

PLR  
Pázmány  
Law  
Review  
III. (2015)



Pázmány Péter Catholic University  
Faculty of Law and Political Sciences  
Budapest

Pázmány Law Review

3. (2015)

ISSN 2064-1818

Pázmány Péter Catholic University  
Faculty of Law and Political Sciences  
Budapest

General Editor:

Nadja EL BEHEIRI

Editorial Committee:

Nadja EL BEHEIRI,

János FRIVALDSZKY and Viktoria HARSÁGI

 [beheiri.nadja@jak.ppke.hu](mailto:beheiri.nadja@jak.ppke.hu)

Editorial Board:

János ZLINSZKY

Wolfgang WALDSTEIN

James CRAWFORD

Peter GOTTWALD

Viola HEUTGER

Caridad VELARDE

Helen ALVARÉ

Published by

Pázmány Péter Catholic University

Faculty of Law and Political Sciences

H-1088 Budapest, Szentkirályi u. 28-30.

Responsible publisher: Dr. István SZABÓ dean

[www.jak.ppke.hu](http://www.jak.ppke.hu)

Edited, prepared for printing by Andrea Szakaliné Szeder

Printed and bound by Duna-Mix Kft.

[www.dunamix.hu](http://www.dunamix.hu)

## CONTENT

### THEMATIC FOCUS

#### *Memorial session for János Zlinszky*

János ZLINSZKY

Recht und Gesellschaft in christlichem Geist . . . . . 5

László SÓLYOM

Professor Zlinszky und die Begründung  
des Verfassungsstaates in Ungarn . . . . . 11

Lajos VÉKÁS

Konzeptionelle Streitfragen in der Jüngsten Ungarischen  
Privatrechtskodifikation. . . . . 17

J. Michael RAINER

Janos Zlinszky: Ein Europäischer Gelehrter. . . . . 31

András KOLTAY

In memoriam János Zlinszky . . . . . 35

Wilhelm BRAUNEDER

Die Wahre Ehe des Erzherzog Johann . . . . . 47

Viola HEUTGER

Bibliothek und Skriptorium in Konstantinopel. . . . . 53

Zoltán J. TÓTH

The Holy Crown Doctrine in History and in our Days . . . . . 61

Bastiaan D. VAN DER VELDEN

Die Niederlande, ein Land ohne Verfassungsgericht . . . . . 67

Magdolna GEDEON

Die Organisation der Festspiele im Archaischen Rom. . . . . 73

Tamás NÓTÁRI

Dignitas und Otium in Ciceros Rede für Sestius . . . . . 81

Andrea GYULAI-SCHMIDT

Zum Andenken an Professor Zlinszky . . . . . 95

|  |    |
|--|----|
| János ERDŐDY<br>Zur Problematik der Frage von Familia Pecuniaque . . . . . | 99 |
|--|----|

## CURRENT ISSUES

### *Libertas inaestimabilis res est*

|  |     |
|--|-----|
| Nadja EL BEHEIRI<br>Sklaverei und Freiheit bei Theodor Mommsen. . . . .  | 105 |
| Viola HEUTGER<br>Versicherungen im Seetransport gegen Versklavung. . . . .   | 115 |
| Bastiaan D. VAN DER VELDEN<br>Juristische Aspekte der Sklaverei auf Curaçao . . . . .  | 121 |
| Tamás NÓTÁRI<br>Remarks on the Private and Criminal Law Position of Slaves<br>in the Lex Baiuvariorum . . . . .                          | 135 |
| János ERDŐDY<br>Sklaven – personae oder res? Bemerkungen über die Stellung<br>der Sklaven im klassischen römischen Sachenrecht . . . . . | 155 |
| Magdolna GEDEON<br>Sportler oder Sklaven? . . . . .  | 165 |
| István BAJÁNHÁZY<br>Wege zur Freiheit: Staatliche Sklavenkäufe in der Zeit der Republik . . . . .  | 175 |

## ARTICLES

|  |     |
|--|-----|
| László KOMÁROMI<br>Women's Rights in Referendums . . . . .   | 191 |
| Luis Castillo CÓRDOVA – Susana MOSQUERA MONELOS<br>The Justification of the Truth as a Human Right . . . . . | 209 |

