on the two (or more) candidates already having passed into the second round via primary preference votes. By contrast, alternative voting allows for the weighing of *all* preferences, including tertiary or even more distant expressions of support. (*Ad absurdum*, in an absolute-simple majority system, similar to the one previously employed in Hungary, a less rejected candidate eventually claiming victory through secondary and tertiary votes would not even have made it to the second round with just fifteen percent of primary votes!)

What this would mean is that a reserved and less maverick candidate hated by fewer voters than the frontrunners would not even get to the second round in an absolute majority system, even though such a candidate, given all the secondary and tertiary votes received, would be the overall most popular choice.[6] This ties in well with the argument that a government is not only the government of the voters actively electing it, but of all citizens of the country. Therefore, other than its popularity, its *un*popularity is also a relevant factor.

Types of absolute majority voting

The aforementioned absolute majority voting systems can be placed into two categories. In one of these, the first and the second place candidate from the first round are entitled to run in the second round, requiring fifty percent of votes plus one to gain a mandate. This method is known as the absolute-absolute majority system, restricted, for the most part, to direct presidential elections. Under the rules of absolute-simple majority, acquiring a simple majority in the second round is sufficient, naturally allowing more than two candidates to run, although deals struck by the political parties involved often cause such additions to drop out, reducing the actual number of candidates to just the two most popular. (The *Hungarian voting system previously in effect followed this method*.[7] The procedure particular to France is placed under scrutiny in the final chapter dealing with the French system of government and electoral system.)

Experience dictates that due to voter abstention, candidates having attained at least forty percent of the vote during the first round will tend to retain their advantage in the second, while those in the lead with thirty percent or less stand on a more shaky ground: the chief factor in whether or not they will also emerge victorious in the second round is secondary preferences.[8]

The nuances of the relative majority system have already been discussed, the implementation of which would force existing political parties to join forces and run joint candidates together, thereby making factional alliances more transparent and evident to the voter. This factor, given the system's single-round, party-list nature, would be more equitable to citizens, granting them a clear picture of just who else they are about to support alongside their own favourite parties. Because of this, an argument could be made for the implementation of relative majority single-member districts in Hungary.[9]

Current legislation also allows for the running of joint candidates.[10]

On a related note, the second round also allows voters to pass their judgements on any coalitions that might have been formed, taking into account party declarations and communications. This is their only way of doing so, given the indirect nature of the prime minister's selection — with the exception of the Israeli system.

Block voting

As evident as it may sound, it is nevertheless important to point out that one district equals one mandate (therefore, the *district magnitude* is one). On the other hand, this is by no means a necessity in plurality voting; the classical English system typically allocated two mandates per district, allowing citizens to vote for two candidates.[11] Even as far as the mid-twentieth

[5] In case no one managed to acquire the absolute majority of primary preferences, the process continues with the candidate possessing the least amount of ballots dropping out, their votes collected into bundles, this time with the secondary preferences in mind, adding these bundles to the ballots of remaining candidates. In the event that an absolute majority winner is still not found, the next-to-last candidate's vote-bundles are similarly distributed among remaining candidates, and so on and so forth until somebody reaches the absolute majority threshhold.

[6] (A similar mathemathical dilemma could arise the following way: while even in the second round, the absolute majority method only gives relevance to secondary preferences, it is entirely possible that a candidate would become a representative under the alternative voting system only through tertiary or lower votes — in other words, purely out of a lack of rejection by their opponents.)

[7] Compared to the previous Hungarian system, the current French model presents a peculiar case. In single-member constituencies, if the first round yields no absolute winner, the second round is played out between the winner and the runner-up of the first round, as well as anyone else with at least 12.5% of votes. (This model could be deemed more just than the Hungarian system, because a third candidate — and any additional ones — only „interrupt" the race if they possess substantial support and backing from the population; instead of merely gaining a bargaining position against the „big shots". By principle, it is an absolute-absolute majority system, only becoming absolute-simple in exceptional cases.)

[8] András KÖRÖSÉNYI: *A magyar politikai rendszer,* Osiris, Budapest 1998., pp.153-154. (Hungarian)

[9] Naturally, the fact that the single-round relative majority system produces disproportionate results remains an argument against it. Another of its drawbacks is that even though an election carries its consequences over the next four years, its outcome is determined in but a single day; comparatively a very short time period. Two rounds mean at least two days, thereby decreasing the „random" factor so heavily present in single-round voting. For example, weather may discourage certain voter demographics from casting their ballots and a single piece of sensationalist news may captivate and manipulate voters for just enough time. (Fair weather often incentivises farmers to work their land, families to go hiking, etc.)

[10] Unlike in the case of joint- and affiliated lists, the current Hungarian electoral statute gives no allusion as to where fractional votes cast on joint candidates are allocated.

[11] In 1967, Mauritius converted from a relative majority system with forty single mandates to a relative majority system with twenty triple mandates. Later, they also implemented ten balancing mandates. The Seychelles employed seven double mandate- and one single mandate districts.

century, certain countries (such as the UK, India, Canada and the USA) featured a few (!) multiple mandate constituencies, while the rest of the country could only send one representative to parliament; or congress. This solution — even though certain sources disagree — is a form of plurality voting, rather than constituting a proportional model.

The same can be said of the singe-list system, formerly known as the small-list system, which is currently employed in Hungary during municipal elections and which also featured in the draft of a number of French electoral legislation proposals. Also called block voting, the essence of this model lies in the relative majoritarian distribution of mandates. Each citizen has as many votes as there are mandates to acquire in any given district. It was first employed in the Australian Senate from 1901 to 1948.

The cumulative single-list system differs from the single-list system in that it allows voters to cumulate all their votes for a single candidate. (The cumulative party-list system, detailed later, can itself be differentiated from its single variant by the fact that its distribution of mandates is based upon the ratio of votes cast on the various party lists. Therefore, cumulation only enters the fray in determining the order of candidates on any concrete list. It is considered a semi-proportional model.)[12] It remains a system predominantly featured in the Anglosphere: its first occurrance was in the Illinois House of Representatives in the United States between 1870 and 1980. From the late nineteenth century, both the US and the UK have been using this method in various school board and corporate elections. In the latter case, individual US states (currently seven) would sometimes enforce it as mandatory.[13]

Preferential systems

According to the time-honoured view, in a proportional/party-list system, citizens are only entitled to vote on party--created lists, with no ability to influence who their vote personally benefits. Is this truly the case, even today?

Proportional electoral systems first „came into fashion" in the early twentieth century: 1906 in Finland (then part of the Russian Empire), 1909 in Sweden, 1917 in the Netherlands, 1919 in Switzerland, Italy and Norway alike. In Denmark, Germany and Austria, 1920 marked the year of conversion from a majority model to a list-based, proportional one. Practically in the cradle, these methods began to branch out and develop more nuanced alternatives, such as the various preferential systems, their true advent made manifest in the second half of the twentieth century.

The question of vote structuring determines how many votes a single citizen is allowed to cast, and how. There exist single--vote and multiple-vote systems. The latter can be broken down further into *preferential models, models that enable the cumulation of votes and models that allow for vote splitting.* In the first case, voters are entitled to make modifications on the party-list, swaying them towards their preferred candidate. In the second case, it is possible to reinforce the position of one candidate by allocating them extra votes, further increasing their chance to gain a mandate. Lastly, the third model opens up the aforementioned possibilities in the case of lists as well.

In terms of the right of voters to bring about such modifications, the various preferential systems paint a colourful picture worldwide. *Only one preferred candidate can be designated in Austria, while the same number is four in Italy. It is possible to split votes in Switzerland and Luxemburg, giving each voter as many votes as there are mandates to gain in a district, which can be cast for different parties. By now, in most Western European countries, allowing citizens to influence party list compositions has become common practice.* In Belgium, the influence of preferential votes determines almost fifty percent of the order of candidates on party lists. The German system remains almost the only one disallowing this practice, its single districts purporting to substitute for the lack of choice between individual persons.

Since the fall of Communism, a number of Central-Eastern European countries also implemented ways to create more flexible party lists. In *Poland*, citizens must select a name from a regional party list, an act with which they also cast their vote for that candidate's party itself. Similarly, the *Slovene* model divides electoral districts into single-member constituencies, in which single candidates are also the nominees of their respective party lists. Again, voting for a candidate is also voting for a party list.[14] Mandate distribution is based on the proportion of ballots cast for each party list, giving successfully acquired mandates to candidates having won the greatest number of votes on their respective lists. *Czechia* and *Slovakia* also allow their voters to influence the prearranged order of party lists. Each citizen may designate four candidates they have especial preference for. Such preferential votes will result in the acquisition of a mandate in the event that at least ten percent of voters in the district cast such a vote, and the candidate in question managed to seise at least ten percent of all the preferential votes his party received. *Austria* operates similarly, except it requires an amount of preferential votes equal to at least half of what is necessary for a single district mandate, or one-sixth their total number cast in their party's favour.

Finland's „flexible list" enables party list rankings to be molded entirely by voter will; on each ballot, the candidates of parties are merely displayed in alphabetical order.

(European practice indicates that party list rankings provided by the parties themselves will seldom be altered by preferential votes. Still, it is a matter of principle to allow a modicum of choice between the individuals running on the same platform, preventing the „secondary recruitment" within the parties to be the sole decider of who gets into parliament. In our view, such methods unite the best of both worlds from single-district

[12] FÁBIÁN György-KOVÁCS László Imre: *Voksok és mandátumok*. Villányi úti könyvek, Budapest 1998., p. 43. (Hungarian)

[13] See: *„FairVote - State Regulations on Cumulative Voting for Corporate Boards"*. archive.fairvote.org, 2016.

[14] In our view, given that it disallows selection between different candidates of any given party, this model isn't a preferential-proportional system. Instead, it shows more similarity with the kind of personalised PR systems currently in use in Germany.

and party-list voting systems, aiming for an equitable solution in mandate distribution, acceptable both in terms of directness and proportionality.)[15]

Premium list systems

In Hungary, Act XXII of 1947 (along with creating discriminative rules for nominations and disqualifications) introduced the premium system. In it, attaining 60% of the vote automatically awarded 80% of the seats in parliament, while gaining 75% would land that faction all (!) mandates. The quotient was raised to 14,000 and national lists to 60 candidates. Another early example for majority bonuses is found in Fascist Italy from 1924 on, retained but moderated in its effects by the 1946 republic.

Premium systems similar to the above are still in use today. For instance, the electoral system of *Paraguay* allocates two-thirds of all mandates by default to the party standing victorious in the elections, distributing the rest proportionally. In *South Korea*, 244 representatives are directly elected, 38 by the winners themselves and 37 by the other parties. The winner in *Malta* is granted an additional four premium mandates. (It is a popular misconception in Hungary that under the rules of the current system, the party carrying an election is given the mandates of its rivals that failed to meet the minimum electoral treshold.

Limited voting (LV) can be considered a unique[16], semi-proportional voting system. Initially a British invention to be used in a number of individual constituencies between 1867 and 1885, it later appeared in the Kingdom of Italy, US-occupied Japan and post-Franco, democratic Spain. Similarly to block voting systems, this method essentially enables participants to select *multiple* single candidates. However, citizens have fewer votes than there are mandates distributed in any single district. (For example, there used to be two single constituency votes allocated to Japanese citizens, with four to ten attainable mandates.) Why would this method be more proportionate than block voting, itself widely classified as a majority system? The answer is made apparent through a simple deduction. In the latter system, whenever a party or a faction enjoys overwhelming popularity in any given district, all its supporters tend to throw their whole weight (votes) behind this group. This is made especially likely in today's party-centred political atmosphere. In such a case, a candidate with 25% popularity will always defeat another with 20%. By contrast, the LV system distributes more mandates than the amount up for grabs by the most popular candidates, thereby allowing some form of representation for their opposition as well. (Under a two-vote model, this tends to lead to the first and second place belonging to Party A, with the third and fourth going to Party B. In such systems, parties usually run as many candidates as there are votes, otherwise, said candidates would also compete against each other.) The SNTV system, also formerly employed in Japan, is considered a subtype of LV, giving each voter one vote in a district with multiple mandates to win. However, it is necessary not to mesh them together, seeing as multiple votes enable the option of vote splitting, thereby constituting a factor of primary importance when classifying voting systems. In this sense, one- and two-vote systems can be sharply differentiated. Therefore, there is a far greater distance between one and two than between two and three. (Japan has since converted to a mixed voting system.)

SNTV carries a large risk factor for parties, especially major ones, necessitating in-depth surveys to determine their electoral support. If they run fewer candidates than it would be justified by their popularity, then a great many votes cast for them will end up wasted, not contributing towards the acquisition of mandates. If, on the other hand, they stand too many candidates, they run the risk of having the vote splintered among them, decreasing each other's chances and potentially allowing outsiders to have the last laugh and snatch mandates, leading to results worse than the party's electoral support would suggest.[17]

The vote-transfer system

The virtues of proportionality and choice between individuals are organically conjoined in the vote-transfer system, originally conceived by British mathematician and schoolmaster Thomas Wright Hill in 1819 and later expanded upon by political scientist Thomas Hare in 1857.[18] It saw its first use during the 1856 Danish Rigsdag elections, adopted for the second chamber within a year. The vote-transfer system is currently employed in Ireland and Malta[19]. In multiple mandate electoral districts, citizens are expected to vote for *and* rank as many candidates as there are potential mandates in the district.

1. After the ballots have been cast, the *Droop quota*[20] serving as the basis for mandate distribution is calculated. It is arrived at by dividing all valid votes cast in the constituency by the total number of allocated mandates plus one, and then adding one again to the quotient thus gained. Any candidate

[15] Further reading on the various methods of mandate distribution: Arend LIJPHART, Arend: Választási rendszerek: típusok, formák, fejlődésvonalak. In FÁBIÁN György-KOVÁCS László Imre (szerk): *Választási rendszerek*, Osiris-Láthatatlan Kollégium, Budapest 1997., pp.69-71 (Hungarian)

[16] LIJPHART, Arend: i.m. p. 85.

[17] FÁBIÁN Gy.-KOVÁCS L. I., i.m., p. 44. (Hungarian)

[18] HUMPHREYS, John H.: *Proportional Representation, A Study in Methods of Election*. London: Methuen & Co. Ltd., 1911.

[19] Ever since the 1974 Maltese constitutional revision.

[20] This is sometimes confused with the Hagenbach-Bischoff quota. The difference lies, first and foremost, in that the latter method works only with whole numbers gained through the quotient, instead of rounding up and adding one in case of fractions, as seen in Ireland. (Naturally, when working with a multitude of votes, the above amounts only to a very minor difference between the two quotas.) In addition, the Hagenbach-Bischoff formula is known not only as a quota system, but also as a mandate distribution method employed, among others, in Hungary. It breaks the distribution of mandates down to two phases; in the second one, unallocated mandates are meted out to the parties using the highest averages method. (In Hungary, a similar technique — the D'Hondt method — is employed as the second stage of a two-level system, rather than merely the distributory phase of a single-level formula. Therefore, even here, we can observe nuances of difference.) On the differentiation of specific terminology, see: FÁBIÁN Gy.-KOVÁCS L. I., i.m., pp. 37-38.

whose number of primary votes reach the Droop formula is elected.

2. If all mandates cannot be distributed using the above method (which, given trends of vote division, is rather likely), a new calculation is necessary. The votes of candidates already elected are divided again, based on the secondary preferences indicated on each ballot, but the votes of secondary candidates are only increased by a single rate. This rate is:
   The number of votes of an elected candidate – Droop quota
   The number of votes of an elected candidate
   Whoever manages to reach the quota by adding this number to the number of his votes acquires a mandate.
3. If all seats allocated to this district are still not filled, the votes of the candidate receiving the least amount of primary votes are annulled, distributing the candidate's ballots based on the secondary preference written on each, between the candidates still lacking a mandate. Those reaching the Droop quota are elected.
4. If even after this step, there remain unclaimed mandates, the ballots of those who gained a seat according to points 2 and 3 are redistributed along secondary and tertiary preferences following the above method. Again, candidates arriving at the Droop quota gain a mandate.
5. In case the mandates are still not fully distributed, the entire process continues as long as necessary.

In order to guarantee proportionality, multiple layers of voter preference must be taken into account. In spite of it being a single-winner vote, party candidates — in fact, candidates in general — tend to inform the electorate about whose backing they would find desirable after their own. (It is expedient for parties to weigh their own popularity and run only an optimal number of candidates in order not to affect each other's chances negatively.) In Ireland, for example, the district magnitude is 3.7, therefore, their lower-preferences candidates matter less. Placing less burden on voters, lower magnitudes are certainly more advisable under the aegis of such systems.

I. HOW CAN WE CLASSIFY THE SINGLE TRANSFERRABLE VOTE? „Is the single transferrable vote proportional?" A question we can rightfully ask, despite academic literature categorising it as such more or less unanimously. The answer is far from simple.[21]

The essence of proportionality is that the composition of parliament be as close to the overall will of the voting citizen as possible. However, the determination of such is possible only when there is a way to properly survey that will, on the national level. This is only achievable with categoric voting, for in the case of ordinal ballotting, a uniformal treatment of primary, secondary and tertiary votes is problematic.

The issue is further complicated by the fact that in a proportional voting system, the requirement of proportionality pertains to political parties — under the transferrable voting system, parties gain no form of compensation whatsoever. „Proportionalisation" is usually construed as an act of taking into account alternative voter preferences. The chief factor effecting such a proportionalisation could therefore be the electorate supporting the candidates of a *single* political force. If this doesn't occur, parties will gain no compensation for surplus votes.

A candidate with relatively numerous primary votes, but without a sizable amount of secondary and tertiary votes will not gain a mandate, also depriving his party of compensations. In a reversed scenario, a candidate with fewer primary, but all the more secondary and tertiary votes might also find it insufficient to succeed. (At most, votes cast for such candidates can only benefit their parties in terms of them being cast for candidates with the fewest primary votes.) On the other hand, secondary, etc. votes cast for candidates who have, in an earlier stage of calculation, already seised a mandate will not be utilised; the principle of proportionality does not apply here. Therefore, „leading" candidates certain to receive a great many primary votes should not be given an overt amount of secondary votes in order not to waste them. Under this system, a 20-20% breakdown of primary and secondary votes of two candidates does not equal a 40-0%, or a 0-40% result between the same two candidates. (The latter being more useful, since the first round of calculation only takes into account the more prominent preferences; only in later stages do the rest get accounted for, allowing other parties to seise mandates beforehand. This also makes the lack of a crystallised hierarchy within political factions a liability. In such a voting system, announcing, or at least signalling the order in which supporters should vote for a party's candidates is advised.)

We can see that STV isn't merely a proportional system, but rather a unique, complex and weighted methodology taking into consideration multiple layers of voter preference. It is worth pointing out that in a proportional system, a candidate reaching 10% might potentially be opposed by 90%. On the other hand, a party attaining 4% — itself below the current parliamentary treshhold in Hungary — could still be somewhat sympathetic to 80% of the electorate. In a single-member district, a candidate acquiring 45% of the vote may defeat a 40% opponent, while it is entirely possible that the remaining 15% would rather support the latter.

Even though we've mostly been discussing party candidates here, it is to be noted that independents are also afforded a lot of opportunity under this model. Candidates of small parties and those who run „independently" might see more secondary ballots cast for them than additional (second, third, etc.) candidates of larger factions would; especially if these factions have strong front-runners. Favourable tertiary and lower preferences are also beneficial.[22] Even voters with a strong conviction might be more inclined to support independents or candidates

[21] See: RAE, Douglas W.: *Political Democracy as a Property of Political Institutions*. In FÁBIÁN György-KOVÁCS László Imre (rev): *Választási rendszerek*, Osiris-Láthatatlan Kollégium, Budapest 1997., p. 63. (Hungarian)

[22] Even in a district with nine mandates, more than 10% of the vote is required to pass the post in the first round of calculations, which does not favour minor candidates. However, if they receive a significant enough number of secondary and tertiary votes on ballots cast for those who gained a mandate with an overwhelming majority of primary votes, they might significantly benefit. The same holds true in the case of secondary votes they receive on ballots cast for candidates with the *least* amount of primary votes. This way, minor players unwittingly support each other.

of smaller parties on the lower echelons of preference. Certain persons of note — locally reputable candidates especially — are able to collect a decent amount of votes from multiple angles of the political spectrum.

Conversely, front-runners of big parties also need at least a degree of acceptance from supporters of smaller or no parties in order to gain the necessary edge. Under this system, even the largest political factions are advised to run their candidates as independents — such a disassociation can yield them more secondary and tertiary votes, but there not being a compensational list, there is also nothing to lose this way.

We can clearly see from the analysis provided above that the vote-transfer system carries a variety of new elements into an overly polarising political system operating under a „binary code". The presence of secondary preferences and the improved chances of independent candidates both help representing society along different lines of association, thereby — in the author's view — serving as an excellent tool especially in the selection of a second chamber of parliament.

With regards to the government, we can add that the purpose of traditional majority systems is to create the means for any given political faction to govern by way of a majority in parliament. It is possible that a government enjoying the support of the 51% is strongly opposed and even obstructed by the remaining 49%. In contrast, by taking into consideration secondary preferences, the Irish (and, to a lesser degree, the Australian) electoral system imbues its victors with a legitimacy that does not merely indicate the greatest support, but also the lowest disapproval. The government's efficiency is thus reinforced through a more constructive social approach.

The personalised PR-system of Germany

Given German influence on the Hungarian constitution, the voting system of Hungary is often compared to the one currently in effect in Germany. This makes it especially worthwhile to place its rules under scrutiny. Introduced in 1953 under American supervision, the German voting method is not a typical mixed system, but rather the so-called personalised PR-system. It is also proportional; its disproportionality remains around 1%. Its proportional (party-list) nature is further reinforced by its distribution of mandates based exclusively on party-list votes the following way:

1. Eligible citizens possess two votes: one of them to be cast for a single district candidate, the other for a provincial list. Candidates attaining *relative* majority in one of the 299 single-member districts are already guaranteed a seat in parliament.
2. The parliament operates with a total of 598 members, which is therefore the number of mandates to be distributed. This process only takes into consideration ballots cast for party lists. Parties failing to achieve a 5% national total of votes, or winning at least three single-member constituencies are disqualified, with votes cast in their favour ignored thereafter.
3. Using the Hare-Niemeyer method, the first stage of allocating the 598 mandates is the national level. Afterwards — using the aforementioned algorithm —, the number of mandates thus arrived at are distributed between the *territorial* party-lists.
4. In every given province, the number of single district mandates won is subtracted from the total number of mandates allocated to the same party. Any remaining mandates are subsequently distributed according to territorial lists.
5. In case the number of mandates a party receives is higher than the number awarded to them in step three — itself made possible by the guaranteed seat of single district winners —, then the party is entitled to keep such surplus mandates (*Überhangmandate*). Not only do the other parties receive no compensation for this, this act also increases the base number of seats in parliament.[23] (This phenomenon remained a rarity in earlier decades, while the number of surplus mandates has seen a steep rise in recent years.)[24]

Another related technique previously employed in France was the so-called „reinforced PR-system", under which absolute majority victories in regional party list votes resulted in the acquisition of all available mandates. If the victor only attained a relative majority (less than fifty percent plus one), then the mandates were allocated proportionally. Similarly, the apparentment (introduced in Switzerland in 1919 and France in 1951) is an effective electoral alliance of usually non-major parties without the formation of joint lists. Much like under „reinforced PR", an absolute winner will take all mandates, but failing that, this system opens up the opportunity for an apparentement to claim the constituency's mandates in the same manner. If even this alliance proves unable to attain absolute majority, mandate distribution commences according to the D'Hondt method; where such a cooperation still remains beneficial.[25]

The first Hungarian electoral model after the fall of Communism

The previous electoral system in Hungary (1989-2010) remains, by all accounts, an archetype of mixed voting systems: in it, it is possible to gain a mandate both in a single district and through party lists. Parliament operates with 386 representatives.

[23] KAASE, Max: Personalized Proportional Representation: The "Model" of the West German Electoral System In FÁBIÁN György-KOVÁCS László Imre (rev): Választási rendszerek, Osiris-Láthatatlan Kollégium, Budapest 1997., p. 162. (Hungarian)

[24] In February 2013, legislation pertaining to the aforementioned legal norms effected certain modifications. Accordingly, each surplus mandate is now equalised by a so-called balancing mandate, granted to every other party that attained parliamentary representation.
The institution of surplus mandates used to be a benefactor of big parties. During the latest Bundestag elections of 2009, there had been 24 surplus mandates, all of them acquired by the conservatives. This legislative change now forfeits this advantage, thus favouring the smaller parties. (It was the country's constitutional court that annulled the rules of mandate distribution. The ruling body's reasoning was that previous legislation violated the principles of the equality of voting power and that of political parties. Among others, this had been the reason for subsequent changes.)

[25] LIJPHART, Arend.

The party lists themselves manifest on two levels: regional (52 seats) and national (58 seats). Therefore, the struggle for mandates is waged on three fronts, while the citizens themselves are only allowed to vote for a single district candidate and a regional list (corresponding to a county or the capital). In a peculiar way more or less unprecedented in international practice, mandates acquired through the national list are determined by the fractional votes of regional lists and single constituencies. The national list thus harmonises the two „branches", creating a mixed system based on compensation and standing in stark contrast with the so-called „trench system"[26], which ignores mandates acquired through majorities when determining mandate distribution through party lists.

The previous Hungarian electoral system employed a method not yet seen elsewhere in determining mandate allocation on the regional party list level.[27] (With the national list, it followed the D'Hondt method). Accordingly, the basis of distribution in the first round is the Hagenbach-Bischoff quota. However, *in the second round, attaining just two-thirds of the quota can also result in winning a mandate.* If they are still not all accounted for, the remaining mandates are transferred to the national list, eliminating the significance of the largest remainder. Therefore, the Hungarian system isn't an LR (largest remainder) system. Under this method, „the scope of support itself does not matter, instead, what matters is whether the number of votes attained by the parties who have not yet acquired a mandate is greater than the remainder votes of those who have".[28] We could perhaps dub this technique the „partial LR method", given that the „remainder" here is still the basis of mandate allocation in the second round, except the minimum value of this remainder is only two-thirds of the quota.[29]

This solution was thus especially disadvantageous for lesser parties unable to meet the requirements, since a lot of counties with five or six mandates set the aforementioned minimum at ten percent. Given the significantly smaller number of mandates inherent to the national list, the distribution method above proved to be one of the greatest wellsprings of disproportionality.

The new Hungarian electoral system

The new voting system that saw its baptism of fire in 2014 can also, without a doubt, be classified as a mixed system.[30] Since it provides compensation after the votes cast in single districts, it is also, essentially, a compensational system.[31] Vote structuring remained intact in that citizens are still given two different types of vote. When it comes to the number of ways mandates are attainable, the previous three is now also two only: 106 in relative majority single constituencies and 93 on a national list. The latter encompasses party list votes and compensation alike; regional/county-based lists were abolished. Single districts were transformed from absolute to relative majority.

After such a brief summary, let us take a more thorough look at the available paths to mandate acquisition under Hungarian legislation both old and new.[32]

According to the new electoral law, the mandates provided by the national party list are to be allocated through the following procedure:

a) the number of party list votes must be combined with the fractional votes received by the same party (hereinafter: the number of party list votes),
b) all party list votes must be added together,
c) all party list votes and minority list votes must be added together (hereinafter: national list votes),
d) the number of national list votes must be divided by four; the quotient thereby arrived at is the preferential quota,
e) in the event that the number of ballots cast on a minority list is equal to or greater than the preferential quota, the minority list in question receives a preferential mandate; one such list can only acquire one preferential mandate; and the number of obtainable mandates on the national list must be reduced by the amount of preferential mandates thus meted out.

It has to be emphasised that rather than reaching one-fourth of the treshold, minority lists need to reach one-fourth of the quota instead.[33] This is ultimately far lower than the treshold. Even if a given list could manage to acquire a mandate under

[26] KASAPOVIC, Mirjana – NOHLEN, Dieter: Választási rendszerek és rendszerváltás Kelet-Európában. In FÁBIÁN György-KOVÁCS László Imre (szerk): *Választási rendszerek*, Osiris-Láthatatlan Kollégium, Budapest 1997. (Hungarian) Accordingly, Albania, Lithuania, Croatia and Russia all operate with a „trench system".

[27] Although the system in place in Belgium shares some similarities with it.

[28] See: FÁBIÁN György-KOVÁCS László Imre: *Voksok és mandátumok*. Villányi úti könyvek, Budapest 1998., p. 90. (Hungarian) The author duo highlight the difference between remainder- and fractional votes. Remainder votes are the ballots unutilised during the primary round of mandate distribution while fractional votes represent the sum carried on from the counties after the final process. In our view, the quote above can be somewhat misleading, since even according to the largest remainder method, party strength would not be the main deciding factor. Here too, what matters is whether the remainder votes of the party that already attained a mandate are more numerous than the vote count of those that did not.

[29] Traditional Hare methods first determine the number of votes required for the acquisition of a mandate, and then begin to distribute them. The quota equals the total count of valid votes cast per district divided by the number of mandates up for grabs there. The number of mandates acquired by each party corresponds to the number of times this quota is found in the total amount of votes they received. When employing an LR-Hare system (largest remainder), all mandates are handed out; if the first round fails to accomplish this, then the rest of the mandates are allocated according to the number of remainder votes left for each party.

[30] CSERNY Ákos-TÉGLÁSI András: *Certain Elements of the Transformed Hungarian Electoral System in the Light of the Experience of the 2014 Elections*. Osteuropa Recht, 2015/3. szám, pp. 338-339.

[31] Given that it also compensates district winners (see above), we could just as well deem it one of the „trench systems".

[32] See also: SMUK Péter: *Választójogunkról csak pontosan, szépen…*Közjogi szemle, 2014/3. sz., pp. 67-68. (Hungarian)

[33] FARKAS György Tamás: *Többség és kisebbség a hatalommegosztás rendszerében,* p. 2. (Hungarian)

regular rules (without the one-fourth benefit), its chances to gain entry to parliament would gravitate towards zero, most likely being well under the five percent treshold currently required. Abolishing this demand would, in itself, be a tremendous boon. In conclusion: from a standpoint of electoral mathematics, it is extremely viable to create a minority list. Each vote cast here carries much more power than it would in the case of ordinary lists.

Any remaining mandates after *this* are distributed following the procedure below:

1. A table must be created with its first line containing the number of votes cast on both party lists and — after subtracting the preferential quota — minority lists (hereinafter: votes); afterwards, a numerical column is made under the votes of every party- and minority list, whose first number is to be half of the votes cast for that list, the second number one-third, and so on.

2. Mandates are allotted via this table: wherever its largest number is found, that list must be given a mandate; afterwards, the second largest number must be found and a mandate allocated to the corresponding list; this is to be continued accordingly until all mandates have been handed out.

3. If the table features identical numbers for multiple lists, and these numbers would normally yield a mandate, but the count of leftover mandates is fewer than the lists thus locked in a tie, then the ranking order of lists determines the order in which mandates are distributed.

In essence, these rules create an allocation system analogous to the D'Hondt method, much like the compensational mandate distribution of the previous electoral law of Hungary.[34]

Compensation is merited through fractional votes. In a single district, fractional votes are:

a) each vote cast for a candidate that failed to win a mandate, and
b) the tally of votes received by the victorious candidate, minus the vote count of the runner-up, minus one.

The provision above is a novelty of the new electoral law. It remains virtually unprecedented that the victor of a single district would also be compensated in this particular manner.[35]

[34] Mathematically speaking, the table's first dividend not being 1 favours the stronger parties.

[35] It certainly isn't without its justifications either. This system effectively differentiates „winning small" and „winning big". Even when a district race is practically in the bag, candidates are still incentivised to campaign and present an even better case to their voters.

Albanian Assembly (Parliament) between Tradition and Development. A Historical-Legal Approach

Engjëll Likmeta *

Abstract

In the context of the testimony of ancient legislature traditions, particular attention should be paid to the legislative branch and the development of parliamentarism as an invaluable asset of the Albanian people.

This paper's goal is to consider the law-making institutions from the historical-juridical perspective as a special form of social and political organization. These institutes are shaped in a manner that is conducive to the development and consolidation of the Albanian state. From time to time they have remained solid in relation to the international jurisprudence, thus enabling the development of an original parliamentary tradition whose roots are deeply rooted in Albanian customary law.

In this paper, the stages through which the Albanian parliamentarism has passed constitute an important part. The Albanian historiography considers the Vlora Assembly of 1912 as the embryonic stage of the contemporary Albanian parliamentary system. The author believes that the Congress of Lushnja, the legislative power in the Albanian Kingdom's Constitution and the contemporary period of political pluralism are of the same importance.

In particular, this paper writing will duly consider with the deserved attention the modern Albanian electoral legislation and its specifics.

Keywords: *Assembly; Legislative; Law; Electoral.*

1. Introduction

It has already become a practice of my own to provide some brief historical considerations at the start of any of my work papers treating the history of law, its development and prospective in Albania.

In Albanian native-speaking lands, the tradition of representation systems has not been a strange practice [1]. People's representative bodies, the so-called Assemblies, as concept and idea, date back early in history [2]. Thus, in ancient times, the administrative units of the Illyrian state elected annually the Legislative Council and their representative bodies which came out from the general convention [3].

Therefore, people assemblies or conventions are considered as the early organizing forms of Albanian parliament.

The people conventions (assemblies) acknowledged as representative bodies of popular primitive democracy were, in some way, parliamentary institutions where different social, political, economical and legal matters were raised and discussed [4]. However, it must be stressed that the Albanian parliament recognized as institution dates back in history more than a century from now and is closely related to the development of the Albanian state [5].

According to Albanian customary law, Assembly was the highest body of self-governing on local and central basis [6] otherwise called the Convention of Men [7], or the Convention of Mountains or Mountaineers [8].

The convention held a number of powers concentrated in its hands such as the legislative, the executive, and the judiciary. Moreover, it had the responsibility to provide public order and executive and decision-making role for the local community with regard to agricultural, economic and social problems [9]. As a rule, the Convention (assembly) was organized temporary.

* Associate Professor Engjëll Likmeta, Ph.D., Department of Criminal Law, Faculty of Law, University of Tirana, Albania.

1 ANASTASI, Aurela, *Political Institutions and constitutional law in Albania (1912-1939)*, press house "Luarasi", Tirana, 1998, p. 153.

2 AUTHORS'S GROUP, *History of state and law in Albania*, part one, Press house "Luarasi", Tirana, 1997, p. 18-20.

3 ACADEMY OF SCIENCES OF ALBANIA, Institute of History, *History of the Albanian People*, 1st volume, Press "Toena", Tirana, 2002, p. 82.

4 CANA, Jaho, *Assembly institution under customary Laberia law*, University of Tirana, Faculty of History and Philology, Department of History, "Doctor" scientific degree topic, Tirana, 2012, p. 100.

5 Furthermore: https://www.parlament.al/kuvendi/historiku/ accessed online dated 04. 03. 2017.

6 ELEZI, Ismet, *Canon of Labëria*, Publisher "TOENA", Tirana, 2006, p. 58.

7 GJEÇOVI, Father Shjefën, *Canon of Lek Dukagjini*, Press House "Kuvendi", Editor "Geer", Tirana, 1999, p. 100.

8 MARTINI, Xhaferr, *Canon of Dibra*, 2nd Edition, press house "Emal", Tirana, 2007, p. 183.

9 ELEZI, Ismet, *Canon of Labëria*, Press "TOENA", Tirana, 2006, p. 58.

Only male representatives of families who enjoyed equal rights and duties constituted the assembly[10]. The latter should be armed[11] and the discussions were always held in circular or semi-circular form in the convention (assembly).

As sanctioned by the Convention (assembly), there were the freedom of speech and the right to be heard and above all to respect the human dignity and integrity[12]. Convention representatives were replaceable and could not inherit their duty. The Convention exercised its activity based on customary law in the area where Canon extended its activity by also indicating the place where the convention should be held. These places were mostly church courtyards and city centres[13].

Albanian traditional society[14] recognized some main organising forms, such as: the Convention (assembly) of the tribe[15], the convention of village, province or the inter-province[16]. However, the first Conventions (assemblies) – as that of the tribe, village and/or province – were, otherwise, known as partial conventions (assemblies). The inter-provincial or large convention (assembly) was defined as the general convention addressed issues of great national importance[17]. A similar event was the Convention of Albanian Nobles held in St.Kolli's Cathedral in Lezha on March 2, 1444[18]. The main target of the Convention was the political union of Albanians and the territorial defence of the country from the Turkish invasion and beyond[19]. In essence, Lezha Covenant was a national political and military alliance with the highest body, the Assembly of Covenant Members[20]. The latter would be convened time and again to review Albanian state performance regarding the territorial defence[21]. Lezha Covenant was the first Assembly of the time held on national level[22]. And, as such, it marked a further development of the early Albanian tradition to address the fundamental problems of the state in common conventions (assemblies), Albanian legal tradition[23] in the middle age was characterized - described by the spirit of western civilization[24]. The statutes of Albanian coastal cities, as authentic texts of Communities, were essentially legislative transposed texts[25].

Therefore, Scutari Statutes, not only as civic constitutions, in the genuine sense, confirmed through their dispositions the convention of the people as the responsible body or institution for the election of representatives of the Municipal Council, judges and intents[26]. According to the statutory dispositions of Scutari Statute, the elections should be held annually. As sanctioned by Scutari Statute, the election process should be held on St. Mark's Angel Day[27].

Prizreni League, as another moment in Albanian history of conventions, also disclosed the further ancient tradition of Albanians to convene in general and extraordinary conventions to discuss issues of national importance[28]. This tradition was useful and applicable as many times as the country was threatened by an external factor. In this respect, the convention (assembly) of the province was convened to elect representatives that would participate in the national convention which consisted in the national and inter-province covenant[29]. The national assembly held in Prizren city, on June 10, 1978 that is otherwise known as the Albanian league of Prizren of 1978 convened representatives from all over Albania[30]. Its mission and main target was to defend the territorial integrity of Albania. As it was underlined by the researcher, Mrs. Clayer, the Albanian league of Prizren was practically a spontaneous and instinctive agreement raised from the conscience of all Albanians[31].

The main legislative organ of Albanian League of Prizren was the General Council[32] composed of 56 members who represented all religion communities and provinces of Albania[33].

2. Vlora Assembly of 1912

Of course, today's effort, to cast a little light on some aspects of the institutional development of the Albanian Convention, the social organization of Albanians comes out as a genetic obligation of juniors who represent their forefathers who participated in the National Assembly of Vlora and signed Albania's Independence Act. The Proclamation of Independence on 28 November

[10] ILIA, Dom Frano, *Canon of Scanderbeg*, Press House "Editrice La Rosa", Milot, 1993, p. 134.
[11] GJEÇOVI, At Shjefën, *Canon of Lek Dukagjini*, Press House "Kuvendi", Editor "Geer", Tirana, 1999, p. 100.
[12] ILIA, Dom Frano, *Canon of Scanderbeg*, Press House "Editrice La Rosa", Milot, 1993, p. 134-135.
[13] GJEÇOVI, At Shjefën, *Canon of Lek Dukagjini*, Press House "Kuvendi", Editor "Geer", Tirana, 1999, p. 100.
[14] DERVISHI, Zyhdi, *Symbolic interaction lenses*, 2nd Edition, Publishing house "Emal", Tirana, 2016. p. 82-88.
[15] MARTINI, Xhaferr, *Canon of Dibra*, 2nd Edition, Press house "Emal", Tirana, 2007, p. 183.
[16] ELEZI, Ismet, *Canon of Labëria*, Press "TOENA", Tirana, 2006, p. 58.
[17] GOCI, Haxhi, *Canon of Bendës's province*, Press House "Ombra GVG", 2010, Tirana, p. 165.
[18] ACADEMY OF SCIENCES OF ALBANIA, Institute of History, *History of the Albanian People*, 1st volume, Press "Toena", Tirana, 2002, p. 402-403.
[19] Ibid.
[20] Ibid.
[21] Ibid.
[22] AUTHORS'S GROUP, *History of state and law in Albania*, part one, Press house "Luarasi", Tirana, 1997, p. 159.
[23] Ibid.
[24] NADIN, Lucia, *Statutes of Scutari*, 2nd Edition, Press house "Onufri", Tirana, 2010, p. 342.
[25] Ibid., p. 40.
[26] Ibid., p. 325.
[27] Ibid.
[28] ACADEMY OF SCIENCES OF ALBANIA, Institute of History, *History of the Albanian People*, 2nd volume, Press "Toena", Tirana, 2002, p. 153 - 160.
[29] Ibid.
[30] Ibid.
[31] CLAYER, Nathalie, *The origins of Albanian nationalism*, Publisher "Përpjekja", Tirana, 2012, p. 290.
[32] ACADEMY OF SCIENCES OF ALBANIA, Institute of History, *History of the Albanian People*, 2nd volume, Press "Toena", Tirana, 2002, p. 153 - 160.
[33] Ibid.

1912[34] is qualified as Albania's most important event in the twentieth century[35]. November 28, is Albania's National Day which represents the raise of the Albanian flag, the symbol of founding the Albanian state to all Albanians[36].

The National Assembly of Vlora held at the beginning of the XX century in Vlora marks a very important event in the Albanian history, as the country independence, the establishment of the national government and the Albanian state was reached through it[37]. In essence, Vlora Assembly had a representative nature on national level[38]. The assembly consisted in 63 delegates - representing the will of all the Albanians in their native land[39]. In terms of the development of the parliamentary system, the Assembly of Vlora of 1912, is considered by Albanian historiography and researchers[40] as an embryonic stage of the Albanian parliament[41]. The Seniors' Convention or the Senate, in the framework of a legislative body, consisted of 18 members[42] who exercised counselling and supervisory role over government but had no right to throw it, any case.[43]

3. The Organic Statute of Albania of 1914

The Organic Statute of Albania, otherwise known as the first written Albanian Constitution[44] dates back to April 10, 1914, was an important constitutional act, drafted and approved under International Control Commission auspices[45]. The Statute of 1914 was an outcome of the decisions taken by of Conference of Ambassadors held in London on July 28, 1913[46]. The Organic Statute constituted the legal framework of the Albanian government of the time, which main challenge was to preserve the territorial borders of Albania[47].

Notwithstanding the declaration of independence since 1912, according to this act, Albania was still considered a constitutional principality under the guaranty of Big Powers of the time[48]. According to the written dispositions of this Statute, the National Assembly was sanctioned as the only legislative body/institution of the country. The legislative corpus consisted of 36 members[49]. The right of representation to the National Assembly would be very limited[50].

The statutory criteria of selecting the membership of the National Assembly alongside with the Albanian citizenship, the attainment/reach of age 30 years of age and the residence within the Albanian state, derived from three different legal sources which were the law, the population and the prince. In this view, the National Assembly consisted of members selected "ex-officio" and due to the position they held they were selected members by the prince and elected by people according to a particular constitutional procedure[51].

To be selected member of the Constitutional Assembly[52], with "ex-officio" procedure, the law recognized the right to representatives from religious communities in Albania and the high commissioner of the National Bank of Albania[53].

Representatives of the Constitutional Assembly, elected by the people were subject to a selectively complex and indirect[54] statutory procedure. So, the Statute predicted that: "the *National Assembly members are elected by indirect vote… municipalities, gathered under the leadership of President shall be elected a delegate. This will go to the capital of sub-prefecture and will join the city council members and council sub-prefecture under the leadership election this body will select two delegate, which will go to the centre of the prefecture,*

[34] VLORA, Eqrem, *Memories 1885-1925*, The Book and Communications House, Tirana, 2003, p. 307-317.
[35] BEZERAJ, Selim, *Albanians and Austro-Hungary during 1912-1914*, University of Tirana, Faculty of History and Philology, Department of History, "Doctor" scientific degree topic, Tirana, 2014, p. 59.
[36] Ibid.
[37] CLAYER, Nathalie, *The origins of Albanian nationalism*, Publisher "Përpjekja", Tirana, 2012, p. 635.
[38] Ibid.
[39] ANASTASI, Aurela, *Political Institutions and constitutional law in Albania (1912-1939)*, press house "Luarasi", Tirana, 1998, p. 153.
[40] BAJRAMI, Arsim, *Parliamentary Democracy*, 4th Edition, Prishtina, 2005, p. 275.
[41] SHTINO, Redi, *The genesis of the Albanian parliamentary system and its comparison with that Italian*, University of Tirana, Faculty of Law, Public Law Department, "Doctor" scientific degree topic, Tirana, 2015, p. 6.
[42] VLORA, Syrja, *Memories*, "Iceberg" Publishing House, Tirana, 2013, p. 71.
[43] ACADEMY OF SCIENCES OF ALBANIA, Institute of History, *History of the Albanian People*, 3rd Volume, "Toena" Publications, Tirana, 2007, p. 18.
[44] VUKAJ, Emirjona, *Language and Legal Terminology of the Constitution*, University of Tirana, Department of English Language, Faculty of Foreign Languages, "Doctor" scientific degree topic, Tirana, 2014, p. 6-7.
[45] DUHANXHI, Idlir, *Civil Process in the High Court of the Republic of Albania and the impact of its decisions*, University of Tirana, Faculty of Law, Civil Law Department, Doctor" scientific degree topic, Tirana, 2014, p. 3.
[46] ACADEMY OF SCIENCES OF ALBANIA, Institute of History, *History of the Albanian People*, 3rd Volume, "Toena" Publications, Tirana, 2007, p. 59.
[47] KACELI (DEMIRLIKA), Ilirjana, *Albanian - Turkish relationships in 1912-1939*, University of Tirana, Faculty of History and Philology, Department of History, "Doctor" scientific degree topic, Tirana, 2013, p. 31.
[48] *ORGANIC STATUTE OF ALBANIA*, Vlore, April 10, 1914. Furthermore: http://shtetiweb.org/wp-content/uploads/2012/10/STATUTI-ORGANIK-I-SHQIP%C3%8BRIS%C3%8 B.pdf accessed online date 07. 04. 2017.
[49] The National Assembly would consist of 21 members elected by the people, (3 members for each prefecture), 10 members from the Prince and 5 members representing all (4) religious communities in the country as well as the top representative of the Bank of Albania.
[50] SHTINO, Redi, *The genesis of the Albanian parliamentary system and its comparison with that Italian*, University of Tirana, Faculty of Law, Public Law Department, "Doctor" scientific degree topic, Tirana, 2015, p. 5.
[51] OMARI, Luan, *Parliamentary System*, 3rd Edition, Publisher "Elena Gjika", Tirana, 2000, p. 157.
[52] Ibid.
[53] *ORGANIC STATUTE OF ALBANIA*, Vlore, April 10, 1914. Furthermore: http://shtetiweb.org/wp-content/uploads/2012/10/STATUTI-ORGANIK-I-SHQIP%C3%8BRIS%C3%8B.pdf accessed online date 07. 04. 2017.
[54] ACADEMY OF SCIENCES OF ALBANIA, Institute of History, *History of the Albanian People*, 3rd Volume, "Toena" Publications, Tirana, 2007, p. 59.

and under the Prefect ("Mytesarif" in Turkish)), will choose the absolute majority representative for the national assembly. If two candidates receive an equal number of votes then the choice was made by lot"[55].

The Certification of elections and the parliamentarian mandate began at the time the device certificate of the member of the National Assembly from its own this. As happens today, National Assembly members were entitled to remuneration for travelling in the context of their activity as members of the assembly and function of being a member of the National Assembly was incompatible with the exercise of their functions and any other public activity[56]. At the same time, as a rule, the member of the Constitutional Assembly had immunity from prosecution. Also, he was responsible for giving the vote, expressed opinions, suggestions or written reports[57].

Statute foresaw the emergence of criminal responsibility for, only if such a fact requested by six members of the National Assembly and, furthermore, when defined as a crime by the legislation in force[58]. The burden of proof, in this case lies with the Assembly members who had requested the initiation of criminal prosecution for their colleague. In any case, the prosecution had to be authorized by the Assembly[59].

National Assembly was a legislative organ in which its decisions taken with absolute majority of the votes of its members present[60].

In principle, the National Assembly sessions were public, but this does not exclude the possibility of holding secret hearings always when such a fact initiated at the request of one third of its members present[61].

An interesting fact was that the statute provided a specific voting procedure for adopting laws. It can be accomplished in two way, they were getting up associated with reduction or nominal call[62].

Timeline of the legislature extended the time frame of four years. Statute stipulated that: "a draft law can be adopted only after was put in vote of all the articles that make it up"[63].

Legislative powers of the National Assembly consisted of any change in the fundamental laws of the Principality, laws in the area of the right commercial and financial conditions, law on taxes, budget, tracts commercial or economic character concessions. With the competence of the legislative power was the territorial division of the Albanian state".

The 1914 organic statute reserved for the Albanian prince of rights over the legislative power. The role and position of the prince was dominant in this power. The statutory norms claimed that the prince held the main weight in the exercise of legislative power. Because the organic statute sanctioned that "all decisions that the national assembly had to take in the legislative domain should be subject to sanction by the prince"[64].

On the other hand, the prince was given the right to appoint 10 members of the national assembly and to recommend it whenever he deemed it necessary[65]. The prince had the right to select the chairman and two secretaries of the national assembly[66]. He was also recognized the right to call the national assembly at a regular or extraordinary session, postpone or distribute it, as well as determine the date of election[67]. And moreover, the prince had the right to issue decrees that had the force of the proposed law of the executive power.

In the last analysis, I think that the assembly envisioned by the norms of the 1914 organic statute was not the only body of legislative nature. His power was limited due to the broad legislative powers enjoyed by the prince. In this sense, it is worth mentioning that: "The accentuated centralization of powers in the hands of the prince rendered inescapable the division between the powers and any form of embryonic parliamentarism"[68]. On the other hand, this national assembly served as the first cornerstone of the founding of a contemporary parliamentary system in Albania, as the internal struggles for power between the Albanian political class at that time and the pioneering situation in the international arena (the eve of the outbreak of the First World War) not only eclipsed but makes it impossible for this constitutional body to fall[69].

4. Lushja Congress and its Statute

Surely, the Albanian parliamentary life, at the genuine meaning of the word and the Albanian parliament has commenced its way towards consolidation around 1920[70]. The first Albanian parliament in the independent Albania was summoned on March 27, 1920. The Albanian parliament derived from Lushnja

[55] *ORGANIC STATUTE OF ALBANIA*, Vlore, April 10, 1914. Furthermore: http://shtetiweb.org/wp-content/uploads/2012/10/STATUTI-ORGANIK-I-SHQIP%C3%8BRIS%C3%8B.pdf accessed online date 07. 04. 2017.
[56] Ibid.
[57] Ibid.
[58] Ibid.
[59] Ibid.
[60] Ibid.
[61] Ibid.
[62] Ibid.
[63] Ibid.
[64] Ibid.
[65] Ibid.
[66] Ibid.
[67] Ibid.
[68] SHTINO, Redi, *The genesis of the Albanian parliamentary system and its comparison with that Italian*, University of Tirana, Faculty of Law, Public Law Department, "Doctor" scientific degree topic, Tirana, 2015, p. 6.
[69] OMARI, Luan, *Parliamentary System*, 3rd Edition, Publisher "Elena Gjika", Tirana, 2000, p. 159.
[70] ANASTASI, Aurela, *Political Institutions and constitutional law in Albania (1912-1939)*, Press house "Luarasi", Tirana, 1998, p. 154.

Congress where 50 representatives from all over Albanian took part in it[71]. Lushnja congress was held in Lushnja city from January 28 to 31, 1920[72]. Lushnja congress elected the leading structures of the Albanian states and the first representatives of the first Albanian parliament[73]. The National Council and the Senate, as was it was first named at the beginning, was the organ delegated the independent exercise of the legislative power[74] until the first election process took place[75]. The Albanian parliament was constituted of 37 members[76]. Amongst its constitutional duties was the approval of the Albanian government[77]. The National Assembly summoned in main session by the Congress had the authority to distribute the Albanian parliament[78]. To be mentioned here is the lack of the internal regulation of the parliament which constituted an essential juridical and constitutional necessity[79]. However, the Albanian parliament, at its first session, had the opportunity to express its gratitude to the United States of America and its President, W. Wilson, on the positive attitude held in favour of the Albanian people fair cause[80].

The first Albanian parliament was held in two sessions, in spring and autumn of 1920[81]. The first session was held from March 27 to May 27, 1920 and the second from September 23 to November 15, 1920[82]. The Albanian historiography has noted 70 parliamentary meetings of that time, 43 meetings in the first and 27 meetings in the second session, respectively[83]. Aiming successive completion of its legislative mission the parliament was organised in permanent commissions. The number of parliamentary commissions was five compared to eight that is today. In this aspect, in order to prepare and consider the legislative initiatives according to the appropriate fields there were created: The Permanent Commission of Regulation; The Permanent Commission for Military and Internal Administrative Works; The Commission for Finance and Post telegraphs; The Commission for Education and Urban Works; The Commission for Political Justice and submissions[84]. It is understandable that for the time the parliament exercised its legislative office its work was orientated in favour of national affairs and was focused on the protests addressed to western countries parliaments in order to strengthen the international position of the Albanian state[85].

5. Lushnja Extended Statute

The first Albanian parliament emerging from an elective process was that of 1921[86]. It was constituted of 78 members[87]. Based on the dispositions of Lushnja extended statute the key institution to exercise the legislative power for the first time in Albanian parliamentary history was called the parliament[88]. The political debate was typical for its high and liberal tones[89]. According to Mr. Eqerem Bej Vlora, one of Vlora family descendents, the political debate developed in the Albanian parliament of the time did not resemble at all that of the western European countries[90]. The members of parliament were elected by an overall election as established by a specific law. Otherwise than the Organic Statute of 1914, Lushnja Extended Statute written dispositions lowered members of parliament minimal age with five years, from 30 to 25 years old[91].

Lushnja extended statute affirmed similar democratic values such as that of representation, mandate, immunity and irresponsibility of members of parliament for their expressed or voiced opinions. Notwithstanding that the members of parliament were elected on a four year term the direction of this very important constitutional institution was very limited and was only extended with the development of the parliamentary session. So, the selection of the parliamentary chairmanship took

---

71 ELSHANI, Milazim, *State of Albania and Kosovo 1920-1939,* University of Tirana, Faculty of History and Philology, Department of History, "Doctor" scientific degree topic, Tirana, 2016, p. 32.
72 VLORA, Syrja, *Memories*, "Iceberg" Publishing House, Tirana, 2013, p. 186.
73 ELSHANI, Milazim, *State of Albania and Kosovo 1920-1939,* University of Tirana, Faculty of History and Philology, Department of History, "Doctor" scientific degree topic, Tirana, 2016, p. 32-44.
74 ACADEMY OF SCIENCES OF ALBANIA, Institute of History, *History of the Albanian People*, 3rd Volume, "Toena" Publications, Tirana, 2007, p. 146.
75 DERVISHI, Kastriot, *The history of the Albanian state*, Publishing house "55", Tirana, 2006, p. 114.
76 BUFI, Ylli, *Temple of Democracy*, Publishing house "Ombra GVG", Tirana, 2010, p. 153.
77 ACADEMY OF SCIENCES OF ALBANIA, Institute of History, *History of the Albanian People*, 3rd Volume, "Toena" Publications, Tirana, 2007, p. 146.
78 Ibid.
79 ELSHANI, Milazim, *State of Albania and Kosovo 1920-1939,* University of Tirana, Faculty of History and Philology, Department of History, "Doctor" scientific degree topic, Tirana, 2016, p. 32-44.
80 SHTINO, Redi, *The genesis of the Albanian parliamentary system and its comparison with that Italian*, University of Tirana, Faculty of Law, Public Law Department, "Doctor" scientific degree topic, Tirana, 2015, p. 67.
81 BUFI, Ylli, *Temple of Democracy*, Publishing house "Ombra GVG", Tirana, 2010, p. 153.
82 DERVISHI, Kastriot, *The history of the Albanian state*, Publishing house "55", Tirana, 2006, p. 115.
83 Ibid.
84 DERVISHI, Kastriot, *The history of the Albanian state*, Publishing house "55", Tirana, 2006, p. 115.
85 ELSHANI, Milazim, *State of Albania and Kosovo 1920-1939,* University of Tirana, Faculty of History and Philology, Department of History, "Doctor" scientific degree topic, Tirana, 2016, p. 42.
86 VLORA, Eqrem, *Memories 1885-1925*, The Book and Communications House, Tirana, 2003, p. 474.
87 DERVISHI, Kastriot, *The history of the Albanian state*, Publishing house "55", Tirana, 2006, p. 128.
88 SHLLAKU, Aida, *Parliamentarism in Albania (historical and legal overview*) University of Tirana, Faculty of Law, Public Law Department, Master's Thesis, Tirana, 2007, p. 19.
89 VLORA, Eqrem, *Memories 1885-1925*, the Book and Communications House, Tirana, 2003, p. 474.
90 Ibid.
91 SHTINO, Redi, *The genesis of the Albanian parliamentary system and its comparison with that Italian*, University of Tirana, Faculty of Law, Public Law Department, "Doctor" scientific degree topic, Tirana, 2015, p. 10.

place at the start of each parliamentary session. Another feature of the legislative power of that time was connected with the mandatory oath procedure undertaken by each Member of Parliament which should pass through two procedural stages and its disrespecting or non completion led to the interruption of mandate for members of parliament. According to the dispositions of Lushnja Extended Statute, members of parliament taking the oath corresponded with the check their skills and capacities and the start of their functional duties which consisted in their impartial and conscious exercise of duties based on God's belief. The second oath [92] was taken after the first one and requested from the Member of Parliament to show loyalty to laws and the Albanian government and be not limited to local or individual interests only.

Differently from today in addition to its legislative duties the parliament exercised the right of forgiveness to its members and right of establishing inquisitive commissions on certain cases. The parliament exercised its control over the executive. It was also given the right to raise public charges for cabinet members of the government based on special law.

The statutory dispositions sanctioned the parliament convention by two regular sessions (quarterly session) annually. The parliament voting procedure was held in three ways. To be more concrete the first way was by raising the hand the second was by calling the name and the third with through the secret voting. Principally, the decision making requested an absolute majority of present members of Parliament. The parliamentary meetings were public.

6. The Foundational Statute of the Albanian Republic of 1925

The foundational statute or the Parliamentary Constitution of the Albanian Republic of 1925 recognised the classic division of power into legislative, executive and judiciary [93]. In the years 1925-1928, the legislative power was exercised by the MP chamber, the senate, and the legislative assembly [94]. The last one meant the common meeting of the MP chamber and the senate [95]. In the history Albanian parliamentary systems, it is the first and the last time until now that the Albanian parliament was composed of two chambers: The Senate (The Low chamber) [96]. Professor Anastasi in her book "Public Institutions and the Constitutional law in Albania" has provided arguments why such a parliamentary system was established in Albania [97]. She further accentuates that: "*In Albania neither the historical tradition nor the organising form did not dictate the need to create a high parliamentary chamber…". The two chamber experience of the Albanian parliament of that time is explained with the imitation of the American and French experience."* [98]

The representatives of the MP chamber were elected on a four-year term differently from the high chamber representatives who were elected on a six-year term [99]. Their number was smaller compared to the previous parliament due to the increasing rate of representatives from one representative for 8000 inhabitants to one for 15000 inhabitants [100].

In the foundational statute of the Albanian Republic, The Parliament was summoned in two sessions, as it was previously sanctioned in Lushnja extended statute. The high chamber had a smaller number of representatives compared to the low chamber. So, the senate had eighteen members [101] who should have held high managing positions in the executive power or should have been members of the Low Chamber and, moreover, they should be over 40 years old [102]. The people (2/3 of senators) and the leader of the Republic (1/3 of them) had the right of selecting members of the High Chamber [103]. The MP chamber was composed of 57 members [104] that were elected through an indirect two level system [105]. The MP chamber had a very limited power concerning the legislative initiative [106]. The election law of 1925 contained discrimination hues. According to its dispositions women did not enjoy the right to be elected in the legislative institution for this reason and a number of other reasons the election law of the time has been qualified by the opposition as outdated, worn out and antidemocratic law [107].

7. The legislative power according to the Constitution of the Albanian Monarchy

The Albanian Monarchy was established on 1928 [108]. There is the opinion that the monarchy as a governing form compared to the republic system of governing did fully comply with

[92] The courage or vows in the mindset and practice of the functioning of the Albanian society had the power of law. Furthermore: DERVISHI, Zyhdi, *Symbolic interaction lenses*, 2nd Edition, Publishing house "Emal", Tirana, 2016, p. 78-94.
[93] IBRA, Dashnor, *Albania in the focus of Italian politics during 1918-1928*, University of Tirana, Faculty of History and Philology, Department of History, "Doctor" scientific degree topic, Tirana, 2016, p. 140.
[94] ANASTASI, Aurela, *Political Institutions and constitutional law in Albania (1912-1939)*, Press house "Luarasi", Tirana, 1998, p. 157.
[95] AUTHORS'S GROUP, *History of state and law in Albania*, part one, Press house "Luarasi", Tirana, 1997, p. 173.
[96] IBRA, Dashnor, *Albania in the focus of Italian politics during 1918-1928*, University of Tirana, Faculty of History and Philology, Department of History, "Doctor" scientific degree topic, Tirana, 2016, p. 140.
[97] ANASTASI, Aurela, *Political Institutions and constitutional law in Albania (1912-1939)*, Press house "Luarasi", Tirana, 1998, p. 157.
[98] Ibid.
[99] DERVISHI, Kastriot, *The history of the Albanian state*, Publishing house "55", Tirana, 2006, p. 234.
[100] BUFI, Ylli, *Temple of Democracy*, Publishing house "Ombra GVG", Tirana, 2010, p. 160.
[101] *STATUTE OF THE REPUBLIC OF ALBANIA, 1925. Furthermore:* http://licodu.cois.it/?p=379 accessed online date 10. 05. 2017.
[102] DERVISHI, Kastriot, *The history of the Albanian state*, Publishing house "55", Tirana, 2006, p. 235.
[103] *STATUTE OF THE REPUBLIC OF ALBANIA, 1925. Furthermore:* http://licodu.cois.it/?p=379 accessed online date 10. 05. 2017.
[104] Ibid.
[105] AUTHORS'S GROUP, *History of state and law in Albania*, part one, Press house "Luarasi", Tirana, 1997, p. 173.
[106] Ibid., p. 172.
[107] BUFI, Ylli, *Temple of Democracy*, Publishing house "Ombra GVG", Tirana, 2010, p. 160.
[108] GLENNY, Misha, *The Balkans, 1804-1999, Nationalism, war and the great powers*, Publisher "Toena", Tirana, 2007, p. 417.

the many centuries tradition of the Albanians to disclose and promise loyalty to the leader[109]. On the other hand, a group of researchers of the juridical doctrine have admitted that the parliamentary activity at the time of the Albanian monarchy in the sense of technical judiciary activity was miscellaneous and useful[110]. A special deserved merit[111] in this view has the final separation from the Ottoman Empire legislation as well as the constitution and development of the Albanian state legislation on the foundations of modern western legislations of the time[112]. At the same time, the parliament of the monarchy consumed large volume of work in the legislative field by drafting and approving a number of laws which regulated the social relationships in various fields with the vital importance either in civil criminal or commercial activities. However at that time we cannot speak of parliamentary system and real political pluralism[113]. Professor Omari provides arguments, in his book "The parliamentary system", that the parliamentary activity viewed in the political aspect was faked and formal[114]. Of course, this was direct consequence of the fact that the Albanian society was undeveloped in many aspects[115]. Despite that the political organisation of the Albanian state during monarchy has disclosed some hopes for a reliable development[116]. And, moreover, the time during which this organising system came to effect was very short[117] and mostly aimed establishing and development of judiciary and democratic culture concerning the observance of legal standards of political pluralism in Albania.

With the proclamation of monarchy King Zog concentrated too many powers in his hand[118]. Many history and law researchers share the opinion that the royal power has also exceeded the classical model of monarchy where a balancing and split between royal, legislative and executive powers existed[119].

Connected with the legislative power King Zog I had the opportunity to disperse the parliament at his own will[120]. At the same time the king enjoyed the right to order the opening of ordinary and extraordinary sessions the suspension and extension of parliamentary sessions and their closure[121].

In this sense it's not difficult to understand that the constitution of the Albanian monarchy or the so called the foundational statute of the Albanian monarchy had sanctioned the exercise of the legislative power by two main actors. They were the Albanian King - Zog I and the parliament[122]. The latter enjoyed the right to issue laws[123] and to constantly and closely collaborate that would be expressed and considered with the decreed of laws issued by the Albanian King and the Parliament. Otherwise these laws could not take effect and be applicable in practice[124]. The interpretation of laws as an asset that belonged to the legislative power (and today to the constitutional court of the Republic of Albania) was exercised and practiced by the King[125]. In this framework, based on article 78 of Albanian Monarchy foundational statute sanctions that: "*The King has the right to decreed regulations explaining the manner how law should be applied…*"[126].

During the time of the Albanian Monarchy, the parliament was composed by a single chamber[127]. The Albanian monarchy affirmed the democratic parliamentary principles such as: The representative mandate, the incompatibility of MP role, immunity, mandate and the irresponsibility of the MP for the given opinions, etc.[128]. Therefore, the selection of the MP was made

[109] LUKU, Esilda, *European Geopolitics and Albania in the period between the two Peace Conferences (1919-1946),* University of Tirana, Faculty of History and Philology, Department of History, "Doctor" scientific degree topic, Tirana, 2012, p. 111.
[110] ÇINARI, Dorina, *Parliamentary Right in Albania 1925- 1939*, University of Tirana, Faculty of Law, Public Law Department, Master's Thesis, Tirana, 2009, p. 70.
[111] VLORA, Eqrem, *Memories 1885-1925*, the Book and Communications House, Tirana, 2003, p. 307-317.
[112] ÇINARI, Dorina, *Parliamentary Right in Albania 1925- 1939*, University of Tirana, Faculty of Law, Public Law Department, Master's Thesis, Tirana, 2009, p. 70.
[113] ZAGANJORI, Xhezair, *Democracy and state of law*, Press house "Luarasi", Tirana, 2002, p. 154.
[114] OMARI, Luan, *Parliamentary System*, 3rd Edition, Publisher "Elena Gjika", Tirana, 2000, p. 191.
[115] DERVISHI, Zyhdi, *Through the ramifications of Albanian culture*, Publishing house "Emal", Tirana, 2013, p. 332.
[116] Ibid.
[117] Ibid.
[118] BEDINI, Belina, *Marrëdhëniet Shqipëri-Itali gjatë monarkisë zogiste (1928-1939),* Desertacion për mbrojtjen e gradës shkencore "Doktor", Departamenti i Historisë, Fakulteti i Historisë dhe Filologjisë, Universiteti i Tiranës, Tiranë, 2016, f. 9.
[119] Ibid.
[120] Ibid.
[121] *THE FUNDAMENTAL STATUTE OF THE KINGDOM OF ALBANIA.* Furthermore: http://www.oborrimbreterorshqiptar.al/pages/constitution accessed online date 10. 05. 2017.
[122] ANASTASI, Aurela, *Political Institutions and constitutional law in Albania (1912-1939),* Press house "Luarasi", Tirana, 1998, p. 157.
[123] STAVRE, Benita, *Albania and Albanians during 1921-1939 in the writings of the English authors*, University of Tirana, Department of English Language, Faculty of Foreign Languages, "Doctor" scientific degree topic, Tirana, 2013, p. 256.
[124] IBRA, Dashnor, *Albania in the focus of Italian politics during 1918-1928*, University of Tirana, Faculty of History and Philology, Department of History, "Doctor" scientific degree topic, Tirana, 2016, p. 205.
[125] STAVRE, Benita, *Albania and Albanians during 1921-1939 in the writings of the English authors*, University of Tirana, Department of English Language, Faculty of Foreign Languages, "Doctor" scientific degree topic, Tirana, 2013, p. 256.
[126] *THE FUNDAMENTAL STATUTE OF THE KINGDOM OF ALBANIA.* Furthermore: http://www.oborrimbreterorshqiptar.al/pages/constitution accessed online date 10. 05. 2017.
[127] PALNIKAJ, Dritan, *Constitutions - Fundamental Statute of the Kingdom of Albania*, "Grand Print" printing-house, Tirana, 2006, p. 212.
[128] SHLLAKU, Aida, *Parliamentarism in Albania (historical and legal overview*) University of Tirana, Faculty of Law, Public Law Department, Master's Thesis, Tirana, 2007, p. 27.

by the people according to the legal definitions of the time [129]. The MPs were elected from more than 15000 inhabitants and from every group that exceeded 7500 people [130].

Compared to current election process, people representatives in Albania were elected on a four- year term and represented the entire Albanian nation and not only those that elected them. In this view, the constitutional dispositions sanctioned that: *"The electors could not order their elected to fulfil the duties set by them"* [131].

The Constitution of Albanian Monarchy indicated the constitutional criteria to be met in order to be elected as MPs. They connected the MP mandate with the Albanian nationality, the enjoying of civil political rights and the meeting 30 years old criteria [132].

On the other side, the foundational law – the Constitution of the country had also anticipated the incompatibility of MP role. Therefore according to it the elected MPs could not exercise any other governmental either in the local or central government for which they had to be paid by the state budget. In order to successively complete their constitutional mission they should respect the principal of laicism. So they could not wear in parliament similar clothes to represent a certain religion community. And they could not make active religion services. Also the same as today the constitution sanctioned that they could not profit from public taxes and governmental activities [133].

Another aspect which went in favour of the consolidation of the fragile legislative power was the fact that MPs were not responsible for their votes in parliament and opinions expressed.

MPs while exercising their constitutional duties and role enjoyed immunity from criminal prosecution and judiciary decisions. The latter could be applicable to MPs only at the termination of the parliamentary session. A similar regular regulation could not be applicable in case of flagrancy. Even in this case the Constitution requested the observance of a certain procedure which consisted in Ministry of Justice notifying the Parliament within 24 hours [134].

The MPs could not be deprived of freedom and jailed due to civil obligations. If they were found under the circumstance, they should be released immediately [135].

The MP mandate defended them if they were absent for two--month period in parliament. The parliament was summoned in ordinary session and in extraordinary sessions with King's request. The parliamentary meetings were generally made public. Closed meetings/ conventions were held with each Minister or five MPs request and were approved with secret voting from the majority in parliament [136]. The parliament could not discuss or decide on certain matters in case of the missing attendance for more than the half number of MPs. The decisions were taken on the absolute majority of attending MPs and in case of equal votes the speaker's vote was winning. The decision- making in case of individual selection when not confirmed on absolute majority was taken on relative majority.

The parliament being an institution anticipated by the Foundational Statute enjoyed constitutional defence and could not be violated from any armed force, whatever [137]. Emergency laws were voted, as based on the internal regulation of the parliament. In addition to its constitutional legislative tasks the parliament was given the right to exercise control over government and the executive by addressing questions and complains in inter sessions, as legal instruments [138].

During the Second World War, Albanian parliamentary system like other European countries' was usurped by institutions of Nazi – fascist occupiers, such as the Upper Fascist Corporative Council or the High Regency Council [139].

8. The Legislative Power-- the Assembly--during the monist period

The main constitutional instruments of dictatorship installed in Albania after the Second World War consisted in: the Statute of People Republic of Albania approved by the Constitutional Assembly of 1946, the Constitution of People Republic of Albania of 1950 and the Constitution of People Socialist Republic of Albania of year 1976.

These three instruments recognized people civil right to elect the representative institutions of the state through overall, free, equal and direct secret voting.

It is interesting to stress that the MP mandate was revocable and directly linked with the electors. Other than the Constitutional Acts of 1946 and 1950, the constitution of 1976 sanctioned well the cases when electors enjoyed the right to vote. The loss of political trust/confidence, the incompletion of tasks and the refusal of laws in effect were the three directly expressed cases by the constitution which led to MP loss of mandate from the electors [140].

Representative institutions of Albania during that time consisted in the People Assembly and People Councils. The people

[129] *THE FUNDAMENTAL STATUTE OF THE KINGDOM OF ALBANIA.* Furthermore: http://www.oborrimbreterorshqiptar.al/pages/constitution accessed online date 10. 05. 2017.
[130] Ibid.
[131] Ibid.
[132] Ibid.
[133] Ibid.
[134] Ibid.
[135] Ibid.
[136] Ibid.
[137] Ibid.
[138] Ibid.
[139] SHLLAKU, Aida, *Parliamentarism in Albania (historical and legal overview*) University of Tirana, Faculty of Law, Public Law Department, Master's Thesis, Tirana, 2007, p. 34 - 35.
[140] *CONSTITUTION OF THE PEOPLE'S SOCIALIST REPUBLIC OF ALBANIA*, Law No.5506, dated 28. 12. 1976.Furthermore:http://www.qbz.gov.al/doc. jsp?doc=docs/Ligj%20Nr%205506%20Dat%C3%AB%2028-12-1976.htm, accessed online date 10. 05. 2017.

assembly was the highest representative institution of state and a "sui generis" omnipotent institution with extensive competences over executive judiciary and legislative which in every case should be characterized by the spirit of party -state line.

In this view, the People Assembly exercised a number of executive and instructive duties such as the definition of government main political lines, which was a responsibility of the Council of Ministers, the territorial division or the administrative structure of the country, etc. It also had a direct and strong impact on the judiciary and this was due to the fact that it had the right to select the judiciary corpus of Supreme Court members. On the legislative level, the People Assembly was the responsible institution to change and approve the constitution and laws. It also decided the incompatibility of laws and Constitution and made interpretation of laws which is currently a functional duty of Republic of Albania Constitutional Law Court. The legislative power compared to other functions and duties exercised, was an exclusivity and prerogative of the People Assembly. The legislative power compared to western European countries as well as any other competence should be always exercised in full harmony with the overall Labour Party lines and directives which was also the party state which led the whole country life. The election process held during 1945-1990 corresponded with the installation of socialist regime and was an instrument to legitimate the Albanian Labour Party power[141]. The establishment of the communist regime in Albania was accompanied with criminal acts against human life and health of a number of MPs and political enemies which also marked the end of an antidemocratic system[142]. During these years there was no organised opposition in Albania[143] and the political propaganda or any reverse opinion expressed against the party state was considered as criminal act despite the nature, form or instrument[144]. The total communist regime election system was majority corrected and the MPs were elected from more than 12000 citizens[145]. Although during the communist period the parliamentary life was practically inexistent/extinct the people assembly was fictitiously elected on every four year term[146]. The democratic principles such as free and secret voting were sanctioned based on the constitutional law of 1945 but unfortunately they were not really applicable in practice[147]. The MPs, people representatives were elected by every 20000 citizens based on statutory dispositions of 1946[148]. With reference to the constitutional dispositions of 1950 the people representatives were elected by every 10000 citizens/inhabitants[149]. The constitution of 1976 sanctioned the number of MPs which was 250[150]. This constitution did not indicate the ratio of MPs per number of citizens as indicated by the other two constitutions of 1946 and 1950. Based on mathematical calculations, this ratio was almost unchanged as compared to the constitution of 1950.

9. The Assembly and Legislative Power during Political Transition 1990-2017

During this period, the Assembly maintained its "supremacy" when compared to the other power branches as the main power and a fundamental body in charge of passing the proposed legislation[151].

In Albania, the parliamentary system, in line with the development of social relations in the country, has shown some features such as the parliamentary model of governance, the multiparty system, the development of opposition actions focused on the mechanism of obstruction and boycott, the lack of democratic culture in the evolution of electoral processes, the lack of political consensus on the development of parliamentary democracy, and the inefficiency of the latter as a fundamental value for building society and respect for the rights and fundamental freedoms of citizens, etc[152].

The Assembly of the Republic of Albania is a contemporary collegial body[153], structured in one room[154]. Its main functions are focused on law-making and parliamentary control over the executive and its subordinate bodies[155].

---

[141] BERHANI, ILIR, *The right to vote as a constitutional right. The Albanian experience*, University of Tirana, Faculty of Law, Public Law Department, Doctor" scientific degree topic, Tirana, 2006, p. 138-139.

[142] DERVISHI, Kastriot, *The history of the Albanian state*, Publishing house "55", Tirana, 2006, p. 544-580.

[143] GLENNY, Misha, *The Balkans, 1804-1999, Nationalism, war and the great powers*, Publisher "Toena", Tirana, 2007, p. 567.

[144] DERVISHI, Zyhdi, *Through the ramifications of Albanian culture*, Publishing house "Emal", Tirana, 2013, p. 337.

[145] BERHANI, ILIR, *The right to vote as a constitutional right. The Albanian experience*, University of Tirana, Faculty of Law, Public Law Department, Doctor" scientific degree topic, Tirana, 2006, p. 150-151.

[146] BUFI, Ylli, *Temple of Democracy*, Publishing house "Ombra GVG", Tirana, 2010, p. 168.

[147] BERHANI, ILIR, *The right to vote as a constitutional right. The Albanian experience*, University of Tirana, Faculty of Law, Public Law Department, Doctor" scientific degree topic, Tirana, 2006, p. 148.

[148] THE CONSTITUTIONAL ASSEMBLY, *the Statute of the People's Republic of Albania*, Press "Bashkimi", Tirana, 1946. Furtthermore:http://shtetiweb.org/wp-content/uploads/2012/10/STATUTI-I-ASAMBLESE-KUSHTETONJE%C2%A6%C3%AASE-1946.pdf, accessed online date 10. 05. 2017.

[149] *CONSTITUTION OF THE PEOPLE'S REPUBLIC OF ALBANIA, Tirana, 1950.* Furthermore: http://shtetiweb.org/wp-content/uploads/2015/10/Kushtetuta-e-Republikes-Popullore-te-Shqiperise-1950.pdf, accessed online date 10. 05. 2017.

[150] *CONSTITUTION OF THE PEOPLE'S SOCIALIST REPUBLIC OF ALBANIA*, Law No.5506, dated 28. 12. 1976.Furthermore:http://www.qbz.gov.al/doc. jsp?doc=docs/Ligj%20Nr%205506%20Dat%C3%AB%2028-12-1976.htm, accessed online date 10. 05. 2017.

[151] PUTO, Erlir, *Lectures of parliamentary law*, Press house "Morava", Tirana, 2013, p. 106-107.

[152] ROBAJ, Avdullah, *The challenges of building of parliamentary democracy and rule of law in the Republic of Albania*, University of Tirana, Faculty of Law, Public Law Department, "Doctor" scientific degree topic, Tirana, 2006, p. 129-132.

[153] TOPALLI, (Çoba), Jozefina, *The role of the national Assembly in the process of the integration in EU,* University of Tirana, Faculty of Law, Public Law Department, "Doctor" scientific degree topic, Tirana, 2010, p. 124.

[154] OMARI, Luan, & ANASTASI, Aurela, *Constitutional Law*, 2nd Edition, Press house "ABC", Tirana, 2010, p. 197.

[155] TOPALLI, (Çoba), Jozefina, *The role of the national Assembly in the process of the integration in EU,* University of Tirana, Faculty of Law, Public Law Department, "Doctor" scientific degree topic, Tirana, 2010, p. 124.

For nearly a quarter of a century, since the beginning of the democratic movements that took place in Albania in the 1990 s, the two main constitutional laws on which the law enforcement body - the Assembly, was based are the constitutional provisions of 1991 and the Constitution of 1998.

By attempting to remove the heritage of the regime's notions and in contrast to the constitutional norms of 1991s[156], with the approval of the first post-communist Constitution of 1998[157], the legislature is named the Assembly of the Republic of Albania and not the People's Assembly. Also, it consists of a smaller number of legislators than in 1991.The Assembly has 140 members[158] and no more than 250 legislators in the structure according to the provisions of 1991[159]. Another difference lies in the development of the annual work of the legislative body. The amended Constitution of 1998 s sanctioned the conduct of parliamentary sessions in two sessions unlike the norms of 1991's constitutional provisions which set the Assembly meeting in sessions no less than four times a year[160]. The parliamentary immunity envisaged by both constitutional fundamental laws is a constitutional right, a guarantee, and an obligation in contrast to norms and practices before the political pluralism in the country.

The electoral system is an integral part of the constitutional system of the Republic of Albania[161] since 1998. For 10 years until the entry into force of the constitutional amendments of 2008 the Central Election Commission itself as the main body administering the electoral process in Albania has functioned at the level of a constitutional body[162].

During 1991-2013, different types of electoral systems were implemented in Albania for parliamentary elections. Thus, the curve of the selected electoral systems has fluctuated systematically from one electoral year to another. From the pure majority electoral system up till 1991 the system became a mix one with dependent and independent components mixed with proportional elements in 1992, 1996 and 1997[163]. In the Assembly elections of 2001, the dependent mixed election system was implemented as well as in 1996 but the proportional part this time had a national character[164]. In the 2005elections, the same mixed electoral system was maintained, but with the difference that in its majority part the formula of the minimum majority was used different when compared to 2001 where the formula of the two-round majority was a predominant element[165]. The practice of the Constitutional Court indicates that: *"…Considering the electoral system from a chronological perspective according to the electoral laws approved over a period of 10 years, it is evident that despite particular nuances, the mixed system is generally implemented, where majority elements are more visible, while the elements of the proportional system have aimed to mitigate any disproportion caused by the majority system".*[166]

With the legal amendments that occurred in the Constitution and the Electoral Code, in the parliamentary elections of 2009 and 2013, the electoral system became a proportional one of regional character[167]. The current electoral system presents some particularities that are summarized in the sustainability and strengthening of regional governance, the detachment of the elected person from the narrow interests of its constituents etc.[168] While the greatest uncertainty this electoral system has brought is the "wholesale production" of so-called "wise" or mediocre parliamentarians without personality and individual political integrity in implementing and perpetuating the party leader's mandate. In its entirety, the Albanian electoral legislation can be considered as a contemporary legislation due to the transposition (absorption) of a number of international rules and standards in this field[169]. In general, the spirit and content of the electoral law during these 25 years of political transition has been described by the constitutional principle of equality in competition[170], equal assessment of the vote[171], security and implementation of the real representation of the community and the exercise of the sovereignty of the people[172] etc., among other things, the Constitutional Court has stated that: *"In the electoral system accepted in the Constitution of the Republic of Albania, which is a mixture of the above two systems, the principle of equality of vote aims at the voting process for the allocation of seats in Assembly, basically, the votes have the same weight on the election result. In imple-*

[156] Law, No.7491, Dt.Act:29. 04. 1991, Dt.Approve:29. 04. 1991, Official Bulletin No.4, Page: 145.
[157] Law, No.8417, Dt.Act:21. 10. 1998, Dt.Approve:21. 10. 1998, Official Bulletin No.28, Page: 1073.
[158] In fact, the representation with 140 legislators in the Albanian Assembly was achieved with the legal changes of 1992. Furthermore: Law, No.7556, Dt.Act:04. 02. 1992, Dt.Approve:06. 02. 1992, Official Bulletin No.1, Page:36. Accessed online: www.ligjet.org date 12. 05. 2017.
[159] Law, No.7491, Dt.Act:29. 04. 1991, Dt.Approve:29. 04. 1991, Official Bulletin No.4, Page: 145.
[160] Ibid.
[161] PUTO, Erlir, *Lectures of parliamentary law*, Press house "Morava", Tirana, 2013, p. 110.
[162] Law, No.9904, Dt.Act:21. 04. 2008, Dt.Approve:21. 04. 2008, Official Bulletin No.61, Page:2728.
[163] CEKA, Blendi, *The relations between election system, party's system and electoral behavior in Albania*, University of Tirana, The Faculty of Social Sciences, Department of Political Sciences, "Doctor" scientific degree topic, Tirana, 2013, p. 46-67.
[164] Ibid.
[165] Ibid.
[166] THE REPUBLIC OF ALBANIA, Constitutional Court, Decision No.1, date 30. 01. 2004, Official Bulletin No. 4, page 119, Tirana. Furthermore: www.ligjet.org ose www.gjk.gov.al.
[167] KRASNIQI, Afrim, *South-Eastern Europe in the post-communist period. (Analysis on party and governmental systems)*, University of Tirana, Faculty of History and Philology, Department of History, "Doctor" scientific degree topic, Tirana, 2012, p. 52.
[168] PUTO, Erlir, *Lectures of parliamentary law*, Press house "Morava", Tirana, 2013, p. 110.
[169] BOGDANI, Mirela, *The administration of electoral process*, University of Tirana, Faculty of Law, Public Law Department, Doctor" scientific degree topic, Tirana, 2011, p. 221.
[170] THE REPUBLIC OF ALBANIA, Constitutional Court, Decision No.16, date 07. 06. 1997, Official Bulletin No. 7, page 182, Tirana.
[171] THE REPUBLIC OF ALBANIA, Constitutional Court, Decision No.49, date 02. 06. 2001, Official Bulletin No.38, page 1216, Tirana.
[172] THE REPUBLIC OF ALBANIA, Constitutional Court, Decision No.1, date 30. 01. 2004, Official Bulletin No. 4, page 119, Tirana.

menting this principle, the correct determination of the boundaries of the electoral zones has a direct impact. The division of electoral zones should not be conceived as a simple division of the technical-administrative nature. It constitutes a process of constitutional importance" [173].

The Albanian electoral law is characterised by specificity during 1992-2017. It has changed very often [174], almost on the eve of every election year [175] at the request of Albanian political parties. These interventions in the electoral law are sometimes dictated by the views of the Albanian Constitutional Court [176]. The focus of these amendments was the right to elect and be elected to the legislative body, the electoral system with its constituent elements etc. Consequently as a result of numerous interventions in the electoral law, the actors involved in the electoral process such as the parliament, its structure and composition, as well as the constituents have suffered "unstable volatility" imposed by the political parties' interests.

In the 1991 constitutional amendments as well as in the 1998' Constitution and its subsequently amendments (2008; 2016), the legislative initiative belongs to the four actors. They are: the President of the Republic, the Council of Ministers, each deputy, and a group of 20,000 eligible voters. Statistical indicators have highlighted that the real promoters of implementing this right in most cases are the Council of Ministers and the President. Thus, for the first 10 years of functioning of the pluralist parliament one of the legislators, Mr.Aliko expressed concerns as to why the legislative initiative was used by very few legislators (no more than 9 out of 1146 legal acts were proposed by legislators) and it has remained a formal instrument during the exercise of their parliamentary activity [177]. During 2013-2016, the main proposer of legal initiatives is again the Council of Ministers with 75% of the laws adopted by the Assembly. At the same time, during the exercise of the legislative function, the legislators' initiatives occupy a relatively higher place compared to the previous one. They account for 25% of the total volume of legal initiatives, showing a tendency to became a realistic tool for meeting their legislative mandate [178]. Among the many factors that have influenced to the lack of the protagonism of the exercise of legislative initiatives by legislators, we can mention the following: the lack of democratic, professional, and legal culture (which in turn has directly influenced the effectiveness and sustainability of government and political system) [179], lack of political consensus and the creation of a difficult political environment [180] as well as the influence of the great role of the executive within the responsibility it carries for the realization of its political program in the parliamentary system [181].

The Albanian Assembly still continues to play a major role in the country's integration processes, though, as well as in other former Communist bloc countries, in the European integration process before joining the European Union has faced the key challenge to ensuring political control over the Albanian executive as well as the large volume of its legislative activity in a very short period of time due to the approximation of Albanian legislation with *Acquis Communitare* [182].

Which are the key moments of exercising control of the legislative power over the executive?

Referring to the constitutional norms, the former Legal Adviser to the Assembly, Mr. Guri in his study has shown that the exercise of control over the executive power by the legislature starts with the approval or rejection of the Prime Minister and the approval of the political program of the Council of Ministers together with its composition [183]. At the same time, the Assembly while exercising its legislative functions makes use of various constitutional mechanisms such as interpellations, parliamentary questions or standing committees to control the dynamic activity of executive power [184] and the transparency of government and political processes [185].

[173] THE REPUBLIC OF ALBANIA, Constitutional Court, Decision No. 1, date 07. 01. 2005, Official Bulletin No. 4, page 207, Tirana.

[174] From 1992 to 2000 (when the First Electoral Code was approved), the electoral law has undergone 4 (four) interference. In 1996 it was amended respectively in February, July, September. In 1997, there were changes in May 1997. Furthermore: LAW, No.7556, Dt.Act:04. 02. 1992, Dt.Approve:06. 02. 1992, Official Bulletin No.1, Page:36. Accessed online www.ligjet.org date 12. 05. 2017.

[175] The Electoral Code of the Republic of Albania in 2000 is the first pluralist electoral code in Albania of the contemporary period. He has intervened until the adoption of the Second Electoral Code that of 2003. The third electoral code is that of 2008. For more see: LAW, No.8609, Dt.Act:08. 05. 2000, Dt.Approve:11. 05. 2000, Official Bulletin No.12, Page:497; LAW, No.9087, Dt.Act:19. 06. 2003, Dt.Approve:19. 06. 2003, Official Bulletin No.52, Page:2047; LAW, No.10019, Dt.Act:29. 12. 2008, Dt.Approve:29. 12. 2008, Official Bulletin No.189, Page:9305.

[176] THE REPUBLIC OF ALBANIA, Constitutional Court, Decision No.16, date 07. 06. 1997, Official Bulletin No. 7, page 182, Tirana. THE REPUBLIC OF ALBANIA, Constitutional Court, Decision No.49, date 02. 06. 2001, Official Bulletin No.38, page 1216, Tirana. THE REPUBLIC OF ALBANIA, Constitutional Court, Decision No.1, date 30. 01. 2004, Official Bulletin No. 4, page 119, Tirana.
THE REPUBLIC OF ALBANIA, Constitutional Court, Decision No. 1, date 07. 01. 2005, Official Bulletin No. 4, page 207, Tirana.

[177] ALIKO, Haxhi, Legislative Initiative of legislators: Real instrument or formal?, The Center for Studies over Parliamentary and Democratic, *The Journal Parliamentary Law and Legal Policies*, Number 3, Year 2001, Tirana, p. 31-36.

[178] THE REPUBLIC OF ALBANIA, The Assembly, *Annual Report over the activity of Albanian Assembly for year 2013; 2014; 2015; 2016*. Furthermore: www.parlament.al/administrata/raporte-2 accessed online dated 16. 05. 2017.

[179] FILO, Llambro, *The history for government systems*, Publisher "Afërdita", Tirana, 2001, p. 59.

[180] ALIKO, Haxhi, Legislative Initiative of legislators: Real instrument or formal?, The Center for Studies over Parliamentary and Democratic, *The Journal Parliamentary Law and Legal Policies*, Number 3, Year 2001, Tirana, p. 31-36.

[181] THE REPUBLIC OF ALBANIA, The Assembly, *Annual Report over the activity of Albanian Assembly for year 2016*. Furthermore: www.parlament.al/administrata/raporte-2 accessed online dated 16. 05. 2017.

[182] TOPALLI, (Çoba), Jozefina, *The role of the national Assembly in the process of the integration in EU,* University of Tirana, Faculty of Law, Public Law Department, "Doctor" scientific degree topic, Tirana, 2010, p. 125.

[183] GURI, Sefedin, Control of the Legislative Power over Executive Authorities and the Role of Parliamentary Committees, Center of studies on Parliamentary and Democratic Practices, *The Journal Parliamentary Law and Legal Policies*, Number 2, Year 2001, Tirana, p. 37.

[184] Ibid.

[185] BUFI, Ylli, The Regulations of Assembly of the Republic of Albania and the necessity for important developments, The Center for Studies over Parliamentary and Democratic, *The Journal Parliamentary Law and Legal Policies*, Number 20, Year 2004, Tirana, p. 57.

10. Conclusion

Since ancient times, the legislative activity in Albania has been practiced in various forms and manners. In different historical periods of the Albanian state's development, Albanian parliamentarism has been characterized by its ups and downs.