THEMATIC FOCUS:  
*Memorial session for János Zlinszky*

*Der erste Teil der vorliegenden Nummer der Pázmány Law Review ist dem Andenken von János Zlinszky gewidmet. Am 12. Oktober 2015 hat an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät ein Symposium zu Ehren von János Zlinszky stattgefunden. In der Pázmány Law Review geben wir die fremdsprachigen Beiträge wieder. Gleichzeitig wollen wir aber auch Auszüge eines bisher nur in ungarischer Sprache veröffentlichten Textes wiedergeben. Die Wahl fiel dabei auf die Ansprache, die János Zlinszky am 24. September 1994 anlässlich des Beginns des ersten Studienjahres der wiedererrichteten Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Katholischen Universität gehalten hat. An dieser Stelle hat Zlinszky besonders klar formuliert, was er unter dem Begriff des Rechtsstaates versteht und worin er die Aufgabe der Juristen in der neuen Ordnung sieht.*

RECHT UND GESELLSCHAFT IN CHRISTLICHEM GEIST<sup>1</sup>

János ZLINSZKY

[...] Was bauen wir? Die Antwort auf diese Frage lautet: eine Universität. Was versteht man unter einer Universität? Die organisierte Gemeinschaft von Lehrern, Doktoren und Studierenden. Unser Kapital liegt in der Wissenschaft unserer Lehrer und im Bemühen unserer Studenten.

*Zlinszky stellt die Frage, ob die Errichtung einer weiteren juristischen Fakultät und die Ausbildung von mehr Juristen tatsächlich einem bleibenden gesellschaftlichen Bedürfnis entspricht und antwortet:*

[...] Was sagt uns der Geist der Selbsterkenntnis, was erfahren wir, wenn wir in den Spiegel sehen und die tatsächlichen Bedürfnisse zu erfassen suchen? Unsere Antwort lautet: Das Funktionieren eines Rechtsstaates ist ohne Juristen, ohne befähigte Juristen, die im Bewusstsein ihrer Berufung arbeiten genauso unvorstellbar, wie das Errichten eines Hauses ohne Baumeister, wie das Handhaben einer Maschine ohne Maschinisten, wie der Klang eines Instruments ohne Musiker. Die demokratische

<sup>1</sup> Der Text ist erstmals in der Zeitschrift „JEL“ VII/9-283-286 erschienen. Übertragung ins Deutsche von Nadja El Beheiri.

Ordnung, die Ordnung des Rechtsstaates wird im Rahmen von komplizierten und verletzbaren Institutionen verwirklicht. Zu ihrer Ausbildung, Entwicklung und Anwendung bedarf es Sachverstandes. Der Rechtsstaat verlangt nach Juristen, nach juristischer Bildung und nicht nur in den traditionellen juristischen Berufen. Nicht jeder Absolvent einer juristischen Fakultät muss Richter oder Rechtsanwalt werden. Ein über Rechtskenntnisse verfügender Staatsbürger ist im Rechtsstaat überall von Wert.

Viele stellen die Frage, ob wir überhaupt einen Rechtsstaat brauchen. Diese Frage kann man seitens der nunmehr zum gemeinsamen Markt gehörenden Bürger der ehemaligen DDR genauso vernehmen, wie von den Bürgern unserer Heimat, die ihre Scheinsicherheit und jene Begrenzungen verloren haben, an die sich bereits gewöhnt hatten. „*Wären wir doch in Ägypten durch die Hand des Herrn gestorben, als wir an den Fleischtöpfen saßen und Brot genug zu essen hatten*“. Diese Frage zeigt, dass die die so sprechen, nicht wissen, worüber sie sich beklagen. Nicht der Rechtsstaat ist unser Problem, sondern seine Nichtverwirklichung. Der Rechtsstaat stößt auf Hindernisse, da die Bürger es nicht verstehen, seine Möglichkeiten auszuschöpfen und sich seiner Werte nicht bewusst sind. Es sind gerade die Unstimmigkeiten einer Wirtschaft, die nicht durch das Recht in Schranken gehalten wird, das Gefühl des Ausgeliefertseins an eine Gewalt, die sich willkürlich und fast instinktiv nicht an die Vorgaben des Rechts hält, verantwortungslose Information, Unsicherheit im Hinblick auf die Früchte der eigenen Arbeit, Zweifel über die gewissenhafte Verwaltung der öffentlichen Abgaben. All dies besorgt uns. Es fehlen die spezifischen Elemente, die natürliche Kennzeichen eines Rechtsstaates sind. Ohne die Grundlage der Moral und der Ordnung des Rechtsstaates ist alles im Staat auf Sand gebaut: Marktwirtschaft, Freiheit, Sicherheit und Vermögen. In unserer Gesellschaft, in allen ihren öffentlichen und privaten Bereichen sind daher viele gute Juristen notwendig, viele Bürger, die das Recht kennen, die es verstehen und aus freien Stücken befolgen.

[...] Was wollen wir daher der Jugend weitergeben, die sich den Aufgaben des neuen Jahrhunderts zu stellen hat, damit sie ihren Platz in der Gesellschaft ausfüllen kann. Wir wollen ihr unsere tief in der Geschichte verwurzelten rechtsstaatlichen Traditionen weitergeben. Diese Tradition ist über lange Zeit hinweg nicht entsprechend gewürdigt und falsch interpretiert worden. Und doch gibt es sie. Zu ihr gehört das Gesetz des Heiligen Stephans über die Aufnahme der Fremden und der Würdigung der in aus den kulturellen Unterschieden entstehenden Werten. In diesem Sinne trägt eine Vielfalt der Sprachen, Gewohnheiten, Berufe und der Instrumente zur Bereicherung einer Nation bei. Zu dieser Tradition gehört auch das Bekenntnis zu den christlichen Werten, die Einheit einer Moral, die der Mensch in Freiheit befolgt und deren Existenz der Mensch höchstens in seinem eigenen Bewusstsein in Frage stellen kann. Teil dieser Tradition ist auch die Beteiligung der einzelnen Bürger an den Angelegenheiten des Staates: ganz nach dem Grundsatz des römischen Rechts, was alle betrifft, muss auch von allen gebilligt werden. Tief in unserer Verfassung ist auch der Grundsatz der *translatio imperii* verwurzelt, alle Gewalt wird von der Gemeinschaft abgeleitet. Der ungarische Herrscher war gleichzeitig auch Herrscher von Gottes Gnaden und wusste sich Gott gegenüber persönlich verantwortlich. Zum ungarischen öffentlichen Recht in der ständischen Gesellschaft gehörte auch der Grundsatz, dass der König die Gesamtheit der staatlichen Gewalt von der die

politischen Rechte ausübenden Nation erhielt und dieser gegenüber Rechenschaft ablegen musste. Der Gedanke der Ableitung der Gewalt von der Nation, die Verantwortlichkeit der bestellten Gewaltträger gehört zu den Ecksteinen des Rechtsstaates und ist in unserem Land kein neuer Grundsatz, höchstens einer, der über lange Zeit in Vergessenheit geraten war. Das Privileg der persönlichen Freiheit, die Unverletzbarkeit des Privat- und Familienbereiches gehören ebenfalls zum Vermächtnis des mittelalterlichen Ungarns. Sie stammen aus einer Zeit, in der man in vielen westeuropäischen Staaten der Ansicht war, dass die Untertanen im Eigentum des Herrschers standen. Im Gegensatz zur Regel *cuius regio eius religio* wurde im ungarischen Siebenbürgen des 16. Jahrhunderts die erste Ordnung geschaffen, die eine ausdrückliche Anerkennung der Religionsfreiheit beinhaltet, dieses Privileg wurde im 17. Jahrhundert auch vom Königlichen Ungarn erkämpft.