Initially, the tradition of the people's representation systems was embodied in the Assemblies - The Elders who appeared with their features, whether in form or content, in the various provinces of the country. The assemblies of the people, as well as Albanian customary law institutes, enjoyed an irreplaceable function and authority[186]. Alongside the judicial and executive functions, they mainly exercised legislative activities such as: creation, issuance and abolition of norms in order to regulate social relations in full compliance with the mentality of the time[187].

The activity and the legislative process have been evident at every moment of Albanian society and state. That being said, since, despite the denomination of the body exercising the legislative function - Assembly, Covenant, National Council, or Constitutional Assembly or Popular Assembly, the Albanian state, like any European state, had to regulate human relations between individuals, individuals and state bodies, as well as between the latter. Of course, all the activity and process of law enforcement is implemented through an established procedure[188].

The parliamentary tradition in Albania has been fragile due to various historical factors[189]. It has not had a genuine democratic nature[190].

The genesis of contemporary Albanian modern parliamentarism begins with the creation of an independent Albanian state in the distant November of 1912.

The first steps towards consolidating the institute of parliamentarism were laid in 1920-1928.

The communist period – post World War II can be described as the worst period in the historiography of this institution so much desired for the development of democracy. The role and the position of the legislator was negligible and very weak in the political formation of the dictatorial state due to the undefined and passive nature of his function[191]. Today, with the establishment of democracy and political pluralism, the parliamentarians have gained an attractive protagonism in political and social life in Albania alongside the establishment of such a parliamentary system that, despite the problems encountered, is contemporary in terms of legislative functions and procedures, the guarantor of respecting the principle of separation of powers and fundamental human rights and freedoms.

However, there is still much work to be done to strengthen the role of Albanian parliamentarism, since today more than ever in the nearly 30 years of political pluralism and moreover when Albania is a NATO's member country and aspires for more the membership in the European Union, the Assembly as the unique institution monopoly holder and the legislative authority of the Republic[192] still languishes in its bed because of its sometimes criminal composition of its structure and the frequent changes of the electoral system by Political factors in the country. In this reality, the Assembly Institution - the Albanian Parliament to function effectively –it is required to have and to express above all its ability to receive and provide knowledge. This knowledge will serve in giving the country and the deserved power to the institution of the Albanian Assembly and nation, as well as the wise word that Francis Bacon shared with the world in 1597: "*nam et ipsa scientia potestas est*" (*knowledge itself is power*)[193].

In Albania, the strengthening of legislative power through the process of democratization, undertaking social reforms[194], by opening Albanian legislative in public to the problems of poverty[195] in the country and legislative ethics will serve to increase the role of this power in the fight against corruption, trafficking and organized crime[196].

The electoral reform expected to take place after the June 2017's elections accompanied by constitutional changes that will make it possible to increase the legislative ethics, is expected to reduce the number of Albanian parliamentarians with at least 60 representatives, with 50% of the total number to be female, and as well as the national proportional system with open lists. The President of the Assembly is elected over the age of 50. Legal amendments also follow the law on the Status of the Member of Parliament, whereby will be repealed provisions such as: "The legislator is not subject to customs control. These checks are not subject to the check on the customs checkpoints for personal luggage and personal chassis coming from overseas on behalf of the deputy". To be defined as a constitutional obligation that the date of the parliamentary elections will be October 20 in every five calendar years.

---

[186] BARDHOSHI, Nebi, "Aspect of function of provincial Assembly in the labor law", Journal *Parliamentary law and legal policies*, No.16, Year 2003, Center of Parliamentary Studies, Tirana, p. 52-63.
[187] Ibid.
[188] OMARI, Luan, *Principles and institutions of public law*, Publisher "Kumi", Tirana, 2015, p. 105.
[189] ZAGANJORI, Xhezair, *Democracy and state of law*, press house "Luarasi", Tirana, 2002, p. 154.
[190] Ibid.
[191] ALIKO, Haxhi, The representative role of deputy: An analytic overview of experience created, the Centre of Study over Parliamentary and Democratic Practices, *Journal Parliamentary law and Legal Policies*, Number 8, Year 2002, Tirana, p. 29.
[192] FILO, Llambro, *The actual political system, Europe*, Publisher "Ideart", Tirana, 2008, p. 146.
[193] PETERSON, J. Jon, An American Perspective on the Relevance and Mechanism of Public Hearings, The Center of Study over Parliamentary and Democratic Practices, *Journal Parliamentary law and Legal Policies*, Number 8, Year 2002, Tirana, p. 44.
[194] FILO, Llambro & GRILLO, Dena, *Ideas of modern political theories,* Publisher "Ideart", Tirana, 2008, p. 146.
[195] PARTIES IN PARLIAMENT, *Strengthening Parliamentary Inclusion in the Strategic Poverty Reduction Process and Millennium Development Goals*, Publishing House "Pegi", Tirana, 2005, p. 77.
[196] THE SERIES LEGISLATIVE HUMAN RESOURCES, *Parties in Parliament*, Publishing house "Pegi", Tirana, 2005, p. 25-38.

Bibliography

ACADEMY OF SCIENCES OF ALBANIA, Institute of History, *History of the Albanian People*, 1st volume, Press "Toena", Tiranë, 2002.

ACADEMY OF SCIENCES OF ALBANIA, Institute of History, *History of the Albanian People*, 2nd volume, Press "Toena", Tirana, 2002.

ACADEMY OF SCIENCES OF ALBANIA, Institute of History, *History of the Albanian People*, 3rd Volume, "Toena" Publications, Tirana, 2007.

ALIKO, Haxhi, Legislative Initiative of legislators: Real instrument or formal?, The Centre for Studies over Parliamentary and Democratic, *The Journal Parliamentary Law and Legal Policies*, Number 3, Year 2001, Tirana.

ALIKO, Haxhi, The representative role of deputy: An analytic overview of experience created, the Centre of Study over Parliamentary and Democratic Practices, *Journal Parliamentary law and Legal Policies*, Number 8, Year 2002, Tirana.

ANASTASI, Aurela, *Political Institutions and constitutional law in Albania (1912-1939)*, press house "Luarasi", Tirana, 1998.

AUTHORS'S GROUP, *History of state and law in Albania*, part one, press house "Luarasi", Tirana, 1997.

BAJRAMI, Arsim, *Parliamentary Democracy*, 4th Edition, Prishtina, 2005.

BARDHOSHI, Nebi, "Aspect of function of provincial Assembly in the labor law", Journal *Parliamentary law and legal policies*, No.16, Year 2003, Center of Parliamentary Studies, Tirana.

BEDINI, Belina, *Relations with Italy during the Zogiste monarchy (1928-1939)*, University of Tirana, Faculty of History and Philology, Department of History, "Doctor" scientific degree topic, Tirana, 2016.

BERHANI, ILIR, *The right to vote as a constitutional right. The Albanian experience*, University of Tirana, Faculty of Law, Public Law Department, Doctor" scientific degree topic, Tirana, 2006.

BEZERAJ, Selim, *Albanians and Austro-Hungary during 1912-1914*, University of Tirana, Faculty of History and Philology, Department of History, "Doctor" scientific degree topic, Tirana, 2014.

BUFI, Ylli, *Temple of Democracy*, publishing house "Ombra GVG", Tirana, 2010.

BUFI, Ylli, The Regulations of Assembly of the Republic of Albania and the necessity for important developments, The Center for Studies over Parliamentary and Democratic, *The Journal Parliamentary Law and Legal Policies*, Number 20, Year 2004, Tirana.

BOGDANI, Mirela, *The administration of electoral process*, University of Tirana, Faculty of Law, Public Law Department, Doctor" scientific degree topic, Tirana, 2011.

CANA, Jaho, *Assembly institution under customary Laberia law*, University of Tirana, Faculty of History and Philology, Department of History, "Doctor" scientific degree topic, Tirana, 2012.

CEKA, Blendi, *The relations between election system, party's system and electoral behavior in Albania*, University of Tirana, The Faculty of Social Sciences, Department of Political Sciences, "Doctor" scientific degree topic, Tirana, 2013.

CLAYER, Nathalie, *The origins of Albanian nationalism*, Publisher "Përpjekja", Tirana, 2012.

CONSTITUTION OF THE PEOPLE'S REPUBLIC OF ALBANIA, Tirana, 1950.

CONSTITUTION OF THE PEOPLE'S SOCIALIST REPUBLIC OF ALBANIA, Law No.5506, dated 28. 12. 1976.

ÇINARI, Dorina, *Parliamentary Right in Albania 1925- 1939*, University of Tirana, Faculty of Law, Public Law Department, Master's Thesis, Tirana, 2009.

DERVISHI, Kastriot, *The history of the Albanian state*, Publishing house "55", Tirana, 2006.

DERVISHI, Zyhdi, *Through the ramifications of Albanian culture*, Publishing house "Emal", Tirana, 2013.

DERVISHI, Zyhdi, *Symbolic interaction lenses*, 2nd Edition, Publishing house "Emal", Tirana, 2016.

DUHANXHI, Idlir, *Civil Process in the High Court of the Republic of Albania and the impact of its decisions*, University of Tirana, Faculty of Law, Civil Law Department, Doctor" scientific degree topic, Tirana, 2014.

ELEZI, Ismet, *Canon of Labëria*, Publisher "TOENA", Tiranë, 2006.

ELSHANI, Milazim, *State of Albania and Kosovo 1920-1939,* University of Tirana, Faculty of History and Philology, Department of History, "Doctor" scientific degree topic, Tirana, 2016.

FILO, Llambro, *The history for government systems*, Publisher "Afërdita", Tirana, 2001.

FILO, Llambro, *The actual political system, Europe*, Publisher "Ideart", Tirana, 2008.

THE FUNDAMENTAL STATUTE OF THE KINGDOM OF ALBANIA.

GLENNY, Misha, *The Balkans, 1804-1999, Nationalism, war and the great powers*, Publisher "Toena", Tirana, 2007.

GOCI, Haxhi, *Canon of Bendës's province*, Press House "OMBRA GVG", 2010.

GURI, Sefedin, Control of the Legislative Power over Executive Authorities and the Role of Parliamentary Committees, Centre of studies on Parliamentary and Democratic Practices, *The Journal Parliamentary Law and Legal Policies*, Number 2, Year 2001, Tirana.

GJEÇOVI, At Shjefën, *Canon of Lek Dukagjini*, Press House "Kuvendi", Editor "Geer", Tirana, 1999.

KACELI (DEMIRLIKA), Ilirjana, *Albanian - Turkish relationships in 1912-1939*, University of Tirana, Faculty of History and Philology, Department of History, "Doctor" scientific degree topic, Tirana, 2013.

KRASNIQI, Afrim, *South-Eastern Europe in the post-communist period. (Analysis on party and governmental systems)*, University of Tirana, Faculty of History and Philology, Department of History, "Doctor" scientific degree topic, Tirana, 2012.

ILIA, Frano, *Canon of Scanderbeg*, Press House "Editrice La Rosa", Milot, 1993.
IBRA, Dashnor, *Albania in the focus of Italian politics during 1918-1928*, University of Tirana, Faculty of History and Philology, Department of History, "Doctor" scientific degree topic, Tirana, 2016.
OMARI, Luan, *Parliamentary System*, 3rd Edition, Publisher "Elena Gjika", Tirana, 2000.
OMARI, Luan, & ANASTASI, Aurela, *Constitutional Law*, 2nd Edition, Press house "ABC", Tirana, 2010.
OMARI, Luan, *Principles and institutions of public law*, Publisher "Kumi", Tirana, 2015.
ORGANIC STATUTE OF ALBANIA, Vlore, April 10, 1914.
MARTINI, Xhaferr, *Canon of Dibra*, 2nd Edition, press house "Emal", Tirana, 2007.
NADIN, Lucia, *Statutes of Scutari*, 2nd Edition, press house "Onufri", Tirana, 2010.
LAW, No.7491, Dt.Act:29. 04. 1991, Dt.Approve:29. 04. 1991, Official Bulletin No.4, Page:145.
LAW, No.7556, Dt.Act:04. 02. 1992, Dt.Approve:06. 02. 1992, Official Bulletin No.1, Page:36.
LAW, No.8417, Dt.Act:21. 10. 1998, Dt.Approve:21. 10. 1998, Official Bulletin No.28, Page:1073.
LAW, No.8609, Dt.Act:08. 05. 2000, Dt.Approve:11. 05. 2000, Official Bulletin No.12, Page:497.
LAW, No.9087, Dt.Act:19. 06. 2003, Dt.Approve:19. 06. 2003, Official Bulletin No.52, Page:2047.
LAW, No.9904, Dt.Act:21. 04. 2008, Dt.Approve:21. 04. 2008, Official Bulletin No.61, Page:2728.
LAW, No.10019, Dt.Act:29. 12. 2008, Dt.Approve:29. 12. 2008, Official Bulletin No.189, Page:9305
LUKU, Esilda, *European Geopolitics and Albania in the period between the two Peace Conferences (1919-1946),* University of Tirana, Faculty of History and Philology, Department of History, "Doctor" scientific degree topic, Tirana, 2012.
PALNIKAJ, Dritan, *Constitutions - Fundamental Statute of the Kingdom of Albania*, "Grand Print" printing-house, Tirana, 2006.
PARTIES IN PARLIAMENT, Strengthening Parliamentary Inclusion in the Strategic Poverty Reduction Process and Millennium Development Goals, Publishing House "Pegi", Tirana, 2005.
PETERSON, J. Jon, An American Perspective on the Relevance and Mechanism of Public Hearings, The Center of Study over Parliamentary and Democratic Practices, *Journal Parliamentary law and Legal Policies*, Number 8, Year 2002, Tirana.
PUTO, Erlir, *Lectures of parliamentary law*, press house "Morava", Tirana, 2013.
ROBAJ, Avdullah, *The challenges of building of parliamentary democracy and rule of law in the Republic of Albania*, University of Tirana, Faculty of Law, Public Law Department, "Doctor" scientific degree topic, Tirana, 2006.
VLORA, Eqrem, *Memories 1885-1925*, The Book and Communications House, Tirana, 2003.
VLORA, Syrja, *Memories*, "Iceberg" Publishing House, Tirana, 2013.
VUKAJ, Emirjona, *Language and Legal Terminology of the Constitution*, University of Tirana, Department of English Language, Faculty of Foreign Languages, "Doctor" scientific degree topic, Tirana, 2014.
STATUTE OF THE REPUBLIC OF ALBANIA, 1925.
STAVRE, Benita, *Albania and Albanians during 1921-1939 in the writings of the English authors*, University of Tirana, Department of English Language, Faculty of Foreign Languages, "Doctor" scientific degree topic, Tirana, 2013.
SHTINO, Redi, *The genesis of the Albanian parliamentary system and its comparison with that Italian*, University of Tirana, Faculty of Law, Public Law Department, "Doctor" scientific degree topic, Tirana, 2015.
SHLLAKU, Aida, *Parliamentarism in Albania (historical and legal overview*) University of Tirana, Faculty of Law, Public Law Department, Master's Thesis, Tirana, 2007.
TOPALLI, (Çoba), Jozefina, *The role of the national Assembly in the process of the integration in EU,* University of Tirana, Faculty of Law, Public Law Department, "Doctor" scientific degree topic, Tirana, 2010.
THE CONSTITUTIONAL ASSEMBLY, the Statute of the People's Republic of Albania, the press "Bashkimi", Tirana, 1946.
THE REPUBLIC OF ALBANIA, The Assembly, *Annual Report over the activity of Albanian Assembly for year 2013; 2014; 2015; 2016*.
THE REPUBLIC OF ALBANIA, Constitutional Court, Decision No.1, date 30. 01. 2004, Official Bulletin No. 4, page 119, Tirana.
THE REPUBLIC OF ALBANIA, Constitutional Court, Decision No.16, date 07. 06. 1997, Official Bulletin No. 7, page 182, Tirana.
THE REPUBLIC OF ALBANIA, Constitutional Court, Decision No.49, date 02. 06. 2001, Official Bulletin No.38, page 1216, Tirana.
THE REPUBLIC OF ALBANIA, Constitutional Court, Decision No. 1, date 07. 01. 2005, Official Bulletin No. 4, page 207, Tirana.
THE SERIES LEGISLATIVE HUMAN RESOURCES, *Parties in Parliament*, Publishing house "Pegi", Tirana, 2005.
ZAGANJORI, Xhezair, *Democracy and state of law*, Press house "Luarasi", Tirana, 2002.

Is there a Polish Legal Tradition? - on the Margins of Considerations Regarding the 1933 Code of Obligations

Maria Lewandowicz *

Abstract

Acknowledging the stance of Savigny on the organic connection between law and nation as correct, I will attempt to resolve within this paper if the term of 'legal tradition' may also be applied to the Polish nation. The 1933 Code of Obligations, which was drafted in a country recently reborn following over a century of political non-existence, is a particularly fitting object for such an analysis. I will try to show that national identity in the area of law may be shaped not only by the use of 'indigenous' norms in the legislative practice, but also by the consolidated, centuries-long tradition of implementation and adjustment of foreign laws to the current social needs of a given society. I will expound that the existence of a national legal tradition does not necessarily require the simultaneous existence of a nation state. For this purpose, I will perform a comparative analysis of Polish law throughout time, starting from the 16th century, when Poland was a stronghold of power on the geopolitical map of Europe, all the way to the Second Republic of Poland and the 1933 Code of Obligations. Only a broad research perspective will make it possible to observe the recurring mechanism of drafting and application of law, thus enabling the identification of legal tradition.

The Polish legal tradition is based on both the method of adjusting law and on normative contents. The method consists of implementing foreign principles, that is of adopting a specific - in this case: foreign, normative content, which remains foreign only until it has been accepted by the society as a collection of laws of national character. Thus was the situation in Poland both before the partitions and in the interwar period. Of course, the undertakings of the Codification Commission that drafted the 1933 Code of Obligations may be assumed to have been unconscious, yet it does not deprive these undertakings of their traditional quality. This is due to the fact that the stance of the legislator and of the society toward the law is shaped by the spirit of the nation, in which a more or less conscious transmission of values and principles takes place, and these values and principles are capable of persevering also through periods of social disintegration, as was the case of Poland under partitions.

Keywords: *Legal tradition; Polish Code of Obligations; codification.*

1. Introduction

When undertaking the task of discussing the legislative solutions of past centuries, one must pose an important question: is it still worth our while to talk about them and why? The answer seems to be obvious: because history has its value and is useful. It shows us a specific, recurring pattern of changes; similar causes lead to analogous consequences. Properly identified events from the past may serve as the basis for forecasting effects of measures undertaken in modern times.[1] The history affords us a broad research perspective; it enables us to identify attitudes and beliefs shaped under the influence of centuries-long experiences which to this day mould contemporary societies and nations. Primarily, however, history reveals to us the causes of all events, shattering the conviction that various phenomena take place by chance.

Research on the history of law devoted to the issue of codifications enacted in late 19th and early 20th centuries is of particular value within this perspective. Firstly, because the sources of the legal systems of nearly 70 percent of modern states may be traced back to a code or a book of laws. About 30 percent of these normative acts were established in the 19th century and still hold today.[2] However, even the codes which were later repealed and replaced with later acts are also a valuable research material. This is because each code constitutes an objectivization of values, expressed in a given form and indirectly reflecting the culture and tradition of a given society. Ideas and values embodied in the codes are both a driving force of the social development and a determinant for the further direction of legal progress. Friedrich Karl von Savigny argued that there exists an organic connection of law with the being and character of a nation, likening it to language. '*For law, as for language, there is no moment of absolute cessation; it is subject to the same movement and development as every other popular tendency (…). Law grows with the growth, and strengthens with the strength of the people, and finally dies away as the nation loses its nationality. (…) the common consciousness of the people is the peculiar seat of the law.*'[3]

* Maria Lewandowicz, PhD, Department of History of Law, Faculty of Law and Administration, University of Gdańsk, Poland.

1 R. G. Collingwood, *The Idea of History,* Oxford 1946, p. 23.

2 C. Varga, *Codification as a Socio-Historical Phenomenon,* Budapest 2011, p. 18.

3 F. K. von Savigny, *On the Vocation of Our Time for Legislation and Jurisprudence,* Polish edition, Introduction and Translation by K. Opałek, Warsaw 1964, p. 56.

Acknowledging the stance of Savigny on the organic connection between law and nation as correct, I will attempt to resolve within this paper if the term of 'legal tradition' may also be applied to the Polish nation. The 1933 Code of Obligations, which was drafted in a country recently reborn following over a century of political non-existence, is a particularly fitting object for such an analysis. I will try to show that national identity in the area of law may be shaped not only by the use of 'indigenous' norms in the legislative practice, but also by the consolidated, centuries-long tradition of implementation and adjustment of foreign laws to the current social needs of a given society. I will expound that the existence of a national legal tradition does not necessarily require the simultaneous existence of a nation state. For this purpose, I will perform a comparative analysis of Polish law throughout time, starting from the 16th century, when Poland was a stronghold of power on the geopolitical map of Europe, all the way to the Second Republic of Poland and the 1933 Code of Obligations. Only a broad research perspective will make it possible to observe the recurring mechanism of drafting and application of law, thus enabling the identification of legal tradition.

2. Legal tradition

My considerations must be preceded by an attempt to define the very term of 'legal tradition'. It is an expression often employed in the contemporary discussions of law, although its precise significance remains unclear and differs depending on who invokes it and in what circumstances. In its broadest and most general meaning, legal tradition entails all actions or attitudes which together, in a given society, form the universal system of values or reflect a universal belief on some matter. Such a broad definition is burdened with the risk of identifying every custom as tradition. What sets them apart, however, is the element of evaluation imbued in the meaning of tradition. A custom relates to activities performed on a regular basis, which are not marked by an angle of evaluation, they are merely a manifestation of attachment to continuity and predictability. Tradition, on the other hand, is a token of evaluation of certain phenomena from the point of view of principles considered significant in a given society.[4]

Tradition is also consolidated with the passage of time. When may we start saying that actions stemming from certain beliefs have become a tradition? Must tradition be directly anchored in history, or may it be 'invented'? Principally, it is emphasized that tradition is composed of elements originating from actual or imagined past. Tradition may not simply come into being out of thin air, although scholars have acknowledged the phenomenon of the 'invention of tradition'. The term of invented tradition, or re-established tradition, is applied in various contexts. They concern cases of traditions which, in temporal terms, were initiated relatively recently, but are already infused with a clear content and construction, and social activities consciously follow this tradition. The invention of tradition also applies to cases of newly created traditions of unspecified essence, but with a distinct influence on a given area of social behaviour. The very act of inventing tradition has been defined as a set of conventional practices governed by rules, accepted either explicitly or implicitly, aiming to instill given values in the society by way of repetition, which in practice suggests a continuity with the past.[5] An invented tradition will then be a tradition anchored in the imaginary past, although it will not deprive it (tradition) of the quality of 'genuineness'. Besides, it is often said that any inventor is merely the last participant in a long chain of people who have developed knowledge.[6] The element of the passage of time is particularly important for tradition, although the length of this period is hard to grasp. Tradition as a conscious manifestation of assessment of values requires time for this assessment to be passed, which is only possible with certain hindsight.

In each legal system, the legal past is one of the core elements of legal contemporaneity. The law as an element of traditional social practice is a carrier or beliefs, opinion, values, myths and rituals preserved by subsequent generations. Even if the legal system itself has not institutionalized the preservation and transmission of legal past to the modern times, its remnants may still mould templates according to which contemporaneity is projected.[7] The authoritarian presence of the past in the present world is more often than not overlooked. These are beliefs, ideas and procedures which function within the social space as natural and obvious. Only those elements of the past whose importance for the modern procedures and values is emphasized in the process of education are noticed, such as the Old Latin maxims used in the present. In the law, the past marks its presence in the essence of 'knowing law'. Knowledge of the law does not mean merely possessing information regarding the binding rules of law, but also the understanding of how these rules are established, how the entire legal system functions and what rules of interpretation apply to it.[8] Such a knowledge of the law is indispensable not only to legal historians, but also to dogma experts, whose workshop should entail the awareness that norms stem from general principles that served as the basis for establishing a given legal system.[9]

Tradition may be said to exist when it is part of the contemporary life as a result of transmission of rules and beliefs from the past, and so if a generational 'relay' of this tradition has occurred. The existence of tradition hinges on the real or imaginary continuity, on the connection between the past and the present. This continuity may be formalized and institutionalized in the law, but it does not have to be so. Regardless of the method of transmission of the values, principles and beliefs composing a given tradition, it will impact in a direct and

4 R. L. Brown, *Tradition and Insight,* The Yale Law Journal, Vol 103, No. 1/1993, pp. 181-183.
5 E. Hobsbawm, T. Ranger, *The Invention of Tradition,* Cambridge 1983, p. 1.
6 H. P. Glenn, *Legal Traditions of the World,* Fourth Ed., Oxford 2010, p. 6.
7 M. Krygier, *Law as Tradition,* "Law and Philosophy". Vol. 5, No 2/1986, p. 241.
8 A. Watson, *The Making of the Civil Law,* Cambridge 1981, p. 14.
9 S. Hofer, *Die prinzipielle Konzeption des ZGB- Warum es sich heute noch lohnt, Hubers Erläuterungen zu lesen,* [in:] Ch, Hurni, M. Reber, *Berner Kommentar. Kommentar zum schweizerischen Privatrecht,* Vol. I, p. 11.

significant way how the contemporary generations shape the future upon the heritage passed down by their ancestors.[10]

3. Polish laws

Here I would like to return to the central question of this paper: is there a Polish legal tradition and did it exist when works on the 1933 Code of Obligations were carried out? I will commence my search for an answer to this question by providing a brief outline of the history of law in Poland starting from the 15th century. It was a period of particular importance for Poland. While the estate monarchies of European countries tended to transform into absolutist states, in Poland there developed a specific variety of estate monarchy in the form of Nobles' Commonwealth.[11] This had a significant impact on the development of court law.

Above all, there prevailed the estate character of the law, which was systematically reduced under absolute monarchies. In Poland of the Renaissance times, despite the postulates for developing universally binding laws, in reality the old laws were still applied: the old land law, town law, rural law, canon law and the law of ethnic and religious groups (Jews and Armenians).[12] Natively Polish law, originating from the early Piast period, was partially preserved in the noble estate law, while foreign law, especially the German one, transplanted onto the Polish soil, gave rise to certain system solutions regarding the estate laws governing the residents of towns and villages of Poland.[13] Throughout the entire 16th century, the legal order developed evenly within all estates. In the noble law, the employment of principles and rules elaborated by the old Polish law was continued. In the estate laws of town and village residents, the order of German law was first viewed as a legal instrument applied in court proceedings, but soon it started to be treated as native law, applied separately in towns and rural areas. The territorial development of Poland throughout the 15th and 16th century led to the emergence of particular laws, that is Lithuanian, Prussian and Mazovian laws.[14]

Statutes of Lithuania of 1529, 1566 and 1588 had a significant influence on the development of legal tradition in Poland. These were legal codes pertaining to public, private and penal law. They were binding primarily in Lithuania[15], while the Crown territories were partially governed by the Second Statute of Lithuania - in the Volyn, Bratslav and Kiev voivodeships. The Third Lithuanian Statue functioned only as auxiliary law in the works of the Crown Tribunal and in Lesser Poland.

When Prussian territories, which formed part of the Teutonic state, were incorportated into the Crown of the Kingdom of Poland in 1454, Kulm law (Chełmno law), which remained in force in an uncodified form on the entire territory of Royal Prussia since 1474, gained particular importance. In 1598, the Kulm law was revised and then adopted by the Sejm under the name of Prussian Amendment. This law governed only the Prussian nobility. The Prussian Amendment, covering the court system, procedural law, family and succession law, was based on the provisions of Crown and Roman law and was employed in the Crown as auxiliary law until the early19th century.[16]

In the 18th century, codification works were taken up in Poland. They were to serve as a basis for the improvement of the existing legislation and for its further development. In the years 1732-1739, Stanisław Konarski and Józef Załuski drafted *volumina legum* (Volumes of Laws), a chronological compilation of the Polish laws in force. In this context, the phrase 'Polish laws' must be understood as denoting the laws binding in Poland, and not as norms of native character. This entails, perhaps even primarily, norms of foreign origin, which, implemented into the Polish legal system and adjusted to the current social needs, with time came to be considered Polish. Owing to disagreements at the Sejm and to repeated interruptions of its sessions, the *volumina* ceased to be published. In 1782, the Piarist fathers published the 7th and 8th volume of legislation from the period of 1764-1780. All eight volumes of legislation where subsequently proclaimed the official source of Polish law, by virtue of a decree issued by the Duke of Warsaw on 10 October 1809. It was used at courts and in all other types of legal transactions. At a later time, the *volumina* were supplemented with the legislation of the period from 1782 to 1792, and with acts passed by the Grodno Sejm of 1793.[17]

The second seminal monument of the Polish law, which was to set Poland on a course of legal development in a national spirit, was the code of Andrzej Zamoyski. The code was constructed pursuant to the Justinian system: *personae*, *res*, *actiones*. The act covered provisions of public and private law, both substantive and procedural. This code was a typical interim body of laws, combining the principles of feudal estate system with legal ideas developed in the codifications of late 18th and early 19th century. And so it preserved the division into estates and maintained the principle of equality of rights, a concept still foreign to the Polish society. Faced with the social resistance of the nobility and of the clergy, this code was never enacted.

In 1791, another attempt was made at codifying and developing the law, with the appointment of a special codification deputation for the Crown provinces. The code was to be based on Łaski's Statute, on the Statutes of the Grand Duchy of Lithuania and, if such need arose, additionally it were to draw from foreign legal science, foreign legislations and the principles of natural law. However, owing to the invasion of the Russian army, these codification works were interrupted in May 1702. The available historical documents indicate that the code was to rest on modern construction of rights originating from the postulates of natural law.[18]

[10] M. Krygier, op.cit., p. 250.
[11] S. Płaza, *Historia prawa w Polsce na tle porównawczym,* part I, Krakow 2002, p. 137.
[12] Ibid.
[13] D. Makiłła, *Historia prawa w Polsce,* Warsaw 2008, p. 107.
[14] Ibid, pp. 107-109.
[15] In the years 1569-1795 Poland and Lithuania formed a bi-confederation.
[16] D. Makiłła, *Historia prawa w Polsce*, pp. 319-321.
[17] W. Uruszczak, *Historia państwa i prawa polskiego, Tom I 966-1795,* ed. 2, Warsaw 2012, p. 240.
[18] Ibid, p. 246.

In the years 1772-1795, Poland was partitioned by Austria, Prussia and Russia which led to the final collapse of the Polish state in 1795. Soon thereafter in Galicia, which fell under the Austrian annexation, the West Galician Civil Code was introduced, replaced in 1812 with the Austrian Civil Code (ABGB).[19] The 1721 East Prussia Landrecht governed the territories of the Prussian annexation, and following the second and third partition of Poland, the Prussian Landrecht was also imposed on the lands newly incorporated into Prussia. At first it was of ancillary character, but on 1 September 1797 it was proclaimed the binding law on the territories of the second and third partition. Despite the introduction of the Landrecht into the legal structure on the territories of old Polish lands, the old canon marriage law, the provisions and customs relating to intestate succession, the institution of life annuities between spouses and serfdom in villages, were upkept in private towns. Levies for the Church were also maintained there.[20]

In the years 1807-1815, there existed an ersatz of the Polish state in the form of Duchy of Warsaw. It was established under the terms of the Treaties of Tilsit, signed by the French Empire, Russian Empire and the Kingdom of Prussia, from lands acquired by Prussia under second, third and partially first partition, as well as from all lands acquired by Austria under the third partition and some lands annexed by it under the first partition. On the territory of the Duchy of Warsaw, the Napoleonic Code was introduced, although not without resistance. Following the collapse of the Duchy and the subsequent establishment of the Kingdom of Poland which existed in the years 1815-1832, there emerged a specific law combining the French, Russian and Polish solutions. The territories of the Russian annexation, on the other hand, were governed by the Russian law. Within the scope of civil law, it was Volume 10 of the Collection of Laws of the Russian Empire.

4. Codification

On 11 November 1918 Poland regained independence and was faced by the necessity of restoring all of its structures. One of the most formidable tasks at hand was to unify and codify the law. As stated by Franciszek Ksawery Frierich, President of the Codification Commission in his speech delivered at the opening session of the Commission, "(…) the development of a uniform type of legislation is one of the main tasks of the uniform Poland. It is to become one of the strongest links binding our Homeland into a uniform whole.[21]

The first fruit of the Civil Law Section of the Codification Commission was the 1921 draft on "compensation for damages resulting from unlawful acts". The next published draft was E. Till's "On Obligations. Part One. General Provisions" from 1922, and, a year later, "Polish Law of Obligations. (General Part). Preliminary Draft With Motives". In the same year, the Civil Law Section decided to write a separate code of obligations, fashioned after the Swiss model, as it was believed this could be done faster than drafting the remaining parts of the civil code.[22] Ernest Till expounded the reasons behind this course of action in his explanatory notes to the 1923 draft of Polish code of obligations, stating that "the part on obligations is the least dependent on the other parts of civil law. This opens up discussion on whether it would expedient to introduce this part as a separate code of obligations, even prior to the adoption of other parts, just like it was successfully done in Switzerland, where the code of obligations preceded the unification of the rest of civil law by whole thirty years". Finally, by virtue of an ordinance issued by the President of the Republic of Poland on 27 October 1933, the code of obligations entered into force on 1 July 1934.[23]

From the very beginning of codification works, the maintenance of legal continuity was the constant priority. This meant that the codifiers attempted to avoid changes in the existing legal system to which the society had grown accustomed. The code was to introduce legislative changes only where it was indispensable to unify the law. As put by the President of Codification Commission Franciszek Ksawery Frierich in 1919, the task was not about "(…) forced originality in shaping our legal relations, but rather about basing our legislation on the instructive past experiences, accounting for our cultural needs, our national character, the system of our state, to ensure that it is not merely a response to the current needs, but also (…) a lasting solution for the future".

This thought was further developed by one of the authors of the code of obligations, Roman Lonchamps the Berier, who stated that the Codification Commission was to "relate to the needs and customs of the society and to lay the foundations of the future modern Polish law (…)"[24]. The understanding of the "current relations in our society" adopted by the codification jurists was further clarified by Ignacy Koschembahr-Łyskowski,[25] who said that the path toward codification may not lead through the legal collections and codification projects of the First Republic of Poland.[26] At the same time, as R.L. de Berier worded it, "the specific legal, social and economic relations in Poland did not allow for unaltered adoption of foreign legal institutions"[27]. Purely material factors and local unification needs, and not Polish political affiliations, were to weigh in on the choice of the codification basis.

As a result of these ground rules, codification works placed particular emphasis on drafting solutions as compliant with the heretofore existing legal status or practice as possible. According to the examples cited by professor Wojciech Dajczak, one of the crowning arguments justifying the introduction of individual

[19] S. Płaza, *Historia prawa…,* part II, p. 47.
[20] Ibid, p. 49.
[21] S. Grodziski, *Komisja Kodyfikacyjna, Dział ogólny, vol. 1,* fasc. 1, Warsaw 1920, p. 13.
[22] L. Górnicki, *Prawo cywilne w pracach Komisji Kodyfikacyjnej…,* p. 397.
[23] Journal of Laws of 1933, no. 82, item 598.
[24] R. Lonchamps de Berier, *Kodeks Napoleona,* Przegląd Prawa i Administracji (PPiA) 1921, p. 146.
[25] W. Dajczak, *Kodeks Zobowiązań jako lekcja metody prawnoporównawczej,* Kwartalnik Prawa Prywatnego (KPP) 2014 r., Fascicule 4, p. 831.
[26] I. Koschembahr- Łyskowski, *W sprawie kodyfikacji naszego prawa cywilnego,* Warsaw 1925, p. 14; [quoted from:] W. Dajczak, *Kodeks Zobowiązań…,* op. cit., p. 831.
[27] R. Longchamps de Berier, *W dziesiątą rocznicę,* PPiA 1928, p. 420.

solutions into the code was that they had been "adopted in all the former legislations passed in Poland", or the belief that, for example, the need to protect lessees "has already taken roots in the society".[28]

The Polish code of obligations was a synthesis of the old partition legislation with a certain degree of inclusion of the Polish national specificity. While drafting the code of obligations, the Codification Commission leaned on foreign legal heritage, believing that it represented a body of rational solutions. Where it introduced solutions motivated by national sentiments, it justified it with the argument of adequacy of such a solution for the national economic interests. After all, employing the models provided by legislations of the annexing powers represented the exercise of an important postulate of continuation and stability of the state.[29]

The code of obligations adopted the existing solutions of other European codifications, and synthesized the accomplishments of contemporary legal science and jurisprudence. This is particularly well illustrated with the example of provisions regarding the influence of change in relationships on the obligation. The change in relationships which influences the performance of an obligation, pursuant to the provision of Art. 269 of the code of obligations, had to be an event of extraordinary nature, whose occurrence would significantly obstruct the performance of an obligation or which would cause excessive losses of the debtor or creditor. The necessary condition was for the parties to be unable to foresee such consequences at the time of entering into the contract. Only upon the satisfaction of all these conditions, the court could change the contents or the method of performing an obligation, having first considered the interests of both parties, if the court found it necessary as per the principle of good faith. Within this perspective, the provision of Article 296 of the code of obligations represented a synthesis of Windscheid's theory on *Voraussetzung*, of the *clausula rebus sic stantibus* theory, of the French *théorie de l'imprévision* or of the German and Austrian *Unerschwinglichkeit der Leistung.*[30]

Some of the solutions contained in the code of obligations, however, represented a novelty in relation not only to the existing Polish legislation, but also to the foreign laws. The Polish code emphasized quite strongly the issues of socialization of certain obligation relationships, which is best illustrated by the example of provisions regulating employment contracts. The employee obtained the right to receive remuneration for periods of sickness, of conscription to military training or due to absence for other important reasons, although only up to two weeks. Another important provision of the code was the invalidity of advanced waiver of remuneration for work[31], which certainly strengthened the employee's position in relations with the employer. In this scope, the Polish code was evidently modelled after the rules contained in the Napoleonic Code, while rejecting the solutions of ABGB (§ 1152), BGB (Art. 612) and of the Swiss law of obligations (Art. 320).[32]

5. Polish legal tradition?

The 1933 Polish Code of Obligations was a creative compilation of laws which had been binding in the period of partitions, perfected with the legal science and theory developed in other European countries in times when the Polish legal science could not evolve. The employment of 'foreign' sources in the codification works was, in a way, a necessity, owing to the absence of an appropriate national source base. The members of the Codification Commission were right to raise the arguments of the need for a swift completion of unification of law throughout the entire country, to create a law which could be accepted by the entire Polish society, up until then divided by the various legislations. They were also correct to point out the necessity to keep the principles which had already become rooted in the practice of law in individual areas of the countries, and they reasonably opposed the idea of basing codification on antiquated legal solutions of the First Republic of Poland. These measures were both an answer to the need of the moment, as well as a continuation of the centuries-long tradition of implementation and adjustment of foreign law to the Polish social needs. The partitions put a halt to this tradition, which was reinstated in the interbellum period.

If we take a closer look at the method of drafting laws in Poland throughout its history, we will easily notice that the existing legal sources could rarely boast of a 'purely' national character. The Polish legal culture was open to and easily influenced by foreign legal cultures. This may of course be interpreted as meaning that Poland was at a crossroad of various legal traditions and that no separate tradition ever emerged on its territory. Such an opinion would be mistaken, however. Tradition is composed of normative information, not of facts, and thus it is not tangible and unambiguous.[33] The fact that a legal tradition is not predicated on norms of national character dos not mean that the tradition itself will be devoid of this character. The Polish legal tradition is based on both the method of adjusting law and on normative contents. The method consists of implementing foreign principles, that is of adopting a specific - in this case: foreign, normative content, which remains foreign only until it has been accepted by the society as a collection of laws of national character. Thus was the situation in Poland both before the partitions and in the interwar period. Of course, the undertakings of the Codification Commission that drafted the 1933 Code of Obligations may be assumed to have been unconscious, yet it does not deprive these undertakings of their traditional quality. This is due to the fact that the stance of the legislator and of the society toward the law is shaped by the spirit of the nation, in which a more or less conscious transmission of values and principles takes place, and these values and principles are capable of persevering also through periods of social disintegration, as was the case of Poland under partitions.

[28] W. Dajczak, *Kodeks Zobowiązań…*, pp. 832-833.
[29] Ibid, p. 834.
[30] Ibid, p. 87.
[31] Art. 442 § 1 of the code of obligations.
[32] L. Górnicki, *Prawo cywilne w pracach Komisji Kodyfikacyjnej…,* op. cit., p. 439.
[33] H. P. Glenn, *The National Legal Tradition,* Electronic Journal of Comparative Law, vol. 11.3 (December 2007), p. 6.

The Abolition of Capital Punishment in the major Countries of Europe

Zoltán J. Tóth *

Abstract

The present paper deals with the history of abolitionism in the main European states. This essay first introduces the course of abrogation of capital punishment in its Italian cradle, then it details the steps by which the status of this kind of sanction changed in France, Germany, Austria, Switzerland, England and the Russian and Soviet Empires during the past centuries and, chiefly, the past decades. The present article covers both the early results of the abolitionist movement in the countries analysed, and the final cessation of this legal institution by which these states discontinued the practice of capital punishment for good and all.

***Keywords**: capital punishment/death penalty; criminal law; abolitionism; Enlightenment.*

The inhumanity and brutality of criminal law norms culminated in the early modern era, in the 16-17th century: the number of crimes punishable with capital punishment was the highest in the European countries at this time, higher than in the Middle Ages, and the number and cruelty of executions also increased in the last centuries of feudalism. The fall of Feudalism could not be prevented by the cruelty of law, because natural scientific discoveries started such changes (industrialization, urbanization, restructuring of social groups /peasants becoming workers/ and the related impersonalization, individualization and loss of values), which made the fall of Feudalism unavoidable.

A major loser of this process was the church: the clerics promoting the ideology of the unworthiness of human life lost its main support. This was further weakened by the fact that due to natural scientific discoveries belief in God was shaken: "enlightened" people did not need God for explaining natural processes and principles. But God and Paradise do not (or may not) exist, life becomes important here and now, it becomes the main value of men, which should be protected beyond everything. The result of the Enlightenment, therefore, is that man appears as an individual value, his life cannot be taken unnecessarily, and shall not be sacrificed at all.

In the field of criminal law Italian Cesare Beccaria was the first to represent the ideology based on the historical process of the Enlightenment, and he was the most influential too; his theory and his book "Crime and punishment" ("*Dei delitti e delle pene*") containing this theory, published in 1764 are the basis of the criminal law (or legal theoretical) movement, which aimed at the abolishment of capital punishment, its final elimination from the scope of criminal sanctions.[1] Beccaria believed that the aim of punishment cannot merely be the achievement of a theoretical idea ("justice"), and it cannot have self-serving goal either (as represented by Hegel and Kant). Punishment shall be applied for a social purpose, which is the reduction of criminal activities, the number of crimes. The *goal* is to reduce criminality[2] and punishment is merely a tool for reaching this goal. This tool shall be applied only in order to reach the goal; if it may be reached in other ways too, always the most lenient should be applied. If the more serious sanction would be used even if it did not have any special retentive or deterrent effect, its application would be useless, thus unnecessary. As Beccaria believes that in general capital punishment does not have deterrent effect[3] (as such effect would rather be reached by effective investigation, inevitable punishment, not the increase of the sanction's gravity), its application is useless, thus unnecessary.

Beccaria's modern ideas affected legal practice as well: a process started which led to the slow, gradual repression, and in some cases to the complete abolishment of capital punishment. The process itself was not linear, and it was realised

* Associate professor Zoltán J. Tóth, Department of Legal History, Jurisprudence and Canon Law, Faculty of Law, Károli Gáspár University of the Hungarian Reformed Church, Budapest, Hungary.

1 It should be added, however, that Beccaria's book was not written especially against capital punishment, but rather against the arbitrariness and injustice of the feudal criminal law of the time. It criticised torture and corporal punishments, and recommended several guarantees (right to defence, *nullum crimen sine lege*, *nulla poena sine lege*, presumption of innocence, burden of proof, etc.).

2 Punishment has double purpose (both of which eventually lead to the reduction of the number of crimes): special prevention and general prevention. In case of special prevention the goal is to prevent the perpetrator from committing another crime; in case of general prevention to make punishments applied against other perpetrators prevent all potential criminals from committing criminal acts.

3 Beccaria believes that it is not capital punishment which has dissuasive effect from committing crimes, but "lifelong slavery" and "lifelong forced work" have such effect.

differently in different countries, regarding timing and degree. In some countries capital punishment was abolished already in the 19th century,[4] while in other countries it remained in use for common crimes, or in some others for crimes against life, and there are some countries (including developed, democratic ones) which have not made the relevant decision yet, despite all efforts. However, despite all obstacles and temporary blockades, viewed from historical approach abolition is still consequent tendency; more and more countries limit, suspend or abolish the punishment of taking away the life, while the restitution of capital punishment rarely happens in those countries which have already abolished it.

1. Italy

Italian Tuscany was the first state in which, due to the influence of Beccaria its sovereign, Leopold, Grand Duke of Tuscany (later Leopold II Hungarian king) abolished the application of capital punishment *(pena di morta)*.[5] First, in 1765 he ordered judges in a secret resolution to refrain from its application,[6] then later, on the 30th of November 1786 he realised the positive effect of this practice on criminality and abolished capital punishment in an act, and at the same time introduced "eternal detention". However, the era without capital punishment did not last long. In 1790, in fear of the expansion of the French revolution it was restored for political crimes, then in 1795 also for crimes against religion and crimes against life (but it was not applied in practice for criminals until 1808, the French invasion of Tuscany). Later, in 1838 this sanction was limited by an act of the 2 August, which stated that only unanimous court decision may order capital punishment on any crime. An act of 11 October 1847 abolished capital punishment again; it was restored in 1852, but was finally abolished from the criminal law system of Tuscany in 1860.[7]

In the same year a lawyer called Pietro Ellero established a journal for discussing the issues related to the abolition of capital punishment (*Giornale per l'abolizione della pena di morte*); this journal, which was first published in Milan, then in Bologna, aimed at achieving the abolishment of capital punishment in Italy, then after the unification of the Italian states (1870/71) in the united Italy. His efforts finally proved to be successful by the approval of the Italian Criminal Code, the Codice Penale in 1889; after this the journal was terminated, as it fulfilled its goal. Even though formally the Codice Penale abolished capital punishment only in 1889, no executions were performed since 1877, capital punishment was replaced by "*ergastolo*", i.e. life imprisonment spent in high security prison, supplemented with forced labour punishment, and aggravated with private detention in the first seven years. Mussolini restored capital punishment for certain crimes against the state in 1926. Later the new criminal code which was approved in 1930 and entered into force on the 1st of July 1931 expanded the scope of the application of capital punishment to more political crimes and to the most serious common crimes (murder, armed robbery). In 1944, after invading the territory of Italy the allies suspended the application of capital punishment on the 10th of August, but in 1945, partly for retaliation purposes it was reintroduced for war crimes, crimes against humanity, and some other crimes against the state and military crimes. Moreover, partly for the consolidation of chaotic public safety conditions it was reintroduced for the most serious common crimes (murder, armed robbery), as well.[8] For the former crimes 88 people were executed between 1945 and 1947. The new Italian constitution, which was approved on the 27th of December and entered into force on the 1st of January 1948 expressly stated that it was forbidden to allow the application of this punishment in law both for common crimes and for military crimes committed in peace time. This provision, however, allowed the use of capital punishment for military crimes committed in war, which was in fact resorted to by the Italian legislator, therefore real abolition covering all crimes did not happen until the October of 1994, when the Italian Parliament abolished capital punishment with Act 589 of 1994.

2. France

The abolitionist movement started in France[9] at the time of the Enlightenment, and its first real results were achieved during the great French Revolution. Due to the achievements of Voltaire the National Constituent Assembly banned torture on the 8th of October 1789, after the demolition of the Bastille, and introduced the requirement of the oral conduct and publicity of criminal procedures. In 1790 it was proclaimed that capital punishment should be banned after the restitution of peace ("on the day of the proclamation of general peace"). On the 30th of May 1791 Louis-Michelin Lepeletier submitted a draft law about the abolishment of capital punishment *(peine de mort)*, but after fierce debate the National Constituent Assembly rejected the proposal.[10] On the 25th of September of the

[4] The statements included into the coming chapters, according to which during the 19th century certain countries abolished this sanction from their criminal law system at different times shall mean that they banned the application of capital punishment for common crimes, but in general abolition in this era did not cover crimes against the state, military crimes and/or crimes committed in times of war.

[5] See: Szemere Bertalan: A büntetésről s különösebben a halálbüntetésről. *[On punishment, especially on capital punishment]* Reprint: Halálbüntetést Ellenzők Ligája, Budapest, 1990. 137-139.; Balás Elemér: A halálbüntetésről. *[On capital punishment]* Révai és Salamon Könyvnyomdája, Budapest, 1900, 6. and 11.; Finkey Ferenc: Büntetéstani problémák. *[Problems of the sanctioning system]* Budapest, 1933, 71., 72 and 75.

[6] Nevertheless, executions were performed until 1769.

[7] Doleschall Alfréd: Halálbüntetés. *[Capital punishment]* In: Márkus Dezső (ed.): Magyar Jogi Lexikon, III. kötet, Pallas Irodalmi és Nyomdai Részvénytársaság, Budapest, 1900, 899.

[8] The last execution for a common crime, armed robbery committed against ten people was performed on the 5th of March, when the three perpetrators of this criminal act were executed by fusillade.

[9] See: Doleschall: op. cit. 899. and 900., Horváth Tibor (ed.): A halálbüntetés megszüntetése Magyarországon. *[The abolition of capital punishment in Hungary]* Dokumentumgyűjtemény. Halálbüntetést Ellenzők Ligája, Miskolc, 1991, 23., Lyons, Lewis: A büntetés története. *[History of punishment]* Magyar Könyvklub, Budapest, 2005 162-165., Gönczi et al.: op. cit. 345-347., Finkey: op. cit. 71-72. and 74.

[10] It is interesting that in the debate Maximilien Robespierre (1758-1794), later "wild" revolutionist supported the prohibition and voted for the abolition of capital punishment.

same year the *Assemblée Nationale Constituante* abolished capital punishment for crimes against feudalist order, religion and the church, and limited its scope of application to four types of crimes. In the meantime on the 3rd of May 1791 an act was passed which, on the one hand, abolished inhumane methods of execution (like being torn by horses /*écartelement*/, burning on bonfire, breaking wheel or infusion), and, on the other hand, in the spirit of equality before the law stated in the Declaration of 1789 it abolished the differentiation of nobility and commons, and regulated the general use of decapitation for everyone.[11] Finding the best method of execution was trusted to a doctor, Joseph-Ignace Guillotin[12], who, upon the advice of another doctor, Antoine Louis[13] recommended a structure like the British Halifax-gibbet[14] in 1789 in order to humanise executions, as this was a structure which ensured quick, "humane" and painless death. Its construction was trusted to a German carpenter in 1791, and it was completed by 1792. The first execution by guillotine was held on the 25th of April 1792, when Nicolas-Jacques Pelletier was decapitated at Paris' Gréve square;[15] Since this execution, until the abolishment of capital punishment at the end of the 20th century this was the only method of execution in France. Thousands were decapitated between 1792 and 1794, but the real execution wave started on the 10th of July 1794, after the proclamation of the "Great Terror", when the act of the Convent allowed the Paris Tribunal to sentence anyone to death without the right to defence, appeal or making statements, for the protection of the revolution's results.

After the rise of Napoleon to power revolutionary terror ended, and in parallel with the consolidation codification was prepared. In the field of criminal law this concerned two codes: the procedure code of 1808 (*Code d'Instuction Criminelle*) and the criminal code of 1810 (*Code Pénal*), which was in force from 1811 till 1863.[16] The former one departed from the inquisitorial system of criminal procedure and introduced a "mixed system", the investigation phase of which was built on secrecy, but in the court phase publicity prevailed. Procedural actions were performed partly in writing, partly orally, the evidence system was still limited, which means that only designated means of evidence were permitted to use (this was partly to prevent courts from returning to the era of ordeal, and partly to ensure that they do not deviate from the will of the legislator representing the sovereignty of the people stated in the laws, i.e. from the practical realisation of the principles formulated by Rousseau and Montesquieu).[17] Similarly to the former French laws a principle of *Code Pénal* was deterrence, therefore it allowed or ordered the use of capital punishment for 36 crimes, and for patricide it restored qualified capital punishment,[18] but it also regulated imprisonment in details.

In 1832 the penal code was modified thoroughly, the new version was influenced by humanity; the number of crimes punishable with capital punishment was reduced to 12, which is one-third of the previous number, by abolishing capital punishment for all qualified versions of theft[19] (including robbery), as well as counterfeiting and forgery, and the forgery of state stamps and securities. In addition to this the modification of 1832 eventually abolished corporal mutilating sanctions from the French sanctioning system, and it also abolished the hand cutting of patricides which had been reintroduced in 1810. It abolished stigmatization with hot iron and pillory (except for forgers). In 1848, with the law of the 16th of February the revolutionary legislator temporary abolished capital punishment for political crimes, but "of course" after the defeat of the revolution (with the act of 10 June 1853) it was re-established.

The next important event related to capital punishment is tied to the era of the „Paris Commune"[20], in the opposite way. The population of Paris started a revolution due to its dissatisfaction[21] with the humiliating Versailles Peace Treaty ending the war with Prussia. On the 18th of March 1871 the revolution of workers succeeded, and at the beginning it did not use capital punishment as form of sanctioning, but as on the 2nd of April several national guards (among them two members of the Armed Forces Committee, Duval and Flourens) were captured and executed by the groups of the Versailles government, the Paris Community Council (Commune) issued a decree about hostages on the 5th of April: anyone, who serves as a spy of the government, as soldier in its army, or is in any way related to it shall be brought to jury upon his capture, which will decide in 48 hours to keep him captured or free him right away. Hostages were held in order to be killed, three in a group chosen accidentally if the government executes a communard. In the last days of the Commune terror increased: on the 17th of May the Community Council repeated the decree about hostages, and on the 18th it issued a new decree, according to which those spreading anti-republican propaganda (for example the makers and circulators of such press products)

[11] Therefore, in addition to the mentioned brutal forms of execution the act also abolished hanging, which was less cruel and was applied mainly for common people.

[12] The name of Doctor Guillotine shall be written without "e", contrary to the decapitating structure named after him.

[13] Due to the contribution of Doctor Louis people called the guillotine Louisette for a long time.

[14] The Halifax-gibbet got its name from the town of Halifax, England, where it was used for the first time and for the longest period of time (from 1286 to 1650).

[15] The approach of people and their desire for shivering was shown by the fact that as execution took only few minutes, including the preparations, the mass started yelling: "give my gibbet back".

[16] Gönczi et al.: op. cit. 353-356. and 361.

[17] Another novelty of the act was that it abolished the grand jury (*jury d'accusation*) and replaced it with the investigation judge (*juge d'instruction*). The petit jury remained, its members were appointed by the prefect from people having proper property census (basis of tax).

[18] The right hand of the patricide was cut off before decapitation, and the execution had to be performed with only a shirt on him and a hood on his head.

[19] "Simple" theft was not punishable by capital punishment.

[20] Both: op. cit. 100-107.

[21] With the Versailles peace treaty the French government agreed to give up Alsace and Lothringia, to pay 5 bn FRF compensation to Germany (united in the meantime, on the 18th of January 1871), and to hand over the Eastern territories of France to the German troops for surveillance until the final and complete payment of the war compensation.

shall be brought to summary trial and shall be executed. On the 19th of May summary trials were extended to embezzler and thief civil servants, and on the 24th of May to house owners who do not turn in or kill those who shoot at national guards from their houses. After the defeat of the revolution the reaction came: many communards were executed in revenge.

The idea of the abolishment of capital punishment was raised in France several times;[22] the most important attempt was of Prime Minister Georges Benjamin Clemenceau in 1906, when he recommended the abolishment of capital punishment for common crimes[23], to be replaced with life imprisonment, which would be aggravated with private detention in the first six years. For this reason the fee of the executioner was not included into the budget of 1907, but due to the spread of a new and fearful form of criminality (the "*apache*"-attacks)[24] the National Assembly finally did not dare taking this step, and on the 8th of December 1908 the representatives rejected the proposal at a rate of 330:201. Until 1939 executions were held in public, they became closed from the masses only before World War II which made capital punishment real sanction instead of being public event. The last person executed in public was murderer Eugen Weidmann on the 17th of June 1939. The next execution on the 24th of June, and all others following this one were held in the La Santé prison in Paris[25] until the 10th of September 1977, when Marcel Chevalier executioner performed the execution of the last capital punishment of France (and of the member states of the European Community) on Hamida Djandoubi. In 1981 Socialist presidential candidate François Mitterand promised in the electoral campaign than he would abolish capital punishment if he got on power – and he kept his promise. On the 17th of September the minister of justice, former abolitionist lawyer Robert Badinter submitted to the National Assembly the related draft law which was supported by the House of Representatives with three-fourth majority on the next day, and by the Senate on the 30th of September. The act generally abolishing capital punishment entered into force on the 9th of October 1981, with which capital punishment was eventually banned in France; in 2007 the National Assembly declared the prohibition of capital punishment a constitutional requirement upon the proposal of President Jacques Chirac.

3. Germany

In Germany[26] Bavaria took the first step towards abolition in the era of independent principalities and kingdoms,[27] when in 1813 Paul Johann Anselm von Feuerbach drafted the Bavarian Penal Code after the *Code Pénal*, proposing the significantly limited use of capital punishment (*Todesstrafe*), and declared that the main purpose was not deterrence any more but general prevention. The next important event is related to 1848 and the Association of German States. The Frankfurt National Assembly voted against the upholding of capital punishment[28] due to which several German states[29] temporarily abolished capital punishment for common crimes. In 1863 the *Deutche Juristentag* (German Assembly of Lawyers) issued a decision against capital punishment, and in 1871, during the debates of the united imperial penal code the idea of abolishing capital punishment for crimes committed by civilians was seriously considered, moreover, after the first vote abolitionists were winning (118:81), but due to the arguments of Bismarck this rate turned around for the final vote and eventually at a rate of 127:119 the Imperial Assembly upheld capital punishment.[30] However, the imperial criminal code allowed this form of punishment only for murder and attempted murder against the emperor or a landlord, in addition to military crimes,[31] but it was not obligatory in any way. The method of execution was decapitation, which was realised with guillotine[32] in public till 1877 and in private thereon.

In 1931, at a meeting of the German section of the International Penal Law Association held in Essen a decision was approved with the signature of fifteen well-known criminalist, among them Gustav Radbruch which called upon the legislator to abolish capital punishment for common crimes, and to leave it out from the new criminal code. These efforts were frustrated by the national socialist takeover, which raised murders, terrors and arbitrariness to state level. The application of capital punishment was extended by law on the 29th of March 1933, then after the death of Hindenburg and gaining total power in August 1934[33]

---

[22] In the 19th century representatives submitted such proposals 12 times: in 1838, 1850, 1868, 1872, 1876, 1881, 1882, 1886, 1894, 1896, 1898, moreover, one more time in the 20th century, in 1928, upon the proposal of Georges Benjamin Clemenceau, which means that efforts were made for the abolition of capital punishment but none of them received proper supporting majority.

[23] The drafter of the text was Aristide Briand, it was submitted on the 3rd of July 1908.

[24] The "apache"-attacks were crimes during which bandits with cars robbed and murdered their victims.

[25] Only extraordinary crimes were exceptions; the last such execution was performed on the 11th of March 1963, when an officer of the air force, Jean Marie Bastian-Thiery was executed by paillone in the Fort d'Ivry for treason and military crimes, because he attempted to murder President Charles de Gaulle.

[26] Gönczi Katalin – Horváth Pál – Stipta István – Zlinszky János: Egyetemes jogtörténet. *[History of Law]* Nemzeti Tankönyvkadó, Budapest, 1997, 379. and 382-383., Horváth: op. cit. 24-26., Finkey: op. cit. 74-75., Doleschall: op. cit. 900., Balás: op. cit. 6-7., Jescheck, Hans-Heinrich: A Nemzetközi Büntetőjogi Társaság álláspontja a halálbüntetés kérdésében. *[Opinion of the International Association of Penal Law on capital punishment]* In: Magyar Jog, 1990, 6, 568-570.

[27] Humanist criminal law efforts were made also earlier, torture was banned in 1754 in Prussia, in 1770 in Saxony and in 1809 in Bavaria and Württemberg.

[28] Deutsce Grundrechte 9. §.

[29] These included Bremen, Oldenburg, Saxony, Württemberg, Baden and Hessen.

[30] The unified German penal code entered into force on the 1st of January 1872.

[31] 211. §.

[32] Only Bavaria regulated death by bullet between 1920 and 1923.

[33] After the death of President Hindenburg Hitler became prime minister and president, and by unifying these titles with the president of the NSDAP and the commander-in-chief of the army (*Wehrmacht*, *Luftwaffe* and *Kriegsmarine*) he gained unlimited, autocratic power as the "President *(Führer)* and Chancellor of the Empire".

decrees allowed or ordered courts to apply the most serious sanction for more and more crimes. Right after the invasion of Poland and declaration of war by France and Great-Britain, on the 5th of September 1939 summary courts were established which were allowed to apply capital punishment against the perpetrators of crimes against the people.

Under the facade of the rule of law, under the Nazi power, between 1933 and 1945 civil courts issued more than 16 thousand,[34] military courts issued more than 20 thousand death penalties, most of them after 1939, but the cruelty of Nazi "law" did not reflect in these, rather in war crimes and crimes against humanity (only in concentration camps more than ten million Jews, gypsies, Slavs, homosexual, common criminals or political detainees died), the basis of which was partly unwritten law, direct oral order. These war crimes and crimes against humanity were judged upon by the Nuremberg trials, at which most Nazi perpetrators were sentenced to death and executed. In addition to this in the Western occupation area some people were executed between 1945 and 1949 based on the law before 1933, the last one of them, Richard Schuh was decapitated with guillotine on the 18th of February 1949 for homicide. During the drafting the constitution (*Grundgesetz*) of the Federal Republic of Germany established from the British, French and American occupation areas[35] the prohibition of capital punishment was included into the text;[36] Article 102 declares a short, but rather clear and precise statement: "Capital punishment is abolished".[37] Even though some attempts have been made for its re-establishment[38] in the Federal Republic of Germany and following the unification in 1991 in Germany, the application of capital punishment is prohibited both in civil and in military cases.[39]

In the Democratic Republic of Germany formed from the Soviet occupation area transition was not so linear. Between 1945 and 1949 121 capital punishments were ordered in the Eastern zone and 47 were executed. After the official establishment of the Democratic Republic of Germany in 1949 227 people were sentenced to death for intentional murder, military crimes, espionage and sabotage; 166 of them were executed. The last person executed for common crime, child murderer Erwin Hagedorn was hung on the 15th of 1972,[40] and the very last execution took place on the 26th of June 1981 against Werner Teske sentenced to death for espionage.[41] Eventually in December 1987 capital punishment was generally abolished by law, and by this the Democratic Republic of Germany was the first country of the "Eastern bloc" to step on the path of abolition, before the wave of political transitions in Central-Eastern-Europe.

4. Austria and Switzerland

In Austria[42] emperor Joseph II (1765-1790) abolished capital punishment by law in 1787, upon the influence by Sonnenfels (but instead introduced towing which unavoidably led to death within few months). In 1795 capital punishment was reintroduced for political crimes[43] and in 1803 also for common crimes. In 1867, from the six laws forming the "December constitution" the one about courts introduced jury system for capital crimes: in the future twelve jury members decided about the issue of guilt and three judges about the form and degree of punishment. In 1871, within the general criminal law reform the scope of crimes punishable with capital punishment was narrowed: from common crimes only homicide remained punishable with this sanction. This changed in World War I, when martial law was introduced, which remained in force till 1919, and within which crimes against property were also punishable with death. In 1919 the first Austrian republic abolishes capital punishment for all civilian crimes, including intentional murder, but in 1934 Chancellor Dolfuss reintroduced summary courts for a short period of time, and in 1938, after the Anschluss the cruel and inhumane law of the German Third Empire was introduced also in Austria. The post-war second Austrian republic recognised capital punishment again for a short period of time, but after consolidation, in 1950 law banned the application of capital punishment for common crimes,[44] which was confirmed by the Austrian Constitution of 1955 at fundamental law level,[45] in 1968 also regarding summary courts.

In Switzerland[46] the process of abolition started in 1848, when capital punishment was banned for political crimes at federal level. However, the regulation of common crimes belonged to the cantons, therefore they were allowed to decide whether

---

[34] From these 12,000 death penalties were executed in reality.

[35] It entered into force on the 24th of May 1949.

[36] It is interesting that its drafter and proposer was Hans-Christoph Seebohm, founder of the German Party, who wanted to prevent further executions of Nazi war criminals.

[37] "*Die Todesstrafe ist abgeschafft.*"

[38] The most important of these happened in 1952, when the CDU and the German Party submitted a joint proposal for abolishing article 102. Even though the Bundestag supported the proposal at a rate of 151:146, it was less than qualified majority, therefore the constitutional ban of capital punishment remained in force.

[39] However, West-Berlin, which enjoyed special legal status was not subject to the German federal constitution, and capital punishment was abolished here only on the 20th of January 1951.

[40] Until 1970 the form of execution was decapitation with guillotine and hanging; from then on the latter one became the exclusive form of execution.

[41] In such *extra ordinem* crimes the form of execution was death by bullet.

[42] Szemere: op. cit. 140., Firon András: Káinbélyeg. Nyugdíjazzuk-e végleg a hóhért? *[Kain stigma. Should the hangman retire?]* Panoráma Kiadó, Budapest, 1991, 98., Horváth: op. cit. 24., Doleschall: op. cit. 897. and 899.

[43] This act entered into force in 1796.

[44] The last convict, Johann Trnka was hung on the 24th of March 1950 for murder. (In Austria hanging was the only form of execution, except for the period between 1938 and 1945, when Nazi invaders applied guillotine.)

[45] Article 85 of the *Österreichische Bundesverfassung* repeats the text of Article 102 of the German Consitution word by word: "Capital punishment is abolished" ("*Die Todesstrafe ist abgeschafft*").

[46] Horváth: op. cit. 24., Doleschall: op. cit. 900., Die Gechichte der Todesstrafe in der Schweiz: http://www.kuhnert.ch/ts/ch/TS_ch.htm.

they supported the most serious criminal law sanction. Freiburg was the first canton to abolish capital punishment in 1848, it was followed by Neuchâtel in 1854, Zürich in 1869 and Geneva in 1871. On the 29th of May 1874 new federal constitution entered into force, which abolished capital punishment both for common crimes and military crimes committed in peacetime, and maintained it only for military crimes committed in time of war.[47] However, due to the increasing criminality this regulation was abolished in 1879, and the cantons regained the right to decide about the application of capital punishment, due to which several cantons (Luzern, Uri, Schwyz, Obwalden, Zug, Sankt Gallen, Wallis, Innerrhoden, Schaffhausen and Freiburg) reintroduced it for crimes against life.

In 1898 the federal legislator got the right from the cantons to regulate criminal law at federal level, but the criminal law unification did not happen until December 1937, when the Swiss Parliament approved a new, federal criminal code. This code abolished capital punishment again, but not indirectly (by simply not including it into the list of sanctions), like many cantons in the 19th century, but by declaring that capital punishment shall not be applied. As this was confirmed by a referendum on the 3rd of July 1938, and the new federal criminal code entered into force on the 1st of January 1942. The last "civilian" execution happened on the 18th of October 1940 in Obwalden, Sarnen, when Hans Vollenweider was decapitated after being sentenced to death for three counts of murder.[48]

However, the prohibition of capital punishment did not apply for military crimes, and as Switzerland was in state of war, executions were performed. During World War II 30 people were sentenced to death for treason, from which 17 were actually executed.[49] After the war and the end of the state of war no more death penalties were (could be) issued, even though the supporters of death penalty attempted to restore it in 1952 for common crimes, the federal parliament rejected the proposal at a rate of 80:31. Eventually Switzerland arrived to the final milestone in 1992, when the parliament approved the act which added the prohibition of capital punishment to the Constitution, and banned its application in all circumstances (also in war).[50]

5. United Kingdom

In England,[51] death penalty (*death penalty*, *capital punishment*),[52] was applicable for about 220 crimes, mainly for crimes against property[53] which, as it may be seen from the previous chapter, led to the softening of law and the loss of legal certainty.[54] Therefore upon the proposal of Sir Samuel Romilly, a great reformer of criminal law the process for the abolishment of serious punishments started, as a first phase of which capital punishment was abolished in 1808 for theft and other insignificant misdemeanours, and in 1814 "simple" hanging was introduced for traitors instead of the applied hanging-gutting-quartering punishment. In 1816 and in 1829 stigmatization and pillory were banned, and the criminal code of 1832 (*Punishment*

[47] Article 65 of the *Bundesverfassung* states: "Capital punishment is abolished. The provisions of the military criminal code shall remain in force in times of war." ("*Die Todesstrafe ist abgeschafft. Die Bestimmungen des Militärstrafgesetzes bleiben in Kriegszeiten vorbehalten*.")

[48] In Switzerland from the early modern ages the main form of execution was decapitation. Till 1835 it was executed by sword each time, but in this year guillotine was introduced. For some decades the two methods were used in parallel, and in some cases offered a choice. Since 1867 the only form of execution of common criminals remained the guillotine.

[49] In many cases the form of execution was not decapitation but bullet, because these were military crimes.

[50] Article 10 (1) of the *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft* states: "Every person shall have the right to life. Capital punishment is prohibited." ("*Jeder Mensch hat das Recht auf Leben. Die Todesstrafe ist verboten.*")

[51] Kelemen Ágnes: A halálbüntetés eltörlése és az életfogytiglani szabadságvesztés gyakorlata Angliában. *[The abolition of capital punishment and the practice of life imprisonment in England]* In: Magyar Jog, 1991/1, 43-49., Finkey: op. cit. 73-74., Horváth: op. cit. 27., Capital Punishment U.K.: http://www.richard.clark32.btinternet.co.uk/contents.html, Koestler, Arthur: Az akasztásról. *[About hanging]* In: Koestler, Arthur: Egy mítosz anatómiája. *[Anatomy of a Myth]* Osiris Kiadó, Budapest, 1999, 37-168., Sebes Ágnes: Arthur Koestler és a halálbüntetés. *[Arthur Koestler and capital punishment]* In: A halálbüntetésről. Medvetánc Füzetek, Magvető Könyvkiadó, Budapest, 190, 75-94., Gowers, Ernest: A Life for a Life? The problem of Capital Punishment. Chatto and Windus, London, 1956 (especially 9-42.), Coyle, Andrew: Replacing the death penalty: the vexed issue of alternative sanctions. In: Hodgkinson, Peter – Schabas, William A. (ed.): Capital Punishment. Strategies for abolition. Cambridge University Press, 2004, pp. 92-115.

[52] This was the *Bloody Code* which was obviously not a unified code, but a compilation of legal norms allowing the application of capital punishment (therefore the expression "bloody laws" would be more precise, even though the word "law" may be confusing, as these norms were rather court decisions /precedents/ and not normative acts of the parliament.)

[53] Due to the features of English law the 220 crimes should be viewed in a way that the theft of different things constituted different crimes; therefore defining the exact number is almost impossible, moreover, due to the problems of distinguishing between crimes even the judges themselves could not define a number. This is the reason why some writes about 180 capital crimes, while Foucault defines 315. (Vö.: Foucault, Michel: Az igazság és az igazságszolgáltatási formák. *[Justice and forms of making justice]* /translated by: Tibor Sutyák / Latin Betűk, Debrecen, 1998, 66.!)

[54] Koestler originated this escalation of the rate of capital punishment orders compared to some capital crimes in the Middle Ages to the following "a) England played leading role in industrial revolution; b) British reject authority, therefore this prevented the establishment of strong and effective police forces – and c) the features of the English common law based on precedent allowed the rise of a social group which fiercely opposed any deviation from traditions and rejected the necessary changes" (Koestler: op. cit. 54.). The first reason established those conditions which act as factors of criminality: due to industrialization work force had to be concentrated to one place (around factories), which led to the beginning of urbanization. However, this forced people to leave the former traditional small communities, in which the cohesion force of the community, the interdependence of its members informal sanctions (contempt, disdain) were powerful. But in the impersonal atmosphere of cities (lack of roots, no one knew the other, which was a permanent problem due to the frequent changes of residence because of the changing work places) this informal dissuasive disappeared, and poverty, unemployment and hopelessness further increased criminality. The second reason made this situation even worse, because there was no force which could have restrained criminals. (This problem was solved in 1829 when home secretary Robert Peel established the police forces which finally ended the practically unlimited power of criminals /according to the general opinion the only tool for which was capital punishment/). The third factor of the increase in the number of judgments ordering capital punishment was the conservative judicial branch, which believed that any lowering of the level of punishments encourages criminal, therefore their main principle was that punishments shall not be lowered, only aggravated; this was the main explanation why the number of precedents ordering or allowing the application of capital punishment always increased, and (till the 19th century) never decreased.

of Death Act 1832) reduced the scope of crimes punishable with capital punishment to the third by combining certain crimes. In 1836 the right to defence is granted to the accused[55] but it was only in 1898 when accuseds were allowed to act as witnesses in their own case, and they were granted the right to appeal only in 1907).

In 1856 the House of Lord set up a special committee to examine public executions. The committee recommended the abolition of this sanction, because it has no dissuasive effect, but this proposal was rejected by the House of Lords. In 1861 the Parliament passed a law about the revision of criminal law (*Criminal Law Consolidation Act 1861*), which abolished capital punishment for most crimes, and maintained it only for treason, murder, piracy with violence and arson in royal dockyards; it was obligatory for the former two and optional for the latter ones. In 1864 royal committee was sent to the inspect capital punishment (*Royal Commission on Capital Punishment 1864-1866*), which (with one opposing vote) does not recommend the abolition of capital punishment, but does favour the abolishment of public executions. Based on this proposal the act on capital punishment was passed in 1868 (*Capital Punishment / Amendment/ Act 1868*), which regulated the performance of executions in closed areas and the abolishment of execution methods other than hanging.[56] In 1908 the sentencing to death and execution of those under the age of 16, in 1931 of those under the age of 18 and pregnant women was banned.[57] In 1922 the crimes of women killing their child under the age of 1 was taken out from the scope of "murder", punished by capital punishment, and it was punished under new name, infanticide.[58]

Upon the proposal of representative Kenworthy in 1928 and of representative Brown in 1929 the British parliament set up a special committee which operated in 1929-1930 and published its findings in 1931. The most important of these is that based on the examined British and foreign figures, interviews made with convicts sentenced to death, and the comparison of countries applying and prohibiting capital punishment the dissuasive effect of capital punishment cannot be proven at all. Therefore the final conclusion of the committee is the following: "… capital punishment could be abolished in our country without endangering private property, the lives of people or public safety".[59] Based on this statement the special committee submitted a proposal to the House of Commons to suspend the application of capital punishment for five years, but the House of Commons rejected the proposal. The issue of capital punishment re-emerged soon; as part of the Criminal Justice Bill five years of moratorium was proposed again, but the start of the World War II frustrated the approval of the bill and thus the suspension of the application of this punishment. However, after the war legislation continues, and in 1948 the House of Commons voted for the moratorium at a rate of 245:222, but due to rejection in the House of Lords the act was not passed. In the same year the establishment of a royal committee was recommended, which operated between 1949 and 1953 (*Royal Commission on Capital Punishment 1949-1953*). The main finding of this committee was that due to moral and ethical reasons capital punishment is wrong, but its abolishment may be possible only if it is supported by the majority of society. Even though the report did not touch upon the possibility of misjustice, based on statistical figures it states that "… in those countries in which capital punishment prevails, as well as in which it has been abolished the number of murders is similar, which means: the perpetration of such crime is not affected by the threat of capital punishment, but by some other factors.",[60] and that "…there is no relation between the number of executions performed in a year and the number of murders committed in the subsequent period".[61]

In 1957 major shift happened in the consideration of homicides and the application of the capital punishment. The *Homicide Act 1957* separated murders which had been treated together, and by not ordering capital punishment for "simple" murders, only life imprisonment it allowed for the more diverse consideration of crimes against life. This was an important step, because until the 21st of March 1957, the day on which the act entered into force, any convicted perpetrators of crimes against life had to be sentenced exclusively to death,[62] there was no room for discretion (except for the right to pardon). However, after the act entered into force only six forms of "*capital murder*"[63] had to be punished with (obligatory) capital punishment, the perpetrators of "simple" *murder* were (obligatorily) sentenced to life imprisonment.

The main event of the British abolition's history happened in 1965, when Labour Party representative Sydney Silverman submitted an individual proposal for the suspension of capital punishments for five years. As a very rare event in British parliamentarism, parties called upon their members to vote in line with their beliefs, the official opinion of the parties and the obligatory voting directions were not communicated. Except for abstentions this was the first time when the supporters

[55] Earlier it was held that "the judge is the accused's best friend", therefore there is no need for the participation of a defence lawyer.
[56] Based on this act the last decapitation and the subsequent quartering were performed in 1870, while the last public execution was held in 1875.
[57] The last death sentence against a minor was issued in 1883 in England.
[58] This crime is similar to the called "murder of infant" which was part of the Hungarian criminal code until few years ago, which, just like infanticide, was the privileged version of murder. The difference between the two crimes is that only those women could commit the former one who killed their infant during or right after giving birth due to the physical pain and the shock caused by labour. Infanticide, however, extended the privileged version to a wider time period.
[59] Cited by: Koestler: op. cit. 84.
[60] Op. cit. 86.
[61] Ibid.
[62] Only pregnant women and perpetrators under the age of 18 were exempt from this.
[63] These qualified crimes were the following: robbery with murder; armed murder; murder committed during lawful arrest or escape from lawful arrest; murder of police officer during or due to the performance of his official duties; intentional murder of prison guard by a detainee; murder of two or more people for different reasons.

of abolition gained majority both in the House of Commons (at a rate of 200:98) and in the House of Lords (at a rate of 204:104), therefore the *Murder (Abolition of Death Penalty) Act 1965* entered into force on the 9th of November of the same year. This act prohibited the application of capital punishment for all crimes, including capital murders, and ordered courts to apply life imprisonment for all persons convicted for murder.[64] As the end of the moratorium (31 July 1970) was approaching, in 1969 Home Secretary James Callaghan[65] proposed its prolongation to indefinite period of time, which was approved by both Houses on the 18th of December 1969, and which entered into force in 1970.[66] With this the application of capital punishment for common crimes was abolished in England, not *de iure*, but *de facto*.[67]

In 1971 the *Criminal Damage Act 1971* abolished capital punishment for the crime of burning or detonating navy facilities, but abolishment for treason, piracy and military crimes came only in 1998,[68] when in the spring the *Crime and Disorder Act 1998* banned the use of capital punishment for *treason* and *piracy*, and in the fall the *Human Rights Act 1998* did the same for crimes under the scope of martial law. It is worth mentioning two areas with special legal status, which are not subject to the *Murder (Abolition of Death Penalty) Act 1965*. One of them is Northern-Ireland, which is part of the United Kingdom, but is not part of Great-Britain, where capital punishment for common crimes was abolished in 1973 (*Northern Ireland /Emergency Powers/ Act 1973*). The other one is the Isle of Man, where capital punishment was applicable until 1993, and in fact it was applied in 1992, but neither this, nor any other capital punishment sanctions delivered after 1973 were executed.

6. The Russian and Soviet Empires

In Russia[69] the first (and for a long time only) emperor influenced by the ideas of the Western Enlightenment was Catherine II (Catherine the Great, 1792-1796), who exchanged letters with Voltaire, for example. For the practical realisation of the humanist ideas Catherine the Great, for the first time in Russian history, suspended the application of capital punishment in 1767 in the „Orders", but the Russian circumstances and her environment soon forced her to withdraw this order. As one of his first decisions Alexander I (1801-1825) banned the application of torture in 1801, but in practice torture prevailed for decades. The 19th century did not bring about real changes in the field of criminal law, in the East feudal absolutism existed firmly as if nothing had happened in Europe. The only influence of the civil transition with this regard was that among those protected and privileged by law rich and influential citizens appeared, next to the nobility and the clerics. This "change" was recognised by the criminal code of 1846 (*Ulozsenyije o nakazanyijah*), which unified the existing rules of criminal law, but did not change their features,[70] except for granting rich civilians privileges. The arbitrariness of nobility, therefore, was replaced by the arbitrariness of the rich, and this may be viewed as a reason for social dissatisfaction, which eventually led to the revolutions of 1905 and 1917.

The revolution of 1917 led to the revision of the legal system, by focusing on the protection of the achievements of the soviet system; it is not a coincidence that this time law covered almost exclusively administrative and criminal law. Regarding the former one, the ideologists of the revolution opposed all features of law which originated in the hated feudal absolutism, i.e. legal inequality, corporal punishments and capital punishment. On the 26th of October 1917, the day after the victory of the revolution the 2nd Congress of the Soviets abolished summary justice and the use of capital punishment within such courts for political crimes, i.e. for participation in revolution. However, this did not necessarily show the support for the abolishment of capital punishment, because the new regulations concerned only revolution-related activities, therefore they could be considered a part (the end) of the fight against tsarism. This ideological commitment was first officially declared in the early orders of the Judicial Commissariat issued on the 19th of December 1917, which did not allow the use of capital punishment as a sanction for counter-revolutionary crimes, regardless of their gravity.

This situation did not last long though: on the 16th of July 1918 the Judicial Commissariat issued an order which reintroduced summary justice (now in the hands of the winner revolutionists) and the revolutionary tribunals (revtribunals) could sanction counter-revolutionist activities with capital punishment. The decree of the Council of Commissars issued on the 30th of August 1918 declared the "red terror"; from this moment the summary courts were allowed to sentence anyone to death without the right to defence and appeal for participation

[64] As it is shown in its name, this act did not apply for crimes against the state (treason, for which capital punishment was obligatory, piracy and the burning or detonating of navy facilities, for which capital punishment was optional) and for military crimes.

[65] The English term *"Home Secretary"* does not fully cover the meaning of the Hungarian term *"Belügyminiszter"*, it rather means a position of an undersecretary of state responsible for home affairs and justice.

[66] Following this the supporters of capital punishment frequently attempted the restoration of capital punishment (in 1979, 1983, 1987, 1988 and 1994), but their proposals were never received enough support.

[67] The last two executions were performed in England on the 13th of August 1964, when two men, Peter Anthony Allan and Gwynne Owen Evans convicted for the murder of John Alan West were hung at the same time, at 8 am in Walton Prison in Liverpool and the Strangeways Prison in Manchester; the last woman, Ruth Ellis was executed even longer time ago, on the 13th of July 1955.

[68] The last sentencing for such crime happened on the 17th of May 1984, but it was changed to life imprisonment in pardon procedure.

[69] Gönczi et al.: 06-409., 491., 495., 551-564. and 579-583., Horváth Tibor: A büntetési elméletek fejlődésének vázlata. *[Draft of the development of sanctioning theories]* Akadémiai Kiadó, Budapest, 1981, 138-152., Pristawkin, Anatoli: "Ein Recht, das nur dem Allmächtigen zusteht." Zur Geschichte der Todesstrafe in Russland und in der Sowjetunion. http://www.kirchen.ch/pressespiegel/nzz/2001102793.pdf, Horváth Tibor: A halálbüntetés a szocialista országok büntetőjogában. *[Capital punishment in the criminal law of Socialist countries]* In: Állam és Jogtudomány, 1975/4, 515-540. (regarding the Soviet Union especially: 523-528.), Földvári József: A büntetés tana. *[Sanctioning studies]* Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest, 1970, 104-105.

[70] See acts of 1497 and 1649.

in counter-revolutionist activities (such as treason, diversion, sabotage, espionage, counter-revolutionist terror, alliance with the enemy). From the beginning of 1919 all military crimes suitable for weakening the Red Army (like desertion) were punishable with capital punishment, and in October the scope of the application of capital punishment was expanded to economic crimes aiming at supporting the counter-revolution.

On the 12th of December 1919 the Judicial Commissariat submitted a decision containing the criminal law Guiding principles edited and compiled by Kozlovsky, which action meant the approval and unification of the revolutionary legislation of the previous two years, and which was obligatory for all courts, therefore could be viewed as a sort of law, a kind of temporary Criminal Code. This compilation of the criminal law rules of the revolution declared the protection against and prevention of crimes as goals of criminal law, as well as and deterrence by way of retribution against criminals having committing crimes. The eventual goal of criminal law was the protection of the transmission and the repression, intimidation of the class enemy, while the goal of punishments was to support the mentioned ideas. According to the Guiding principles criminal law sanctions were needed only for this purpose; crime is a product of capitalism, thus it is temporary, which will spontaneously disappear after the realisation of equality and the establishment of communism, because the reasons which lead people to opt for criminality will disappear (for example, if no one may have private property, but everyone may have anything, there won't be theft). In order to achieve this goal physical destruction, as final criminal law tool was allowed, and in the first period of the Soviet power courts resorted to it quite often. On the 17th of January 1920, after Kolchak and Denikin were defeated and thus the direct threat of a counter-revolution ended, the Council of Commissars issued a decree about the abolishment of capital punishment in cases against civilians, but maintained it for military crimes and crimes against the state, which notion was interpreted rather widely.

In 1921 the draft Criminal Code created by the Soviet Institute of Legal Sciences replaced the word "punishment" with "measure for the protection of society", which did not focus on the guilt of the perpetrator, but on the objective degree of threat against society; due to this "protective measures" could be taken against mentally ill persons. Furthermore, in line with the principle of proportionality if the degree of this objective threat was very high, actions leading to death could be also applied against the persons having realised the dangerous act. The Soviet Criminal Code of 1922 contained the word "punishment" (and also capital punishment), but this (punishment, as such), was only one of the measures available for the protection of society. This criminal code of the USSR designated shooting as the method of execution, but according to the decree of the Soviet Executive Committee issued on the 27th of July 1922 this could not be applied either against minors, who were under 18 years of age at the time of committing the crime, or, according to a decree of the 21st of September 1922 against pregnant women.[71] The Principles, made in 1924, published in order to unify the criminal law rules of the Soviet allied republics did not contain the word "punishment" at all. It was also missing from the criminal codes of the republics established after 1926 and from the Criminal Code of the Union made in 1926, and was generally replaced with "actions for the protection of society", including death, of course.[72] The Soviet Criminal Code which entered into force on the 1st of January 1927 regulated capital punishment as "extraordinary measure for the protection of society" and allowed its use against 20 crimes (for example against military crimes and crimes against the state, as well as violent crimes against the person /homicide, armed robbery/). Its method of execution was death by bullet.

The decree of the Central Executive Committee of the Soviet Union and the Council of Commissars of the 7th of August 1932 extended the scope of application of the capital punishment to certain crimes against property: it allowed the use of capital punishment against plundering and damaging of Socialist property, and it also regulated capital punishment for crimes against collectivization and co-operative property.[73] In 1934 the Central Executive Committee further increased the number of military crimes, crimes against the state and common crimes punishable with capital punishment; it restored summary justice (within which anyone could be sentenced to death within 24 hours without the right to defence or appeal, without the accused's right to make statement, without the proper evidentiary support of guilt, as "very much likely" was enough as threshold of evidence); moreover, it extended capital punishment for crimes committed by anyone above the age of 12. In 1937 even more crimes were declared to be against the state (for example, the stealing of socialist property), and subjected these to capital punishment; these latter regulations and the practice of the coming years were part of the realisation of the Stalinist dictatorship, and had not much to do with law itself.

As result of the euphoria due to the victory in World War II criminal law policy was humanised in theory, which was shown by the fact that on the 26th of May 1947 the Presidency of the Supreme Council of the Soviet Union issued its legislative decree under the title "About the abolition of capital punishment", which abolished this form of sanctions from the soviet criminal law system for crimes committed in peace time. Instead, it regulated the use of imprisonment in corrective labour camps for maximum of 25 years. In addition to this many prisoners were freed through amnesty. However, the former action was mainly aimed at filling up the staff of the labour camps and at compensating the workforce lost in the war, and the latter one led to the consequence that the criminal mass channelled back to society kept the population in fear, and the number of crimes

[71] This penal code was the guideline for the penal codes of the member states, as it was not allowed to deviate from it.

[72] This terminology was avoided after 1934, due to three reasons: first, because it appeared as protective measure, even though punishment is rather offensive, because it is a tool against criminality, a tool for eliminating criminality; second, because the sense of condemnation was missing from it, thus it was too neutral; third, because for the population it was difficult to understand, therefore it did not serve the goals of general prevention.

[73] Such crimes punishable with capital punishment were the refusal to join, agitation against collectivization (collective farming) or the mismanagement of co-operative property.

increased drastically. Capital punishment was, therefore, reintroduced for common crimes on the 30th of April 1954; for crimes against the state (treason, espionage and abuse /diversion/) it was restored even earlier, on the 12th of January 1950. In 1960 the new Criminal Code of the USSR theoretically declared that capital punishment shall be an extraordinary form of punishment, but it allowed its application for a wide range of crimes (military crimes, crimes against the state, the person, the public order, state administration and property). This well shows the constant dichotomy of soviet criminal law science, the distortion of its theoretical and practical approach. In other, less nicely formulated words it showed that the principle of "humanity" was just a written grace, which was declared in theory but in practice was neglected, and was only to cover the primitively repressive features of the real soviet system of criminal sanctions.

After the break-up of the Soviet Union in 1991 the member states chose separate paths. Most European states opted for abolition due to the requirements of the Council of Europe, while most Asian states kept capital punishment, with different limitations. The most important of all new European countries having seceded from the Soviet Union is naturally Russia, which has not abolished this sanction from the range of criminal law sanctions, but has not used it since 1999. In 1996 President Boris Yeltsin declared moratorium, which was disturbed only by the execution of some death penalties between 1996 and 1999 in Chechnya; but in the Russian Federation there have been no executions ever since. The moratorium was confirmed by the Russian Constitutional Court in 1999, stating that until the jury system is introduced in capital crimes, no death sentence may be delivered. This has been influencing practice so much that even the only surviving perpetrator of the Beslan hostage drama in September 2004, Nur-Pashi Kulayev was not sentenced to death. Even though the proceeding Supreme Court of North Ossetia declared in its final judgment of May 2006 that for his actions (multiple homicide and participation in terrorist actions) Kulayev would deserve capital punishment, and the public attorney proposed this punishment as well, the court also held that the constitutional moratorium does not allow the use of capital punishment even in such extreme case, therefore Kulayev was sentenced to life imprisonment. Finally, in November 2009 the Russian Constitutional Court ruled again about the moratorium, as the Duma approved the act about the introduction of the jury system; but eventually the Constitutional Court ruled that the moratorium shall not be lifted.

In Moldova capital punishment was abolished in general in 1995[74], and on the 23rd of September 2005 the Moldavian Constitutional Court approved a modification of the Constitution which declared at the level of fundamental rights the incompatibility of this form of punishment with fundamental human rights, in order to prevent its re-establishment any time in the future. Capital punishment was abolished by law in Georgia on the 11th of November 1997, in Estonia on the 18th of March 1998 and in the same year in Azerbaijan. In Lithuania the Constitutional Court ruled this sanction unconstitutional on the 9th of December 1998, which was declared in law on the 21st of December. Ukraine banned it in general, for all crimes on the 22nd of March 2000, and Armenia did the same in 2003.[75] In Latvia capital punishment was first abolished for common crimes on the 15th of April 1999, but it remained applicable for treason and murder committed in times of war; eventually it was abolished generally on the 1st of January 2012. This means that Latvia was the last member of the European Union to abolish capital punishment.