*Im Anschluss an diese Gedanken gibt Zlinszky einen Überblick über die ungarische Geschichte. Die Freiheitskriege werden als Kampf um Rechtssicherheit und Teilnahme am Recht beschrieben. Sie haben sich gleichermaßen gegen den modernen und gegen den rückschrittlichen Absolutismus gerichtet. Der ungarische Adel fühlte sich in besonderer Weise für die Ausübung und den Schutz der Rechte verantwortlich, wobei er sich bei der Erfüllung dieser Aufgabe insbesondere auf den Juristenstand stützte.*

Die unblutige gesetzliche bürgerliche Revolution des Jahre 1848 ist eines der schönsten Kapitel der europäischen Gesellschaftsgeschichte. Auf der anderen Seite stellt ihre Unterdrückung, ihr Missverstehen und ihre gewaltsame Niederschlagung eines der dunkelsten Episoden der europäischen Geschichte dar. In der Zeit zwischen den beiden historischen Grenzsteinen des Freiheitskampfes und des Ausgleiches steht uns die gewaltige und gleichzeitig so bescheidene Gestalt eines Staatsmannes als Beispiel vor Augen, der sich für die Herrschaft des Rechts eingesetzt und dem Dienst an einer ungesetzlichen Macht verweigert hat und uns so als Personifizierung der ewigen ungarischen Rechtsstaatlichkeit auch im neuen Jahrhundert als Vorbild gilt: Ferenc Deák.

*Der Gang durch die Geschichte führt über das Aufblühen des ungarischen Liberalismus und seine Fehlentwicklungen über die beiden Weltkriege mit besonderer Erwähnung des Friedensdiktats nach dem ersten Weltkrieg gegen das Ungarn versucht hat, sich mit juristischen Argumenten vor den internationalen Organismen zur Wehr zu setzen.*

Der Weg, auf den wir eine neue Juristengeneration mit traditionellem Reisegepäck schicken ist der gemeinsame Weg Europas. Gleichzeitig hoffen wir, dass dieser Weg auch zur Heilung alter Wunden und Wiedergutmachung vergangener Ungerechtigkeiten führt. Der Weg nach Europa ist heute ein Weg, von dem viele sprechen, auf den man hofft, vor dem man sich fürchtet und an den man kaum zu glauben wagt. Angesichts dieser Tatsachen, stellt sich für uns die Frage, ob Europa uns überhaupt erwartet.

Ich denke, dass Europa, der Westen, langsam genug von heruntergekommen, ausgebeuteten und auf Unterstützung wartenden Flüchtlingen hat. Dieser Befund gilt auch dann, wenn er nicht offen formuliert wird. Europa hat auch genug von Abenteurern, die nur ihren eigenen Vorteil suchen und von Wendehälsen, die unter

dem Motto leben: *ubi bene ibi patria*. Europa hat sich seine auf Gesetz beruhende gesellschaftliche Ordnung hart erkämpft. Eine Ordnung, in der die öffentlichen Abgaben verteilt sind und in der soziale Sicherheit herrscht. Europa ist für solche Gefährten offen, die etwas mitzubringen haben: eine eigene Identität, einen bestimmten Geist, solide materielle Voraussetzungen, Begabung, Anstrengung und Anpassungsfähigkeit.

Zu den Werten, die Europa von uns und mit uns erwartet, gehört neben unseren historischen, nationalen und kulturellen Werten eine bestimmte, prinzipientreue, geordnete Gesellschaft. Viele fragen sich vielleicht, warum uns dem ersehnten Ziel gerade einer an einer Katholischen Universität auf der Grundlage einheitlichen christlichen Moral ausgebildeten Generation von Juristen näher bringen soll. Dies gerade jetzt, in einer Gesellschaft, in der Pluralismus zu einer Modelosung geworden ist, in einer Zeit, in der eine vielschichtige Moral, die Akzeptanz jedweder Andersartigkeit gegenüber allen anderen gesellschaftlichen Anliegen Vorzug genießt.

Hier ist uns die Unterscheidung der Geister aufgeben. Der Mensch ist in der Annahme und Verwirklichung der Werte frei. Gerade diese Freiheit macht ihn zum Menschen. Der Mensch kann zwischen verschiedenen Zielen wählen, in verschiedene Richtungen gehen. Nicht die Annahme durch das Subjekt erzeugt den Wert, nicht die Erkenntnis macht das Gesetz. Im philosophischen Sinn hängt das zu dem Sein, zu dem was existiert gehörende Gute nicht von unserem Urteil ab. Der Mensch kann das Seiende, das Wesen durch seine Entscheidung nicht um eine Haaresbreite abändern. Wir leben in einer Gesellschaft. Diese ist die natürliche Voraussetzung unseres Seins. Wir sind frei und mit einer Fähigkeit ausgestattet, die es uns ermöglicht, die materielle Welt und die Gesetzmäßigkeiten der Gesellschaft zu erkennen, ihnen zu folgen und entsprechend der erkannten Gesetze zu leben oder uns in unserem Verhalten gegen diese Ordnung zu wenden. Der Mensch kann jedoch durch seine Entscheidungen das Schlechte nicht gut machen, er kann dem Nichtexistierenden nicht zu Existenz verhelfen, er kann den Wert nicht wertlos machen. Auch die gesellschaftliche Gruppe kann nicht frei nach ihrem Geschmack bestimmen, was das Gute, das Gesetzmäßige für sie ist. Sie kann nur das Rechte erkennen, oder etwas zum Guten erklären, was sie irrtümlicherweise für ein solches hält. Dem Menschen ist alles erlaubt, aber nicht alles gereicht ihm zum Guten. Die Meinungen hinsichtlich der einzuschlagenden Wege können auseinandergehen, es können verschiedene Auffassungen darüber bestehen, welche Lösungen in einem konkreten Moment gewählt werden sollen. Der Mensch ist der Möglichkeit des Irrtums auf dem Weg der Erkenntnis ausgesetzt, auch besteht die Gefahr, sich von egoistischen Zielen leiten zu lassen. Die Entscheidung für einen kurzfristigen Scheinnutzen kann ein Hindernis bei der Wahl des wahrhaft Guten darstellen. Aber all dies ändert nichts daran, ob ein Weg nun wahrhaft zum Ziel führt, oder nicht. Der Mensch ist mit einem freien Willen ausgestattet, seine Wertentscheidungen können nicht durch Gewalt, nicht durch Beeinflussung von außen erreicht werden. Nur durch seine freien Entscheidungen kann er gut und recht werden. Angesichts der vielen möglichen Wege muss in der Gesellschaft der richtige Weg auf freie und friedliche Weise gefunden werden. Die Kunst der Politik besteht darin, dass bei einer Vielfalt von sich auch oftmals widersprechenden Meinungen, die wahren Werte gefunden werden, man sie sich diese zueigen macht und man nach



ihrer Verwirklichung strebt. Nur eine Lösung, die von der Mehrheit angenommen wird, der man sich gerne oder aus Überzeugung unterordnet, ist für eine Gesellschaft wahrhaft zweckmäßig. Die Ordnung des Rechtsstaates regelt die Ordnung der Ziele, sie ordnet den Hergang des notwendigen Entscheidungsprozesses, der unter Einhaltung vorher bestimmter Regeln erfolgt und alle Entscheidungsberechtigten miteinbezieht. Die ständige Konkretisierung der rechtsstaatlichen Ordnung, die praktische Umsetzung des Grundsatzes, dass alle zur Entscheidung berufenen Bürger auch tatsächlich von diesem Entscheidungsrecht Gebrauch machen können, die Förderung der Einhaltung der Rechtsvorschriften und das Streben nach Erreichung der festgelegten Zielsetzungen. All dies gehört zu den gesellschaftlichen Aufgaben der in den verschiedensten Bereichen tätigen Juristen. [...].