The only country of the former member states of the Soviet Union which still allows the use of capital punishment for common crimes is Belorussia; executions are performed almost each year, even though – despite the fact that Belorussia is the only European dictatorship – in addition to war crimes, military crimes and crimes against humanity only crimes against life are punishable with capital punishment.[76] Moreover, since the 1st of March 1994 women and those who were under the age of 18 at the time of committing the crime shall not be executed; and since the 1st of January 2001 capital penalty shall not be applied against those who were over the age of 65 at the time of conviction (and not merely at the time of perpetrating the crime). Finally, in 2005 the Belorussian criminal code was supplemented with a regulation theoretically declaring that capital punishment is an extraordinary form of sanctions, which may be used temporarily, until its final abolishment, and only for sanctioning especially serious crimes (for qualified versions of crimes, such as premeditated murder).

From the former member states of the Soviet Union located in Asia in 1999 Turkmenia, in 2007 Kirgizstan, and in 2008 Uzbekistan opted for general abolition, while Kazakhstan banned capital punishment for common crimes in 2007.[77] In Tadjikistan capital punishment is available for crimes against the state and crimes against humanity, as well as for common crimes against life, and also for the qualified versions of rape (for example committed against juvenile victim); but due to the execution moratorium declared on the 30th of April 2004 by President Emomali Rahmonov there have been no executions since 2004, and the punishment of those sentenced to death was changed to life imprisonment.

---

74 This act entered into force on the 21st of February 1996.

75 In Georgia the last execution was performed in 1995, in Estonia in 1991, in Azerbaijan in 1992, in Lithuania in 1995, in Ukraine in 1997, in Armenia in 1991, in Latvia in 1996 – in all countries, as continuation of the Soviet method, with shooting.

76 In Belorussia almost 400 capital punishments were performed during the two decades of independence, gained in 1991 (the exact number is not known). Regarding its tendency the number of executions has been significantly dropping: in 2008 "only" four executions were performed, in 2009 there were none; in March 2010 this abolitionist trend was shaken when within short period of time two death penalties were executed.

77 In Kazakhstan the last execution was performed in 2003, as on the 17th of December 2003 President Nursultan Nazarbayev issued a decree about execution moratorium as of January 2004. The same happened in Kirgizstan in January 2004; President Aksar Akayev extended the already existing moratorium to all crimes (but here – contrary to the other Asian states which were parts of the Soviet Union – no executions were performed in the post-soviet times, i.e. not even before 1998). Finally, in Uzbekistan President Islam Karimov suspended the application of capital punishment in a decree on the 1st of August 2005; not long before, in 2005 death penalties were performed.

The Birth of Communist Party and Soviet Constitution between China and Hungary

Da Lu *

Abstract

China and Hungary shared a similar memory of socialist experiences in the communist period since 1949. Nevertheless, the communist regime was not out of thin air. The history of Communist Party in China could be traced after the failure in the Paris Peace Conference in 1919. The disappointment of the "Great Power" forced the young Chinese turn to ask for help from Soviet Russia. In Hungary, the story is quite similar. The Paris Peace Conference disappointed Hungarian, some Hungarian who accepted communist were sent to Hungary from Russia. Sooner, the first soviet experiment happened in Hungary, the Hungarian Soviet Republic. In this article the author will introduce the birth of Communist Party and the soviet Constitution between China and Hungary.

Keywords: *birth; communist party; soviet constitution; China; Hungary.*

When we examining the history, it is easy to notice that China and Hungary shared a history with socialist experiences and social system since 1949.[1] However, the socialist experiences in the partial of these states and the activities of Communist Parties have a much longer history. In China, Socialist experiences could be traced back to the October Revolution in Russia, since the Failure of Paris Peace Conference, the Chinese Scholars and young generation tried to find a new solution to help China to get rid of the miserable situation of colonization. As Mao Zedong said, "With the cannon of October Revolution, the Revolution brings us Marxism–Leninism." Marxism-Leninism was considered as a new way to solve China's problem. Chen Duxiu and Li Dazhao, the Pioneers of Socialism in China, organized the earliest Communist group in China.[2] In Hungary, the Hungarian Soviet Republic was considered as the second Soviet Republic in the world. Although it just lasted for only 133 days.[3]

In this article, the author will give an introduction of the birth of Communist Party and its early exercises between China and Hungary. However, the whole picture of the Communist Party's activities in this period in each country is impossible present in one article. Therefore, the author will choose the most important part. In other words, the history of Communist Party which related to the constitutional practices in each country shall be mainly presented in the article. In details, in the early exercises of Communist Party of China, the author will introduce the birth of Communist Party of China, the white terror period and the Constitution of Chinese Soviet Republic.[4] In Hungarian Communist Party's exercises, the main attention will be paid on the Formation of the Hungarian Soviet Republic and Constitution of Hungarian Soviet Republic.[5]

1. The birth of Communist Party of China

1.1 The birth of Communist Party of China

Since the first Opium War opened the door of China,[6] Chinese suffered the colonization and had numerous attempts to

* Da Lu, Faculty of Law and Political Science, University of Szeged, Szeged, Hungary.

1 China, as a socialist state, starts its socialist experience since 1949, after the country suffered eight years anti-Japan war and Four years civil war. In Hungary, the situation is quite similar. After the Second World War and with the "help" of Soviet Union, Hungary start their socialist experiences successively in the very late of 1949.

2 FAIRBANK John King (ed.), YANG Pinquan, ZhANG Yan et al. Trans. *The Cambridge History of China*, Vol. 12, Beijing, China Social Science Press, 1993, p. 482-485.

3 HAJDU Tibor, *The Hungarian Soviet Republic*, Budapest, Akademiai Kiado, 1979, p. 7.

4 The Constitution of Chinese Soviet Republic, Chinese version, http://cpc.people.com.cn/GB/64184/64186/66640/4489884.html, accessed 18 October 2016.

5 Constitution of Hungarian Soviet Republic, Hungarian version, https://hu.wikisource.org/wiki/A_Magyarorsz%C3%A1gi_Szocialista_Sz%C3%B6vets%C3%A9ges_Tan%C3%A1csk%C3%B6zt%C3%A1rsas%C3%A1g_alkotm%C3%A1nya, accessed 18 October 2016.

6 The reason of First Opium War is still in debates, however, this result of Opium War is clear, it opened China's door, the great powers came to China, and started to divide their Sphere of influence. See FAIRBANK John King (ed.), *The Cambridge History of China, Vol. 10, Late Ch'ing, 1800-1911, Part 1*, Cambridge, Cambridge University Press, 1978, p. 212. Also see LIU Cunkuan, 试论英国发动第一次鸦片战争的双重动因[Analysis the Two Reason of Great Britain Starts the Opium War], *Modern Chinese History Studies*, 1998, No. 4, p. 170, http://jds.cass.cn/UploadFiles/zyqk/2010/12/201012091702137749.pdf, accessed 18 October 2016.

get rid of their unpleasant situation.[7] However, the new leadership and the new Republic did not give Chinese dignity and equality, China, as a victor in the First World War joined the Paris Peace Conference, and did not reach its goal, became an independent country again.[8] Since the failure of Paris Peace Conference, May Forth Movement broken out in Beijing, Chinese scholars and the young generation started to find a new road to leading the independence of China.[9]

The new method is socialism. The Chinese scholar noticed what happened in Russia since 1917, the great change of Russia and its outcome, Marxism-Leninism were brought to China. Chen Duxiu and Li Dazhao and their followers consisted of the first Marxism-Leninism group in China, the New Youth Magazine also introduced numerous articles of Marxism-Leninism and the translated books and original books full of the library and bookshop[10].

In the summer of 1921, the Communist Party of China established in Shanghai and South Lake in Jiaxing with the help of Communist International.[11] There were 12 delegates who represent 57 members of the Communist Party of China, Delegate Mao Zedong represent the Hunan Communist cell, however, the pioneer of Communist Party of China, Chen Duxiu and Li Dazhao did not attend the meeting.[12]

1.2 The First United Front

On 26 January 1923, Sun–Joffe Manifesto published in Shanghai, it is considered as the beginning of First United Front between Kuomintang and Communist Party of China.[13] Since then, the First United Front played a very important role during the whole revolutionary history in 1920 s.

Before the Manifesto, with the guiding of Communist International, Communist Party of China made the decision to cooperate with Kuomintang during the West Lake Meeting in August 1922. According to the decision the Party members shall join Kuomintang individually, and spread the communism.[14] In response, during the First National Congress of Kuomintang which held in January 1924, made the determination to alliance with the Soviet Union and Communist Party of China, the decision of accepting Communist Party of China member join the Kuomintang as individual was also made in this Congress. What's more, in Central Committee of Kuomintang, there offered some special high ranked positions for Communist Party of China member.[15] With the help of the new Communist International emissary Borodin, during the first Congress, not only the whole program of meeting was very similar with the meeting of Communist Party of the Soviet Union, but also formed a Party Constitution, which had a strong influence from Russian Communist Party's Constitution.[16]

During the First United Front, Communist Party of China and Kuomintang made a great progress of Chinese revolution. At the end of the First United Front, Kuomintang almost finished its goal to unify the whole country. With the help of Soviet Union and Communist International emissary, the Front formed the National Revolutionary Army, and from 1926, the Front started its new journey, Northern Expedition.

During the decades of years revolutionary experiences, Sun Yat-Sen realized the importance of army, in May 1924, the Republic of China Military Academy opened to its nearly 500 new students from the whole land.[17] Chiang Kai-shek, one of the leaders of the Kuomintang was appointed as the

[7] Generally speaking, these following activists are considered as the fighting of Chinese, Taiping Heavenly Kingdom, Boxer uprising, the reform movement of 1898 and the Xinhai Revolution. See PURCELL Victor, Reviewed Work: The Opium War through Chinese Eyes by Arthur Waley, *The Journal of the Royal Asiatic Society of Great Britain and Ireland*, 1959, No. 3/4, p. 151. https://www.jstor.org/stable/25202257?seq=1#page_scan_tab_contents, accessed 18 October 2016.

[8] China requested return of sovereignty over Shandong, however, this request was refused by the Conference.

[9] FAIRBANK John King (ed.), YANG Pinquan, ZHANG Yan et al. Trans. *The Cambridge History of China*, Vol. 12, Beijing, China Social Science Press, 1993, p. 569.

[10] Ibid, p. 569, 570, 576.

[11] The original plan was the inaugurating meeting will be hold in Shanghai, a school in the or so young men in their twenties. Beginning in a school in the French concession, however, the meeting was monitored by the secret police, the members had to change the meeting place, a boat in South Lake. See FAIRBANK John King (ed.), *The Cambridge History of China, Vol. 12, Republican China, 1912-1949, Part 1*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, p. 515.

[12] Ibid and see also "The Brief Introduction of the First National Congress of the Communist Party of China", http://cpc.people.com.cn/GB/64162/64168/64553/4427940.html, accessed 18 October 2016.

[13] The formation of First United Front did not go well at the beginning, this idea was a decision which made by the Communist International, not originally produced in China. In order to practice this idea, Communist International sent its member Maring came to China, and stared to carry out this idea, however, at the beginning, not only Kuomintang refused this idea, but also the Communist Party of China refused it. DING Xiaoqiang, 中共第一次国共合作的策略演变[The Changes of the Policy of the Communist Party of China During the First United Front], *Modern Chinese History Studies*, 1990,No. 5, p. 174, http://jds.cass.cn:8080/Jwk_jdsyj/CN/article/downloadArticleFile.do?attachType=PDF & id=1235, accessed 19 October 2016. What's more, there are more auguring of the beginning time of the First United Front, according to Zhang Lei's article, the First National Congress of Kuomintang which held in 1924 marks the beginning of the First United Front, Zhang Lei, 孙中山与第一次国共合作研究述评[A Review on Sun Yat-sen and First KMT–CCP Alliance], Conference Paper, *International Academic Conference on Sun Yat-Sen's Study*, 1985, p. 387.

[14] DING Xiaoqiang, 中共第一次国共合作的策略演变[The Changes of the Policy of the Communist Party of China During the First United Front], *Modern Chinese History Studies*, 1990,No. 5, p. 175. And according to the Communist International's directive to Communist Party of China in May 1923, the Communist Party of China should make cooperation with Kuomintang, and start a national revolution in China. FAIRBANK John King (ed.), *The Cambridge History of China, Vol. 12, Republican China, 1912-1949, Part 1*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, p. 533-534.

[15] YANG Kuisong, 国民党的"联共"与"反共" [*Kuomintang: Unity with Communists and anti-communism]*, Beijing, Social Sciences Academic Press (China), 2008, p. 29-32.

[16] Ibid, p. 29-30, see also FAIRBANK John King (ed.), *The Cambridge History of China, Vol. 12, Republican China, 1912-1949, Part 1*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, p. 534-535.

[17] Ibid, p. 607.

President by Sun Yat-Sen, and the principal military instructors were all graduated from the military school. Also, it should be mentioned that the member of Communist Party of China made its own contribution in the school, Zhou Enlai, after his study in Europe, joined the school as well, as a vice director of Political Department.[18] This military academy was considered as the most important military school in China, not only numerous generals of Republic of China came from this school, but also lots of Communist military leader graduated from this school.

In the mass movement part, Communist Party of China did a lot of work with the work class and peasants.[19] It is said that there were around 1,241,000 members in the Labor Union in 1926. Also the Communist Party was very focus on the young generation, the Communist Youth Corps, enlarged more than five times in less than two years.[20] In countryside, the Communist Party developed the Farmers' Association a lot. Only in Guangdong, there were 626,457 members in the year of 1926.[21] On 30 May 1925, the foreign policeman shot Chinese people because of protest, it caused 8 Chinese people dead, and some protesters got injured. Finally, it settled with the leading of the First United Front, it also inspired the Chinese Patriotic.[22]

1.3 The End of First United Front and White Terror

However, the ending of Frist United Front was definitely not happy. In 1927, Chiang Kai-shek launched his anti-communist policy with violence.[23] On 12 April, the Commander in Chief of Shanghai Garrison Command with the local gang[24] member disarmament of Workers' Inspection Corps in one day. Next day, when the General Labor Union organized the protest against Kuomintang's violence, the Commander in Chief, Bai Chongxi order his army to shoot the protesters.[25] The cooperation between Kuomintang and Communist Party of China was officially finished, Kuomintang, the party which ruled by Chiang Kai-Shek and started its counterrevolution policy in China, Communist Party of China realized the importance of army, and tried to establish its own revolutionary army in the countryside. It marks the end of the First United Front and the beginning of White Terror as well.

On 15 April, two days after the 12th April Counterrevolution Incident, Chiang Kai-Shek published a Post of Purge the Party. In this Post, it mentioned the Communist Party and its member have to be inspected on suspicion of betraying. What's more, Chiang order the army force arrest the leaders of Communist Party even published a wanted order.[26]

In Guangzhou, the Communist Party and its member also suffered a brutal massacre, even Republic of China Military Academy, a military school which used to be ruled by Chiang Kai-Shek had to disarmed, since the government believed that there was a strong influence by Communist Party, about 200 cadets were arrested, just because they were considered as member of Communist Party of China.[27] Until 27 April, this tragedy finally finished, according to the report, there are around 2000 suspected communists had been arrested, about 20 people died in this massacre, most of them were young students, even there were two female students.[28]

In other part of China, the purge was also happened, it weakened Communist Party of China's Influence and its power. In response, In Wuhan and Changsha, the radical Communist Party member killed so called enemies.[29]

---

[18] YANG Shaolian, LUO Yulin, 中国共产党在创建黄埔军校中的作用[The Function of Communist Party of China During the Establishment of the Republic of China Military Academy], *Modern Chinese History Studies*, 1984, No. 5, p. 38-39.

[19] For example, in an enlarged plenum of Party's Central Committee, the solution shown its goal, "It is absolutely true that the future destiny of the Chinese revolutionary movement depends entirely upon whether or not the Chinese Communist Party will be able to organize and lead the masses." FAIRBANK John King (ed.), *The Cambridge History of China, Vol. 12, Republican China, 1912-1949, Part 1*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, p. 563.

[20] In the early of 1925, the renamed Communist Youth Corps only had 2500 members, in November of 1926, there were around 12500 members in total. FAIRBANK John King (ed.), *The Cambridge History of China, Vol. 12, Republican China, 1912-1949, Part 1*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, p. 563.

[21] Ibid.

[22] Ibid, p. 547-579.

[23] On 12 March 1925, Sun Yat-Sen died with his unfinished goal, unify China. Chiang Kai-Shek and Wang Jingwei became the leader of Kuomintang. Before the Shanghai massacre of 1927, Chiang Kai-Shek already started his limit Communist Party policy, on 20 March 1926, there was the Zhongshan Incident happened, in the same year of May, during the second Plenary Session of the Second National Congress of Kuomintang, a regulation of limitation Communist Party of China was adopted. It seems that Chiang tried to solved the problem between Kuomintang and Chines Communist Party peacefully. YANG Kuisong, 国民党的"联共"与"反共" [*Kuomintang: Unity with Communists and anti-communism]*, Beijing, Social Sciences Academic Press (China), 2008, p. 128, 137.

[24] The local gang is Green Gang, a secret society and criminal organization with a long history. The Leader of Green Gang, Du Yuesheng was Chiang's close friend, and he was also believed as one of the executor of 12th April Incident. FAIRBANK John King (ed.), *The Cambridge History of China, Vol. 12, Republican China, 1912-1949, Part 1*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, p. 634-635.

[25] YANG Kuisong, 国民党的"联共"与"反共" [*Kuomintang: Unity with Communists and anti-communism]*, Beijing, Social Sciences Academic Press (China), 2008, p. 173, see also John King Fairbank (ed.), *The Cambridge History of China, Vol. 12, Republican China, 1912-1949, Part 1*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, p. 625, 634-636.

[26] During the Northern Expedition, thanks to the experience of the president of the Republic of China Military Academy, Chiang Kai-Shek became the highest leader of army in Kuomintang. YANG Kuisong, 国民党的"联共"与"反共" [*Kuomintang: Unity with Communists and anti-communism]*, Beijing, Social Sciences Academic Press (China), 2008, p. 173-174.

[27] FAIRBANK John King (ed.), *The Cambridge History of China, Vol. 12, Republican China, 1912-1949, Part 1*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, p. 637.

[28] Ibid.

[29] Ibid, p. 638.

1.4 The Reason of Breakup of the First United Front

From Intimate cooperation to brutal repression, from an independent local government to ruling the whole country, it seemed to show how important the First United Front is. However, with the triumph of Northern Expedition, the friendship between Kuomintang and Communist Party of China fade away.

Nevertheless, if we back to the beginning time of the cooperation and examine the whole background of the First United Front, the conflict of interest among Kuomintang, Communist Party of China and Communist International (or Soviet Union) has existed already.

In the early of 1920 s, when Communist International emissary Maring helped Chen Duxiu and Li Dazhao to organize Communist Party of China, the Communist International already realized the Communist Party was too weak to organize the nationwide revolution in China, after the establishment of Communist Party of China, the "guide" of the Party, Maring came along with his interpreter Zhang Tailei to Guilin, the place famous for its magnificent spectacle, visited Sun Yat-Sen and discussed the cooperation between Kuomintang and Communist Party.[30] However, at that moment, Sun Yat-Sen did not show a great interest in cooperating with Communist Party, he believed that Kuomintang will be success with his ideology. He even talked with Zhang Tailei, Maring's interpreter, "Why the young people want to find the medicine (means solution to solve Chinese problem) from Marx, you can find the basic thoughts of Marxism from the Chines ancient books, don't you?"[31]

However, the reality makes Sun has to reconsider the offer from Communist International. At that time, Sun faced the following problems: the financial difficulty, the military difficulty and the orderless of the Party. It is difficult to raise money from his support, and the tax incoming also less than last year; at the same time, Chen Jiongming betrayed Kuomintang and seems cooperated with Sun's enemy Wu Peifu. In Party's organization, since Chen betrayed the Party, Party member lost the connection with Kuomintang.[32]

In the summer of 1923, when Borodin, the new emissary came to Guangzhou, and had few of long term talk with Sun Yat-Sen, Kuomintang started to accept the helping of Soviet Union, especially, when Soviet Union promise the financial and military support,[33] the relationship between Kuomintang and Soviet Union or Communist International became more and more close.

In Communist Party of China's side, the proposal of cooperate with Kuomintang seems to be a directive from higher position, Communist International,[34] the only thing what this still young and vulnerable Party can do is perform it.[35]

Because of the coordination of Communist International and Soviet Union, finally, the First United Front established. However, the wish of cooperation between two parties were not generated by themselves, it is much more like a decision made by Communist International and Soviet Union, when the conflict of interest between Kuomintang and Communist Party of China more and more serious, the unbalanced cooperation will be finished easily.

At the beginning, this cooperation full of conflicts, Kuomintang insisted on its Three Principles of the People and did not consider its cooperator, Communist Party as an equal partner. For Kuomintang's side, accepted the Party member of Communist Party join Kuomintang as an individual and offered more leader position for Communist Party member were only an offer to get the support from Soviet Union, once Kuomintang strong enough, it will be the time finish this kind of cooperation and "purify" the Party.

Communist Party of China was unwilling accepted the "task" to cooperate with Kuomintang as well at the first beginning, for the Communist Party of China Kuomintang's policies were not the real Communism. The policy of Communist Party should be more radical, according to one article which wrote by Chen Duxiu, the leader of Communist Party, "The Party member of Kuomintang are mainly opportunist and bureaucrat, only Sun Yat-Sen is the real revolutionist…we just join Kuomintang temporarily…to adjusting this Party's mistake of approaching Zhang Zuoling[36] and Japan… and the task of Communist Party is…to split up Kuomintang."[37] It is very clearly with such kind of attitude to make the partnership with Kuomintang doomed the unhappy ending of the First United Front.[38]

---

30 YANG Kuisong, 孙中山与共产党—基于俄国因素的历史考察 [Sun Yat-Sen and Communist Party-A Historical Research Based on Russia], *Modern Chinese History Studies*, 2001, No. 3, p. 3-4. http://jds.cass.cn:8080/Jwk_jdsyj/CN/Y2001/V123/I3/1, accessed 21 October 2016.

31 Ibid, p. 5.

32 YANG Kuisong, 国民党的"联共"与"反共" [*Kuomintang: Unity with Communists and anti-communism]*, Beijing, Social Sciences Academic Press (China), 2008, p. 595-598.

33 The Support from Soviet Union helped a lot for Kuomintang's development, in 1923, after the Sun-Joffe Manifesto, Soviet Union gave Kuomintang 2 million Mexican Silver Coins, since then, each year Kuomintang will get millions financial support from Soviet Union, in military part, Soviet Union provide a lot of weapons to Kuomintang and helped Kuomintang to establish Republic of China Military Academy in Guangzhou, what's more, the new Party Constitution are quite similar with Party Constitution of Soviet Union. ZHOU Zhiwen, 共产国际、国民党、共产党对第一次国共合作的认识[The Understanding of First United Front from the view of Communist International, Kuomintang and Communist Party of China], *Shanghai Party History and Party Construction*, 2011, No. 4, p. 13. http://www.ccphistory.org.cn/images/thumbnailimg/month_1408/20140825185645193 2.pdf, accessed 21 October 2016.

34 Communist Party of China was a Party branch of Communist International. Ibid, p. 14.

35 At the beginning, the Communist Party of China tried to refuse the proposal of cooperate with Kuomintang, however, with the interference of Communist International, Communist Party had to accepted this proposal. DING Xiaoqiang, 中共第一次国共合作的策略演变[The Changes of the Policy of the Communist Party of China During the First United Front], *Modern Chinese History Studies*, 1990,No. 5, p. 175, http://jds.cass.cn:8080/Jwk_jdsyj/CN/article/downloadArticleFile.do?attachType=PDF & id=1235, accessed 21 October 2016.

36 The biggest warlord in Northeast China.

37 YANG Kuisong, 陈独秀与共产国际——兼谈陈独秀的"右倾"问题[Chen Duxiu and Communist International-Also on the Rightism of Chen Duxiu, *Modern Chinese History Studies*,1999, No.2, p. 80.

38 However, this idea or thinking of Chen Duxiu did not get any critics from Communist International, ibid.

Time back to 1927, the second year of Northern Expedition, Kuomintang is much stronger than the beginning time of the cooperation, Communist Party of China had a great development not only in Party member but also in practice. In March 1927, the National Revolutionary Army came to Shanghai and Nanjing, and tried to control these two big and very important cities. The expedition went well, which got a strong support by the masses.[39] In Shanghai, the Communist Party organized a few "uprising" with Workers' Inspections Corps and work, these gunmen caused a big chaos in the city, at the same time, thousands workers had a strike and came out for a demonstration.[40] In Nanjing, the quite similar events happened as well, even worse.[41] In Chiang's opinion, this is Communist Party tried to control these very important city, and made such a chaos in cities will harm the Northern Expedition, he decided to finish this circus and punish Communist Party.[42]

All in all, the main reason of breakup between Kuomintang and Communist Party of China is there existed fundamentally conflict of interest between these two parties, and this whole cooperation is more likely the parents asked their kids must live together, however, with the passage of time, more and more differences appearance, the brotherhood finally will end with unhappiness.

2. Communist-Controlled China and Chinese Soviet Republic

2.1 State within a State: Communist-Controlled China

After the brutal massacre in 1927, Communist Party of China realized the important of army and started to establish its own controlled territory.[43] From the middle of 1927 to the end of 1937, the beginning of the Second United Front, Communist Party of China had a lot of experiences on revolution and organized peasant movements.[44] The Party not only had its own controlled territory, but also became a mature Party.

From the failure of the Frist United Front to the establishment of Chinese Soviet Republic, Communist Party of China had different ways to resist Kuomintang's betray, Qu Qiubai and other Communist leaders organized a few uprisings in different cities, however, these uprising end up with failures.[45] These failures caused Communist Party to find another way to survive, in Hunan, the future People's Republic's leader, Mao Zedong had a very rich experiences to deal with peasants in the rural area, after the failure of Autumn Harvest Uprising, Mao Zedong with his army came to Jinggang Mountains, and tried to establish a rural soviet here.[46] The rural soviet policy was confirmed as a useful method at that time and more and more rural soviet or so called communist-controlled China established. The most territory of communist-controlled China was in Southern China, and the most important territory of Communist Party of China was Jiangxi-Fujian Soviet.[47]

However, at the beginning, because of the Soviet influence, Communist Party of China still payed more attention on the city, the leadership was in the city, and it seems that the communist in the city is a superior to the rural soviet.[48] The success of communism revolution should depend on proletariat not the peasant, just like its big brother, Soviet Union.

Kuomintang will not let its enemy had any chance of breathing space, in 1928, Nanjing Nationalist government started to draw a new criminal code, and it is also included a criminal special law on the Communist Party issue. Tan yankai supervised the drafting of this special law. The so called Provisional Counter-Revolution Penalty Regulation was published on 9 March 1928. In this regulation, it employed an extremely harsh punishment, for example, in this regulation, it stipulated that anyone who Attempt to subvert the nationalist government or

---

[39] FAIRBANK John King (ed.), *The Cambridge History of China, Vol. 12, Republican China, 1912-1949, Part 1*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, p. 614-620.

[40] Ibid.

[41] In Nanjing, the chaos caused lots of people died or got injury. According to some Japanese report, this chaos was caused by Communist Party members.

[42] It should be noticed that this kind of reason is only from Kuomintang's side, in Communist Party's side, because Chiang became the spokesman of high bourgeoisie, he is not revolutionary anymore.

[43] In 7th August 1927, in order to response Kuomintang's counter revolution, there was a meeting held in Wuhan, Hubei province, Mao Zedong mentioned that "Political power grows out of the barrel of a gun", it was considered as the Communist Party started to focus on its own military construction. SHU Shaoze, 共产国际指导下召开的八七会议—谨以此文纪念八七会议召开90周年[August 7th Meeting Was Held under the Guidance of the Communist International—In Commemoration of the 90th Anniversary of August 7th Meeting], *Advances in Social Sciences*, 2016, No. 5, p. 255, http://image.hanspub.org:8080/pdf/ASS20160200000_38157537.pdf, accessed 23 October 2016, see also the official website of New of Communist Party of China, http://cpc.people.com.cn/GB/64162/64170/4467398.html, accessed 23 October 2016.

[44] FAIRBANK John King (ed.), *The Cambridge History of China, Vol. 13, Republican China, 1912-1949, Part 2*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986, p. 168.

[45] The Communist Party organized a few of uprisings in Nanchang, Guangzhou and Wuhan, on 1 August of 1927, there was a uprising happened in Nanchang, although, it was failed, it is considered as the beginning of Communist Party of China started to had its own army, therefore when the People's Republic of China established, the first of August was celebrated as Army Day until now. Ibid, p. 183, 185.

[46] Mao Zedong had a lot of experience with peasants, he grown up in a small village in Shao Shan, Hunan province, not like his fellows during the First United Front, he spend his most time in rural area, and spread communism in rural area. The reason why chose Jinggang Mountains, according to Sun Jiang's article, this area are far away to political center between Hunan and Jiangxi, and most farming lands are controlled by the landlord. And it will be easy to perform land reform in this area. SUN Jiang, 革命，土匪与地域社会---井冈山的星星之火[Revolution, Bandit and region community-A single spark of Jinggang Mountains], *Twenty-First Century*, 2003, No. 12, p. 46. http://www.cuhk.edu.hk/ics/21c/media/articles/c080-200209069.pdf, accessed 25 October 2016.

[47] At that time, there were around 15 Communist controlled Soviet existed in China, and most of them were located in rural area. Ibid, p. 170, 175.

[48] Ibid, p. 188.

Kuomintang shall be sentence to death. Three Principles of the People was also considered as the fundamental in this country, anyone who want to break this principle and had an uprising shall also be sentence to death. Even there was an article regulated that the activists in the organization or gathering with a counter-revolution goal shall be sentence to imprisonment, and the organization or gathering shall be disbanded.[49] What's more, there are a few of Decisions also made by the nationalist government, it even had collective punishment.[50]

Because of Kuomintang's harsh punishment and predominate military power, the exercise of Communist Party in the city at a low ebb, Communist Party members had more chances to practice their theory in rural area. In Jinggang Mountains, Mao Zedong and his army struggled to survive, Mao tried to make his own base in this area and he needed the support from the peasants. As mentioned previously, in Jinggang Mountains, most of farming lands were owned by the landlord, peasants had a miserable life here. When Mao came to this area, he started the land reform policy in Jinggang Mountains, it was very popular among the poor peasants, more and more poor people joined Mao's army, and finally, Mao and his army had their "home".[51] In order to make the land reform legitimate, Land law was published in different rural soviets.[52] It helped Communist Party to establish its own controlled area, and communism became popular among the peasants, more and more poor peasants send their son joined Communist army.

In the very early of 1929, Mao Zedong, Zhu De and around 3600 soldiers left Jinggang Mountains, they went to Southern Jiangxi, and tried to establish new rural soviet in Gan Nan. After the hard fight with Kuomintang's army, Mao Zedong and his army had a new home in south party of Jiangxi Province. In the same year, Mao and his fellows decided to had a new rural soviet in the west party of Fujian province, since there is much more rich and had a good mass basis, after nearly one year's fight with Kuomintang, Jiangxi-Fujian Soviet finally established[53] and it became the largest component territory of the Chinese Soviet Republic soon.

2.2 The Chinese Soviet Republic and its Constitution

In the very beginning of 1930 s, the Communist Party controlled pretty much territories in rural area,[54] and had 15 rural soviets, there were more than 100000 Chinese joined the Red Army, however, there was not a central government ruled the communist controlled China.[55] Since the strong influence among mass and its territory, Jiangxi-Fujian Soviet had considered as the central of rural soviets in China.

In order to ensure the legality of these rural soviet and had a guideline of revolution for the future, in 1931, Communist Party of China decided to establish Chinese Soviet Republic and published the Constitution of Chinese Soviet Republic.[56] Finally, from 7th November to 20th November 1931, the First National Congress of the Chinese Soviet held in Rui Jin, a small town in Jiangxi, there were 610 deputies attended this meeting, and passed Constitution of Chinese Soviet Republic, Land Law and Labor Law.[57] After the election, Mao Zedong was elected as the leader in the new government.[58]

Constitution of Chinese Soviet Republic was considered as the first Communist Constitution in China, however, it had a strong influence from Constitution of Soviet Union in 1918.[59] Although the Constitution had an amendment after

---

[49] YANG Kuisong, 国民党的"联共"与"反共" [*Kuomintang: Unity with Communists and anti-communism]*, Beijing, Social Sciences Academic Press (China), 2008, p. 266.

[50] In the Decision on prevention of Communist Party, it regulated the punishment to the so called ineffective Kuomintang Party member and branch. Ibid, p. 267.

[51] At the beginning of the Jinggang Mountains Soviet, Mao told his army, "We are doing the revolution… should have a home, otherwise it will be very difficult…When the enemy does not come, we can train our soldier, and mobilize the masses, when the enemy comes, we can fight with them and rely on this home…" See FAIRBANK John King (ed.), *The Cambridge History of China, Vol. 13, Republican China, 1912-1949, Part 2*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986, p. 189.

[52] Depends on the different social class in rural, the Communist Party regulated different policy. Generally, for the poor peasants, Party will give them amount of land, for the middle peasants (not rich, but not poor), Party will protect their interest, for rich peasants, at the beginning, Party also protect their right, however, with the develop of land reform, rich peasants' interest was violated, for the landlord, since it is the opposite of the land reform, so their rights were totally violated in most of time. Ibid, p. 191-193. GUO Dehong, 土地改革史若干问题论纲[Outline of the Problems of Land Reform], *Modern Chinese History Studies*, 1987, No. 3, p. 64-73. http://103.247.176.145:8080/Jwk_jdsyj/CN/abstract/abstract738.shtml, accessed 25 October 2016.

[53] The official website of News of Communist Party of China, Nine Open up Jiang xi-Fujian Soviet, http://cpc.people.com.cn/GB/69112/70190/70192/70270/4764000.html, accessed 26 October 2016.

[54] The rural soviet existed among more than 10 provinces and around 300 counties. CHEN Yishan, 中国人民当家作主的第一部根本大法——试析《中华苏维埃共和国宪法大纲》 [The First Fundamental Law of Chinese People in Charge-Analysis Constitution of Chinese Soviet Republic], *Journal of Xin Jiang Normal University (Social Science Edition)*, 1982, No. 2, p. 11.

[55] Ibid.

[56] In 1930, the Central Committee of the Communist Party of China had the decision to establish a central government in rural soviet, however, because of the interference of Kuomintang and the inconvenient transportation, the date of establish of soviet public had changed for several times. Ibid.

[57] These are the most important laws at that time, Land Law will legality the land reform in rural soviets, Labor Law was designed to protect the worker's right.

[58] CHEN Yishan, 中国人民当家作主的第一部根本大法——试析《中华苏维埃共和国宪法大纲》 [The First Fundamental Law of Chinese People in Charge-Analysis Constitution of Chinese Soviet Republic], *Journal of Xin Jiang Normal University (Social Science Edition)*, 1982, No. 2, p. 12.

[59] Ibid, p. 10, see also SUN Yangbo, TIAN Donglei, 试论1918年苏俄宪法对中国苏区法律的影响 [On the Influence of Constitution of Soviet Union in 1918 to the Law in Chinese Soviet], *Journal of Inner Mongolia Agriculture University (Social Science Edition)*, 2007, No.1, p. 318, see LIU Chunping, 苏联宪法学说对中国宪法学说影响的历时性审视 [Diachronic Analysis of the Influence of the Theory of Constitution in Soviet Union on the Theory of Constitution of China], *Academic Journal of Russian Studies*, 2011, No. 4, p. 46-47.

the Second National Congress of the Chinese Soviet, however the main idea was not changed.[60]

The Constitution was consisted of preamble and 17 Articles, it stipulated the form of state, basic political system, the task of government and the right and duty of people.[61] In the following paper, the author will introduce the Constitution of Chinese Soviet Republic according the four parts which mentioned above.

2.2.1 The Form of State

The form of state is the basic question in each country, because of the strong influence of Soviet Union and the characteristics of communist state, Constitution of Chinese Soviet Republic stated its form of state in Article 2,

"what the Chinese Soviet Republic set up is a state which based on the democratic dictatorship of the workers and peasants. All power of the Soviet regime shall belong to the workers, peasants, Red Army soldiers and the entire toiling population…"[62]

It declared Chinese Soviet Republic is a democratic dictatorship country, workers and peasants were the leader in this new country. It should be noticed that in Constitution of Soviet Union in 1918, the Article 1 stated that "Russia is declared to be a republic of the Soviets of Workers', Soldiers', and Peasants' Deputies. All the central and local power belongs to these soviets."[63] Both of Constitutions ensured the leadership of workers, peasants and soldiers in the country.

2.2.2 Basic Political System

Generally speaking, the system of basic political system in Chinese Soviet Union copied the political system which stated in Soviet Union's Constitution.[64]

In Article 3, it stipulated that "The highest organ in Chinese Soviet Republic is National Congress of Chinese Soviet, when the National Congress is not in session, the highest organ shall be the Provisional Central Executive Committee of National Soviet, the Central Executive Committee shall appoint a Council of People's Commissars, which shall conduct all governmental affairs, and promulgate orders and resolutions."[65] in this Article, it regulated how the new state works in the political field, and from National Congress of Chinese Soviet to National People's Congress of People's Republic of China, it also showed the historical influence of Constitution of Chinese Soviet Republic.[66]

2.2.3 The Task of Government

Since the Chinese Soviet Republic is only a regional regime, the Constitution not only included ensured power of government and people's rights and duties, but also declared the task of the government. It is a guideline for this new state.

Article 1 of Constitution of Chinse Soviet Republic set up the task of government,

"The task of the Constitution of the Chinese Soviet Republic is guarantee the democratic dictatorship of the proletariat and peasantry in the Soviet districts, and to secure the triumph of the dictatorship throughout the whole of China. It shall be the aim of this dictatorship to destroy all feudal remnants, eliminate the influence of the imperialist powers in China, to unite China, to limit systematically the development of capitalism, to carry out economic reconstruction of the state, to promote the class-consciousness and solidarity of the proletariat, and to rally to its banner the broad masses of poor peasants and the consolidated alliance with middle peasants in order to effect the transition to the dictatorship of the proletariat."[67]

This Article implies the real situation of China in 1930 s, the whole country was not unified, imperialist power still had a great influence in China and this country is not independent in its foreign policy and economics, the most population, peasants still lived in a very bad condition. The democratic dictatorship indicated the form of state in this new regime. This task is realistic, and Communist Party of China followed this road, realized the triumph of communism in whole of China.

2.3.4 The Right and Duty of People

The Constitution of Chinese Soviet Republic also stipulated the rights and duties of people. However, according to the Article 2 that following groups were not included in the concept of "people", even they lived in Chinese Soviet Republic.

---

[60] There were several places changed, and the most important change was "the consolidated alliance with middle peasants" in the first Article. CHEN Yishan, 中国人民当家作主的第一部根本大法——试析《中华苏维埃共和国宪法大纲》 [The First Fundamental Law of Chinese People in Charge-Analysis Constitution of Chinese Soviet Republic], *Journal of Xin Jiang Normal University (Social Science Edition)*, 1982, No. 2, p. 12. The full version of Constitution of Chinese Soviet Republic is published in the official website of News of Communist Party of China, http://cpc.people.com.cn/GB/64184/64186/66640/4489884.html, accessed 27 October 2016.

[61] Ibid. however, it should be noticed that not everyone who lived in Soviet Republic will have the people's right and duty, for example, landlord and sometimes rich peasant will be considered as the enemy of Soviet Republic, therefore they will not have these right and duty which stated in the Constitution.

[62] Constitution of Chinese Soviet Republic, passed by the Second National Congress of Chinese Soviet. See the official website of News of Communist Party of China, http://cpc.people.com.cn/GB/64184/64186/66640/4489884.html, accessed 27 October 2016.

[63] Constitution of Soviet Union in 1918, full version is available at https://www.marxists.org/history/ussr/government/constitution/1918/article1.htm, accessed 28 October 2016. See also LIU Chunping, 苏联宪法学说对中国宪法学说影响的历时性审视 [Diachronic Analysis of the Influence of the Theory of Constitution in Soviet Union on the Theory of Constitution of China], *Academic Journal of Russian Studies*, 2011, No. 4, p. 47.

[64] Ibid. Not only the Constitution of Soviet Union in 1918 had the similar regulation, but also the similar regulated was stated in Constitution of Soviet Union in 1924.

[65] Ibid 64.

[66] XU Jing, 论《中华苏维埃共和国宪法大纲》的历史影响 [On the Historical Influence of Constitution of Chinese Soviet Republic], *Social Sciences in Guizhou*, 2005, No. 6, p. 151.

[67] Ibid 64.

These groups were deprived the political rights. "militarists, bureaucrats, landlords, the gentry, capitalist and monks—all exploiting and counter-revolutionary elements—shall be deprived of the right to elect deputies to participate in the government and to enjoy political freedom".[68] It is clearly that the new regime still not mature enough, the deprivation of political rights violated these groups fundamental rights.

Not only Article 2, but also Article 4,5,6,9,10,11,12,13,14 declared people's rights and duties. According to these regulations, people lived in Chinese Soviet Republic without distinction of sex, religion, or nationality shall enjoy the freedom of speech, publishing, assembly and association, people who older than 16 years old shall enjoy the suffrage, everyone shall enjoy the free education and freedom of marriage and religions, also people have the right and duty of working and military service.[69]

It should be noticed that in Article 14, it mentioned that "The Soviet government of China recognizes the right of self-determination of the national minorities in China", it was not fit the situation of China, because of the strong influence of Soviet Union's Constitution, the most regulation of People's rights and duties was a copy of Constitution of Soviet Union, included Article 14.[70]

From the birth of Communist Party of China in 1921 to the establishment of Chinese Soviet Republic in 1931, Communist Party spent 10 years to exploring its own path, the rich experiences of rural soviet helped Communist Party of China from weak to strong, from a regional regime to the ruler of whole of China. It is the triumph of mass line, thanks to sacrifice of proletariats and peasants, Communist Party of China established the People's Republic of China in 1949.

3. The Birth of Hungarian Communist Party

In Hungary, the Communist Party of Hungary was established after the First World War, and the Party had the chance to exercise its methodology soon, even the Party just establish in four months.[71]

In this part, the author will mainly deal with two questions: the first one is the formation or birth of Communist Party of Hungary, the second one is the establishment of Hungarian Soviet Republic and its Constitution, especially how Soviet Union's Constitution's influence on this Constitution.

3.1 The Birth of Communist Party of Hungary

3.1.1 The Socialism in Hungary before First World War

The History of socialism in Hungary is much longer than the history of Communist Party of Hungary. In 1860 s, when Karl Marx dedicated to spreading his Socialism or so called Marxism in Europe, as one part of Austro-Hungarian Monarchy, Hungary received numerous thoughts and books of Socialism and founded its first political group which mainly consisted of Budapest proletariat, the General Workers' Association on 23 February 1868.[72] Since 1867, the Austria and Hungary signed the Compromise between these two major nationalities in this land, so called Austro-Hungarian Monarchy had established, and it helped a lot to develop the economics in Hungarian part. The industrialization happened in Hungary, more and more factories was built after the Compromise, especially in the big city, such as Budapest. A lot of poor peasants left their hometown and came to big cities for make a living as well. According to the Hungarian statistics, there were only 28000 workers who worked in a factory. However, during 40 years, the number of factory workers rose 10 times.[73]

The Socialist group leading the working class mainly in Budapest had five failure attempts to forming a socialist Party in Hungary from 1869 to 1890. During the early exercises of these socialist activists tried to achieve such goals: had a general suffrage to each person in Hungary, and elected the working class representative in the parliament. However, the crucial reality destroyed these socialists' dream.[74]

In the end of 19 century, there was a new trend of socialist activities. With the industrialization in Hungary, there were more and more educated scholars and middle-class existed in the big cities in Hungary, they asked more and more legal recognition from the Monarchy to ensure their rights.[75]

Just like there was a socialist journal which called New Youth in China,[76] there was also had a journal in Hungary which spread socialism among young students and scholars. With the help of his rich friends, Jaszi launched a monthly journal,

---

[68] Ibid 64.

[69] Ibid 64, see also CHEN Yishan, 中国人民当家作主的第一部根本大法——试析《中华苏维埃共和国宪法大纲》 [The First Fundamental Law of Chinese People in Charge-Analysis Constitution of Chinese Soviet Republic], *Journal of Xin Jiang Normal University (Social Science Edition)*, 1982, No. 2, p. 13

[70] Ibid, see also LIU Chunping, 苏联宪法学说对中国宪法学说影响的历时性审视 [Diachronic Analysis of the Influence of the Theory of Constitution in Soviet Union on the Theory of Constitution of China], *Academic Journal of Russian Studies*, 2011, No. 4, p. 47-48.

[71] The Communist Party of Hungary established in November of 1918, the leader of the Party Bela Kun and his former prisoned friends accepted the Marxism-Leninism in Russia war prison camps. TOKES Rudolf L., *Bela Kun and the Hungarian Soviet Republic: the Origins and Role of the Communist Party of Hungary in the Revolutions of 1918-1919*, Stanford, California, The Hoover Institution on War, Revolution and Peace, Stanford University, 1967, Preface, vii and p. 49.

[72] Ibid, p. 1. See also MEVIUS Martin, *Agents of Moscow: The Hungarian Communist Party and the Origins of Socialist Patriotism 1941-1953*, Oxford, Clarendon Press, 2005, p. 11.

[73] GYULA Rezler, The Formation of the Industrial Working Class in Hungary: A lesson in Social Dynamics, *Review of Sociology*, Vol. 7, 2001, p. 103-104. http://www.akademiai.com/doi/pdf/10.1556/RevSoc.7.2001. 1. 8, accessed 18 November 2016.

[74] TOKES Rudolf L., *Bela Kun and the Hungarian Soviet Republic: the Origins and Role of the Communist Party of Hungary in the Revolutions of 1918-1919*, Stanford, California, The Hoover Institution on War, Revolution and Peace, Stanford University, 1967, p. 2.

[75] Ibid, p. 16.

[76] New Youth or so called La Jeunesse was the most important journal in the early of 20 Century, it spread socialism among the scholars and young students, the chief editor, Chen Duxiu was one of the leaders of Communist Party of China during its early period.

Huszadik Szazad (Twentieth Century) in Hungary on 1 January 1900. And after a few years running, this journal became one of the most important academic publications in Hungary, since its prestigious subscribers.[77]

During the wartime, since the war request many weapons and supplements in the whole Monarchy, much more workers were needed at that time, however, the workers' condition was much worse than it used to be, according to the War Requirement Acts, almost all the industrial enterprises were controlled by the government in the spring of 1915.[78] With the prolong of the war, the living standard of working class in cities was getting worse, the daily needs shortage was more and more severely. Numerous people, especially working class became dissatisfied with the government, counter-government activists and antiwar program were organized by the socialist group.[79]

3.1.2 Bela Kun and the Birth of Communist Party of Hungary

Bela Kun was the definitely leader in the early period of Communist Party of Hungary. He and his comrades established the Communist Party in Hungary in 1918, in the next year, his Party had the chance to build a Soviet Republic and exercised some socialist policies, even though this Soviet Republic had only 113 days "life".

Bela Kun was born in a small village in Transylvania (now one part of Romania) in 1886. In his early year worked as a journalist in Romanian and joined the socialist party, Hungarian Social Democratic Party in his 16 years old.[80] Because of the First World War was breakout in 1914, Bela Kun joined the army and fought for Austro-Hungarian Monarchy, however during the war time Bela Kun was captured by Russian army, and sent to a war prison camp in Tomsk. In the camp, Bela Kun not only was forced to work, but also tried to form a socialist group with his socialist comrades as well.[81]

In the prisoned period, Bela Kun and his comrades accepted the new trend of Russian Revolution. They became Bolshevik Party's member in 1917, and even had the privilege to live outside of prison camp.[82]

Before Bela Kun and his Bolshevik fellows came back to Hungary and established the Communist Party of Hungary in 1918. In the same year of March, Bela Kun organized Hungarian Group of the Communist Party of Russia in Moscow.[83]

Almost at the same time, the socialist war prisoner joined the Bolshevik happened in other parts of war prison camp in Russia.[84] More and more former Hungarian soldiers accepted the new Socialism trend, Bolshevism or Leninism and got the inspiration from Russian Revolution, even took part in the Revolution.[85]

Since Kun's mainly contribution in the establishment of Communist Party of Hungary and his leadership in the Hungarian Soviet Republic, let's focus on Kun's activities in Tomsk, the place which he was prisoned. After the breakout of Russian Revolution, Kun seemed found a new method to save his own country, and became a Bolshevism. Because of his journalist career in Austro-Hungarian Monarchy, he got a chance to publish his thought in local newspaper, in his first article, he showed us his ideology change, "I too absorbed the air of the West, Where the great idea of social democracy were born. Now, in the light of the new Great Russian Revolution, I understand: Ex oriente lux."[86] Because of his article and his willing to learn more Bolshevism, Bela Kun became one of the leaders in the war prison camp, even in the Hungarian Group of the Communist (Bolshevik) Party of Russia. What's more, he also fought for the new but weak regime.[87] Because of Bela Kun's article and his talent, Kun got a chance to meet the leader of Communist Party of Russia, Lenin in Petrograd in December 1917. In the period of Petrograd, Bela Kun had lots of chances to serve this new country. He became an editor for Hungarian version International Socialist, a Russian political publication, even had the chance to join the Brest-Litovsk program.[88]

During Kun's serving time in Petrograd, he not only made a friendship with the leaders of Communist Party of Russia, but also tried to form a Hungarian communist group in Russia. After his hardworking, a Hungarian communist group was organized in Moscow, and Bela Kun was elected as the chairman in this Group because of his reputation.[89]

---

[77] TOKES Rudolf L, *Bela Kun and the Hungarian Soviet Republic: the Origins and Role of the Communist Party of Hungary in the Revolutions of 1918-1919*, Stanford, California, The Hoover Institution on War, Revolution and Peace, Stanford University, 1967, p. 17.

[78] Ibid, p. 26-27, see also http://encyclopedia.1914-1918-online.net/article/labour_labour_movements_trade_unions_and_strikes_austria-hungary, accessed 17 November 2016.

[79] Ibid.

[80] Hungarian Social Democratic Party was the established in 1889, and the mainly socialist party at that time as well. See BUGAJSKI Janusz, *Political Parties of Eastern Europe: A Guide to Politics in the Post-communist Era*, New York and London, M. E. Sharpe, Inc., 2002, p. 351. See also TOKES Rudolf L., *Bela Kun and the Hungarian Soviet Republic: the Origins and Role of the Communist Party of Hungary in the Revolutions of 1918-1919*, Stanford, California, The Hoover Institution on War, Revolution and Peace, Stanford University, 1967, p. 6, 53-54.

[81] In this study group, these socialist war prisoners not only translated some German origin Marxism books, but also had Russian language learning class. Ibid, p. 54-55, see also http://encyclopedia.1914-1918-online.net/article/kun_bela, accessed 18 November 2016.

[82] Ibid

[83] GAN Sijing, GONG Kunyu and LI Hongchen Translated, 匈牙利史 [The History of Hungary], Original Version is, Magyarország története, wrote by Unger Mátyás, Szabolcs Ottó, Harbin, Heilongjiang People's Publishing, 1982, p. 284.

[84] TOKES Rudolf L., *Bela Kun and the Hungarian Soviet Republic: the Origins and Role of the Communist Party of Hungary in the Revolutions of 1918-1919*, Stanford, California, The Hoover Institution on War, Revolution and Peace, Stanford University, 1967, p. 56-57.

[85] Ibid, p. 60.

[86] This article was published at " A Hungarian Social Democrat on the Russian Revolution", *Novaia Zhizn*(Tomsk), April 22 1917, cited in ibid p. 58.

[87] See http://encyclopedia.1914-1918-online.net/article/kun_bela, accessed 18 November 2016.

[88] TOKES Rudolf L., *Bela Kun and the Hungarian Soviet Republic: the Origins and Role of the Communist Party of Hungary in the Revolutions of 1918-1919*, Stanford, California, The Hoover Institution on War, Revolution and Peace, Stanford University, 1967, p. 61-62.

[89] Ibid, p. 68.

At that time, in Russian's so called "Prisoner of war graduates of the October Revolution" program, there were around 25 % "graduates" were Hungarian, owing to this reason, the reputable Kun was named as the first president of Federation of Foreign Groups.[90] Bela Kun became the definitely leader of communist group among the Hungarian in Russia.

After the Brest-Litovsk agreement, Russia, the new socialist country finally had a time to have a breath, and even think about spread the revolution in other countries. Hungary was one of the most possible countries to have a socialist revolution at that time. In Richard Lowenthal's article, because of the develop level of economy and political structure of Hungary, even Germany and Italy lost the First World War as well, Hungary was still the most possible place to outbreak a socialist revolution.[91]

Under this situation, Bela Kun and his Bolshevism Comrades were been sent back to Hungary by the Communist Party of Russia and started to practice socialism revolution in Hungary.[92] When they came back to Budapest in 1918, the most important task was established a Hungarian Communist Party.

At that time, in Hungary, since the failure of First World War, the Austro-Hungarian Monarchy became much weaker state, more and more former nationalities in this country started to established their own states, the territory of Monarchy has Shrunk, the great power was not had the enough military strength to control the whole country, depression among these pessimistic Hungarians.[93] On 1 November, the king for the Monarchy had to appoint Mihaly Karolyi to form the new cabinet. Soon, the Monarchy had to split and Hungary had the power to entitle its own sovereignty.[94] However, the Karolyi cabinet could not control the whole situation in Hungary. This new country retained in a chaos situation.

In November 1918, the Communist Party of Hungary was established under such kind of condition in Budapest. Bela Kun was definitely the leader of the Party. After the establishment, the new Party started to perform its own revolutionary program which was guided by the experienced Bolshevism Bela Kun.[95]

4. The Hungarian Soviet Republic and its Constitution

The Hungarian Soviet Republic only lasted for 113 days. It is short period in the history of Hungary. However it is also very important chapter not only in Hungarian history but also in the history of Communist development. It was widely considered as the second earliest soviet republic in the world.[96]

4.1 The First Hungarian Republic

Since Austro-Hungarian Monarchy lost the First World War, it deeply damaged the sovereignty of this great power, the old political order obviously failed to control its territory and the nationalities which lived in.

Hungary established its own government in 1918, Mihaly Karolyi became the first Prime Minister of Hungary, during his governing, the Parliament of Hungary could be divided into three parts: Karolyi's political group, Jaszi's Radical Bourgeois Party and the socialist party, Hungarian Social Democratic Party.[97] Even though, the supporting Karolyi's group in Parliament was stronger than the socialist party, however, the socialist party apparently had much more experiences on the term of connecting with common people, especially in the rural area.

In November of 1918, only one month later Karolyi was appointed as Prime Minister in Hungary by King Karl IV, Hungarian decided to finish the Compromise relation with Austria, also got rid of their Austro-Hungarian King as well, under such kind of condition, there was an Aster Revolution breakout in Hungary. After the Revolution, King Karl IV had to make a statement and separate the Monarchy, therefore the First Hungarian Republic was appeared. Karolyi, the widely-respected Politician was elected as the first President in the Republic. Dénes Berinkey was appointed as the Prime Minister in this youth Republic.[98]

Nevertheless, the First Hungarian Republic existed only four and half month, after Berinkey's two-months service for this new Republic, the Social Democratic Party gained the power in the Parliament.[99] In early March of 1919, the left wing in the socialist Party seized the power. However, it would not make any change for Hungary's international relationship, soon the Vix-memorandum caused a dramatic change in Hungary.[100]

4.2 The Birth of Hungarian Soviet Republic

After the First World War, Hungary, as part of the Central Powers which lost the war, conversely, China, as one part of the Allied Powers which won the war. However, during the Paris Peace Conference both countries lose it, and it made a dramatic change both in China and Hungary as well.

---

[90] Ibid, p. 71.
[91] LOWENTHAL Richard, 'The Hungary Soviet and International Communism' in Andrew C. Janos, William B. Slottman (ed.), *Revolution in Perspective: Essays on the Hungarian Soviet Republic of 1919 (Russian & East European Study)*, Berkeley, University of California Press, 1971, p. 174-175.
[92] TOKES Rudolf L., *Bela Kun and the Hungarian Soviet Republic: the Origins and Role of the Communist Party of Hungary in the Revolutions of 1918-1919*, Stanford, California, The Hoover Institution on War, Revolution and Peace, Stanford University, 1967, p. 72-73.
[93] LOW Alfred D., The Soviet Hungarian Republic and The Paris Peace Conference, Philadelphia, American Philosophical Society, 1963, p. 6-17.
[94] TOKES Rudolf L., *Bela Kun and the Hungarian Soviet Republic: the Origins and Role of the Communist Party of Hungary in the Revolutions of 1918-1919*, Stanford, California, The Hoover Institution on War, Revolution and Peace, Stanford University, 1967, p. 83.
[95] Ibid, p. 93.
[96] https://theorangefiles.hu/the-hungarian-soviet-republic/, accessed 20 November 2016.
[97] TOKES Rudolf L., *Bela Kun and the Hungarian Soviet Republic: the Origins and Role of the Communist Party of Hungary in the Revolutions of 1918-1919*, Stanford, California, The Hoover Institution on War, Revolution and Peace, Stanford University, 1967, p. 85-86.
[98] https://theorangefiles.hu/the-first-hungarian-republic/, accessed 20 November 2016.
[99] HAJDU Tibor, *The Hungarian Soviet Republic*, Budapest, Akademiai Kiado, 1979, p. 11.
[100] Ibid, p. 9.

In Hungary, because of the Paris Peace Conference, Hungary should give quite a lot its territory to the Allied Powers, on 20 March 1919, when Lieutenant send his famous Vix-memorandum to President Karolyi, and request First Hungarian Republic to give away its territory of West Transylvania and one part of the Great Hungarian Palin,[101] when the memorandum published, the national pride was seriously hurt among Hungarian, most of them hope their government will do something to change this situation, some of them even want to change this government.

The leadership of First Hungarian Republic government also felt the pressure from people, they asked the mainly political Groups in Hungary, and wondering whether any Party could take the responsibility to deal with Vix-memorandum or not. The right wing in the Parliament refused to take the responsibility, and after a long time discussion in the leaderships of Social Democratic Party, the Social Democratic Party announced their decision, they are willing to form a new government and take the responsibility to the whole country, meanwhile, they addressed their coming plan, to have a cooperation with the Communist Party.[102]

Nevertheless, the Communist Party of Hungary was under the suppression by First Hungarian Republic, as we known, when Bela Kun and his comrades found Communist Party of Hungary, this new Party started its political plan, to spread Communism and socialist revolution in this country. However during a march on 20 February 1919, the angrily working class had a big conflict with the policemen, sooner it became a riot, four policemen even died in the riot, the government decided to show their strong willing in the public, the organizer of this march, Communist Party of Hungary obviously in the list, policemen came to the headquarter of Communist Party of Hungary and researched its documents, the party's propaganda leaflets and the official newspaper of Communist Party, Vörös Ujság (the Red Newspaper), were became the evidences of their violently counter-government position. There were 68 Communist Party member arrested by policeman and had a trial, it including the leader of the Communist Party, Bela Kun.[103]

Although, the Social Democratic Party had some unhappy experiences with Communist Party,[104] this socialist Party realized that the bourgeois dictatorship of the present government was unfavorable among the masses, the idea of forming a proletariat dictatorship government came to the leaders of Social Democratic Party, the cooperation between Social Democratic Party and Communist Party of Hungary sooner realized. After the a discussion between the leadership in two Party in the same day night, the most important decision was made by both of them, Hungary will follow Russian's form of government,[105] a new Soviet Republic born in Hungary.

Therefore, on 21 March 1919 the government decided to hand over its power and Social Democratic Party shared its power with Communist Party of Hungary.[106] Also the First Hungarian Republic changed its Form of State to Soviet Republic.[107] For Communist Party, it was also an almost unbelievable experience, just one month ago, this Party was suffered by the suppression by the government, Bela Kun and other leader in the Party had to stay in the prison. Nevertheless, the political victim became the ruler in the country, the former prisoner became the leadership in the new government.[108]

This bloodless dramatic change in Hungry offered a ruling position to the Communist Party of Hungary, the Party had a chance to practice its communist policy in a very short period.

4.3 The Legal Exercises of Hungarian Soviet Republic and its Constitution

Even though the Hungarian Soviet Republic was considered as the second Soviet Republic in the world, there were not too much Soviet Legal tradition or system could use for reference. In Peter Apor's Article, he cited the saying from Laszlo Reti, the director of the Institute for Party History, "The Hungarian Soviet Republic 'created what our people's democracy, which also has the function of the dictatorship of the proletariat…," [109] Soviet Russia, as the only successful Soviet Republic in the world, therefore became the only model to follow. The leadership of Hungarian Soviet Republic also had the same consideration, in Laszlo's following argument, he stated, "The Soviet Republic, which was the Third Hungarian Republic, held the Russian Soviet State up as its model." [110] When the new government established, they send a report to Lenin, the leader of

[101] Ibid. See also https://theorangefiles.hu/the-first-hungarian-republic/, accessed 20 November 2016.
[102] Ibid, p. 15-16.
[103] TOKES Rudolf L., *Bela Kun and the Hungarian Soviet Republic: the Origins and Role of the Communist Party of Hungary in the Revolutions of 1918-1919*, Stanford, California, The Hoover Institution on War, Revolution and Peace, Stanford University, 1967, p. 122.
[104] For example, the riot on 20 February was happened in front of the office of Nepszava, the official newspaper of Social Democratic Party, because of the fear of violence, socialists called the policemen and asked for protecting. Then the riot happened. Ibid, p. 122.
[105] Take an example, there will no Minister in the new government, commissar will in charge, also the new government had a new name "the Revolutionary Governing Council". HAJDU Tibor, *The Hungarian Soviet Republic*, Budapest, Akademiai Kiado, 1979, p. 17.
[106] Two parties signed a "Unity" document in March 1919, and a new Party came out, the Hungarian Socialist Party. Ibid, p. 146. See also MOLNAR Miklos, A Short History of the Hungarian Communist Party, Boulder, Colorado, Westview Press, 1978, p. 10.
[107] HAJDU Tibor, *The Hungarian Soviet Republic*, Budapest, Akademiai Kiado, 1979, p. 11-22.
[108] TOKES Rudolf L., *Bela Kun and the Hungarian Soviet Republic: the Origins and Role of the Communist Party of Hungary in the Revolutions of 1918-1919*, Stanford, California, The Hoover Institution on War, Revolution and Peace, Stanford University, 1967, p. 123.
[109] APOR Peter, Praefiguratio: Exemplary History and Temporal Order in the Thirtieth Anniversary of the First Hungarian Soviet Republic of 1919, *Politics, Religion & Ideology*, Vol. 12, 2011, p. 129.
[110] Ibid.

Soviet Russia and Communist Party of Russia, in the report, these Hungarian rulers showed their respects to Russia and expressed their willing, follow Russian Soviet model.[111]

Also, the Hungarian Soviet Republic only existed in 133 days, there was not too many peaceful time for the new Soviet Republic to practice its governing in legal field, like the Chinese Soviet Republic, the Hungarian Soviet Republic do not passed too many new laws in that period, in most time, the new Soviet Republic was busying to fight with his enemy, not only from abroad, but also in the country.[112]

Under such condition, the legal exercises in Hungarian Soviet Republic had a strong influenced by Soviet Russia. The most administration was published as decree. Lenin's State and Revolution was considered as the directives or ruling principles in Hungary, not only the economic side, but also in the legal practice.[113] The short ruling period and the obstacles and hostility from neighboring countries and Szeged deemed there was not too many chances left to exercise Soviet legal practices in Hungary.[114] Therefore, the most legal documents which published by the government were related to improve the living standards and working conditions among the city working class and poor peasants in the rural area.

During the ruling of Hungarian Soviet Republic, the Governing Council passed the some basic rules which related to the agrarian policy and nationalization the private estates.[115] In rural area, like later in Chinese Soviet Republic, the widely land reform just happened. Before Hungary became a Soviet Republic, the Land Reform Law had passed in February 1919,[116] during the land reform, the landlord lost their lands and poor peasants had their own land.[117] In city, the working class also had the chance to improve their working conditions. The eight-hour-day policy was introduced by decree.[118] The workers also enjoyed their higher payment, on April 17 1919, the government published a regulation on general wages, workers had a better paying.[119]

After the First Congress of the Hungarian Socialist Party in June, the First Congress of Hungarian Soviets held in 16 June. In this Congress, the representatives not only discussed the economic situation, foreign policy and military situation, but also formed and passed the Constitution of Hungarian Soviet Republic,[120] it was the first Soviet Constitution in Hungary, and had a strong influence by Soviet Russia as well.

The Constitution of Hungarian Soviet Republic was consisted of seven Chapters and 89 Articles in total. According to the regulation, the Constitution had following Chapters: 1. Principles of the constitution of the Hungarian Soviet Republic; 2. The rights and duties of workers in Hungarian Soviet Republic; 3. The organization of central soviet; 4. The organization of local soviet; 5. the suffrage; 6. The budgetary law and the last one, 7. The rights of nationalities in Hungarian Soviet Republic.[121]

The Constitution stipulated the most important principles in the first Chapter, it stated that the proletariat dictatorship in the country, and make a new socialist order and ensured the ruling position of worker, solider and peasant. What's more it also declared its foreign policy.[122]

Also, the Constitution ensured the suffrage among the masses, most people had the right to vote, however, there were several groups whose suffrage were deprived.[123] Since the proletariat dictatorship, the Constitution also had some special protection on workers, for instance, the Constitution stipulated that "The State will maintain those unable to work, and such as want to work but for whom no work can be provided."[124]

The new Constitution was modeled after Soviet Union's Constitution, it broke the Hungarian Constitution tradition, however since the Soviet Republic's "life" was too short, its Constitution did not put into enforced.[125]

5. Conclusion: A Single Spark Can Start a Prairie Fire

Although the first exercises of Communism between China and Hungary should not be considered as a very successful

[111] LOW Alfred D., The Soviet Hungarian Republic and The Paris Peace Conference, Philadelphia, American Philosophical Society, 1963, p. 39, https://www.academia.edu/3854595/Praefiguratio_Exemplary_History_and_Temporal_Order_in_the_Thirtieth_Anniversary_of_the_First_Hungarian_Soviet_Republic_of_1919, accessed 27 November 2016.

[112] The new Soviet Republic caused a widely anxiety among the great powers, they organized army tried to collapse the new Republic, inside of this country, Asmiral Horthy and his counter-revolution friends attempted to destroy the new Republic as well.

[113] HAJDU Tibor, *The Hungarian Soviet Republic*, Budapest, Akademiai Kiado, 1979, p. 67.

[114] The newly independent neighboring countries used to be one part of Austro-Hungarian Monarchy or gained lots of territory from Hungary after Paris Peace Conference. Also, there were not enough time to issue new regulations to cover everything. Ibid, p. 68.

[115] Ibid, p. 55.

[116] HOLLOS Marida, *A Scandal in Tiszadomb: Understanding Modern Hungary Through the History of Three Families: Understanding Modern Hungary Through the History of Three Families*, New York, Routledge, 2001, no page showing in the google book's version, in the Chapter of World War I: Sandor.

[117] HAJDU Tibor, *The Hungarian Soviet Republic*, Budapest, Akademiai Kiado, 1979, p. 47-48.

[118] Ibid, p. 63.

[119] Ibid, p. 62.

[120] Ibid, p. 64.

[121] The Hungarian version of Constitution of Hungarian Soviet Republic was available at the https://hu.wikisource.org/wiki/A_Magyarorsz%C3%A1gi_Szocialista_Sz%C3%B6vets%C3%A9ges_Tan%C3%A1csk%C3%B6zt%C3%A1rsas%C3%A1g_alkotm%C3%A1nya, accessed 28 November 2016.

[122] Article 1-3, Chapter 1, Ibid.

[123] Article 68, Ibid.

[124] HAJDU Tibor, *The Hungarian Soviet Republic*, Budapest, Akademiai Kiado, 1979, p. 64.

[125] DESZO Marta and SOMODY Bernadette, *Constitutional Law in Hungary*, Kluwer Law International, 2010, p. 28.

communism experiments from their finally results. After the adoption of the Constitution of the Chinese Soviet Republic in 1931 and its revised version Constitution which adopted in 1934, this Constitution only took effects in Chinese Soviet Republic.[126] What's more, during this time, the regime of the Chinese Soviet Republic was brutally attacked by the Kuomintang Government. In the same year after the revised version Constitution of the Chinese Soviet Republic was published, the major military force of Chinese Soviet Republic had to retreat and started so called "Long March"[127] in the same year. After that, the Constitution of the Chinese Soviet Republic was basically invalid. In Hungary, even though the Soviet Government published the Constitution, it was not come into force anymore. After the failure of the Hungarian Soviet Republic, Hungary was ruled by Miklós Horthy.

What inspirations did the failure Communist experiment bring to China and Hungary? In my point of view, the unsuccessful Soviet Republic and its Constitution were the first Communist experiment between China and Hungary, the lessons from the failure taught the Communist Party to build their own military and seek the support from the masses. After the Second World War, Chinese Communist Party defeated the Kuomintang Government and established the Communist Regime in China. In Hungary, the Communist Party won the support from the people and built the Hungarian People's Republic in 1949. The Communist exercises before the Second World War between China and Hungary were like the sparks, they were small and weak at the very beginning, with the efforts and sacrifice of the Communist Party, these sparks would start a prairie fire.

[126] Ibid, 66.

[127] Long March, in Chinese "长征", it is a military retreat of the Red Army, the major military force of the Chinese Communist Party, since this local regime was attacked by Kuomintang again, the Long March lasted near one year. Finally, the main military force of Chinese Communist Party survived in Northwest China.

The Effects of the Differences between the Austrian and the Hungarian Regulation of the Rights of Citizenship in a Commune (Heimatrecht, Indigénat, Pertinenza, Illetőség) on the Nationality of the Successor States of the Austro-Hungarian Monarchy

Mónika Ganczer *

Abstract

The rights of citizenship in a commune were characteristically used in Central Europe as a basis of the regulation of nationality of persons affected by state succession, and the peace treaties concluded after the First World War by the successor states of the Austro-Hungarian Monarchy notably included this criterion. Although the rights of citizenship in a commune seemed more serviceable criterion during at the peace conference than habitual residence in these states, the different domestic regulations concerning Austrian and Hungarian territories and their interpretations by other states caused numerous problems and resulted in statelessness en masse. The aim of the present paper is to analyse the features and the differences of acquisition and loss of Austrian and Hungarian rights of citizenship in a commune, and to reveal their practical and interpterational problems. This study identifies the problems related to the nationality of persons affected by state succession after the First World War. These problems may also serve as an important lesson for the present, as the criteria that define persons concerned by the change of nationality in modern cases of state succession need to be selected carefully.

Keywords: *rights of citizenship in a commune; Heimatrecht; indigénat; petrinenza; illetőség; nationality; state succession; peace treaties.*

1. Introduction

The "rights of citizenship" or the "rights of citizenship in a commune" served as a basis for the acquisition of nationality of a state only in a few cases of state succession. Following the First World War, it was applied in the successor states of Austro-Hungarian Monarchy,[1] and later, between 1938 and 1940, in the East German territories[2]. Such use of the rights of citizenship in a commune in the context of the acquisition of nationality can be observed mostly in Central Europe in the first half of the 20th century;[3] it is less prevalent in other places. The "rights of citizenship" or the "rights of citizenship in the commune" are known as *Heimatrecht*, *Gemeindezuständigkeit* or *Pertinenza* in German, *pertinenza* in Italian, *l'indigénat* in French, and *illetőség* or *községi illetőség* in Hungarian. Even though the expression "rights of citizenship" came into general use in English, it is worth noting that the equivalent of "Heimatrecht" would be „communal rights" rather than "rights of citizenship", as the latter can also mean the right to a nationality.[4]

The rights of citizenship originally related to the formation of the self-government of municipalities, and evolved from the rights of persons participating in the governance of a municipality: these rights were called "rights of citizens of the municipality".[5] The expressions "rights of citizenship in a commune"[6] in English and "un droit d'indigénat dans une

* Mónika Ganczer, PhD, research fellow, Hungarian Academy of Sciences, Centre for Social Sciences, Institute for Legal Studies, Budapest; associate professor, Széchenyi István University, Deák Ferenc Faculty of Law and Political Sciences, Győr, Hungary.

1 Treaty of Peace between the Allied and Associated Powers and Austria, St. Germain-en-Laye, 10 September 1919. Articles 64, 70.; Treaty of Peace between the Allied and Associated Powers and Hungary, and Protocol and Declaration, Trianon, 4 June 1920. Articles 56, 61.
The minority treaties of Czechoslovakia and the Serb-Croat-Slovene State also included the rights of citizenship. Treaty between the Principal Allied and Associated Powers (the British Empire, France, Italy, Japan and the United States), and Czechoslovakia, St. Germain-en-Laye, 10 September 1919. Article 3.; Treaty between the Principal Allied and Associated Powers (the British Empire, France, Italy, Japan and the United States), and the Serb-Croat-Slovene State, St. Germain-en-Laye, 10 September 1919. Article 3.

2 Vertrag zwischen dem Deutschen Reich und der Czechoslowakischen Republik über Staatsangehörigkeits- und Optionsfragen. Berlin, 20 November 1938. § 1. Deutsches Reichsgesetzblatt, Teil 2, 1938. 895. Vertrag zwischen dem Deutschen Reich und der Slowakischen Republik zur Regelung der Staatsangehörigkeit von Volkszugehörigen beider Staaten. Bratislava, 27 Dezember 1939. Artikel I-II. Deutsches Reichsgesetzblatt, Teil 2, 1940. 78. For more on the rights of citizenship in Geman domestic law, see JELLINEK, H., *Der automatische Erwerb und Verlust der Staatsangehörigkeit durch Völkerrechtliche Vorgänge, zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Staatensukzession*. Berlin, 1951, p. 77.

3 VICHNIAC, M., Le statut international des apatrides. In: *Recueil des Cours*, Tome 43–I, 1933, p. 147.; SCELLE, G., *Précis de droit des gens: principes et systématique*. vol. II, Paris, 1934, p. 166.

4 MOLONY, W. O'S., *Nationality and Peace Treaties*. London, 1934, p. 149.

5 KISTELEKI, K., Magyar állampolgárság a XX. században [Hungarian Citizenship in the 20th Century]. In: *Állam- és Jogtudomány*, vol. 41, Nr. 1–2, 2000, p. 68.

6 For more on the history of the development of the rights of citizenship is a commune and its origin of England, see KISTELEKI, K., Az állampolgárság fogalmának és jogi szabályozásának fejlődése. Koncepciók és alapmodellek Európában és Magyarországon [Development of the Definition and Legal Regulation of Citizenship. Concepts and Basic Models in Europe and in Hungary]. Budapest, 2011, p. 178–179.

commune"[7] in French clearly demonstrate this line of development. The rights of citizenship were indeed „a sort of municipal citizenship",[8] which created rights and obligations for persons, among which the right to relief in case of pauperization had an essential role.[9] Thus, according to certain views, it can be traced back to the medieval *Unterstützungswohnsitz*, from which the obligation of municipalities to provide financial aid to their citizens arose.[10] Such regulations concerning the rights of impoverished persons were issued by Charles V in 1530 and by Henry VIII in 1536.[11] The expression *„Recht des Indigenates"* emerged in international law in the context of regulation of nationality in the Peace Treaty of Vienna of 1864.[12]

2. The Peace Treaty of St. Germain-en-Laye and the Peace Treaty of Trianon

Following the First World War and the dissolution of the Austro-Hungarian Monarchy, the rights of citizenship were used in transferred territories as a basis for the acquisition of nationality of the successor states, which concerned approximately 52 million[13] persons. Both the Peace Treaty of St. Germain-en-Laye[14] and the Peace Treaty of Trianon[15] included the expression "rights of citizenship". The application of this expression was proposed by the delegations of Austria and Czechoslovakia at the negotiations of the Peace Treaty of St. Germain-en-Laye, since they held it more definite than residence or habitual residence as contained by the Peace Treaty of Versailles.[16] Even so, its application was problematic, because of the earlier domestic mobility in the Austro-Hungarian Monarchy, the differences of the Austrian and Hungarian regulations, the incompatibility of these two systems, and its divergent interpretations by other states.[17]

In the wake of the peace treaty with Hungary, persons living in the transferred territories lost their Hungarian nationality and acquired the nationality of the given successor state in line with their rights of citizenship. This change took place without a naturalization process or an official act on the day of entry into force of the peace treaty, on 26 July 1921, simultaneously with the replacement of one state by another in the sovereignty over the territories concerned.[18] Pursuant to Article 61, those persons who possessed rights of citizenship (*„pertinenza"*) in territority which formed part of the territorities of the former Austro-Hungarian Monarchy, obtained "*ipso facto* to the exclusion of Hungarian nationality" the nationality of the successor state exercising state sovereignty over such territority.[19] Persons possessing rights of citizenship in Hungarian territory obviously remained Hungarian nationals regardless of their places of residence, as stipulated by Article 56. The Peace Treaty of St. Germain-en-Laye contained identical provisions in Articles 64 and 70.

According to Articles 76 and 77 of the Peace Treaty of St. Germain-en-Laye and Article 62 of the Peace Treaty of Trianon, persons who acquired rights of citizenship after 1 January 1910 in territories transferred to the Serb-Croat-Slovene State or to the Czecho-Slovak State could only acquire the Serb-Croat-Slovene or the Czecho-Slovak nationality with a permit of the successor state. In other words, such persons had to apply for nationality and the state could accept or refuse their applications. If the permit was not requested or was refused, persons automatically acquired the nationality of the state which exercised sovereignty over the territority in which they had rights of citizenship on 1 January 1910.[20] In addition, the Peace Treaty of St. Germain-en-Laye also contained provisons on the acquisition of Italian nationality.[21] According to Articles 71 and 72, certain persons could apply for Italian nationality in territories transferred to Italy: (1) persons who possessed rights of citizenship in such territories, but who were not born there; (2) persons

[7] AUDINET, É., Les Changements de nationalité résultant des récents Traités de Paix. In: *Journal du Droit International Privé*, Tome 48, 1921, p. 379.
[8] GETTYS, L., The Effect of Changes of Sovereignty on Nationality. In: *American Journal of International Law*, vol. 21, Nr. 2, 1927, p. 270.
[9] The right to poor relief is specifically emphasized e.g. by FLOURNOY, R. W., Jr. – HUDSON, M. O. (ed.), *A Collection of Nationality Laws of Various Countries, as Contained in Constitutions, Statutes, and Treaties*. New York, 1983. p. 15.; KROMBACH, D., *Erstabgrenzungen im Staatsangehörigkeitsrecht im 19. Jahrhundert und am Anfang des 20. Jahrhunderts*. München, 1967, p. 22.; GRAUPNER, R., Statelessness as a Consequence of the Change of Sovereignty Over Territory After the Last War. In: *The Problem of Statelessness* (World Jewish Congress. British Section), Nr. 12, London, 1944, p. 32.
[10] JELLINEK, p. 76.
[11] MOLONY, p. 150.; VICHNIAC, p. 147.
[12] Friedens-Tractat zwischen Oesterreich, Preußen und Dänemark vom 30. Oktober 1864, Wien. Artikel XIX.
[13] MOLONY, p. 163.
[14] Treaty of Peace between the Allied and Associated Powers and Austria, St. Germain-en-Laye, 10 September 1919.
[15] Treaty of Peace between the Allied and Associated Powers and Hungary, and Protocol and Declaration, Trianon, 4 June 1920.
[16] BENTWICH, N., Statelessness through the Peace Treaties After the First World-War. In: *British Year Book of International Law*, vol. 21, 1944, p. 172.; MOLONY, p. 163.
[17] BENTWICH, p. 172.
[18] For more on the theory of automatic change of nationality in cases of state succession, see KELSEN, H., *General Theory of Law and State*. Cambridge, 1945, p. 239.; JELLINEK, p. 50–59.; SCELLE, G., *Cours de droit international public*. Paris, 1948, p. 132, 136.; OPPENHEIM, L., *International Law. vol. 1*. New York – London – Bombay, 1905, p. 273.; BUZA, L., *A nemzetközi jog tankönyve* [The Textbook of International Law]. Budapest, 1935, p. 147.
[19] In cities (e.g. Komárom, Nagyszalonta, Sátoraljaújhely) that were divided by the peace treaty, persons who had rights of citizenship in the part of the city that remained in Hungary or who had rights of citizensip in the transferred part of the city, but opted for the Hungarian nationality and moved to the Hungarian part of the city or to another place in Hungary could remain Hungarian nationals. JACOBI, R. – PEREGRINY, G., *Magyar állampolgárság, községi illetőség és idegenrendészet* [Hungarian Citizenship, Rights of Citizenship and Alien Police]. Budapest, 1930, p. 4.
[20] For example, a Hungarian national who acquired the rights of citizenship of Pozsony after 1 January 1920 remained a Hungarian national, if he or she did not request Czechoslovak nationality. (JACOBI – PEREGRINY, p. 34.)
[21] For more details, see NIBOYET, J. P., La nationalité d'aprčs les traités de paix qui ont mis fin a la grande guerre de 1914-1918. In: *Revue de Droit International et de Législation Comparée*, Tome II, Nr. 1–2, 1921, p. 310–312.

who acquired rights of citizenship in such territories after 24 May 1915, or who acquired them by reason of an official position; (3) persons who formerly had rights of citizenship in such territories, or whose father or, if the father was unknown, whose mother had rights of citizenship in such territories; and (4) persons who had served in the Italian Army during the First World War and their descendants. Pursuant to Articles 73 and 74, the relevant decisions were made by the Italian authorities, but if a person did not apply for Italian nationality or his or her request was rejected, he or she acquired the nationality of the state exercising sovereignty over the territory in which he or she previously had rights of citizenship.

The right of option established by Article 78 of the Peace Treaty of St. Germain-en-Laye and Article 63 of the Peace Treaty of Trianon was also linked to the rights of citizenship. Persons over 18 years of age who lost their Hungarian or Austrian nationality and acquired a new nationality by virtue of the peace treaties had a right of option to regain their previous nationality within a period of one year from the entry into force of the treaties.[22] Persons who exercised the right of option had to move to the state for which they had opted within twelve months. They could carry with themselves their movable property and could retain their immovable property.

Furthermore, under Article 80 of the Peace Treaty of St. Germain-en-Laye and Article 64 of the Peace Treaty of Trianon, persons who had rights of citizenship in a territory that had previously formed part of the Austro-Hungarian Monarchy and differed in race and language from the majority of the population, were also entitled to opt for Austria, Hungary, Italy, Poland, Roumania, the Serb-Croat-Slovene State, or the Czecho-Slovak State within a period of six month from the entry into force of the treaties. Hovewer, the concept of "rights of citizenship" was not defined by the peace treaties, and as such, they were endowed with meaning by the domestic regulations of the states concerned. Numerous problems arose from the fact that the regulations concerning the rights of citizenship were different in various territories of the Austro-Hungarian Monarchy. It should be added that this right was not known at all in some of the territories.

3. Differences of domestic regulations concerning the rights of citizenship

Austrians and Hungarians were granted the freedom of residence in the Austro-Hungarian Monarchy after 1867, and could settle down anywhere in the realm. Nevertheless, the Monarchy did not develop a unified nationality. Austrian rights of citizenship could only be obtained by Austrian nationals,[23] and Hungarian rights of citizenship could only be obtained by Hungarian nationals.[24] New rights of citizenship could not be acquired simply by moving to a different part of the state. The previous rights of citizenship continued to exist, but without rights and obligations; thus "[t]he practical value of rights of citizenship had diminished, being limited to questions of poor relief".[25] The most severe problems relating to the application of the rights of citizenship after the First World War arose from the differences of regulation in the Austro-Hungarian Monarchy: (1) there were separate legal rules in the Austrian and Hungarian territories, (2) a combination of these rules were in force in the Croate-Sloven territories,[26] and (3) rights of citizenship did not exist in Bosnia and Herzegovina.[27]

The rights of citizenship („das Heimathrecht in der Gemeinde") were introduced in the states of the Habsburg Empire by the Patent of the Kaiser of 24 April 1859[28], but it was not effective in Hungarian territory according to Order No. 7863/1869 of the Minister of the Interior.[29] The Patent implicitly referred to the Constitution of Olmütz of 1849[30], though the latter only mentioned the rights of municipalities to admit persons to their bonds, and did not contain the expression "rights of citizenship" ("das Heimatrecht"). According to the Patent of 1859, "[d]as Verhältniß, kraft dessen Jemand in Absicht auf seine Person einem Gemeindeverbande bleibend angehört […], wird die Zuständichkeit zur Gemeinde, und der Inbegriff der auf dieseß Verhältniß gegründeten Rechte […] das Heimathrecht in der Gemeinde genannt".[31] Later, Act of 5

[22] The right of option means that a person has the right to chose the nationality of one of the states affected by state succession within a certain period of time. Initially, the right to opt was interpreted narrowly, as a right of a person affected by the transfer of a territory to retain his or her original nationality. MEESSEN, Karl Matthias, Option of Nationality. In: BERNHARDT, R. (ed.), *Encyclopedia of Public International Law. vol. 8*. New York – London, 1982, p. 424–425.

[23] Gesetz vom 3. December 1863, betreffend die Regelung der Heimatsverhältnisse. Wirksam für Böhmen, Damiatien, Galizien mit Krakau, Oesterreich unter und ob der Enns, Salzburg, Steiermark, Kärnthen, Krain und die Bukowina, Mähren, Schlesien, Tirol, Vorarlberg, Görz und Gradiska, Istrien und die Stadt Triest mit ihrem Gebiete. Reichs-Gesetz-Blatt für das Kaiserthum Österreich, 1863, Nr. 105. § 2.

[24] Act No. XXII of 1886 on the municipalities, § 5.

[25] NAPIER, W., Nationality in the Succession of States of Austria-Hungary. In: *Transactions of the Grotius Society*, vol. 18, 1932, p. 2.

[26] For more see MOLONY, p. 151–152, 160.

[27] For more see NAPIER, p. 2.; GRAUPNER, p. 33.; MOLONY, p. 152, 161.; VICHNIAC, p. 151–152.

[28] Kaiserliches Patent vom 24. April 1859, wirksam für den ganzen Umfang des Reiches, mit Ausnahme des lombardisch-venetianischen Königreiches, Dalmatiens und des Militär-Gränzlandes, womit ein neues Gemeindegesetz erlassen wird. Reichs-Gesetz-Blatt für das Kaiserthum Österreich, 1859. Nr. 58.

[29] CZEBE, J., *Útmutató honosítási, visszahonosítási, elbocsátási és illetőségi ügyekben. Kiegészítve az elszakított területeken érvényben lévő állampolgársági rendelkezésekkel és jogesetekkel* [Guidelines for Cases of Naturalisation, Repatriation, Expatriation and Rights of Citizenship. Supplemented by Nationality Regulations in Force in Transferred Territories and Judicial Cases]. Budapest, 1930, p. 33. However, the provisions of the Patent of the Kaiser of 24 April 1859 might have served as a model for the formulation of the Hungarian regulation.

[30] Kaiserliches Patent vom 4. März 1849, die Reichsverfassung für das Kaiserthum Österreich enthaltend. Allgemeines Reichs-Gesetz- und Regierungsblatt für das Kaiserthum Österreich, 1849. Nr. 150. § 33 b).

[31] Kaiserliches Patent vom 24. April 1859, wirksam für den ganzen Umfang des Reiches, mit Ausnahme des lombardisch-venetianischen Königreiches, Dalmatiens und des Militär-Gränzlandes, womit ein neues Gemeindegesetz erlassen wird. Reichs-Gesetz-Blatt für das Kaiserthum Österreich, 1859. Nr. 58. § 32.

March 1862 on the fundamental principles of the regulation of municipalities,[32] and Act of 1863 on the regulation of the legal relationship of the rights of citizenship[33] governed the rights of citizenship in Austrian territory. This latter Act was amended in 1896.[34] Act of 1863, as amended by the Act of 1896, was in force at the time of the state succession, and as such, it was applicable for the determination of the rights of citizenship of the Austrian nationals. Act No. XVIII of 1871 on the regulation of the municipalities[35] regulated the righs of citizenship in Hungarian territory which was subsequently amended by Act No. V of 1876.[36] Act No. XXII of 1886 on municipalities[37] then reshaped the regulation of the rights of citizenship, and it was this new regulation that was in force at the time of the Peace Treaty of Trianon. It is worth mentioning that this legal relationship only ceased to exist in the Hungarian legal system with Act No. LXI of 1948 on the termination of the rights of citizenship.[38] The rights of citizenship were replaced by domestic residence or by the last Hungarian domestic residence for persons living abroad.

The rights of citizenship were mostly used as a criterion on its own, or occasionally along with[39] the nationality of the predecessor state.[40] These two forms had no substantive differences, as only nationals may have had rights of citizenship at the time of the aforementioned cases of state succession.[41]

The rights of citizenship formed not only a legal right, but also an obligation, since every national had to belong to a municipality. Each person could possess one set of rights of citizenship only; consequently, the previous rights of citizenship were replaced upon the acquisition of new rights of citizenship in another municipality.

An interesting characteristic of the rights of citizenship was that they did not necessarily exist at the place of habitual residence. The ways of acquisition were rather similar to the methods of gaining nationality.[42] The Italian expression of *pertinenza* clearly indicates that, as it involves the relationship with and the belonging to a municipality. Thus persons had a legal relationship with and belonged to a municipality in addition to their nationality whih, in turn, expressed their relationship with and bonds to a state.

The nature and the content of the rights of citizenship can be deduced from the domestic regulations of states concerned as in force at the time of state succession. Hence it seems useful to identify the specific rules as well as their differences in the relevant Austrian and Hungarian acts.

---

[32] Gesetz vom 5. März 1862, wirksam für die Königreiche Böhmen, Dalmatien, Galizien, und Lodomerien mit dem Herzogthümern Auschwitz und Zator und dem Großherzogthume Krakau, für die Erzherzogthümer Oesterreich unter und ob der Enns, für die Herzogthümer Ober- und Nieder-Schlesien, Steiermark, Kärnthen und Krain, Salzburg und Bukowina, für die Markgrasschaft Mähren, für die gefürstete Grasschaft Tirol und das Land Vorarlberg, für die gefürstete Grasschaft Görz und Gradisca, für die Markgrasschaft Istrien und die Stadt Triest mit ihrem Gebiete, womit die grundsätzlichen Bestimmungen zur Regelung des Gemeindewesens vorgezeichnet werden. Reichs-Gesetz-Blatt für das Kaiserthum Österreich, 1862, Nr. 18.

[33] Gesetz vom 3. Dezember 1863, betreffend die Regelung der Heimatsverhältnisse. Wirksam für Böhmen, Damiatien, Galizien mit Krakau, Oesterreich unter und ob der Enns, Salzburg, Steiermark, Kärnthen, Krain und die Bukowina, Mähren, Schlesien, Tirol, Vorarlberg, Görz und Gradiska, Istrien und die Stadt Triest mit ihrem Gebiete. Reichs-Gesetz-Blatt für das Kaiserthum Österreich, 1863, Nr. 105. For more see KERBUSCH, V., Das Staatsangehörigkeitsrecht in der Österreich – Ungarischen Doppelmonarchie (Citizenship in the Austro-Hungarian Monarchy). *Journal on European History of Law*, 2013/2. 45.