Angesichts der vielen verschiedenen Auffassungen stellt nicht die durch die Mehrheit bestimmte Auffassung, sondern die Annahme der wahrhaft wertvollen Auffassung einen Schritt nach vorn da. Es geht nicht darum die pluralistischen Meinungen zu ersticken. Nach ihrer Prüfung und Anhörung ist nach der Annahme des Guten zu streben. Es gilt zu beachten, dass wir nur bei unserer Entscheidung frei sind, die einmal gefällt Entscheidung führt notwendigerweise zu den entsprechenden Folgen. Der Egoismus einiger Weniger stellt weder für die Gesellschaft, noch für diese Wenigen einen Weg zum Erfolg dar: er führt in eine Sackgasse. Wenn eine Gesellschaft glücklich werden möchte, muss sie die richtigen Entscheidungen treffen, sie muss sich für den rechten Weg entscheiden. Diese Entscheidung ist nur durch die Erkenntnis der auf dem Gesetz der Natur beruhenden sittlichen Werte möglich. Gott ist das Gute selbst und gut ist alles, was er geschaffen hat. Das lehrt uns das Buch Genesis. Die materielle Welt ist nach der Bestimmung Gottes gut. Der Mensch ist fähig das Gute zu tun, die zu seinem Wesen gehörende Aufgabe besteht darin, das Gute zu tun, gut zu sein. Der Mensch macht sich die materielle Welt Untertan, er ist Herr über sie im wahren Sinne des Wortes: er ist zu ihrem Dienst, zu ihrer Bewahrung berufen. Er ist Herr im eigentlichen Sinn des Wortes: er dient und bewahrt die Welt, will ihr Wohl und gereicht ihr zum Guten. Er ist der gute Hirt, der gute Wirtschaftler, das gute Oberhaupt der Familie. Doch ist der Mensch auch frei. Er kann sich dafür entscheiden, ein schlechter Wirtschaftler, ein feiger Hirt und ein nachlässiges Familienoberhaupt zu sein. Dann ist er nicht Herr über die materielle Welt, sondern zerstört sie und zerstört dabei auch sich selbst. Täuschen wir uns nicht: es gibt weder für den Einzelnen, noch für die Gesellschaft einen anderen Weg zum Glück als jenen, der im Einklang mit dem Naturgesetz steht, als den vom Schöpfer vorgesehenen Weg. Auf diesem, zum gemeinsamen Glück oder zum gemeinsamen Verderben führenden Weg geht der Mensch als Individuum, aber auch als soziales Wesen, als Gemeinschaftswesen, als *zoon politicon*. Die Orientierung auf diesem Weg ist nicht leicht, der Fortschritt ist rasant, die Zeit zum Überlegen ist knapp. Der Rechtsstaat stellt ein wertvolles Instrument zur Suche nach diesem gemeinsamen Weg dar. Die Verwirklichung dieses Weges soll auf friedlicher, im Rahmen der Möglichkeiten auf freiem Entschluss beruhender, in seinem Streben gerechter, den Schwachen nicht unterdrückender Weise erfolgen.

Die Aufgabe des Christen besteht darin, die anderen Menschen, die uns anvertrauten Personen, die Bedürftigen zu lieben und ihnen zu dienen, so werden wir

zu guten Menschen. Der Rechtsstaat ersetzt die freie tätige Nächstenliebe nicht, aber er bietet einen geeigneten Rahmen für ihre Verwirklichung. Er schafft und garantiert die entsprechenden Umstände. Wenn wir leben, voranschreiten, erfolgreich sein wollen, dann müssen wir diesen Weg suchen und auf ihm gehen. [...].

## PROFESSOR ZLINSZKY UND DIE BEGRÜNDUNG DES VERFASSUNGSSTAATES IN UNGARN

*Eröffnungsrede anlässlich der Gedenkfeier János Zlinszky  
an der Katholischen Universität Pázmány Péter,  
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät, Budapest*

Präsident von Ungarn a.D.  
László SÓLYOM

Sehr geehrte Damen und Herren!

I. Diese Konferenz ist dem Andenken von János Zlinszky gewidmet, dem Gründungsdekan dieser Fakultät und Gründungsmitglied des ungarischen Verfassungsgerichts. Ich soll über die Anfänge des verfassungsmäßigen Rechtsstaates sprechen, an denen Prof. Zlinszky maßgebend beteiligt war.