[34] Gesetz vom 5. Dezember 1896, wodurch einige Bestimmungen des Gesetzes vom 3. Dezember 1863 (R.G.BI. Nr. 105) betreffend die Regelung der Heimatverhältnisse, abgeändert werden. Reichsgesetzblatt für die im Reichsrath vertretenen Königreiche und Länder, 1896, Nr. 222.

[35] Act No. XVIII of 1871 on the regulation of the municipalities, § 6–19.

[36] Act No. V of 1876 on the amendment and supplement of Act. No. XVIII of 1871, § 1-15.

[37] Act No. XXII of 1886 on municipalities, § 5–18.

[38] Act No. LXI of 1948 on the termination of the rights of citizenship.

[39] Two minority treaties mention habitual residence and rights of citizenship, as alternatives, in addition to nationality: „[…] nationals habitually resident or possessing rights of citizenship (pertinenza, Heimatsrecht) as the case may be at the date of the coming into force of the present Treaty in territory which […].” Here nationality appeared due to the use of habitual residence as an alternative basis. Treaty between the Principal Allied and Associated Powers (the British Empire, France, Italy, Japan and the United States), and Czechoslovakia, St. Germain-en-Laye, 10 September 1919. Article 3.; Treaty between the Principal Allied and Associated Powers (the British Empire, France, Italy, Japan and the United States), and the Serb-Croat-Slovene State, St. Germain-en-Laye, 10 September 1919. Article 3. See SZALAYNÉ, S. E., *A kisebbségvédelem nemzetközi jogi intézményrendszere a 20. században* [The International Legal Institutional System of the Protection of Minorities in the 20st Century]. Budapest, 2003, p. 89, 101.
A bilateral treaty stated that the applicable criterion for austrian minorities on czech-slovak territorities is not the habitual residence but the rights of citizenship. Treaty between the Austrian Republic and the Czecho-Slovak Republic with Regard to Citizenship and to the Protection of Minorities, Brünn, 7 June 1920. Article 4.

[40] KROMBACH, p. 22.

[41] Act No. XXII of 1886, § 15.; Judgement No. 1080/1935 K. sz. of the Administrative Court, cited by BRÓDY, A. – BÁN, K., *Állampolgárság és illetőség. A Magyarországon érvényben lévő jogszabályok összefoglaló ismertetése, különös tekintettel a belügyminisztérium és a közigazgatási bíróság legújabb gyakorlatára* [Citizenship and Rights of Citizenship. A Summarized Review of the Laws in Force in Hungary with Special Regard to the Recent Practice of the Ministry of Interior and of the Administrative Court]. Budapest, 1938, p. 52.; Gesetz vom 5. December 1896, Artikel I. § 5. At that time, a foreigner could acquire rights of citizenship simultaneously with the acqusition of nationality. Interestingly enough, according to the first Hungarian regulation of the rights of citizenship, foreigners who had continuously lived in the country for two years, had paid their taxes and were not subjects of any other state, could belong to the bond of a municipality. Act No. XVIII of 1871, § 19. The Act No. V of 1876 merely envisaged the acquisition of rights of citizenship before the acquisition of Hungarian nationality. Act No. V of 1876, § 11. The Act No. L of 1879 required for the acquisition of Hungarian nationality by a foreigner that „he or she is admitted to the bond of a municipality or his or her admittance is envisaged by a municipality”. Act No. L of 1879 on the acquisition and loss of Hungarian citizenship, § 8 2). The first part of the requirement referred to persons who were admitted to the bond of a municipality between 1871 and 1876, as it was not possible after 1876.

[42] KROMBACH, p. 22.

The rights of citizenship of children acquired by birth and of women acquired upon marriage were essentially identical in the Austrian and in the Hungarian territories. The rights of citizenship of children were based on descendance, and as such, the rights of citizenship of legitimate or legitimized children followed the rights of citizenship of the father, and the rights of cizitenship of illegitimate children followed the rights of citizenship of the mother. Only the Hungarian regulation provided for cases of adoption: here the decisive factor was the adoptive parent's rights of citizenship. The Austrian Act only stated that the takeover of a child or his or her nurture did not affect the rights of citizenship, but it did not explicitly mention adoption.[43]

The two Acts were similar in terms of the status of women: a married woman acquired her husband's rights of citizenship upon marriage.[44] At the same time, these two Acts had many differences. A widow could retain her husband's rights of citizenship according to both Acts, but the Hungarian regulation added a restriction: "as long as she does not acquire other rights of citizenship on her own right". Another difference was that after a divorce, an Austrian woman retained her husband's rights of citizenship, unlike a Hungarian woman who regained her previous rights of citizenship, except when she was a foreigner and acquired her rights of citizenship upon marriage.[45] As a divorce did not ential a loss of Hungarian nationality gained upon marriage,[46] a foreign woman retained her rights of citizenship acquired upon marriage as a Hungarian national. A woman who lost her Hungarian nationality upon marriage to a foreigner[47] regained her Hungarian nationality,[48] and her previous rights of citizenship[49] upon her divorce. The Austrian Act regulated neither the rights of citizenship of foreign women nor of women who acquired a foreign nationality. The previous rights of citizenship could be regained only in one case: after the invalidation of marriage.[50] The essential difference between the two systems was that the rights of citizenship of the woman were more closely linked to her husband's rights of citizenship in the Austrian regulation. For example, a woman whose husband disappeared during the war and had rights of citizenship in Czechoslovakia could not exercise the right of option without her husband to reacquire the Austrian nationality, as the court pointed out that they had not divorced.[51]

The Austrian Act explicitly mentioned court and state officials, regional representatives, budget controllers, civil servants, secular and church teachers who acquired the rights of citizenship in the municipality of their office upon coming into office.[52] The Hungarian Act did not include this group of persons, so the principles of acquisition of their rights of citizenship were developed by judicial practice. A further difference as compared to the Austrian regulation was that state officials could not request the recognition of their rights of citizenship by virtue of their office,[53] since they served the state rather than the municipality. The rights of citizenship of the place of the office could be only acquired by persons with an obvious link to the municipality:[54] secular and church teachers, volunteer firemen, priests, swineherds, night-watchmen, and street sweapers of the municipalities.[55]

The main difference between the two regulations which caused serious problems in the event of state succession was the acquisition of the rights of citizenship by persons on their own right, by settling and residence. According to the Austrian regulation, the rights of citizenship could only be established by the explicit admittance (*durch ausdrückliche Aufnahme*) to the bond of the municipality.[56] The wording of the Hungarian Act was less unequivocal: "The rights of citizenship can be acquired by settling or, in absence of settling, by an explicit admittance by the municipality".[57] The Hungarian Act in its § 10 obviously provided for automatic acquisition: a person "*shall be regarded* as belonging to the municipality and as leaving his or her bond to the previous municipality, even in case he or she has not declared his or her intention of settling".[58] While persons could only acquire the rights of citizenship by settling upon a request and an explicit admittance by the municipality in Austrian territory, the rights of citizenship could automatically[59] change under certain circumstances in Hungarian territory.

[43] Gesetz vom 3. Dezember 1863, § 6.; Act No. XXII of 1886, § 6.
[44] Gesetz vom 3. Dezember 1863, § 7.; Act No. XXII of 1886, § 7.
[45] After the Peace Treaty of Trianon this provision was applied by way of analogy to a case where a woman, who was born in a transferred territory, acquired the rights of citizenship of Budapest as a result of her marriage in 1918, but divorced in 1925. In this case she could retain her Hungarian nationality and her rights of citizenship of Budapest, because if she had reacquired her previous rights of citizenship, she would have become a foreigner or a stateless person. See CZEBE, p. 63.
[46] Act No. L of 1879, § 35.
[47] Act No. L of 1879, § 34.
[48] Act No. L of 1879, § 37.
[49] Act No. XXII of 1886, § 7.
[50] Gesetz vom 3. Dezember 1863, § 11.
[51] Kugler v. (Austrian) Federal Ministry for the Interior, Austria, Administrative Court (Vervaltungsgerichtshof), Vienna. 29 September 1921. (No. 12.891 A.). Annual Digest of Public International Law Cases. Vol. 1. 1919-1922. Case No. 153., p. 220–221.
[52] Gesetz vom 5. December 1896, Artikel I. § 10.
[53] Judgement No. 7796/1910 K. sz. of the Administrative Court, cited by BRÓDY – BÁN, p. 61.
[54] BRÓDY – BÁN, p. 61.
[55] Judgements Nos. 2951/1910, 5879/1915, 1702/1907, 1171/1907, 6/1905, 3106/1935 K. sz. of the Administrative Court, cited by BRÓDY – BÁN, p. 61.
[56] Gesetz vom 5. December 1896, Artikel I. § 1.
[57] Act. No. XXII of 1886, § 8.
[58] Act No. XXII of 1886, § 10. [Emphasis added: M. G.]
[59] For a similar opinion, see NAPIER, p. 9.; GRAUPNER, p. 33. For more details, see Népies Irodalmi Társaság, *Magyar-román békeszerződés magyarázata* [The Commentary of the Hungarian-Romanian Peace Treaty]. Budapest, 1921, p. 12.

The acquisition of the rights of citizenship could be requested at any time after settling in the municipality in both states, irrespective of the duration of residence. Nevertheless, the municipality did not have a right of discretion after a certain period of time in Hungary. According to the Hungarian Act, a four year-long[60] continuous residence and the payment of tax were needed for an automatic acquisition of the rights of citizenship.[61] In line with Hungarian judicial practice, it was sufficient to only pay tax once[62] to meet the requirement of tax payment, and it could even have been performed in kind.[63] Besides, the amount collected by taxation of consumption qualified as a public burden.[64]

The features of the two regulations reveals that the Hungarian system was automatic, while a request was necessary for the acquisition of the rights of citizenship in Austria. The automatic nature of acquisition is also shown by the Hungarian rule which allowed the municipality to resort to *rejection* during the said four years.[65] In contrast, the Austrian Act contained cases where the municipality *could not deny* the granting of the rights of citizenship, showing that here a request was indeed necessary. The request could be submitted in Austrian territory by the person concerned, by his or her successors and by the municipality of his or her previous rights of citizenship.[66] Unlike in Hungary, here a ten year-long continuous residence and, as an additional criterion, a residence of his or her own will was required. This latter requirement was significant, as the period of ten years only began at the time when a person resided in the municipality of his or her own will, while the period of previous residence in the municipality had to be disregarded if a person had left the municipality of his or her own will.[67] Similarly to the Hungarian regulation, the "burdening" of the municipality[68] could serve as a reason for the municipality to reject a request for rights of citizenship.

In sum, it can be stated that a person could request the change of his or her rights of citizenship upon moving to another municipality under both regulations. However, if such a request was not submitted, the rights of citizenship automatically changed by virtue of four years of continuous residence and the payment of tax – save for a few exceptions – in Hungarian territory. In contrast, the change always had to be requested in Austrian territory, and could not be rejected by the municipality if a person had been continuously residing there for ten years, except when he or she was deemed a "burden" for the municipality because of his or her need for relief.

The list in the Hungarian Act reveals the nature of the rights of citizenship and their differences from the criterion of residence which was applicable when the rights of citizenship could not be determined in accordance with the aforementioned rules. If the rights of citizenship of a person were uncertain, they had to be determined by considering first (1) the place of tax payment, then (2) the place of birth, (3) the place of the longest residence of the last five years, (4) the place of finding of foundlings, and finally, (5) the place from where he was conscripted into the army or the place from where he voluntarily joined the army.[69]

4. Conclusion: Problems arising from the differences between the relevant domestic legal regulations

The rights of citizenship in the aforementioned cases of state succession mostly served as a basis of the loss of nationality of the predecessor state, of the acquisition of nationality of the successor state, and also of the right of option. The Acts set forth that everyone had to have rights of citizenship, but it was not always realized. Some persons did not possess rights of citizenship, some could not prove their rights of citizenship by presenting the required documents, and the place of the rights of citizenship of some were debated.

Debates between two or more municipalities concerning the rights of citizenship posed a particularly serious problem if these municipalities happened to be in different states after the transfer of territories. Since the municipalities were not necessarily interested in maintaining that a person belongs to them, the situation could become even worse. It was not easy to achieve the recognition of the rights of citizenship in the municipality. It was particularly difficult for persons belonging to minorities in the states concerned. Their documents were

---

[60] The rule of four years was introduced by § 6 of the Act No. V of 1876. Paragraph a) of § 10 of Act No. XVIII of 1871 only contained two years.

[61] Act No. XXII of 1886, § 10; exception: if in the municipality from where he or she moved in, he or she continuously provided contribution to the municipality, or if without such a contribution, he or she intended to maintain her previous rights of citizenship in the municipality with the consent of that same municipality.

[62] Judgements Nos. 999/1924, 1676/1922, 4285/1926 K. sz. of the Administrative Court, cited by CZEBE, p. 35.; and BRÓDY – BÁN, p. 60.

[63] Judgement No. 3268/1910 K. sz. of the Administrative Court, cited by PONGRÁCZ, Jenő, *Magyar állampolgárság és községi illetőség. Törvények, rendeletek, elvi határozatok, díjak és illetékek, magyarázat, iratminták* [The Hungarian Citizenship and the Rights of Citizenship. Acts, Decrees, Decisions on Principal Issues, Fees and Duties, Commentary, Sample Documents], Budapest, 1938, p. 64.

[64] Népies Irodalmi Társaság, p. 12.

[65] According to § 9, the reasons for refusal were as follows:
a) if it is proved that a person is charged by a final decision with a felony or a misdemeanor committed for financial advantage, or he or she has been convincted of a felony or a similar misdemeanor;
b) if a person cannot sustain himself or herself without burdening the municipality;
c) if a person cannot present an adequate certificate of good conduct from his or her last place of permanent residence.
For an interpretation, see BRÓDY – BÁN, p. 53.

[66] Gesetz vom 5. Dezember 1896, Artikel I. § 3.

[67] Gesetz vom 5. Dezember 1896, Artikel I. § 2.

[68] Previous regulations also included the „burdening" of the municipality as an exception. The rationale of this rule was to enable the municipality not to admit persons who could not maintain themselves and needed the assistance of the municipality. See Kaiserliches Patent vom 24. April 1859, § 39 (3).; Gesetz vom 5. März 1862, Artikel III.; Act No. XVIII of 1871, § 12.; Act No. V of 1876, § 5.

[69] Act No. XXII of 1886, § 16.

thoroughly examined even if they possessed all the necessary certificates, with special attention payed to those who were about to become pensioners, or whose admittance created financial obligation for the municipality.[70] The same held true for persons who resided elsewhere. In these cases the municipalities were often reluctant to stand up for such persons, even if it could be proved that their rights of citizenship were in the municipality.[71]

Disputes concerning the rights of citizenship relating to municipalities that remained in Austrian and Hungarian territories were resolved by the Austrian and the Hungarian Supreme Administrative Court. Disputes concerning municipalities in the transferred territories were decided by the courts of the states concerned.[72] In Hungary, the final decision in the question whether the rights of citizenship of a person were in a transferred territory, and whether a person had lost his or her Hungarian nationality was made by the Minister of Interior by virtue of Act No. XVII of 1922.[73] Order No. 167.335/1922 of the Minister of Interior accordingly pointed out that the decision whether the rights of citizenship of a person existed on the day of entry into force of the Peace Treaty of Trianon had to be within the competence of the Hungarian state, even if the municipalty was in a transferred territory, under the sovereignty of another state.[74] Certainly, this only had relevance to the loss or the reacquisition of Hungarian nationality, and the decision of the Minister of Interior could not influence the acquisition of the nationality of another state.

It caused difficulties that the successor states did not always understand the rights of citizenship similarly to the relevant regulation of the predecessor state, and bilateral treaties which could solve this problem were seldom concluded.[75] All this originated from the previously surveyed differences of the relevant domestic regulations. The automatic change of the rights of citizenship in the Hungarian system and the requirement of a request for the rights of citizenship in the Austrian regulation caused numerous problems.

First, the automatic change of rights of citizenship was not necessary recognized by the successor states in a manner similar to the Hungarian regulation. For example, in Czechoslovakia two judgments interpreted the rights of citizenship in transferred territories in stark contrast with both the Hungarian regulation and judicial practice. As has been mentioned, according to the Hungarian regulation, the rights of citizenship could be automatically acquired after four years of residence, and it was sufficient to pay tax only once during that period. One of these judgments stated in 1921 that the rights of citizenship came into existence on condition that the contributions provided to the municipality had been continuous during the period of four years.[76]

The other judgment, which was delivered in 1923, pronounced that an explicit declaration on the admittance of a person by a municipality was also necessary in addition to residence and continuous contributions.[77] This judgment appears to have interpreted the previous nature of the Hungarian rights of citizenship in a rather peculiar manner which ran counter to the technique of automatic acquisition. A number of persons were not able to meet this requirement due to the previous practice of automatic acquisition. The judgment may have been influenced by the comparable Austrian regulation. It is also assumed that there may have been other considerations in the background;[78] namely, to prevent certain groups of persons from acquiring nationality of the successor state.

The automatic creation of the rights of citizenship also entailed that records were not always kept as up-to-date in the old Hungarian municipalities as in Austria. Due to the deficiencies of these records, there were persons who theoretically possessed rights of citizenship, but could not prove it.

Differences between the relevant domestic regulations also entailed that Hungarian public officials living in the transferred territories did not enjoy the protection that was afforded to their Austrian counterparts, as they could not acquire rights of citizenship in the municipality where they fulfilled their official duties. Hungarian public officials who found themselves in a neighbouring state as a result of territorial changes were not protected by the law, and were put at the mercy of the successor states where they lived and served.[79]

Hence the peace treaties used a criterion as a basis of the acquisition of nationality and of the exercise of the right of option which could not be unequivocally determined in relation to a number of persons. This primarily originated from the differences of the previous domestic regulations. The international regulation carried a further problem: persons who acquired rights of citizenship after 1 January 1910 or 24 May 1915 in territories that later became part of the Czecho-Slovak State and the Serb-Croat-Slovene State or Italy needed a permit of the successor state for the acquisition of nationality. If the

[70] NAPIER, p. 2.
[71] MOLONY, p. 165.
[72] GRAUPNER, p. 33.
[73] Act No. XVII of 1922 on covering of public burdens and expenditures of the state in first six months of the fiscal year 1922/23, § 24.
[74] Circular Decree No. 167.335/1922 B. M. sz. of Hungarian Royal Minister of Interior, cited by CZEBE, p. 38–39.
[75] See e.g. the treaty of Brünn between Austria and Czecho-Slovakia and the potocol concerning its more detailed regulation. Treaty between the Austrian Republic and the Czecho-Slovak Republic with Regard to Citizenship and to the Protection of Minorities, Brünn, 7 June 1920.; Protocol Concerning the More Detailed Regulation of Certain Questions Dealt with in the Convention of Brünn of June 7 1920. Carlsbad, 23 August 1920. See VICHNIAC, p. 158–160.
[76] Rights of Citizenship (Establishment of Czechoslovak Nationality) Case, Czechoslovakia, Supreme Administrative Court (No. 16.748.), 15 December 1921. Annual Digest of Public International Law Cases. Vol. 1. 1919–1922. Case No. 6. 17. ; NAPIER, p. 9.
[77] Supreme Administrative Court of Czechoslovakia, Decision of 6 December 1923. Cited by WATSON, Seton, *Slovakia, Then and Now. A Political Survey*, London – Prague, 1931, p. 56.; NAPIER, p. 9; CZEBE, p. 62.
[78] WATSON, p. 56.; NAPIER, p. 10.
[79] MOLONY, p. 164–165.

permit was not requested or was refused, persons acquired the nationality of the state in which they had rights of citizenship before that time. However, if the previous rights of citizenship could not be determined or proved, which could easily happen due to the passing of time, the persons concerned became stateless.

For these reasons, a number of persons did not possess or could not prove the rights of citizenship at the time of the entry into force of the peace treaties. The peculiar interpretation of the conditions of the rights of citizenship by certain courts caused that tens of thousands of Hungarian nationals became stateless, and their number was still around twenty or thirty thousand in 1926,[80] the preferential naturalization in Czechoslovakia and the renaturalization in Hungary notwithstanding.

The significance of the rights of citizenship, this historical requirement of nationality, cannot be disputed for Austria and Hungary. Its examination convincingly demonstrates that it is not enough in international law to simply determine the general requirements for the acquisition and loss of nationality in the event of state succession. Only a precise definition of requirements can prevent intentional or unintentional misinterpreations and the ensuing serious problems. Following the First World War, supplementary criteria should have been formulated in order to facilitate the acquisition of nationality of successor states by persons who did not possess rights of citizenship. Indeed such a supplementary criterion, in the form of an address or a residence[81] in the given part of the town, proved to be indispensable in the case of municipalities divided by state succession.[82]

[80] WATSON, p. 57.
[81] KROMBACH, p. 22.
[82] See note 19.

Zoltán Magyarys Rolle in der dogmatischen und praktischen Begründung der ungarischen sozialen Verwaltung zwischen den beiden Weltkriegen

(The Role of Magyary Zoltán in Laying the Dogmatical and Practical Foundations of Hungarian Social Administration between the Two World Wars)

Janka Teodóra Nagy *

Abstract

The present study focuses primarily on the interpretation of the idea of social administration by Magyary Zoltán among his many crucial contributions to laying the gomatical and practical grounds for Hungarian social administration. Already in his lectures and studies in the 1930 s he had defined and later redefined, refined and enhanced the term of social administration. His analyses, dogmatical founding and definitions were reinforced by a complex perspective on a wide range of social sciences. As the founder of a modern synthesis of the science of administration in Hungary, he has also played an important role in reforming social administration that had become more and more important in public policy. He has enhanced the theory of administration with practical experiences of social administration and with the results of novel research on the subject.

Keywords: *Zoltán Magyary; administration; history of administration; social administration; productive social policy.*

Einführung

Zoltán Magyary stammte aus einer Soldatenfamilie, er machte das Abitur am Budapester Piaristengymnasium, er hat das Diplom in Staatswissenschaften an der Fakultät für Rechts- und Staatswissenschaften der Péter-Pázmány-Universität erworben (1910), später hat er dort zum Doktor der Rechtswissenschaften promoviert (1912). Er arbeitete als Verwaltungsjurist im Ministerium für Religion und öffentliche Bildung (1910-1930), von 1925 war er dort Leiter der wissenschaftspolitischen Abteilung. Zwei Jahre später wurde sein Arbeitsbereich um die Leitung des Hochschulwesens ergänzt und zum Ende der zwanziger Jahre wurde er zu einer die moderne ungarische Wissenschaftspolitik bestimmenden Persönlichkeit in dem von Kuno Klebelsberg geführten Ministerium (1922-1931). Er war Lehrbeauftragter der Wissenschaftsuniversität Budapest (1918-1919), von 1930 war er der den Lehrstuhl für öffentliches Recht und Verwaltungsrecht leitende Universitätsprofessor, im Studienjahr 1937/1938 war er der Dekan. Er nahm auch die Aufgaben des Regierungsbeauftragten für Verwaltung wahr (1931-1932) und er wurde der Gründungsdirektor des die Gesamtuntersuchung der rechtlichen, organisatorischen und gesellschaftlichen Aspekte als Ziel formulierenden Instituts für Ungarische Verwaltungswissenschaft (1931). Mit seinem Lehrstuhl beteiligte er sich von 1938 an der Arbeit des von Pál Teleki, Minister für Religion und öffentliche Bildung errichteten Zentrums für Land- und Volksforschung.[1]

1. Die sozialpolitische Grundlage der komplexen Interpretierung der sozialen Verwaltung: die produktive Sozialpolitik

Der Begriff der sozialen Verwaltung ist von der staatlich organisierten Sozialpolitik nicht zu trennen,[2] deren Voraussetzungen die im Laufe der nach den bürgerlichen und industriellen

* Dr. Janka Teodóra Nagy, PhD, Hochschulprofessorin, Universität von Pécs, Hungary.

1 Zur Beurteilung des Lebenslaufs und des Gesamtwerks von Zoltán Magyary (Tata, 10. 06. 1888 – Héreg, 24. 03. 1945): Lőrincz, Lajos, Magyary Zoltán helye a magyar közigazgatás-tudományban. In: Államszerep válság idején. Magyary Zoltán emlékkötet [Lajos Lőrincz, Die Stelle von Zoltán Magyary in der ungarischen Verwaltungswissenschaft. In: Die Rolle des Staats zur Zeit der Krise. Erinnerungsband Zoltán Magyary]. (Hrsg.: Gellén, Márton – Hosszú, Hortenzia). Complex, Budapest 2010. S. 39–45.; Máthé, Gábor, Magyar Közigazgatástudományi Intézet 1931–1945. In: A közigazgatás tudományos vizsgálata egykor és ma. 80 éve jött létre a budapesti jogi karon a Magyar Közigazgatástudományi Intézet. Gondolat, Budapest 2011. S. 46–55.; [Gábor Máthé, Institut für ungarische Verwaltungswissenschaft 1931-1945. In: Die wissenschaftliche Untersuchung der Verwaltung einst und jetzt]. A közigazgatás fejlesztése és szervezése. Válogatás Magyary Zoltán professzor közigazgatás-tudományi iskolájának szellemi hagyatékából (Hrsg.: Csuth, Sándor-Gáspár, Mátyás). Magyar Tudományos Akadémia Államtudományi Kutatások Programirodája, Budapest 1988. S. 455; [Die Entwicklung und Organisierung der Verwaltung. Auswahl aus dem geistigen Nachlass der Schule für Verwaltungswissenschaft des Professors Zoltán Magyary]. Magyary, Zoltán, „A tudományos versenyben megállás nincs." Válogatott tanulmányok (Hrsg.: Mezey, Barna). Gondolat, Budapest 2011.; [Im wissenschaftlichen Wettbewerb gibt es keinen Stillstand" Koi, Gyula, Magyary Zoltán életműve – A Magyary kritikai kiadás metodológiai háttere. Pro Publico Bono: Magyar Közigazgatás. A Nemzeti Közszolgálati Egyetem Közigazgatás-tudományi szakmai folyóirata 2015 (3). Nr. 2. S. 123–139. [Gyula Koi, Das Lebenswerk von Zoltán Magyary – der methodologische Hintergrund der kritischen Ausgabe von Magyary].

2 Hoffman, István, Szociális igazgatás [István Hoffman, Soziale Verwaltung]. In: Közigazgatási jog. Fejezetek szakigazgatásaink köréből. III. kötet. Humán közszolgáltatások igazgatása [Verwaltungsrecht. Kapitel aus dem Bereich unserer Fachverwaltungen] (Hrsg.: Lapsánszky, András). Complex, Budapest 2013. S. 225–275.; Fazekas, Marianna, A szociális igazgatás. Közigazgatási jog. Különös rész (Hrsg.: Fazekas, Marianna). Osiris Kiadó, Budapest 2011. S. 218–248.; Lehoczkyné Kollonay, Csilla, Szociális jog. Elektronikus jegyzet az ELTE ÁJK hallgatói számára. Budapest 2012.; Kóbor Gyula, Szociális igazgatás. In: Közigazgatási jog. Különös rész I. (Hrsg.: Bencsik András). PTE Dialóg Campus, Pécs 2014. S. 125–145.

Revolutionen eintretenden wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Änderungen, das heißt im Laufe der Modernisierung der 19.-20. Jahrhunderte geschaffen worden sind. In dem Prozess, der in den präkapitalistischen Gesellschaften das traditionelle Fürsorgenetz (z. B. Dorfgemeinschaft, Kirchenkonfession, Zunft) der Familien und territorialen, Religions- und Fachgemeinschaften beseitigte, und dann versuchte es an die grundlegend geänderten wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Ansprüchen gerichtet neu zu organisieren, ist das Erscheinen der staatlichen Rollenübernahme ein wichtiger Meilenstein auf dem Gebiet sowohl der Sozialversicherung (Arbeiterschutz) als auch der Armenpolitik. Das erschien ähnlich den europäischen Ländern vom letzten Drittel des 19. Jahrhunderts auch in der ungarischen Sozialpolitik in erster Linie in der rechtlichen Regelung und in der Eigenschaft der äußeren Rollenübernahme des Staates.[3] Die komplizierten wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Konflikte der dem ersten Weltkrieg und dem Freidensabschluss folgenden Jahrzehnte machten jedoch eine kraftvollere, mehr unmittelbare staatliche Fürsorge über den Schutz des Individuums und der Familie, die Erweiterung der Übernahme der staatlichen Verpflichtungen (z. B. das Erscheinen von neuen Versorgungsformen, die Erweiterung des Bereiches der in die Versorgung Einbezogenen).[4]

Die Behandlung der Folgen der Weltwirtschaftskrise von 1929/1933 wünschte global einen neuen Ansatz und sozialpoltische Praxis, die die Notwendigkeit und das Maß der staatlichen Rollenübernahme weiter verstärkte und neu dachte. Es ist wahr, dass der Begriff des Wohlfahrtsstaats (*welfare state, Wohlfahrtsstaat, Sozialstaat)* erst von den 1940er Jahren ab – und entscheidend in Bezug auf die zweite Hälfte des 20. Jahrhunderts – im Fall der eine Verpflichtung zur Gewährleistung gewisser Grundversorgungen den Staatsbürgern übernehmenden Staaten allgemein angenommen wurde, aber die ihm zugrunde liegende sozialpolitische Praxis hat sich nach der wirtschaftlichen, gesellschaftlichen und politischen Lage richtend in Europa schon in den Jahrzehnten zwischen den zwei Weltkriegen herausgebildet.[5]

In Ungarn können wir seit den 1920er Jahren über die nach dem Muster von Bismarck ausgebaute „formative Periode" des modernen Wohlfahrtsstaats sprechen,[6] deren auch angesichts unserer Studie bestimmende Phase die bis zum Ende des Zweiten Weltkriegs dauernden Jahre (1938-1945) bedeuteten.[7] Die zwischen 1945-1950 eingetretenen radikalen wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Änderungen haben schon an und für sich die Möglichkeit der Fortsetzung in Frage gestellt, von den fünfziger Jahren wurde ein sich auf völlig neuen Grundlagen organisierendes staatliches Fürsorgesystem vom sowjetischen Typ ausschließlich.[8]

Der Ausbau des Wohlfahrtsstaats, wie das auch von internationalen Beispielen gezeigt wird, konnte abweichenden Ideenströmungen zugrunde liegen. Die Periode zwischen den beiden Weltkriegen des ungarischen Wohlfahrtsstaats gehörte zu einem sich aus verschiedenen Traditionen der Ideengeschichte und der politischen Philosophie bauenden konservativen/korporativen Typ,[9] in dem die Einmischung des Staates, die aktive demographische und Familienpolitik, die Entwicklung der Sozalversicherung und die Betonung der moralischen, erzieherischen Funktion der Sozialipolitik bis zur zweiten Hälfte der 1930er Jahre allgemein angenommen wurden. Bis zum Ende der 1930er Jahre, bis zum Anfang der 1940er Jahre hat der europäische wirtschaftliche Aufschwung, die früheren Reformversuche, die ausländischen Muster, die Vorbereitung zum Krieg auch in Ungarn die Chancen eines mit einer völligeren, verbindlichen Sozialversicherung und mit der produktiven Sozialpolitik garantierten Wohlfahrtsmodells geschaffen.

In Ungarn bedeutete die von Ottokár Prohászka, Sándor Giesswein und Béla Kovrig vertretene christlich-nationale Idee

---

[3] Mit dem Thema beschäftigt sich ausführlich: Ferge, Zsuzsa, Társadalompolitikai tanulmányok [Gesellschaftspolitische Studien]. Gondolat Kiadó, Budapest 1980.; Krémer, Balázs, Bevezetés a szociálpolitikába [Einführung in die Sozialpolitik]. Napvilág Kiadó, Budapest 2009.; Egresi, Katalin, Szociálpolitika Magyarországon, Nézetek, programok és törvények [Sozialpolitik in Ungarn, Anschauungen, Programme und Gesetze]. (1919–1939). Napvilág Kiadó, Budapest 2008.; Gyáni, Gábor – Kövér, György, Magyarország társadalomtörténete a reformkortól a második világháborúig [Geschichte der Gesellschaft von Ungarn von der Reformepoche bis zum Zweiten Weltkrieg]. Osiris, Budapest 2006.; Gyáni, Gábor, A szociálpolitika múltja Magyarországon [Die Vergangenheit der Sozialpolitik in Ungarn]. Akadémiai Kiadó, Budapest 1994.; Pálos, Károly, Szegénység, szegénygondozás [Armut, Armenpflege], Marineum, Szombathely 1934.; Gaál, Ibolya, A szegényügy- és felnőttvédelmi politika története Szabolcs-Szatmár megyében [Geschichte der Politik des Armenwesens und des Erwachsenenschutzes im Komitat Szabolcs-Szatmár]. (1867–1989) I–II. A Szabolcs-Szatmár-Bereg Megyei Önkormányzat Levéltárának Kiadványai III. Tanulmányok 5. Nyíregyháza 1997.

[4] Cora, Zoltán, Kovrig Béla és a produktív szociálpolitika Magyarországon [Béla Kovrig und die produktive Sozialpolitik in Ungarn]. In: Így kutattunk mi! Tanulmánykötet III. A Nemzeti Kiválóság Országos Program ösztöndíjasainak tanulmányaiból [The Way We Did Our Research: Selected Studies by the Fellows of the National Excellence Program, vol. 3]. Közigazgatási és Igazságügyi Hivatal, Budapest 2014. S. 57–66; Hoffman, István, Szociális igazgatás. In: Közigazgatási jog III. (Hrsg.: Lapsánszki, András). CompLex, Budapest 2013. S. 230–231.; Fazekas: zit. Werk S. 218-220; Tomka, Béla, A jóléti állam Magyarországon és Európában a 20. században [Der Wohlfahrtsstaat in Ungarn und in Europa im 20. Jahrhundert]. Corvina, Budapest 2008.

[5] Die Interpretierung des Begriffs des modernen Wohlfahrtsstaats ist äußerst abwechslungsreich. Im engeren Sinn werden darunter im Grunde genommen die Leistungen der Sozialversicherung, im weiteren Sinn die den Wohlstand der Staatsbürger von einer bestimmten Ebene gewährleistende völlige sozialpolitische Tätigkeit verstanden, zu der auch die sozialen und Naturalleistungen neben den finanziellen Leistungen gehören. Tomka, Béla, Európa társadalomtörténete a 20. században [Béla Tomka, Gesellschaftsgeschichte von Europa im 20. Jahrhundert]. Osiris Kiadó, Budapest 2009. S. 135; Ritter, Gerhad: Der Sozialstaat. Entstehung und Entwicklung im internationalen Vergleich. Oldenbourg Verlag, München 1991.

[6] Cora, Kovrig, Béla… S. 61; Kovrig, Béla, Szociálpolitika és szociális reform [Sozialpolitik und soziale Reform]. Katolikus Szemle 1934 (48). Nr. 1. S, 22.

[7] Cora, Zoltán, A szociálpolitika válaszútjai Magyarországon: a mintakövetés lehetőségei és kényszerei [Scheidewege der Sozialpolitik in Ungarn: Möglichkeiten und Zwänge der Verfolgung nach den Mustern (1938–1950). Doktori Értekezés. Szegedi Tudományegyetem, Szeged 2011.

[8] Cora, Die Sozialpolitik… S. 24; Das Bild nuancierend wünschen wir in unserer Studie im Zusammenhang mit der sozialpolitischen Tätigkeit von Andor Csizmadia darauf aufmerksam zu machen, dass eine gewisse Kontinuität im Fall der vor dem Krieg ausgearbeiteten Reformkonzeptionen, praktischen sozialpolitischen Lösungen und der Periode des Sozialismus beziehungsweise der sozialpolitischen Vorstellungen der der Wende von 1989 vorangehenden Jahre nachzuweisen sind.

[9] Esping-Andersen Gosta, The three worlds of welfare capitalism. Princeton University Press, Princeton 1990.

die Grundlage der produktiven Sozialpolitik. Der Zweck ihrer neuen „Wohlfahrtsleistungen" war die Ausgestaltung und gesellschaftliche Integration von *„moralisch und physisch gesunden, eine nützliche Arbeit leistenden („produktiven") Individuen"*[10], der am Ende der 1930er Jahre von der Teleki Regierung - von der Revolutionskonzeption der Imrédy-Regierung abweichend - als sog. sozialpolitisches „Evolutionsmodell" nach den neuen aktuellen gesellschaftspolitischen Zielen gerichtet wurde (z. B. neue Nationsstrategie, die Erweiterung der Versicherung, die Bestrebung nach einer Universalität, die Einbeziehung neuer Quellen, die unmittelbare Verbindung des öffentlichen Gesundheitswesens und der Sozialpolitik) und zur Grundlage der institutionalisierten produktiven Sozialpolitik gemachte wurde.[11]

2. Die administrative (verwaltungsmäßige) Annäherung der sozialen Verwaltung

Die Veröffentlichung der Ausgabe von mehr als tausend Seiten mit dem Titel *A mai magyar szociálpolitika* [*Die heutige ungarische Sozialpolitik*] des IV. Verwalltungsweiterbildungskurses mit dem Schauplatz Pécs (1.-31. Marz 1939) widerspiegelt gut jene hervorgehobene gesellschaftliche und fachpolitische Aufmerksamkeit, die den Themenbereich der produktiven Sozialpolitik und der sozialen Verwaltung umgab.[12] Das Vorwort des Studienbandes war die Eröffnungssprache des Ministerpräsidenten Pál Teleki, in der er auf die Wichtigkeit der sozialen Verwaltung, des Gemeinwohls das heißt auf die Wichtigkeit des im Interesse der Menschen geleisteten öffentlichen Dienstes, auf die Verantwortung der Verwaltungsbeamten aufmerksam machte.[13]

Der Programmvortrag des Innenministers Ferenc Keresztes-Fischer bezeichnete schon einen sich nach der neuen Regierungspolitik richtenden Richtungswechsel: er betonte einen gründlicheren als früher, konsequenteren, sich nach den ungarischen Rechtsgewohnheiten besser richtenden Geist der produktiven Sozialpolitik.[14] Im Vortrag des Innenministers konnte es natürlich an den Rufworten der aktuellen Sozialpolitik nicht fehlen: die „Evolutionslösung" der wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Krisen, das heißt die Lösung auf dem Weg der friedlichen Entwicklung, die Betonung der Notwendigkeit der staatlichen Rollenübernahme in erhöhtem Maß, die Erweiterung des Volkschutzes, das Bild der Gesellschaft als einer organischen Organisation, aber es war beachtenswert, dass sich darin auch die im Laufe der kontinuierlichen fachlichen Dialoge ausgestaltete komplexe Interpretierung des Begriffs der sozialen Verwaltung abgezeichnet hat.[15]

Keresztes-Fischer näherte sich aus vier Gesichtspunkten an den oben erwähnten komplexen Begriff der sozialen Verwaltung:

a) V*on der Seite der Sozialpolitik* (aus diesem Gesichtspunkt betonte er den das Ganze der Verwaltung durchdringenden Geist im Laufe der Regelung *des Verhältnisses der Inidviduen zueinander oder des Verhältnisses zwischen dem Individuum und der Gemeinschaft*).[16]

b) *Von der Seite des sozialen Rechts* (in dieser Hinsicht betonte er auf Grund des sich immer verbreitenden Gegenstandes die Selbstständigkeit der sozialen Verwaltung, als des Fachzweigs der Verwaltung, *„deren Inhalt alle diejenigen rechtlichen Bestimmungen bedeuten, die ausschließlich oder überwiegend der dauerhaften Verwirklichung der sozialpolitischen Zwecke dienen"*).[17]

c) *Von der Seite der Organisation* (er hat unter sozialen Verwaltungsorganen diejenigen Fachverwaltungsorgane: *„z. B. Organe der Sozialversicherung"*, weiterhin die Organe der allgemeinen Verwaltung: *„die sozialen Selbstverwaltungen im Rahmen des Sozialstaats"* verstanden, die nach der Zweckmäßigkeit in den durch das soziale Recht bestimmten Angelegenheiten eine Kompetenz hatten, vorzugehen).[18]

d) *Von der Seite der Beamten* (er betonte auch getrennt die Rolle der Fachleute der Sozialverwaltung, des Amtskorps der Sozialverwaltung, damit ein das Ganze der Verwaltung durchdringender sozialer Geist verwirklicht wird, sind solche Fachleute der Verwaltung unentbehrlich, die außer der Fachkenntnisse, der Kenntnis, Maßnahmen zu treffen, des Willens, der Menschenliebe und des guten Benehmes *„durch soziales Pflichtgefühl und Verantwortungsbewusstsein charakterisiert werden,"… „weil der Erfolg oder die Erfolglosigkeit aller sozialen Vorstellungen letzten Endes an der Arbeit der Beamten entschieden wird"*).[19]

---

[10] Kovrig, Béla, A magyar szociálpolitika igaza a liberális és szocialista eszmerendszerek küzdelmében [Das Recht der ungarischen Sozialpolitik im Kampf der liberalen und sozialistischen Ideensysteme]. Munkaügyi Szemle Kiadványa, Budapest 1932.

[11] Es wird die Gesellschafts- und Sozialpolitik der Periode zwischen den beiden Weltkriegen ausführlich analysiert Cora: Die Sozialpolitik…

[12] Die im Kurs vorgetragenen 83 – beinahe alle Zweige der sozialen Verwaltung abdeckenden – Vorträge wurden von Beamten des Ministeriums (18 Personen), von den Munizipien und aus den Komitatsstädten (79 Personen), sowie von anderen Landesorganisationen (3 Personen) gehört. – Die heutige ungarische Sozialpolitik. Vorträge des Verwaltungsweiterbildungskurses vom Jahr 1939 (Hrsg.: Mártonffy, Károly), Budapest 1939.

[13] Teleki, Pál, Előszó. In: A mai magyar szociálpolitika. Az 1939. évi közigazgatási továbbképző tanfolyam előadásai (Hrsg.: Mártonffy, Károly). Budapest 1939. S. 1–4. [Pál Teleki. Vorwort. In: Die heutige ungarische Sozialpolitik. Vorträge des Verwaltungsweiterbildungskurses vom Jahr 1939 (Hrsg.: Károly Mártonffy). Budapest 1939. S. 1-4].

[14] Keresztes-Fischer, Ferenc, Szociális szempontok és feladatok az általános igazgatásban [Soziale Gesichtspunkte und Aufgaben in der allgemeinen Verwaltung]. In: A mai magyar szociálpolitika. Az 1939. évi közigazgatási továbbképző tanfolyam előadásai (Hrsg.: Mártonffy, Károly). Budapest 1939. S. 5–10.

[15] Einzelne Annäherungspunkte sind offensichtlich gemeinsam mit denen von Lajos Esztergár detaillierten. Esztergár, Lajos: A szociális közigazgatás [Soziale Verwaltung]. In: A mai magyar szociálpolitika. Az 1939. évi közigazgatási továbbképző tanfolyam előadásai (Hrsg.: Mártonffy, Károly). Budapest 1939. S. 134–173.

[16] Keresztes-Fischer, zit. Werk S. 6.

[17] Ebendort S. 6.

[18] Ergänzt mit den in den Komitaten seit dem Sommer von 1938 ernannten Berichterstattern des Gemeinwohls, mit den neben dem Obergespan tätigen sozialen Beratern und mit den zu den Gemeindenatren und Kreisnotaren eingeteilten Aushilfsangestellten der Gemeinde. Verordnung des Innenministeriums Nr. 195.000/1938.

[19] Keresztes-Fischer, zit. Werk S. 8.

Einer der Referenten der Themengruppe der *sozialen Charakterzüge der Verwaltungspolitik* war Zoltán Magyary, der das die Auslegungsbereiche der Verwaltung und der Sozialverwaltung bestimmende Beziehungssystem, sowie die Beziehungspunkte zur Modernisierung und zur produktiven Sozialpolitik untersuchte.[20] Magyary beschäftigte sich schon seit einer längeren Zeit mit der Problematik der Modernisierung und Rationalisierung der Verwaltung. Er hat seinen ersten Antrag in Bezug auf die Modernisierung der ungarischen Verwaltung bereits im September 1930 dem Ministerpräsidenten István Bethlen vorgelegt.[21] Er gab einen internationalen Überblick der Theorie der Rationalisierung, und nach einer umfassenden Erhebung über die Anwendung der Rationalisierung in der Wirtschaft und in der staatlichen Sphäre eine ausführliche Entwicklungsdarstellung der ungarischen Verwaltungsgeschichte, schließlich formulierte er das Programm der Rationalisierung der modernen ungarischen Verwaltung. Einerseits sprach er im Allgemeinen über die Rationalisierung der Verwaltung, andererseits analysierte er sie in einzelne Fachverwaltungszweige beziehungsweise in Organe mit Landeskompetenz unterteilt. In seinem Antrag erschien das Verwaltungsverfahren in einem getrennten Kapitel, wie er auch über die Bekanntmachung der Methoden der Rationalisierung und ihrer zu erwartenden Ergebnisse sprach.[22]

Bereits sind in dieser frühen Arbeit Zoltán Magyarys der organische Ansatz und das Streben nach dem Dienst des Gemeinwohls, so z. B. beim Nachweis der Notwendigkeit der Rationalisiereung, zu beobachten. *„Rationalisierung ist Sparsamkeit, Rationalisierung ist Vereinfachung, Rationalisierung ist Modernisierung, Rationalisierung ist Vervollkomnung, aber die Rationalisierung der ungarischen öffentlichen Verwaltung ist die Kritik des guten strukturellen und modernen Niveaus des ungarischen Staates, seine Weiterentwicklung nach einheitlichen Kriterien auf die Weise, so dass es die Freiheit und das Wohlergehen der Bürger des Staates und die Entwicklung der Macht und der Werte der Nation durch die größtmögliche Annäherung des Optimums gewährleiste, und gleichzeitig soll es in seiner eigenen Organisation die Garantien dazu schaffen, dass diese Konzentration seines Funktionierens und seiner Anstrengungen nich mehr gestört werde."*[23]

Der oben genannte Ansatz widerspiegelt sich auch im an der Weiterbildung über Verwaltung gehaltenen Vortrag, in dem Magyary die Krisensysmptome von Staat und Verwaltung des 19. Jahrhunderts und die Notwendigkeit von Modernisierung und Rationalisierung analysierte. Magyary lieferte gleichzeitig eine kurze und professionelle Situationsanalyse und formulierte dabei Ziel und Programm für den Wandel. Es konnte um die Ausbreitung des beruflichen öffentlichen Dienstes (und in diesem Zusammenhang um das Dilemma der Rechtmäßigkeit und Professionalität) oder die Dominanz der Exekutivgewalt oder vielleicht um das Engagement der arbeitenden Masse im öffentlichen Leben – und damit um die Beseitigung des Klassenkampfes durch die Berufsstände – oder aber um die Notwendigkeit der Einrichtung des Führungspersonals in der öffentlichen Verwaltung gehen. Die Ausarbeitung der einzelnen Fragen wurde mit unterschiedlicher Ausführlichkeit durchgeführt: Magyary veröffentlichte die ausführliche Analyse bezüglich des Führungspersonals der öffentlichen Verwaltung bereits in einer separaten Studie noch vor seinem Vortrag,[24] die Ausführungen über die Verbreitung des beruflichen öffentlichen Dienstes und über die Dominanz der Exekutivgewalt wurden jedoch erst später, in seiner im Jahr 1942 erschienenen Abhandlung im Bereich der Verwaltungswissenschaften ausführlicher erörtert und analysiert.[25]

Zoltán Magyary benutzte 1930 den Begriff „soziale Verwaltung" noch nicht und stattdessen sprach er konsequent über Volkswohlfahrtverwaltung, die sich an den Aufgaben- und Kompetenzbereich des Ressortverwaltungsorgan der Regierung (Ministerium für öffentliche Wohlfahrt) zu knüpfen war.[26] In seinem späteren Vortrag im Jahr 1939 benutzte er nicht nur den Begriff „soziale Verwaltung" sondern er legte ihn auch aus (in der wissenschaftlichen Synthese von 1942 erscheint es aber eher auf sporadische Weise).[27]

[20] Magyary, Zoltán, Verwaltung - soziale Verwaltung. In: A mai magyar szociálpolitika. Az 1939. évi közigazgatási továbbképző tanfolyam előadásai (Hrsg.: Mártonffy, Károly). Budapest 1939. S. 103–110. Neuausgabe: Magyary, Zoltán, Közigazgatás – szociális közigazgatás. Szociálpolitikai értesítő 1990 (1). Nr. 1. S. 250–259.

[21] Magyary, Zoltán, A magyar közigazgatás racionalizálása [Rationalisierung der ungarischen Verwaltung]. Budapest 1930.; Máthé, Magyary…, Lőrincz, zit. Werk; Koi: zit. Werk, S. 129.

[22] Magyary, A magyar…[Rationalisierung…].

[23] Ibid S. 92.

[24] Magyary, Öffentliche Verwaltung… S. 103–106; Magyary, Zoltán, A közigazgatás legfőbb vezetése szervezési szempontból [Magyary, Zoltán, Die oberste Führung der Verwaltung aus dem organisatorischen Aspekt]. Budapest Székesfőváros Statisztikai Hivatala, Budapest 1936.

[25] Magyary, Zoltán, Magyar közigazgatás. A közigazgatás szerepe a XX. sz. államában. A magyar közigazgatás szervezete, működése és jogi rendje [Ungarische Verwaltung. Die Rolle der Verwaltung im Staat des 20. Jahrhunderts. Organisation, Tätigkeit und rechtliche Ordnung der ungarischen Verwaltung]. Budapest 1942. Wie im Vorwort des Bandes Magyary darauf hinweist, das Material seiner Synthese entwickelte und gestaltete sich ständig im Licht seiner Vorträge, Studien und Erfahrungen. Von den in seinem 1939er Pécser Vertrag erwähnten Themen liefert er einen ausführlichen Überblick in der Synthese über die Verbreitung des beruflichen öffentlichen Diensts im Zusammenhang mit der Geschichtlichkeit der Verwaltung (Magyary, S. 69. des zit. Werkes), über die Dominanz der Exekutivgewalt schreibt er wesentlich ausführlicher als früher (Magyary, S. 72-75 des zit. Werkes), die Notwendigkeit der Errichtung eines Führungspresonals in der Verwaltung legt er in der zusammenfassenden Arbeit unter den organisatorischen und betrieblichen Grundsätzen der Verwaltung dar (Magyary, S. 528-535 des zit. Werkes), allerdings werden die in dem Vortrag erwähnten Berufsstände in Magyarys Synthese nicht mehr hervorgehoben.

[26] Auf die Rationalisierung der Volkswohlfahrtsverwaltung machte die Tatsache aufmerksam, dass in dem im Jahr 1917 errichteten Ministerium der jährliche Aktenverkehr im Jahr 1929 schon über 350.000 gestiegen war und auch die zu organisierenden neuen, präventiven Gesundheitsschutzprogramme erfroderten die Notwendigkeit der rationalen Planung und Vorbereitung im Interesse der erfolgreichen Umsetzung. Magyary, A magyar…[Rationalisierung…]. S. 129 –130.

[27] Dies liegt einerseits daran, dass im Schwerpunkt der zusammenfassenden wissenschaftlichen Arbeit die Gesamtheit der Verwaltung und nicht lediglich ein Teilbereich davon steht, zum anderen kann die konzeptionelle Nutzung von sozialer Verwaltung im Jahr 1942 in der Rechts- und Verwaltungsterminologie schon als natürlich angesehen werden. So wie Magyary selbst über die soziale Verwaltung im Fall der dem Innenminister unterstehenden Institutionen als selbstverständlich schreibt *„Über die meisten Institute verfügen die dem Innenminister unterliegende soziale Verwaltung sowie die Verwaltung für Religion und öffentliche Bildung."* Magyary, Magyar közigazgatás…[Rationalisiereung der ungarischen…]. S. 219.

Im Jahr 1939 war die soziale Verwaltung nach Magyarys Auslegung gleichbedeutend mit dem die Gesamtheit der öffentlichen Verwaltung durchdringenden sozialen Geist (Tun, Arbeit für die Mitmenschen), wozu nur der moderne, soziale Staat von neuem Typ des 20. Jahrhunderts die Möglichkeit bieten kann.

Zoltán Magyary untersuchte auch die Möglichkeiten der Einstellung der Akteure der sozialen Verwaltung zum Wandel.[28] Und Magyary, der 1930 noch im Geiste des normativen Ansatzes die grundsätzlich technokratischen Rationalisierungsmöglichkeiten der einzelnen Ressortverwaltunszweige dargestellt hatte, formulierte 1939 schon wie folgt*: „Der alte Staat braucht keine soziale Verwaltung, sondern er braucht die Erneuerung des Staates, in dem die Verwaltung eine andere Rolle hat, und so gibt es eine neue Beziehung zwischen Verwaltung und Menschen."*[29] Auf der Grundlage der praktischen sozialpolitischen Erfahrungen der 1930er Jahre bevorzugte also Magyary die die Gesamtheit, den Geist der Verwaltung bestimmende Definition der breitesten sozialen Verwaltung. Er behauptete, dass im neuen, modernen Staat des 20. Jahrhunderts *„keine soziale Verwaltung geben werde, sondern die Verwaltung sozial werde"*.[30]

Was hat sich wohl in Ungarn in der öffentlichen Politik, in der öffentlichen Verwaltung und im Zoltán Magyarys Ansatz über die öffentliche Verwaltung gegen das Ende der 1930er Jahre im Vergleich zu 1930 geändert? Was machte seine Formulierung der unmittelbaren und organischen Beziehung zwischen Verwaltung und sozialen Verwaltung und Menschen im Geist der produktiven Sozialpolitik, die Betonung der Effektivität neben der Rechtmäßigkeit, den Gedanken „des handelnden Staates" im Jahr 1939 glaubwürdig?[31]

Zoltán Magyary betrieb Forschungen von 1931 als Gründugsdirektor des Ungarischen Intituts für Verwaltungswissenschaften, dann war er von 1938 zusammen mit seinen Kollegen und Studenten ein aktiver Teilnehmer und Leiter der Forschungen des vom Minister für Religion und öffentliche Bildung Pál Teleki mit einem komplexen Forschungsziel errichteten Zentrums für Land- und Volksforschung. Sein Name hängt mit der faktischen Forschung des Kreises Tata (1936-1938), der Wohlfahrtsgenossenschaft von Komárom als Modellversuch (April-November 1940), dem Pilotprogramm des sozialen Komitats, das darauf abzielte, ein landwirtschaftliches Entwicklungskonzept im Komitat Komárom-Esztergom zu erarbeiten, weiterhin mit der Gründung der Volkshochschule von Tata zusammen.[32] Die Feldarbeiten und Teilergebnisse der die Beziehung zwischen Verwaltung und Menschen erforschenden faktischen Forschung durchgeführt im Kreis Tata, siene beim Modell von Komárom und im Laufe der Verwirklichung des sozialen Komitats gewonnenen Erfahrungen, weiterhin die gemeinsamen Zielsetzungen des von Pál Teleki geleiteten Zentrums für Land- und Volksforschung bildeten und prägten gemeinsam Magyarys Verwaltungsinterpretation beziehungsweise seine Interpretation der sozialen Verwaltung. Seine auf dem Gebiet der Verwaltung und der sozialen Verwaltung gewonnenen praktischen Erfahrungen können eine Erklärung auch dafür sein, dass er 1940 die Einladung des Ministerpräsidenten Pál Teleki in Bezug darauf annahm, eine entscheidende Rolle bei der Erstellung des Systems der produktiven Sozialpolitik in Ungarn und bei der Verwirklichung des Geistes der sozialen Verwaltung in Ungarn zu spielen.

Der Antrag des Regierungschefs wurde in erster Linie an den damals schon international renommierten Fachmann der ungarischen Verwaltungswissenschaften und den erfahrenen Verwaltungsjuristen gerichtet, dessen Arbeit und die Verwirklichung seiner Vorstellungen von bestimmenden, die Praxis formenden Fachleuten der produktiven Sozialpolitik unterstützt wurden.[33]

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass in Ungarn der sich in der Periode zwischen den beiden Weltkriegen entwikkelnde konservative/korporative Wohlfahrtsstaat über diejenigen Eigenschaften verfügte, die auf Grund der internationalen Beispiele zu erwarten waren. Neben der staatlichen Einflussnahme, der aktiven Bevölkerungspolitik und Familienpolitik, der Entwicklung der Sozialversicherung und der Betonung der moralischen und erziehenden Funktion der Sozialpolitik gaben Ende der 1930er Jahre und Anfang der 1940er Jahre die

[28] Magyary, Közigazgatás… [Öffentliche Verwaltung…]. S. 107–110.

[29] Ebd. S. 109.

[30] Ebd. S. 110.

[31] Ebd. S. 110 –111.

[32] Ausführlich: Gerencsér, Balázs Szabolcs: Az első dokumentált magyar pilotok: A '40-es évek szociális modellkísérletei. Az Esztergár-Magyary modell [Die ersten dokumentierten ungarischen Pilotprojekte: Die sozialen Modellversuche der '40er Jahre. Das Modell Esztergár-Magyary]. In: Modellkísérletek a közigazgatás fejlesztésében [Modellversuche in der Entwicklung der Verwaltung]. Az ún. „pilot projektek" határai elméletben és gyakorlatban [Die Grenzen der sog. Pilotprojekte in Theorie und Praxis] (Hrsg.: Gerencsér, Balázs Szabolcs). A Pázmány Péter Katolikus Egyetem Jog- és Államtudományi Karának könyvei [Bücher der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Pázmány Péter Katholischen Universität]. Tanulmányok 19 [Studien 19]. Pázmány Press, Budapest 2013. S. 137–154. Über die Norm/den Modelversuch von Komárom ausführlich: Magyary, Zoltán: A szociális vármegye - a Komáromvármegyei Közjóléti és Gazdasági Szövetkezet működése [Das soziale Komitat – die Tätigkeit der Genossenschaft für Gemeinwohl und Wirtschaft im Komitat Komárom]. Magyar Közigazgatástudományi Intézet, Budapest 1941; Csöppüs, István, A komáromi norma – egy szociálpolitikai kísérlet Magyarországon [Die Norm von Komárom – ein sozialpolitischer Versuch in Ungarn]. Századok 1992. S. 259–284; Magyary, Zoltán – Kiss, István, A közigazgatás és az emberek. Ténymegállapító tanulmány a Tatai járás közigazgtásáról [Verwaltung und Menschen. Faktische Studie über die Verwaltung des Kreises Tata]. Budapest 1939. Es erschien in einer Faksimile-Ausgabe im Jahr 2010, ausgegeben von der Magyary Zoltán Népfőiskolai Társaság [Volkshochschulische Gesellschaft Zoltán Magyary] in Tata. Vorwort von Verebélyi, Imre: A tatai járás közigazgatását vizsgáló 1939. évi ténymegállapító tanulmány tanulságai [Lehren der die Verwaltung des Kreises Tata untersuchenden faktischen Studie aus dem Jahr 1939].

[33] Unter ihnen sei der Name von Lajos Esztergár hervorgehoben werden, an dessen Namen sich die Errichtung und Leitung einer der wichtigsten, umfassendsten Unternehmungen der produktiven Sozialpolitik der Zwischenkriegszeit, des „Országos Nép- és Családvédelmi Alap" [Nationaler Fonds für Volks- und Familienschutz] (ONCSA 1940-1944) knüpft. Werke von Esztergár im Zusammenhang mit diesem Thema: Gyakorlati szociálpolitika [Praktische Sozialpolitik]. Pécs sz.kir. város szociálpolitikai beszámolója [Ein sozialpolitischer Bericht der freien Königsstadt Pécs]. Pécs 1933.; A szociális képzés kérdése [Die Frage der sozialen Bildung]. Pécs 1934.; A szociálpolitika tételes jogi alapja [Die materiellen Rechtsgrundlagen der Sozialpolitik]. Pécs 1936.; Esztergár, A szociális közigazgatás…[Die soziale Verwaltung]. S. 134–173.

europäische wirtschaftliche Erholung, die früheren Reformbestrebungen, die ausländischen Beispiele, die Vorbereitung auf den Krieg eine Chance, ein umfassenderes, durch die gesetzliche Sozialversicherung und die produktive Sozialpolitik charakterisierbares Wohlfahrtsmodell zu entwickeln. Dies wurde durch die produktive Gesellschafts- und Sozialpolitik, sowie durch die Reihen von gründlich geplanten, zur Erweiterung geeigneten sozialpolitischen Projekten und das System der sich erweiternden Sozialversicherung und des Gesundheitsschutzes unterstützt.

Schlussbemerkungen

Im Zusammenhang mit der produktiven Sozialpolitik und der verstärkten öffentlichen Beteiligung kam – zusammen mit den Bestrebungen nach der Rationalisierung und der Modernisierung der Verwaltung – die komplexe Auslegung von neuem Typ des Begriffs der sozialen Verwaltung in den Vordergrund, dessen Grundlage die allgemeine Akzeptanz des die Gesamtheit der Verwaltung bestimmende, die produktive Sozialpolitik charakterisierenden Geistes ist (der soziale Staat, die soziale Verwaltung betrachteten als ihre primäre Aufgabe den auf christlich-nationaler theoretischer Grundlage formulierten „Wohlfahrtsdienst“, das Wohl der Gemeinschaft.)

Zoltán Magyary kann nicht nur als eine bestimmende Persönlichkeit der modernen internationalen und ungarischen Verwaltungswissenschaften des 20. Jahrhunderts,[34] sondern auch als ungarischer dogmatischer und praktischer Gründer des Konzepts der sozialen Verwaltung betrachtet werden, der an der Errichtung des Systems der produktiven Sozialpolitik in Ungarn in der Periode zwischen den beiden Weltkriegen teilnahm. Seine im Entwicklungsprozess der Verwaltung und der sozialen Verwaltung formulierte Botschaft, die in der Rechtsetzung, in der Praxis anwendbaren Ergebnisse für die sich in Ost-Europa und in Ungarn im letzten Drittel des 20. Jahrhunderts entwickelnde neue Sozialpolitik und soziale Verwaltung vermittelt später Andor Csizmadia.[35]

[34] *„Die wissenschaftsgeschichtliche Bedeutung von Zoltán Magyary ist vor allem darauf zurückzuführen, dass er die seit 1850 auf einer Doppelbahn laufenden Verwaltungswissenschaften: die Verwaltungsrechtswissenschaft und die Verwaltungspolitik in der Universitätsausbildung mit der bis dann nicht vertretenen Verwaltungslehre sowie mit seinen wissentschaftlich begründeten Forschungsergebnissen über die Rationalisierung in einer einzigen Synthese, in der ungarischen Verwaltungswissenschaft vereinheitlichte.“* Máthé, Gábor, Magyary Zoltán tudománytörténeti jelentősége [Die wissenschaftsgeschichtliche Bedeutung von Zoltán Magyary]. Polgári Szemle 2013 (9). Nr. 3-6.

[35] Nagy, Janka Teodóra, Csizmadia Andor, the social politician. In: Nagy, Janka Teodóra, Raffay, Zoltán, Béres, István, Kurucz, Rózsa, Jász, Krisztina, Acta Szekszardiensium, Universitas Quinqueecclesiensis, Facultas de Illyés Gyula Nominata. Tom. XIII: Scientific Publications XIII. PTE IGYYK. Szekszárd: Pécsi Tudományegyetem Illyés Gyula Kar, 2011. S. 229-239, Kajtár, István, Csizmadia Andor (1910–1985). In: Magyar jogtudósok II. (Hrsg.: Hamza, Gábor). Magyar Felsőoktatás könyvek. Professzorok Háza, Budapest 2001. S. 179–188.

The Presidency of Religious Affairs of the Republic of Turkey – The Legal Oddity

Siska Katalin *

Abstract

In Turkey, the Presidency of Religious Affairs (Turkish: Diyanet İşleri Başkanlığı referred to simply as the Diyanet) is an official state institution established in 1924 in article 136 of the Constitution of Turkey by the Grand National Assembly of Turkey. According to the Article 136 „The Presidency of Religious Affairs, which is within the general administration, shall exercise its duties prescribed in its particular law, in accordance with the principles of secularism, removed from all political views and ideas, and aiming at national solidarity and integrity." The official website of the Diyanet states: "It is obvious that, in any case, a corporal identity is needed to carry out religious affairs pertaining to faith, which is an indispensable element of social life (…) that stem from the own tradition and culture of the country. (…) As well as the affairs concerning the religion of Islam, which is religion of majority, the Ottoman Empire conducted religious affairs of minorities in a sense of public service".[1] *The Presidency regulates religious affairs, yet does it really serve the principle of secularism in Turkey for more than 80 years? This clear paradox was the main reason of my choice of subject in this paper where my aim to map the legal basis, main principles and foreign policies of this Office.*

Keywords: *Republic of Turkey; administration law; religious affairs; Presidency of Religious Affairs of the Republic of Turkey.*

In Turkey, the Presidency of Religious Affairs (Turkish: *Diyanet İşleri Başkanlığı*, hereinafter referred as Diyanet) is an official state institution, the successor of Ottoman Sheikh ul-Islam and is governed by Article 136 of the Constitution of the Republic of Turkey.[2] According to the own website of the Diyanet, the Presidency is responsible for executing the works concerning the beliefs, worship, and ethics of Islam, enlighten the public about their religion, and administer the sacred worshiping places". The Diyanet drafts a weekly sermon delivered at the nation's 85,000 mosques and more than 2,000 mosques abroad that function under the directorate. It provides Quranic education for children and trains and employs all of Turkey's imams, who are technically considered civil servants.[3] From 2006 the competence of the Diyanet has gradually grown compare to its founding and has quadrupled its budget by 2015[4] and almost doubled its personnel by this time. In 2012 it started a television station[5] that broadcasts his program for 24 hours[6], extended the Qur'an education to primary schools "enabling the full immersion of young children in a religious lifestyle"[7] and now from 2011 issues fatawa[8] on demand.

Its judges complain that though the state is no longer Islamic like in the Ottoman Empire the Islam became a "state religion" which does not necessarily mean a positive change. Supporters of the secular state politics are anxious about the close ties between politics and religion today, which gives way to the stealthy penetration of fundamentalist trends. Islamic spokespersons - such as the Din-Bir-Sen Imam Alliance - are opposed to the "state clog", they demand greater theological independence, the free choice of the content of the sermons, and the fact that instead of the government the Imams may decide who the head of the Diyanet is.[9]

A religious office with greater autonomy was in line with Ahmet Davutoğlu's[10] the 29th Prime Minister of Turkey ideas. He wrote in 1994 that Turkey needs a modern version of the

* Associate professor Katalin Siska, Faculty of Law, University of Debrecen, Hungary.

1 Hata SAYFASI, The Constitution of the Republic of Turkey (PDF). www.anayasa.gov.tr. (03. 02. 2017.)

2 Hata SAYFASI, The Constitution…

3 Svante CORNELL, *The Rise of Diyanet: the Politicization of Turkey's Directorate of Religious Affairs*. 09. 10. 2015. http://www.turkeyanalyst.org/publications/turkey-analyst-articles/item/463-the-rise-of-diyanet-the-politicization-of-turkey%E2%80%99s-directorate-of-religious-affairs.html (10. 04. 2017.)

4 David LEPESKA, *Turkey Casts the Diyanet Ankara's Religious Directorate Takes Off.* (17. 05. 2017.) https://www.foreignaffairs.com/articles/turkey/2015-05-17/turkey-casts-diyanet (05. 04. 2017.)

5 Svante CORNELL, *The Rise of Diyanet: the Politicization…*

6 David LEPESKA, Turkey Casts the Diyanet…

7 Svante CORNELL, *The Rise of Diyanet: the Politicization…*

8 Religious decisions that can be claimed on any subject but do not have any legal binding force.

9 Nancy RADOVAN, *No One Can Touch The Honor of Islam Through Diyanet*. (06. 05. 2015.) http://www.turkishamericannews.com/life-and-islam/item/511-no-one-can-touch-the-honor-of-islam-through-diyanet (03. 05. 2017.)

10 Developer of the Neo-Ottoman theory, Prime Minister of Turkey, June 29, 2014-May 22, 2016.

former caliphate. Not necessarily after the Ottoman pattern, but one that would be an independent institution on religious matters. For the government, it has a strategic importance that the Diyanet has a greater role in religious life than before. Only with a stronger religious authority can Turkey become the leading nation of the Muslim world. Erdoğan not accidentally used the term *Şeyh-ül İslam* instead of Diyanet in the recent headscrew debate. At the time of the Ottoman Empire it was the main religious dignity who was the official successor of the Prophet Muhammad and thus the leader of all Muslims.

The Prime Minister's words were in line with the first statement of the new President of the Diyanet that Ankara intends to extend the theological influence of the Presidency outside the country's borders. This would be a religious complement of the new Turkish foreign policy formulated by Davutoğlu.[11]

According to some observers (David Lepeska[12], Svante Cornell[13]) since the Justice and Development Party[14] (Turkish *Adalet ve Kalkınma Partisi*, AKP) came to power in 2002, the mission of Diyanet has changed. From exercising state oversight over religious affairs and ensuring that religion did not challenge the "ostensibly secular identity" to that of promoting mainstream Hanafi Sunni Islam, a conservative lifestyle at home, and projecting "Turkish Islam abroad".[15]

It is a fact that, in the context of the revival of the role of religion worldwide, Turkey is a flagrant case. Yet the question may be: does this administrative body exercise its power lawfully with building up (or down) the modernity and secularism and promotes the practice of the Islamic Sunni Islam. The latter clear paradox was the reason of my choice of topic. In order to understand the legal situation of the Presidency in my study, I focus on the legal provisions that constitute the legal basis and the main principles of the operation of Diyanet from the establishment of the Office to the 1970's devoting a chapter to the Diyanet's foreign policy.

The organizational structure of the Diyanet

Today, the Diyanet is one of the most important public institutions in Turkey. The Diyanet employs approximately one hundred thousand personnel and has central and provincial organs. The president, vice president, High Commission of Religious Affairs, Qur'an Verification Commission, and Departments of Religious Services, Religious Education, Hajj, Religious Publications, and Foreign Affairs compose the central organs, while the provincial organs consist of the province and county muftis' offices, educational centres, and Qur'an courses.[16]

In the Ottoman era, the office of the sheikh-ul-Islam provided religious services, one of the functions that the Diyanet carries out today.[17]

On May 3, 1920, after the opening of the Turkish Grand National Assembly on April 23, 1920, a ministry entitled Şeriye ve Evkaf Vekaleti was established and carried out religious services. On March 3, 1924, the Diyanet took over the duties of this ministry. The Diyanet appeared in a constitutional text for the first time in 1961.[18]

After that time, a law was promulgated to regulate the Diyanet's sphere of duties and authority and some intellectuals and politicians began to complain that the existence of the Diyanet contravened the Turkish Republic's principle of laicism.[19]

For example, the Birlik Party argued that Turkey was a laic state, that there should be no clerics in Islam, and that it is necessary to separate religious and state matters, and that the creation of classes providing religious services contradicted not only laicism as the main guarantee of freedom of faith and conscience in Turkey, but also Atatürk's reforms and general principles of the 1961 Constitution itself. This party appealed to the Constitutional Court to remove the article on the Diyanet from the Constitution. A decision of the Constitutional Court in 1971 ruled that the Diyanet was not a religious institution, but a general administrative institution, and therefore did not contravene laicism.[20]

İştar Gözaydın identifies the Diyanet as an institution established within the framework of domestic law by the founders of the Turkish Republic to protect laicism. The state uses the Diyanet against religion and its possible influence on the socio-political situation of the country.[21] İsmail Kara, another excellent specialist, characterizes the Diyanet as an institution trapped between religion and the state. According to Kara, the political centre of the state uses the Diyanet as an instrument to impose its religious understanding, which exists within a set of parameters, on society, and thus desires to destroy the efficacy of the social authority of the ulamaand sheikhs. As a result, Diyanet has been influential in the formation of people's religiosity since 1950.[22]

---

[11] DOROGMAN László, *Őrségváltás a diyanet élén: a török pániszlamizmus hajnala?* (15. 11. 2010.) http://www.vajma.info/cikk/tukor/3754/Orsegvaltas-a-diyanet-elen-a-torok-paniszlamizmus-hajnala.html

[12] Foreign Affairs correspondent who was expelled from the territory of the Republic of Turkey on 25 April 2016.

[13] Swedish citizen, researcher at the Foreign Policy Institute in Stockholm.

[14] Turkey's ruling Conservative Party

[15] Nancy RADOVAN, *No One Can Touch…*

[16] On the Diyanet's duties, see: www.diyanet.gov.tr. On the Diyanet's waqf see: www.Diyanetvakfi.org.tr/

[17] Mine YILDIRIM, *The Collective Dimension of Freedom of Religion: A Case Study on Turkey*. Routledge, 2017, p. 153-159.

[18] Mine YILDIRIM, *The Collective Dimension…*

[19] Mine YILDIRIM, *The Collective Dimension…*

[20] Hadi ADANALI, *The Presidency of Religious Affairs and Principle of Secularism in Turkey.* The Muslim World, 98:2–3 (2008), p. 234–238. http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1478-1913.2008.00221.x/abstract (2017. 09. 03.)

[21] İştar GÖZAYDIN, *Management of Religion in Turkey*. Turkey Institute, 2014, https://www.turkeyinstitute.org.uk/assets/docs/The-Management-of-Religion-in-Turkey.pdf, p. 12-16.

[22] Şenol KORKUT, *The Diyanet of Turkey and Its Activities in Eurasia after the Cold War*. Acta Slavica Iaponica, Tomus 28, 117–139. http://src-home.slav.hokudai.ac.jp/publictn/acta/28/06Korkut.pdf (2017. 09. 03.)

On the other hand, Ali Bardakoğlu, the former president of the Diyanet (2002-2010), has claimed that laicism does not require a total separation between religion and the state; rather, as the Ottoman example demonstrates, the state and religion can keep one another in balance whereby cooperation between religion and the state helps society to develop. Bardakoğlu notes that the decision of the Constitutional Court in 1971 (noted above) shares this understanding.[23]

A basic difference between the Diyanet and the sheikh-ul-Islam derives from the fact that the Ottoman Empire was a religious state headed by a caliph who had the authority to appoint the sheikh-ul-Islam, whilst the Turkish Republic, which appoints the president of the Diyanet, is a laic state. Today, removing the Diyanet from the secular state system is inconceivable. If a political party in Turkey does not recognize the existence of the Diyanet, this party will be banned, since Article 89 of the Political Party Law states: "Political parties cannot have any intentions that are in contravention of Article 136 of the Constitution, which is concerned with the position of the Presidency of Religious Affairs, which, in keeping with the principle of laicism, remains removed from all political views and thoughts, which aims for national solidarity and unification and which fulfils the duties laid out in the special law, in the general administration." Because of this article, political parties, except for small left-wing parties, refrain from criticizing the Diyanet's activities, be them domestic or foreign. Since the Diyanet has eventually become part of the prime minister's apparatus, policy changes made by the government (or changes to the government itself) directly affect the Diyanet's activities.[24]

Basic principles of the Diyanet

As for Islam, it has been the task of the Diyanet to define, represent, organize, and regulate its public forms. Religious activities outside the oversight of the state are still perceived as a threat. What is interesting is to observe the state reflexes thereto. There appears to be a lot less difference than may be expected between the early Republican era with its strong Kemalist rhetoric, and the last decade with a series of pro-Islamic AK Party governments, as regards religious activities outside the oversight of the state. Efforts at balancing gender equality and Islamic principles by the Diyanet through khutbas (Friday sermons delivered by Diyanet Imams who read from the 'official' text sent each week by the Diyanet) and in expanded services to women under the generic of family guidance within the last decade is an interesting process in order to read especially the continuities and ruptures of patriarchal mentalities of not only the Turkish state over time but also of society.[25]

Currently, the Diyanet is a significant international actor in the Turkish Islamic sphere due to the Turkish state's financial and organizational. However, the state makes use of the Diyanet as an administrative tool to indoctrinate and propagate official ideology regarding Islam while fulfilling duties like 'enlightening society about religion' and 'religious education support. Whereas until the military coup of 1980 the Diyanet's access had been limited to Turkey's Muslims, after the coup the Diyanet expanded its activities into countries with Turkish immigrant populations. Since the early 1980's the Diyanet has sent imams to Europe to counterbalance the influence of other Islamic communities on Turkish Muslims and to maintain their loyalty to the Turkish state. To counter undesirable Islamic influences, the Diyanet is to propagate the 'correct' Sunni Islam through the mosques and compulsory classes on Islam, with a strong emphasis on ethics, human rights, and each citizen's duties towards state and country.[26]

According to Article 1, Law No. 633 the main purpose of the Diyanet is to carry out work on Islamic belief, worship and ethics, enlighten society on religion and administer places of worship () in line with the principle of secularism (Article 136 in the Constitution), by staying out of all political views and thinking and aspiring to national solidarity and integration (Article 136 in the Constitution).

In this frame the Diyanet need to take substantial information based on the Quran and Sunnah, that are two fundamental sources of religion as a basis while enlightening society on religion, take into consideration the Muslims' 14 centuries long religious experience and value modern life and common heritage of mankind. In this sense the Diyanet offer services according to the principles of citizenship without distinction of sect, understanding and practice regarding religion and continuously produce knowledge, share this knowledge with society and make timely statements on current issues. The office should accept that standing by people who need care and support like the disabled, homeless, elderly, poor and prisoners is an inseparable part of religious service. The religious officials should have assimilated Islamic faith and its practical principles, have a high educational and cultural level, are at peace with themselves and society, play a pioneering role in human relations, understand their counterparts and can produce practical solutions to religious issues, can use religion and scientific date together and live an exemplary life with their words and behavior. The office has to contribute to Turks living abroad not to lose their self-identity and be in harmony with the society they are living in without being assimilated and introduce Turkey's experience and heritage in the field of religion abroad, enable Islam to be correctly understood, closely follow discussions about religious understanding and practices in both EU member states and Turkey and give accurate information to the public opinion in the West on this matter.[27]

---

[23] Ali BARDAKOĞLU, *The Structure, Mission and Social Function of the Presidency of the Religious Affairs* (PRA). The Muslim World, 98:2–3, 2008, p. 175. http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1478-1913.2008.00217.x/abstract (09. 09. 2017.)

[24] Şenol KORKUT, *The Diyanet of Turkey and Its Activities…*

[25] Ali BARDAKOĞLU, *Religion and Society: New Perspectives from Turkey*, Publications of Presidency of Religious Affairs, Ankara, 2006. 11.

[26] Ali BARDAKOĞLU, Moderate Perception of Islam and the Turkish Model of the Diyanet: The President's Statement, Journal of Muslim Minority Affairs 24:2 (2004), 368.

[27] http://www.diyanet.gov.tr/en/category/basic-principles-and-objectives/23

The Diyanet as an institution has produced its own dynamics in spite of the official ideology which tried to shape it. Thus, it has taken on a meaning and significance that renders virtually meaningless the suggestion that the institution should be abolished and the religious realm left to the religious communities. Moreover, the extensive network of the Diyanet all over Turkey and abroad, which no other administrative body enjoys in the Turkish system, is a great opportunity for all Turkish governments, regardless of their positions on the political spectrum. However, the institution should not cling to its status and should be reorganized in accordance with the demands of the interested actors. It is not possible for those who use political power in a contemporary democratic state and present themselves as the representatives of society to ignore the wishes of the social corpus. Thus, those that seek to be represented in the Diyanet should be given the opportunity. Also, those that demand to have similar institutions should be legally facilitated.[28]

The Diyanet's role in Turkish foreign Policy

When the Diyanet's president, İbrahim Elmalı (1965-1966) left the country for the first time to visit Tunisia, Libya, Egypt, and Syria to participate in the ceremonies commemorating Prophet Muhammad's birthday in 1966, the press published fervent criticism. The Turkish government recalled Elmalı from Tunisia and he did not go to the other countries.[29]

Recently, foreign delegations, both Islamic and non-Islamic, visit the Diyanet at least once a month, to which the Diyanet often makes a return visit.[30]

Turkey, unlike Saudi Arabia and Iran, is a laicist state, but the Diyanet has expanded its foreign activities over the last thirty years. A reason for this expansion was the end of the Cold War; the world now appears to be demarcated by "civilizations" that allegedly clash and reconcile. In this situation, religions can easily be converted into a sphere of international relations. In 1998, for example, despite being a secular state and pursuing foreign affairs in a secular manner, the US Congress adopted the International Religious Freedom Act and created an ambassador, fully authorized in matters of international religious freedom, in the State Department as well as a commission for the same purpose. In addition, there was an international religious freedom advisor appointed to the National Security Council. Since 2001, these bodies have published the International Religious Freedom Reports, evaluating various countries. This law allows the US government to impose economic and political sanctions against countries that violate religious freedom, as is currently implemented.[31]

The United States maintains that this law does not contradict the concept of secular foreign policy. A similar phenomenon can be seen in Russia's foreign policy. In the 1990 s, the Russian Orthodox Church became responsible for developing a new national identity. On the other hand, the Russian Orthodox Church established strong ties along the Black Sea Rim and Eastern Slavic countries. As a part of this process, the Russian Orthodox Church became a rival of the Ecumenical Patriarchate of Constantinople (Greek Patriarchate of the Phanar).[32]

The Diyanet's expanding function in international politics lies in the same context. Moreover, the worldwide debates on Islam after September 11 facilitated Turkey's commitment to international religious politics via the Diyanet. Turkey as an Islamic country guided by laicism had advantages in maintaining a balance between religion and politics in Eurasia. The Diyanet maintains a distance from religious groups, Sufi schools, and political parties. In its publications and Friday sermons, the Diyanet presents Islam only in its moral dimensions, untouched by legal or political nuances, including jihad. The state has taken all the mosques in the country under its control through the Diyanet as an effect of the law promulgated in 1998.[33]

Almost all parties (Western countries, some Muslim countries in Eurasia, and the Diyanet itself) began to consider the Diyanet system as a model of religion-state relations in Eurasia. Mehmet S. Aydın, a leading Turkish theologian advocating the reconciliation of civilizations, argues that the integration of Turks and Muslims in Europe makes the Diyanet no less responsible for foreign than domestic affairs. The representation of Turkey as a model for Eurasia is hardly new. With the end of the Cold War, the United States introduced Turkey as a model of secularism to the newly established independent states in Central Asia.

The Central Asian countries welcomed this initiative. Another reason for the Diyanet's expanding cooperation in Eurasia during the 1990 s was that the collapse of the Eastern Bloc forced Turkey to face the legacy (former territories) of the Ottoman Empire in the Caucasus and the Balkans. Turkey began to assist the Muslims in these regions, responding to local demands. Historical connections and traditional theological closeness, intermediated by the Hanafi School of Law, played an important role. This is a condition lacking for the Iranians or Saudis. From the furthest edge of the Balkans to the depths of Asia, Eurasian Muslims represent Sunni (in particular, Hanafi and Shafii) conviction. Sufism is an inseparable component of Eurasian Islam. In Central Asia, the Yesewi, Bektashi, Qadiriyyah, and Naqshibandi Orders have been influential, as have been the Naqshbandi and Qadiri Orders in the Russian regions.[34]

---

[28] Fuat KEYMAN, *Assertive Secularism in Crisis: Modernity, Democracy and Islam in Turkey*, in L.E. Cady and E.S. Hurd (eds.), *Comparative Secularisms in a Global Age*. Palgrave Macmillan, New York, 2010, 143.

[29] Şenol KORKUT, *The Diyanet of Turkey and Its Activities…*

[30] For example, the president and vice president of the Diyanet visited Bosnia-Herzegovina in September 2009, Kazakhstan and Bashkortostan in July 2009, Georgia in June 2009, and Belgium in April 2009. https://www.diyanet.gov.tr

[31] Patricia M. Y. CHANG, *"Religion and American Foreign Policy in the New Millennium,"* İslamiyat (June 2003), pp. 35–50.

[32] see 23. fn.

[33] Hakan YAVUZ, "*The Trifurcated Islam of Central Asia: A Turkish Perspective*," John L. Esposito, John O. Voll, and Osman Bakar, eds., *Asian Islam in the 21st Century* (New York: Oxford University Press, 2008), p. 127.

[34] Svante CORNELL, *The Rise of Diyanet: the Politicization of Turkey's Directorate of Religious Affairs*. Turkey Analist 05. 10. 2015. http://www.turkeyanalyst.org/publications/turkey-analyst-articles/item/463-the-rise-of-diyanet-the-politicization-of-turkey%E2%80%99s-directorate-of-religious-affairs.html (09. 09. 2017.)

The Bektashi and Naqshbandi beliefs had taken root in the Caucasus and Balkans.

These tariqahs, together with their silsile contributed to pre-1917 traditions being passed to the post-communist period.On the other hand, after 1990, nearly all the new states in Eurasia adopted laicism and tried to strike a balance between religion and state (and religion and politics) by employing spiritual boards (muftiates). Many Turkic republics established a Muslim spiritual board, affiliated with the Office of the Prime Minister or one or another ministry, in order to keep emerging religious groups under control.[35]

Several Islamic countries in Asia and in Eurasia even copied the Diyanet system. Symptomatically, these countries perceived the Diyanet not as an institution that took shape in the Turkish Republic, but as one having passed from the Ottoman Empire. The Diyanet does not cooperate with religious sects, jamaats (religious communities), or NGOs, but works with the official institutions of muftis and spiritual boards in Eurasia. Law prohibits the Diyanet from cooperating even with well-established religious groups, such as the Fetullah Gülen movement targeted at spreading education, rather than confining its activities to mosques. In the 1990 s, they opened a number of secondary schools in Central Asia, Russia, and the Caucasus and they are still successful in their activities. Nevertheless, the Russian authorities closed several schools and all schools suffered the same fate in Uzbekistan. Several researchers argued that the Turkish state could have guided Fethullah Gülen's activities in a more balanced manner via the Diyanet. In Turkey's relations with the Turkic republics in Central Asia and the Turkic and Muslim communities in the Russian Federation, the concept of "foreign Turks" plays an important role. Policy makers and intellectuals in the late Ottoman period frequently referred to this concept, which was often rephrased throughout the republican period. This concept was revived in the early 1990 s, implying "the Turkish World from the Adriatic Sea to the Great Wall of China." It was The Economist that first used this phrase in 1991.From the beginning, the Turkish Ministry of Foreign Affairs hesitated to use this expression, and it has thus never been pronounced in official state policy. Nevertheless, this concept guided the Turkish government's enthusiastic cooperation with the Turkic republics in Asia.[36]

In addition, the government introduced the Turkish Cooperation and Development Administration Bank in the Turkish Ministry of Foreign Affairs in 1992 to organize educational, cultural, and economic relations with "foreign Turks."[37]

Moreover, many public institutions and NGOs, such as Turkish Radio and Television, the Ministry of Culture, and the Turkish Historical Institute, carried out their own projects in Eurasia. The Diyanet activities were a part of this multifaceted expanding cooperation. Unexpectedly, the priority area for the Diyanet's foreign activities is still Europe, not Eurasia. In Europe, the Diyanet provides religious services to Turkish laborers, who emigrated there at the end of the 1960 s and the beginning of the 1970 s. In the 1980 s, emigrants established a number of associations and so-called mosque centers. The number of these organizations increased in the 1990 s. The Diyanet started to send imams to these mosques in 1971 and religious attachés abroad in 1978. These attachés established religious administrations abroad. This was a countermeasure against Turkey-based Islamic communities and sects that were significantly influencing Turkish emigrant laborers in Europe. In 1983, the Diyanet introduced the Foreign Affairs Department. Moreover, the Turkish Ministry of Foreign Affairs introduced religious consultants and attaché staff to offer guidance in religious matters in a number of countries. Currently, consultants from Turkey provide religious services in Germany, the United States, Austria, Belgium, Bulgaria, Denmark, France, the Netherlands, Sweden, Switzerland, Great Britain, the Russian Federation, Azerbaijan, Kazakhstan, Kyrgyzstan, Turkmenistan, Macedonia, Georgia, Albania, Kosovo, and the Republic of Northern Cyprus, and twenty-two religious attachés are in operation, mostly in Germany. In Eurasia, only Nakhchivan and Romania have religious attachés from Turkey. These consultants and attachés also work as presidents of NGOs and associations established by the Diyanet in Germany, Austria, Belgium, Denmark, France, and the Netherlands.[38]

The brief history of the legal basis of the Presidency

The 1920 s

For the full and unconditional acquisition of sovereignty, the new direction for the new political forces of the Republic of Turkey founded in 1923, was the modernization which idea was based on secularism and the vision of a nation state.[39]

According to Mustafa Kemal Atatürk beside secularism the republicanism was the basis of the new system and the nation state. Ataturk's religious policy was to withdraw religion from public life and to reduce it to theoretical beliefs and the level of individual religion. The institution of Diyanet was founded on the reforms of the state founder Kemal Ataturk in the 1920's years. The founder of the modern republic set up the Presidency of Religious Affairs in place of the *Şeyh-ül İslam* who was the main religious dignity of the Ottoman Empire.[40] The competence of the Diyanet was drastically reduced by Atatürk compared to the power of the *Şeyh-ül İslam* and essentially

[35] Svante E. CORNELL, *The Naqshbandi-Khalidi Order and Political Islam in Turkey*. www.hudson.org, (09. 09. 2017.)

[36] Amana FONTANELLA-KHAN, *Fethullah Gülen: who is the man Turkey's president blames for coup attempt?* https://www.theguardian.com/world/2016/jul/16/fethullah-gulen-who-is-the-man-blamed-by-turkeys-president-for-coup-attempt

[37] Education interviews by the Turkey Diyanet Foundation in 80 countries for 2,100 students. Turkiye Diyanet Foundation, 17/6/2016, http://www.tdv.org/en-US/site/haberler/diyanet-vakfi-ndan-80-ulkede-2-bin-100-ogrenciye-egitim-mulakati--1751

[38] Tom Heneghan, Turkish-financed mosques in Europe allegedly spying for Erdogan, Religion News Service, 19. 04. 2017.) http://religionnews.com/2017/04/19/turkish-financed-mosques-in-europe-allegedly-spying-for-erdogan/ (09. 09. 2017.)

[39] Ahmet Hadi ADANALI: *The Presidency of Religious Affairs and the Principle of Secularism in Turkey*, The Muslim World, 2008. április 11.,Ankara University. www.onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1478-1913.2008.00221 (03. 05. 2017.)

[40] Soner CAGAPTAY: *The Rise of Turkey: The Twenty-First Century's First Muslim Power*, Potomac Books, Universtiy of Nebraska, 2014. 148.

created a supervisory body that was responsible for the political control of Islam religion in Turkey. According to this attitude Diyanet administers 80,000 mosques in the country, paid the salaries of the Imams (preachers), and sets the content of the Friday prayer.[41]

After the establishment of the Turkish state, the state elite tried to secure secularism by a series of legal means. In this regard, one of the most important legal instrument was the Act no. 429 (3 March 1924) 29 on the Abolishment of The Ministries of *Seriyye* (Religious Affairs) and *Evkaf* (Pious Foundations). Its first article states that *„In the Republic of Turkey, the Grand National Assembly of Turkey and the Cabinet which is formed by the Grand National Assembly of Turkey are responsible for the legislation and execution of provisions concerning the affairs of people; and the Presidency of Religious Affairs will be formed as a part of the Republic for the implementation of all provisions concerning faith and prayer of the religion of Islam, and the administration of religious organizations*". The Office should be responsible for the secular secularism. Accordingly the administration of religious affairs, in particular religious matters and prayers is governed by the Presidency of Religious Affairs and in matters of religion, the Legislator can exclusively be the National Assembly. The Article states that the Presidency of Religious Affairs was placed under the Prime Minister's Office. Its President was appointed by the Prime Minister on the proposal of the President of the Republic.[42]

The Presidency pays considerable attention to the education. In addition to the central institution it also operates provincial offices, which oversee and coordinate smaller organizations, mainly the mufti offices (Turkish: *müf-tülük*). The staff of the Presidency are public servants.

The Presidency of Religious Affairs was established at the same time as the General Directorate of Religious Foundations (Turkish: *Vakiflar Genel Müdürlügü*) whose main task was to manage the real estate assets of the foundations. The board generally supervised the Muslim charitable foundations, but in the thirties it played an important role in expropriating the assets of Christians (more specifically non-Muslim) parties. The movable and immovable property of the churches was owned by different foundations because of the peculiarities of the law.[43]

The 1930 s

The decisive political and ideological program of the 1930 s was the structuring a unified nation-state. The Kemal nationalism played a decisive role in Turkish self-determination. It was a basic principle - which was further elaborated by Kemal's followers - that Turks are living in Turkey. Unity has become the guiding principle instead of the diversity of the Ottoman Empire. According to Mustafa Kemal Atatürk the existence of a unified Turkish nation makes possible the unified Turkish state. This national unity meant linguistic, cultural and religious unity. The latter element, the religion was conveyed by the Kemal reforms to the private sphere, and secular commemoration was established. The aim was to create a linguistic unit both with the introduction of the Latin script and the language promotion movement. The importance of cultural roots, common history does not need to be highlighted separately. Thus the supreme spiritual cohabitation of the republic was the „bulwark" based on the triple unity. Thus it is understandable that the new administration considered ethnic and religious minorities as the horizons of the potential danger of separatism.[44]

The Atatürk's policy on secularism was to remove religion from social issues and limit people's conscience to beliefs that do not go beyond people's personal lives. The goal was to reduce religion to prayer, and the principle of freedom of religion and the freedom of conscience proclaimed only the „individualized religion" and the prayers. Legislators believe that religion is personalized but requires state intervention when its subject affects existing social order. The Republic of Turkey was designed to be strictly secular. Mustafa Kemal Ataturk clearly stated[45] that "*We derive our inspiration, not from heaven, or from an unseen world, but directly from life.*"[46] The purpose of the new leadership is to not only secularize and modernize state and politics but transform society into a modern organization. Secularism was the backbone of the Republic's elite, which designed the Presidency of Religious Affairs as an administrative body for "regulating Islam".[47]

Law No 429 of 3 March 1924 abolished The Ministries of Seriyye (Religious Affairs) and Evkaf (Pious Foundations) and managed the administration of religious affairs in the context of a centralized presidency. The political elite who worked to build a secular society did not want to manage the administration of religious affairs within the Cabinet. Religious matters were conceived as "prayer services" whose technical administration is carried out by a single organization.[48] This on one hand meant continuous controllability and on the other hand ensured the provisionality and continuity of the religion as defined in this context and the related questions. The purpose of the audit was to ensure that the dogmatic order of religious issues can be continuously changed, the statements issued in religious matters can be kept temporary and controlled by social control. In this Act the organizational structure of the Presidency and the positions contained therein were not strictly regulated except for the provision that any legislative provision referring to muftis would be changed to the Presidency of Religious Affairs.

[41] CAGAPTAY opt.cit. 150.
[42] Istar B. GÖZAYDIN: *Diyanet and Politics*, The Muslim World Vol. 98., 2008. April/June, 218. http://www.ispionline.it/it/documents/Religioni2011/Gozaydin_Diyanet%20and%20Politics.pdf (03. 05. 2017.)
[43] Turkiye Diyanet Foundation website http://www.diyanetvakfi.org.tr/en-US/site/haberler/turkiye-diyanet-vakfi--iyiligi--odullendirecek-1571
[44] Soner CAGAPTAY: *Islam, Secularism, and Nationalism in Modern Turkey: Who Is a Turk?* Routledge, New York, 2006. 102-106.
[45] 1 Nov 1937.
[46] Andrew MANGO: *The Biography of the Founder of Modern Turkey*, The Overlook Press, 2002. 154
[47] Ahmet KURU - Alfred STEPAN (ed.): *Democracy, Islam, and Secularism in Turkey* (Religion, Culture, and Public Life), Columbia University Press, New York, 2012. 32-40.
[48] Özgür Heval CINAR - Mine YILDIRIM (ed.): *Freedom of Religion and Belief in Turkey*, Cambridge Scholars Publishing, Cambridge, 2014. 15-16.

Legal regulations concerning the administrative structure of the Religious Affairs organization in this period can be found in the *„Budget of the Presidency of Religious Affairs*", which was a part of the annual Budget Act.

The administrative structure of the central and provincial organizations of the Presidency of Religious Affairs was first stated in the 1927 Budget Act. In the "*Permanent Positions Table*" attached to the Act dated 30th June 1929 no. 1452 on the unification and equation of the salaries of civil servants, which was published in the Official Gazette and went into effect on 30th June 1929, the permanent positions of the Presidency of Religious Affairs were first stated, and as per the Article 2 of the said law, this table was considered as the organizational law for the Presidency of Religious Affairs until a new law would be made, that is until 1935.[49]

With this regulation, the claims made during the previous meetings of the Assembly, namely, that there was a lack of legal basis, were rendered invalid. Since the management and personnel (*hademe*) of all mosques and prayer rooms were transferred to the Presidency-General for Foundations by June 1931 with the 1931 fiscal year budget law of the Presidency-General for Foundations, adopted on 8th June 1931 and published in the Official Gazette on 13th June 1931, the personnel of the Presidency of Religious Institutions and Presidency of Supplies which had been under the central organization of the Presidency of Religious Affairs were transferred with their posts to the Presidency-General for Foundations. Thus the powers of the Presidency of Religious Affairs were considerably reduced. Furthermore, Article 7 of the Act stated that mosques and prayer rooms would be classified according to 'real needs', and duties that could be combined would be specified in order to determine new positions, so that the personnel were also reduced.[50]

Act No. 2800 on The Organization and Duties of Religious Affairs that was passed on 14thJune 1935, and published in the Official Gazette on 22nd June 1935, is the first organizational enactment of the Presidency of Religious Affairs. But, more importantly, Act no. 5634 came into effect on the 29th April 1950 towards the end of the Republican People's Party government.[51]

The 1950's

Which was even more important milestone: Act No. 5634, which entered into force on April 29, 1950. The Cabinet of the Republican Günaltay, Republican, has significantly altered the organization of religious affairs. Attitudinal differences are particularly interesting in relation to the creation of earlier laws. While previously only voted on the proposed religious affairs, this attitude was replaced by the constant announcement of demands and the introduction of bills at the party congress. The very name of the Act No. 5634 itself indicated the religious climate change. This change in climate can be observed also in speeches made by various deputies during the debates on this law, in which they stated that they were glad about the positive changes in religious organization and in the status of relevant individuals.

The title of the Act No. 5634 itself showed the religious climate change. The name "*Reislik*" was replaced by the name "*Başkanlık*", which reflected the change in the use of the Turkish language (Reis is the equivalent of the "President" and the modern Turkish equivalent of "başkan"). The act has created more units within the organization. The economic affairs of the mosques and patrimony, which had been assigned to the General Directory of the Foundations by the 1931 Amendment were returned after a lengthy debates to the Presidency of Religious Affairs.[52] The organizational and personnel structure of the Presidency of Religious Affairs, introduced in 1950 by Act No. 5634, was preserved until 1965.

The Act No. 633 on the Organization and Duties of the Presidency of Religious Affairs, which was published in the Official Gazette on 2 July 1965 and came into effect on 15 August 1965, was in my view a sign of a different mentality compared to that of the founding elite. In this regulation the duties of the Presidency of Religious Affairs were stated as *„to carry out affairs related to the beliefs, prayers and moral foundations of Islam, to enlighten society about religion and to manage places of prayer."*[53] To create an administrative body to offer services to meet the general, daily needs of practicing Islam may be justifiable as 'public service' where about 95% of the population belongs to Islam; however to assign to this organization a function such as *„to carry out affairs related to moral foundations"* whose content is legally ambiguous, indicates that the state preferred to use the organization as an ideological tool in a manner different from the original intent of the founding elite. Such a wording in an issue as delicate as the regulation of religion in a secular state reveals that the state's choice of propagating and protecting a particular religion is completely incompatible with the notion of a secular state.

Although one may assume that the legislators of the 1960's aimed to correct the Kemalist mistake of not adequately recognising the role of Islam in the formation of the Turkish individuals' identity, in my opinion the legal inappropriateness of such a regulation is obvious.

After the 1965 enactment, most legal regulations regarding religious affairs took the form of governmental decrees. Since both in the Constitutions of 1961 and 1982 it is stated that the organization shall be regulated by laws, this practice is obviously against the law. More importantly, both the fact that a great majority of legal regulations related to the organization was annulled by the Constitutional Court, as explained below, and that the regulations about its duties, in my view, are

[49] İştar B. GÖZAYDIN: *Religion, Politics and the Politics of Religion in Turkey*, http://www.ispionline.it/it/documents/Religioni/Gozaydin_Religion,%20Politics%20and%20the%20Politics%20of%20Religion%20in%20Turkey.pdf

[50] İştar B. GÖZAYDIN: *A Religious Administration to Secure Secularism: The Presidency of Religious Affairs of the Republic of Turkey,* Marburg Journal of Religion, Vol.11./1.,2006. https://www.uni-marburg.de/fb03/ivk/mjr/pdfs/2006/articles/goezaydin2006.pdf

[51] Republic of Turkey Presidency of Religious Affairs, https://diyanet.gov.tr/en/category/institutional/1

[52] Dietrich JUNG – Catharina RAUDVERE (ed.): *Religion, Politics and Turkey's EU Accession*, Palgrave Macmillan, New York, 2008, 163.

[53] Şenol KORKUT, *The Diyanet of Turkey and Its Activities…*

compatible neither with secularism as a constitutional principle nor with any functions of a modern state, severely damage its legal status.

The years of legal anomaly: 1970-2010

In 1975, the Grand National Assembly of Turkey enacted a new law that altered the existing system regarding religious affairs to a large extent allowing regulation with governmental decrees on certain issues. New legislation titled Act No. 1893 was sent to the President for ratification on 6 May 1975, but President Korutürk, who was then in office, sent the legislation back to the Grand National Assembly of Turkey to be reviewed again, in accordance with Article 93 of the Constitution of the Turkish Republic. During the revision of law No. 1893 in the Assembly, some fundamental changes were made on articles other than the ones that had led the President to return the law. In accordance with constitutional procedures in regards to legislative activities that did not require the President's approval for a second round, the Assembly enacted the regulations as an Act dated 26th April 1976 No. 1982, and sent it to the Presidency on 30th April 1976 to be published. However this enactment was considered by the Presidency to be a new law because of the changes beyond the scope of the stated reasons for the rejection of Act No. 1893, and it was therefore sent back to the Grand National Assembly of Turkey on 7th May 1967 to be reviewed again. Upon rejection of this demand, the President filed a case against Act No. 1882, and the Constitutional Court decided that the enactment was "*incompatible with the Constitution in form*" on 30th April 1979. This Constitutional Court decision was published in the Official Gazette on 11th May 1980, with the requirement that it should be revised one year later. However, neither on this date, nor later, was any legal regulation enacted except that, as explained above, the legal domain was regulated by cabinet decrees and other administrative regulations.[54]

Since there is still no change regarding legislation, a question to be asked is whether the provisions of Act No. 633 are in effect once again. This problem is solved by two decisions of the Council of State. A Third Chamber of the Council of State decision provides that a previous Act does not come into effect automatically, because the duty and authority of enacting and amending laws belong exclusively to the Grand National Assembly of Turkey and the decisions of the Constitutional Court are not retroactive. The General Board of the Council of State ratified this decision by decision E.1971/22, K.1971/36 and dated 24th May 1971.Thus, it cannot be claimed that after the annulment of Act No. 1982 came into effect, Act No. 633 would come into effect. In short at this time the Presidency of Religious Affairs can be defined as a legal oddity, which continues to exist as a very powerful administrative unit despite its lack of a technically legal basis. The legal gap which occurred just could be filled after 31 years by the Law 6002, published on 01. 07. 2010 which is practically the amendment of the Act No. 633.

Bibliography

Ahu ÖZYURT, *Law and Order in Turkey*. 02. 03. 2016. http://www.hurriyetdailynews.com/law-and-order-in turkey.aspx?pageID=517 & nID=95897 & NewsCatID=515

Francis MESSNER, *Public Funding of Religious in Europe*. Chapter 11. Differential, Disguised, and Deterritorialized: State Funding of Religion in Turkey, Routledge, New York, 2015.

Dietrich JUNG – Catharina RAUDVERE (ed.), *Religion, Politics and Turkey's EU Accession,* Palgrave Macmillan, New York, 2008.

İştar B. GÖZAYDIN, *Religion, Politics and the Politics of Religion in Turkey*. http://www.ispionline.it/it/documents/Religioni/Gozaydin_Religion,%20Politics%20and%20the%20Politics%20of%20Religion%20in%20Turkey.pdf

İştar B. GÖZAYDIN, *A Religious Administration to Secure Secularism: The Presidency of Religious Affairs of the Republic of Turkey*, Marburg Journal of Religion, Vol.11./1.2006. https://www.uni-marburg.de/fb03/ivk/mjr/pdfs/2006/articles/goezaydin 2006.pdf. Republic of Turkey Presidency of Religious Affairs. https://diyanet.gov.tr/en/category/institutional/1

Soner Cagaptay, *Islam, Secularism, and Nationalism in Modern Turkey: Who Is a Turk?* Routledge, New York, 2006.

Andrew Mango, *The Biography of the founder of Modern Turkey*, The Overlook Press, 2002. 154.

Ahmet KURU - Alfred STEPAN (ed.), *Democracy, Islam, and Secularism in Turkey* (Religion, Culture, and Public Life), Columbia University Press, New York, 2012. 32-40.

Özgür Heval ÇINAR - Mine YILDIRIM (ed.), *Freedom of Religion and Belief in Turkey*. Cambridge Scholars Publishing, Cambridge, 2014. 15-16.

Istar B. GÖZAYDIN, *Diyanet and Politics*. The Muslim World 98. kötet, 2008. April/June, 218. http://www.ispionline.it/it/documents/Religioni2011/Gozaydin_Diyanet%20and%20Politics.pdf (03. 05. 2017.)

DOROGMAN László, *Őrségváltás a diyanet élén: a török pániszlamizmus hajnala?* 15. 11. 2010. http://www.vajma.info/cikk/tukor/3754/Orsegvaltas-a-diyanet-elen-a-torok-paniszlamizmus-hajnala.html

Ahmet Hadi ADANALI, *The Presidency of Religious Affairs and the Principle of Secularism in Turkey*. The Muslim World, 11. 04. 2008. Ankara University, www.onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1478-1913.2008.00221 (03. 05. 2017.)

Soner CAGAPTAY, *The Rise of Turkey: The Twenty-First Century's First Muslim Power*. Potomac Books, Universtiy of Nebraska, 2014.

[54] Ahu ÖZYURT: *Law and Order in Turkey*, 02.03.2016. http://www.hurriyetdailynews.com/law-and-order-in-turkey.aspx?pageID=517&nID=95897&NewsCatID=515 (17.05.2017.)

Svante CORNELL, *The Rise of Diyanet: the Politicization of Turkey's Directorate of Religious Affairs.* http://www.turkeyanalyst.org/publications/turkey-analyst-articles/item/463-the-rise-of-diyanet-the-politicization-of-turkey%E2%80%99s-directorate-of-religious-affairs.html (10. 04. 2017.)

David LEPESKA, *Turkey Casts the Diyanet Ankara's Religious Directorate Takes Off* (17. 05. 2015.) https://www.foreignaffairs.com/articles/turkey/2015-05-17/turkey-casts-diyanet (04. 05. 2017.)

Nancy RADOVÁN, *No One Can Touch The Honor of Islam Through Diyanet*. 06. 05. 2015. http://www.turkishamericannews.com/life-and-islam/item/511-no-one-can-touch-the-honor-of-islam-through-diyanet (03. 05. 2017.)

Mine YILDIRIM, *The Collective Dimension of Freedom of Religion: A Case Study on Turkey.* Routledge, 2017.

Hadi ADANALI, *The Presidency of Religious Affairs and Principle of Secularism in Turkey*. The Muslim World, 98:2–3 (2008), p. 234–238. http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1478-1913.2008.00221.x/abstract (2017. 09. 03.)

İştar GÖZAYDIN, *Management of Religion in Turkey.* Turkey Institute, 2014, https://www.turkeyinstitute.org.uk/assets/docs/The-Management-of-Religion-in-Turkey.pdf, p. 12-16.

Şenol KORKUT, *The Diyanet of Turkey and Its Activities in Eurasia after the Cold War*. Acta Slavica Iaponica, Tomus 28, 117–139. http://src-home.slav.hokudai.ac.jp/publictn/acta/28/06Korkut.pdf (2017. 09. 03.)

Fuat KEYMAN, *Assertive Secularism in Crisis: Modernity, Democracy and Islam in Turkey*, in L.E. Cady and E.S. Hurd (eds.), Comparative Secularisms in a Global Age. Palgrave Macmillan, New York, 2010, 143.

Patricia M. Y. CHANG, *Religion and American Foreign Policy in the New Millennium*, İslamiyat (June 2003), pp. 35–50. http://src-home.slav.hokudai.ac.jp/publictn/acta/28/06Korkut.pdf

Hakan YAVUZ, *The Trifurcated Islam of Central Asia: A Turkish Perspective*, John L. Esposito, John O. Voll, and Osman Bakar, eds., *Asian Islam in the 21st Century*. New York, Oxford University Press, 2008.

Svante CORNELL, *The Rise of Diyanet: the Politicization of Turkey's Directorate of Religious Affairs.* Turkey Analist 05. 10. 2015. http://www.turkeyanalyst.org/publications/turkey-analyst-articles/item/463-the-rise-of-diyanet-the-politicization-of-turkey%E2%80%99s-directorate-of-religious-affairs.html (09. 09. 2017.)

Svante E. CORNELL, *The Naqshbandi-Khalidi Order and Political Islam in Turkey.* www.hudson.org, (09. 09. 2017.)

Amana FONTANELLA-KHAN, *Fethullah Gülen: who is the man Turkey's president blames for coup attempt?* https://www.theguardian.com/world/2016/jul/16/fethullah-gulen-who-is-the-man-blamed-by-turkeys-president-for-coup-attempt

Jüngste Entwicklungslinien in der Urheberrechtsgeschichte - das „Gesetz zur verbesserten Durchsetzung des Anspruchs der Urheber und ausübenden Künstler auf angemessene Vergütung“ vom 1. März 2017

(Recent Developments in the German Copyrightlaw: The „Gesetz zur verbesserten Durchsetzung des Anspruchs von Urhebern und ausübenden Künstlern auf angemessene Vergütung“, from March 1, 2017)

Stephanie Kucharski, Thomas Gergen *

Abstract

This article highlights the situation before the implementation of the german law titled „Gesetz zur verbesserten Durchsetzung des Anspruchs von Urhebern und ausübenden Künstlern auf angemessene Vergütung“, which became effective on March 1, 2017. For the first time the right for a reasonable remuneration was set up in the German law. Besides the representing part of this article - which describes the economic situation of the creative industry, the position of authors and the owner of the rights, as well as the resulting question about motivation of the authors and the importance of a new law - the article gives an overview about the recent developments of the German copyright and points out the necessity of further improvements of the law to satisfy the rights for a reasonable remuneration of the authors.

Keywords: *History of copyright; Improvement of the rights of authors and artists for a reasonable remuneration.*

1. Einleitung

Im „Gesetz zur Stärkung der vertraglichen Stellung von Urhebern und ausübenden Künstlern“ vom 22. März 2002 (BGBl I, 1155) wurde zum ersten Mal ein Anspruch auf eine angemessene Vergütung im Gesetz festgelegt. Jedoch bestehen weiterhin Defizite, die in der gestörten Vertragsparität begründet sind. Kreative Urheber lassen sich auf Vertragsbedingungen ein, durch die sie sämtliche Rechte am Werk gegen eine Einmalzahlung abtreten. Fraglich ist, ob diese Einmalzahlungen, die auch als Total-Buy-Outs bezeichnet werden, angemessen sind. Den Urhebern, die meist von einer ideellen Einstellung geprägt sind, fehlt es an Verhandlungs- und Marktmacht, um einen ihnen eventuell zustehenden Anspruch gegenüber den Verwertern, der im Gesetz beschrieben ist, durchsetzen zu können. Im schlimmsten Fall droht ihnen ein sogenanntes Blacklisting, was das Ausbleiben von Folgeaufträgen zur Konsequenz haben kann.

Das Ziel des Gesetzes vom 1. März 2017 soll die Stärkung der Vertragsparität sein. Viele gesellschaftlich relevanten Institutionen äußerten sich während des Gesetzgebungsverfahrens: Auf diese Entwicklungsgeschichte möchte die Studie Licht werfen, um Interessensstränge herauszuarbeiten. Zentrale neue Punkte des Gesetzes bilden der „Anspruch auf Auskunft und Rechenschaft“ nach § 32d Urheberrechtsgesetz (UrhG), der nicht nur gegenüber dem Vertragspartner, sondern auch innerhalb der Lizenzkette nach § 32e UrhG geltend gemacht werden kann. Weiterhin besteht das „Recht zur anderweitigen Verwertung nach zehn Jahren bei pauschaler Vergütung“ nach § 40a UrhG, sowie die „Vergütung des ausübenden Künstlers für später bekannte Nutzungsarten“ nach § 79 b UrhG.[1] Die Frage nach der Definition der angemessenen Vergütung sowie der Durchsetzung der angemessenen Vergütung führt im Fazit zu den Chancen und Risiken, die sich durch das neue Gesetz ergeben und zur Frage inwiefern das Gesetz weiterer Anpassung bedarf. Es folgt stets daraus, dass der Gesetzgeber aus der Urheberrechtsgeschichte viel lernen kann und sollte.

2. Definitionen

Das Urheberrecht als Teil des geistigen Eigentums, was im englischen Sprachgebrauch auch als „intellectual property“ bezeichnet wird, ist das Ergebnis einer kreativen, geistigen Leistung. Es kann zufällig oder als Folge einer gezielten Anstrengung entstehen.[2] Neben dem Urheberrecht, zu dem das

* Thomas Gergen ist Professor für Vergleichendes und Internationales Zivil- und Wirtschaftsrecht mit Immaterialgüterrecht am Institut de l'Économie Supérieur, ISEC Université Luxembourg, dort auch Leiter des Forschungsbereiches Immaterielle Wirtschaftsgüter.
Stephanie Kucharski, B.A. forschte an diesem Lehrstuhl und schrieb ihre Bachelorthesis im dort angebotenen Schwerpunktbereich Immaterialgüterrecht. Zur Lobbyarbeit bei der Entstehung dieses Gesetzes siehe von beiden Autoren den Beitrag in Revista crítica de Historia de las relaciones laborales y de la política social 11 (2017), im Druck.

1 Siehe stellvertretend für die Vielzahl an Aufsätzen aus 2017 zuletzt zu „Faire Verträge mit Urhebern und ausübenden Künstlern“ bzw. zur europäischen Bestsellerregelung: Dorfmayr, medien und recht 3/2017, 131-136; aus dem Jahre 2016: Peifer, GRUR 2016, 6-12; Berger/Freyer, ZUM 2016, 569-579 und 13-19; Obergfell/Zurth, ZGE/IPJ 8 (2016), 1-47; Tolkschmitt, GRUR 2016, 564-569; bereits 2015 erschienen Kreile/Schley, ZUM 2015, 837-841; Ory, AfP 2015, 389-394; gutachtlich schon Spindler, ZUM 2012, 921-933.

2 Vgl. http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Archiv/634523991/geistiges-eigentum-v2.html, Zugriff am 23. 03. 2017. Siehe neuerdings Gergen, Thomas: Steinbüchel *versus* Witwe Hamacher vor dem Reichshofrat – Zum Problem der Ähnlichkeit von Schriftwerken bei Druckprivilegien. In: Albrecht Götz von Olenhusen/Thomas Gergen (Hg.), Kreativität und Charakter. Recht, Geschichte und Kultur in schöpferischen Prozessen, Festschrift für Martin Vogel zum siebzigsten Geburtstag, Hamburg 2017, S. 65-84.

literarische und künstlerische Eigentum gehört, lässt sich das geistige Eigentum weiter unterteilen in gewerbliches Eigentum, wozu beispielsweise das Patent- und Markenrecht gehört. Letzteres entsteht erst durch die Registrierung beim Patent- und Markenamt, wodurch es auch als Registerrecht bezeichnet wird. Im Gegensatz dazu entsteht das Urheberrecht bereits mit der Entstehung des Werkes durch einen Urheber.[3]

2.1 Der Urheber in der Geschichte

Das Wort Urheber ist bereits im 15. Jahrhundert in der deutschen Linguistik zu finden. Abgeleitet aus dem mittelhochdeutschen „urhap", was Ursache, Anfang oder Ursprung bedeutet, übersetzt es das lateinische Wort „auctor"[4]. Im deutschen Urheberrecht ist der Begriff des Urhebers in § 7 UrhG als Schöpfer des Werkes definiert. Eine natürliche Person, die eine eigene, materielle, geistige, aber vor allem persönliche Schöpfung schafft. Zu den Schöpfern gehören zum Beispiel Komponisten, Schriftsteller, Autoren, Maler, Modeschöpfer und Bildhauer. Weder ein Ideengeber noch ein Auftraggeber kann der Urheber eines Werkes sein. Nach § 29 Absatz 1 UrhG erhält der Urheber mit dem Zeitpunkt der Entstehung des Werkes das absolute Recht der Urheberrechte. Dem Urheber werden Urheberpersönlichkeitsrechte zuerkannt, die sich im Wesentlichen in den § 12 bis 14 des UrhG finden.[5] Die Urheberpersönlichkeitsrechte ergeben sich aus der geschichtlichen Entwicklung des Urheberrechtes und sind zum ersten Mal im französischen Urheberrecht, das auch als „Droit d'auteur" bezeichnet wird, zu finden.

In England wurde dem Autor 1710 mit der „Statute of Anne" zunächst das ausschließliche - zeitlich begrenzte - Druck-, Veröffentlichungs- und Verkaufsrecht an Schriftwerken zugesprochen. Vordergründig sollte auf diese Weise das Recht des Autors gestärkt werden. Das eigentliche Ziel bestand jedoch im „Encouragement of Learned Men to Compose and Write useful Books."[6] Der Staat wollte auf diese Weise die Autoren dazu animieren nutzbringende Bücher zu schreiben, um das Lernen zu fördern. An diesem zentralen Leitgedanken orientierte sich 1790 auch die USA durch das sogenannte „Copyright", das inhaltlich erhebliche Ähnlichkeiten mit der „Statute of Anne" aufweist. Diese bestehen zum Beispiel in der Erforderlichkeit der Registrierung des Urheberrechtes, der Schutzfrist von 14 Jahren und der daran anknüpfenden einmaligen Verlängerungsmöglichkeit, nach der das Werk Gemeinfreiheit erlangt.[7] Die aktuelle Gesetzgebung des Copyrights betont den Schutz der wirtschaftlichen Interessen der Verleger und die Förderung des öffentlichen Wohls durch den wirtschaftlichen Anreiz. Ein Verzicht auf das Copyright, wodurch das Werk Gemeinfreiheit erlangt; die vollständige Übertragung durch den Urheber sowie die Weiterübertragung durch den Empfänger ist möglich. Eine „angemessene" Verwendung von geschützten Werken ist auch ohne Zustimmung des Urhebers möglich. Einmal im Warenverkehr befindliche Werke dürfen auch ohne Zustimmung weiterverkauft werden. Außerdem ist es erlaubt Kopien zu erstellen, die für private Studien oder die Berichterstattung genutzt werden dürfen. Im Copyright ist die Schutzdauer auf 70 Jahre (nach dem 01. 01. 1978 geschaffene Werke) bzw. 95 Jahre (vor dem 01. 01. 1978 geschaffene Werke) nach dem Tod festgelegt.[8]

Die Französische Revolution führte dazu, dass neben den sonstigen Privilegien, auch die Bücherprivilegien abgeschafft wurden, da sie zu einer Einrichtung des sogenannten „ancien régime"[9] gehörten. Die Lehre vom geistigen Eigentum hielt Einzug in das Rechtsbewusstsein, was dazu führte, dass das literarische und künstlerische Eigentum (im französischen: propriété littéraire et artistique) von der Nationalversammlung in den Gesetzen von 1791 und 1793 anerkannt wurde. Dazu gehörten Gesetze für das Patent-, das Urheberrecht und den Musterschutz. Dem Geist der Französischen Revolution folgend, wurde die Schutzfrist des Urheberrechtes 1793 bis zum Ablauf von zehn Jahren nach dem Tod des Urhebers festgelegt. Danach erhielt das Recht Gemeinfreiheit. Später wurde diese Schutzfrist verlängert und im Jahr 1866 bis auf 50 Jahre nach dem Tod des Autors festgelegt.[10] Dem Urheber wurden ausschließliche Rechte bezüglich der Verwertung sowie Persönlichkeitsrechte zugesprochen. Diese bildeten ein neues Element, was es im anglo-amerikanischen Raum in dieser Form nicht gab und prägend für die Entwicklung des Urheberrechtes in Kontinentaleuropa war. Im Gegensatz zu den anglo-amerikanischen Modellen, in denen das öffentliche Interesse den Ausgangspunkt bildete, spielte es in der französischen Fassung eine untergeordnete Rolle.[11] Frankreich setzte sich für die wirtschaftlichen und ideellen Interessen des Urhebers ein. Diesem Grundgedanken folgte auch Deutschland.

---

[3] Vgl. http://www.urheberrecht.de/geistiges-eigentum/, Zugriff am 24. 03. 2017.

[4] Vgl. http://www.juraforum.de/lexikon/urheber, Zugriff am 24. 03. 2017.

[5] Die angeführten Paragraphen betreffen die folgenden Regelungsbereiche: § 12 UrhG Veröffentlichungsrecht, § 13 UrhG Anerkennung der Urheberschaft, § 14 UrhG Entstellung des Werkes.

[6] Leventer, N., Google Book Search und vergleichendes Urheberrecht, Baden-Baden, Nomos, 2012, S. 84.

[7] Leventer, N., Google Book Search und vergleichendes Urheberrecht, S. 86.

[8] http://www.bpb.de/gesellschaft/medien/urheberrecht/169971/urheberrecht-und-copyright, Zugriff am 28. 03. 2017.

[9] Zur Fülle der Literatur siehe: Ludwig Gieseke: Vom Privileg zum Urheberrecht. Die Entwicklung des Urheberrechts in Deutschland bis 1845, Göttingen 1995, S. 39–42; Jürgen Gramlich: Rechtsordnungen des Buchgewerbes im Alten Reich. Genossenschaftliche Strukturen, Arbeits- und Wettbewerbsrecht im deutschen Druckerhandwerk, in: AGB 41 (1994), S. 1–145; Reinhard Wittmann: Geschichte des deutschen Buchhandels. Ein Überblick, München 1991, S. 19–22; Michael Giesecke: Der Buchdruck in der frühen Neuzeit. Eine historische Fallstudie über die Durchsetzung neuer Informations- und Kommunikationstechnologien, Frankfurt am Main 1991, S. 441; Walter Bappert: Wege zum Urheberrecht. Die geschichtliche Entwicklung des Urheberrechtsgedankens, Frankfurt am Main 1962; Hans Widmann: Geschichte des Buchhandels vom Altertum bis zur Gegenwart, Wiesbaden 1952, völlige Neubearb., Wiesbaden 1975; Heinz Mohnhaupt: Privileg, in: Enzyklopädie der Neuzeit, Bd. 10, hg. von Friedrich Jäger, Stuttgart 2009, Sp. 391-401; Mohnhaupt: Untersuchungen zum Verhältnis Privileg und Kodifikation im 18. und 19. Jahrhundert, in: Ius Commune 5 (1975), S. 71-121.

[10] Ulmer, E., Urheber- und Verlagsrecht, 1980, 3. Aufl., S. 52-53.

[11] http://www.bpb.de/gesellschaft/medien/urheberrecht/169977/geschichte-des-urheberrechts, Zugriff am 25. 03. 2017.

Der Prozess zur Entwicklung des deutschen Urheberrechtes dauerte im Vergleich zum anglo-amerikanischen Raum und Frankreich sehr lange. 1810 wurde in Baden erstmalig ein angepasstes Urheberrecht eingeführt, das sich an dem in Frankreich bereits bestehenden Urheberrecht orientierte. 1837 trat in Preußen eines der modernsten und umfassendsten Urheberrechtsgesetze („Gesetz zum Schutze des Eigentums an Werken der Wissenschaft und Kunst in Nachdruck und Nachbildung") der damaligen Zeit in Kraft. Auf Drängen des Börsenvereins des Deutschen Buchhandels wurde 1870 vom Norddeutschen Bund das „Gesetz betreffend das Urheberrecht an Schriftwerken, Abbildungen, musikalischen Kompositionen und dramatischen Werken" verabschiedet und nach der Gründung des Deutschen Kaiserreichs im Jahr 1871 dann unter der Bezeichnung „Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste" übernommen. 1886 wurde mit der „Berner Übereinkunft" das erste internationale Abkommen zum Urheberrecht von mehreren europäischen Ländern unterzeichnet. Ab 1901 wurden Werke der Literatur und Musik, und ab 1907 auch Werke der bildenden Kunst und Fotografie, urheberrechtlich geschützt. Die beiden Gesetze, die den Grundstein für das Urheberrecht darstellen, wurden im Gesetz vom 9. September 1965 zusammengefasst. Grundzüge der Gesetze von 1901 und 1907 existieren im bis heute geltenden Urheberrechtsgesetz.[12]

Im Gegensatz zum Copyright im anglo-amerikanischen Raum werden in Kontinentaleuropa die geistigen und wirtschaftlichen Interessen des Urhebers geschützt. Das vom Urheber geschaffene Werk kann nicht vom Urheber getrennt werden, weshalb ein Verzicht auf die Urheberrechte nicht möglich ist. Durch den Tod des Urhebers gehen die Rechte auf seine Erben über und bleiben für 70 Jahre nach dessen Tod geschützt, was in § 64 UrhG bestimmt wird. Im deutschen Urheberrecht gibt es Beschränkungen für Zitate, sodass nur Teile eines Werkes mit dem Verweis auf den Urheber und sein Werk verwendet werden dürfen. Privatkopien sind nur für den privaten Gebrauch und in einem festgelegten Umfang möglich. Das Werk kann für Forschung und Bildung einem bestimmten Personenkreis ohne die Zustimmung des Urhebers zur Verfügung gestellt werden.[13] Das Urheberrecht begründet das Recht des Urhebers an seinem Werk.

2.2 Das Werk im Urheberrecht

Das Werk ist der zentrale Begriff des Urheberrechtes. In § 2 Absatz 1 UrhG werden verschiedene Werkarten aufgelistet, wozu zum Beispiel Sprachwerke, Werke der Musik, Werke der bildenden Künste und Filmwerke zählen. Allerdings ist die in § 2 UrhG aufgeführte Liste nicht abschließend. Das Gesetz bleibt an dieser Stelle offen gegenüber neuen Entwicklungen, die gerade im Hinblick auf stetige technische Entwicklungen von Bedeutung sind. Werke als „Ausprägungen (Emanationen) des menschlichen Geistes"[14] werden in § 2 Absatz 2 UrhG definiert. Voraussetzungen für ein Werk sind eine persönliche und geistige Tätigkeit (geistiger Inhalt und Formgebung) sowie die Schöpfung, die über die Individualität sowie die Schöpfungshöhe definiert ist.[15] Die Schöpfungshöhe, die auch als Gestaltungshöhe oder Werkhöhe bezeichnet wird, ist das Maß an Individualität und das Kriterium für die Entscheidung, ob ein Werk vorliegt und daraus Urheberrechte resultieren. Sofern die Schöpfungshöhe nicht gegeben ist, gilt Gemeinfreiheit. Folglich stellt die Schöpfungshöhe als notwendige Bedingung, die Untergrenze des Schutzes durch das Urheberrecht dar, ohne die die Voraussetzung für ein Werk nicht gegeben ist.[16] Sofern die Schöpfungshöhe gegeben ist und ein Werk dem Schutz des Urheberrechts unterliegt, kann der Urheber nach § 31 UrhG Nutzungsrechte an seinem Werk einem sogenannten Verwerter einräumen. Zu den klassischen Verwertern zählen zum Beispiel bei musikalischen Werken Tonträgerhersteller und bei literarischen Werken die Verlage. Der Verwerter erwirbt die Nutzungsrechte an den Werken des Urhebers mit Gewinnerzielungsabsicht. Im Fall einer Nichtverwertung des Werkes, d.h. sofern der Verwerter seine Nutzungsrechte nicht oder nur unzureichend ausübt, ist es für den Urheber möglich innerhalb einer festgelegten Frist die Rechte nach § 41 UrhG zu widerrufen.

„Die Verwertungsgesellschaften nehmen kollektiv die Rechte der Urheber durch Einzel- oder Pauschalverträge mit den Verwertern über die Erlaubnis zur Nutzung bestimmter Werke in einer bestimmten Nutzungsart wahr."[17] Grundlage hierfür ist das Verwertungsgesellschaftsgesetz. „Im sogenannten Wahrnehmungsvertrag lassen sich die Verwertungsgesellschaften die Rechte und Ansprüche der Inhaber von Urheber- und Leistungsschutzrechten einräumen."[18] Der Wahrnehmungsvertrag ist nicht ausdrücklich im Gesetz geregelt. Es handelt sich um einen urheberrechtlichen Nutzungsvertrag eigener Art, der der AGB-Kontrolle unterliegt,[19] und dessen Aufsicht durch das Deutsche Patent- und Markenamt erfolgt. Zu den vier größten Verwertungsgesellschaften gehören die GEMA (Gesellschaft für musikalische Ausführungs- und Vervielfältigungsrechte) für Musikurheber, die GVL (Gesellschaft zur Verwertung von

[12] Gesetz über Urheberrechte und verwandte Schutzrechte – Urheberrechtsgesetz (UrhG) vom 09. 09. 1965 (BGBI I, 1273), zuletzt geändert durch das Gesetz vom 20. 12. 2016 (BGBI I, 3037). Angeführt sei hier die Privilegienpraxis im Königreich Württemberg, dazu Gergen: Die Nachdruckprivilegienpraxis in Württemberg im 19. Jahrhundert und ihre Bedeutung für das Urheberrecht im Deutschen Bund (Schriften zur Rechtsgeschichte Bd. 137), Berlin 2007; Gergen, Stichwort „Urheberrecht", in: Reclams Sachlexikon des Buches: Von der Handschrift zum E-Book, hg. von Ursula Rautenberg, Stuttgart, 3. Aufl. 2015, S. 399f. Zum Großherzogtum Baden: Gergen, Zwischen französischem droit d'auteur und deutscher Privilegientradition: Praxis und Entwicklung des badischen Urheberrechts im 19. Jahrhundert. In: UFITA I/2011, 131-158.

[13] http://www.bpb.de/gesellschaft/medien/urheberrecht/169971/urheberrecht-und-copyright, Zugriff am 28. 03. 2017.

[14] Gergen, Mediation und Translation im Recht des Geistigen Eigentums, Baden-Baden: Nomos, 2015, S. 167.

[15] http://anwalt-im-netz.de/urheberrecht/werkbegriff.html, Zugriff am 01. 04. 2017.

[16] http://www.juraforum.de/lexikon/schoepfungshoehe, Zugriff am 03. 04. 2017.

[17] Gergen, Mediation und Translation im Recht des Geistigen Eigentums, 2015, S. 232.

[18] ebd.

[19] https://www.wbs-law.de/wahrnehmungsvertrag/, Zugriff am 16. 04. 2017.

Leistungsschutzrechten), VG Wort für Autoren sowie VG Bild-Kunst für Fotografen, Maler und Filmemacher.[20]

„Das Urheberrecht ist als Ganzes oder in Teilen übertragbar (§ 29 Absatz 1 UrhG). Das Gesetz berücksichtigt damit (der monistischen Theorie folgend) die enge Verbindung des Urhebers zu seinem Werk."[21] Durch das Einräumen von Nutzungsrechten nach § 29 Absatz 2 UrhG überlässt der Urheber zum Beispiel „einem Verleger, der das Werk drucken und verbreiten will, das Vervielfältigungs- und Verbreitungsrecht, einer Bühne das Aufführungsrecht, einem Filmhersteller das Vorführungsrecht."[22] Nutzungsrechte können gemäß § 31 UrhG in einfacher oder ausschließlicher Form eingeräumt werden. Das einfache Nutzungsrecht nach § 31 Absatz 2 UrhG berechtigt zur vertraglichen Nutzung des Nutzungsberechtigten. Allerdings schließt es weder weitere Verwertungshandlungen, noch die Vergabe von weiteren Nutzungsrechten an weitere Verwerter durch den Urheber aus. Im Gegensatz dazu steht die Vergabe von ausschließlichen Nutzungsrechten nach § 31 Absatz 3 UrhG, auf deren Grundlage dem Nutzungsberechtigten ein Klagerecht eingeräumt wird, was sich bei Verletzung der ausschließlichen Nutzungsrechte auch gegen den Urheber selbst richten kann, da dem Nutzungsberechtigten die exklusiven Rechte am Werk zustehen.[23] Exklusiv bedeutet aus der Definition des Duden heraus „ausschließlich einem bestimmten Personenkreis oder bestimmten Zwecken, Dingen vorbehalten, anderen (Dingen) nicht zukommend."[24] Ein Beispiel für das Urheberrecht ist: „Wer Mitglied der Verwertungsgesellschaft GEMA wird, der räumt der GEMA eine Reihe von Nutzungsrechten auf exklusiver Basis ein. Von nun an vergibt die GEMA die Rechte gegen die Zahlung einer tariflich vereinbarten Gebühr - dem Künstler ist es nicht möglich die Vergabe durch die GEMA zu verhindern oder einen höheren/niedrigeren Preis für die Rechtevergabe zu verlangen. Nicht exklusiv ist im Gegensatz dazu eine Rechteübertragung, wenn die Vergabe von Rechten an einen Dritten erfolgt, derjenige, der die Rechte vergibt aber weiterhin selbst diese Rechte ausüben und sie auch weiterhin anderen Dritten übertragen kann. Soll beispielsweise die Aufnahme eines Musikstückes einer Band auf einer CD-Compilation erscheinen, wird die Band die hierfür erforderlichen Rechte nur auf nichtexklusiver Basis vergeben wollen, damit sie selbst berechtigt bleibt, dieses Musikstück auf CD auszuwerten, bzw. anderen diese Auswertung zu ermöglichen."[25] Ein Synonym für die Exklusivität ist die Ausschließbarkeit. Die Rechte stehen somit ausschließlich dem Verwerter zu. Der Urheber kann allerdings gegenüber diesem einen Anspruch auf Auskunft über die Verwertungshandlungen geltend machen.[26]

Ein Auskunftsanspruch im Zivilrecht bedeutet ein Anspruch auf Mitteilung bestimmter Umstände durch eine Erklärung. Eine Sonderform des Auskunftsanspruchs ist die Rechenschaftspflicht. Dieser Anspruch besteht nicht generell, sondern muss sich gemäß § 242 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) aus einem Vertrag, dem Gesetz oder einer Sonderrechtsbeziehung aus Treu und Glauben ergeben.[27] In der aktuellen Gesetzgebung des Urheberrechtes wurde ein Anspruch auf Auskunft in § 32d UrhG verankert. Dieser Anspruch (vgl. § 194 BGB) wurde sogar erweitert um den Anspruch auf Auskunft innerhalb der Lizenzkette nach § 32e UrhG, d.h. bei Vergabe von Unterlizenzen durch den Lizenznehmer. Der Auskunftsanspruch soll dazu dienen andere Ansprüche, im Fall des Urheberrechts, auf angemessene Vergütung, durchzusetzen. Es kann ein Mittel sein, eine gestörte Vertragsparität, die zwischen zwei Parteien vorliegt, auszugleichen. Die gestörte Vertragsparität beschreibt das Ungleichgewicht von zwei Vertragsparteien, was bedeutet, dass sie Verträge nicht auf Augenhöhe aushandeln können. Das ungleiche Kräfte- und Machtverhältnis führt zu einer Abhängigkeit der schwächeren von der stärkeren Vertragspartei. Die Störung der Vertragsparität gibt Anlass zu Überlegungen und dogmatischen Ausgleichungen, damit das Ungleichgewicht überwunden werden kann, was aber nicht zwangsweise einer gesetzlichen Regelung bedarf. Es ist zu unterscheiden, ob diese Störung als schwerwiegend oder hinnehmbar einzustufen ist. Sollte diese Störung jedoch als massiv, d.h. als Verstoß gegen die guten Sitten anzusehen sein, so ist das Recht nach § 138 Absatz 1 BGB, als Ausbeutungsmissbrauch, anzuwenden.[28] Im Urheberrecht, wo durch die Gesetzesnovelle das Ungleichgewicht der Vertragsparteien beseitigt werden soll, hat bislang die gestörte Vertragsparität dazu geführt, dass die schwächere Partei einen Vertrag auch zu schlechteren Bedingungen angenommen bzw. sämtliche Rechte am Werk durch eine pauschale Vergütung abgetreten hat, das sogenannte Total-Buy-Out.[29]

In der Übersetzung bedeutet Total-Buy-Out ein kompletter Ausverkauf. Auf Basis der vom Verwerter vielfach gezahlten Pauschalvergütungen werden dem Urheber sämtliche ausschließlichen Rechte an seinem selbst geschaffenen Werk aus den Händen genommen. Durch das bereits beschriebene Ungleichgewicht der Vertragsparteien ist es in vielen Fällen nicht möglich, dass der Urheber sich durchsetzen kann, um bessere Konditionen zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses auszuhandeln oder auch ex-post nach zu verhandeln, wenn sein Werk erfolgreich am Markt angenommen wurde, da als Konsequenz eventuell ein Blacklisting droht, was übersetzt schwarze Liste oder auch Ausschlussliste bedeutet. Es ist ein faktischer Boykott, der zur Folge hat, dass der Urheber möglicherweise keine Folgeaufträge erhalten wird, wenn er versucht gesetzliche Ansprüche individuell einzufordern. Der Boykott definiert sich wie folgt: „Verabredung, Kontakte mit einer Person, einer

[20] http://www.juraforum.de/lexikon/rechtewahrnehmung, Zugriff am 19. 04. 2017.
[21] Gergen, Mediation und Translation im Recht des Geistigen Eigentums, 2015, S. 219.
[22] Gergen, Mediation und Translation im Recht des Geistigen Eigentums, 2015, S. 219-220.
[23] http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Archiv/1844/nutzungsrecht-v12.html, Zugriff am 26. 03. 2017.
[24] http://www.duden.de/rechtschreibung/exklusiv, Zugriff am 26. 04. 2017.
[25] http://www.musikrecht-meyer.de/downloads/SC_07_2011_exklusiv_vs_nicht_exklusiv.pdf, Zugriff am 25. 05. 2017.
[26] http://www.duden.de/rechtschreibung/Exklusivitaet, Zugriff am 26. 04. 2017.
[27] http://www.rechtslexikon.net/d/auskunftsanspruch/auskunftsanspruch.htm, Zugriff am 26. 04. 2017.
[28] Bülow, Peter/Artz, Markus: Handbuch Verbraucherprivatrecht, Heidelberg 2005, S. 6.
[29] http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/18/086/1808625.pdf, Zugriff am 29. 03. 2017.

Personengruppe oder einem Land zu vermeiden und v.a. keine Verträge mit ihnen abzuschließen."[30] Auf diese Weise bringt der stärkere Vertragspartner zum Ausdruck, dass er mit den Forderungen der schwächeren Vertragspartei nicht einverstanden ist und setzt diese somit unter Druck. Da der Künstler in den meisten Fällen selbstständig tätig ist, wird es ihm alleine kaum gelingen seine Ansprüche geltend zu machen. Eine Möglichkeit zum Schutz vor einem Blacklisting wäre ein Verbandsklagerecht. „In Deutschland gibt es unterschiedlich ausgeprägte Möglichkeiten, eine Verbandsklage zu erheben. Als Verbandsklage wird die Klage von Vereinen oder Verbänden bezeichnet, mit der diese nicht die Verletzung eigener Rechte geltend machen, sondern die der Allgemeinheit."[31] Die jeweiligen Verbände im Urheberrecht könnten sich auf diese Weise für die Urheber einsetzen. Somit würde eine individuelle Klage vermieden und der Urheber nicht direkt mit seinem Namen gelistet werden. Das Verbandsklagerecht ist in der Gesetzesnovelle in § 36b berücksichtigt, ist jedoch nur möglich, sofern der Werknutzer die gemeinsamen Vergütungsregeln selbst aufgestellt hat oder er Mitglied einer Vereinigung von Werknutzern ist, die die gemeinsamen Vergütungsregeln aufstellen.

3. Ökonomische und juristische Gründe für eine Urheberrechtsreform

Im nachfolgenden Kapitel wird die gesamtwirtschaftliche Bedeutung des Urheberrechtes in Deutschland aufgezeigt. Weiterhin geht es um die Stellung von Urhebern und Verwertern, die über die Motivation des Urhebers zu der Frage führt, warum eine Reform des Urheberrechtes von Bedeutung war. Bereits mit dem Gesetz von 2002 und mit der aktuellen Gesetzesnovelle wurde versucht der vorherrschenden Situation gerecht zu werden.

3.1 Die gesamtwirtschaftliche Bedeutung des Urheberrechtes in Deutschland

Seit dem Ende der 1980er Jahre entwickelte sich die Kultur- und Kreativwirtschaft zu einem der dynamischsten Wirtschaftszweige der Weltwirtschaft und gilt als Innovationstreiber für viele andere Wirtschaftszweige. Zu dieser Branche, geprägt von Freiberuflern sowie Klein- und Kleinstbetrieben, gehören Autoren, Musiker, Filmemacher, Architekten, bildende und ausübende Künstler, Designer sowie Entwickler von Computerspielen.[32] Laut dem Bundesministerium für Wirtschaft und Energie beträgt der Beitrag zur volkswirtschaftlichen Gesamtleistung, d.h. Bruttowertschöpfung, im Jahr 2015 65,5 Milliarden Euro, bei einem Umsatz von 150 Milliarden Euro. Das Wachstum beläuft sich auf 2,4 Prozent im Vergleich zum Vorjahr. Auf der Grundlage dieser Zahlen ist die Branche vergleichbar mit großen Industriezweigen wie der Automobilbranche oder auch der Finanzdienstleistungsbranche.[33] Im Zeitalter der Information und Digitalisierung gewinnen urheberrechtlich relevante Leistungen zunehmend an wirtschaftlicher Relevanz. Die Kulturschaffenden gelten als Querdenker und Impulsgeber und sind aufgrund dessen ein wichtiger Bestandteil der Kultur einer Gesellschaft. Neben der ökonomischen Betrachtung auf Basis des Zahlenmaterials des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie, ist die Rolle als Träger und Produzent von ideellen Grundlagen der Gesellschaft zur Herstellung und Garantie von Wettbewerbsfähigkeit von Bedeutung. Die Kultur ist der zentrale Begriff für das „Sozialkapital" einer Gesellschaft, da die Kulturgüter Ausdruck von Identität und Wertevorstellungen sind. Die Kultur vermittelt gemeinsame Denk- und Wertemuster, mit denen Menschen ihre Welt verstehen, gegenüber anderen zum Ausdruck bringen und sich auf diesem Weg verständigen. Die Kultur ist ein Schlüsselbegriff für das Gesamtgeflecht von Verhaltensmustern, Normen und Werten. Diese prägen innerhalb einer Gesellschaft die Vorstellung von Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft.[34]

3.2 Stellung von Verwertern und Urhebern

Um die kreative Leistung der Wirtschaft zur Verfügung zu stellen, stehen dem Urheber Verwerter und Intermediäre gegenüber, die für die Herstellung, Verbreitung und Vermarktung der Werke sorgen. Um beispielhaft auf die Einnahmen und basierend darauf auf die Stellung der Verwerter einzugehen, wird an dieser Stelle auf die drei größten Bellestrik- und Sachbuchverlage nach Umsatz im Jahr 2016 verwiesen. Dazu zählen Random House, an der Bertelsmann 52 Prozent der Anteile hält, mit einem Umsatz von 309 Millionen Euro, S. Fischer mit 81,2 Millionen Euro sowie Bastei Lübbe mit 79,3 Millionen Euro.[35] Verwerter stellen die stärkere Vertragspartei dar, da sie eine bessere wirtschaftliche Ausgangssituation haben. Durch das Überangebot an freiberuflichen Kreativen können faire Vergütungen in den meisten Fällen nicht durchgesetzt werden. Die gestörte Vertragsparität lässt den Austausch auf Augenhöhe nicht zu. Nur wenige Kreative sind in Verbänden oder Vereinigungen organisiert, wodurch es ihnen an Verhandlungsmacht fehlt, um eine angemessene Vergütung durchzusetzen und sich auf dieser Basis ein solides Einkommen zu sichern.

Das Einkommen der Kreativen setzt sich aus unterschiedlichen Quellen zusammen und die Höhe ist sehr unterschiedlich sowohl innerhalb einer Branche, als auch zwischen den verschiedenen Branchen. Die Einkünfte, die direkt auf den Urheberrechten beruhen, sind nicht unbedingt die wichtigsten, oft sind öffentliche Auftritte oder Stipendien wichtiger. In den meisten Fällen ist es für den Urheber schwierig oder sogar unmöglich seine Rechte am Werk, auf denen sein Einkommen basiert, selbst zu verfolgen, sodass die Nutzungsrechte auf der Basis des Wahrnehmungsvertrags an die jeweilige für den Tätigkeitsbereich zuständige Verwertungsgesellschaft übertragen wird.[36]

[30] http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Archiv/54053/boykott-v7.html, Zugriff am 10. 04. 2017.
[31] http://www.juraforum.de/lexikon/verbandsklage, Zugriff am 10. 04. 2017.
[32] Vgl. http://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Artikel/Branchenfokus/Wirtschaft/branchenfokus-kultur-und-kreativwirtschaft.html, Zugriff am 30. 04. 2017.
[33] ebd.
[34] https://www.bundestag.de/blob/414922/a7bc65f43f8f77b1c72bab118f878070/wf-x-012-06-pdf-data.pdf, Zugriff am 24. 03. 2017.
[35] https://de.statista.com/statistik/daten/studie/183328/umfrage/die-groessten-verlage-in-deutschland-nach-umsatz/, Zugriff am 12. 05. 2017.
[36] http://heilbronn.ihk.de/ximages/1467112_gema.pdf, Zugriff am 01. 05. 2017.

Ein wichtiger Bestandteil, der den wesentlichen Teil des Lebensunterhaltes ausmacht, ist der Verdienst des Partners. Dies ist oft ein wichtiges Kriterium bei der Frage, ob der Kreative diese Tätigkeit weiterführen möchte oder die Kunst für einen „bürgerlichen" Job aufgibt.[37] Das jährliche Durchschnittseinkommen der Künstler laut der Künstlersozialkasse beträgt zum 1. Januar 2015 rund 15.500 €,[38] wodurch sich die Frage stellt, worauf die Motivation des Künstlers basiert, zu diesem Einkommen seine Tätigkeit auszuüben.

3.3 Motivation der Urheber

Unter Motivation versteht sich das auf emotionaler und neuronaler Aktivität beruhende Streben nach Zielen. Bei der intrinsischen Motivation handelt es sich um einen Antrieb, der von innen heraus, unabhängig von äußeren Faktoren, entsteht, d.h. zum Selbstzweck. Es gibt zwei Arten intrinsischer Motivation. Die interne Prozessmotivation, d.h. die Motivation über die Tätigkeit selbst, wodurch über die Begeisterung ein Flow erzeugt wird. Weiterhin das interne Selbstverständnis, bei dem die Motivation auf den eigenen Grundsätzen oder Werten basiert. Die intrinsische Motivation steht im Gegensatz zur extrinsischen Motivation, dessen Antrieb zur Erbringung einer Leistung nicht auf einer inneren Überzeugung beruht, sondern auf äußeren Umständen. Es werden drei Arten extrinsischer Motivation unterschieden. Die instrumentelle Motivation, durch Belohnungen und Vorteile; das äußere Selbstverständnis, zum Beispiel durch äußere Erwartungen, sowie die Internalisierung von Zielen, wo die Motivation durch Zielsetzungen innerhalb einer Gruppe geprägt wird. Da die intrinsische Motivation aus der Person selbst heraus motiviert ist, gilt sie als beständiger, als die extrinsische Motivation.[39] „Die Erfüllung von inneren Grundwerten ist eine permanente Aufgabe, und das Gewicht der Grundwerte verändert sich, wenn überhaupt, nur langfristig. Aus diesen Gründen spielt die Motivation von innen die größte Rolle."[40] Der Urheber oder ausübende Künstler ist, im Gegensatz zum Verwerter, aus dem kreativen Antrieb und dem Streben nach sozialer Anerkennung heraus, intrinsisch motiviert. Eine hohe intrinsische Motivation wird häufig als Voraussetzung für kreative Leistungen gesehen.[41] Diese idealistische Einstellung führt dazu, dass schlechte Produktionsbedingungen und ein niedriges Einkommen in Kauf genommen werden und die ideelle Einstellung des Künstlers vom Verwerter ausgenutzt wird, was eine Anpassung des Gesetzes bereits im Jahr 2002 erforderlich machte.

3.4 Änderungen durch das Gesetz von 2002

Mit dem „Gesetz zur Stärkung der vertraglichen Stellung von Urhebern und ausübenden Künstlern" vom 22. März 2002 wurde der Anspruch auf eine angemessene Vergütung zum ersten Mal gesetzlich verankert. Das Ziel des Gesetzes war die Schaffung von Branchenstandards, abgeleitet aus gemeinsamen Vergütungsregeln. Weiterhin sollte das Einkommen der Urheber verbessert, sowie nachträgliche Korrekturen von Missverhältnissen möglich werden. § 32 UrhG regelt die Gewährleistung der angemessenen Vergütung. Primär nach § 32 Absatz 1 Satz 1 UrhG hat der Urheber Anspruch auf die vertraglich vereinbarte Vergütung. Sofern keine Vergütungsverabredung vorliegt, d.h. die Höhe der Vergütung nicht bestimmt ist, gilt nach § 32 Absatz 1 Satz 2 UrhG eine angemessene Vergütung als vereinbart. Weiterhin besteht nach § 32 Absatz 1 Satz 3 UrhG ein Korrekturanspruch. Dieser besteht, wenn trotz einer Vergütungsabrede, die tatsächliche Vergütung hinter der angemessenen zurückbleibt. Der Korrekturanspruch richtet sich jedoch nur an den direkten Vertragspartner, nicht an Dritte, d.h. Lizenznehmer, die eine wichtige Rolle spielen und bei der Frage nach einem Korrekturanspruch von Bedeutung sind. Nach § 32 Absatz 2 Satz 1 UrhG ist eine Vergütung immer dann angemessen, wenn sie aus einer gemeinsamen Vergütungsregel resultiert. Ein wichtiges Merkmal für die angemessene Vergütung ist nach § 32 Absatz 2 Satz 2 UrhG die Üblichkeit und die Redlichkeit der Vergütung nach Art und Umfang. Für den Fall, dass während der Vertragslaufzeit Umstände eintreten, die dazu führen, dass die Vergütung als unangemessen angesehen wird, steht dem Urheber nach § 32a UrhG ein Fairnessausgleich zu. Dieser wurde in der alten Fassung des Urheberrechtes als „Bestsellerparagraph" bezeichnet. Der Fairnessausgleich ist eine ex-post Betrachtung. Dies hat zur Folge, dass im Nachgang an den Vertragsabschluss festgestellt werden kann, ob ein Missverhältnis bezüglich der Angemessenheit der Vergütung vorliegt. Angelehnt ist dies an den Wuchertatbestand nach § 138 Absatz 2 BGB, was dazu führt, dass der Urheber das Recht auf Vertragsanpassung hat und ihm dadurch eine weitere Beteiligung aus der Verwertung zusteht. Mit dem heutigen Wissen hätte der Urheber die Willenserklärung in dieser Form nicht abgegeben. Durch die Änderung des Tatbestandes, d.h. das Werk hatte einen größeren Erfolg, als zu Beginn angenommen, da zum Beispiel der Künstler populärer geworden ist, stimmen die Willenserklärungen ex-post nicht mehr überein. Der Anspruch besteht in diesem Fall nicht nur gegenüber dem direkten Vertragspartner, sondern nach § 32a Absatz 2 UrhG auch gegenüber dem Dritten, dem Nutzungsrechte am Werk des Urhebers eingeräumt wurden. Der Fairnessausgleich gilt nach § 32a Absatz 4 UrhG nicht für gemeinsame Vergütungsregeln, da diese grundsätzlich als angemessen gelten. § 36 UrhG zielt darauf ab, auf Basis von gemeinsamen Vergütungsregeln, Standardvergütungsregeln für bestimmte Branchen zu schaffen, was das Hauptziel des Gesetzes von 2002 war. Gemeinsame Vergütungsregeln gelten nach § 32 Absatz 1 UrhG als unwiderruflich angemessen. Nach § 36 Absatz 2 Satz 3 UrhG haben jedoch tarifvertragliche Regelungen Vorrang vor den gemeinsamen Vergütungsregeln. Sofern keine gemeinsamen Vergütungsregeln erreicht werden können, besteht die Möglichkeit nach § 36 Absatz 3 UrhG die Schlichtungsstelle anzurufen. § 32b UrhG regelt das zwingende Recht, wodurch eine Umgehung der § 32 UrhG und § 32a UrhG nicht

[37] http://www.bpb.de/gesellschaft/medien/urheberrecht/170006/wie-verdienen-urheber-ihr-geld, Zugriff am 15. 05. 2017.
[38] http://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Urheber.pdf?__blob=publicationFile & v=2, Zugriff am 25. 03. 2017.
[39] http://www.intrinsische-motivation.eu/, Zugriff am 20. 05. 2017.
[40] http://www.intrinsische-motivation.eu/, Zugriff am 20. 05. 2017.
[41] http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Archiv/57320/intrinsische-motivation-v6.html, Zugriff am 28. 04. 2017.

möglich ist. Da weiterhin Defizite bestanden, wurde im Koalitionsvertrag der CDU, CSU und SPD der 18. Legislaturperiode die Überarbeitung des Urheberrechtes festgelegt.[42]

3.5 Änderungen durch den Regierungsentwurf vom 16. März 2016

Am 16. März 2016 hat das Bundeskabinett einen Entwurf für das „Gesetz zur verbesserten Durchsetzung des Anspruchs der Urheber und ausübenden Künstler auf angemessene Vergütung“[43] beschlossen. Der Regierungsentwurf sieht die Stärkung der Vertragsparität durch eine faire Beteiligung an den Erlösen der Verwertung von kreativen Leistungen vor, sichergestellt durch individualvertragliche und kollektivrechtliche Mechanismen. Ziel sollte ein gerechter Ausgleich der Interessen von Urhebern und Verwertern sein. Der Wert der kreativen Leistung sollte auf dieser Grundlage stärker in den Mittelpunkt der Debatte rücken, um die Bedeutung des geistigen Eigentums für die Gesellschaft in den Vordergrund zu stellen. Aus der Problemstellung ergeben sich im Wesentlichen die nachfolgenden Änderungen.

Um der mehrfachen Nutzung eines Werkes gerecht zu werden, wird in § 32 Absatz 2 Satz 2 des Regierungsentwurfs nach dem Wort „Dauer“, das Wort „Häufigkeit“ eingefügt. § 32d des Regierungsentwurfs ermöglicht auf gesetzlicher Basis einen Anspruch auf Auskunft und Rechenschaft, sodass der Urheber einmal jährlich von dem entsprechenden Vertragspartner Auskunft verlangen kann, was den Umfang der Werknutzung und der hieraus gezogenen Erträge und Vorteile im Rahmen des ordnungsgemäßen Geschäftsbetriebes angeht. Ausgeschlossen ist dieser Anspruch, wenn es sich um einen untergeordneten Beitrag zu einem Werk handelt. Untergeordnet ist ein Beitrag, wenn er den Gesamteindruck eines Werkes wenig prägt. Weiterhin ist der Anspruch ausgeschlossen, wenn es sich um eine Inanspruchnahme des Vertragspartners handelt, die aus anderen Gründen unverhältnismäßig ist, es sich um eine unentgeltliche Überlassung handelt und der Gegenstand des Schutzes ein Computerprogramm ist. In § 36 Absatz 2 UrhG wird ein Satz eingefügt, wonach Vereinigungen, die Urheber oder Werknutzer vertreten, ermächtigt sind nach Satz 1 gemeinsame Vergütungsregeln aufzustellen, es sei denn, dass die Mitglieder der Vereinigung einen entgegenstehenden Beschluss fassen.

§ 36b des Regierungsentwurfs regelt den Unterlassungsanspruch bei Verstoß gegen die gemeinsamen Vergütungsregeln, d.h. die Verbandsklage. Sofern gemeinsame Vergütungsregeln von Seiten des Werknutzers aufgestellt wurden oder dieser einem Verband angehört, der sich dazu verpflichtet hat gemeinsame Vergütungsregeln aufzustellen, kann bei Verstößen auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, wenn die Bestimmungen des Vertrages zwischen Urheber und Werknutzer zum Nachteil des Urhebers von gemeinsamen Vergütungsregeln abweichen. § 36c des Regierungsentwurfs bezieht sich auf die individualrechtlichen Folgen des Verstoßes gegen gemeinsame Vergütungsregeln, wonach nicht zum Nachteil des Urhebers von gemeinsamen Vergütungsregeln abgewichen werden kann. Der Urheber kann von seinem Vertragspartner die Einwilligung in die Änderung des Vertrages verlangen, damit die Abweichung von der gemeinsamen Vergütungsregel beseitigt werden kann. § 40a Absatz 1 des Regierungsentwurfs sieht vor, dass der Urheber, der dem Verwerter ein ausschließliches Nutzungsrecht auf der Grundlage einer Einmalzahlung eingeräumt hat, nach Ablauf einer Frist von zehn Jahren das Werk anderweitig verwerten kann. Dem Verwerter verbleibt ein einfaches Nutzungsrecht für die weitere Verwertung. Dies gilt nicht für tarifvertragliche Regelungen oder gemeinsame Vergütungsregeln. Nach frühestens fünf Jahren kann gemäß § 40a Absatz 2 des Regierungsentwurfs die Ausschließlichkeit für die gesamte Dauer der Nutzungsrechtseinräumung vereinbart werden. Durch die Weiterverwertung soll dem Total-Buy-Out entgegengewirkt werden. Abweichend von Absatz 1 regelt Absatz 3, dass bei Vertragsabschluss ein zeitlich unbeschränktes Nutzungsrecht eingeräumt werden kann, wenn lediglich ein untergeordneter Beitrag zu einem Werk, Produkt oder einer Dienstleistung erbracht wurde bzw. der Gesamteindruck des Werkes wenig geprägt wurde. Dies gilt auch, wenn Gegenstand des Schutzes ein Computerprogramm ist. Weiterhin wurde § 79b im Regierungsentwurf eingefügt, wonach der Urheber einen Anspruch auf eine gesonderte, angemessene Vergütung für später bekannte Nutzungsarten erhält. Dies gilt für den Fall, dass der Vertragspartner eine neue Art der Nutzung seiner Darbietung aufnimmt, als die zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vereinbarte, aber noch nicht bekannte. Der Anspruch kann jedoch nur durch eine Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden. Diese Regelung gilt auch gegenüber Dritten nach § 79b Absatz 3 des Regierungsentwurfs. In diesem Fall entfällt die Haftung für den direkten Vertragspartner.[44] Bevor es im Dezember 2016 zum Beschluss des Gesetzes zur verbesserten Durchsetzung des Anspruchs der Urheber und ausübenden Künstler auf angemessene Vergütung und zur Regelung von Fragen der Verlegerbeteiligung (vom 20. 12. 2016, BGBl I, 3037) im Bundestag kam, hat sich für die Interessenverbände die Möglichkeit geboten Stellungnahmen zum Regierungsentwurf abzugeben, damit mögliche Kritikpunkte eventuell Berücksichtigung im veröffentlichten Gesetz finden.

4. Kritik und Stellungnahmen am Regierungsentwurf vom 16. März 2016

Im nachfolgenden Kapitel werden die Kritiken und Stellungnahmen der verschiedenen Interessenverbände zum Regierungsentwurf, der am 16. März 2016 vom Bundeskabinett beschlossen wurde, dargelegt. Es werden unterschiedliche Standpunkte berücksichtigt, um ein umfassendes Bild der Situation, sowohl auf Verwerter-, als auch auf Urheberseite zu erhalten.

4.1 Vereinte Dienstleistungsgesellschaft - Ver.di[45]

In ihrer Stellungnahme geht Ver.di darauf ein, dass bereits im Gesetz von 2002 die angemessene Vergütung aufgenommen wurde und nach § 32 und § 32a UrhG für den Urheber das

[42] http://www.herfurth.de/fileadmin/herfurth/compact/CC-172.pdf, Zugriff am 29. 03. 2017.
[43] http://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Urheber.pdf?__blob=publicationFile & v=2, Zugriff am 25. 03. 2017.
[44] http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/18/086/1808625.pdf, Zugriff am 29. 03. 2017.
[45] http://dju.verdi.de/++file++57303cf04f5e921814000159/download/Stellungnahme%20Urhebertsreform.pdf, Zugriff am 16. 05. 2017.

Recht besteht, eine Vertragsanpassung vom Verwerter zu verlangen. Obwohl diese Möglichkeit besteht, sieht Ver.di in diesem Zusammenhang weiterhin die Gefahr des Blacklistings und verweist auf die seit Jahren von ihnen geforderte hoheitliche Überprüfung der Angemessenheit der Vergütung. Sofern diese nicht gewährleistet werden kann, fordern sie zum Schutz des Urhebers mindestens ein effektiv ausgestaltetes Verbandsklagerecht. Das Verbandsklagerecht ist im Regierungsentwurf vom 16. März 2016 vorgesehen, allerdings nur für Verwerter, die gemeinsame Vergütungsregeln aufstellen oder die Mitglieder eines Verbandes sind, die solche Regeln aufstellen. Nach Meinung von Ver.di vernachlässigt dieser Ansatz den Gesichtspunkt, dass gemeinsame Vergütungsregeln als Angemessenheitsmaßstab Branchenstandards setzen sollen. Dies führt ihrer Ansicht nach dazu, dass das Verbandsklagerecht ins Leere läuft, wenn es eine Vergütungsregel für eine bestimmte Branche gibt, diese allerdings von Außenseitern unterlaufen werden kann. Somit ist es nicht möglich einen Branchenstandard zu erreichen. Ver. di begründet dies damit, dass zwei Regelungskonzepte nebeneinander existieren. Bei einer individuellen Rechtsdurchsetzung wirken Vergütungsregeln als allgemein anwendbare Maßstäbe oder auch Vergleichsmaßstäbe. Bei einer kollektiven Rechtsdurchsetzung wirken sie nur interpartes, d.h. zwischen den Vertragsparteien.

Ver.di geht weiterhin auf den Auskunftsanspruch nach § 32d des Regierungsentwurfes ein. Der Auskunftsanspruch ist ihrer Meinung nach per Gesetz sehr stark eingeschränkt und besteht nur gegenüber der direkten Vertragspartei. Sofern die Werknutzung im Wesentlichen durch Lizenznehmer erfolgt, würde eine Klage nicht zum gewünschten Ergebnis führen. Der Anspruch gilt außerdem nur für Werke, die entgeltlich genutzt werden und ist inhaltlich begrenzt auf die im Rahmen eines ordnungsgemäßen Geschäftsbetriebes üblicherweise vorhandenen Informationen. Der Auskunftsanspruch ist nicht anwendbar, wenn es sich um einen untergeordneten Beitrag zu einem Werk, einem Produkt oder einer Dienstleistung handelt. Ver.di sieht hier eine massive Verunsicherung sowie im schlimmsten Fall Erschwerung oder gar Vereitelung der Durchsetzung von Ansprüchen.

Ver.di kritisiert außerdem § 40a des Regierungsentwurfs, wo bei Zahlung von Pauschalvergütungen die Möglichkeit für den Urheber besteht nach Ablauf von zehn Jahren das Werk anderweitig zu verwerten. Ver.di sieht in dieser zeitlichen Limitierung pauschal abgegoltener ausschließlicher Nutzungsrechte eine Hintertür, die dazu führt, dass eine Art gesetzliches Vergütungsmodell eingeführt würde, sodass für den Zeitraum von bis zu zehn Jahren Pauschalabgeltungen für ausschließliche Rechte zulässig sind. Für den Zeitraum, der über die zehn Jahre hinausgeht, bis zum Ablauf der Schutzfrist, ein einfaches Nutzungsrecht ebenfalls pauschal abgegolten werden kann. Implizit besagt dies laut Ver.di, dass bei einfachen Nutzungsrechten Pauschalabgeltungen generell und ohne zeitliche Limitierung möglich sind. Ver.di verweist auf den Referentenentwurf[46], der ein Rückrufrecht vorgesehen hatte, sodass der Vertrag hätte beendet werden können, wenn nach Ablauf der Frist von fünf Jahren ein anderer Verwerter Interesse gezeigt und der gegenwärtige Verwerter keinen Gebrauch von seinem Vorkaufsrecht gemacht hätte. Der Regierungsentwurf zielt laut Ver.di lediglich noch auf die Ausschließlichkeit von Nutzungsrechten ab, was zur Folge hat, dass es bei Vereinbarung einer Pauschalvergütung möglich ist, dem Verwerter nach zehn Jahren ein einfaches Nutzungsrecht zu überlassen. Ver.di sieht hier keinen Vorteil für den Urheber. Wenn der Verwerter weiterhin das Werk, wenn auch nicht ausschließlich, nutzen kann, ist es Ver.di zufolge schwer möglich einen Verwerter zum Abschluss eines neuen Vertrages zu finden.

Die einzige Verbesserung, die es laut Ver.di für den Urheber noch hätte geben können, war die Verbandsklage. Diese ist jedoch stark eingeschränkt, sodass sie nicht hilfreich, sondern erschwerend ist. Die Regelung der Verbandsklage führt ihrer Ansicht nach letztendlich dazu, dass dem Verwerter eine größere vertragliche Gestaltungsmöglichkeit eingeräumt wird und ihm keinerlei Anreize geboten werden, gemeinsame Vergütungsregeln aufzustellen. Die Konsequenz aus dieser Entwicklung wäre, dass es ihrer Meinung nach keine kollektiven Regelungen mehr geben wird. Die Entwicklung dürfte laut Ver.di auf dieser Basis rückläufig sein, wodurch Buy-Out-Verträge erleichtert würden. Sie fordern dazu auf, die Regelungen aus dem Referentenentwurf gerade in Bezug auf das Rückrufrecht aufzunehmen, da es durch den daraus entstehenden Anreiz möglich wäre, Branchenlösungen zu finden.[47]

4.2 Bundesverband Regie e.V. - BVR[48]

Auch der BVR schließt sich Ver.di an. Ihrer Meinung nach werden die Interessen der Künstler in der Politik nicht ernst genommen und das Interesse an einer Gleichberechtigung von Urheber und Verwerter nicht geteilt. Sie weisen darauf hin, dass es ohne Urheber und ihre Werke keine Kultur in Deutschland geben würde. Sie betonen, dass das Selbstverständnis Bewusst werden sollte, die Urheber angemessen zu vergüten. Sie verweisen auf den Bundesgerichthof (BGH), der diese Auffassung teilt und betonen, dass per Gesetz bisher der BGH-Rechtsprechung im Punkt der Häufigkeit der Nutzung eines Werkes nicht entsprochen wird. Aus diversen Urteilen des BGH geht ihrer Ansicht nach hervor, dass die Urheber an den Erträgen und Vorteilen aus jeglicher Nutzung zu beteiligen sind. Dies ist bisher nicht gesetzlich verankert. Aus diesem Grund wird in der Praxis in vielen Bereichen davon abgewichen. Auch im Gesetz von 2002 wurde dies ihrer Ansicht nach nur unzureichend novelliert, was auf die fehlende Verhandlungs- und Abschlussbereitschaft der großen Verwerter-Gruppen zurückzuführen ist.

Weiterhin kritisiert der BVR den Auskunftsanspruch, der ausschließlich an die direkten Vertragspartner adressiert ist. Ein Problem ergibt sich für die Fernsehwirtschaft. Der direkte Vertragspartner ist der Auftragsproduzent, der nicht den erheblichen Teil der Erträge generiert. Der Auftragsproduzent führt lediglich die Produktion durch und steht im Vertragsverhältnis

[46] Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz vom 5. Oktober 2015.

[47] Anzumerken ist an dieser Stelle, dass die Stellungnahme der Ver.di ebenfalls von DJV (Deutscher-Journalisten-Verband) unterstützt wird. Sie sehen dem Druck der Verwerter nachgegeben, wodurch die Situation der Urheber nicht verbessert wird.

[48] Vgl. https://www.regieverband.de/de_DE/magazine/214618/index/, Zugriff am 03. 05. 2017.

mit dem Urheber. Der überwiegende Werknutzer in diesem Bereich ist jedoch ein Sender oder ein Medienkonzern, der den maßgeblichen Einfluss auf die Gestaltung der Verträge hat. Dieser ist aber nicht der direkte Vertragspartner. Somit unterliegt er nicht der Auskunftspflicht, wodurch dieser Anspruch im Bereich der Auftragsproduktion nicht greift. Außerdem erachten sie die nachfolgende Ergänzung für § 36 Absatz 2 als notwendig: „Werknutzer ist auch ein Dritter, für den der primäre Vertragspartner des Urhebers das Werk herstellt, der Einfluss auf dessen Vertragsbeziehung zum Urheber nimmt und der das Werk maßgeblich nutzt." [49] In Bezug auf die gemeinsamen Vergütungsregeln drängt der BVR auf deren Abschluss und das Streichen des § 36 Absatz 1 Satz 3 UrhG, der den Vorrang von Tarifverträgen vorsieht. „Der Kölner Entwurf [50] von Prof. Peifer schlägt als Lösung vor, dass Werknutzer einem Einigungsvorschlag nur begründet hinsichtlich der Angemessenheit widersprechen können. Der Einigungsvorschlag der Schlichtungsstelle zu gemeinsamen Vergütungsregeln sollte die widerlegliche Vermutung der Angemessenheit haben. Die Verbindlichkeit eines Schlichterspruches und die sofortige Überprüfung der Angemessenheit eines Einigungsvorschlages durch das Oberlandesgericht würden eine faire Kompromisslösung auch der vermeintlichen verfassungsrechtlichen Bedenken darstellen" [51], so der BVR.

Darüber hinaus sind gemeinsame Vergütungsregeln laut dem BVR nur möglich, wenn es einen Anreiz dazu gibt. Wenn der Anreiz fehlt, werden keine gemeinsamen Vergütungsregeln zu Stande kommen. Die gemeinsamen Vergütungsregeln sind die Basis für die angemessene Vergütung, da durch die Schaffung von gemeinsamen Vergütungsregeln der Abbildung der Begriffe Üblichkeit und Redlichkeit Rechnung getragen wird. Dass es bisher nicht viele Vergütungsregeln gibt, ist dem BVR zufolge begründet in der Tatsache des latenten Defizits in der Bestimmung des abstrakten Rechtsbegriffs „angemessen". Laut dem BVR gibt es in der Film- und Fernsehbranche gerade einmal vier gemeinsame Vergütungsregeln. Dabei handelt es sich zum Beispiel um die Vergütungsregeln des BVR mit Pro7Sat.1 und die des BVR mit dem ZDF sowie der ProduzentenAllianz zum Kinofilm. Der BVR sieht die Notwendigkeit von Nachbesserungen in diesem Bereich und stellt den Auftrag der Großen Koalition in Frage, der darin bestehen sollte den Kreativen eine angemessene Vergütung durch effiziente Verhandlungs- und Konfliktlösungsmechanismen zu ermöglichen. Ausweichmöglichkeiten werden ihrer Ansicht nach bei Vergütungsregeln intensiv genutzt. Beispielhaft werden in diesem Zusammenhang Sender, der Börsenverein des Buchhandels und die Großverwerter genannt. Der BVR weist darauf hin, dass sie mehr als drei Jahre auf mehreren Klagewegen das ZDF überzeugt haben, Vergütungsregeln zu verhandeln. Sie sehen in den abgeschlossenen Vergütungsregeln die Voraussetzung für das vorgesehene Verbandsklagerecht und verweisen auf die USA, wo im Gegensatz zu Deutschland, seit mehr als 75 Jahren differenzierte Vergütungsregeln üblich sind. Im Gegensatz dazu sind in der deutschen Film- und Fernsehbranche die sogenannten Buy-Out-Verträge weit verbreitet. Diese sollten laut BVR nur möglich sein, sofern die darin enthaltene Vergütung angemessen und außerdem in einer Vergütungsregel festgelegt ist. Zusätzlich sollte der Urheber weiterhin am Erfolg beteiligt sein. Eine entsprechende Regelung wurde zwischen dem BVR und Pro7Sat1 bereits vereinbart.

Zusammenfassend halten sie fest, dass das Urhebervertragsrecht nicht als Teil des Tarifvertragsrechts zu verstehen sein sollte, sondern als differenzierte kollektivvertragliche Vereinbarung, die Verhandlungen auf Augenhöhe ermöglichen soll. Auf dieser Grundlage soll eine konstruktive Vertragspartnerschaft entstehen. „Selbst in der vermeintlichen Glitzerbranche Film- und Fernsehen wächst die Gefahr der Prekarisierung durch real sinkende Einnahmen bei Autoren und Regisseuren" [52], so der BVR. Sie sprechen in diesem Zusammenhang bereits von Altersarmut, die zum jetzigen Zeitpunkt schon überproportional hoch ist. Ziel sollte nach Ansicht des BVR sein durch ein faires Urhebervertragsrecht rechtzeitig gegenzusteuern.

4.3 Produzentenallianz [53]

Die Produzentenallianz steht dem Regierungsentwurf positiver gegenüber und sieht sich nicht in der klassischen Rolle des Verwerters, sondern sie sehen sich eher in der Rolle des Urhebers, auch wenn ihnen diese Bezeichnung aus der Gesetzesdefinition heraus nicht zusteht. Sie weisen darauf hin, dass eine angemessene Vergütung an die Urheber von ihrer Seite aus nur erfolgen kann, sofern auch die aus ihrer Sicht klassischen Verwerter angemessen vergüten und der Kreislauf der Vergütung damit geschlossen wird. Ihrer Überzeugung nach gibt es gerade im Bereich des Rückrufrechtes weiteren Nachbesserungsbedarf. Positiv sehen sie, dass im Gegensatz zum Referentenentwurf im Regierungsentwurf das Rückrufrecht des Urhebers von fünf Jahren auf zehn Jahre angehoben wurde und nicht als Rückrufrecht im eigentlichen Sinn ausgestaltet wurde, sondern als Recht zur anderweitigen Verwertung. Dadurch besteht die Möglichkeit für den Erstverwerter weiterhin ein einfaches Nutzungsrecht zu erhalten, sofern es einen neuen Verwerter gibt. Die Produzentenallianz verstehen die Urheber als ihre Partner und die vom Urheber geschaffenen Werke, als ihre gemeinsamen Werke und deshalb sollten aus ihrer Sicht die Urheber auch am Erfolg beteiligt werden. Laut der Produzentenallianz bestehen ohnehin bereits Tarifverträge und gemeinsame Vergütungsregeln, zum Beispiel mit dem BVR, die in diese Richtung abzielen. Da sie auch gegenwärtig im Austausch mit anderen Vertragsparteien, wie Sendern, Ver.di und Urheberverbänden sind, stehen sie

[49] https://www.regieverband.de/de_DE/magazine/214618/index/, Zugriff am 03. 05. 2017.

[50] Der „Kölner Entwurf" ist ein Reformvorschlag von Prof. Dr. Karl-Nikolaus Peifer, Dr. Dieter Frey, LL.M., Dr. Matthias Rudolph, der auf einer Fachveranstaltung am 5. 11. 2014 in Berlin vorgestellt wurde.

[51] https://www.regieverband.de/de_DE/magazine/216088/Der-Regierungsentwurf-zum-Urhebervertragsrecht-ist-ein-Rueckschritt/, Zugriff am 03. 05. 2017.

[52] https://www.regieverband.de/de_DE/magazine/214618/index/, Zugriff am 03. 05. 2017.

[53] Vgl. http://www.urheberrecht.org/topic/Urhebervertragsrecht/Produzentenallianz-zum-Regierungsentwurf-Urheberrechtsgesetz.pdf, Zugriff am 08. 05. 2017.

dem Gelingen des Interessenausgleichs zwischen Urhebern und Verwertern langfristig positiv gegenüber.

4.4 Deutsche Musikverleger-Verband e.V. - DMV[54]

Der DMV geht auf die Zielsetzung der Gesetzesnovelle ein, eine angemessene Vergütung sowie die Vermeidung von Buy-Out-Verträgen sicherzustellen. Sie begrüßen das Recht auf anderweitige Verwertung nach zehn Jahren. Dem Urheber wird im Regierungsentwurf die Möglichkeit eingeräumt, das Werk nach Ablauf einer Frist von zehn Jahren anderweitig zu verwerten und am Markt neu anzubieten. Durch das ursprünglich vorgesehene Rückrufrecht nach fünf Jahren würde der DMV Risiken sowohl für den Urheber als auch für den Verwerter in bereits geleisteten Vorschusszahlungen sehen. Außerdem würde ein effektiv ausgestaltetes Rückrufrecht die Seite der Verwerter einschränken, da diese das Recht am Werk verlieren würden, unabhängig davon, ob eine ungerechte oder auch gerechte Vergütung gezahlt wurde. Für den Urheber besteht zwar durch die neue Formulierung im Regierungsentwurf kein Exklusivrecht an seinem Werk, da der Verwerter weiterhin ein einfaches Nutzungsrecht erhält, aber es schafft ihrer Ansicht nach mehr Sicherheit für beide Seiten. Dem DMV zufolge findet dieser Anspruch keine Anwendung für den Bereich der Musikverlage, da Pauschalvergütungen, die die Voraussetzung für den Anspruch zur anderweitigen Verwertung sind, nicht existieren. Bezugnehmend auf die anfängliche Zielformulierung sehen sie im Regierungsentwurf jedoch zusammenfassend eine Stärkung der Rechte des Urhebers gegen Buy-Out-Verträge.

4.5 Initiative Urheberrecht[55]

Im Gegensatz zum DMV steht die Initiative Urheberrecht dem Regierungsentwurf kritisch gegenüber. Sie weisen darauf hin, dass im § 32 des Regierungsentwurfs zur Beschreibung der Angemessenheit nur das Kriterium „Häufigkeit" berücksichtigt wurde. Sie betonen, dass dadurch die angemessene Vergütung für jede Nutzung entwertet wird, da das Kriterium „Häufigkeit" nur ein Bemessungskriterium unter vielen ist. Laut der Initiative Urheberrecht würde auf diese Weise der Eindruck entstehen, dass die Nutzung eines Werkes nicht unbedingt einer angemessenen Vergütung bedarf. Gerade auch durch die Ergänzung des § 36 Absatz 2 des Regierungsentwurfs, der die gemeinsamen Vergütungsregeln betrifft, wäre ihrer Ansicht nach die Stärkung der Verhandlungsposition der Urheber von Bedeutung, da die Regelungen nicht zustande kommen, wenn die Mitglieder der Vereinigung der Werknutzer einen Beschluss fassen, der den gemeinsamen Regelungen entgegensteht.

Außerdem gehen sie auf den Anspruch auf Auskunft und Rechenschaft ein und kritisieren den Ausschluss für den Fall, dass der Urheber nur einen untergeordneten Beitrag zu einem Werk geleistet hat, Gegenstand des Schutzes ein Computerprogramm ist oder die Inanspruchnahme des Vertragspartners unverhältnismäßig ist. Sie sehen darin eine Verschlechterung für die Urheber und führen diesen Punkt weiter aus, indem sie durch den Ausschluss des Auskunftsanspruchs durch das Urheberrecht, keine Chance sehen, eine Durchsetzung nach den Grundsätzen des BGB zu erreichen.

In Bezug auf das Recht zur anderweitigen Verwertung kritisieren sie die Beschränkung auf Pauschalvergütungen. Laut der Initiative Urheberrecht wird somit alleine den Interessen der Verwertern Rechnung getragen. Für sie stellt sich die Frage, ob durch das weiterhin bestehende einfache Nutzungsrecht des Verwerters, ein Vorteil für den Urheber zu erwarten ist. Der Verwerter kann ohne eine zusätzliche Zahlung weitere Nutzungen vornehmen und ist damit jedem anderen gegenüber im Vorteil, der ein einfaches Nutzungsrecht vom Urheber erwerben will. Der Urheber wird ihrer Meinung nach auf dieser Basis eine schlechte Ausgangssituation für seine Verhandlungen mit neuen Verwertern haben, da er lediglich ein einfaches Recht anbieten kann. Die Initiative Urheberrecht sieht hier einen tiefgehenden Eingriff in die Vertragsfreiheit und die Eigentumsposition des Urhebers. Verwerter werden sich entgegen der Intention des Referentenentwurfs, wo ein effektives Rückrufrecht nach fünf Jahren vorgesehen war, alle Rechte pauschal und bis zum Ende der Schutzfrist einräumen lassen, wodurch laut der Initiative Urheberrecht Buy-Out-Verträge per Gesetz legitimiert werden. Sie schlagen vor die Änderungen bezüglich des Rückrufrechtes im Regierungsentwurf im Vergleich zum Referentenentwurf bis auf die Verlängerung der Frist auf zehn Jahre zurückzunehmen, sodass der Urheber frei über sein Werk verfügen kann.

4.6 Elf Autorenverbände[56]

Eine weitere Stellungnahme ist die der 11 Autorenverbände. Die 11 Autorenverbände beinhalten die Position der 7.200 Autorinnen und Autoren der folgenden elf Verbände: 42er Autoren Autorinnenvereinigung, Bundesverband Junger Autoren Autorinnen (BVjA), Deutsche Liebesroman AutorInnen (DELIA), Mörderische Schwestern, Hamburger Autorenvereinigung, Phantastik-Autoren-Netzwerk (PAN), PEN-Zentrum Deutschland, Das Syndikat, Verband deutschsprachiger KriminalschriftstellerInnen, ThreeSeasWriters and Translators Council VS (TSWTC), Verband Deutscher Schriftstellerinnen und Schriftsteller.

Laut der 11 Autorenverbände werden durch den Regierungsentwurf die Erwartungen der Autoren nicht erfüllt: „Der Regierungsentwurf manifestiert die Machtlosigkeit der Kulturarbeiterinnen und -arbeiter gegenüber den „Großen" der Branche. Vor allem in jenen Belangen, in denen es um unsere Arbeitsbedingungen und unser Arbeitseinkommen geht."[57] Schuld sehen sie im Druck der Kulturgroßkonzerne, was ihrer Überzeugung nach bisher immer der ausschlaggebende Punkt auch bei den

[54] Vgl. http://www.dmv-online.com/de/news-termine/news/single/dmv-begruesst-die-aenderungen-am-entwurf-zum-urhebervertragsrecht/, Zugriff am 16. 05. 2017.

[55] http://www.urheberrecht.org/topic/Urhebervertragsrecht/Ini_Urheberrecht_zum%20RegE.pdf, Zugriff am 05. 05. 2017.

[56] http://www.pen-deutschland.de/de/2016/04/22/deutscher-pen-fordert-von-justizminister-heiko-maas-gemeinsam-mit-zehn-autoren-und-autorinnenverbaenden-ein-klares-bekenntnis-zu-fairen-konditionen-fuer-berufskuenstlerinnen-und-kuenstlern/, Zugriff am 01. 05. 2017.

[57] http://www.pen-deutschland.de/de/2016/04/22/deutscher-pen-fordert-von-justizminister-heiko-maas-gemeinsam-mit-zehn-autoren-und-autorinnenverbaenden-ein-klares-bekenntnis-zu-fairen-konditionen-fuer-berufskuenstlerinnen-und-kuenstlern/, Zugriff am 01. 05. 2017.

vorherigen Gesetzesänderungen gewesen ist. Ihrer Ansicht nach sollte das Ungleichgewicht aufgehoben und ein ausgewogenes Urhebervertragsrecht entwickelt werden. Sie sehen sich bei Verhandlungen, sei es um Rechte oder auch um Honorare, unterlegen. Es können laut ihrer Aussage nur sieben Prozent der Autoren von ihrer Arbeit leben. Im Durchschnitt erhält jeder Autor in Deutschland einen Stundenlohn von EUR 1,44 durch Vorschusszahlungen und den Verkauf an einem Buch. Besondere Kritikpunkte bestehen laut der 11 Autorenverbände, da der Anspruch auf angemessene Vergütung bei jeder Nutzung eines Werkes keine Anwendung findet.

Ein weiterer Punkt betrifft die starke Verwässerung des Anspruchs auf Rückruf. Es befugt die Autoren nicht erneut über das Werk verfügen zu können, sondern lediglich zu einer anderweitigen Verwertung einfacher Nutzungsrechte. Dies gilt allerdings nur für Pauschalverträge, wodurch ihrer Ansicht nach Buy-Out-Verträge auf der Basis des Regierungsentwurfs erleichtert und akzeptiert werden.

Weiterhin sehen sie den Auskunftsanspruch als entschärft an und kritisieren, dass dieser Anspruch in vielen Branchen ohnehin nicht geltend gemacht werden kann (Presse, Film, Hörfunk, Fernsehen), da keine Möglichkeit besteht auf den Lizenznehmer zurückzugreifen. „Wenn Autorinnen und Autoren auch in Zukunft in der Lage sein sollen, Deutschland als Land der Dichter, Denker und Widersprechkünstler zu bewahren, muss der Gesetzesentwurf erneut überarbeitet werden und als klares Bekenntnis zu den Urhebern und Urheberinnen ausfallen,“ [58] so die Autorenverbände.

4.7 ARD und ZDF [59]

Im Gegensatz zu den bisherigen Stellungnahmen weisen ARD/ZDF darauf hin, dass im Bereich von Film und Fernsehen bereits gemeinsame Vergütungsregeln sowie entsprechende tarifvertragliche Vereinbarungen existieren, sodass basierend auf der Reform des Urheberrechtsgesetzes aus dem Jahr 2002 ihrerseits kein Bedarf einer weiteren gesetzlichen Anpassung besteht. Sie verweisen auf die hohen wirtschaftlichen Investitionen bei der Herstellung von Werken im Bereich des Films, wodurch ein Rechtsrahmen von Bedeutung ist, der zum einen Rechtssicherheit und zum anderen Reize schafft, um eine bestimmte Investition zu tätigen. Sie kritisieren, dass bei der Formulierung zur angemessenen Vergütung des aktuellen Gesetzesentwurfs auf die Begründung der BGH-Rechtsprechung zurückgegriffen wird, bei der es ihrer Meinung nach nicht um die Beteiligung an jeder Nutzung geht, sondern um die Beteiligung an wirtschaftlichen Nutzungen. Im Gesetzesentwurf wird ein gesetzliches Leitbild gefordert. Allerdings sieht der BGH ihrer Ansicht nach auch Pauschalvergütungen vor, sofern zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, eine angemessene Beteiligung am zukünftigen Gesamtertrag sichergestellt ist. Laut ARD/ZDF fragen Urheber häufig nach Pauschalvergütungen. Eine separate Vergütung jedes einzelnen Nutzungsvorgangs auf dem Hintergrund der diversifizierten Nutzungsgewohnheiten des Verbrauchers würde dem nicht gerecht werden, so ARD/ZDF. Somit würden Vergütungen in administrative Zwecke fließen, statt an den Urheber. Weiterhin weisen sie darauf hin, dass eine Aufspaltung in immer mehr Nutzungsformen weder die Anzahl der Nutzungen des einzelnen Werkes beeinflusst, noch zur Erhöhung der Nutzer oder der Einnahmen führt. Alleine die Aufspaltung in mehrfache oder unterschiedliche Nutzungen führt ihrer Ansicht nach nicht zwangsweise zu höheren Einnahmen. Sie sehen keine gestörte Vertragsparität, sondern lediglich geänderte Rahmenbedingungen, weshalb sie es für notwendig erachten, dass moderne Vergütungsstrukturen dem veränderten Konsumverhalten und der Fragmentierung der Verbreitungswege in der digitalen Welt gerecht werden.

Bezüglich der Buy-Out-Verträge zielt der Regierungsentwurf laut ARD/ZDF in die richtige Richtung. Sie gehen außerdem auf den Anspruch auf Auskunft und Rechenschaft ein und kritisieren, dass die im Regierungsentwurf vorgesehene Form unverhältnismäßig ist. Sie sehen den Umfang und den Aufwand als unterschätzt an, da gerade im Bereich von Film und Fernsehen eine große Anzahl an Einzel- und Gesamtwerken vorliegt, die aus einer Vielzahl von Werkteilen und Werkkategorien besteht, sodass sehr viele unterschiedliche Urheber an einem einzigen Werk beteiligt sind. Da ein Auskunftsanspruch laut ARD/ZDF in der gesetzlich geforderten Form nicht IT-gestützt möglich ist, wäre ein enormer händischer Aufwand notwendig, der nicht verhältnismäßig ist. Sie nehmen weiterhin Stellung zum Rückrufrecht. Ihrer Einschätzung nach schwächen Rückrufrechte einzuräumende Rechte. Dies wird ihrerseits begründet in der mangelnden Planungssicherheit für den Verwerter sowie in der Tatsache, dass die übertragenen Rechte an Wert verlieren, da das Rückrufrecht ein Investitionshemmnis darstellt.

Zum Thema der gemeinsamen Vergütungsregelung schlagen sie vor, dass bei komplexen Werken die beteiligten Urheber gemeinsame Vergütungsregelungen nach § 36 UrhG auch nur gemeinsam verlangen können. Auf dieser Basis kann gewährleistet sein, dass die vereinbarten Regelungen auch kohärent sind, was die Administration einer Vielzahl unterschiedlicher Regelungen und den Aufwand des Aufbaus entsprechender Rechteadministrationssysteme reduziert. Dies führt zu Planungs- und Kalkulationssicherheit. Es würde einen Anreiz für die Verwerter schaffen, weitere gemeinsame Vergütungsregeln abzuschließen. Wenn einzelne Verbände aufgrund brancheninterner Konflikte Probleme erwarten, sollten sie ihrer Ansicht nach nicht zu Lasten des Verwerters ausgetragen werden. Eine Lösung kann über die „Einladung zu Verhandlungen“ erfolgen. Dies würde dem ARD/ZDF zufolge bedeuten, dass sofern ein Verband an einer Verhandlung trotz einer Einladung nicht teilnimmt, „muss den gefundenen Vergütungsregeln die widerlegliche Vermutung der Angemessenheit zukommen (Umkehr der Beweislast). Mittels erweiterter kollektiver Lizenzen könnten im Weiteren schnelle, gerechte und angemessene Einigungen zwischen Rechteinhabern und Verwertern gefördert werden. Dabei schließen repräsentative Urheberverbände oder Verwertungsgesellschaften Vergütungsregelungen beispielsweise mit Sendeunternehmen, die für allgemeinverbindlich erklärt werden. Die Vertragsautonomie wird durch sogenannte „opt-out“-Regelungen gewahrt, nach denen einzelne Urheber oder Mitwirkende dieser Vereinbarung

[58] ebd.

[59] http://www.ard.de/download/3293572/Stellungnahme_von_ARD_und_ZDF_zum_Urheber.pdf, Zugriff am 07. 05. 2017.

widersprechen können. Die Erfahrungen in Dänemark und Schweden sind so gut, dass dort gerade die entsprechenden Regelungen gesetzlich weiter ausgebaut werden."[60]

4.8 Bundesverband Interaktive Unterhaltungssoftware e.V. - BIU[61]

Der BIU begrüßt die Änderungen des Regierungsentwurfes, da Computerprogramme aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes genommen wurden. Gerade in Bezug auf Rückrufrechte bzw. Rechte zur anderweitigen Verwertung sehen sie existentielle Probleme. Die gesetzliche Regelung sollte die charakteristischen Merkmale der Computer- und Videospielbranche noch besser berücksichtigen. „Die traditionelle Dichotomie zwischen Verwertern auf der einen und Urhebern auf der anderen Seite gibt es in der Branche nicht. In den vergangenen Jahren sind die klassischen Rollen von Publishern (die Verwerter der Branche) und Entwicklern (die Kreativen der Branche) immer stärker verschmolzen. Heute entwickeln viele Publisher in ihren Entwicklungsstudios Videospiele, aber auch zahlreiche Entwickler üben selbst die Funktion eines Publishers aus. Bei mobilen Spielen finden Entwicklung und Vermarktung (Publishing) unter einem Firmendach statt"[62], so der BIU. An der Entwicklung eines Videospiels ist laut BIU eine große Anzahl an Urhebern beteiligt. Eine Zuordnung ist praktisch nicht möglich. In dieser Branche werden nicht die einzelnen Urheber und ihre entsprechenden Werke, sondern konkrete Rechte vermarktet. Es liegt ihrer Einschätzung nach keine gestörte Vertragsparität vor, da eine Festanstellung die Regel ist, gut ausgebildete Fachkräfte in allen Gewerken der Spieleentwicklung gesucht werden, was zu einem hohen Engagement der Unternehmen bezüglich des Recruitings von Mitarbeiter führt. Es wird sehr viel Wert auf ein langfristiges Arbeitsverhältnis gelegt, wodurch die Verhandlungsbasis für die Kreativen in dieser Branche nicht schlecht ist. Der Anteil an sozialversicherungspflichtig Beschäftigten ist im Wesentlichen höher als in anderen Branchen der Kultur- und Kreativwirtschaft.

Ein weiterer wichtiger Punkt ist ihrer Ansicht nach, dass Computerspiele keine geschlossenen Werke sind. „Durch Patches oder Downloadable Content, sogenannte DLCs, werden Spiele stetig verändert und erweitert. Spiele folgen immer häufiger der Logik von Software as a Service, sodass sie zunehmend als Dienstleistung betrachtet werden können"[63], so der BIU. Wegen des Geschäftsmodels von Computer- und Videospielen mit den Charakteristika des nicht geschlossenen Werkes und der Entwicklungs- und Verwertungsprozesse sehen sie Nachbesserungsbedarf am Regierungsentwurf. In § 32d des Regierungsentwurfes wurden Computerprogramme entsprechend Artikel 2 Absatz 3 der Computerprogramm-Richtlinie (vgl. Richtlinie 2009/24/EG) aus dem Anwendungsbereich des Auskunftsanspruchs ausgeschlossen. Es wird auf die Besonderheit der Werkart verwiesen. Dies betrifft die Schaffung, Nutzung und Funktion. Ihrer Meinung nach ist die von der Bundesregierung angenommene, weitere Auslegung des Begriffs Computerprogramme im Hinblick auf europarechtliche Vorgaben nicht ausreichend. Mit Verweis auf die Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofes (EuGH) zur Nintendo-Entscheidung vom 23. 01. 2014 müssten laut BIU neben Computerprogrammen auch komplexe Werke wie Computerspiele explizit vom Auskunftsanspruch ausgenommen werden, um ausreichend Rechtssicherheit zu garantieren. Der BIU begründet dies darin, dass bei komplexen Werken eine Vielzahl von Urhebern beteiligt ist und sich der Beitrag des Einzelnen zum Gesamtwerk nicht ohne weiteres ermitteln lässt. Ein weiterer Aspekt in diesem Zusammenhang ist, dass durch die Vielzahl der einzelnen Beiträge sich die Frage nach der Schöpfungshöhe stellt, die in vielen Fällen nicht erreicht wird. Durch die Gesamthandgemeinschaft sind die Kreativen nur zur gemeinsamen Auskunft berechtigt, was zu Interessenkonflikten zwischen den einzelnen Urhebern führen kann. Auch die Überprüfung, ob es sich um einen untergeordneten Beitrag handelt oder nicht, führt zu einer aufwändigen rechtlichen Überprüfung. Die vage Formulierung der „Unzumutbarkeit" und des „untergeordneten Beitrags" führt ihrer Ansicht nach zu Rechtsunsicherheit. Die meisten Werke in ihrem Bereich stellen Mikrotransaktionen dar und ein Auskunftsanspruch wäre dem BIU zufolge unzumutbar, da jahrelange Verfahren drohen, die diese Art von Geschäftsmodellen auf tönerne Füße stellen und auf diese Weise sowohl Innovation als auch Wachstum behindern.

Außerdem gehen sie in ihrer Stellungnahme auf die Rechtfertigung für die nicht vorgesehenen Auskunftsansprüche von Arbeitnehmern ein. Arbeitnehmer erhalten eine pauschale Vergütung, die als Arbeitsentgelt ausgestaltet ist. Der Auskunftsanspruch dient in der Regel dazu die angemessene Vergütung festzustellen. Bei einem Arbeitsentgelt wird jedoch davon ausgegangen, dass es angemessen ist. In der Gesetzesbegründung zu § 40a des Regierungsentwurfes wird ausgeführt, dass der Arbeitnehmer oder auch Beamte ein Entgelt unabhängig davon erhält, ob das Werk verwertet wird. Es wird ein neues Kriterium eingefügt, das in der Übernahme eines wirtschaftlichen Risikos begründet ist.

Im Zusammenhang mit den gemeinsamen Vergütungsregeln ist wichtig, dass es dem BIU zufolge keine dedizierten Urheberverbände in der Computer- und Videospielbranche gibt. Der BIU vertritt sowohl Entwickler als auch Verleger der Branche. Es gibt keine Verbandsstrukturen, wie sie im Regierungsentwurf vorgesehen sind. Da die meisten Beschäftigten in der Branche angestellte Arbeitnehmer sind, würden laut BIU gemeinsame Vergütungsregeln nicht greifen.

Weiterhin begrüßt der BIU, dass der Regierungsentwurf statt eines Rückrufrechtes ein Recht zur anderweitigen Verwertung vorsieht. Da der Erstverwerter ein einfaches Nutzungsrecht behält, sorgt dies für Rechts- und Planungssicherheit. Jedoch kritisieren sie, dass ein Recht zur anderweitigen Verwertung die Entwicklung neuer Computerspiele deutlich behindern wird, sofern ein Urheber seine Rechte abzieht und diese nur noch zur eingeschränkten Nutzung zur Verfügung stehen. Weiterhin

[60] http://www.ard.de/download/3293572/Stellungnahme_von_ARD_und_ZDF_zum_Urheberver-tragsrecht.pdf, Zugriff am 07. 05. 2017.
[61] http://www.biu-online.de/wp-content/uploads/2016/06/20160624_BIU_Stellungnahme_RegE_Urhebervertragsrecht.pdf, Zugriff am 08. 05. 2017.
[62] http://www.biu-online.de/wp-content/uploads/2016/06/20160624_BIU_Stellungnahme_RegE_Urhebervertragsrecht.pdf, Zugriff am 08. 05. 2017.
[63] ebd.

sollten ihrer Meinung nach Werke, die als Marke oder Design in diesem Bereich Anwendung finden, von der Regelung ausgenommen werden. Eine anderweitige Verwertung wäre schädlich und eventuell sogar missbräuchlich. Der BIU begründet dies durch die Freigabe des sichtbaren, charakteristischen Spieleelementes, ohne die Berücksichtigung der Amortisation der getätigten Entwicklungs- und Marketingkosten. Weitere Probleme resultierend aus dem Recht zur anderweitigen Verwertung ergeben sich für den BIU durch die negativen Auswirkungen, die es auf den deutschen Mittelstand haben könnte. Da die marktstärksten Teilnehmer durch das Kaufen der Rechte über die Urheber profitieren könnten. Hinzukommen der Anstieg der Gesamtkosten, da die Erwerbskosten für Rechte an erfolgreichen Produkten steigen (race to the top), sowie der Anstieg der Opportunitätskosten an eigenentwickelten Produkten. Der BIU sieht hier das Risiko des Exklusivitätsverlustes, da Abwehrstrategien, zum Beispiel durch komplementäre Schutzrechte oder Markenportfolios, entwickelt werden, sodass die Auswertung von zurückgerufenen Rechten mit weiteren Kosten belastet würde. Ziel sollte es nach Ansicht des BIU sein, dass erfolgreiche Mittelstands-Produktionen gegen eine angemessene Vergütung fortgeführt werden können.

4.9 InteressenVerband Synchronschauspieler e.V. - IVS[64]

Im Gegensatz zum BIU stellt der Regierungsentwurf für den IVS eine Verschlechterung der Stellung der Urheber dar. Sie sehen Nachbesserungsbedarf in den Punkten zur Regelung der angemessenen Vergütung und des Auskunftsanspruchs. Ihrer Überzeugung nach ist ein Anspruch auf Beteiligung bei mehrfacher Nutzung erforderlich. Außerdem sollte dem IVS zufolge die Einräumung unterschiedlicher Nutzungsrechte hinsichtlich desselben Werkes berücksichtigt werden. Durch den Mangel an Transparenz werden weiterhin Pauschalsummen gezahlt, statt Vergütungen für wiederholte Nutzungen. Außerdem kritisieren sie, dass die Verwertung von Nebenrechten als Beispiel der mehrfachen Nutzung nicht im Regierungsentwurf berücksichtigt wurde. Dies hat laut dem IVS fatale Folgen, da die Haupteinnahmen von namhaften Filmproduktionen in der Verwertung dieser Nebenrechte bestehen. Zu diesen Nebenrechten gehört zum Beispiel das Merchandising. An dieser Stelle wurde nach Ansicht des IVS dem Interesse der Verwerter Rechnung getragen und nicht dem Interesse der Kreativen. Laut IVS erlaubt der Regierungsentwurf pauschale Vergütungen, die auf dieser Basis nicht mehr nur zur Ausnahme, sondern zur Regel werden.

Sie nehmen außerdem Stellung zur Formulierung, dass abhängig beschäftigten Urhebern keine nutzungsbezogene Vergütung zusteht. Nach Ansicht des IVS darf die Auswertbarkeit der Leistung nicht abhängig gemacht werden, von der Übernahme eines wirtschaftlichen Risikos. Der Regierungsentwurf bleibt ihrer Meinung nach auch bei der Feststellung der Angemessenheit der Vergütung hinter dem Urteil des BGHs. Sie verweisen darauf, dass die Interessen von Urhebern nur dann ausreichend gewahrt sind, wenn sie an jeder wirtschaftlichen Nutzung eines Werkes in angemessener Form beteiligt werden. Die Rechtsprechung des BGHs wird zwar nicht aus der Gesetzesbegründung gestrichen, aber laut IVS in einen anderen Kontext gesetzt, sodass die Legitimität von Pauschalvergütungen scheinbar durch den BGH gestützt wird. So ist dem IVS zufolge unter der Formulierung des Regierungsentwurfes weiterhin ein Total-Buy-Out möglich. Von ihrer Warte aus gesehen ist das Ziel der Gesetzesreform und des Koalitionsvertrages in diesem Punkt verfehlt. Mit dem Regierungsentwurf kann von der nutzungsbezogenen Abrechnung abgewichen werden, was nur durch einen Begründungsaufwand möglich sein sollte.

Weiterhin gehen sie auf den Auskunftsanspruch ein. Der Auskunftsanspruch beschränkt sich auf die unmittelbaren Vertragspartner, wodurch nach Ansicht des IVS die Möglichkeit Informationen über die Nutzung zu erhalten sehr gering ist. Da zwischengeschaltete Dienstleister oft selbst keine Kenntnis über die Nutzung des jeweiligen Werkes haben, wäre es für die Urheber sinnvoll, dass der Auskunftsanspruch erweitert und die Beschränkung auf die jeweiligen Vertragspartner gestrichen wird. Das Kriterium des „untergeordneten Beitrags“ im Zusammenhang mit dem Auskunftsanspruch schafft Unsicherheit, da ihnen zufolge nicht klar herausgestellt wird, was darunter zu verstehen ist. „Hier wird ein Kriterium bemüht, das erstmals in dem Verfahren des Synchronschauspielers der Rolle Jack Sparrow (Johnny Depp) in der Filmreihe „Fluch der Karibik“ gegen Disney angeführt wurde. Es ist zu erwarten, dass jeder Schauspieler bei Geltendmachung eines Auskunftsanspruches (ob nun auf der Grundlage einer Tätigkeit vor der Kamera oder hinter dem Mikrofon) bei jedem Projekt erneut darum kämpfen muss, dass seine Leistung als „nicht untergeordnet“ anerkannt wird.“[65] Der Ausschlusstatbestand der Unverhältnismäßigkeit führt ihrer Ansicht nach zu einer Überregulierung. Der Regierungsentwurf liest sich laut IVS „als sei er unter maßgeblicher Mitwirkung der großen Verlagshäuser und sonstigen Verwerter gestaltet worden.“[66]

4.10 SPD- CDU- Bündnis 90/Die Grünen- Linke[67]

Als letzte Stellungnahmen werden die Parteien dargestellt, um zu zeigen, wie sie in den einzelnen Punkten zum Regierungsentwurf stehen.

Für die SPD steht außer Frage, dass Kreative von ihrer Arbeit leben können müssen. Auch in einer digitalen Welt muss das Recht am geistigen Eigentum durchsetzbar sein, was ihrer Einschätzung nach zur Folge hat, dass auch für neue Nutzungsformen eine angemessene Vergütung ermöglicht werden sollte. Wichtig sind der SPD die Beratungen mit Urheberverbänden. Gegenstand dieser Beratungen sollten vor allem Vorschläge zu einem tatsächlichen Rückrufrecht und dem Auskunftsrecht sein, was ihrer Ansicht nach von besonderer Bedeutung ist.

Im Gegensatz zur SPD begrüßt die CDU, dass das Rückrufrecht im Regierungsentwurf als Zweitverwertungsrecht ausgestaltet wurde. Sie sehen darin ein Zugeständnis an die

[64] https://ivs-ev.de/wp-content/uploads/2016/05/Stellungnahme-des-IVS-zum-Regierungsentwurf.pdf, Zugriff am 16. 05. 2017.
[65] https://ivs-ev.de/wp-content/uploads/2016/05/Stellungnahme-des-IVS-zum-Regierungsentwurf.pdf, Zugriff am 16. 05. 2017.
[66] ebd.
[67] https://irights.info/artikel/urheber-vertraege-das-sagen-die-fraktionen-im-bundestag-zur-reform /27315, Zugriff am 20. 05. 2017.

Verwerter, da durch ein tatsächliches Rückrufrecht das Vertrauensverhältnis zwischen Urheber und Verwerter gestört wird. Sie begründen dies damit, dass im Falle eines Rückrufrechtes ein Verlag vermutlich Bedenken hätte, dass sich eine Investition nicht amortisiert, wodurch die Gefahr bestehen würde, dass der Urheber eine geringere Erstvergütung erhalten würde oder gar keinen Verlag findet, der auf dieser Grundlage bereit wäre mit ihm zu arbeiten. Die CDU unterstützt gemeinsame Vergütungsregeln, da auf dieser Basis das Blacklisting unterbunden werden kann. Weiterhin sind sie grundsätzlich mit einem Auskunftsanspruch einverstanden, dieser sollte allerdings eingeschränkt werden, da der Anspruch ansonsten für verschiedene Branchen, wie zum Beispiel der Filmbranche, nicht anwendbar ist. Bezüglich der angemessenen Vergütung stellen sie heraus, dass durch die Berücksichtigung der Häufigkeit dem Grundsatz der Angemessenheit Rechnung getragen wird. Es sollte jedoch der CDU zufolge weiterhin möglich sein Pauschalvergütungen zu vereinbaren.

Die Grünen tragen nur in Teilen den Regierungsentwurf. Ihre Schwerpunkte liegen in mehr und dauerhafteren gemeinsamen Vergütungsregeln, was ihrer Ansicht nach nur durch ein gestärktes Verbandsklagerecht zu erreichen ist. Sie kritisieren, dass ein zu einheitliches Urheberrecht der Vielschichtigkeit der unterschiedlichen Urheber nicht gerecht wird. Sie unterstützen, dass zur Vermeidung von Kosten Pauschalvergütungen vereinbart werden, zum Beispiel für Kleinbeträge, die durch die verschiedenen Verwertungsebenen zu Stande kommen. Es sollte jedoch trotzdem die Möglichkeit der Nachvergütung bestehen, wenn die Vergütung im Nachhinein nicht angemessen war. Weiterhin begrüßen sie die Berücksichtigung der Häufigkeit als Parameter bei der Bemessung der Angemessenheit in § 32 des Regierungsentwurfs. Nach ihrem Dafürhalten sollte das Auskunftsrecht indes auf den direkten Vertragspartner beschränkt bleiben, da Auskunftsanfragen einen hohen administrativen Aufwand mit sich bringen. Allerdings sehen sie keinen Grund, dass der Auskunftsanspruch eingeschränkt wird, wenn es sich um einen untergeordneten Beitrag handelt. Sie begrüßen, dass das Rückrufrecht auch weiterhin nur bei Nichtinanspruchnahme der Werknutzung durch den Verwerter gilt.

Im Gegensatz zu den Grünen kritisiert die Linke, dass das Auskunftsrecht auf die Vertragspartner beschränkt wird, da auf dieser Grundlage viele Branchen ausgeschlossen werden. Sie möchten Total-Buy-Out-Verträge gänzlich abschaffen und setzen sich für die gesonderte Vergütung jeder Nutzung ein. Die Linke kritisiert die Ausnahme des Auskunftsanspruchs für untergeordnete Beiträge. Dazu zählen laut Bundesjustizminister Heiko Maas Kleinvergütungen bis zu 100 €. Ihnen zufolge sind solche Vergütungen gerade in der Zeitungsbranche üblich und somit würden Journalisten zum größten Teil ausgeschlossen. Weiterhin setzen sie sich für das Rückrufrecht ohne Einschränkungen ein, wie es im Referentenentwurf enthalten war, sowie für das Verbandsklagerecht, weil somit eine Basis geschaffen werden könne, um dem Blacklisting entgegenzuwirken.

Nach den Stellungnahmen der Parteien sowie der einzelnen Interessengruppen ist es von Bedeutung zu zeigen, welche Änderungen es tatsächlich in der Gesetzesnovelle gegeben hat.

5. Das am 1. März 2017 in Kraft getretene Gesetz

Da der Bundesrat mit der vom Bundestag beschlossenen Fassung des Gesetzes einverstanden war, und keine Einberufung des Vermittlungsausschusses innerhalb der Frist von zwei Wochen nach Eingang des Gesetzesbeschlusses erfolgte, wurde das Gesetz am 20. Dezember 2016 beschlossen und trat am 1. März 2017 in Kraft. Im Vergleich zum Regierungsentwurf wurden im Wesentlichen die nachfolgenden Änderungen in das Gesetz übernommen.

In § 32 Absatz 2 Satz 2 wurde neben dem bereits im Regierungsentwurf enthalten Wort „Häufigkeit“, auch das Wort „Ausmaß“ als Parameter für die Bemessung der angemessenen Vergütung zu Grunde gelegt. Durch diesen Zusatz wurde keine Sicherheit für den Urheber geschaffen, sondern es wurde dem Grundsatz Rechnung getragen, dass der Urheber nur am wirtschaftlichen Nutzen zu beteiligen ist, was auch von ARD/ZDF gefordert wurde. Nicht berücksichtigt wird dabei jede einzelne Nutzung des Werkes, was von den Interessenverbänden wie vom IVS oder dem BVR kritisiert wurde. Es wird zum Teil die Kritik der Initiative Urheberrecht berücksichtigt, deren Ansicht nach die „Häufigkeit“ als alleiniges Kriterium nicht ausreichend war.

§ 32d und § 40a wurden aus dem Regierungsentwurf übernommen, allerdings wurde der Ausschluss von Computerprogrammen in Nummer 2 des Regierungsentwurfes gestrichen. Außerdem wurde in beiden Paragraphen der Begriff „untergeordneter Beitrag“ durch „nachrangiger Beitrag“ ersetzt. An dieser Stelle stellt sich die Frage, nach dem Unterschied in der Bedeutung der beiden Begriffe. Laut der Definition im Duden bedeutet „untergeordnet“: weniger wichtig, zweitrangig, nicht so bedeutend, sekundär. „Nachrangig“ bedeutet: weniger wichtig, im Rang untergeordnet, wodurch sich in der reinen Wortbedeutung nichts an der Definition geändert hat. Dies hat zur Folge, dass ein unbestimmter Rechtsbegriff durch einen neuen ersetzt wurde, was zu Unsicherheiten führt, wie in der Stellungnahme des IVS bereits, durch den Verweis auf die Rolle des Jack Sparrow im Film „Fluch der Karibik“, erläutert wurde. Hinzukommt, dass in § 40a der Gesetzesnovelle auch zukünftig das Recht zur anderweitigen Verwertung nur bei Pauschalvergütungen greift, was zum Beispiel vom IVS kritisiert wurde, da auf dieser Basis ein Vergütungsmodell per Gesetz geschaffen wird, dass Pauschalvergütungen fördert und legitimiert.

Der Anspruch auf Auskunft und Rechenschaft in § 32d UrhG gilt weiterhin nur für entgeltliche Leistungen, was von Ver.di kritisiert wurde, da Nutzungsrechte auch unentgeltlich übertragen werden können. Außerdem könnte sich durch den Anspruch die Position des Urhebers ändern, der das Werk ursprünglich aus einem ideellen und nicht materiellen Grund übertragen hat. Neben dem Auskunftsanspruch an den direkten Vertragspartner in § 32d UrhG wurde der Auskunftsanspruch um die Lizenzkette in § 32e UrhG erweitert. Dies wurde von verschiedenen Interessenverbänden, wie Ver.di, dem BVR oder auch dem IVS gefordert und trägt dazu bei, dass der Anspruch auch im Bereich von Film und Fernsehen durchgesetzt werden kann, was laut Kritik von ARD/ZDF und der Grünen mit hohem Aufwand verbunden ist.

Durch § 36b sollte ein Verbandsklagerecht eingeführt werden, das den Urheber vor einem vermeintlichen Blacklisting schützen sollte. Dieses Verbandsklagerecht wurde, wie auch vielfach in den Stellungnahmen kritisiert, zum Beispiel von Ver.di oder dem BVR, sehr stark verwässert, sodass nur Werknutzer berechtigt sind, die gemeinsame Vergütungsregeln aufgestellt haben oder Mitglied einer Vereinigung sind, die gemeinsame Vergütungsregeln aufstellen. An dieser Formulierung hat sich im Vergleich zum Regierungsentwurf nichts geändert.

Durch § 69a UrhG werden Computerprogramme dann gesondert vom Anwendungsbereich der § 32d, 32e, 36, 36a[68] ausgenommen. Entgegen der Forderung des BIU, wurden jedoch weiterhin nur Computerprogramme ausgenommen und nicht explizit auch komplexe Werke, zu denen beispielsweise Computerspiele zählen.

In § 79b wurde im Gegensatz zum Regierungsentwurf der Zusatz entfernt, dass der Anspruch auf eine Vergütung von später bekannten Nutzungsarten nur von einer Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden kann. Auf diesen Anspruch ist keiner der Interessenverband eingegangen. Die SPD betont dies allerdings in ihrer Stellungnahme, als Resultat der digitalen Welt.

Auf der Grundlage dieser Änderungen stellt sich am Ende die Frage, welche Chancen und Risiken sich aus diesem Gesetz ableiten lassen.

6. Ableitung von Chancen und Risiken

Zur Ableitung der Chancen und Risiken sollte zu Beginn sowohl die Definition der angemessenen Vergütung als auch die Durchsetzung der angemessenen Vergütung Berücksichtigung finden. Im Fazit führt dies zu einer möglichen Lösung, die zum Ausgleich der Interessen auf beiden Seiten beitragen soll.

6.1 Definition der angemessenen Vergütung

Bei der Frage nach der Angemessenheit der Vergütung geht es zum einen um die gesetzliche Definition nach § 32 UrhG, worauf der rechtliche Anspruch des Urhebers auf angemessene Vergütung beruht, und zum anderen, um das Verständnis auf der Basis wirtschaftsethischer Grundsätze. Moralische Werte werden von Menschen unterschiedlich beurteilt, worin die Problematik bei der objektiven Beurteilung der Parameter der Angemessenheit liegt. Diese Werte, als substanzielle Gehalte von Normen,[69] bzw. in diesem Zusammenhang auch moralische Normen, sind wechselseitige Verhaltenserwartungen, die die Mitglieder einer Gesellschaft ineinander setzen. Im Fall des Urheberrechtes bedeutet dies die Erwartung der Urheber einerseits und der Verwerter andererseits. Das Gut, für den Urheber sein Werk, hat einen inneren Wert, der nicht über den Marktpreis zu ermitteln ist, da der Urheber in den meisten Fällen ein ideelles Ziel verfolgt. Für den Verwerter, der das Werk nicht selbst erschaffen hat, ist es ein Produkt mit dem ein möglichst hoher Profit erzielt werden soll, der aber nicht genau kalkuliert werden kann, da nicht absehbar ist, wie sich das Produkt am Markt entwickeln wird.

Das Recht ordnet die Normen und es gelten „Standards of comparison“. Dabei handelt es sich um Vergleichsmaßstäbe, an welchen Gleichheit oder Ungleichheit, zum Beispiel bestimmte Sachverhalte, gemessen werden sollen. Das Recht, d.h. der geschützte Anspruch, besteht gegenüber einer oder mehreren Personen, entweder im Privateigentum oder durch Wechselseitigkeit in Form eines Vertrages. Um die Angemessenheit anhand der Rechtsgrundlage nach § 32 UrhG zu beurteilen, rückt der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses in den Fokus der Betrachtung. Problematisch ist hier, dass absehbare Entwicklungen während der Vertragslaufzeit zu berücksichtigen sind. Allerdings besteht die Möglichkeit der Vertragsanpassung im Nachgang. Diese Möglichkeit gilt nicht für Vergütungen, die in Tarifverträgen oder in gemeinsamen Vergütungsregeln nach § 36 UrhG geregelt sind. Begründet ist dies in der Tatsache, dass der Gesetzgeber davon ausgeht, dass sich bei der Verhandlung von Tarifverträgen und gemeinsamen Vergütungsregeln zwei gleichberechtigte Vertragsparteien gegenüberstehen, wodurch keine gestörte Vertragsparität besteht, da keine bedeutsamen Unterschiede in der Verhandlungsmacht bestehen. Weiterhin ist eine Vergütung nach § 32 Absatz 2 UrhG angemessen, „wenn sie zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses dem entspricht, was im Geschäftsverkehr nach Art und Umfang der eingeräumten Nutzungsmöglichkeit, insbesondere nach Dauer, Häufigkeit, Ausmaß und Zeitpunkt der Nutzung, unter der Berücksichtigung aller Umstände üblicher- und redlicherweise zu leisten ist.“ Dies erweist sich in der Praxis als schwierig, da zuerst die Frage geklärt werden muss, was unter diesen unbestimmten Rechtsbegriffen der Üblichkeit und der Redlichkeit zu verstehen ist. Eine Vergütung gilt als angemessen, wenn die Interessen der Urheber und der Verwerter gleichberechtigt berücksichtigt werden. Für die Betrachtung im Einzelfall sind jedoch alle Umstände bei der Bestimmung der Vergütung zu berücksichtigen, sofern sie den wirtschaftlichen Ertrag beeinflussen. Zu beachten ist, dass es unterschiedliche relevante Faktoren für die jeweiligen Branchen gibt. Wichtige Faktoren sind der Stellenwert des Werkes, der Bekanntheitsgrad des Autors, die Marktverhältnisse sowie das Potential und die Leistung des jeweiligen Verwerters. Weiterhin stellt sich die Frage, welchen Anteil der Urheber an dem Werk für sich in Anspruch nehmen kann. Ist der Beitrag untergeordnet oder beträgt dieser einen erheblichen Anteil am Gesamtwerk? Für den Einzelfall gibt es eine Vielzahl von Einflussfaktoren oder wechselseitigen Beziehungen, die bei der Frage nach der angemessenen Vergütung zu berücksichtigen sind. Dennoch scheint es möglich zu sein, generalisierte Betrachtungen für bestimmte Teilbereiche vorzunehmen, was an bereits bestehenden gemeinsamen Vergütungsregeln zu erkennen ist. Das Ziel dieser gemeinsamen Vergütungsregeln sollte es sein Branchenstandard zu schaffen. In den Modellen belletristischer Werke wird ein Zusammenhang zwischen Urheberleistung und Produkterlös, d.h. ein Absatzhonorar, zu Grunde gelegt, was aber keine generelle Anwendung findet. Für Werke im Pressebereich sind Pauschalvergütungen verbreitet, da diese, gerade im Bereich der Zeitung, untergeordnete Werke zum Gesamtwerk

[68] Folgendes wird in den angegebenen Paragraphen geregelt: § 32d Anspruch auf Auskunft und Rechenschaft, § 32e Anspruch auf Auskunft und Rechenschaft in der Lizenzkette, § 36 Gemeinsame Vergütungsregeln, § 36a Schlichtungsstelle.

[69] Normen abgeleitet aus dem lateinischen bedeutet Regeln, Vorschriften, Maßstab.

darstellen. Ein weitaus komplexerer Bereich stellt der Filmbereich dar. Durch die Vielzahl an Urhebern, z.B. Drehbuchautor, Regisseur, Kameramann, sowie weitere Faktoren wie Erlöse aus Sponsoring und Werbefinanzierungen, ist es schwierig eine einheitliche Lösung zu finden. In diesem Bereich gibt es ebenfalls Pauschalvergütungen, wie sie beispielsweise bei Auftragsproduktionen von ZDF oder ProSiebenSat1 wiederzufinden sind. Grundsätzlich ist eine Pauschalvergütung zulässig, wenn sie „bei objektiver Betrachtung zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses eine angemessene Beteiligung am voraussichtlichen Gesamtertrag der Nutzung gewährleistet."[70] Der ideelle Wert für den Urheber sollte in diesem Fall nicht ausgenutzt, sondern der Urheber angemessen an den Erträgen vergütet werden. Jedoch ist es schwierig gerade für den Fall der Pauschalvergütung bei einer langen Nutzungsdauer Erträge für die gesamte Dauer abzuschätzen, wodurch die Gefahr besteht, dass die Vergütung am Ende unredlich ist. „Redlich ist ein Honorarsatz, zu dem der Urheber (schon) bereit ist, seine Nutzungsrechte „abzugeben", und andererseits der Verwerter (noch) bereit ist die Verwertung vorzunehmen."[71] Dabei stellt sich die Frage inwiefern der Urheber seine Interessen gegenüber dem Verwerter durchsetzen kann.

6.2 Durchsetzung der angemessenen Vergütung

Auf Basis der gesetzlichen Bestimmungen sind gemeinsame Vergütungsregeln sowie Tarifverträge zur besseren Durchsetzbarkeit der Ansprüche möglich, da die Gesetzgebung davon ausgeht, dass sich gleichberechtigte Vertragsparteien gegenüberstehen. Für den Einzelfall gilt es zu klären, auf welche Weise Urheber die Möglichkeit besitzen, ihre Interessen durchzusetzen, wenn sie nicht auf gemeinsamen Vergütungsregeln oder Tarifverträgen basieren.

In § 36b UrhG ist ein Verbandsklagerecht vorgesehen, wodurch es für den Urheber möglich sein soll, Klage zur Durchsetzung seines Anspruchs auf eine angemessene Vergütung zu erheben, ohne dafür der Gefahr des Blacklistings ausgesetzt zu sein. Es stellt sich jedoch die Frage, inwiefern die Ansprüche durchsetzbar sind, wenn ein Verwerter die Verbände unterlaufen kann, wie es auch bereits von Ver.di kritisiert wurde. Würde ein festes Arbeitsentgelt, wie es in der Branche der Unterhaltungssoftware laut BIU üblich ist, das Problem der Vergütung lösen und würden auf dieser Basis automatisch bessere Gehälter gezahlt werden? Könnten auf dieser Grundlage Branchenstandards geschaffen werden? Andererseits ist es aufgrund der Diversifikation der Kulturwirtschaft generell möglich Branchenstandards zu schaffen? Lassen sich freie Künstler in dieser Form an einen Vertrag binden oder würden sie eine solche Arbeitsweise aufgrund ihrer ideellen Einstellung ablehnen und weiterhin eigenständig und frei in ihrem Geist bleiben?

Ändert sich die Situation des Urhebers, durch die Erweiterung des Auskunftsanspruchs um die Lizenzkette, sodass bessere Vergütungen durchgesetzt werden? Landet der Urheber durch diese Vorgehensweise nicht auch automatisch im Blacklisting, da der Verwerter ihm unterstellen kann, dass es ausschließlich auf Verhandlungen, um eine bessere Vergütung herausläuft? Problematisch ist, dass der Urheber diesen Anspruch jährlich einfordern muss. Es ist keine automatische Information, die dem Urheber vom Verwerter auf jährlicher Basis in Form eines „Jahresberichtes" über die Verwertung der Nutzungsrechte zur Verfügung gestellt wird.

Vergleichbar ist diese Situation auch für das Recht auf anderweitige Verwertung. Findet der Urheber einen neuen Verwerter? Oder besteht in diesem Fall ebenso die Gefahr des Blacklistings? Was auf der Tatsache beruhen kann, dass sich die Verwerter bereits untereinander ausgetauscht haben, bevor der Urheber eine Chance hatte, in Verhandlungen zum Abschluss eines Vertrages mit einem neuen Verwerter einzutreten, da sich Verwerter gegenseitig kennen und sich nicht unbedingt in die Quere kommen möchten. Ähnlich wie es in Arbeitsverhältnissen der Fall ist, wo sich der potentielle neue Arbeitgeber bereits mit dem gegenwärtigen Arbeitgeber ausgetauscht hat, bevor der Arbeitnehmer die Chance hatte sich selbst und seine Person vorzustellen. Auch das ursprünglich geplante effektive Rückrufrecht nach fünf Jahren, wie es im Referentenentwurf vorgesehen war, würde nicht mehr Erfolg versprechen, da wie auch von der CDU in ihrer Stellungnahme erwähnt, es für den Urheber schwieriger werden würde einen Verwerter zu finden, der sich in die Unsicherheit begibt, das Werk zu verwerten und wenn, dann nur zu ungünstigeren Konditionen, als ohnehin schon. Das Recht auf anderweitige Verwertung ist im eigentlichen Sinn auch ein Rückrufrecht, wurde jedoch geschwächt sowohl im Hinblick auf die Dauer von zehn Jahren, als auch im Hinblick auf die Definition als anderweitige Verwertung, die dem Verwerter ein einfaches Nutzungsrecht erhält, wodurch der Verwerterseite Rechnung getragen wurde.

Es stellt sich die Frage nach dem Auftrag der Gesetzesnovelle, bei der es darum ging Verhandlungs- und Konfliktmechanismen effektiv auszugestalten, damit sich Urheber und Verwerter gleichberechtigt gegenüberstehen und Ansprüche durchgesetzt werden können. Welche Chancen und Risiken ergeben sich tatsächlich für den Urheber und für den Verwerter? Sollte das Gesetz nicht weiterhin überarbeitet werden, um einen gerechten Ausgleich zwischen Urhebern und Verwertern zu schaffen, der sowohl die Angemessenheit der Vergütung, als auch deren Durchsetzbarkeit berücksichtigt?

6.3 Chancen und Risiken

Das Gesetz führt unseres Erachtens (=uE) nicht zu einer Stärkung der Rechte des Urhebers und sollte weiter überarbeitet werden. Die angemessene Vergütung ist eine Sache der Wertevorstellung, bei der es selten zu einem vollumfänglichen Ausgleich der Interessen beider Seiten kommen wird. Selbst bei dem Versuch Vergleichsmaßstäbe aufzustellen, wird es durch die Diversifikation der Kulturwirtschaft schwierig werden, einen Branchenstandard zu schaffen. Die Möglichkeit des Auskunftsanspruchs und des Rechts auf anderweitige Verwertung, auch Zweitverwertungsrecht, ist nicht ausreichend genug ausgearbeitet, sodass es kein effektives Mittel zur Durchsetzung des

[70] BGH, Urteil vom 07. 10. 2009, I ZR 38/07, http://lexetius.com/2009,3152, Zugriff am 01. 05. 2017.

[71] Klemp S., Die Angemessenheit der Vergütung nach § 32 UrhG für wissenschaftliche Werke im STM-Bereich, EIKV Luxemburg 2016, Band 6, Seite 46.

Anspruchs von Urhebern und ausübenden Künstlern darstellt. Durch das Zweitverwertungsrecht, was nur ausgeübt werden kann, wenn es auf einer Pauschalvergütung basiert, wird ein gesetzliches Vergütungsmodell geschaffen. Dies sollte jedoch nicht das Ergebnis des Zweitverwertungsrechtes sein. Das Ziel bestand darin, dem Urheber eine Chance zu geben, aufgrund einer eventuell geänderten Marktsituation eine angemessene Vergütung für sein Werk zu erhalten. Dies ist nicht nur für den Urheber ein Problem, sondern auch für Verwerter, unabhängig davon, ob eine angemessene oder unangemessene Vergütung gezahlt wurde.

Es sollte jedoch möglich sein und würde auch die einzige Lösung darstellen, um auch das vielfach kritisierte „geschwächte" Verbandsklagerecht komplett zu streichen, dass der Urheber per Gesetz ein Recht auf die Beteiligung am Ertrag seines Werkes erhält. Wenn auf der Seite des Arbeitsentgelts darüber diskutiert wird, warum der Arbeitnehmer, der angestellt ist und ein festes Gehalt von seinem Arbeitgeber erhält, kein wirtschaftliches Risiko trägt, so sollte auf der anderen Seite diskutiert werden, dass wenn ein Urheber in keinem Arbeitsverhältnis steht und das vermeintlich wirtschaftliche Risiko trägt, auch am Erfolg beteiligt wird. Somit wären reine Pauschalvergütungen gar kein Thema mehr, da sie das Tragen eines wirtschaftlichen Risikos nicht abbilden.

Wenn eine solche Regelung per Gesetz festgeschrieben würde, dann würde man dem Urheber eine Chance bieten, dass er gerecht vergütet wird und es sollte das Risiko minimiert werden, dass er auf der schwarzen Liste landet, weil er von seinem Recht auf Auskunft und/oder auf Zweitverwertung zur Durchsetzung der angemessenen Vergütung Gebrauch macht.

Der Anspruch auf Auskunft ist uE ein guter Ansatz, vor allem, weil der Anspruch um die Lizenzkette erweitert wurde. Aufgrund der Transparenz ist es eine gute Chance für beide Seiten aufzuzeigen, wie viel Erfolg durch ein Werk erzielt wird. Es ist zwar auf der anderen Seite auch ein großer Aufwand für den Verwerter, aber letztendlich hat der Urheber keine Chance seine Ansprüche zur angemessenen Vergütung ohne diesen Anspruch auf Auskunft durchzusetzen. Dieser Anspruch sollte allerdings so ausgestaltet sein, dass es in Form eines „Jahresberichtes" erfolgt. Dieser sollte auf freiwilliger Basis, ohne, dass es vom Urheber gefordert werden muss, eingerichtet werden und auf einer jährlichen Basis dem Urheber zur Verfügung gestellt werden. Um eine angemessene Vergütung durchzusetzen wäre uE eine „Basis"-Vergütung, d.h. der Logik eines Mindestlohns folgend, sinnvoll, die eine Art Provision „on top" vorsieht. Eine Ergänzung nach § 32 Absatz 2 Satz 2 UrhG wäre notwendig: „Weiterhin ist der Urheber am Ertrag zu beteiligen nach § 32d Absatz 1 Satz 2 dieses Gesetzes." Somit würde ein kombiniertes Packet geschaffen, was sich am Marktwert des Werkes orientiert. Dies bedeutet konkret, dass der Urheber eine Pauschalvergütung vom Verwerter erhält, wie es bisher in den meisten Fällen auch geschehen ist, die sich an der Üblichkeit und Redlichkeit orientiert. Durch den jährlichen Auskunftsanspruch bekommt er nach Abzug der jeweiligen Kosten einen Prozentsatz x als Beteiligung an den Erträgen, die der Verwerter aus dem Werk des Urhebers generiert. Durch diese Beteiligung tritt der Anspruch auf Auskunft in den Vordergrund und das Recht einer Verbandsklage in den Hintergrund, bzw. verliert an Bedeutung. Das Recht auf anderweitige Verwertung, was um die Ertragsbeteiligung erweitert werden müsste, würde dann jedem Urheber selbst überlassen bleiben, sofern er eine Chance für sein Werk sieht, es anderweitig besser zu verwerten. Auf diese Weise trägt auch der Urheber einen Teil des wirtschaftlichen Risikos und es müssten nicht alle Umstände berücksichtigt werden, die eventuell bis an das Laufzeitende eintreten können.

Wichtig wäre es dann weiterhin, dass die bereits erwähnte Ergänzung in § 32d Absatz 1 nach Satz 1, als Satz 2 eingefügt würde: „Auf dieser Basis erhält der Urheber eine Beteiligung am Ertrag und am Vorteil des Werkes, der mindestens x Basispunkte des Nettoertrags beträgt. Anwendbar ebenfalls für § 32e dieses Gesetzes." Der Nettoertrag definiert sich aus dem Umsatz abzüglich der Kosten, die auch den (kostenmäßigen) Aufwand für den Auskunftsanspruch berücksichtigen. Dadurch kann der Verwerter nicht mehr auf den enormen Aufwand zurückgreifen, der durch den Auskunftsanspruch entsteht, da er dem Urheber diese Kosten in Rechnung stellen kann und bei vielen Werken nach Abzug dieser Kosten weiterhin ausreichend Ertrag vorhanden ist, um den Urheber angemessen zu vergüten. Was letztendlich beschlossen werden muss, ist die Mindestvergütung sowie die in Basispunkten berechnete Beteiligung am Nettoertrag. Die Mindestvergütung sollte den Mindestbetrag darstellen, der für alle Branchen der Kulturwirtschaft gezahlt werden kann. Durch die Provision, die zusätzlich zur Mindestvergütung gezahlt wird, würde die Gesetzgebung der Diversifikation der Branchen und der Künstler gerecht werden. Obwohl sich vermutlich viele Verwerter an der Untergrenze des Mindestprozentsatzes bewegen werden, wäre ein Grundstein für die Ertragsbeteiligung gelegt.

Auf diese Weise könnte ein Kompromiss geschlossen werden, der beiden Parteien entgegenkommt. Die Verwerter werden von dieser Lösung jedoch nicht über alle Maßen begeistert sein, jedoch sollte es vor allem eine Chance bieten, damit Urheber angemessen vergütet werden, da eine Ertragsbeteiligung vorgesehen ist. Außerdem kann das Risiko des Blacklistings, weil der Urheber eine weitere Vergütung nicht einklagen muss, und des Total-Buy-Outs, da der Urheber nicht nur eine Einmalzahlung erhält, ausgeräumt werden.

Europäische Einigungsbestrebungen vom Mittelalter bis zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) 1957 – Teil I.

(The Dreams of Unifying Europe from the Middle Ages to the Foundation of the European Economic Community (EEC) in 1957 – Part I.)

Diemut Majer, Wolfgang Höhne***

Abstract

The book deals with the ideas of Europe. Europe was on one hand the center of many crisis and wars, on the other hand a center of common cultural developments – from Christendom and Enlightment up to music, poetry and arts. The text goes back into history and shows that the visions of a common Europe did not only arise after World War II, but were already present in the Middle Ages. The theories of the ancient state-philosophers and other scholars show surprising similarities with the basic problems of the EU of nowadays. Theses visions were always combined with the deep desire and many appeals for a lasting peace in Europe – in former centuries an utopia, realized only in the second half of the 20th century.

Keywords: *European unification; European peacemaking; sovereignty of states vs European institutions as key question from the medieval ages up to the 20th century; European ideas in the medieval ages - federation of medieval princes; conquer of the holy land - Pierre Dubois; Flavio Biondo / Urban II.; Enea Silvio Piccolomini - Christian nature of the European countries; war against the Osman Empire; reform of the church; Erasmus of Rotterdam; dominance of France in Europe; principals of international law (Hugo Grotius).*

Vorwort der Redaktion

Europa ist in der Krise – so empfinden es die Bürger. Viele fragen sich: Braucht es mehr oder weniger Europa? Soll die EU wachsen und noch mehr zentrale Reglements erlassen, oder sollen die Mitgliedstaaten mehr Kompetenzen (zurück-)erhalten?

Das 2014 veröffentliche Buch von Diemut Majer und Wolfgang Höhne „Europäische Einigungsbestrebungen vom Mittelalter bis zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) 1957“ im Karlsruher Universitätsverlag tritt ein paar Schritte von den aktuellen Krisen zurück und schaut in die Geschichte. Auf diesem historischen Streifzug zeigt sich, dass Europa mehr ist als nur die Europäische Union (EU), nämlich ein Ensemble von Völkern und Staaten, die alle auf gemeinsamen Grundlagen beruhen: Die lateinische Sprache in Bildung und Wissenschaft (seit dem 18. Jahrhundert Französisch, im 19. Jahrhundert Deutsch), das christlich-humanistische Erbe und seine Pflege durch Fürstenhöfe und Kirche, die Aufklärung, die Französische Revolution, die allgemeinen Menschenrechte, Parlamentarismus, Demokratie, Rechts- und Sozialstaat, Wissenschaft und Technik, vor allem aber die Künste – Literatur, Musik, Malerei, Architektur – etc. Dichter und Denker haben dieses Erbe seit dem Mittelalter beschworen und viele Ideen und Entwürfe für ein vereintes Europa vorgelegt, das die ständigen Kriege beenden und die Sehnsucht der Völker nach Frieden, der immerwährend („ewig“) sein sollte (Immanuel Kant), erfüllen sollte. Diese Entwürfe ähneln in verblüffender Weise den heutigen EU-Institutionen. (damals Fürstenrat, Fürstenversammlung, Schiedsgericht, heute Europäischer Rat, Europaparlament, Europäischer Gerichtshof). Gab es früher die Hoffnung auf einsichtige Fürsten, die zugunsten Europas auf einen Teil ihrer Macht verzichten sollten, ist es heute die Hoffnung auf die Einsicht der Regierungen der Mitgliedstaaten, zugunsten der europäischen Institutionen auf einen Teil ihrer Souveränität zu verzichten. Europa ist mehr als die heutige EU: Ein ganzer Kontinent mit gemeinsamer Geschichte und gemeinsamer Rechtstradition, eine Quelle geistiger Kraft und eine Stätte friedlicher Arbeit – das bleibt bestehen (unabhängig vom politischen Tagesgeschehen, z.B. Brexit).

Die genannte Studie wird im Folgenden in vier Abschnitten im „Journal“ wiedergegeben, wobei den einzelnen Abschnitten jeweils „keywords“ in Deutsch und Englisch vorangestellt werden. Kleinere Korrekturen sind aus aktuellem Anlass eingefügt. Weglassungen sind mit (…) gekennzeichnet. So hat der Leser in den heute krisenbewegten Zeiten einen verlässlichen Führer durch die Ideengeschichte Europas, eine Art „Fortsetzungsroman“, der die großen Gestalten der europäischen Geistesgeschichte

* Diemut Majer, emeritierte Universitätsprofessorin. Sie ist Rechtsanwältin in Karlsruhe
** Dr. Wolfgang Höhne ist wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Frau Prof. Majer.

wieder ins Licht treten lässt (Erasmus von Rotterdam, William Penn, Jean-Jacques Rousseau, Immanuel Kant etc.). Wer sich dieser Entwicklung bewusst ist, kann mit Hoffnung in die Zukunft schauen. Den Anfang macht die Einleitung, die den Unmut der europäischen Bürger an einzelnen Beispielen aufzeigt (Kompetenzüberschreitung, Verstöße gegen die europäischen Verträge, Überregulierung, demokratisches Defizit etc.). Es folgt nun der erste Abschnitt: Der Europagedanken im Mittelalter und in der Renaissance.

Für die Redaktion: Thomas Gergen

Einleitung: Der Unmut der Bürger über die Europäische Union

Europa hat zur Zeit schlechte Karten. Seit Jahren krisengeschüttelt – Schuldenkrise, Finanzkrise, Eurokrise, und, und, und… Dazu kommt ein unheilvolles Zusammenwirken von weltweiten Faktoren, wie Ressourcenkonkurrenz, Globalisierung und einer Informationstechnologie, die außer Kontrolle zu geraten droht. Von den Problemen der Umweltverschmutzung und der Energiekrise ganz zu schweigen. Diese Faktoren schaffen eine immer niedrigere Reizschwelle für die EU-Bürger, die sich einer als allmächtig empfundenen Bürokratie in Brüssel gegenübersehen. Steht Europa auf dem Spiel? Steht es in der gegenwärtigen Gestalt sogar vor dem Scheitern, wie der frühere Bundesaußenminister Joschka Fischer meint?[1] Die Frustration der Bürger hat inzwischen einen Grad erreicht, an dem die weit verbreitete EU-Skepsis in eine EU-Ablehnung zu kippen droht. Es vergeht fast kein Tag, an dem in den Medien nicht das Schwinden des europäischen Bewusstseins beklagt und neue Initiativen zur „Wiederbelebung" des europäischen Gedankens gefordert werden. Jedes politische System braucht die grundsätzliche Akzeptanz seiner Bürger – so auch Europa. Daher ist diese Skepsis ein politischer Faktor, der das Schicksal der EU in hohem Maße bestimmen wird.

Die Europawahlen am 25. Mai 2014 haben hierfür ein wichtiges Beispiel geliefert: Sie haben gezeigt, dass die niedrige Wahlbeteiligung (1999 ca. 45%, 2004 ca. 43%, 2009 ca. 43%) sich nicht geändert hat. Zwar stieg die Wahlbeteiligung in Deutschland 2014 auf rund 48%, jedoch liegt dies daran, dass das Bundesverfassungsgericht im Februar 2014 die 3%-Hürde für die Wahlen zum Europaparlament beseitigt hat, sodass zum ersten Mal die kleinen Parteien die Möglichkeit hatten, ihrer Stimme (und damit auch ihrer Frustration über die verlorenen Stimmen der letzten Jahrzehnte) Gehör zu verschaffen. Die Krise in der Ukraine hat zwar die Wahrnehmung der EU als Quelle vieler Probleme vorübergehend zurückgedrängt. Grundlegend hat sich der skeptische Blick aber nicht verändert.[2] Die Frustrationen der EU-Bürger sind vielfältiger Natur. Sie betreffen sowohl die alltäglichen Dinge wie auch Grundsatzfragen, die seit Jahrzehnten nicht gelöst sind. Was die ersteren betrifft, sind die EU-Bürger immer empfindlicher geworden, da ihnen die EU immer mehr auf den Leib rückt. Deren Reglements wollen jeden Sonderfall in Rechtsform gießen, wovon es dann wiederum Ausnahmen gibt, die immer neue Probleme schaffen. Viele dieser Reglements rufen beim Bürger Kopfschütteln, wenn nicht gar Abneigung, hervor, sei es die Reglementierung der Krümmung der Bananen oder Gurken[3] oder die Vorschriften über Äpfel, Orangen und Paprikaschoten, die Reglementierung der Glühbirnen oder die Pläne über die einheitliche Gestaltung von Außenspiegeln an Kraftfahrzeugen. Die neueste EU-Verordnung greift sogar auf die Staubsauger und Kaffeemaschinen der Bürger zu, die weniger Strom verbrauchen sollen. Ob Essig, Hauswein, Salz, Pfeffer, Blumentöpfe oder Pizzaöfen – nichts entgeht dem Blick der EU-Aufseher und ihrer Wirtschaftslobby. Sie schrecken auch nicht vor der Verbannung offener Ölkännchen auf Restauranttischen zurück und wollen auch über die Schuhe der EU-Bürger sowie die Föhne bei Friseuren bestimmen.[4] Weil einige EU-Staaten keine Bankleitzahlen kannten, müssen ab August 2014 über 500 Millionen EU-Bürger in nun 28 Mitgliedstaaten komplizierte 19-stellige Nummern für Überweisungen im In- und Ausland verwenden, was Tag für Tag zu nicht enden wollendem Ärger und Kosten bei Kunden und Banken führt.

Noch tiefer greift die EU in den Alltag der Bürger ein, indem sie die Daseinsvorsorge der öffentlichen Hand (Verkehr, Wasserversorgung, Abfallentsorgung, Kultur usw.) aufs Korn nimmt. Diese Daseinsvorsorge, die das Leben in Stadt und Land zu erschwinglichen Preisen erst ermöglicht, ist der EU seit Jahren ein Dorn im Auge, weil sie nach ihrer Auffassung unzulässige Beihilfe von der öffentlichen Hand erhalte und dringend privatisiert werden müsste.[5] Mit dem gleichen Argument droht die EU seit Jahren den Sparkassen, die die Bank des „kleinen Mannes" verkörpern und Gewähr dafür bieten, dass die Finanzskandale der großen Banken bei ihnen nicht auftreten, mit dem „Aus".

Schon der gesunde Menschenverstand fragt sich: Können die Mitgliedstaaten die Beschaffenheit von Obst oder die Betriebszeiten von Kaffeemaschinen nicht selbst regeln? Können die „säumigen" Mitgliedstaaten nicht selbst Bankleitzahlen

[1] *Der Spiegel* Nr.42 / 2014 (13. 10. 2014).

[2] So die Europa-Umfrage vom 11. 5. 2014 für die Europawahl am 25. 5. 2014, zit. nach FAZ vom 14. 5. 2014.

[3] Inzwischen wieder aufgehoben. Die vorgeschriebene Gurkenkrümmung war zum Vorteil der Verpackungsindustrie erfolgt, damit sie in jede Kiste immer dieselbe Anzahl von Gurken packen konnte (Anm. d.V.).

[4] Diese Pläne konnten allerdings in letzter Minute durch Verbraucher und Hoteliers verhindert werden.

[5] Die von der EU geforderte Privatisierung / Deregulierung hat bisher – von Ausnahmen abgesehen, was die großen Versorgungssysteme betrifft – nur Probleme, Qualitätsverschlechterung und Kostensteigerung gebracht (z.B. im Eisenbahnwesen in England). Gegenbeispiel ist die höchst effizient arbeitende staatliche SBB (Schweizer Bundesbahn).

einführen? Gilt das Subsidiaritätsprinzip der EU-Verträge noch? Nach diesem Prinzip beschließt die EU nur Dinge, die ihr die Mitgliedstaaten *ausdrücklich* übertragen haben, soweit sie die Sache nicht selbst regeln können,[6] wobei der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten ist (Art.5 Abs.3 EU-V).[7] Ständig wird dieses Prinzip in einer Weise ausgehöhlt, die den Mitgliedstaaten, so ist die Wahrnehmung, fast nichts mehr zu regeln „übrig lässt", obwohl sich die EU verpflichtet hat, die „Selbständigkeit der Mitgliedstaaten und ihrer Rechtsordnung zu achten" (Art.4 Abs. 1 und 2 EU-V). Die Regelungswut der EU-Bürokratie – einer Hydra vergleichbar – unter Missachtung dieses Prinzips ist ohne Ende und wird seit vielen Jahren von Medien und Kritikern beklagt. Jede Meinungsumfrage verleiht diesem Missfallen der Bürger beredten Ausdruck. 2013 war ein Rekordjahr für den Ausstoß von Rechtsakten (mit fast 1500 Verordnungen und Richtlinien),[8] die die nationalen Parlamente mühselig in nationales Recht (d.h. pro Arbeitstag 300 Rechtsakte) verabschieden müssten.

In diesem Zusammenhang erregt das für 2014 geplante Freihandelsabkommen zwischen der EU und den USA (TTIP) den besonderen Zorn der EU-Bürger. Man befürchtet ein „Abgleiten" der hohen Lebensmittelstandards der EU zu Gunsten von Niedrigstandards, z.B. in der Form der Zulassung von (bisher verbotenen) gentechnisch veränderten Lebensmitteln und ihren Bestandteilen, deren Folgewirkung auf die menschliche Gesundheit (Arzneimittelresistenz) nicht bekannt sind. „Chlorhühnchen" aus den USA sollen künftig den deutschen Speisezettel bereichern. Generell ist die mehr oder weniger pauschale Übernahme von allen Waren des Vertragspartners (USA) geplant, d.h. eine Kontrolle findet nicht mehr statt – was schönfärberisch als „Vertrauensprinzip" bezeichnet wird. Es wird also wie aus EU-Staaten der unbegrenzte Import von Waren aus den USA erlaubt – auch wenn sie nicht den EU-Standards entsprechen. Das ist alarmierend! Wen haben die Verhandlungspartner im Auge? Die Großkonzerne der Agrarindustrie der USA und der EU oder die Verbraucher? Umsatzsteigerung um jeden Preis? Die ständige Beteuerung der Befürworter, man müsse sich „im globalen Wettbewerb anpassen", ist nicht überzeugend und trägt ganz entschieden zur wachsenden Unbeliebtheit der EU bei. Die „Kräfte des Marktes", so die Kritiker des geplanten Abkommens, rufen nach Gestaltung (durch die EU), nicht nach Anpassung. Da dies die Auslieferung „an den Markt" um jeden Preis bedeuten und letztlich zu Lasten der Verbraucher gehen würde. Man werde eine Senkung der europäischen Lebensmittelstandards „nicht zulassen", so wird von den EU-Politikern ständig versichert. Aber ist das glaubwürdig? Werden die USA zustimmen, denen primär am Umsatz und nicht an Qualitätsnormen gelegen ist? Als Bedrohungsszenario wird auch die Großmacht China beschworen, der man „Paroli bieten müsse". Lässt sich die EU ihre Standards also von der Konkurrenz vorschreiben? Umgekehrt müsste die EU ihre Standards gegenüber dem Drittstaat China einfordern; die EU-Verträge ermächtigen dazu (Art.3 Abs.1 Buchst.e AEUV). Fast eine halbe Million EU-Bürger haben mit ihrer Unterschrift gegen das Abkommen protestiert – die Liste mit den 470.000 Unterschriften wurde Anfang Mai 2014 dem Bundeswirtschaftsministerium in Berlin übergeben. In Belgien haben jüngst 20.000 Menschen gegen dieses Abkommen protestiert (15. Mai 2014). Haben diese Manifestationen eine Wirkung oder geht Brüssel über sie hinweg?

Zum Unbehagen des EU-Bürgers an unsinnigen Detailregulierungen tritt das Unbehagen an dem als selbstherrlich empfundenen Gebaren der EU-Funktionäre und der ca. zehntausend Wirtschaftslobbyisten, die mit Leerformeln wie „Innovation", „Leadership" oder „Governance" usw. um sich werfen und mit gestelzter Sprache alle kritischen Einwände zu beschwichtigen versuchen. Den Zorn der Bürger erregt vor allem, dass die EU-Beamten alles in allem das Bild einer Kaste in fernen Lebenswelten vermitteln, mit üppigen Gehältern, satten Gehaltserhöhungen (die ein Vielfaches der Sätze in den Mitgliedstaaten betragen) oder wenn EU-Kommissare mit absonderlichen oder prahlerischen Äußerungen von sich reden machen[9] (die innerstaatlich zu ihrer sofortigen Abberufung führen würden).

Als der Präsident des Verfassungsgerichts, Andreas Voßkuhle, im Herbst 2013 vor EU-Parlamentariern in Straßburg die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erläuterte, sagte er zu ihnen: „Sie haben in zwei Stunden kein einziges Mal die Bürger genannt. Geht es Ihnen denn nur um die persönliche Macht?"[10] Die vom Bürger empfundene Selbstgerechtigkeit der EU-Bürokratie ist mit der EU-Erweiterung noch gewachsen. Langgediente EU-Bedienstete beklagen den Verlust an Leistungswillen, an politischer Kultur und europäischem Engagement bei „neuen" EU-Bediensteten, die das Leben in Brüssel vor allem als lukrative Stelle für das eigene Wohlergehen betrachten.

Die Frustration der Bürger über die EU, die – wie ausgeführt – in Abneigung umzuschlagen droht, zeigt sich noch in vielen anderen Bereichen:

1.) Dazu gehört ein verstärkter Trend zum Regionalismus, der wie ein Wetterleuchten die schwache Stellung Europas anzeigt: Katalonien, Schottland, Flandern, Venetien: Man will nicht länger für die ärmeren Gegenden des eigenen Staates zahlen müssen, man will weg von „der Herrschaft ferner Zentralen", will Selbstbestimmung. Zwar richten sich diese Bestrebungen gegen

[6] Art.5 Abs.1 und 2 EU-Vertrag 2007 sagt darüber hinaus, dass alle der Union „nicht ausdrücklich übertragenen Zuständigkeiten bei den Mitgliedstaaten verbleiben".

[7] Art.5 Abs.3 EU-V in Verbindung mit dem Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit vom 13. 12. 2007 (ABl. 306 vom 17. 12. 2007, S. 150).

[8] Insgesamt 1477 Verordnungen und Richtlinien samt Ergänzungen, Angaben des Bundes der Steuerzahler, zit. nach FOCUS vom 26. 5. 2014, S.145.

[9] So z.B. EU-Kommissar Günther Oettinger, der 2013 die Flaggen von überschuldeten EU-Staaten vor EU-Gebäuden auf Halbmast setzen wollte – zur „Abschreckung"; oder der für das nächste Jahrzehnt prophezeite, dass ein(e) deutsche(r) Kanzler(in) zusammen mit seinem (ihrem) Kollegen aus Paris „auf Knien nach Ankara robben würde", um die Türken zu bitten: Freunde, kommt zu uns! Die Osterweiterung habe Bayern „ins Zentrum Europas gerückt" – denn ohne den „europäischen Binnenmarkt" würden die (in Bayern) hergestellten Autos verrosten. Zit. nach Henryk Broder: Auf nach Brüssel, in: Weltwoche (Zürich) 17/2014, S. 5.

[10] *Der Spiegel*, Nr.11/2014, S.60.

die Regierungen des eigenen Staates, doch kann man in ihnen durchaus eine allgemeine Abneigung gegen einen Zentralismus jedweder Art sehen, als deren „Höhepunkt" die EU-Bürokratie in Brüssel betrachtet wird. Der Regionalismus, wenngleich nationalstaatlich organisiert, spricht ein weiteres Problem an: Kann eine EU funktionieren, die aus völlig unterschiedlichen Mitgliedstaaten besteht? Können die völlig überschuldeten und strukturschwachen Länder Süd- und Südosteuropas, die zudem vielfach von Korruption und Klientelsystemen gebeutelt sind (und diesbezüglich kaum Besserung erkennen lassen), mit den Industriestaaten gleichbehandelt und ihnen eine gemeinsame Währung übergestülpt werden, obwohl sie keine nennenswerte Industrie haben, also ständig Milliardenhilfen benötigen, die sie niemals werden zurückzahlen können?

Die EU weiß darauf bisher nur eine Antwort: Die EU in ihrer jetzigen Form müsse bleiben, da sonst wirtschaftliche Gefährdung, Wohlstandsminderung und Verlust von Arbeitsplätzen drohten. Ferner müsse die EU – ohne Grenzen – weiter expandieren und die öffentliche Hand weiter deregulieren. Sie beruft sich dabei auf die „offene Marktwirtschaft" mit „freiem Wettbewerb", dem sie nach Art. 119 Abs.1 AEUV verpflichtet sei. Also Ökonomie als einzige Richtschnur? Dahinter steht das Menschenbild des *Homo oeconomicus*, der nur nach materiellen Kriterien handelt, einer aus dem England des 18. Jahrhunderts (unter ganz anderen Verhältnissen als heute entstandenen) Idee (Utilitarismus). Ihr schrankenloser Neo-Liberalismus setzt allein auf ökonomische Kriterien (d.h. auf eine formale Gleichheit unter Vernachlässigung qualitativer Momente), die eine Politik des „unbegrenzten Wachstums" verfolgt, indem sie in achtundzwanzig Mitgliedstaaten alles über den gleichen Kamm schert, ohne Rücksicht auf lokale oder regionale Besonderheiten (Ausnahmen sind selten und erfordern ein kompliziertes Verfahren). Das schlimmste Vergehen dieser Politik (des Neo-Liberalismus / Neo-Kapitalismus) besteht darin, dass sie Umweltgüter, die *nicht vermehrbar* sind (Boden, Wasser, Tiere und Pflanzen) nach den gleichen Regeln (Kauf, Verkauf) wie Industriewaren behandelt, die *jederzeit vermehrbar* sind. Die Naturgüter im Besitz von Wirtschaftsunternehmern und deren Gewinnstreben – eine unheilvolle Vorstellung! Die staatliche Gesetzgebung kann die Dinge zwar abmildern, aber nicht grundsätzlich ändern. Das Übel liegt im Ausgangspunkt, eben bei jenem falschen Menschenbild, auf dem der Neo-Liberalismus aufbaut. Die Menschen haben nämlich, wie die Tendenzen zum Regionalismus und zur Kleinteiligkeit zeigen, auch noch andere Interessen: Sprachliche Autonomie, kulturelle Identität usw., und sind bereit, dafür auch wirtschaftliche Nachteile in Kauf zu nehmen. Dieser Neo-Liberalismus – es gewinnt, wer sich am Markt durchsetzt, mit oft willkürlich festgesetzten Gewinnmargen und einer Politik der Billigproduktion – bedeutet letztendlich eine Katastrophe für die mittleren und kleineren Betriebe, die in allen Staaten das Rückgrat der Gesellschaft sind, jedoch mit dieser Wirtschaftspolitik gnadenlos „dem Wettbewerb" geopfert werden. Das wäre zugleich das Ende einer lebenswerten Umwelt. Bei seinem Besuch im April 2014 in der Bundesrepublik warnte der chinesische Regierungschef Li Keqiang vor den Gefahren eines unbegrenzten Wachstums, obwohl sein eigenes Land hohe Wachstumsraten aufweist. Die Luft zum Atmen in China wird knapp, die Luftverschmutzung fordert jährlich sogar hohe Todesopferzahlen – ist das der Preis für ein schrankenloses Industriewachstum?

Der Trend zur Globalisierung bleibt jedoch weiterhin auf diesem Kurs. Die EU mischt da kräftig mit. Die Hybris der EU und ihr ökonomischer Größenwahn zeigen sich insbesondere in einem Beschluss von 2000, dritte „Weltmacht" neben den USA und China zu werden – was inzwischen zwar offiziell aufgegeben worden ist, aber als Idee immer wieder auftaucht. Da der Begriff *Groß-* oder *Weltmacht* verpönt ist, werden Ersatzklauseln verwendet, wie *Weltspitze, Exportmeister, Global-Player* etc., die das Gleiche aussagen sollen. Ständig wird in diesem Kontext zur Rechtfertigung von EU-Politikern (vor allem in Zeiten der Krisen) wiederholt, dass die EU weiter expandieren müsse. Damit sie Arbeitsplätze und den Sozialstaat sichere; sie wird gewissermaßen als „Nothelfer" betrachtet, der für alle Übel wie Arbeitslosigkeit, soziale Missstände, Überschuldung usw. bereit stehen solle. Diese Versuche einer „Gesundbetung" der gegenwärtigen Krisen lassen die Kompetenzordnungen der EU-Verträge völlig außer acht. Denn nach Art.121 AEUV sind die Mitgliedstaaten für ihre Wirtschaftspolitik (und damit für ihren Arbeitsmarkt) selbst verantwortlich. Die EU ist auch keine Sozialunion (so Bundeskanzlerin Angela Merkel am 22. 5. 14). Für alle Belange der Beschäftigungspolitik und der sozialen Anliegen ist die EU lediglich berechtigt, entsprechende *Maßnahmen der Mitgliedstaaten* zu unterstützen (Art.4 Abs.2 lit.b., 151, 153 AEUV: Immer aber sind die Mitgliedstaaten primär gefordert).

2.) Die EU erregt den Ärger der Bürger auch durch ihre ambivalente und unklare Sprache. Die Verträge benutzen für die Rechtsakte der Union (Verordnungen, Richtlinien) stets das Wort „Gesetzgebung" (z.B. Art.289 Abs1 und 2 AEUV), obwohl die EU kein Staat mit den klassischen Strukturen Gesetzgebung, Verwaltung und Justiz ist. Dieser Begriff soll dem Bürger vorspiegeln, hier handele ein echter souveräner Staat. Ein Europaabgeordneter, daraufhin angesprochen, antwortete darauf (sinngemäß): *Die Bürger sollen glauben, bereits jetzt in einem einheitlichen Staat zu leben.* Das ist Vertragsbruch, ist evidente Täuschung der Bürger. Hat die EU das nötig? Und in der Tat: Die EU ist „klammheimlich" auf dem Weg, durch die Hintertür ein europäischer Zentralstaat zu werden.

Die Doppelbödigkeit der EU-Sprache zeigt sich auch in Art.10 EU-V, wonach „die Arbeitsweise der Union… auf der repräsentativen Demokratie beruht". Das europäische Parlament ist aber kein echtes Parlament; es wird weder von einem europäischen Volk gewählt (sondern von den Völkern der Mitgliedstaaten), noch hat es echte Gesetzgebungsbefugnisse. Dieser Köder der ambivalenten EU-Begriffe wird von der Politik, den Medien und der Öffentlichkeit willig aufgegriffen, die gehorsam die Mär von der „Gesetzgebung" der EU wiederholen. Ist diese evidente Täuschung der Bürger niemandem aufgefallen? Die EU als Mega-Zentralstaat – das scheint in der Diskussion bereits eine ausgemachte Sache zu sein.

In diesen Zusammenhang gehört, dass die EU sich auch in anderer Hinsicht nicht an ihre eigenen Bestimmungen hält. Nach Art.17 Abs.1 EU-V soll die übergroße Zahl von jetzt 28 Kommissaren ab 1. 1. 2014 auf zwei Drittel verringert werden, was eine Rotation bei den kleinen Mitgliedstaaten (und eine Verminderung der aufgeblähten Bürokratie) erfordern würde.

Der Europäische Rat nutzte jedoch eine Ausstiegsklausel und verschob die Frage bis 2020, weil kein Mitgliedstaat auf seinen Sitz verzichten wollte. Ein Großteil der Energie, so die Kritik, wird also weiterhin in mehr oder weniger überflüssigen Richtlinien dieser 28 Kommissare verschwendet werden, um die Existenz dieser Amtsposten zu rechtfertigen.

Ein noch deutlicherer Verstoß gegen EU-Bestimmungen ist die Tatsache, dass nach der Europawahl vom Mai 2014 die EU-Kommission das Defizitverfahren gegen sechs Mitgliedstaaten (Österreich, Belgien, Dänemark, Niederlande, Slowakei, Tschechien) gestoppt hat. Nach den Verträgen darf das jährliche Haushaltsdefizit eines EU-Mitgliedstaates nicht mehr als 3% des Jahresbruttoinlandsprodukts ausmachen. Bei Verstößen leitet Brüssel ein Verfahren ein (Art.126 AEUV). Diese Verfahren werden jetzt also nicht mehr verfolgt, die Defizite bleiben bestehen.

3.) Das Unbehagen der Bürger an der EU äußert sich noch in einem weiteren Phänomen: Es geht um die mangelnde Mitsprache der Bürger. Die Wahlen zum Europäischen Parlament reflektieren durch die verschiedenen Wahlsysteme und Sperrquoten den Bürgerwillen nur unzureichend. Wenn man berücksichtigt, dass ca. 70% der Gesetzgebung der Mitgliedstaaten auf EU-Recht beruhen, die von den nationalen Parlamenten übernommen werden (müssen), erscheinen Zweifel an der Wirksamkeit des Bürgerwillens (nicht nur national, sondern auch EU-weit) gerechtfertigt. Der Ruf nach unmittelbarer Demokratie (Volksentscheide) auch auf EU-Ebene wird immer lauter. Die Volksabstimmung in der Schweiz über die Beschränkung der Zuwanderung im Februar 2014 zeigte, wie stark die Vorbehalte der Bürger sind. Diese Art der Volksabstimmung wird aber grundsätzlich als unvereinbar mit der EU angesehen. Die EU-Verträge sprechen nämlich von „repräsentativer Demokratie“ (Art. 10 EU-V), schließen also unmittelbare Beteiligungen aus, nach dem Motto: Europa war immer ein Projekt der Eliten. Andererseits: Europa, das zwischen Staatenbund („Staatenverbund sui generis“) und Bundesstaat schwankt, braucht neue Formen der Beteiligung. Die ständige Nichtachtung unmittelbarer Beteiligungsformen oder –wünsche durch die Politik der EU wird neue Problemfelder schaffen.

4.) Das Misstrauen der EU-Bürger betrifft aber auch die Institutionen selbst, die kein Vertrauen mehr genießen. Seit Jahren liefern sie Beispiele für eine exzessive Auslegung ihrer Zuständigkeiten, bis hin zu Fehlinterpretationen der finanzpolitischen Vertragsbestimmungen, wie z.B. in der Eurokrise oder der Auslegung der Bestimmungen über die „geteilte Zuständigkeit“ (Umwelt, Verkehr, Energie etc. Art.4 AEUV). Soll allein der erste Zugriff der EU auf die jeweilige Materie maßgeblich sein und die Mitgliedstaaten das Nachsehen haben?

5.) Diese exzessive Auslegung bildet das Material für die Flut von Reglements, die die Bürger vor allem als Reglementierungswut der EU und ihre „unbegrenzte Ausdehnung“ der Verträge zu ihren Gunsten erleben. Sie fragen sich zu Recht: Warum können diese Instanzen sich nicht auf ein echtes Krisenmanagement konzentrieren? Warum missachten sie das Subsidiaritätsprinzip und verfolgen die unsinnige Idee, *alles* müsse geregelt werden? Selbst der Präsident der EU-Kommission, Manuel Barroso, hat „entdeckt“, dass die Formel *je mehr Reglementierung, desto mehr Europa* nicht mehr verfängt, d.h. die Unzufriedenheit der Bürger nur noch steigert.[11]

6.) Zur Frustration gesellt sich die Machtgier der EU, die über ihren eigenen Rahmen hinausgreift. So soll die Schweiz durch einen „Rahmenvertrag“ das EU-Recht übernehmen und sich der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs unterwerfen (was offen Art.2 der Schweizer Bundesverfassung [Wahrung der Unabhängigkeit als Staatszweck] widerspricht). Eine EU mit massiven Zuwanderungsproblemen, die den Sozialstaat überlasten, einer Währungsunion, die nicht funktioniert und die sich auf immer weitere Kandidaten, deren Haushalte überschuldet sind, ausdehnt, versucht, so die Kritik aus der Schweiz,[12] auch Nicht-EU-Staaten zu dominieren, obwohl sie eine Antwort auf die grundsätzlichen Fragen noch nicht gefunden hat. Ursprünglich als Versuch konzipiert, die Folgen der beiden Weltkriege des 20. Jahrhunderts zu bewältigen, hat sie ihre Form bis heute nicht gefunden.

7.) Als besonders gravierend wird – neben diesen offenen Widersprüchlichkeiten – auch die Schwäche des EU-Parlaments selbst empfunden. Es hat keine echte Entscheidungskompetenz, sondern ist stets an die Mitentscheidung des Ministerrats gebunden (Art.14 Abs.1 EU-V). Es hat nicht einmal das Initiativrecht (d.h. das Recht, Rechtsakte zu initiieren), eines der vornehmsten Rechte des Parlaments, auf das die Regierungen der Mitgliedstaaten auf der Konferenz von Nizza 2000 (die unter allen Umständen in wenigen Tagen kurz vor Weihnachten noch „durchgepaukt werden musste“) leichtfertig verzichtet haben. Die Ohnmacht des Parlaments wird in Art.17 Abs.1 EU-V bestätigt, wo es heißt: „Soweit in den Verträgen nicht anders festgelegt ist, darf ein Gesetzgebungsakt der Union nur auf Vorschlag der Kommission erlassen werden“. Es ist also nicht verwunderlich, wenn die EU-Kommission sich oft selbstherrlich als EU-Regierung gebärdet, die an die Mitwirkung des Europäischen Parlaments nicht gebunden ist. Die Befugnisse der Kommission sind in der Tat umfassend: „Sie initiiert, verwaltet, erlässt Maßnahmen zur Anwendung der Verträge, überwacht die Anwendung des Unionsrecht, führt den Haushaltsplan aus“, kurz: Sie hat Koordinierungs-, Exekutiv- und Verwaltungsfunktion (Art.17 Abs.1 EU-V).

Wenn in Zeiten des Wahlkampfes sich die Kandidaten für hohe EU-Posten durch enge Gassen der europäischen Hauptstädte quälen, Hände schütteln, betagte Bürger oder neugierige Twens umarmend, könnte man fast glauben, sie würden von der Bevölkerung für ein Amt der EU gewählt. So ist es aber nicht. Die Kandidaten für den Präsidenten der EU-Kommission werden faktisch zwar von den Fraktionen des Europäischen Parlaments aufgestellt (die Verträge schreiben dies aber nicht vor), dieses „wählt“ aber den Präsidenten nicht, da allein der Europäische Rat, d.h. die Regierungen der Mitgliedstaaten, dem Parlament den Kandidaten vorschlägt (unter Berücksichtigung der Wahlergebnisse zum Europäischen Parlament), und dieses

[11] Zit. nach: Badische Neueste Nachrichten vom 2. 5. 2014.
[12] Vgl. näher: Weltwoche Nr. 17/2014, Editorial S.5 (R. Köppel).

dann den Kandidaten bestätigt oder ablehnt (Art.17 Abs.7 EU-V). Wird der Kandidat nicht bestätigt, folgt binnen vier Wochen ein neuer Kandidat (ebenfalls vom Europäischen Rat benannt) nach demselben Verfahren. Es handelt sich also nicht um eine Wahl, sondern um ein Bestätigungsrecht. Es liegt auf der Hand, dass die Regierungen an einem zu starken Kommissionspräsidenten nicht interessiert sein können. Sie wollen keine „Nebenregierung" in Form eines zu selbstständig agierenden Präsidenten. Selbst Alt-Kanzler Helmut Schmidt rief in einem Interview zum „Aufstand" gegen die Kommission und ihren „Größenwahn(-sinn)" auf, die sich in die Weltpolitik einmische und über Fragen der Außenpolitik (Ukraine, Georgien) Mitentscheidungsrecht beanspruche.[13, 14] Auch die Kommissare der Europäischen Kommission werden vom Europäischen Parlament nicht gewählt, sondern vom Ministerrat auf Vorschlag der Regierungen der Mitgliedstaaten benannt. Dann stellen sie sich als ganzes „unter Berücksichtigung der Wahlergebnisse" (was immer dies bedeuten mag) dem Europäischen Parlament, das zustimmen oder ablehnen kann (Art.17 Abs.5 EU-V).

8.) Auch andere Defizite, die nicht so sehr im Blickpunkt der Öffentlichkeit stehen, sind nicht minder gravierend. So z.B. die fehlende Kontrolle der EU-Ausgaben, die letztlich auf Kosten der EU-Steuerzahler geht. Es fehlt an entsprechenden Bestimmungen. Besonders deutlich ist dies seit der Eurokrise 2008. Die EU-Kontrolleure, so die Kritik, übernehmen die Berichte der Mitgliedstaaten, oft ohne sie zu hinterfragen. Da kommt es dann vor, dass die doppelte Zahl von Olivenbäumen, von Schafherden oder von Neubauwohnungen aufgelistet werden, nur um an die EU-Subventionen zu kommen.[15] Ähnlich undurchsichtig sind die Verfahren bei der Projektvergabe: Die Gutachter, die sich bei der EU oft selbst beworben haben und in der Regel nur über ein begrenztes Fachwissen verfügen bzw. nicht auf dem neuesten Sachstand sind, lassen (so Insider) die Vergabe der Projekte in vielen Fällen letztendlich zu einem Akt der Willkür (d.h. zu einer Vergabe nach Gutdünken) werden.

9.) Schließlich läuft der EU-Bürger Gefahr, sich im Dickicht der Verträge zu verheddern, wenn er sich dem maßgeblichen Regelwerk nähern und die Systematik dieser Verträge erfassen will. Die Verträge von Lissabon (2007) zeigen ein unübersichtliches Nebeneinander von Zuständigkeitsverteilungen in zwei Vertragswerken, die verwirren und den Überblick erschweren. Einmal sind die Institutionen im sog. EU-Vertrag (EU-V), der Grundsatzbestimmungen enthält, aufgezählt und ihre Zuständigkeiten im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) aufgelistet. Ein anderes Mal sind bereits im EU-V wichtige Zuständigkeiten benannt, die aber der Ergänzung des AEUV bedürfen. So ist z.B. das wichtige Initiativrecht der EU-Kommission nicht im EU-V, sondern nur im AEUV (Art.294) aufgeführt. Die Folgen sind für den, der sich zurechtfinden will, Mühsal und Verdruss.

Insgesamt gesehen wird die EU, wie ausgeführt, von den Bürgern mehr und mehr als ein Moloch, d.h. als ein Bürokratiemonster empfunden, das sich nicht auf ein echtes Krisenmanagement beschränkt, sondern sich in den Alltag von über 500 Mio. Bürgern einmischt. Eine EU, die sich nicht an ihre eigenen Bestimmungen hält, Kompetenzregeln exzessiv auslegt, einer Kommission mit 28 Kommissaren und ebenso vielen Generaldirektionen, mit 33.000 Bediensteten (und 10.000 Wirtschaftslobbyisten), umgeben von einem undurchdringlichen Geflecht von Ausschüssen, Unterausschüssen, Kommissionen, Arbeitsgruppen, Beratungsgremien, die wiederum Tausende von Bediensteten umfassen und deren Aufgabe und Arbeitsweise der Bürger nicht erkennen kann (und vielleicht gar nicht erkennen soll).

Schlussendlich wachsen bei vielen Bürgern die Zweifel, ob die EU nicht überhaupt zu groß, um – jedenfalls in der jetzigen Art und Weise – wirksam agieren zu können. Ist die Aufnahme immer neuer Staaten mit hoher Überschuldung und korrupten Justiz- und Verwaltungssystemen richtig? Dies empfinden die EU-Bürger auch dann, wenn sie nur spezifische Einzelpunkte kritisieren. Sie haben ein diffuses Gefühl des Unbehagens, wie es in der Äußerung eines niederländischen Studenten anlässlich der Wahlkampfreise des Präsidentschaftskandidaten J.-C. Junker durch die Niederlande im Mai 2014 zum Ausdruck kommt: Die Institutionen müssten „irgendwie" reformiert werden.

Wie soll es weitergehen? Eine Rückkehr zum Freihandelssystem unter Rückbau der Institutionen erscheint ausgeschlossen. Also ein Fortschreiten der Integration der unterschiedlichen Mitgliedstaaten, mit immer neuer Schuldenanhäufung? Viele Rezepte werden angeboten: Ausbau zu einer reinen Wirtschaftsmacht[16] (also doch ökonomische Weltmacht), oder Rückgabe von Kompetenzen an die Mitgliedstaaten, wie häufig gefordert – angesichts der exzessiven Vertragsauslegung[17] der EU-Instanzen ein vergebliches Unterfangen. Oder ein „neues" Europa mit Einbeziehung kultureller Elemente: Europa sei mehr als nur Ökonomie, auch Wertegemeinschaft und Kulturgemeinschaft. Eine neue Philosophie der Gleichheit und der Verteidigung von Demokratie, Freiheit und Frieden wird angeboten.[18]

Europa hatte nach 1945 unbestreitbar politische Erfolge: Die Völkerfeindschaft wich der Aussöhnung, der Kontinent lebt heute in Frieden und relativem Wohlstand. Trotzdem: Die oben genannten Fragen „überwölben" diese Erfolge, mehr und mehr treten jetzt die Defizite zutage. Die früheren Jahre waren auf Aufbau und Ausbau fokussiert. Heute wachsen die Aufgaben, aber auch die Ansprüche der EU-Bürger, das Geld dafür aber fehlt zunehmend. Die EU besteht nun über fünfzig Jahre – ist

[13] Gerade der Bereich Außenpolitik gehört nicht zu den Kompetenzen der Kommission (Art.17 Abs.1 S.6 EUV).
[14] Zit. nach *Bild*, 16. Mai 2014.
[15] Der „Normalverlust", welcher der EU durch korrupte Empfängerstaaten entsteht, wird auf etwa 10% der EU-Ausgaben geschätzt.
[16] Nach einer jüngsten Umfrage sehen 76% der Befragten die EU primär als Wirtschaftssystem. FAZ 14. 5. 2014, S.8.
[17] Die Verträge kennen nur zwei Kompetenzarten für die EU: Ausschließliche (Zoll, Handelspolitik) und „geteilte" Zuständigkeiten zwischen der EU und den Mitgliedstaaten (z.B. Binnenmarkt), die alle wichtigen Bereiche der Innenpolitik umfassen (Art.3, 4 AEUV); bei den letzteren können sowohl die Union wie die Mitgliedstaaten Regelungen treffen. Es liegt jedoch auf der Hand, dass die Union die meisten dieser Bereiche für sich beansprucht (wie dies de facto geschieht).
[18] Näher H. Welzer: Warum ich dieses Mal wählen gehe, in: Politik und Zeitgeschichte, 12/2014, S.3ff m. w.N.)

das Projekt in der heutigen Form noch aktuell und den anstehenden Aufgaben gewachsen? Ist der Euro angesichts der unendlichen Aufgaben der Strukturkrise in Südeuropa das Richtige? Können diese überschuldeten Staaten auf das Niveau von Industriestaaten gehoben werden?

Mehr und mehr stellt sich die Frage, ob nicht gänzlich neue Lösungen notwendig sind. Diese Frage stellt sich besonders dringlich angesichts der Tatsache, dass die EU-Subventionen, die anscheinend auf Dauer in diese Staaten fließen, keine Anreize mehr bedeuten, sondern– wie jede Subvention auf Dauer – eine Mentalität, aber auch Begehrlichkeiten schaffen, die in Anlehnung an einen Song von Kurt Weil so formuliert werden könnte: *„Aber die EU lässt mich nicht verkommen"*.

Eine zeitgerechte Analyse tut Not. Repräsentierte die EU in den Gründerjahren die Avantgarde der politischen Entwicklung oder gar das Ziel der europäischen Geschichte, unterliegt sie heute der Gefahr der Selbstüberschätzung. Oder ist sie nicht de facto zu einem „pragmatischen Verwaltungsinstrument" zwischen den Mitgliedstaaten geworden, ohne ideelle Ziele?[19] Betrachtet man die Dinge langfristig, so ist es einer internationalen Organisation noch nie gelungen, Staaten, die viele Jahrhunderte, wenn nicht schon seit der Antike, eine völlig veraltete Sozialstruktur, Klientelsysteme und technische Bürokratie zu einem unheilvollen Ganzen vereinen und in denen anscheinend die Bereicherung der Eliten im Vordergrund, das Gemeinwohl dagegen im Hintergrund steht, erfolgreich zu sanieren. Unterliegt man in der EU also der „Großen Illusion?"

Ein Blick in die Geschichte

Angesichts dieser ungelösten Fragen erscheint es hilfreich, einen Blick auf die Geschichte zu werfen. Woher kommt die europäische Idee? Was war ihre Entwicklung unter den damaligen geschichtlichen Verhältnissen? Kann eine Prognose abgegeben werden? Kann man aus der Geschichte lernen? Dieser Frage will die vorliegende Studie nachgehen. Sie untersucht die europäischen Einigungsbestrebungen[20] von ihren Anfängen im Mittelalter bis zur Ausformung der europäischen Idee in der Nachkriegszeit, von den Kreuzzügen über die Renaissance und Aufklärung bis zu dem Aufbruch nach Paneuropa in der Weimarer Zeit. Auch die Ideologie eines Großeuropa in der NS-Zeit und die Einigungsbestrebungen nach 1945, die in die Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) mündeten, gehören zur Geschichte Europas.

Bei diesem Gang durch die Jahrhunderte ergeben sich wichtige gemeinsame Grundlinien. Es sind Kontinua, die Parallelen zum modernen Europa aufweisen, obwohl die Gesellschaftsstrukturen und Regierungsformen ganz andere waren (Feudalismus, Absolutismus). Verblüffend ist jedoch, dass die Ähnlichkeiten ungeachtet der politischen Systeme überwiegen. Sie lassen sich in vier Gruppen zusammenfassen:

a) Alle europäischen Projekte enthielten weitreichende Vorschläge zur europäischen Einigung, die den heutigen Strukturen der EU erstaunlich ähnlich sind: Übereinstimmend fordern die Staatsphilosophen und Gelehrten einen Fürstenrat oder eine Fürstenversammlung und ein Schiedsgericht, dessen Beschlüsse verbindlich sind. Quoren für die einzelnen Mitgliedsstaaten werden festgelegt, das Mehrheitsprinzip taucht auf. Beschlüsse der Organe sollen durch eine europäische Streitmacht durchgesetzt werden. Die Zusammenarbeit der Staaten in einer Föderation, Nichtangriffspakte werden geschlossen, Bekenntnisse zum ewigen Frieden werden abgelegt. Man hat manchmal den Eindruck, dass die Schöpfer des heutigen Europa von diesen früheren Entwürfen „abgeschrieben" haben. Dies gilt z.B. für die Schrift Immanuel Kants zum „Ewigen Frieden" (1795), die von Einfluss auf den Völkerbund von 1919 war.[21] Es gibt also in institutioneller Hinsicht viele Vorläufer, obwohl die Demokratie noch in weiter Ferne lag.

b) Das zweite Kontinuum ist die große Friedenssehnsucht, die in allen Entwürfen angesichts des sozialen Elends und der Verwüstungen in Europa durch die unzähligen Kriege, vor allem im 17. und 18. Jahrhundert, zum Ausdruck kommt – auch dies eine gewisse Parallele zum modernen Europa, die erst nach den Zerstörungen durch zwei Weltkriege entstehen konnte.

c) Das dritte Kontinuum – bisher wenig erforscht – ist, dass alle Entwürfe zur europäischen Einigung die Bedeutung der Wirtschaft hervorheben, dass sie eindringlich darlegen, wie durch den Frieden Handel und Gewerbe aufblühen und damit auch eine Mehrung der Staatseinnahmen einhergeht – kein Wunder, wollten doch alle Entwürfe die jeweiligen Landesherren überzeugen, besser zusammenzuarbeiten und ihre ständigen kriegerischen Auseinandersetzungen zu beenden, die nur Geld kosteten und soziales Elend brächten.

d) Schließlich fällt auf, dass fast alle europäischen Entwürfe und Aufrufe der früheren Entwürfe unter äußerem Druck entstanden (und diskutiert) worden sind. So entstanden in der Renaissance aufgrund der Expansion der Osmanen auf dem Balkan und im Mittelmeer die Aufrufe eines Erasmus von Rotterdam, im 17. und 18. Jahrhundert erschollen aufgrund der immer wechselnden Kriegskoalitionen der europäischen Mächte die Appelle eines Abbé St. Pierre an die Fürsten, Friedensbündnisse zu schließen. Im 19. Jahrhundert einte der „Ingrimm" gegen die napoleonische Besatzung und ihr Klientelsystem in allen Staaten Europas das von den früheren Niederlagen erschöpfte Preußen, 1813 zusammen mit Österreich, England und Russland in die Völkerschlacht von Leipzig zu ziehen und gleichzeitig Reformen des Militärwesens durchzusetzen (Scharnhorst, Gneisenau, Yorck), die in friedlichen Zeiten undenkbar gewesen wären. All dies war ohne Alternative – und daher erfolgreich. Es war die Furcht vor einer Wiederkehr Napoleons, der in der Völkerschlacht von Leipzig endgültig besiegt zu sein schien, jedoch unmittelbar nach dem Ende des Wiener Kongresses von seinem Verbannungsort, der Insel Elba, zurückkehrte und sich anschickte, Europa erneut zu erobern (März-Juni 1815), die die europäischen Mächte – Österreich, Preußen, Schweden, Russland – vereinte und denen es gelang, in der Schlacht von Waterloo (18. Juni 1815) den Korsen endgültig in die Schranken zu weisen.

---

[19] A. Grau, in dem Magazin Cicero vom 30. 5. 2014.

[20] Foerster, Rolf Hellmut: Europa, die Geschichte einer politischen Idee, 1967, S.125, nennt 182 europäische Projekte zwischen 1306 und 1945.

[21] Kant gehörte wie alle Philosophen der Aufklärung zum Allgemeingut des europäischen Bildungsbürgertums (und damit auch der Mitglieder der Delegationen des Völkerbundes), man kannte „seinen Kant", d.h. man wusste um die Bedeutung des großen Philosophen.

Auch die weitere Entwicklung auf der europäischen Bühne lässt sich nur mit dem Druck durch neue politische Erscheinungen auf die europäischen Regierungen erklären. Es war die Furcht vor den neuen sozialen Bewegungen des durch die Freiheitskriege gegen Napoleon erstarkten Bürgertums, das Mitsprache und politische Rechte einforderte. Die Furcht vor diesen frühliberalen Bewegungen war stark genug, die europäischen Mächte (Österreich, Preußen, Russland) in der „Heiligen Allianz" (1815) zu vereinen, um „Ruhe und Ordnung" in Europa aufrecht zu erhalten, wenig später folgte der Deutsche Bund, der die Mitglieder (Österreich, Preußen und die deutschen Mittel- und Kleinstaaten) verpflichtete, revolutionäre Bestrebungen mit allen Mitteln zu bekämpfen (Karlsbader Beschlüsse 1819).

Europäische Gemeinsamkeiten

Die europäischen Einigungsbestrebungen, die sich durch diese Gemeinsamkeiten auszeichnen, entwickelten sich unter politischen und ökonomischen Verhältnissen, die nur auf den Nationalstaat und sein Machtstreben ausgerichtet schienen. Dies war aber nicht so. Es gab in vielen Bereichen eine europäische Öffentlichkeit, die sich parallel zu diesen Verhältnissen entwickelt hatte. Es war kein Widerspruch, wenn im Zeitalter der Nationalstaaten ein gesamteuropäisches Werte- und Kulturbewusstsein herrschte, denn wie sonst hätten die vielen europäischen Friedensentwürfe ein so großes Echo finden können?

Eine Art europäisches Bewusstsein gab es schon seit dem Mittelalter. Das Christentum als Religion und Kultur vereinte Europa zur abendländischen Christenheit, die in den Kreuzzügen unter dem Banner des Kreuzes gegen die Ungläubigen zu Felde zog. 1683 rückte ein vereintes Reichsheer (verstärkt durch polnische Kontingente) nach Wien vor, um die türkische Belagerung zu beenden. Ein Netz von Klöstern, die Geld und Gut hatten, überzog ganz Europa von der Ostsee bis nach Sizilien, die nicht nur Stätten der Kontemplation waren, sondern über Jahrhunderte als Kulturzentren wirkten. Sie bewahrten die Schriften der Antike, indem sie kostbare Abschriften fertigten, sie lehrten die Kinder lesen und schreiben. Hier wurden die ersten Ärzte ausgebildet, hier entwarfen die Baumeister die Pläne für ihre gewaltigen Dome, hier lernten die Bauern, wie man Wein anbaut, fanden müde Reisende ein Nachtquartier und die Verfolgten Schutz. Hier rodete man die Wälder und kultivierte das Ödland, züchtete Pflanzen und bereitete Arzneien. Die Klöster wurden zu Großgrundbesitzern und zu unentbehrlichen Stützen für Könige und Kaiser, später auch für das Papsttum. In England besaß die Kirche ein Fünftel des Bodens, in Kastilien ein Viertel und in Deutschland ein Drittel. Von England bis Sizilien hielten die Priester heilige Messen ab, die Gläubigen beteten die gleichen Gebete. Das Papsttum vereinte alle Gläubigen, in gelehrter Diskussion und im Konzert der europäischen Mächte spielte es eine entscheidende Rolle. Der Protestantismus vereinte die kritischen Geister Europas.

Auch Wirtschaft, Handel und Geldwesen gewannen mit der zunehmenden Verbesserung der Verkehrswege europäische Dimensionen. Kaufleute und Handwerker kamen weit herum; die Handelshäuser der großen Städte und die Banken der europäischen Zentren waren durch ein dichtes Geflecht von Geschäftsbeziehungen verbunden (Hanse, Medici, Fugger). Einheitliche Maße und Gewichte erleichterten die Produktion und den Warenaustausch. Sie waren schon im Reich der Staufer, das große Teile Europas umfasste, eingeführt worden (es dauerte aber viele Jahrhunderte, bis alle Länder Europas die Vereinheitlichungen eingeführt hatten).

Auf dem Gebiet der Wissenschaft studierten die Gelehrten in allen europäischen Ländern die antiken Schriften, trafen sich zu Disputationen, korrespondierten mit Fürsten und Königen. Wissenschaftliche Beziehungen pflegten sie bis nach dem fernen Buchara an der Seidenstraße, Astronomie und Mathematik blühten (Kepler, Kopernikus, Leibnitz). Die Schriften der Aufklärer wurden an allen Höfen Europas gelesen und in den literarischen Salons von Paris, Berlin oder Wien diskutiert. Die 1789 von der Französischen Nationalversammlung verkündeten Allgemeinen Menschenrechte wurden seit dem 19. Jahrhundert in allen europäischen Ländern zum wesentlichen Bestandteil ihrer Verfassung (wenngleich in unterschiedlicher Ausprägung).

Die Theaterstücke eines Racine oder Molič̌re wurden an allen europäischen Fürstenhöfen aufgeführt, überall ahmte man die französische Mode nach und baute Schlösser nach dem Vorbild von Versailles. Man legte Gärten nach französischem oder englischem Muster an und feierte dort rauschende Feste unter unerhörter Verschwendung von Geldmitteln, die an die Lustbarkeiten des Sonnenkönigs Ludwigs XIV. erinnern sollten. Die (adelige) Jugend Europas strömte zu den Universitäten von Bologna, Paris, Prag oder Königsberg und absolvierte die obligatorische Kavalierstour durch die europäischen Länder, um internationale Erfahrungen zu sammeln. Klassische Bildung und Philosophie waren Gemeingut aller höheren Schulen und Lehrstoff an allen Universitäten. Eine gemeinsame Sprache einte die europäische Bildungswelt: Im Mittelalter noch Latein, später Französisch, das bis ins 18. Jahrhundert als die Sprache der Zivilisation galt.

Noch stärker waren die europäischen Gemeinsamkeiten in Kunst und Architektur. Von Sizilien bis Schottland erhoben sich die romanischen und gotischen Kathedralen, arbeitete man nach den gleichen Bauregeln. Man bewunderte die mächtigen Dome in Mainz, Köln, Speyer, Reims und Mailand und stand voller Staunen vor den Schöpfungen eines Michelangelo oder eines Raffael. Von Polen bis Portugal hörte man die Musik von Bach, Händel und Beethoven. Die höfische Gesellschaft tanzte Menuett und Gavotte, während sich das Bürgertum im Takt von Johann Strauß' Walzern wiegte und Polka, Mazurka und Polonaise in die Tanzsäle Europas Einzug hielten. Die tonangebenden Schichten lasen die Traktate der Poeten und Schriftsteller, forderten Meinungs- und Pressefreiheit. Die Revolutionen von 1848 brachen fast gleichzeitig in den großen Städten Europas (Paris, Berlin, Wien) aus.

Auch in der Verwaltung sowie im Kriegs- und Militärwesen war vieles gesamteuropäisch. Im 17. und 18. Jahrhundert wechselte man die Landesherren je nach Bezahlung; niemand nahm es einem übel, wenn man einmal in habsburgischen, russischen oder preußischen Diensten stand.[22] Im kosmopolitischen 18. Jahrhundert bildeten die Offiziere eine Art europäische Elite, was Pflichtbewusstsein, Disziplin und persönliche Tapferkeit

[22] So stand z.B. der berühmte Theoretiker des Krieges, Carl von Clausewitz, in russischen Diensten (1812).

betraf. Diese Elite achtete den Gegner[23], wechselte aber auch (je nach Karrierechance) die Bündnisse. Man korrespondierte sogar mit dem Gegner (z. B. Wallenstein mit dem Generalleutnant der mit Schweden verbündeten sächsischen Truppen, Hans Georg von Armin) und pflegte Kontakte zu den früheren Widersachern. So besuchte ein Graf Johann Matthias von der Schulenburg, märkischer General im preußischen Dienst, nach dem Frieden von Utrecht 1713 auf einer großen Rundreise durch Europa jene Edelleute, die einst seine Gegner als Kommandanten in der Schlacht oder bei Belagerungen gewesen waren. Man war eben nicht nur Offizier, sondern auch Kavalier. Man saß über den alten Plänen und besprach nun *sine ira et studio*, was man hätte besser machen können.[24]

Die europäischen Gemeinsamkeiten finden sich auch in den Wurzeln der Demokratie. In vielen Entwürfen taucht die Forderung nach Öffentlichkeit der Diskussion der europäischen Projekte auf (Kant) – das „Öffentliche" als ein Vorläufer der Demokratie! Besonders deutlich wird dies in den Entwürfen aus England, die die dortigen Anfänge des Parlamentarismus widerspiegeln (W. Penn, J. Bentham). Eine europäische Öffentlichkeit aus Gelehrten, Geistlichen, Hofbeamten diskutierte in den literarischen Salons der Aufklärung diese neuesten Schriften. Das wichtigste aber, das sich in den europäischen Staaten schon früh herausbildete, war der Begriff des Rechts. Es stand über der Macht des Staates. Es ist das beste Erbe, das die deutschen Könige und Kaiser Europa hinterlassen haben. Das Recht zu wahren und Gerechtigkeit zu üben, gehörte zur vornehmsten Aufgabe der römisch-deutschen Kaiser des Mittelalters. Dazu waren sie als Herrscher von Gott berufen. Der deutsche König Konrad II. (Herrschaft 1024-1039) war „Tag und Nacht im Sattel, durcheilte sein riesiges Reich, die Schuldigen zu strafen, die Säumigen anzuspornen, die Gerechten zu belohnen".[25] Reichskammergericht und Reichshofrat entschieden über die Streitigkeiten von Adel und Fürsten und urteilten als Appellationsinstanz über Beschwerden der Untertanen gegen erstinstanzliche Urteile ihrer Landesherren. Adel und Fürsten, die ihre Untertanen bedrängten, konnten vor das Reichskammergericht geladen und verurteilt werden, widerrechtlich eingezogenes Hab und Gut zurückzugeben. Das im Mittelalter rezipierte römische Recht galt in Form des „gemeinen Rechts" subsidiär in allen Ländern Europas, wenn das lokale Recht nicht ausreichte. Die großen Kodifikationen des Preußischen Allgemeinen Landrechts (1794), des Code civil (1804) und des österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs (1811) galten unmittelbar oder unter entsprechender Anwendung in den meisten der europäischen Staaten. Mit Rechtsgrundsätzen wurde seit dem 18. Jahrhundert auch die Verwaltung der europäischen Staaten reformiert: Kabinettsystem, feste Zuständigkeiten, feste Besoldung der Staatsdiener, zentrale Leitung der Ämter (Frankreich, Preußen, Bayern etc.). Diese Gemeinsamkeiten überdauerten auch die Kriege. Trotz „Erbfeindschaft" pilgerten die Franzosen zu den Wagnerfestspielen nach Bayreuth, pflegten die europäischen Gelehrten den wissenschaftlichen Austausch.

Fazit: Diese wesentlichen Gemeinsamkeiten aus Geschichte, Sprache, Wissenschaft und Kunst, aus Recht und Verwaltung – das ist Europa, dass es schon vor der EU gegeben hat und das es auch weiterhin geben wird, mit oder ohne Euro. Wir haben gesehen, dass nur politischer Druck etwas bewirken kann. Wird der politische Druck ausreichen, um dieses *eigentliche* Europa wiederzuentdecken? Ein Europa, das seine Machtausübung begrenzt, indem es sich an die allgemeinen Rechtsgrundsätze hält, das Prinzip der Mäßigung beachtet und nicht dem Größenwahn verfällt. (Das Prinzip der Mäßigung gilt seit Platon und Aristoteles als die vornehmste Tugend der Politik). Wird die neue Zusammensetzung des Europäischen Parlaments, in dem die EU-Kritiker jetzt einen großen Anteil ausmachen, einen solchen Druck ausüben, dass die EU-freundlichen Parteien zusammenrücken und sich auf diese Gemeinsamkeiten besinnen? Den Kampf als „ökonomische Großmacht" neben USA und China wird Europa nicht gewinnen können, wenn es sich dem System der Billigproduktion verschreibt und die anderen weltweiten Probleme (Umweltschutz, Gesundheits- und Verbraucherschutz etc.) zugunsten der ökonomischen Expansion vernachlässigt, d.h. wenn es sich allein auf ökonomische Faktoren stützt.

Ziele, Begriffe, Abgrenzungen

Methodisch ist die Studie so aufgebaut, dass sich auch der bloß interessierte Leser, der keine Detailkenntnisse der europäischen Geschichte hat, zurechtfinden kann. Zu diesem Zweck sind die Kapitel selbstständig, d.h. können in beliebiger Reihenfolge gelesen werden. In jedem Kapitel werden die jeweiligen historischen Rahmenbedingen skizziert, während derer die europäischen Entwürfe entstanden sind. So wird der Leser immer begleitet von der Geschichte, die diese Entwürfe hervorgebracht hat. Der Text stellt aber auch den Bezug zum heutigen Europa dar, indem er Vergleiche zwischen den damaligen Entwürfen und den heutigen Strukturen der europäischen Institutionen zieht, die, wie ausgeführt, überraschenden Ähnlichkeiten, ja Parallelen aufweisen. Wie ein roter Faden ziehen sich diese Ähnlichkeiten durch die gesamte europäische Geschichte. Der Leser wird sehen, dass die Ideen aller Denker zu Europa zu allen Zeiten gleich waren: Einigkeit der Regierungen, Abschaffung der Kriege und ewiger Friede, Förderung von Handel und Gewerbe, Aufbau wirksamer Institutionen und eines zuverlässigen Rechts- und Verwaltungssystems.

Hinsichtlich der in der Studie verwendeten Begriffe gehen diese von den gebräuchlichen Definitionen aus, die bereits vielfach beschrieben worden sind. Das gilt vor allem für den Begriff Europa, der auf den Europa-Zeus-Mythos zurückgeht[26] und der heute als eine Mischung aus mythologischen, ethnographischen, historiographischen und geographischen Momenten verstanden wird.

---

[23] So sagte Friedrich der Große zum Tode Maria Theresias: Ich habe gegen sie Kriege geführt, war aber nie ihr Feind.

[24] Bogislav von Archenholz: Die verlassenen Schlösser. Ein Buch von den großen Familien des Deutschen Ostens. Frankfurt, Berlin, Wien, 1967, S.113, 117.

[25] Fischer-Fabian: Die deutschen Kaiser, 2003, S.194.

[26] Danach ist Europa die Tochter des phönikischen Königs Agenor, der wiederum ein Sohn des Poseidon ist. Bei Homer und Herodot ist Europa die Tochter des Phönix, Sohn des Agenor.

„… und der gebietende Vater der Ewigen, dem in der Rechten / Flammt dreistrahlige Glut, und vom Wink aufschaudert das Erdrund, / Hüllt sich ein in des Farren Gestalt, und gesellt zu den Rindern / Brüllt er, und herrlich von Wuchs durchwandelt er sprießende Kräuter /… / Gar nicht drohet die Stirn, noch schreckt sein leuchtendes Auge; / Friede beherrscht das Gesicht. Es staunt die Tochter Agenors, / Dass er so herrlich erscheint, und nichts Feindseliges vornimmt… Schon wagt die erhabene Jungfrau, / Wen sie besteig', unkundig, dem Stier auf dem Rücken zu sitzen. / Siehe der Gott schleicht leise vom Land und trockenen Ufer, / Erst den täuschenden Tritt in der vordersten Welle benetzend; / Weiter sodann und weiter, und ganz in die Mitte der Meerflut, / Trägt er den Raub." [27]

Als Einigungsbestrebungen werden Überlegungen bezeichnet, die die europäischen Staaten zu einem Gesamtverbund im Sinne eines Staatenbundes völkerrechtlicher Art zusammenschließen wollten. An den Zusammenschluss zu einem politischen oder wirtschaftlichen Raum im Sinne eines Bundesstaats war angesichts des Machtstrebens der Staaten nicht zu denken. Wenn also die europäischen Entwürfe von *Einigung* sprechen, war dies nur im Sinne von *sich einig sein* gemeint, also von Konsens innerhalb des Systems kooperierender Staaten und nicht im Sinne von Einheit oder gar Verschmelzung. Daher wird in den Kapitelüberschriften die Bezeichnung „Der europäische Gedanke im…" verwendet, während der Begriff „Europäische Einigungsbestrebungen" erst im Kapitel über die Weimarer Republik auftaucht. In den frühen Entwürfen findet sich ferner der Begriff „Föderalismus", der jedoch sowohl staatenbündische wie landesstaatliche Elemente bedeuten konnte. Noch heute ist der Begriff in den verschiedenen Staaten unterschiedlich besetzt.[28]

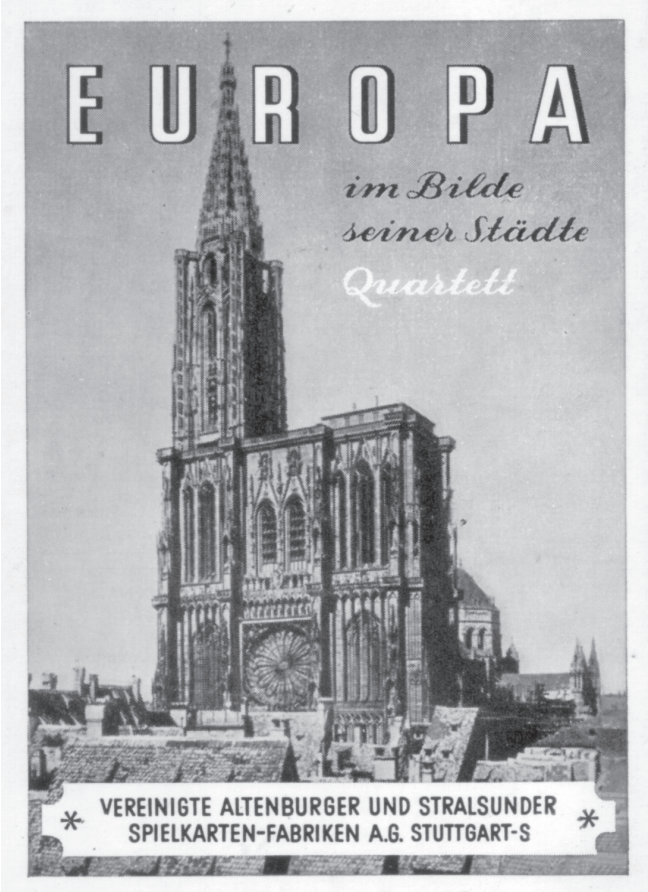
Eine Abgrenzung ist auch zu dem Begriff der „Integration" vonnöten. Dieser Begriff hat sich erst im 20. Jahrhundert herausgebildet und soll die Schaffung einer einheitlichen Wirtschaftsordnung und/oder politischen Ordnung umschreiben, wie sie 1957 durch die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft verwirklicht wurde.

1. Kapitel: Der europäische Gedanke im Mittelalter

Beginnt man nun den Blick in die Geschichte mit dem Mittelalter, zeigt sich, dass schon seit diesen frühen Zeiten europäische Projekte diskutiert werden,[29] die sich wie ein roter Faden durch die europäische Geschichte (bis ins 20. Jahrhundert) ziehen.

Pierre Dubois

Im November 1057 rief Papst Urban II. in Clermont-Ferrand zum ersten Kreuzzug auf.[30] Er klagte über die Leiden der Christenheit im Heiligen Land, vor allem über die Leiden der



Als Straßburg Europastadt wurde. Eines der frühen Produkte, das in der Bevölkerung für ein gemeinsames europäisches Bewusstsein werben sollte (um 1950).

Pilger, die durch die Ungläubigen zahlreichen Schikanen ausgesetzt seien. Daraus resultiere die Notwendigkeit, die heiligen Stätten zu befreien. Nach weiteren Synoden in Tours und Rouen setzte sich das erste Ritterheer, bestehend aus französischen, normannischen und fränkischen Adligen, 1096 in Bewegung. Nach mühevollen Märschen nahmen sie Antiochia und Edessa und 1099 schließlich Jerusalem ein. Dieser Kreuzzug war der Beginn einer fast 200-jährigen wechselvollen Geschichte von Besetzung und Niederlagen der abendländischen Ritterheere, die erst mit der Eroberung Akkons 1291 ihr Ende fand.

Die Kreuzzüge standen unter der Idee, die christliche Vorherrschaft im Heiligen Land zu errichten. *Gott will es (Deus lo vult)* war das Gelöbnis der Pilger. Zudem erhofften sich die Kreuzfahrer die Vergebung aller Sünden, wie dies vom Papst versprochen worden war, aber auch die Aussicht auf neue Besitztümer war verlockend. Landknappheit und wirtschaftliche Schwierigkeiten veranlassten viele, insbesondere die jüngeren

[27] Ovid: Metamorphosen, Zweites Buch – Europa, in der klassischen Übertragung von Johann Heinrich Voß, 1798, Frankfurt 1990

[28] Der Begriff Föderalismus bedeutet in Europa einen Bundesstaat, in dem die Mitglieder einzelne Hoheitsrechte auf die Zentralgewalt übertragen, aber selbstständig bleiben. In den USA bezeichnet er dagegen einen Staat, in dem die Einzelstaaten *originäre* Zuständigkeiten haben, d.h. ohne die Abgabe von Souveränitätsrechten agieren, jedoch unter dem Dach einer starken Zentralgewalt vereint sind, die für bestimmte Gebiete ausschließlich zuständig ist.

[29] Foerster, 1967 S.125, nennt 182 europäische Projekte zwischen 1306 und 1945. Die wichtigsten Projekte sind auch in Foerster 1963, S.277f., aufgeführt.

[30] Übersicht über die insgesamt sieben Kreuzzüge bei Riley-Smith „Kreuzzüge", in: Lexikon des Mittelalters, 1993, Bd.6 Spalte 1508-1518; vgl. auch Asbridge, Thomas: Die Kreuzzüge, Stuttgart 2010.

Söhne des Adels, die nicht erbberechtigt waren, in die Ferne zu ziehen, um eine neue Existenz zu finden.

Die ersten Kreuzzüge wurden unter der Gottes-Friedensbewegungsidee geführt. Diese sollten die Fehden zwischen den Fürsten eindämmen, und der Kreuzzug bot hierzu reichlich Gelegenheit. Anstatt gegeneinander kämpften die Fürsten nun Seite an Seite, allerdings unter getrenntem Kommando, gegen die Ungläubigen. Die Kreuzzüge erfassten ganz Europa; kaiserliche, französische und englische Kreuzheere versuchten nach der Einnahme Jerusalems weitere Teile Palästinas zu erobern. 1198 gingen diese Gebiete jedoch an die Muslime. Die Kreuzritter konnten sich nur an den Küstenstrichen und auf Zypern behaupten, das wegen seiner Kupfervorkommen einen wichtigen Stellenwert für die Eroberer hatte.

In den übrigen Territorien war die Lage sehr instabil. Kaiser Friedrich II. erreichte im fünften Kreuzzug durch Verhandlungen mit dem Anführer der moslemischen Streitkräfte, Sultan Saladin, zwar, dass die Heiligen Stätten Bethlehem, Jerusalem und Nazareth an die Christen zurückgegeben wurden, dieser Erfolg war jedoch nur von kurzer Dauer. 1244 eroberten die Muslime erneut Jerusalem. 1291 fiel Akkon, der letzte Stützpunkt der Kreuzfahrerstaaten im Orient, nach langer Belagerung in die Hände eines ägyptischen Sultans. Damit waren die Kreuzzüge endgültig gescheitert.

Neben vielen anderen Denkschriften, wie man neue Kreuzzüge „organisieren" könnte, legte auch Pierre Dubois seine Schrift vor. Dubois (1250-1320) war normannischer Abstammung und hatte in Paris Jurisprudenz, u. a. bei Thomas von Aquin studiert. Er war Berater am königlichen Hof und vertrat den französischen König Philipp IV. in Rechtsangelegenheiten. Dubois vereinte viele geistige und politische Strömungen seiner Zeit. Achtzehn Jahre nach dem Fall Akkons veröffentlichte er 1306 seine Schrift über die Rückeroberung des Heiligen Landes: *De recuperatione Terre Sancte*, die erstmals den Gedanken eines europäischen Staatenbundes enthielt.[31] Er skizzierte darin ein umfassendes politisches Programm und eine Kirchenreform, durch die ein allgemeiner Frieden in Europa erreicht werden solle. Damit schuf Dubois den Grundstein für alle nachfolgenden Projekte. Diese sahen im Ergebnis jeweils übereinstimmend Fürstenversammlungen und Schiedsgerichte vor.[32] Eine gemeinsame Streitmacht sollte der Vorbereitung eines Kreuzzugs dienen, um die heiligen Stätten wieder in christlichen Besitz zu bringen.[33] Kriege zwischen christlichen Staaten sollten verboten sein. Endziel war die Herstellung des allgemeinen Friedens (*pax christiana*). Dubois gilt neben späteren Denkern bis auf die heutige Zeit als Vorläufer des Völkerbundgedankens und wird sogar seitens der Europäischen Union als einer der geistigen Gründerväter genannt.[34] Er schrieb unter dem Eindruck der Eroberung Akkons[35] und prangerte die Uneinigkeit der europäischen Fürsten an, die sich gegenseitig bekriegten und keine Einigung zuwege brächten. Diese sei die einzige Bedingung zu einem friedlichen Europa, „denn jede vereinte Kraft ist stärker als dieselbe Kraft im Zustand der Zerstreuung. Deshalb wäre es gut, wenn unter allen Katholiken (…) der Friede dadurch gesichert würde, dass sie sich gleichsam zu einem einzigen Staat zusammenschließen (…)".[36] Die Idee eines Fürstenkonzils war bei Dubois ein Kontinuum, das in allen späteren Entwürfen wiederkehrte. Dieses Konzil sollte ein internationales Schiedsgericht wählen, dessen oberster Richter und Schlichter der Papst sei.[37] Neu daran war nicht die Idee eines Schiedsgerichts an sich, das von den Streitenden gemeinsam angerufen werden konnte,[38] sondern die schriftliche Niederlegung des Prozessverfahrens sowie die Möglichkeit des Einspruches der Parteien. In diesem Fall sollte der Papst oberste Schiedsinstanz sein.[39]

Neben seinem europapolitischen Projekt legte Dubois Reformvorschläge in den Bereichen Gerichte und Bildungswesen vor, daneben auch Verbesserungsvorschläge für die Finanz-, Handels- und Münzpolitik. Eine tiefgreifende Reform der Kirche war ein weiteres Hauptanliegen von Dubois.[40] Er forderte deren Verzicht auf weltliche Macht, damit sich die Geistlichen auf ihre eigentliche Aufgabe konzentrieren könnten. Im Ergebnis bedeutet dies, dass die Kirche Verzicht auf alle weltlichen Besitztümer leisten sollte.[41]

Dubois war jedoch mehr als nur ein Kirchenreformer. Er vertrat durchaus auch handfeste Interessen. So argumentierte er gegenüber seinem Landesherrn, dem französischen König Philipp IV., falls eine europäische Föderation zustande käme, sei eine Belebung des Orienthandels und eine verbesserte Finanzlage des Abendlandes zu erwarten. Zudem sollte sich jedes Land auf die Güter beschränken, die es möglichst billig produzieren könne; außerdem solle es auf Dauer Kolonien besitzen. Auch Jerusalem sollte eine solche Kolonie werden; dessen Eroberung könne mit der Streitmacht eines europäischen Fürstenbundes leicht gelingen. Auch die Verhältnisse in diesen künftigen Kolonien

[31] *De recuperatione Terre Sancte*. Traité politique générale, publié d'après le manuscrit du Vatican par Ch.-V. Langlois. 1. Ausg. Paris 1891, zit. nach Foerster 1963, S.261.

[32] Ein Konzil aller Herrscher sollte die Leitung aller gemeinsamen Ziele übernehmen. Ein gemeinsames Schiedsgericht, eine gemeinsame Streitmacht und weitere Institutionen waren zur Festigung der Föderation vorgesehen. Diese sollte dann zu einem europäischen Fürstenbund unter Vorsitz des französischen Königs führen. Näher Geier, S.42ff.

[33] „… daher wäre es gut, wenn unter allen Katholiken… der Friede dadurch gesichert würde, dass sie sich gleichsam zu einem einzigen Staat zusammenschließen…", zit. nach Mittag: Kleine Geschichte der europäischen Union, 2008, S.38.

[34] Kéry, S.1ff.

[35] Zit. nach Foerster 1963, S.35ff.

[36] Zit. nach Mittag, S.38.

[37] Das Schiedsgericht sollte aus drei Prälaten bestehen, dessen Kosten von den Streitparteien getragen werden (Kobler S.42). Wahrhaft revolutionär ist seine Forderung, dass einheitliches Recht sowohl für weltliche als auch für geistliche Angelegenheiten gelten sollte (Kobler S.44).

[38] Kéry, S.8.

[39] Kéry, S.17.

[40] Näher Foerster 1967, S.60ff., (62ff.).

[41] Dieser Teil der Schrift war an den englischen König Edward I. gerichtet, dem Dubois natürlich alle Vorteile eines solchen Projekts verdeutlichen wollte (Kéry S.24), da die geistlichen Güter nach der von ihm vorgeschlagenen Reform alle an die Krone fallen würden.

wurden behandelt, so z.B. die Ausbildung der dort einwandernden Europäer.[42]

Dubois' Ideen stellten für die damalige Zeit einen einzigartigen Plan für einen europäischen Staatenbund dar, die noch lange nachwirkten. Er legte die Grundlagen für die Idee einer Staatenverbindung, an dessen Spitze nicht ein einzelner, sondern ein Kongress der Staatsoberhäupter stehen sollte.[43] Dubois stellte jedoch auch für das Bildungswesen in dem eroberten Land einen Plan auf. Nutznießer dieser Bildung sollten allerdings nur die europäischen Zuwanderer sein, nicht die einheimische Bevölkerung. Dieser Teil des Planes blieb freilich auf die Theorie beschränkt, denn weder eine Einigung der europäischen Fürsten noch die Inbesitznahme der Länder war realistisch.

Dubois – Der zweite geheime Teil

Man muss bei all dem bedenken, in welchem Umfeld Dubois sein Konzept entwickelte. Er musste bestrebt sein, die Aufmerksamkeit seines Herrschers, des französischen Königs Philipp IV. zu erringen. Er entwarf daher einen zweiten – geheimen – Plan, der die eigentliche Zielsetzung enthielt: Die französische Vorherrschaft in einem künftigen Fürstenbund zu begründen, d.h. der französischen Krone Vorteile zu verschaffen.[44] Alle Punkte des ersten Teils können somit als wichtige Voraussetzung für die Erfüllung dieses Ziels gesehen werden, da der französische König das Konzil der Fürsten und damit die europäische Politik bestimmen würde. Dubois betonte die Autonomie und Souveränität der Einzelstaaten, die im Konzil zusammenfinden müssten zu „Aufrechterhaltung des Friedens sowie zur Verteidigung und Ausbreitung des Glaubens",[45] was besonders der französischen Krone zugute kommen würde. Hier scheint zum ersten Mal das Konzept eines vereinten Europas zur Friedenssicherung auf, das zugleich das Spannungsfeld der Einzelstaaten umgreift und der vorherrschenden Macht eine verlockende Aussicht auf Machtausdehnung bot.[46]

Im Licht des zweiten Teils der Schrift scheinen Dubois' Gedanken damit weniger idealistisch denn machtpolitisch fixiert zu sein. Die Vorschläge einer Friedensherrschaft in Europa dürften zudem auch von seinen persönlichen Interessen geprägt gewesen sein, mit denen er sich höheren Ortes empfehlen wollte.[47] Das anfänglich angestrebte Ziel eines erneuten Kreuzzuges könnte daher als eine Art Scheinargument interpretiert werden, die Einigung der europäischen Fürsten zu erwirken – zur Stärkung der französischen Vorherrschaft. Ein Einfluss seiner Gedanken auf die Politik lässt sich jedoch nicht erkennen.[48] Frankreich war im Südwesten in Kämpfe gegen die englischen Gebietsansprüche hinsichtlich Aquitaniens verwickelt. Diese Kämpfe scheinen unabhängig von Dubois' Gedanken geführt worden zu sein. Sie dauerten endlos fort – über hundert Jahre (sog. Hundertjähriger Krieg, 1339-1453).

Wie verhält es sich nun mit der Modernität dieser Gedanken? Sie sind natürlich dem zeitgemäßen französischen Denken verhaftet. Die mittelalterliche Vorstellung eines geeinten Abendlandes war noch universalistisch geprägt, im Sinne einer kulturellen und religiösen Einheit. Dennoch liegt hier der Entwurf eines geeinten Europas vor, auf dem die späteren Konzepte aufbauen sollten.

Nach Dubois gab es über hundert Jahre lang keine neuen europäischen Projekte. Die europäischen Fürsten waren mit der Expansion und Sicherung ihres Herrschaftsgebiets beschäftigt; gemeinsames Handeln in einer Föderation schien ausgeschlossen. Die Idee Europa wurde erst seit Mitte des 15. Jahrhunderts zur Abgrenzung zwischen Christentum und Islam in Südosteuropa „wiederbelebt". Diese „Wiederbelebung" nahm in Böhmen und in Frankreich ihren Anfang, wie später zu zeigen ist. Danach herrschte wieder fast hundert Jahre Stagnation. Zu stark waren die inneren Erschütterungen durch Reformation und Gegenreformation, durch die Kämpfe zwischen Papst, Kaiser und Territorialfürsten, die seit dem 15. Jahrhundert die europäischen Länder heimsuchten. Europa als schützenswerte Religions- und Kulturgemeinschaft wurde erst im Verlauf der osmanischen Expansion im 16. und 17. Jahrhundert erneut als gemeinsame Idee entdeckt, um die Türken abzuwehren, die zweimal bis vor Wien (1529 und 1683) vorgedrungen waren. Nach dem Fall Konstantinopels (1453) führte dies, wie im Folgenden zu schildern ist, zu zahlreichen (allerdings vergeblichen) Appellen an die europäischen Fürsten, sich zusammenzuschließen, um der „Türkengefahr" zu begegnen.[49]

Flavio Biondo und die „Türkenrede" Papst Urbans II.

Die Rede Urbans II. 1095 zum Ersten Kreuzzug enthält das Wort *Europa* nicht. Biondo, ein anderer Italiener, sprach jedoch von Europa. Er war Historiker und fungierte seit 1433 als päpstlicher Sekretär. Zwischen 1439 und etwa 1452 veröffentlichte er ein Werk mit dem Titel *Historiarum Decades III.*, in dem es um die Geschichte des Okzidents geht. Hierin stellte er die Kreuzzugsrede von Papst Urban II. im Konzil von Clermont (1095) in einer anderen Weise dar, als sie tatsächlich gehalten wurde, wie andere Berichte des Konzils zeigen. Biondo legte dem Papst eine „Türkenrede" in den Mund, die zwar in *seine* Zeit, nicht aber in die Zeit Urbans II. rund 250 Jahre früher passte. Während es im

[42] Foerster 1967, S.66ff. Dubois sorgte sich um die Lebensbedingungen der zukünftigen Bewohner des Heiligen Landes. Er betonte die Wichtigkeit von Schulen, besonders von Sprachschulen (Foerster 1967, S.68). Er stellte sich den Bildungsgang folgendermaßen vor: An erster Stelle das Erlernen von Lesen und Latein, danach das Lernen von Logik und Fremdsprachen, schließlich das Lernen von Recht, Astronomie, Medizin, Theologie und mathematische Fächer. Bemerkenswert ist die Gleichberechtigung von Frau und Mann, die in diesen Vorschlägen vorgesehen war (Kobler S.43).

[43] Foerster 1963, S.35.

[44] Foerster 1967, S.70ff.

[45] Kéry, S.23, 25.

[46] So sollte der Bruder Philipps, Karl von Valois, über Byzanz, die französischen Anjous, über Norditalien und das Königreich Jerusalem herrschen, so dass der französische König mittelbar auch auf diese Gebiete Einfluss hätte. Die freigewordenen Güter des Papstes sollten ebenfalls von diesem verwaltet werden und der Papst seinen Sitz nach Frankreich verlegen, womit der Papst an die französischen Interessen gebunden worden wäre (Kery S.9).

[47] Kéry S.15.

[48] Foerster 1967, S.75; Kéry, S.5.

[49] Näher Geier, S.48ff.

14. Jahrhundert noch darum ging, das Heilige Land zurückzuerobern und der Begriff *Europa* noch keine Rolle spielte, hatte sich dies in der Zeit danach, als die Türken immer näher rückten, dahingehend gewandelt, Europa zwar als Einheit zu begreifen, jedoch auf dem eigenen Boden gegen Feinde von außen zu verteidigen. Laut Biondo rief jedoch schon Urban zur Selbstverteidigung auf, und das Konzil ist nicht als eine Versammlung der „gens Francorum", also der Franken dargestellt, sondern als eine Versammlung aus allen europäischen Völkern von christlichen Männern: „Viri Christiani, vos Galli; viri Germani, Saxones, Poloni, Bohemi, Hungari; Italia, Venetos hic video, Dalmatas…" [50]

Die Rede Urbans wurde also zu einem Aufruf zur Abwehr gegen die Türken umgedeutet, und die Christenheit wurde europäisch definiert. Europa wird als der große Gegensatz zu den Türken angesehen. Der Druck der Türkengefahr führte dazu, dass Europa im öffentlichen Diskurs der Gelehrten angesprochen wurde, auch wenn deren Aufrufe keine unmittelbare Wirkung zeigten. Mit diesen Ansichten beeinflusste Biondo auch Piccolomini. Somit wird deutlich, wie die damaligen Motive für die Kreuzzüge für eine zeitgenössische Sicht umgedeutet worden sind.

Enea Silvio Piccolomini

Das entscheidende Ereignis in der Mitte des 15. Jahrhunderts war der Fall Konstantinopels im Jahr 1453. Damit rückte die „Türkengefahr" in ein neues, dramatisches Licht.[51] Der Humanist Enea Silvio Piccolomini[52] (später Papst Pius II.; 1405-1464)[53], schrieb gleich nach der Einnahme Konstantinopels folgende Worte an einen Freund: „Nun schwebt das Türkenschwert über unseren Häuptern, und währenddessen liefern wir uns Bürgerkriege, vertreiben unsere eigenen Brüder und lassen es zu, dass sich die Feinde des Kreuzes gegen uns entfesseln." [54]

Er sah es also als höchst gefährlich an, dass die europäischen Staaten in Unfrieden lebten. Deshalb hielt er 1454 auf dem Frankfurter Reichstag seine an alle Delegierten gerichtete „Türkenrede", in der er u.a. folgendes ausführte: „Wenn wir die Wahrheit gestehen wollen, hat die Christenheit seit vielen Jahrhunderten keine größere Schmach erlebt als jetzt; denn in früheren Zeiten sind wir nur in Asien und Afrika, also in fremden Ländern geschlagen worden, jetzt aber wurden wir in Europa, also in unserem Vaterland, in unserem eigenen Haus, an unserem eigenen Wohnsitz aufs Schwerste getroffen." Gleichzeitig sprach er sich auch für die Formierung einer Art Europa-Armee aus: „Es wird euch gewiss nicht schwer fallen, einen gemeinsamen Oberbefehlshaber oder Kriegsherrn, den die alten Römer Imperator nannten, auszuwählen. (…) Wohlan denn, hört und prüft, ob ihr den Krieg für euren christlichen Glauben führen sollt." [55]

Die Rede stieß zwar auf großen Beifall, umgesetzt wurde jedoch nichts, der Kreuzzugsgedanke (jetzt gegen die Türken) war für die meisten nicht mehr zugkräftig. Silvio verschaffte aber dem Begriff „Europa" den Durchbruch. Als Schriftsteller besaß er eine größere Weitsicht bezüglich Europa als seine Zeitgenossen. Er verfasste sogar ein geographisch-ethnographisches Werk mit dem Titel „Europa" – es war die einzige Schrift des Mittelalters, die das Wort Europa im Titel enthielt. Damit führte er diesen Namen in die abendländische Ideengeschichte ein. Die verbindenden Elemente sah er in den kulturellen (religiösen) Werten Europas, zu denen noch wirtschaftliche und soziologische Besonderheiten traten.[56] Diese seien für die zahlreichen, verschiedenen europäischen Völker das bestimmende Merkmal.[57]

Eneas Silvio Piccolomini begriff Europa also zum ersten Mal als eine geographische Einheit, auch um dieses Gebiet gegen Asien (die Türken) abzugrenzen.[58] Dieser Definition Europas ermangelte es jedoch an politischer Substanz. Diese „Schwäche" an politischer Kraft sei der Grund dafür, dass auch ein säkulares Selbstverständnis von Europa noch sehr schwach sei, wie Piccolomini einem Freund schrieb. „Die Christenheit hat kein Haupt, dem alle gehorchen wollten. Nicht dem Papst und nicht dem Kaiser gibt man, was ihm gebührt. […] So viele Fürsten gibt's als Häuser. Wie kannst Du so vielen Köpfen, als den christlichen Erdteil lenken, zu einem Kriegszug raten?" [59] Diese politische Uneinigkeit sei auch der Grund, warum die Osmanen Europa so stark hatten schaden können.

Piccolominis Abgrenzungen wirkten für spätere Europakonzepte stilbildend. Silvio formulierte sehr scharf, weil er die Türken als Barbaren ohne Rechtsanspruch ansah, die von Europa scharf abzugrenzen seien. Sprach man bisher ausnahmslos von den „christlichen Völkern" oder schlicht von der „Christenheit", wenn man die Menschen dieses Erdteils meinte, so bürgerte sich durch Eneo Silvio von nun an die Bezeichnung „europäische Völker" ein, die von den nichteuropäischen Völkern abzugrenzen waren.[60] Diese Völker Europas hätten ihre Wurzeln in der Antike: „Jetzt ist Griechenland verwüstet und zerstört – welch'

---

[50] Thomas Alexandrinus, „Historiarum ab inclinatione Romanorum imperii decades", Venedig 1489; entnommen aus Guthmüller, Bodo; Kühlmann, Wilhelm (Hg.): Europa und die Türken in der Renaissance, Tübingen 2000, S.70.

[51] Näher Franz Reiner Erkens (Hg.): Europa und die Osmanische Expansion im ausgehenden Mittelalter, in: Zeitschrift für Historische Forschung 1997, Beiheft 20.

[52] Näher: Reinhardt, Volker: Pius II., Piccolomini. Der Papst, mit dem die Renaissance begann, München 2013.

[53] Enea lebte das Leben eines Gelehrten. Er diente einigen Konzilien und später König Friedrich II., und in dieser Zeit schrieb er Traktate zu allen möglichen Themen, so dass er bald ein bekannter Dichter wurde. Ab 1447 wurde er Bischof von Trient, Bischof und Kardinal von Siena, sowie Bischof des Ermlands. 1454 hielt er eine Rede auf dem Reichstag zu Frankfurt, in dem er zu einem Kreuzzug gegen die Türken aufrief. 1458 wurde er zum Papst gewählt und nannte sich Pius II. (Foerster 1963, S.38ff).

[54] Entnommen aus Le Goff, S.252.

[55] Foerster 1963, S.38ff., 40.

[56] Piccolomini beschrieb die weltliche und kirchliche Geschichte und die wirtschaftlichen und soziologischen Besonderheiten zwischen Asien und Europa. Damit wird Europa zum ersten Mal mit Inhalten gefüllt, so dass ein neues säkulares Selbstverständnis von Europa entstehen konnte (Foerster 1967, S. 85).

[57] Siehe dazu auch Fuhrmann, S.16f.

[58] Bosl, S.14.

[59] Foerster 1967, S.85.

[60] Foerster 1967, S.84.

kultureller Verlust uns daraus erwachsen ist, wisst ihr alle, da euch ja bekannt ist, dass die gesamte Bildung der lateinischen Welt aus griechischen Quellen stammt.“ [61]

Seine Rede in Frankfurt, ein Jahr nach der Eroberung Konstantinopels, wurde, wie ausgeführt, begeistert aufgenommen. Piccolomini predigte gegen die Türken, indem er auf Augustinus Lehre vom gerechten Krieg zurückgriff. Der Krieg sei gut, wenn er gerecht, nützlich und durchführbar wäre – was er bejaht zum Schutz der Religion, zur Verteidigung des Vaterlandes und zur Rettung der Bundesgenossen – unter der Voraussetzung, dass die Türken nicht die Übermacht hätten, dann sei der Krieg sinnlos. Obwohl viele Hörer sogar eine Abschrift der Rede haben wollten, reichte die Begeisterung dennoch nicht aus, um tatsächlich einen Kreuzzug zu beginnen. Die Fürsten waren nicht gewillt, sich zu einigen. Die Folgen waren ein weiteres Vordringen der Türken bis vor die Tore Wiens und eine fast ungehinderte Ausbreitung der Piraterie im Mittelmeer, der erst die Schlacht von Lepanto (1571) unter Juan d'Austria (einem illegitimen Sohn Karls V.), ein Ende setzte. Die türkische Expansion auf dem Balkan nahm jedoch ihren Fortgang.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass der Begriff Kreuzzug als Mittel gegen einen äußeren Feind hier seinen Anfang nahm (der bis ins 20. Jahrhundert verwendet wurde).[62] Sie dienten als Legitimation zur Abwehr fremder Gefahren und stellen einen wichtigen Faktor für die Verbreitung der europäischen Idee dar. Der äußere Druck, der seit dem 15. Jahrhundert von der Expansion der Osmanen auf Europa ausging, führte dazu, dass Europa zum ersten Mal als Kontinent wahrgenommen wurde und veranlasste die politischen Denker, über hundert Jahre nach Pierre Dubois, neue europäische Einigungsprojekte auszurufen. Dieses Muster wirkte lange nach, allerdings mit „alten“ Argumenten: Die Worte von Papst Urban 1096 zu den Kreuzzügen und die Türkengefahr wurden bis ins 18. Jahrhundert noch oft wiederholt, sobald Friedensargumente auftauchten. Die Furcht vor äußeren Bedrohungen war auch im 20. Jahrhundert wirksam, als im Zweiten Weltkrieg die NS-Propaganda vom „Kreuzzug“ gegen den Osten sprach.[63] Der Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft EWG 1957 lagen Befürchtungen vor der wirtschaftlichen Macht des damaligen Ostblocks (COMECON) zugrunde. War der Druck nicht groß genug, verhallten die entsprechenden Aufrufe ungehört, wie die genannten Beispiele aus dem Mittelalter zeigen. Trotzdem: Europa nahm Gestalt an. In seinem Werk de Europa (1461) sprach Piccolomini, der spätere Papst Pius II., von „Europa, unserem Vaterland, unserem gemeinsamen Haus und Wohnsitz“.

2. Kapitel: Der europäische Gedanke in der Renaissance

Unter Renaissance wird der Übergang vom Mittelalter in die Neuzeit bezeichnet, der in Italien des 13. und 14. Jahrhunderts seinen Anfang nahm und dann in die Länder Mitteleuropas und Nordeuropas ausstrahlte. Zum allgemeinen Kulturbegriff wurde der Begriff der Renaissance durch den Schweizer Kunsthistoriker Jacob Burkhardt (1800-1897) erweitert. Er stellte die Bewusstseinswerdung der Persönlichkeit heraus und sah in der Wiederaufnahme der antiken Kultur einen Ausdruck des neugewonnenen Lebensgefühls.[64] Das Individuum in all seiner Vielfalt sollte die großen Zeiten der Antike in Philosophie, Kunst, Architektur wiederaufleben lassen und sich daran orientieren. Damit beginnt die Zeit des Humanismus. Der Mensch versucht sich von den Fesseln der religiösen Bevormundung zu lösen. Vorläufer waren die italienischen Dichter des 14. Jahrhunderts, wie z.B. Francesco Petrarca. Anstelle der mystisch-geistigen Formensprache des Mittelalters wurde das Lebensgefühl der Zeit von weltlicher, technisch-naturwissenschaftlicher Betrachtung bestimmt. Die Renaissance bedeutet somit Auf- und Ausbruch aus einer langen Periode „gesellschaftlicher, nicht zuletzt auch geistiger wie religiöser Stagnation. Diese Loslösung reicht in ihren Auswirkungen auf dem alten Kontinent bis in den Verlauf „frühbürgerlicher Revolutionen“ hinein,[65] so dass die Zeugnisse der Renaissance Ausdruck einer großen „Übergangsperiode religiöser und gesellschaftlicher Art“ sind. In der Renaissance änderte sich auch der Begriff Europa. Aufbauend auf der antiken griechisch-römischen Kultur,[66] gewinnt Europa an Eigenwert und wird als Kontinent begriffen, den es gegen den Ansturm fremder Mächte, vor allem der Osmanen, zu schützen galt.[67]

Die osmanische Expansion seit dem 15. Jahrhundert bedrohte den europäischen Kontinent. Die Türken hatten große Bereiche des Balkans unter ihre Herrschaft gebracht. 1430 war fast ganz Griechenland erobert. Dann rückten sie auf Wien vor. Am 25. Mai 1453 nahmen die Türken Konstantinopel ein. Sultan Mohammed II. machte es zur Hauptstadt seines Reiches und ernannte sich selbst zum römischen Kaiser. Damit beanspruchte er die Nachfolge des osteuropäischen Reiches und unterstrich die Zielsetzung seiner Expansionspolitik. Der Fall Konstantinopels gilt als epochale Zäsur. Durch die Türkengefahr gewann der Begriff Europa eine neue Bedeutung. Jetzt wurde die christliche Botschaft nicht mehr wie noch in den Kreuzzügen in die Länder des östlichen Mittelmeers getragen, sondern Europa wurde auf sich selbst zurückgeworfen, wurde zum geographischen Begriff (den schon Piccolomini als Papst Pius II. entwickelt hatte), das es nach außen hin zu verteidigen galt. 1517 schlug eine Denkschrift des Papstes Leo X. einen Heiligen Bund aller Fürsten mit dem Kirchenstaat vor: Eine Art heilige Allianz zur Abwehr gegen die Türken. Ein gemeinsamer Verteidigungswille war jedoch nicht vorhanden. Es fehlte eine politische Basis, auf der eine solche Verteidigung aufgebaut werden konnte. Die Fürsten konnten sich trotz der Türkengefahr[68] nicht einigen. Es fehlten die institutionalisierten Kräfte (des Staates), die zusammen agieren wollten. Der Wert der Maxime des Gleichgewichts der Kräfte, die das Zusammenleben aller gewährleisten sollte, war

[61] Aus Silvios „Türkenrede“, zit. nach Foerster 1967, S.84.
[62] Siehe Anm.70.
[63] Foerster 1967, S.43.
[64] Konrad Fuchs; Heribert Raab: Wörterbuch der Geschichte, Bd.2, München 1972, S.694f.
[65] Anita und Walter Dietze (Hg.), Ewiger Friede, Leipzig und Weimar 1989, Einleitung S.15.
[66] Fuhrmann, Manfred: Europa – zur Geschichte einer kulturellen und politischen Idee, Konstanz 1981, S. 5f.
[67] Näher Foerster 1967, S.81ff.
[68] Näher Gutsmüller, Bodo; Kühlmann, Wilhelm (Hg.): Europa und die Türken in der Renaissance, Tübingen 2000.

noch nicht entdeckt. Jeder Staat strebte nach Vorherrschaft über den anderen. Frankreich war in den Hundertjährigen Krieg mit England verstrickt (1339-1453), später mit der Rückeroberung der an England verlorenen Gebiete im Südwesten des Landes in Anspruch genommen. Die deutschen Kaiser kämpften um die Anerkennung der mächtigen Territorialherren (Welfen u.a.). Die oberitalienischen Stadtrepubliken wetteiferten um die Herrschaft auf dem Mittelmeer.

Trotzdem fehlte es nicht an Entwürfen und Projekten, um die Fürsten zu einem Zusammengehen zu bewegen, wie die folgenden Beispiele zeigen.

Der Staatenbund Georgs von Podiebrad

Nachdem Papst Pius II. 1462 den böhmischen Ultraquisten (Hussiten), Anhängern des christlichen Reformators Johann Hus, die kirchliche Freiheit aberkannt hatte, entwarf deren Führer, der gleichzeitig König von Böhmen war, Georg von Podiebrad (1420-1471), den ersten Plan eines vereinigten Europas. Podiebrad, der erste hussitische König, der fast ständig mit Kaiser und Papst (Urban II., später Paul II.) im Streit lag, strebte einen Fürstenbund gegen die Türken an. Ludwig XI von Frankreich hatte 1464 einen Freundschaftsvertrag mit den Türken geschlossen. Im gleichen Jahr legte Podiebrad einen europäischen Friedensplan zur Sicherung des europäischen Friedens und zum Schutz vor der osmanischen Gefahr vor. Hintergrund des Plans war, dass sich Podiebrad aus seiner politischen Isolierung befreien wollte, indem er so viele Fürsten wie möglich dazu brachte, sich vom Papst abzuwenden. Der eigentliche Verfasser der Schriften war Podiebrads Berater Antonio Marini. In seinem Traktat von 1462 mit dem Titel *De Unione Christianorum contra Turcos*, gerichtet an die Könige von Böhmen und Ungarn und alle christlichen Fürsten, rief er zu einem allgemeinen Bündnis gegen die Türken auf, das zwischen Italien, Frankreich, Deutschland und Spanien unter Einbeziehung von Burgund, Ungarn und Venedig geschlossen werden sollte.[69]

Bedeutender war die zweite Schrift Marinis, die den oben erwähnten Entwurf eines Bündnis- und Föderationsvertrags zwischen König Ludwig XI., König Georg von Böhmen und dem Hohen Rat von Venedig vorsah, „um den Türken zu widerstehen".[70] Der Text enthielt eine lange Klage über den schlechten Zustand der Christenheit, da sie zerrissen, geschwächt, eingeengt und jeglichen Glanzes der früheren Zeit beraubt sei. Es gelte Aufstände, Brände und Morde, die in der Christenheit allenthalben um sich gegriffen hätten, endgültig zu beenden und durch ein löbliches Bündnis der Liebe und Brüderlichkeit abzulösen. Schwerpunkt war also schon damals die Friedenssicherung, die im 17. und 18. Jahrhundert im Mittelpunkt der Schriften der Aufklärer stand. Die Schrift fordert ferner eine Art Nichtangriffspakt zwischen allen Fürsten und eine kollektive Friedenssicherung. Zugleich entwirft Marini eine Art Rechtsschutzsystem: So sollten sich die Vertragspartner zusichern, dass sie nicht wegen irgendwelcher Abwehrmaßnahmen, Beschwerden oder Rechtshändeln die Waffen gegeneinander erheben würden, sondern einander gegen jeden Angreifer schützen, aber auch gegen einen aus der eigenen Mitte vorgehen wollten, der in rechtswidriger Weise einen Angriff gegen eines der Mitglieder unternehme. Es sollte keinen Krieg mehr wegen irgendwelcher Freveltaten von Untertanen geben, sondern wenn einem aus den eigenen Reihen Unrecht oder Schaden zugefügt würde, so könne er vor der Bundesversammlung der Fürsten oder dem Bundesgericht Klage führen. Für Streitfragen unter den Außenstehenden und den übrigen Christgläubigen schlug er eine Art Mediatisierung vor, für Streitfragen unter den Bundesmitgliedern ein Bundesgericht. Die Bundesversammlung sollte durch die Entsendung von Gesandten nach Möglichkeit den Frieden unter den Streitenden wiederherstellen oder andernfalls diesen durch Zwang herbeiführen.

In organisatorischer Hinsicht sah der Plan in einundzwanzig Abschnitten eine Föderation gleichberechtigter Souveräne vor, die durch eine Versammlung von bevollmächtigten Legaten verkörpert sein sollte. Der Plan nennt weitere Details: Einen turnusmäßigen Vorsitzwechsel alle fünf Jahre, gemeinsame Institutionen und Regularien, einen europäischen Gerichtshof, eine europäische Rechtsordnung, einen gemeinsamen Etat zur Finanzierung der Institutionen und eine gemeinsame „Europa-Armee"; ferner Regelungen für spätere Beitritte. Die Präambel zeigt sehr idealistische Ziele: „… unter Mitwirkung des Rates, Fürsten, Adligen, haben wir beschlossen… ein Bündnis des Friedens, der Brüderlichkeit und der ewigen Eintracht zu schließen."[71]

In der Fürstenversammlung sollte das gelten, was von der Mehrheit bestimmt und beschlossen wurde, wobei jede Nation eine Stimme haben sollte. Die Könige und Fürsten der Christenheit sollten einen Bundesrat (der Fürsten) bilden. Auffällig bei diesem Modell ist, dass Papst und Kaiser quasi entmachtet sind und keine privilegierte Stellung mehr haben sollten. Dies sind für die damalige Zeit moderne Ideen, vor allem die Regel des Mehrheitsprinzips und des Rechtsschutzes. Während die Bundesversammlung dem europäischen Parlament der heutigen EU ähnlich ist (mit Ausnahme der Volkswahl der Abgeordneten), kann der Bundesrat der Fürsten, d.h. der Regierungen, mit dem Ministerrat der Europäischen Union verglichen werden.

Es ist erstaunlich, wie genau die Institutionen der heutigen Union in jenen fernen Jahrhunderten vorgezeichnet worden sind. Während bei Dubois das Universaldenken noch vorherrscht, in dem Europa als „ein" christliches Abendland beschworen wird, hat bei Podiebrad das Nationalempfinden weitgehend das Universal-Denken des Mittelalters überholt. Angestrebt wird ein Bund unabhängiger Nationen, die, wie die Mitgliedstaaten der heutigen Europäischen Union, auf gewisse Souveränitätsrechte verzichten. Auch dieser Entwurf blieb freilich auf dem Papier; König Georg hatte nicht die Mittel, ihn zu verwirklichen. Der

[69] Bündnis und Föderationsvertrag zwischen König Ludwig XI., König Georg von Böhmen und dem Hohen Rat von Venedig, um den Türken zu widerstehen, Erstdruck 1747; deutsche Übers. In: Foerster 1963, S.43ff. Dazu näher Thumwald, E.: Das Weltfriedensmanifest Königs Georg von Podiebrad, zit., nach Geier, S.51 Fn 10.

[70] Erstdruck unter dem Titel „Traité d'alliance & conféderation entre le Roy Louis Xl. George Roy de Boheme & la Seigneurie de Venise, pour resister au Turc", 1747; die folgenden Zitate sind aus Foerster 1963, S. 44ff. entnommen.

[71] Zit. nach Mittag, S. 38.

Bund widersprach auch dem Lebensgefühl des Humanismus: Dieser pries das Individuum, nicht die Bündnisse.

Erasmus von Rotterdam

Bedeutsamer als der Entwurf Podiebrads waren der Entwurf von Erasmus von Rotterdam, der 60 Jahre nach Podiebrads Plan erschien, zu einer Zeit, als die Türkengefahr auf dem Höhepunkt war. Erasmus von Rotterdam (1466/69 bis 1536) gilt als der größte Gelehrte der Renaissance. Er studierte Theologie in Paris und führte ein wechselvolles Leben in England, den Niederlanden und Frankreich. 1514-1529 und 1535-1536 lebte er in Basel. Erasmus war ein höchst vielseitiger Gelehrter, ein „Fürst der Humanisten", der mit fast allen Fürsten und Päpsten seiner Epoche korrespondierte und als Vorläufer der Aufklärung gilt.[72] Er schrieb 150 Bücher, über 2000 Briefe von ihm sind erhalten. Er veröffentlichte zahlreiche Schriften auf dem Gebiet der Philologie. Bekannt geworden ist er vor allem durch seine Übersetzung des Neuen Testaments vom Griechischen ins Lateinische. Der katholischen Kirche stand er kritisch gegenüber, die er wegen ihres starren Dogmatismus angriff. Vergeblich versuchte er die Kirchenreform mit der Reformation Martin Luthers zu vereinbaren.

Im vorliegenden Zusammenhang ist vor allem seine Schrift: Klage des Friedens (1517) von Interesse. „Innerhalb von zwei bis drei Jahren nach 1453 wurde in bislang nie erreichter Intensität eine die gesamte lateinische Christenheit erfassende Öffentlichkeit im Zeichen der Türkenfurcht hergestellt".[73] Erasmus' Friedenswille war unbedingt, mit ihm war er seiner Zeit weit voraus. Seine Vorstellungen, das Ideal des gebildeten Menschen mit der Idee des europäischen Friedens zu verbinden, waren allerdings utopisch.[74]

Erasmus' Bildungs- und Erziehungsideal zum Frieden galt ungeachtet seines utopischen Gehalts über Jahrhunderte hinweg als Richtschnur. Nur die Bildung zivilisiere den Menschen und eröffne ihm zugleich den wahren Glauben. Hierzu bedürfe er der moralischen Beschäftigung mit der Antike und mit der christlichen Offenbarung, die die humanistische Bildung exemplarisch aufzeigten und garantierten. Dies führe zum wahren Frieden. Dann übertrug er diesen Gedanken auf die europäische Ebene und geht in der *Klage des Friedens* auf den Gedanken eines Friedens auf gesamteuropäischer Ebene ein. Eindrücklich fragt Erasmus: „Du fährst in den Krieg hinein? Schau doch zuerst, was es mit dem Frieden für eine Bewandtnis hat, und was für eine mit dem Krieg; was jener Gutes und was dieser Böses mit sich bringt. So lege dir Rechenschaft davon ab, ob es gut ist, den Frieden mit dem Kriegszustand zu vertauschen."[75] Den Krieg lehnte Erasmus also grundsätzlich ab.[76] Nach ihm benutzten die christlichen Fürsten den Krieg gegen die Türken nur, um ihr eigenes Volk zu unterdrücken. Jeder Krieg entfessele nur einen weiteren Krieg. Den Krieg gegen die Ungläubigen hielt er zwar im äußersten Notfall für erlaubt, gleichzeitig hielt er aber den Fürsten den Spiegel vor: Die Erfolge der Türken seien nur auf die Sünden der Christen zurückzuführen und somit als die Offenbarung göttlichen Zorns aufzufassen. Erasmus setzte auf einen Sinneswandel. Es komme nicht auf den Krieg mit den Türken an; statt sie zu bekämpfen, solle man sie zum christlichen Glauben bekehren. Es sei somit eine Reform und Wandlung der christlichen Gesinnung wie auch der christlichen Kirche vonnöten. Um einem generellen Frieden näher zu kommen, empfahl Erasmus, einen Sicherheitsrat zu schaffen, bestehend aus Staatsmännern, Kirchenmännern, Gelehrten und Theologen. Die Herstellung des Friedens wollte er nicht allein in die Hände von Politikern und Theologen legen. Die Fürsten sollten sich von der Fixierung auf den Krieg lösen, indem sie sich Aufbauarbeiten in ihrem Land widmeten.[77]

Erasmus war im wahrsten Sinne „Ideologe". Er hielt im Prinzip nichts von einem „gerechten Krieg" und sah in den Sünden, d.h. in der Unvernunft der Menschen und ihrer Niedertracht die wahre Geißel Europas. Friedenssicherungen und Bündnisse lehnte er ab, denn er sah darin nur weiteren Anlass für Auseinandersetzungen. Er vertraute einzig auf Vernunft und Frömmigkeit. In seiner oben erwähnten Rede *Klage des Friedens* (1517)[78] schrieb er: „Alle Völker Europas haben denselben Stammvater, denselben Religionsstifter und alle sind durch das gleiche Blut erlöst (…)". Wie die Bußprediger seiner Zeit forderte Erasmus also eine innere Umkehr; seine Ideen sind eher geistlicher als weltlicher Natur.

Die Ideen von Erasmus mögen aus heutiger Sicht als „blauäugig" oder utopisch erscheinen. Andererseits wirken sie merkwürdig modern, da nach der pazifistischen Vorstellung der linken Parteien von heute das beste Mittel der Kriegsverhütung Wohlstand und Entwicklung im Lande selbst sind. Eben dazu wollte Erasmus die Fürsten anhalten. Dass er dabei als Ursache der Kriege den ewigen Streit zwischen den Fürsten benennt, stellte einen großen Schritt nach vorne dar. Ihm schwebte ein neues Menschenbild vor: Friede sollte durch innere Umkehr erreicht werden. Er kritisierte die Neigung der Menschen, ständig Auseinandersetzungen und Kriege miteinander zu beginnen, obwohl doch alle gleich seien. Besonders bei den europäischen Fürsten sah er die Bereitschaft, die Welt aus schändlichen und nichtssagenden Gründen in Kriege zu treiben; er sah auch die Gefahr, dass die Völker selbst auf den Papst nicht hören, wenn er ihnen Frieden gebietet. In *Klage des Friedens* schreibt er weiter:

> „(…) Ein dauerhafter Friede besteht nicht aus Verschwägerung oder menschlichen Bündnissen (…) er muss die Stellen des Übels selbst reinigen; falsche Begehrlichkeiten gebären diesen Waffenlärm. Schon die geringste Beleidigung reiche (bei den Christen) hin, um einen geeigneten Vorwand zu einem Kriege zu bieten."[79]
>
> „Wenn aber das menschliche Herz so unabänderlich krank ist, dass es gänzlich ohne Kriege nicht bestehen kann, warum lässt man dieses Übel nicht lieber gegen die Türken los? Trotzdem wäre es besser, diese durch Belehrung, Wohltaten

[72] Näher Foerster 1967, S.111ff.
[73] Gutmüher; Kühlmann, S.31.
[74] Näher Ribegge, Wilhelm: Erasmus von Rotterdam, Darmstadt 2009.
[75] Zit. nach Dietze, Ewiger Friede, S.5.
[76] Dietze, S.17.
[77] Dietze, S.19.
[78] Foerster 1963, S.51ff.
[79] Foerster 1963, S.53f.

und einen lauteren Lebenswandel für den Glauben Christi zu gewinnen, als sie mit Waffengewalt anzugreifen. Ist aber, wie gesagt, der Krieg schlechterdings nicht zu vermeiden, so wäre ein Krieg gegen die Ungläubigen sicher ein geringeres Übel, als wenn sich die Christen so gottlos untereinander bekämpfen und gegenseitig verderben. Führt sie die Nächstenliebe nicht zusammen, so verbindet sie gewiss der gemeinsame Feind; und es wird immerhin ein Zusammenwirken, wenn auch die wahre Eintracht fehlt."[80] (Krieg als Mittel der Notwehr, Anm. d.V.)[81]

„Werdet doch endlich einmal ein wenig weise nach dem allzu lange erduldeten Elend des Krieges! Den bisherigen Wahnwitz mag man dem Schicksal zuschreiben. Den Christen gefalle, was ehedem den Heiden gefiel: das vergangene Übel zu vergessen. Alsdann befleißigt euch des Strebens nach Frieden in gemeinsamen Beratungen, und zwar so, dass der Friede nicht mit Hanfschnüren, sondern mit starken, stahlharten Fesseln zusammengebunden wird und niemals mehr auseinandergerissen werden mag."[82]

Erasmus forderte somit nicht nur einen Sinneswandel zugunsten des Friedens, sondern predigte auch moderne Tugenden, indem er die Fürsten dazu aufrief, weise zu sein, nicht nur im eigenen Interesse, sondern vor allem im Interesse der Untertanen. Dieser Einstellung sollten nicht nur die Fürsten folgen, sondern auch ihre Amtleute und Verwaltungsbeamte, alle Dinge sollten im Hinblick auf das Gemeinwohl beurteilt werden. „Ein Fürst soll seine Regierung derart führen, dass er sich bewusst ist, als Mensch über Menschen, als Freier über Freie, endlich als Christ über Christen zu herrschen. (…) Weder Fürsten noch Untertanen sollen den Eigennutz suchen. Denjenigen soll man die meiste Ehre erweisen, welche den Krieg verhüten und die Einigkeit durch ihre Klugheit und ihren Rat wiederherstellen.[83] (Erasmus könnte mit diesen Ermahnungen als Lehrmeister der Politiker und Bürger des modernen Staates angesehen werden, Anm. d.V.).

Der Weltfriedensplan von Émeric Crucé

Die Orientierung der Renaissance am Individuum und seiner Befreiung von kirchlicher Bevormundung war der Entwicklung kollektiver Entwürfe für Europa nicht günstig. Es dauerte hundert Jahre, bis neue europäische Entwürfe auftraten. Man entdeckte die Bedeutung von Handel und Gewerbe, die durch Kriege nur geschädigt, in Friedenszeiten jedoch aufblühen würden, zum Wohle aller Staaten. Den Anfang machte der Pariser Reformschriftsteller Émeric Crucé, der in seinem Buch „Le Nouveau Cynée" (1623)[84] einen neuartigen Gedanken zum Ausdruck brachte, indem er einen Friedensplan auf *Weltbasis* schuf. Er schrieb die *Grundzüge einer allgemeinen Weltordnung, die allen Nationen gleich förderlich ist.*[85] Er ging von dem Grundgedanken aus, dass Kriege nicht lohnend und Wirtschaft und Handel viel zukunftsträchtiger seien (deshalb der Titel in Anlehnung an *Kineas*, den Vertrauten des Königs Pyrrhus, der seinen Herrn zu überzeugen suchte, dass Krieg unnötig sei). Auch hier findet sich also die Friedensidee, diesmal jedoch universell. Crucé mochte einerseits das Gewissen der „Großen" schärfen, an ihre Moral appellieren. Aber indem er die Umrisslinien eines Völkerbundes entwirft, legte er auch politische Inhalte dar. Damit war er seinen Vorgängern und Zeitgenossen weit voraus: Er verband internationales Denken mit zukunftsträchtigen sozialpolitischen Reformen und wirtschafts- und handelspolitischen Motiven für den Frieden. Crucé wollte ein ständiges Weltparlament einrichten, das über Streitigkeiten entscheiden sollte, bestehend aus delegierten Vertretern aller Monarchien und großen Republiken (ein Projekt, das Anklänge an die Vereinten Nationen zeigt, Anm. d.V.):

„Die Abgesandten aller Monarchien und souveränen Republiken sitzen hier als Bürgen und Wahrer des Weltfriedens. Und um dem ganzen noch größeres Ansehen zu verleihen, müssten alle Fürsten schwören, das, was in dieser Versammlung durch Stimmenmehrheit beschlossen würde, für unverletzliches Recht zu halten und jeden, der sich etwa widersetzen wollte, mit dem Schwerte zu verfolgen."[86]

So werde der Weltfrieden dauerhaft gesichert, genauso wie die gemeinsame Sicherheit. Mit verschiedenen innenpolischen Reformen (wie z.B. die, den Armen zu helfen und durch Ausbildung die Bevölkerung zur Selbsternährung zu befähigen) sollten innere Unruhen unterbunden werden. Weitere Punkte waren, den Handel zu stärken, einen einheitlichen festen Münzfuß festzusetzen, ebenso wie einheitliche Maße und Gewichte einzuführen – Errungenschaften, die in Europa erst im 19. Jahrhundert verwirklicht wurden; auch Sozialfürsorge und Bildungsengagement, das Crucé fordert, wurden in Europa erst im 19. Jahrhundert als Notwendigkeit anerkannt.[87] Crucé glaubte, dass die Wirtschaft das friedlichste Bindemittel der Staaten sei – dies ein Gedanke, der auch demjenigen der Montan-Union (1952) als Vorstufe zur Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (1957) zugrunde lag. Ein völlig neuer Ansatz ist die Toleranz zu Andersgläubigen; ohnehin beschränkt sich bei ihm die Religion auf die auf irdische Nützlichkeit verflachte Moral. Wirtschaft sei international: „Welche Freude würde es sein, die Menschen sich überall frei bewegen und sich ohne Bedenken über Ländergrenzen, Förmlichkeiten und andere Verschiedenheiten hinweg verstehen

[80] Foerster 1963, S.56.

[81] Erasmus kennt nur eine Ausnahme, um einen Krieg nach der christlichen Lehre zu rechtfertigen, und zwar, wenn das ganze Volk ihm zustimme – eine Bedingung, die unter den damaligen Umständen der Fürstenherrschaft unerfüllbar war. Im Unterschied dazu spricht er in der oben zitierten Passage davon, dass ein Krieg unter bestimmten Umständen unvermeidbar sein kann, was nicht identisch mit einem *gerechtfertigten* Krieg ist (Anm. d.V.).

[82] Foerster 1963, S.57.

[83] Foerster 1963, S.55.

[84] Le Nouveau Cynée ou Discours d' Estat representant les occasions et les moyens detablir une paix generelle et la liberté du commerce par tout le monde. Aux monarches et souverains de ce temps, zit. nach von Raumer, S.291.

[85] Zit. nach von Raumer, S.291.

[86] Zit. nach von Raumer, S.309.

[87] Im einzelnen sollte eine Generalversammlung der europäischen Fürsten ins Leben gerufen werden, mit dem Ziel der oben genannten wirtschaftlichen Reformen. Hinsichtlich der Struktur für ein solches Bündnis forderte er einen radikalen Föderalismus mit kleinen Provinzen und Gemeinden, der eine bessere politische Beteiligung der Bürger erlaube.

zu sehen, als sei die Erde, wie sie es ja eigentlich wirklich ist, eine für alle errichtete Stadt.“ [88] Es versteht sich allerdings von selbst, dass, wenn damals von der „ganzen Welt“ gesprochen wurde, nur souveräne Staaten und Völker gemeint waren. Naturvölker oder abhängige Kleinstaaten wurden ignoriert, gegen die „Wilden“ war sogar der Krieg erlaubt. Der Autor verstand also unter „Welt“ nur wenig mehr als Europa, dazu die nordischen Staaten und Russland. Immerhin spürt man in seinem Aufruf Anklänge an die Globalisierung des einundzwanzigsten Jahrhunderts, in der Freizügigkeit und weltweiter Handel herrschen.

Hugo Grotius: De jure belli ac pacis (1625)

Nur wenige Jahre nach Crucé legte ein Gelehrter von europäischem Rang und Ruhm einen weiteren Entwurf für eine europäische Rechts- und Staatengemeinschaft, d.h. eine Friedensordnung vor: lm Jahr 1625 erschien in Paris von Hugo Grotius *De jure belli ac pacis.*[89] Grotius kam ursprünglich aus den Niederlanden und war Jurist und Staatsmann am schwedischen und französischen Hof, nachdem er nach der Hinrichtung Oldenbarneveldts 1619 aus den Niederlanden fliehen musste. Auf der Grundlage des Naturrechts, das er vor das göttliche Recht stellte, wurde er zum Begründer des Völkerrechts der Neuzeit. Eine von ihm vorgeschlagene europäische Assemblée sollte durch einen Conseil mit Sitz in Venedig geleitet werden. In den Schriften Grotius' erscheint im Zusammenhang mit Beschreibungen eines europäischen Staatenbundes wieder ein „Europa der Kulturen“ – ein Begriff, der über den in der Renaissance auf die Religion beschränkten Begriff von Europa weit hinaus ging (indem er z.B. auch die Rechtsordnung umfasste) und der ab diesem Zeitpunkt über die Jahrhunderte hinweg in ähnlichen Entwürfen wiederkehrte.[90]

Diesem Ansatz einer europäischen Rechtsgemeinschaft machte der Dreißigjährige Krieg ein Ende. Die europäischen Entwürfe versiegten. Erst nach dem Westfälischen Frieden von 1648 trat „Europa“ wieder in Erscheinung. Dazu beigetragen haben Anfänge der Grundrechtsgewährleistungen (Habeas Corpus 1679; Declaration of Rights 1689) und die Schriften der Aufklärer (z.B. John Locke: Two Treaties on Government 1690 etc.).

Der „Große Plan“ des Herzogs von Sully

Das 17. Jahrhundert war ein Jahrhundert der Kriege,[91] die die Zerrissenheit der europäischen Mächte in Religion und Machtstreben in extremem Maße zeigten. Als Minister des Königs von Frankreich war Baron de Rosny, Duc de Sully, über ein Jahrzehnt einer der bedeutendsten Ratgeber des Königreichs, zuständig für Finanzen, Staatsschulden, Handwerk und Gewerbe, Handel, Produktionsförderung, Seidenindustrie usw. Außerdem hielt er Frankreich vom Dreißigjährigen Krieg fern. In dieser Zeit entwickelte er seine Ideen, die unter dem Titel *Le Grand Dessein (Der große Plan)* Berühmtheit erlangten. Seine Vorstellungen gipfelten in dem Plan der *Christlichen Republik*.[92] Unter den Bourbonen (Heinrich von Navarra 1588/89, später Heinrich lV., 1600-1618) begann der Aufstieg Frankreichs zur kontinentalen Großmacht;[93] jedoch ohne die Mitwirkung von Sully, der durch die Regentin Maria de Medici, und nach deren Vertreibung durch Richelieu verdrängt wurde. Er zog sich zurück und verfasste seine „Memoiren“. Sein Werk lautete: *Le Grand Dessein* (Der große Plan) *ou Memoires des sages et royalles Oeconomies d' Estat domestiques, politiques et militaires de Henry le Grand*, Amsterdam (in Wirklichkeit gedruckt auf Schloss Sully), die um 1640 erschienen, dessen erste Teile aber bereits ab 1604 entstanden sein sollen (Vollendung um 1636).[94] Der Große Plan war ursprünglich Heinrich IV. zugeschrieben worden. Zwar hatte der König tatsächlich eine Art Staatenbund im Auge und plante große Umgestaltungen in Europa, jedoch war er schon über zwanzig Jahre tot, als *Le Grand Dessein* entstand.[95]

Das Werk sah eine Neuordnung Europas nach den Grundsätzen der Gleichberechtigung vor, bestehend aus fünfzehn ähnlich starken Staaten, und war als Bollwerk gegen die Habsburger, insbesondere gegen die Spanier gedacht, die ganz Europa mit dem Netz der Inquisition überziehen wollten und gegen die der französische König ununterbrochen Krieg geführt hatte. Denn Heinrich IV. hatte den Protestanten im Edikt von Nantes (1598) in seinem Reich freie Religionsausübung zugesagt, die im Falle der spanischen Vorherrschaft hinfällig geworden wäre.

Im einzelnen sah der Plan vor, die Machtausweitung einzelner Staaten durch das Einschreiten aller anderen zu verhindern. Für diese Zwecke war ein europäisches (gemeinsam zu unterhaltendes) Heer geplant. Der Entwurf war dadurch gekennzeichnet, dass die Konfessionen gleich gewichtet waren und dass kein einzelner Führer an der Spitze vorgesehen war, sondern alles vom Mehrheitswillen einer allgemeinen Ratsversammlung entschieden werden sollte. Die Versammlung sollte aus „einer gewissen Anzahl von Kommissarien, Ministern und Bevollmächtigten aller Staaten der Christlichen Republik [96] bestehen,

[88] Zit. nach Mittag, S.38f.
[89] Übersetzung von W. Schätzel, Die Klassiker des Völkerrechts, Bd.I. Tübingen 1950.
[90] Geier S.67.
[91] Die wichtigsten waren: Der 30-jährige Krieg mit seinen vier Phasen zwischen 1618 und 1648, die englisch-niederländischen Seekriege 1652-1674, der schwedisch-polnische Krieg 1655-1660, die französisch-holländischen Devolutionskriege 1667-1678, der Pfälzer Erbfolgekrieg 1688-1697.
[92] Foerster 1967, S.133, 137.
[93] Salewski, Geschichte Europas, S.696ff.
[94] Zit. nach Foerster 1963, S.60ff.
[95] Näher Foerster 1967, S.131ff.
[96] Die christliche Republik sollte aus 15 Staaten bestehen. Fünf Wahlmonarchien: Kirchenstaat, Heiliges Römisches Reich Deutscher Nation, Polen, Ungarn, Böhmen. Sechs Erbmonarchien: Frankreich, Spanien, England, Dänemark, Schweden, Lombardei; vier souveräne Republiken: Venedig, Italien (die „kleinen Staaten“), Eidgenossenschaft der Schweiz, Generalstaaten der Niederlande. Organ: Conseil Général (Rat), gebildet durch Delegierung oder Wahl. Größere Staaten, vier oder drei, kleinere Staaten je zwei Mitglieder. Amtsdauer des Rates: drei Jahre, seiner Mitglieder jeweils ein Jahr. Residenzen sollten Krakau, Trient, Paris, Bourges sein. Dazu sechs regionale Räte mit sechs Sitzen in Danzig, Nürnberg, Wien, Bologna, Konstanz, Paris oder Bourges. Neben dem Rat war noch ein spezieller Rat vorgesehen zum Aufbau einer europäischen Armee mit Amtssitz in Metz, Luxemburg, Nancy, Köln, Mainz Trier, Frankfurt, Würzburg, Heidelberg, Speyer, Worms, Straßburg, Basel und Besançon, also eine Art Regionalkommando mit europäischen Truppenstandorten. Das erinnert an die Bemühungen der Europäischen Union, eine eigenständige europäische Armee aufzubauen.

welche in Form eines Senats beständig versammelt wären, um sich über die vorkommenden Geschäfte zu beratschlagen, die strittigen Interessen zu einigen, die Zwistigkeiten beizulegen, alle bürgerlichen, politischen und kirchlichen Angelegenheiten der europäischen Staaten, die sowohl unter ihnen als mit Fremden vorkommen würden, aufzuheitern und in Ordnung zu bringen." Also eine Art ständiger Europäischer Rat, der zugleich als Schiedsgericht fungieren sollte. Ferner sollte es an sechs Orten regionale Ratsversammlungen geben. Das Organ dieser Republik sollte ein Generalrat sein, deren Mitglieder von den Fürsten delegiert oder gewählt werden sollten. Die Amtsdauer des Rates sollte drei Jahre, die seiner Mitglieder jeweils ein Jahr betragen. Zum Oberhaupt und zur ersten Magistratsperson der Christlichen Republik sollte der Kaiser ernannt werden. Die Ratsversammlung sollte befugt sein, Entscheidungen an den allgemeinen Staatsrat weiterzuleiten, dessen Aussprüche Gesetzeskraft haben sollten.[97] Sully wollte kein kurzlebiges Kriegsbündnis, sondern eine dauerhafte Föderation, um alle künftigen Störungen der europäischen Ordnung unmöglich zu machen.[98]

Sullys *Großer Plan* entsprach der damaligen Friedenssehnsucht, aber das Vorhaben hatte, wie die Pläne seiner „Vorgänger" Piccolomini, Erasmus oder de Crucé, keine Chance auf Verwirklichung. Sully hoffte, die Furcht vor Spanien und dessen Inquisition würde Europas Staaten an die Seite Frankreichs treiben, doch das von Sully erstrebte „Gleichgewicht" würde in Wahrheit in eine Hegemonie Frankreichs münden. Tatsächlich ging es (unausgesprochen) darum, die französische Hegemonie gegenüber dem Haus Habsburg durchzusetzen, das zum Verzicht auf jede Macht gezwungen werden sollte.[99] Der Plan verlangte von den Staaten Europas daher letztlich nichts anderes als ihre Unterstützung zur Erreichung der französischen Absichten. Die Gleichberechtigung der drei Konfessionen (der römisch-katholischen, der reformierten und der protestantischen) erschien zwar verlockend, doch die Furcht vor der französischen Dominanz überwog. Ein zweiter Punkt des politischen Entwurfs bezog sich auf die Fürsten, die sich nicht zur christlichen Religion bekannten, und bestand darin, dass man diejenigen gänzlich aus Europa vertreiben sollte, da sie wohl nicht zur Annahme einer der christlichen Religionen zu bewegen seien.

Der Plan stand allerdings nie wirklich zur Diskussion, da das Machtstreben Ludwigs XIII. und Ludwigs XIV. jede Art von Föderation, ja auch nur die Diskussion darüber, ausschloss. Vielleicht hätte der „Große Plan" einige Chancen auf Verwirklichung erhalten, wenn Heinrich IV. länger gelebt hätte. Der Plan hatte aber eine große Wirkung dahingehend, dass sich fast alle Befürworter einer Völkervereinigung in der Folgezeit auf ihn beriefen.

Campanella und die Spanische Monarchie

Die Befürchtungen Sullys vor einer Dominanz Spaniens schienen nicht unbegründet zu sein, da der italienische Philosoph, Dichter und Politiker Tommaso Campanella Anfang des 17. Jahrhunderts in seinem Werk *Sonnenstaat*[100] (La cittŕ del Sole, 1602) von einer christlichen Friedensgemeinschaft sprach, worunter er die spanische Monarchie verstand. Noch deutlicher wird er in seinem Buch *Monarchie Messiae* (1605), in welchem er die Alleinherrschaft der Fürsten pries.[101] Fünfzehn Jahre später brachte er ein weiteres Buch heraus, das im Gegensatz zu seiner Utopie *Sonnenstaat* von der realen politischen Situation ausging. In dieser Schrift *Spanische Monarchie*[102], die er 1620 vorlegte, forderte Campanella eine Vereinigung ganz Europas, und zwar unter der Herrschaft von Spanien, begründet mit geschichtlich-mystischen Gedanken, d.h. eines auf das Papsttum begründeten Reiches. Wie alle anderen Entwürfe blieb jedoch auch dieses Werk ohne großes Echo.[103]

Die öffentliche Diskussion blieb jedoch nicht auf die Konzepte Sullys und Campanellas beschränkt. Zahlreiche weitere Vorschläge kursierten in den Debatten der Schriftsteller und Philosophen.[104] Sie kamen auch aus dem osteuropäischen Raum, so z.B. im Zuge panslawistischer Bestrebungen, als man Moskau als „drittes Rom" zu propagieren versuchte.[105] Nach diesen Vorstellungen sei Russland lebenskräftig, Europa dagegen degeneriert, weshalb Russland auch nicht wirklich zu Europa gehöre. Diese Entwürfe sind jedoch wenig greifbar und wurden von der Kritik wegen „Unverständnis und Vorurteilen jeder Art und Herkunft"[106] verworfen, sodass ihre Beurteilung hier außer Betracht bleiben muss.

(Fortsetzung folgt)

[97] Zit. nach Foerster 1963, S.70.
[98] Foerster 1967, S.143.
[99] Foerster 1967, S.139.
[100] Campanella, Thomas, „Sonnenstaat", in: Heinisch, Klaus H. (Hg.), Der utopische Staat, Reinbeck 1960.
[101] Campanella huldigte dem Friedensgedanken, indem er von einer christlichen Friedensgemeinschaft spricht. In *Monarchie Messiae* (1605) zeigt er die wirtschaftlichen Vorteile einer Völkergemeinschaft auf, indem er wiederum die Alleinherrschaft eines Fürsten preist, da dieser alle nötigen Maßnahmen ergreife, um die Armut zu bekämpfen. Es würde wegen Nahrungsmangels weder Sterblichkeit noch Krieg mehr geben, noch Habgier zwischen ausländischen Käufern und Verkäufern. Näher: Campanella, Thomas: Monarchie Messiae, zit. nach Foerster 1967, S.125.
[102] Campanella, Thomas: Von der Spanischen Monarchy, 1620.
[103] Näher Foerster 1967, S.123ff.
[104] Beispiel bei Foerster 1967, S.186ff.
[105] Geier, S.60ff. mit ausf. Nachweisen S.62.
[106] Geier, S.62.

Norbert Gross

Reinhold Frank, Urteil – Vollstreckung – Nachurteil. (Heft 33 der Schriftenreihe des Rechtshistorischen Museums Karlsruhe)

Karlsruhe: Verlag der Gesellschaft für Kulturhistorische Dokumentation e.V., 2016, 82 S., ISBN 978-3-922596-98-1

Das Heft 33 der Schriftenreihe des Rechtshistorischen Museums Karlsruhe ist dem Karlsruher Rechtsanwalt Reinhold Frank (1896-1945) gewidmet.

Autor ist Professor Dr. Dr. Norbert Gross, langjähriger Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof und zuvor beim Land- und Oberlandesgericht, den die meisten Rechtshistoriker sicherlich durch seine Veröffentlichungen zum Code civil bzw. der Rezeptionsgeschichte kennen. Gross, der gleichfalls Mitglied des Kuratoriums des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte in Frankfurt/Main ist, zeichnete bereits „magistralement" den Werdegang Ernst von Simsons nach, so in Heft 28 der Schriftenreihe des Rechtshistorischen Museums, erschienen im Jahre 2013. Zuvor hatte er sich Josef Kohler zugewandt; der Leser sei hierzu auf Heft 17 der genannten Schriftenreihe aus dem Jahre 2009 verwiesen: „Josef Kohler – Lebenspfade eines badischen Universaljuristen".

Die nun vorliegende Schrift enthält den am 17. Juli 2015 im Ständehaussaal des Neuen Ständehauses zu Karlsruhe im Rahmen der XVI. Reinhold-Frank-Gedächtnisvorlesung gehaltenen Vortrag des Autors, einen sehr ausführlichen Anmerkungsapparat, zahlreiche Abbildungen sowie einen Anhang mit zehn einzelnen Dokumenten zum Prozess gegen den mutigen Widerstandskämpfer Reinhold Frank, dessen Werdegang und insbesondere das gegen ihn gerichtete Verfahren vor dem berüchtigten Volksgerichtshof unter seinem fanatischen Präsidenten Roland Freisler im Einzelnen beleuchtet werden. Wurde Frank bis dato vorwiegend in historischen und landeskundlichen Beiträgen gewürdigt, so hat der Autor erstmals aus der Sicht des Prozessanwalts und Rechtshistorikers umfassend dessen facettenreichen Lebensweg und die Verurteilung analysiert.

Die Studie gliedert sich in fünf Kapitel: Lebensweg, Auftakt zum Prozess, Verhandlung und Urteil, Vollstreckung sowie Nachurteil.

Franks Lebensweg ist gezeichnet vom Ende des Kaiserreiches und dem Ersten Weltkrieg: Geboren 1896 im bäuerlichen Dorf Bachhaupten als Sohn eines Landwirts und jüngstes von insgesamt acht Geschwistern, durchlief er eine gleichermaßen stark katholisch wie patriotisch geprägte Erziehung, auf das Abitur in Sigmaringen folgte die Einberufung in den Ersten Weltkrieg mit mehrfacher Verwundung und schließlich die Studienzeit in Freiburg. Anschließend war Frank bei seinem väterlichen Freund, Franz Xaver Honold, in einer Karlsruher Kanzlei tätig, die er nach dem Tode Honolds eigenständig weiterführte. Die Kanzlei vertrat vor allem die lokale Wirtschaft, „aufgrund persönlicher Kontakte und aus Pflichtgefühl erfolgte Übernahme gelegentlich eher kleinformatiger politischer Strafmandate" (S. 20), nicht zuletzt auch vor dem Volksgerichtshof, weshalb nicht verwundert, dass Freisler Frank als „politischen Verteidiger" abqualifizierte.

Stets quellennah rekonstruiert Gross minutiös den Prozess gegen Reinhold Frank, von der Verhaftung in der Nacht vom 20. auf den 21. Juli 1944 bis zur Verhandlung am 12. Januar 1945. Lediglich auf der schwachen Grundlage eines Anrufs aus dem Reichsjustizministerium und dem Vermerk, es liege ein Befehl Hitlers vor, erfolgte Franks Löschung aus dem Verzeichnis der Karlsruher Anwälte: „Mehr nicht. Ohne jeden schriftlichen Beleg, ohne jede Rechtsgrundlage, wurde aufgrund eines Telefonanrufs Reinhold Frank als Rechtsanwalt gelöscht und die Löschungsverfügung an die Anwaltskammer weitergegeben" (S. 29).

Die Anklage lautete auf glaubhafte Kenntnis eines geplanten Verbrechens des Hoch- und Landesverrats (S. 31). Obwohl Frank detailliert und feinsinnig hiergegen argumentierte, setzte sich Freisler mit der stumpfsinnigen und völlig willkürlichen Begründung durch, Frank habe auf die Niederlage des unmittelbar mit dem Nationalsozialismus verbundenen Reiches spekuliert; ein solch abartiges Denken verdiene die Todesstrafe.

Die Kapitel Vollstreckung und Nachurteil stimmen den Leser erneut nachdenklich. Hinrichtungen im Fünf-Minuten-Takt (S. 37) sowie der Umgang mit der Erinnerung an Reinhold Frank nach dem Kriege, was Gross trefflich im Unterkapitel „Die Verschweiger" ergründet (S. 47-50). Bekanntlich kam es erst in den 1990er, z.T. schon 1980er Jahren zu echten Anfängen einer historischen Aufarbeitung der weithin verdrängten NS-Prozesse. Pionierarbeit leistete hierbei Diemut Majer 1981 mit „‚Fremdvölkische' im Dritten Reich - Ein Beitrag zur nationalsozialistischen Rechtssetzung und Rechtspraxis. Unter Berücksichtigung der eingegliederten Ostgebiete und des Generalgouvernements" (Nachdruck 1993).

Mit seiner sehr lesenswerten und ausgewogenen Einzelstudie über den Karlsruher Widerstandskämpfer Reinhold Frank hat Norbert Gross zum Forschungsfortschritt und zur Aufarbeitung der NS-Unrechtsgeschichte sehr viel beigetragen.

Thomas Gergen*

* Prof. Dr. iur. Dr. phil. Thomas Gergen, Institut Supérieur de l'Économie, ISEC Université Luxembourg.

Alexander Krey

Die Praxis der spätmittelalterlichen Laiengerichtsbarkeit. Gerichts- und Rechtslandschaften des Rhein-Main-Gebietes im 15. Jahrhundert im Vergleich.

Köln: Böhlau Verlag, 2015, 758 S., ISBN 978-3-412-22462-2

Die Untersuchung der weltlichen Laiengerichtsbarkeit im Alten Reich anhand der Oberhöfe ist ein interessantes und lohnendes Thema. Dabei kann man sowohl die Rechtsgeschichte des Mittelalters als auch jene der Neuzeit einarbeiten. Der Autor Alexander Krey, der das zu besprechende Werk in Frankfurt als Dissertation eingereicht hat, legt das Zentrum seines Interesses auf seine nähere geografische Umgebung. Das wären das Rhein-Gebiet und die ausgewählten Orte Frankfurt, Ingelheim, Gelnhausen und das Landgericht Bornheimer Berg. Als Zeitfenster wählte der Verfasser genau das Jahrhundert an der Schwelle zwischen Mittelalter und Neuzeit aus. Als Quellen dienten dem genauestens arbeitenden Autor Gerichtsbücher und Urkunden und deren Analyse.

Um die Fragestellung nach dem Zugriff zu beantworten, muss man wissen, dass sich der Autor auf die neue Konzeption der Rechts- und Gerichtslandschaften stützt. Eine Vorbedingung ist es, wenn es darum geht, den beabsichtigten Verzicht auf die Forderung der Rechtseinheit zu erkennen oder die Ermangelung klar abgesteckter Einflussgebiete zu erforschen. Überdies beschreibt der fundiert arbeitende Verfasser mustergültig nach einer längeren Einleitung zwei Teilabschnitte. Dabei geht es zum einen um die Wechselwirkungen verbundener Oberhöfe und zum anderen um die vereinten Rechts- und Verfahrensgrundsätze an den regionalen Gerichten. Im letzten Teil versucht Krey beständig, eine eindeutigere Gegenüberstellung der Gerichte auszuarbeiten. Dem Autor ist bewusst, dass man die Wortbedeutungen jener Zeit schwer umreißen kann. Denn beide laufen auf einen analogen Forschungsgegenstand in Bezug auf Raum und Recht hinaus.

Die Gerichte sind geschickt ausgewählt, vermögen sie doch unterschiedliche Grade erfolgreicher Oberhoftätigkeit zu illustrieren. Insbesondere für Frankfurt wird der Einfluss des Rates auf die Etablierung des Oberhofzuges herausgearbeitet und in einen städtischen Territorialisierungsprozess im 14. und 15. Jahrhundert eingebettet. Das ist auch aus historischer Sicht eine bemerkenswerte Erkenntnis, welche das vornehmlich auf die Landesherrschaften bezogene Konstrukt der Territorialisierung im Lichte städtischer Politik nachweist. Gelnhausen erreichte dagegen diese Prosperität für ihr Oberhofverfahren nicht. Etwas zu kurz kommen dabei allgemeinere Gedanken zum politischen Verhältnis der wetterauischen Reichsstädte, welche die Vorrangstellung Frankfurts bekräftigen würden. So nahm die hessische Stadt ähnlich wie Nürnberg in Franken, einen Großteil der Reichspolitik der umliegenden, als Satelliten erscheinenden Städte wahr. Als Gegenbild zu Frankfurt stellt sich dann Ingelheim dar, für das in sechzigjähriger Überlieferung Rechtsfragen von 70 verschiedenen Gerichten belegt seien. Verhindern ließ sich der Niedergang der Oberhoftätigkeit dort durch die Inkorporation in die pfälzische Landesherrschaft jedoch nicht.

En passant schärft Krey immer wieder den Oberhofbegriff, indem er die Argumentation älterer Studien analysiert, die Quellen abermals vornimmt und in ihrer Beurteilung korrigiert. Endlich aufgeräumt wird auch mit irrigen Vorstellungen von Oberhoffamilien und Oberhofbezirken, die es nicht gegeben habe. Es wird deutlich, dass der Terminus Oberhof erst viel später in den Textzeugen auftaucht, wohingegen die Forschung den Ursprung des Oberhofverfahrens fälschlicherweise im Hochmittelalter gesucht hat. Generell bedient sich Krey festgefügten, wenig hinterfragten juristischen Kategorien und trennt z. B. Appellation, Urteilsschelte und Oberhoftätigkeit strikt. Dass letztendlich doch alle diese Interaktionsformen (zusammengenommen) Rückschlüsse auf die zum Gegenstand der Dissertation erhobenen Verschränkungen der Gerichte zulassen, wird nicht expliziert, sondern ist allerhöchstens zwischen den Zeilen zu lesen. Die nichtgelehrte Gerichtsbarkeit im deutschen Mittelalter wird von Krey betont mit der „Einstufigkeit" ihrer Verfahren im Sinne Weitzels charakterisiert. Dabei verstellt gerade diese Perspektive die Tatsache, dass die Oberhofverfahren übrigens genauso wie die Schelte mindestens zwei Gerichtsbarkeiten miteinander in Beziehung treten ließen.

Die Sicht auf die Oberhöfe ist in der Arbeit von einem institutionellen Bild geprägt, obwohl die Oberhoffunktion nur einen Bruchteil der Tätigkeit der untersuchten Gerichte ausmachte. Doch handelte es sich bei der Rechtsauskunft eigentlich um eine soziale Praxis. Das klingt auch dann durch, wenn Krey vom „Oberhofverfahren" spricht oder einräumt, dass es keine Oberhof-, sondern nur Gerichtsprotokolle gegeben habe. Der basale Befund, die Oberhoftätigkeit habe eine funktionierende Schöffengerichtsbarkeit vorausgesetzt, die schon seit der Mitte des 13. Jahrhunderts entstanden ist, könnte dem Leser besser vermittelt werden. Zudem wird die hierzu von Krey aufgeworfene Frage nach dem Moment der Existenz von Oberhöfen der Komplexität der zweigeteilten historischen Entwicklung von Gericht und Oberhofverfahren nicht gerecht.

Augenfällig wird dies vor allem im vierten Unterkapitel zur professionalisierten Binnenstruktur der Schöffengerichte. Der bisherige Erzählstrang bricht deutlich, weil Krey die organisatorische Struktur der Gerichte völlig abseits von seinen voranstehenden Überlegungen zum Oberhof erklärt. Vereinzelte Resultate, dass beispielsweise der Gerichtsschreiber als Teil der „notwendigen

‚professionellen' Organisation des als Oberhof tätigen Schöffengerichtes" zu verstehen sei, wirken schwach und konstruiert. Als Exkurs liest sich gleichsam die aufwändig vorgeführte Zusammensetzung des Gelnhäuser Rates im späten 15. Jahrhundert. Zwar wird hier wichtige und beeindruckende Grundlagenarbeit geleistet, zu den Funktionsmechanismen der Gerichtslandschaft und den Verschränkungen der Gerichte wird kaum etwas beigetragen. Dies beweist schließlich die dem ersten Teil nachgestellte Zusammenfassung, in der das Unterkapitel kaum eine Rolle spielt.

Im darauffolgenden zweiten Teil zu den Rechtslandschaften geht Krey vornehmlich der Frage zur rechtsvereinheitlichenden Wirkung der Oberhöfe nach. Er differenziert, dass es einerseits Fälle gegeben habe, in denen ein Oberhof in der Sache mehrfach eine unterschiedliche Auskunft erteilte, während andererseits die Einhaltung der dreifachen Ladung und Gerichtsfristen in den erteilten Auskünften explizit eingefordert worden sei. Inwieweit sich also der rechtsvereinheitlichende Effekt vorerst für den Verfahrensgang und nicht so sehr für den Rechtsgegenstand konstatieren lässt, wird noch an weiteren Beispielen zu erhärten sein; die gebotenen Erkenntnisse sind aber ohne Frage bedeutungsvoll. Dasselbe gilt für die richtige Feststellung, dass Konkretheit und Abstraktheit in den Rechtsquellen des Mittelalters nicht trennscharf seien.

In ihrer Gesamtheit liefert die Monographie von Krey gründlich recherchierte und engagiert belegte Informationen zur Oberhoftätigkeit der Gerichte des Rhein-Main-Gebietes, so besonders zur Bedeutung der Freiwilligkeit im Oberhofverfahren, das keine fixen Zuständigkeiten und bindenden Rechtsauskünfte gekannt habe. Die ohnehin langen Apparate werden bisweilen dadurch überstrapaziert, dass zur verwendeten archivalischen Überlieferung akribisch noch sämtliche Drucke und Regesten geboten werden. Wer die Studie, einschließlich ihrer umfangreichen, leider nicht konsequent nach gedruckten Quellen und Darstellungen getrennten Bibliographie durchsieht, wird sie als ein reichhaltiges Kompendium verwenden können. Dabei hilft das kombinierte, jedoch nicht auf die Anmerkungen bezogene Namens-, Orts- und Sachregister, dessen Handhabbarkeit deshalb verliert, weil Krey zahlreiche Begriffe einzig unter den in der Arbeit allgegenwärtigen Orten, für Frankfurt allein über 210 Schlagworte, subsummiert hat.

In welcher Verbindung die Laiengerichtsbarkeit und die Aktivität der Oberhöfe, die im Titel keine Anwendung finden, stehen, wird an einer Unmenge von Beispielen allgemein verständlich vor Augen geführt, es muss aber vom Leser vornehmlich selbst abstrahiert werden. Dass die Praxis der Oberhofverfahren schlussendlich doch eine „Verschränkung zwischen den Gerichten" belegen würde, wie Krey in seiner Zusammenfassung schreibt, scheint von Anfang an plausibel – eine steiler formulierte These wäre dem Durchgang durch die Materie daher zuträglich gewesen. Das Buch ergänzt jedenfalls den 2008 für das frühneuzeitliche Frankfurt erschienenen Sammelband um eine mediävistische und für das Rhein-Main-Gebiet weiter gefasste, profunde Detailstudie zu den Oberhofverfahren.

Andreas Raffeiner*

* Mag. phil. Andreas Raffeiner, Bozen, Italien.

Der Wiener Kongress von 1815 im Spiegel der rechtshistorischen Literatur (Sammelrezension)

Christa Bauer/Anna Ehrlich, Der Wiener Kongress. Diplomaten, Intrigen und Skandale, Wien 2014, 300 S., ISBN 978-3-85002-865-3
Heinz Duchhardt, Der Wiener Kongress. Die Neugestaltung Europas 1814/15, München 2015, 128 S., ISBN 978-3-406-65381-0
Hannes Etzlstorfer, Der Wiener Kongress. Redouten, Karoussel und Köllnerwasser, Wien 2014, 221 S., ISBN 978-3-218-00935-5
Wolf D. Gruner, Der Wiener Kongress 1814/15, Stuttgart 2014, 261 S., ISBN 978-3-15-019252-8,
Hazel Rozenstrauch, Congress mit Damen. Europa zu Gast in Wien 1814/1815, Wien 2014, 188 S., ISBN 978-3-7076-0506-8
Karin Schneider/Eva Maria Werner (in Zusammenarbeit mit Brigitte Mazohl), Europa in Wien. Who is Who beim Wiener Kongress 1814/15, Wien 2015, 385 S., ISBN 978-3-205-79488-2
Reinhard Alexander Stauber, Der Wiener Kongress, Wien 2014, 285 S., ISBN 978-3-8252-4095-0
Adam Zamoyski, 1815. Napoleons Sturz und der Wiener Kongress, München 2014, ISBN 978-3-406-67123-4

Eine alte Binsenweisheit sagt: Man muss die Feste feiern, wie sie fallen. Ob das auch auf das Jahr 2015 und die damit einhergehende 200. Wiederkehr des Wiener Kongresses zutrifft, ist eine offene Frage, die jetzt ad hoc nicht stichhaltig beantwortet werden und rechtshistorisch analysiert werden kann. Fakt ist, dass vom 18. September 1814 bis zum 9. Juni 1815 der Kongress stattfand und nach der Niederlage Napoleon Bonapartes in den Koalitionskriegen, Europa neuordnete. Im „Jubiläumsjahr" 2015 wurde der Büchermarkt mit vielen interessanten Büchlein, Büchern und Sammelwerken überschwemmt. Ziel dieser Sammelrezension ist es, eine Auswahl zu treffen und kurz und konzise die Vorzüge der einzelnen Bücher zu unterstreichen.

Den Anfang macht das Werk von *Christa Bauer* und *Anna Ehrlich*. Dieses Buch wendet sich an ein breites Publikum, das nicht unbedingt Politik-, Geschichts- oder Rechtswissenschaften studiert hat. Beide Autorinnen arbeiten als Fremdenführerinnen. Das merkt man schnell, denn die Kultur, die in der österreichischen Hauptstadt großgeschrieben wird, ist ein wichtiger Bestandteil des zu besprechenden Werkes. Dennoch arbeiten die Verfasserinnen mit Archivquellen und schaffen es dessen ungeachtet, die Historie

dieses wohl in der Geschichte einmaligen Zusammentreffens der europäischen Machtinhaber anschaulich zu dokumentieren. Es ist ein unterhaltsames Werk, das mit vielen Überraschungen positiv bestückt ist und nicht nur historisch Interessierten einen guten Überblick verschafft.

Als ein kurzes und kompaktes Überblickswerk kann die Publikation von *Heinz Duchhardt* angesehen werden. Auf den 120 Seiten versucht der Autor alles Wesentliche über den Kongress zusammenzutragen und dennoch anschaulich zu beschreiben. Neben dem Vor- und Nachspiel, Akteuren und Aktricen, Gesellschaftsspielen, Spielregeln, Spielen mit dem Feuer, kommt zum Schluss noch ein Finale Furioso. Auch Problemfälle werden mit einem zwinkernden Auge charakterisiert, ohne jedoch die Bedeutung des Kongresses und die Errungenschaften desselbigen zu beschreiben. Das Buch, das in der allseits und schier unendlich vielen Themen beinhaltenden und beliebten Beck'schen Reihe erschienen ist, kann durchaus als Gradmesser für andere Forschungsgegenstände und Werke sein, wenn es darum geht, interessante Fakten und historische Begebenheiten in ein 120 Seiten vorgegebenes Korsett zu zwängen, ohne jedoch das Essentielle und für den Geschichtswissenschaftler Notwendige herauszukristallisieren.

Hannes Etzlstorfer ist ein Wiener Kunsthistoriker. Sein gut recherchiertes und fundiertes Buch beschäftigt sich primär mit der kulturellen Tragweite des Kongresses. Plastische Quellen und theoretische Literatur werden vom Autor, der auch als Ausstellungskurator tätig ist, einer lebhaften Interpretation unterzogen. Die als Beispiel angeführte Theorie des Tanzens ist etwa erst durch die Kombination von Musik, Bewegung und Erleuchtung möglich. Der Verfasser bedient sich auch zeitgenössischer Zeitungsreportagen und findet daher den Bezug zu den kulturellen Veranstaltern. Daher ist das Werk auf alle Fälle lesenswert und unterhaltsam zugleich.

Wenn man den Titel von *Wolf D. Gruner* liest, glaubt man, dass das Werk vom Wiener Kongress handelt, doch der Vorgeschichte ab 1750 und den Nachwirkungen bis 1849 wird erstaunlich viel Platz gewährt. Nur ein langer, über 120 Seiten starker Abschnitt, beschäftigt sich tatsächlich mit der Forschungsmaterie. Ferner werden die deutsche Verfassungsfrage, polnisch-sächsische Fragen und vieles mehr dokumentiert. Als ein kleiner Pluspunkt wird die Erwähnung neuerer Literatur angesehen, doch dieser wird fast schon wieder aufgehoben, da Gruner diese kaum bis gar nicht in seinen Ausführungen berücksichtigt. Doch im Großen und Ganzen kann man diesem Werk ein gutes Zeugnis ausstellen, zumal es schnörkellos geschrieben und bis auf das Beispiel mit dem Schrifttum fehlerfrei ist.

Klein, aber fein, ist das Büchlein von *Hazel Rosenstrauch*. Die Kulturwissenschaftlerin und Volkskundlerin stellt die Damen in den Dreh- und Angelpunkt ihres Interesses. Das Werk kann unter der journalistischen Stilrichtung des Essays angesehen werden. Leider überwiegt ab und zu die Fiktion, was aber generell die Mitteilungsfreude der Autorin nicht schmälert. Etwas seltsam klingt die Diktion Rosenstrauchs, man möge für präzise Fakten in jedem Lexikon nachschlagen. Trotzdem kann man das besprochene Werk als ein unterhaltsames Buch sehen.

Praktisch und fast schon im Stil eines Lexikons kann man das Buch der Innsbrucker Historikerinnen *Karin Schneider* und *Eva Maria Werner* in Mitarbeit mit *Brigitte Mazohl* bezeichnen. Mehr als 200 Seiten des Werkes nehmen die Lebensskizzen der Kongressteilnehmer statt. Wer in späterer Folge eine Biografie des einen oder anderen Teilnehmer verfassen mag, kann sich dank dieses Buches einen sehr guten und kompakten Überblick verschaffen. Auch werden die einzelnen Kommissionsmitglieder aufgelistet. Von Bedeutung sind auch die Kongressorganisation und die Charakterisierung des Verhandlungsortes Wien. Keineswegs uninteressant sind die Ausführungen, die sich mit dem Fest als politische Bühne und den Strategien des Nachrichtenerwerbs beschäftigen. Ein gutes Literaturverzeichnis macht das Buch auf jeden Fall zum Gewinn.

Reinhard A. Stauber, der in Klagenfurt lehrende Historiker, versteht es in seinem Buch, eine logische und klare Argumentationslinie zu ziehen. Das Werk besticht durch klare Aussagen. So sieht der Verfasser den Wiener Kongress keineswegs als Friedenskongress und auch als keine Gesellschaftsveranstaltung, an dem sich die damalige High Society versammelte. Es war vielmehr ein Arbeitskongress zur Klärung von Macht- und Territorialfragen. Es ist bemerkenswert, dass alle offenen Fragen eine Antwort fanden und geklärt wurden. Neben historischen Begebenheiten und einer politikwissenschaftlichen Diskussion moderner Prägung findet man im Buch auch ein Resümee über völkerrechtliche und globale Aspekte. Wer gerne mit Daten und Fakten jonglieren mag und diese geschickt einsetzen kann, dem wird Staubers Abhandlung empfohlen. Die Zeittafel ist eine Lernhilfe, und dass Landkarten für Historiker immer eine wichtige Quelle sind, ist nichts Neues.

Bleibt noch das zu besprechende Buch von *Adam Zamoyski*, das als Überblickswerk angesehen werden kann. Der Verfasser beschönigt nichts, er stellt fest. So war der Wiener Kongress mit der daher eingehenden Neuordnung Europas wohl der folgenreichste Vorgang der modernen Geschichte. Schenkt man dem Autor Glauben, wurde auch die Gestaltung der Politik neu geschrieben. Zamoyski geht sogar so weit, Nationalismus, Bolschewismus, Faschismus, den Ersten und den Zweiten Weltkrieg und auch die Europäische Union als Folgen des Wiener Kongresses zu sehen. Man muss diese Ansicht nicht teilen, aber man kann das Buch des Autors durchaus an Nicht-Historiker empfehlen, die zwar einmal etwas vom Kongress gehört haben, sich aber in lesbarer und keineswegs kitschiger Form ein Bild machen und dadurch einen Überblick verschaffen wollen.

Kann man durch die rezensierten Bücher ein neues Bild vom Wiener Kongress bekommen? Man kann diese berechtigte Fragestellung keineswegs so leicht beantworten. Alle Werke sind auf ihre Weise absolut lesenswert und mit viel Liebe zum Detail geschrieben worden, manche ausführlicher, einige etwas salopper und andere wiederum mehr als nur genau. Das Wichtigste neben der Neuordnung Europas ist der neu entwickelte Aktionsradius des systematischen Denkens. Tabellarische Überblicke, gute Quellenlagen und vieles mehr geben dem Leser ein angenehmes Gesamtbild der Geschehnisse. Und es ist abschließend wahr, dass man die Feste so feiern soll, wie sie fallen. Auch in Buchform.

Andreas Raffeiner*

* Mag. phil. Andreas Raffeiner, Bozen, Italien.

Gerhard Deter

Zwischen Gilde und Gewebefreiheit (Bd 1, Rechtsgeschichte des selbständigen Handwerks im Westfalen des 19. Jahrhunderts (1810-1869) (= Vierteljahrschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte, Beiheft 230, 1)

Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2015, 393 S., ISBN 978-3-515-11159-1

Zwischen Gilde und Gewebefreiheit (Bd 2, Rechtsgeschichte des unselbständigen Handwerks im Westfalen des 19. Jahrhunderts (1810-1869) (= Vierteljahrschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte, Beiheft 230, 2),

Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2015, 482 S., ISBN 978-3-515-10933-8

Wer sich auf den ersten Blick keinesfalls von der Gewalt, die von der Schwere der zu besprechenden Werke ausgeht, erschlagen lässt, taucht gerne in ein rechts-, wirtschafts- und sozialhistorisches Buch. Dem Autor Gerhard Deter, der in der Vergangenheit drei gut recherchierte Werke zum westfälischen Handwerksrecht Westfalens zu Papier gebracht hat, ist es gelungen, mit dem neuen und sehr guten Werk, dessen erster Band seine Habilitationsschrift ist, mit den von der Historie in der letzten Zeit erarbeiteten und erschlossenen Fragen und Arbeitsweisen die eng verbundene Wechselbeziehung zwischen den sozioökonomischen Aufgaben der handwerklichen Tatkraft und den Spezifika einer Rechtmäßigkeit, von der das Kleingewerbe abhängig war, zu erarbeiten. Deter versteht es, mit einem flüssigen Schreibstil, der angenehm zu lesen ist, zu überzeugen. Das ist schon in der Einleitung der Fall, in der der Autor darauf hinweist, dass die Wirtschafts- und Sozialhistoriker die legitimen Einflüsse auf die Begebenheiten rund um die Fragen zur Ökonomie zuweilen vernachlässigt hätten. Dementsprechend sei ein kompaktes und prägnantes Bild des rechtswissenschaftlichen und institutionellen Rahmens des Handelns der Wirtschaft eine Frage der Zeit gewesen und ausnahmslos auch eine genuine Aufgabe des Juristen. Die daraus abgeleitete Einsicht des Juristen kann deshalb als zentraler Ausgangspunkt für die Wirtschaftsgeschichte aufgenommen werden. Es liegt auf der Hand, dass der Verfasser sich einer Verkettung rechts- und wirtschaftsgeschichtlicher Arbeitsweisen für das Werk bedient. Um das Ganze keineswegs ausufern zu lassen, bringt der Autor es fertig, sich auf ein politisch und geografisch umgerissenes Territorium festzulegen. Das Land Westfalen mit der wohl für damalige Verhältnisse einmaligen Schnittmenge zwischen antiker Wirtschaftsstruktur, in späterer Folge zeitig industrialisierter Räume und peripher-vermögender und mittelloserer Gebiete scheint sich demgemäß als Musterbeispiel nur zu empfehlen.

Die angenähert fünf Jahrzehnte, die den episodischen Rahmen der Erforschungen umreißen, haben wegweisende Pfeiler in der Wirtschafts- und Sozialgeschichte Westfalens zum Anlass. So wurde im Jahr 1810 die Gewerbefreiheit eingeführt, während ein halbes Jahrhundert später die norddeutsche Gewerbeordnung erlassen wurde. Deter versucht in jedem Kapitel seiner interessanten Ausführungen die uneigennützige und wirtschaftliche Komponente einzubinden. Diese Gelegenheiten sind für die Rechtssetzung in dem Zeitrahmen beachtenswert, doch der Autor gibt zu, dass dies keinesfalls vollständig geschehen konnte. Eine lückenlose Analyse hätte sowohl den temporären als auch den platzmäßigen Rahmen um ein Vielfaches gesprengt. Dem Verfasser ging es im ursprünglichen Sinn darum, den Plan zu verfolgen, welcher im Handwerk zu finden ist und an den kollektiven Rechtstatsachen am Beispiel eines überschaubaren Raumes in die Darbietung einzusortieren und die Atmosphären, die die unterscheidenden Erläuterungen im wirtschaftlichen und sozialen Leben Westfalens bewirkten, klar und deutlich zu machen.

Zu den zwei Bänden: Der erste Band wurde von der Juristischen Fakultät der Berliner Humboldt-Universität als Habilitationsschrift angenommen und hat das eigenständige Handwerk zum Inhalt. Hier geht es am Anfang um das handwerkliche Ordnungsgefüge im Zusammenschluss freier Handwerker. Geografischer Schauplatz des Geschehens sind die Grafschaften Wittgenstein, die zu Beginn zu Hessen-Darmstadt und anschließend zu Preußen gehörten. Direkt vor dem Revolutionsjahr 1848 wurden dort die Zünfte aufgehoben. In den Teilen, in denen das westfälische, bergische oder französische Gesetz die Zünfte aufgelöst hatte, scheiterten die Versuche der preußischen gesetzgebenden Gewalt, Innungen auf die Beine zu stellen. Diese Versuche schlugen fehl, da es den Innungen verboten war, eine Autonomie oder einen Zwangscharakter zu bekommen. Das Muster einer Organisation war ebenso zum Scheitern verurteilt, zumal die durch eine Anweisung erlaubten Gewerberäte aufgrund der Hindernisse der Kaufleute und Fabrikbesitzer den Kürzeren zogen und verhältnismäßig im wahrsten Sinn des Wortes unterrepräsentiert waren. Die von Frankreich

übernommene Freiheit der Niederlassung der Handwerker wurde in den 40er-Jahren des 19. Jahrhunderts eingeschränkt. Besonders ausführlich wurde das bei der Aussicht der Kommunen, Einzugsgelder zu erheben, erklärt.

Überdies zeichneten sich im ausführlichen Forschungsfeld der Preistaxen Rechtssatz und -wirklichkeit aus. Dafür verantwortlich ist eine bahnbrechende Inkontinenz. Man muss wissen, dass Genossenschaften erst um 1870 in Form von Sparkassen entstanden. Eine wichtige Rolle kommt dabei Friedrich Raiffeisen zu. Das Aufkommen des freien Arbeitsvertrages ist ein Verdienst des Code Napoléon. Auch die Reaktivierung des erneut eingeführten Allgemeinen Landrechts brachte Unklarheiten in der Anwendung des Rechts mit sich, zumal das Handwerksrecht mit der Abschaffung der Zünfte hinfällig geworden war. Die Gewerbeordnung aus dem Jahr 1845 schaffte die Wanderpflicht ab. Auf diese Weise gesellten sich die Strafbarkeit des Arbeitsvertragsbruchs, das Verbot der Sonntagsarbeit, aber auch das Koalitionsverbot, beseitigt durch die Gewerbeordnung nahezu ein Vierteljahrhundert später, dazu.

Wertvoll ist auch das Kapitel über das städtische und staatliche Finanzwesen und sein Gewicht für das Kleingewerbe. Hier gelingt es dem Autor, den Bogen von der Aufhebung der französisch-rechtlichen Patentsteuer bis zur Benachteiligung des Handwerks in urbanen Gegenden durch neue Steuern im Unterschied zu Handwerksbetrieben in der Peripherie gekonnt nachzuzeichnen. Sehr gut sind die Forschungsergebnisse Deters, wenn es um die Beschreibung des Handwerks in der politischen und sozialen Umwelt geht. Zu Beginn umreißt der Verfasser das mehrfach unbefriedigende Auftreten des Handwerks, welches seine Gründe in der Beschränkung des aktiven und vorzugsweise des passiven Wahlrechts findet. Nachdem die Meister die korporative Versorgung ablegten, kam es keineswegs zu einer neuen, in mancher Hinsicht erschöpfenden Anordnung der Fürsorge. In den Jahren 1849 und 1854 kam es zu Verordnungen, welche die Gelegenheit ermöglichten, Zwangsmitgliedschaften in den Kassen für alle selbständigen Gewerbetreibenden zu gestatten oder darüber hinaus auch auf die Beine zu stellen. Dabei musste man erkennen, dass davon wenig bis kaum Gebrauch gemacht wurde.

Im zweiten und in derselben Weise interessanten Band befasst sich der Autor mit dem unselbständigen Handwerk zwischen 1810 und 1869. Dabei wird der Fokus auf die gewerbliche Ausbildung gerichtet. Angeschnitten werden hierbei neben der Strukturierung der Lehrzeit durch einen Lehrvertrag auch die explizite Aufnahme in das Lehrverhältnis und eine Gesellenprüfung freiwilliger Natur. Diese Punkte erfolgten durch die Gewerbeordnung aus dem Jahr 1845 bzw. deren Novellierung vier Jahre später. Das Prüfungswesen stieß anfänglich auf wenig fruchtbaren Boden, zumal es an Prüfern fehlte. Als weitere Faktoren können die Interessenslosigkeit der Beteiligten und die hohen Gebühren angeführt werden. Die 20 Jahre später eingeführte Gewerbeordnung beseitigte den Prüfungszwang zur Gänze. Ferner erwähnt der Verfasser die Prüfungen der Bauhandwerker und das einleitende Fehlschlagen einer Prüfungsordnung aufgrund unzureichender, geprüfter Bauhandwerker. Auf diese Weise ist es nicht verwunderlich, dass das nach dem Revolutionsjahr 1848 geförderte berufliche Schulwesen verfiel. Ausführlich und akribisch genau untersucht der Autor das Wandern der Gesellen, das nach der eingangs angeschnittenen Aufhebung der Wanderpflicht über einen längeren Zeitraum eine keinesfalls uninteressante Bedeutung spielte. So gelingt es Deter vorbildhaft, das Wanderverbot ins Ausland und ferner auch die Kontrolle des Wandernden durch Pässe und Papiere der Legitimation zu durchleuchten. In der Zeit der Verfolgung der Demagogen wurde das Einwandern von Gesellen genauer kontrolliert. Den weiteren, logisch und schlüssig gegliederten und gut aufgebauten Abschnitten folgend, führt der Autor den Leser in die Probleme der Arbeitsvermittlung ein. So werden neben dem Zehrgeld auch das Betteln der Gesellen und die aus dem „Ausland“ einreisenden jüdischen Gesellen erwähnt. Letztere erfuhren gegenüber den preußischen jüdischen Gesellen eine Benachteiligung. Die Gesellen selbst wurden erst durch eine Gewerbeordnung 1845 und durch Novellierungen der Reformen in den Folgejahren sozial abgesichert. Sogenannte, jedoch durch eine schwache Leistungsfähigkeit geprägte Gesellenkassen, trugen dafür Sorge, dass trotz der Pflicht zum Beitritt keineswegs alle Gesellen in Westfalen versichert waren. Zwei Jahrzehnte später verfielen bzw. lösten sich die Zwangskassen auf. Wenn man den didaktischen Absichten Deters Glauben schenken mag, kann man der Materie der Sozialgesetzgebung in der zweiten Hälfte der 1840er-Jahre den Rang eines Pioniergeistes abgewinnen. Man muss nicht unbedingt in der Thematik felsenfest bewandert sein, um darin einen Wegbereiter der modernen Sozialversicherung zu erkennen.

Der Autor beendet beide Bände mit einer Rückschau, die als Ergebnis angesehen werden kann. Dabei stellt Deter fest, dass von einer Durchschlagskraft oder einer beständigen Errungenschaft der Ordnung des preußischen Handwerks im Untersuchungszeitraum kaum die Rede sein könne. Ferner ist es von Belang, dass es der Ministerialbürokratie keineswegs gelang, ihre Absichten in Westfalen zur Gänze zum Ausdruck zu bringen. Die nicht sehr entschiedene Handwerksgesetzordnung hatte hier ihre Hände im Spiel. Auf Interesse stößt das Beispiel, dass es der gesetzgebenden Gewalt Preußens im 19. Jahrhundert nicht gelang, dem Land seinen Stempel aufzudrücken. Untersucht man die Jahre zwischen 1845 und 1854 näher, weisen die gesetzlichen Handwerksbestimmungen auf westfälischer Ebene noch erhebliche Gegensätze auf.

Wer das umfassende, erstklassig verfasste Werk liest, der hat sein Wissen über ein mitunter komplex anmutendes Themenfeld um viele Fakten und Informationen bereichert. Die zwei Bände vermitteln einen bleibenden Einblick nicht nur in die Rechtsgeschichte Westfalens im Bereich des Handwerks- und Gewerberechts. Der Rezensent irrt nicht, wenn er behauptet, dass die vorliegende Publikation ein gelungenes und sauber recherchiertes Werk ist. Es kann selbstverständlich als Impuls gesehen werden, wenn die Rechts- und Wirtschaftshistoriker das bahnbrechende Werk zum Anlass nähmen und auf diese Art und Weise die vielerorts noch zu erforschende Handwerksgeschichte für andere Gebiete im deutschen Sprachraum ähnlich erschöpfend und aufschlussreich wie jene Westfalens aufarbeiten und einer breiteren Masse zugänglich machten.

Andreas Raffeiner*

* Mag. phil. Andreas Raffeiner, Bozen, Italien.

Michael Lauener

Jeremias Gotthelf – Prediger gegen den Rechtsstaat (= Zürcher Studien zur Rechtsgeschichte, Bd. 64)

Zürich: Schulthess Verlag, 2011, 595 S., ISBN 978-3-7255-6259-6

Michael Lauener hat seine rechtshistorische Dissertation bei Prof. Dr. Marcel Senn mit dem Titel *Jeremias Gotthelf – Prediger gegen den Rechtsstaat* eingereicht. Dabei setzte sich der Autor für seine wissenschaftliche Abhandlung das Ziel, Gotthelfs Kritik an der Idee des Rechtsstaats zu begreifen, um die Vorstellung von einem christlichen Staat herauszuarbeiten. Auf diese Weise möchte der Autor das Schrifttum Gotthelfs als wesentlichen Ausgangspunkt beanspruchen und mit dem geschulten Auge des Rechtswissenschaftlers analysieren und zu einer Debatte verknüpfen, deren Zusammensetzung durch viele wesentliche Termini wie beispielsweise Rechtsstaat(lichkeit), Verfassung, Konservatismus und Liberalismus angedeutet werden kann. Dazu dienen zwei Konzepte, nämlich jenes des Rechtsstaates und jenes des christlichen Staates. Daher kann man die grobe Struktur der akademischen Qualifikationsarbeit Laueners besser verstehen.

Dem Autor gelingt es, im ersten Teilabschnitt der Arbeit den Dreh- und Angelpunkt sowohl auf die Quellenlage als auch auf die Rezeption von Gotthelf mit allen denkbaren Mankos gut auszuarbeiten.

Im zweiten Abschnitt konzentriert sich Lauener auf die Idee des Rechtsstaats. Die schweren ökonomischen Verhältnisse zwischen 1800 und 1850 kommen dabei genauso wie die Folgen auf den Bauernstand vor. Dementsprechend muss man auch Gotthelfs Roman *Erlebnisse eines Schuldenbauers* in den historischen Kontext stellen, um diese prekäre und durchaus auch angespannte Lage zu verstehen. Danach beschreibt der Autor das Staatsverständnis Gotthelfs und vergleicht es mit jenem von Wilhelm Snell. Die Rolle der Juristen, die da absolut platziert wirkt, darf selbstverständlich keineswegs fehlen. Die Veränderungen im Berner Civilgesetzbuch sind zentral, und Lauener versteht es gut, diese für das Einfühlungsvermögen des angeführten Werks Gotthelfs einzuarbeiten. Dabei wäre es gut gewesen, wenn man die terminologischen Feinabstimmungen der Begriffe „Eigentum" und „Besitz", sich die Gesetzesvorlage vor Auge haltend, ein klein wenig präziser angewendet hätte.

Im dritten Teil dieser ausführlichen und facettenreichen Arbeit finden wir die Darstellung von *Gotthelfs Idee des christlichen Staates*. Der Autor arbeitet in diesem Abschnitt akribisch genau und bedient sich der familienrechtlichen Bestimmungen des vorher bereits angeführten Berner Civilgesetzbuches. Gründe der Scheidung werden genauso aufgeworfen, was auch für die Rolle der Juristen der Fall ist. Eine kurze und konzise Quintessenz rundet dieses alles in allem sehr gute Kapitel ab.

Lauener hat für die Fertigung seiner Arbeit sehr viel gelesen und sich einen fast unendlichen Materialfundus angeeignet, um diese Dissertation zu verfassen. Davon zeugen ein akkurater, fast schon erstaunlicher und in der gleichen Weise umfassender Fußnotenapparat. Der Autor hat eine gewisse Liebe zum Detail, und man kann trotz einiger Wiederholungen – und hier stimmt der Rezensent keineswegs der Besprechung einiger Kollegen zu – den sprichwörtlich roten Faden als Wesensmerkmal der Kohärenz und der Kontinuität durchaus geknüpft sehen.

Dessen ungeachtet ist das vorliegende Werk, das auch in literaturgeschichtlicher Art und Weise als Dissertation gelten könnte, spannend und interessant. Die Textteile, in denen Lauener Gotthelfs Kritik absolut quellennah und gut ausgearbeitet hat, verdienen ein Sonderlob. Man hätte durchaus auch die Diskussion rund um die Modernisierung und übereinstimmende Beobachtungen und Tendenzen Gotthelfs miteinfließen lassen können, doch der positive und in der Summe recht gute Gesamteindruck wird keinesfalls geschmälert. Aber dennoch kann das besprochene Werk als Ausgangspunkt für weitere Qualifikationsarbeiten dienen.

Andreas Raffeiner*

* Mag. phil. Andreas Raffeiner, Bozen, Italien.

Petr Toman, Ondřej Šebesta

The Nestors of Czech Advocacy (fascinating lives between sections)

Prague: Česká advokátní komora, 2016, 318 pages, ISBN 978-80-906571-0-6

A book of dialogues named „The Nestors of Czech Advocacy" with subtitle „fascinating lives between sections" begins quite duly with an interview with JUDr. Karel Čermák Dr. h.c.

When I started to read the opening interview with the former chairman of the Czech Bar Association, the former Minister of Justice of the Czech Republic, but for me, above all, a witty glossary of the situation in advocacy, in law and other areas of life, when Karel Čermák was still among us. For the first time in many years, it was his regular feullieton that was missing in the Bulletin of Advocacy. The interview with him refreshed me at least for a moment in the steam of hot summer days. Back then I did not even know that the missing article implies a sad event. While I am writing these lines, Karel Čermák is no longer among the living. A reminder of him being the book of dialogues with the eldest advocates, in which also took part a lawyer, JUDr. Petr Toman, LL.M, together with a publicist and writer Ondřej Šebesta.

However, the interview with the emeritus advocate represents only a shard within the whole Nestors book (though one of the most shining) in the mosaic of a total of 18 interviews with lawyers who have experienced the drafting of contracts and submissions perhaps even with the goose quill.

It was Petr Toman who came up with the idea to compose a book of interviews with old-timers of Czech advocacy to preserve the legacy of his colleagues, who one by one leave for good and they not always succeed in leaving behind their narrative that could reach a wider legal community in a compact form. Therefore, he approached Ondřej Šebesta, who, although it is not explicitly mentioned in the book, clearly had the task of relieving the overall concept so the conversations would be readable even for a laic who is not a doctor of both laws.

They fulfilled the mentioned objective. The authors of the book made the selection of the interviewed lawyers based on a simple criterion – only the ones born before 1936 had earned their exclusive place in the book. As noted in the introduction, it was certainly not easy to find enough of such persons – many did not live anymore, others were unwilling to be interviewed for various reasons or nowadays they were simply unfindable.

Besides the already mentioned Karel Čermák, we can find as well amongst the interviewed nestors JUDr. Gerhardt Bubník, LL.M., JUDr. Karel Friml, CSc., JUDr. Václav Král, JUDr. Marie Francová, JUDr. Marie Bordovská, JUDr. Jindřich Skácel, JUDr. Jaromír Honus, JUDr. Josef Němeček, JUDr. Milan Skalník, JUDr. Alfons Miketa, JUDr. Dagmar Burešová, JUDr. Zdeněk Řípa, JUDr. Matyáš Bratter, JUDr. Vlastimil Gajdoš, JUDr. Vladislav Vrba, JUDr. Václav Kupka and finally, JUDr. Zdeňka Ferbrová.

A few of the names are widely recognized (for example the name of a former Minister of Justice who was defending Mrs. Milada Horáková in the previous era), others are rather unknown. However, the second category of names does not remain uninteresting either. Advocates were reminiscing about their beginnings in advocacy, interesting cases, and the difficulties that time brought them during different periods, whether in the era of the 1950 s, the entrance of Soviet troops, the persecution of Charter 77 signatories, and the breaking point after the Velvet Revolution in 1989 with the transfer of advocacy from a profession regulated by the state to free enterprise with the provision of legal services. In many dialogues there is a recall of the event of the merge of the Bar Association with the Chamber of Corporate Lawyers, with many of the interviewed claiming their personal credits for that.

Even some current topics did not remain left out, such as opinions on the new Civil Code, with some of them being lenient to it, others rather critical. But the essence of all the dialogues is the life of a lawyer, the transfer of experience from the past to today's hectic times. The message repeated by each nestor seems to be the understanding of the profession of a lawyer as a mission. Not even one of them recalled the most profitable cases, quite the contrary, they like to take pride in their satisfied clients, or clients they managed to help to fight against impending injustice. This is an important message, especially when it is passed on by those who already balance their lives.

A fact that was frequently reiterated is that the practice of advocacy used to be a vocation in which everybody knew each other, and more attention was paid to compliance with ethical rules, simply said the rules of decency. This is hindered for some reasons these days – time lapses perhaps too fast, money hunting, the anonymity of the city and networking. Therefore, it conveys a comforting impression to look into the memories of the times when every lawyer knew every single judge in the county. Such a thing would nowadays raise doubts about the prejudice of an otherwise independent court.

The Nestors book is concluded with an epilogue by JUDr. PhDr. Stanislav Balík about the history of Czech advocacy, calling the interviewed "advocates from two worlds". They have seen the world of socialist and post-November advocacy. Some of them had the opportunity to compare with the situation abroad (for example Gerhardt Bubník), but to most of them, the world has only been opened since 1989. Many have become passionate travelers. However, all of those who can be found in the dialogues quickly became accustomed to the new free environment and took full advantage of it. However, what they kept is a humble worldview that came with both age and experience.

Wisdom is an expression that acts almost as a cliché, but it is what associates the individual lawyers, regardless the size of their law firms, the number of published monographs, legal specialization, office functions in the chamber or other merits.

The Nestors could be recommended as lightweight literature convenient during the summer months, although we do not find appropriate legal arguments in another litigation for damages, nevertheless, we gain more insight and inspiration for further work in the field of advocacy.

Martin Pelikán*

* Mgr. Martin Pelikán, Department of the History of the State and Law, Faculty of Law, Masaryk University, Brno, Czech Republic.

Zum 300. Geburtstag von „Kaiserin“ Maria Theresia – Lebensskizze einer Reformerin

In diesem Jahr finden wir auf dem Büchermarkt eine wahre Flut [1] an Werken über Maria Theresia. Die habsburgische „Übermutter“ symbolisierte wie kaum eine andere Frau davor und danach das Spiel mit der Macht. Zudem ist sie als Reformerin in die Geschichte eingegangen, sodass wir 300 Jahre nach ihrer Geburt noch von ihr reden und schreiben. Und dies, obwohl sie „nur“ Erzherzogin von Österreich war, nie aber Kaiserin wurde. Trotzdem wurde ihr Name meist im Zusammenhang mit dem Kaiser-Titel genannt.

Erzherzogin von Österreich

1. Lebensbild

Maria Theresia erblickte 1717 als zweites Kind von Kaiser Karl VI. und Kaiserin Elisabeth Christine das Licht der Welt. Das Kaiserpaar erhoffte sich nach dem frühen Tod von Sohn Leopold Johann einen männlichen Thronfolger. Wenngleich eine Enttäuschung spürbar war, wurde Maria Theresia herzlich in die Familie aufgenommen. Man hoffte weiterhin auf die baldige Geburt eines Stammhalters, doch wurden diese Hoffnungen mit den Geburten von Maria Anna 1718 und Maria Amalia 1724 vertröstet.

Da Kaiser Karl VI. der letzte männliche Habsburger war und mit zunehmendem Alter die Hoffnung auf einen Sohn kleiner wurde, war dringend Handlungsbedarf gegeben. 1713 erließ er die „Pragmatische Sanktion“, welche bis zum Zerfall der Habsburgermonarchie im November1918 das wichtigste Grundgesetz der habsburgischen Erblande darstellte.[2] Sie regelte unter anderem „die Unzertrennbarkeit der Monarchischen Union“ sowie „die einheitliche Nachfolge durch Primogeniturerbfolge im Mannesstamm bei subsidiärem Erbrecht der Erbtochter (der Tochter des letzten männlichen Monarchen) und ihrer Nachkommen.“ [3]

Die europäischen Mächte und der Reichstag akzeptierten (nach einigen Zugeständnissen) die Pragmatische Sanktion, aber nach dem Tod ihres Vaters und der Machtübernahme durch Maria Theresia kam es zum österreichischen Erbfolgekrieg, welcher 1748 mit dem Aachener Frieden endete. Zwar musste Maria Theresia auf Schlesien sowie auf Parma und Piacenza verzichten, doch konnte sie ihre Stellung als Regentin festigen. Die sehr hohen Kosten der Kriege zwangen sie 1745 zu einer ersten Behördenreform 1749 zu einer Staatsreform (Schaffung einer selbstständigen Staatskanzlei, des Staatsrats, des „Directoriums in publicis et cameralibus“) [4] sowie zu einer Neugliederung des Heeres (u. a. Gründung der bis heute existenten Theresianischen Militärakademie).[5]

1736 heiratete sie Franz Stephan von Lothringen, der 1745 zum Kaiser des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation gewählt wurde. Dieser Ehe entsprangen 16 Kinder, von denen sechs früh starben und zwei Regenten wurden. Ihr Sohn Joseph II. wurde 1764 deutscher Kaiser, nach dem Tod seines Vaters Mitregent seiner Mutter sowie 1765 zum Kaiser des Heiligen Römischen Reiches deutscher Nation gewählt.

Maria Theresia war streng katholisch erzogen worden und konnte sich als Herrscherin lange Zeit nicht mit dem Gedankengut der Aufklärung anfreunden. Sie war, wie ihr Sohn Joseph II., zwar bestrebt, Reformen durchzusetzen, aber im Gegensatz zu ihm baute sie auf die Unterstützung des adeligen Standes und des Klerus.

Wie (erz-)katholisch Maria Theresia war, zeigt sich darin, dass es Joseph II. erst nach ihrem Tod gelang, die Klöster der Bettelorden 1782 zugunsten staatlicher Wohlfahrtseinrichtungen und Schulen aufzulösen.[6] Dennoch brachte sie viele Reformen zustande – eine der bedeutendsten war die Einführung der Unterrichtspflicht 1774. Maria Theresia verstarb nach 40-jähriger Regentschaft 1780.

2. Reformen Maria Theresias

Eines der Bedürfnisse Maria Theresias war es, eine gleichförmige Regelung des Straf-, Strafverfahrens- und Zivilrechtes für die österreichischen Länder und Böhmen zu realisieren. Demzufolge setzte sie 1753 zwei Kompilationshofkommissionen ein, welche 1756 fusioniert wurden. Die Arbeit dieser Kommission(en) war die Vereinheitlichung der vorherrschenden Rechte unter Achtung der Provinzialrechte, der Gesetze anderer Länder und des allgemeinen Rechts der Vernunft.

---

1 So beispielsweise (Stand: Juni 2017) Élisabeth Badinter, Maria Theresia. Die Macht der Frau, Wien 2017; Wolf H. Birkenbihl, Maria Theresia – Monarchin, Mutter und Mensch, Baden-Baden 2017; Carry Brachvogel, Maria Theresia: Eine Romanbiographie, Berlin 2017; Wolfgang Brandstetter, Die starke Frau Maria Theresia, St. Pölten 2017; Monika Czernin/Jean-Pierre Lavandier (Hrsg.), Maria Theresia – Liebet mich immer: Briefe an ihre engste Freundin, Wien 2017; Hanne Egghardt, Maria Theresias Kinder: 16 Schicksale zwischen Glanz und Elend, Wien 2017; Georg Lechner/Stella Rollig (Hrsg.), Maria Theresia und die Kunst, München 2017; Gabriele Mauthe/Michaela Pfundner (Hrsg.), Maria Theresia: Habsburgs mächtigste Frau, Wien 2017; Christoph Paul (Hrsg.), Maria Theresia und Marie Antoinette: Der geheime Briefwechsel, Darmstadt 2017;Barbara Stollberg-Rilinger, Maria Theresia. Die Kaiserin in ihrer Zeit. Eine Biographie, München 2017; Juliana Weitlaner, Maria Theresia. Eine Kaiserin in Wort und Bild, Prag 2017; Lilo Tissen, Mutterzwist im Hause Habsburg: Elisabeth Christine – Maria Theresia – Maria Anna, Salzburg-Wien 2017; Karl Vocelka/Elfriede Iby [u. a.], Maria Theresia 1717–1780: Strategin – Mutter – Reformerin, Wien 2017.

2 Barbara Stollberg-Rilinger, Das Heilige Römische Reich deutscher Nation, München ł2007, 101f.

3 Wilhelm Brauneder, Österreichische Verfassungsgeschichte, Wien [10]2005, 73.

4 Gerhard Taddey, Österreichische Hofkanzlei, in: ders., Lexikon der deutschen Geschichte, Stuttgart [2]1983, 562.

5 Brauneder, Verfassungsgeschichte, 83.

6 Heinz-Peter Heimann, Die Habsburger, Wien [3]2006, 84f.

Der Codex Theresianus[7] griff die Idee des römischen Rechtsgelehrten Gaius aus dem zweiten nachchristlichen Jahrhundert auf, das geltende Recht in ein (bis heute im ABGB angewandtes) Institutionensystem mit drei großen Teilbereichen (Personenrecht, Sachenrecht, allgemeiner Teil) zu gliedern. 1766 wurde der Codex als Konzeption dargeboten, aber keineswegs in Kraft gesetzt, da er zu lehrhaft und zu komplex war.[8] Maria Theresia befahl dadurch einer neuen Kompilationshofkommission die Überarbeitung des Codex Theresianus – dieses Mal unter der Leitung des Vorsitzenden Johann Bernhard Horten. Dieser „Entwurf Horten" wurde niemals zu Ende gebracht. 1786 trat aber der personenrechtliche Teil des neuen Entwurfs von Joseph II. als „Josephinisches Gesetzbuch"[9] in Kraft.[10]

Die Bemühungen der Vereinheitlichung des geltenden Rechts wurden nach dem Tod Maria Theresias 1780 sowohl unter Joseph II. als auch unter Franz II./I. fortgesetzt. Nach Modifikationen von Martini („Urentwurf Martini") sowie von Franz von Zeiller trat die Bearbeitung als „Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch" (ABGB) in allen deutschen Erbländern der Österreichischen Monarchie mit 1. 1. 1812 in Kraft. Es ist bis heute (in überarbeiteter und aktualisierter Form) gültig.[11]

a. Behörden- und Staatsreform

Maria Theresia war bemüht, den Landständen die Machteinflussnahme zu entziehen und eine gleichartige, zentralisierte und infolgedessen auch billigere Dienststelle durch gebildete Beamte in die Wege zu leiten. Das eingesparte Geld sollte für die Finanzierung und Unterhaltung des neuen Militärs verwendet werden.

1742 wurde die Hofkanzlei in eine Hof- und Staatskanzlei, die insbesondere die Leitung der auswärtigen Angelegenheiten bekleidete, und in eine österreichische Hofkanzlei, die mit der inneren Administration betraut war, aufgeteilt. Diese Isolierung sollte eine deutliche Regelung der Instanzen sowie eine effizientere Arbeit bilden.[12]

Um den Spannungen sowie dem Kampf um den Vorrang zwischen der böhmischen und der österreichischen Hofkanzlei entgegenzustellen, wurden von Maria Theresia 1749 beide aufgehoben. An deren Stelle wurde das „Directorium in publicis et cameralibus" eingesetzt, dem neben der politischen Behörde der österreichischen und böhmischen Länder die Finanzverwaltung zukam. Schöpfer dieser Neugestaltung war ihr Ratgeber Graf von Haugwitz, der danach Präsident des Directoriums wurde. Ferner wurde eine „Konferenz in internis" eingeführt, deren Vorsitz Maria Theresia bekleidete, die über die Modelle des Directoriums ein Wörtchen mitzureden hatte. Da die Regentin aber Vertrauen in Haugwitz und seine Leistungen hatte, billigte sie alles, was ihr aufgetischt wurde, anstandslos. Da dieses Entgegenkommen die Entkräftung anderer politisch einflussreicher Personen nach sich zog, wurde diese Neuordnung vielerorts nicht immer positiv aufgefasst.

1761, während des Siebenjährigen Krieges, wurde das „Directorium in publicis et cameralibus" aufgehoben. Stattdessen wurde eine „k.k. vereinigte böhmisch-österreichische Hofkanzlei" ins Leben gerufen. Der Anlass dafür lag darin, dass Staatskanzler Graf von Kaunitz nach mehr Befehlsgewalt suchte und den Grund des Unvermögens Österreichs in der laufenden kriegerischen Auseinandersetzung in der von Haugwitz in die Wege geleiteten, administrativen Formationen sah.[13]

Nach den Ideen von Graf von Kaunitz wurde der Staatsrat eingeführt, welcher aus drei (Hoch-)Aristokraten, ferner aus drei niederen Adelsvertretern sowie aus drei Berufsfachleuten bestand. Dieser Staatsrat stand über allen Obrigkeiten, doch fungierte er nur als beratende Organisation mit gewissem Einfluss. Eine weitere Veränderung regelte die neue Administration und Organisation der Provinzen: Es wurden Gubernien (auch Landeshauptmannschaften) gebildet, deren Bestimmung als oberste Provinzbehörde in der (allseitigen) staatsmännischen, geldmäßigen und militärischen Führung lag.[14] Die Gubernien waren für die meisten Verwaltungsaufgaben berechtigt und hatten sowohl die Verlautbarungen von Provinzialgesetzen als auch die Beaufsichtigung über öffentliche Anstalten – wie Schulen, Heilanstalten, Hochschulen – sowie über klerikale Anstalten inne. Die Gubernien unterstanden der Hofkanzlei. Vorsitzende der Gubernien wurden Landeshauptleute, die nicht zwingend adeliger Abstammung sein mussten. Den Gubernien unterstanden erneut „Kreisämter", die solche installiert wurden und die örtliche, urbane Herrschaft innehatten.[15]

b. Wirtschaftsreform

Im Zweig der Volkswirtschaft wurden neue Staatsmonopole ins Leben gerufen (Tabak, Post, Lotto), ein neues Steuersystem

[7] Der „Codex Theresianus" ist ein Vorläufer des österreichischen ABGB – dazu Christian Neschwara (Hrsg.), Die ältesten Quellen zur Kodifikationsgeschichte des österreichischen ABGB, Wien 2012.

[8] Andreas Riedler, Privatrecht I – Lehrbuch, Wien [4]2006, 12f.

[9] Das Josephinische Gesetzbuch war ein von Kaiser Joseph II. erlassenes allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die deutschen Erbländer der Habsburger, das Zivilrecht enthielt und von 1787 bis Ende 1811 in Kraft war. Dazu stellvertretend Gernot Kocher/Markus Steppan, Privatrechtsentwicklung und Rechtswissenschaft in Österreich, Wien 1997.

[10] Riedler, Privatrecht I, 12f.

[11] Ursula Floßmann, Österreichische Privatrechtsgeschichte, Wien/New York [6]2008, 15.

[12] Alfons Huber, Österreichische Reichsgeschichte: Geschichte der Staatsbildung und des öffentlichen Rechts, hrsg. und neu bearbeitet von Alfons Dopsch, Aalen ¸1968, 246.

[13] Bertrand Michael Buchmann: Hof – Regierung – Stadtverwaltung. Wien als Sitz der österreichischen Zentralverwaltung von den Anfängen bis zum Untergang der Monarchie, Wien/München 2002, 70.

[14] Robert A. Kann, Geschichte des Habsburgerreiches 1526-1918, Wien ¸1982, 168f.

[15] Brauneder, Verfassungsgeschichte, 92f.

gebräuchlich sowie eine Finanzverwaltung eingesetzt.[16] 1753 wurde das „Kommerzdirektorium“ gültig, das als Verwaltungsstelle für alle habsburgischen Länder zuständig war und alleinige Entscheidungsgewalt über alle Handelsfragen hatte. Es führte eine strenge merkantilistische Handels- und Industriepolitik. Das Ziel war eine stark aktive Handelsbilanz. Dieser Entschluss wurde durch systematische Ausführungsbestimmungen – wie beispielsweise durch hohe Schutzzölle, durch ein Einfuhrverbot von Luxusgütern sowie durch Ausfuhrsperren für unterschiedliche Rohstoffe – schnell erreicht.

Um den einheimischen Warenaustausch anzuregen, wurden für den Handel und die Streitkräfte bedeutsame Straßen und Wegenetze ausgebaut, die Schifffahrt verstärkt und der triestinische Hafen ausgebaut. Selbst die Etsch wurde reguliert, unendliche Landstriche entsumpft und zu fruchtbaren und ertragreichen Boden umgewandelt. Es stellten sich erste Errungenschaften ein, aber die Abtretung Schlesiens im österreichischen Erbfolgekrieg machte sich ökonomisch bemerkbar. Um den Verlust der schlesischen Textilindustrie zu bewältigen, wurde jene in Böhmen sowie in Nieder- und Oberösterreich beschleunigt.[17]

Ein weiterer erforderlicher Teil der Wirtschaftsreform war die Erfassung bestehender sowie die Herstellung neuer Staatsmanufakturen. Die dafür beanspruchten Fachkräfte wurden teilweise selber in offiziellen Lehrbetrieben ausgebildet, teils aus dem Ausland angeheuert. An der Kinderarbeit hielt Maria Theresia gleichermaßen wie an der Zwangsarbeit unverändert fest.[18] Ihre Wirtschaftspolitik ging von dem Credo aus, „dass der Reichtum eines Staates vor allem auf seinen geschulten Arbeitskräften beruht.“[19] Bis 1761 hatte die Finanzverwaltung das „Directorium in publicis et cameralibus“ inne. Mit dessen Auflösung wurde von Graf Kaunitz die Finanzverwaltung von der allgemeingültigen Administration entzweit und unter folgende drei Zentralbehörden verteilt:

- Hofkasse (Administration und Budgetierung),
- Generalkasse (Empfang der Einnahmen und Auszahlung) und
- Hofrechenkammer (Überprüfung).[20]

In die Finanzverwaltung waren die Gubernien sowie die passenden Kreisämter eingebunden. Ein bemerkenswerter Gesichtspunkt von Maria Theresias Wirtschaftspolitik war die Währungsreform von 1750. Da die Prägung der Silbermünzen wirtschaftlich keineswegs mehr lukrativ war, wurden das erste Mal Kupfermünzen in Umlauf gebracht. Zugleich wurde mit dem Druck und der Emission von Banknoten angefangen. 1771 kam es zur Errichtung der kaiserlichen Börse.[21]

c. Steuerreform

Muster für das neue Steuersystem war das preußische Gegenstück in Schlesien, das seit dem Verlust an die Preußen höhere Steuereinnahmen abwarf. Im Umkreis der Erzeugung einer neu gestalteten Finanzverwaltung wurden daneben einige Veränderungen im Steuerwesen vorgenommen. So wurde die Einhebung der Steuern den Landständen entzogen, was eine Entmachtung der Landesherren und eine Zentralisierung zur Folge hatte. Als Ausgleich dafür wurden die Stände von den Belastungen für Bleibe und Ernährung der Militärpersonen entpflichtet.[22] Maria Theresias Grundsteuerregulierung sah die Anfertigung eines Katasters vor, der die Gründe und ihren Nießbrauch sammeln sollte. Dies war von Bedeutung, da bäuerliches Land (Rustikalland) strenger besteuert wurde als eine grundherrliche Besitzung (Dominikalland). So wurde auch 1750/51 die Veränderung von Rustikal- in Dominikalgüter verboten. Weitere Einnahmen konnten aus den bestehenden Staatsmonopolen erwirtschaftet werden.[23]

d. Agrarreform

Die Landwirte waren zu Zeiten Maria Theresias ihren Grundherren unterworfen. Diese hatten neben der Gerichts- und Polizeigewalt sogar das Recht, sie jederzeit von ihrem Grund fortzujagen. Trauungen waren ohne Einvernehmen der Grundherren keinesfalls durchführbar, ebenso konnte dieser (in manchen Gebieten) über die bäuerlichen Arbeitszeiten bestimmen. Maria Theresia erlaubte 1753 die freie Heirat, schränkte die Strafgewalt der Grundherren ein und ließ die Leibeigenschaft aufheben. Mit dem Erlass der „Robotpatente“ wurde erstmals eine Regelung der Arbeitszeiten der Bauern gestattet und die Ausplünderung durch die Grundherren eingeschränkt.[24]

e. Heeresreform

Die Erfahrungen des österreichischen Erbfolgekrieges brachten zahlreiche Mängel im Heereswesen ans Tageslicht. Aus diesem Quelle duplizierte die Regentin die Zahl der Einheiten auf 108.000 Mann. Zudem wurden die Soldaten keinesfalls mehr berufen, sondern aus der Allgemeinheit rekrutiert. Der Wehrdienst war zwar lebenslänglich, doch waren viele Beurlaubungen vorgesehen. Die Wirklichkeit sah dessen ungeachtet anders aus: Viele soziale Sichten und Berufsstände waren durch Ausnahmen und legitime Maßnahmen vom Militärdienst befreit (z. B. Adelige, Geistliche, Bürger, usw.). Im Endeffekt wurden erfahrungsgemäß bloß Bauern zu den Waffen gerufen.[25]

[16] Heimann, Habsburger, 83.
[17] Kann, Geschichte des Habsburgerreiches, 172f.
[18] Herbert Kalb/Ursula Floßmann, Rechtsgeschichte, Geschichte des öffentlichen Rechts, Teil 2, Linz ł2004, 160.
[19] Kann, Geschichte des Habsburgerreiches, 172.
[20] Kalb/Floßmann, Rechtsgeschichte, 165.
[21] Huber, Reichsgeschichte, 251f.
[22] Karl Vocelka, Österreichische Geschichte, München ¸2007, 63
[23] Kalb/Floßmann, Rechtsgeschichte, 158.
[24] Ebd., 162.
[25] Huber, Reichsgeschichte, 245.

Um die Bearbeitung des Heeres zu verbessern, gründete die Regentin 1751 die Theresianische Militärakademie, welche bis in die Gegenwart der Offiziersausbildung im österreichischen Bundesheer dient. Wichtig war daneben die erste Öffnung der Offiziersränge für Nichtadelige. Die Modernisierung der Artillerie war ein anderes Streben Maria Theresias. 1758 stiftete sie den nach ihr benannten Orden, der bis zum Ende der Habsburgermonarchie im November 1918 den ranghöchsten militärischen Verdienstorden darstellte und jedem Frontkämpfer, frei seines Standes in der Gesellschaft und seiner sozialen Herkunft, verliehen werden konnte.[26]

f. Straf- und Justizreform

Im Zuge der Verwaltungsreform wurde die „Oberste Justizstelle" in Wien zum „Obersten Gerichtshof" und dadurch zum alleinigen Höchstgericht. Auf Landesebene wurden Appellationsgerichte als Berufungsinstanzen angepasst, und es wurde ein uniformiertes Berufungssystem in zivilrechtlichen Streitsachen geschaffen. Vom erstinstanzlichen niederen Gericht führte der Weg über das Appellationsgericht an den obersten Gerichtshof in Wien.[27] Es wurde ein außerordentlicher Wert auf die Einsetzung fähiger Richter gelegt. 1768 führte Maria Theresia die „Constitutio Criminalis Theresiana" in Österreich und Böhmen ein. Dieses Regelwerk stellte in mancher Hinsicht ein gleichförmiges Straf- und Strafprozessrecht, dem gegenüber eine Reglementierung und Anleitung der zu jener Zeit üblichen Folter- und Hinrichtungsmethoden dar.[28]

g. Bildungsreform

Zu Zeiten Maria Theresias war Bildung vornehmlich der Aristokratie und der Geistlichkeit vorbehalten, da sich die Zivilbevölkerung einen Privatunterricht selten leisten konnte. Da nach Maria Theresia eine intakte Wirtschaft lediglich mit gut geschulten Kräften gelingen konnte, steckte sie viel Energie und Nachdruck in die Bildungsreform. Um der Allgemeinheit keine höhere Bildung zu gestatten, schloss sie ärmere Bürger und Bauern durch hohe Studiengebühren von einem Eintritt ins universitäre Leben aus.[29] Sie entzog den Klerikern mit der Gründung einer Studienkommission sowie örtlicher Schulbehörden das Schulwesen und führte die allgemeine Unterrichtspflicht für Kinder ab sechs Jahren ein.[30]

Überdies begründete Maria Theresia ein dreistufiges Schulsystem:

- Trivialschule
- Hauptschule
- Normalschule

Dieses System ist im weitesten Sinn mit dem aktuellen Schulsystem vergleichbar.[31]

3. Zusammenfassung und Würdigung

Was bleibt? Maria Theresia lässt sich freilich als Reformerin charakterisieren, aber ihre Beweggründe sind nach Ansicht des Verfassers etwas kritisch zu hinterfragen. War sie tatsächlich die „liebevolle Mutter Österreichs", wie sie oft gern gezeigt wird? De facto war sie eine streng-katholische Frau, die viel Wert auf Brauchtum und Religion legte. Der große Machteinfluss der Landstände, die verkrustete (und einerseits keineswegs existierende) Administration und die Belastungen des Heervolkes zwangen sie zu Neuordnungen.

Ein weiterer Forschungsgegenstand bestand in der Durchsetzbarkeit der Reformen: Manche Länder – wie etwa Ungarn – schloss sie von den Neugestaltungen aus, anderen Ländern gestand sie Einzelheiten zu, die eine ansteigende Absonderung der Länder mit sich brachten. Das führte andererseits in weiterer Folge zur Bildung nationalistischer Bestrebungen und zum langsam aufkommenden Verfall des Vielvölkerstaates. Zum Teil verlangten die Konstellationen zentralistische Reformen, demgegenüber stellten diese Neuordnungen eine Abkehr vom alten Reichsverband dar, der die Monarchie zusammenhielt. Aus diesem Grund war dies absurd: Je mehr verbessert wurde, um die habsburgischen Länder zusammenzuhalten, desto mehr drifteten sie auseinander.

Trotzdem war Maria Theresia eine prägende Monarchin. Sie förderte die schulische Bildung des Volkes, gestattete jedem Bürger den Weg zu (Grund-)Bildung und beschränkte die Ausnutzung der Landwirte durch die Berichtigung der Arbeitszeiten und der Abgaben sowie durch den Wegfall der Leibeigenschaft (freie Bürger waren sie nachstehend trotzdem nicht). Sie erneuerte die Administration, regelte das Steuerwesen, baute Handelsstraßen, förderte die Schiffsfahrt und professionalisierte sowie vergrößerte das Heer. Überdies schuf sie ein uniformiertes Strafgesetzbuch und führte ein Berufungssystem ein.[32]

Diese weniger aus ideologischen, mehr aus politisch-pragmatischen Argumenten durchgeführten Wandel ermöglichten es der Regentin, ihre Befehlsgewalt auszuweiten und zu bestätigen.

Dessen ungeachtet hat es der Verfasser im Rahmen seiner Recherche für diesen kleinen Aufsatz einschüchternd gefunden, wie unbarmherzig Maria Theresia sein konnte. So hatte etwa die „Constitutio Criminalis Theresiana" zwei Anhänge, in denen Illustrationen publiziert waren, welche klar darboten, wie man Menschen foltert und hinrichtet. Maria

[26] Heimann, Die Habsburger, 83.
[27] Brauneder, Österreichische Verfassungsgeschichte, 85.
[28] Kann, Geschichte des Habsburgerreiches, 170f.
[29] Kalb/Floßmann, Rechtsgeschichte, 168f.
[30] Edwin Dillmann, Maria Theresia, München 2000, 141.
[31] Kalb/Floßmann, Rechtsgeschichte, 168f.
[32] Franz Herre, Maria Theresia, die große Habsburgerin, München 2007, 113ff.

Theresia schuf die Folter als Behelfe zur Wahrheitsfindung ab, aber als Strafe blieb sie bestehen. Außerdem erlaubte sie die Zwangs- und Kinderarbeit.

Sind das Sinnesrichtungen, die man sich von einer aufgeklärt-absolutistischen Herrscherin wünschen würde? In den Augen des Verfassers der vorliegenden Abhandlung muss das strikt verneint werden, denn Maria Theresia war zum Teil ohne Zweifel eine willensstarke Regentin, die die Reformwandel ihrer Zeit verstand, zum anderen aber eine erzkatholische absolutistische Herrscherin, die mehr als bloß ein strenges Regiment führte, war.

Andreas Raffeiner*

* Mag. phil. Andreas Raffeiner, Bozen, Italien.

70. Geburtstag von Dr. Martin Vogel, München

Anfang Juni 2017 feierte Dr. Martin Vogel seinen 70. Geburtstag. In Stuttgart geboren, wuchs er in Bonn auf, studierte in Tübingen und promovierte dort bei Josef Esser mit einer heute noch maßgeblichen rechtshistorischen Arbeit zur deutschen Urheber- und Verlagsrechtsgeschichte zwischen 1450 bis 1850 (1977), erschienen im AGB (= Archiv für Geschichte des Buchwesens) 19 (1978), Spalten 1-190.

Nach anfänglich anwaltlicher Tätigkeit folgten verantwortliche Aufgaben beim Deutschen Patentamt, als Richter am Bundespatentgericht und Abordnungen zum Bundesjustizministerium zur Mitarbeit an Gesetzesentwürfen zwecks Umsetzung Europäischer Richtlinien zum Urheberrecht. Nach seiner ehrenvollen Berufung an das Europäische Patentamt in München als Mitglied der Beschwerdekammern und der Großen Beschwerdekammer wirkte Martin Vogel dort an wesentlichen Entscheidungen mit.

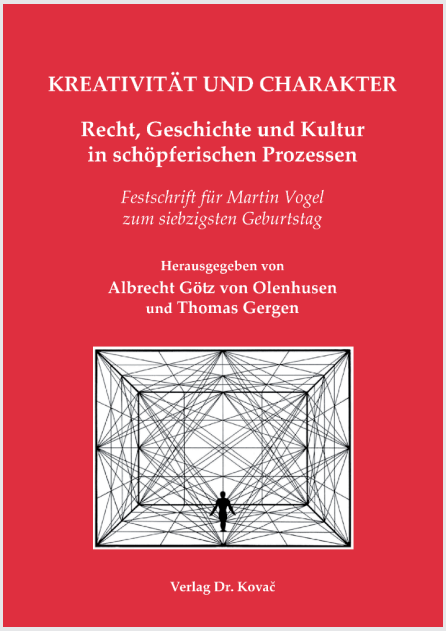
Vom Justizministerium berufen, arbeitete der Jubilar neben den Professoren Schricker, Dietz, Löwenheim und Nordemann mit am sog. „Professorenentwurf“ zur Stärkung der vertraglichen Stellung von Urhebern und ausübenden Künstlern. Dieser Entwurf bildet die Grundlage für die Urhebervertragsrechtsreform von 2002. Als Sachverständiger wurde er auch von der Enquęte-Kommission des Deutschen Bundestags „Kultur in Deutschland“ angehört.

Mit dem Jahre 2015 trat Martin Vogel in den Ruhestand. Er wurde weithin in den letzten Jahren auch bekannt durch seinen Prozess gegen die Verwertungsgesellschaft WORT, den er durch alle Instanzen 2016 bis zum Bundesgerichtshof gewann. Für dieses Engagement im Interesse der Urheber verlieh ihm der Verband Freischreiber 2016 seinen „Himmel“-Preis. Als wissenschaftlicher Autor auf den Gebieten der Rechtsgeschichte und des geltenden Rechts wirkt er seit 1987 bis heute auch am Standardkommentar zum Urheberrecht von Schricker in seiner 5. Auflage (2017) mit.

Martin Vogel ist sicher einer der profiliertesten Urheber- und Patentrechtler Deutschlands. Er pflegt darüber hinaus auch künstlerische und literarische Interessen, nicht zuletzt als Sammler moderner Kunst, namentlich von Werken von Rudolf Schoofs.

Zu seinen Ehren ist eine fächerübergreifende Festschrift mit Beiträgen von Freunden und Fachkollegen erschienen, herausgegeben von den Professoren Albrecht Götz von Olenhusen, Düsseldorf/Freiburg i.Br. und Thomas Gergen, Luxemburg. Sie befasst sich mit der Urheberrechtsgeschichte von der Frühen Neuzeit bis ins 20. Jahrhundert, mit geltendem Recht und Rechtspolitik sowie mit ausgewählten Themen aus Literatur, Kunst und Musik. Eine weitere Festgabe mit rechtshistorischen Beiträgen in der ZGE (Zeitschrift für Geistiges Eigentum 2017) ist dem Jubilar ebenfalls gewidmet worden.

Thomas Gergen*



Albrecht Götz von Olenhusen/Thomas Gergen (Hg.): Kreativität und Charakter – Recht, Geschichte und Kultur in schöpferischen Prozessen. Festschrift für Dr. Martin Vogel zum siebzigsten Geburtstag, Hamburg 2017 (Studien zum Gewerblichen Rechtsschutz und zum Urheberrecht, Bd. 138), ISBN 978-3-8300-9409-8.

* Prof. Dr. iur. Dr. phil. Thomas Gergen, Institut Supérieur de l'Économie, ISEC Université Luxembourg.

Materialien zur Geschichte der österreichischen Grundrechte

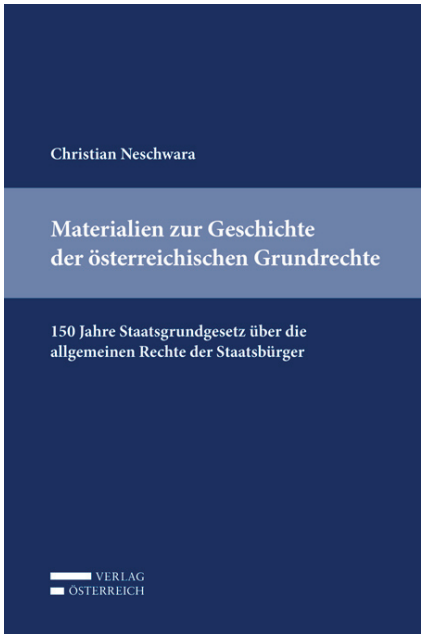
150 Jahre Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger

Die Entstehung des StGG und sein Fortwirken bis heute

Mit Wiederherstellung der 1848 für Ungarn erlassenen konstitutionellen Verfassung nach Zustandekommen des Ausgleichs zu Jahresbeginn 1867 sah sich der österreichische Reichsrat veranlasst, auch für die cisleithanischen Länder eine Rückkehr zu früheren konstitutionellen Konzepten anzubahnen. Der zu diesem Zweck vom Abgeordnetenhaus eingesetzte Verfassungsausschuss folgte dabei dem Vorbild der mit Oktroi vom Kaiser in Geltung gesetzten Reichsverfassung 1849. Der deutschliberale Abgeordnete Eduard Sturm, ein Anwalt aus der mährischen Landeshauptstadt Brünn wurde dazu bestimmt, den Entwurf für einen Grundrechte-Katalog auszuarbeiten. Nach Überarbeitung seines "Ur-Entwurfs" durch ein Subkomitee des Verfassungsausschusses blieben im Wesentlichen jene Grundrechte Bestandteil des vom Reichsrat im Dezember 1867 beschlossenen Staatsgrundgesetzes (StGG) über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger, welche auch 1849 schon in Geltung standen. Sturm notierte auf einem Blatt mit Notizen über die Ergebnisse der Verhandlungen lapidar: "Alles 1849"!

Ao. Univ.-Prof. Dr. Christian Neschwara
Universität Wien, Institut für Rechts- und Verfassungsgeschichte

Weitere Informationen:
http://www.verlagoesterreich.at/materialien-zur-geschichte-der-oesterreichischen-grundrechte-neschwara-978-3-7046-7844-7



Neschwara (Hrsg)
Materialien zur Geschichte der österreichischen Grundrechte
150 Jahre Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger
Monografie

137 Seiten, gebunden
ISBN: 978-3-7046-7844-7
Erscheinungsdatum: 3.11.2017

€ 44,00

Preise inkl gesetzlicher MwSt

Versandkostenfreie Lieferung in Österreich bei Bestellung auf:

www.verlagoesterreich.at

Geschichte des österreichischen Notariats

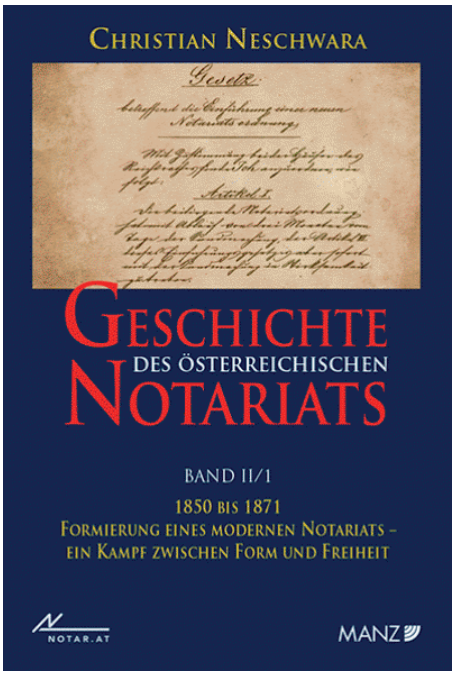
Teil II/1

Der nunmehr erschienene Band II/1 zur Geschichte des österreichischen Notariats bietet anknüpfend an den 1996 erschienenen ersten Band (bis zum Erlass der Notariatsordnung 1850) einen Blick in die Geschichte der Formierung eines modernen öffentlichen Notariats und beinhaltet:
- eine umfassende Dokumentation auf der Grundlage der Notariatsordnungen 1850, 1855 und 1871 sowie
- umfangreiche Tabellen, die sämtliche Besetzungen der in diesem Zeitraum – auf heutigem österreichischem Gebiet – bestandenen Notariatsstellen abbilden.

Das Buch bietet somit einen Blick in die Geschichte, der auch die Interpretation des modernen Berufsrechts der Notare unterstützt.

Ao. Univ.-Prof. Dr. Christian Neschwara
Universität Wien, Institut für Rechts- und Verfassungsgeschichte

Weitere Informationen: https://www.manz.at/list.html?isbn=978-3-214-05954-5



Christian Neschwara
Geschichte des österreichischen Notariats
Teil II/1
Monografie

1114 Seiten, gebunden
ISBN: 978-3-214-05954-5
Erscheinungsdatum: 1.3.2017

€ 218,00

Preise inkl gesetzlicher MwSt.

Bestellung auf:
www.manz.at

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. **Keywords.** 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 English language – write down in the underlined comments in such a way:
BRAUN, A., *Kirchenrecht.* Wien, 2005, p. 151-152.
BRAUN, A., Zur Entwicklung des Kirchenrechts. In: *Journal on European History of Law,* vol. 6, Nr. 1, 2016, p. 25-34.
BRAUN, A., Zur Entwicklung des Kirchenrechts. In: KLEIN, O. (Hrsg.), *Enzyklopädie der österreichischen Rechtsgeschichte.* Wien, 2016, p. 25-34.

Quotation from publications in German language – write down in the underlined comments in such a way:
BRAUN, A., *Kirchenrecht.* Wien, 2005, S. 151-152.
BRAUN, A., Zur Entwicklung des Kirchenrechts. In: *Journal on European History of Law,* vol. 6, Nr. 1, 2016, S. 25-34.
BRAUN, A., Zur Entwicklung des Kirchenrechts. In: KLEIN, O. (Hrsg.), *Enzyklopädie der österreichischen Rechtsgeschichte.* Wien, 2016, S. 25-34.