Schweren Herzens kann ich nur darüber reden: wir müssen zweier Toten gedenken. Denn wo ist schon die Verfassung, wo ist das Verfassungsgericht und wo die Verfassungskultur, die János Zlinszky so wichtig waren? Auch sie leben nicht mehr.

Die Verfassung wurde 2012 durch ein Grundgesetz abgelöst. Dieses Grundgesetz bestimmt ein Verfassungsgericht, dessen Kompetenzen im Vergleich zu dem früheren, wesentlich beschränkt sind, ebenso, wie der Zugang zum Gericht. Die Zahl der Richter wurde erhöht, der Wahlmodus der Richter und des Verfassungsgerichtspräsidenten geändert, sodass die Mehrheit der durch die Regierungsparteien einseitig gewählten neuen Richter gesichert ist. Das Grundgesetz hat die vor 2012 gefällten Entscheidungen des Verfassungsgerichts, wie es dort heißt, „außer Kraft gesetzt“.

Das Parlament hat zahlreiche Gesetzesbestimmungen, die das Verfassungsgericht aufgehoben hat, durch Verfassungsänderung in das Grundgesetz selbst aufgenommen. Sicherheitshalber schloss dann eine Grundgesetzänderung die inhaltliche Prüfung von Verfassungsänderungen durch das Verfassungsgericht aus.

In der Politik heißt es, dass nun die absolute parlamentarische Souveränität wiederhergestellt wurde. In der Literatur liest man vom politischen Konstitutionalismus, der an die Stelle des früheren rechtlichen Konstitutionalismus tritt. Dass heißt, nicht

die Verfassung und das Recht bestimmen den Handlungsrahmen für die Politik, sondern umgekehrt.

II. Hat es dann noch einen Sinn nach all diesen Änderungen von jener Periode zu reden, die heute als Irrweg abgestempelt wird, und die – *pars pro toto* – das neue Grundgesetz „außer Kraft“ setzte? Ja, unbedingt. Denken wir an Professor Zlinszky! Seine Arbeit und Leistung wirkt unaufhaltsam weiter, ob man davon redet oder schweigt. Doch ist es *iustum et salutare*, diese Wirkung durch die Erinnerung an ihn zu bekräftigen.

Genauso verhält es sich auch mit dem Verfassungsgericht. Die von ihm niedergelegten Grundsätze der Verfassungsmäßigkeit, seine Denkweise und Dogmatik hatten zu ihrer Zeit eine ganze Epoche gestaltet, und werden noch lange weiterwirken. Doch ist es immer von Nutzen, die Einzelheiten der Gründungszeit heraufzubeschwören, ihre Eigenart mit frischen Augen zu sehen, und davon die Lehre für heute zu ziehen.

III. Der Text der neuen, demokratischen Verfassung, sowie der des Verfassungsgerichtsgesetzes wurden im Sommer 1989 am Runden Tisch ausgearbeitet – besser gesagt, verhandelt. Die demokratische Opposition konnte gegenüber den Kommunisten durchsetzen, dass das künftige Verfassungsgericht auch verfassungswidrige Parlamentsgesetze aufheben kann. Nach der kommunistischen Vorstellung sollte nämlich das Parlament das letzte Wort sagen; das Verfassungsgericht hätte nur untergesetzliche Normen außer Kraft setzen können. Mit der Kompetenz der Vernichtung von Gesetzen entstand in Ungarn ein echtes Verfassungsgericht – das erste in den Wendestaaten. Das Gericht war auch in anderer Hinsicht ein Vorreiter – zum Beispiel zeitlich. Es begann seine Tätigkeit ein halbes Jahr vor den ersten freien Wahlen – so konnte das Verfassungsgericht den eigentlichen Übergangsprozess überwachen. Diese Überwachung erwies sich notwendig. Die Situation war ähnlich der Rolle, die zwei Jahre später das Verfassungsgericht in Südafrika, bei dem dortigen friedlichen Übergang spielte.

Das Verfassungsgericht war mit einer Fülle von Kompetenzen ausgestattet. Abstrakte Normenkontrolle, nicht nur nachträglich, sondern auch vorbeugend, d.h. Prüfung von Gesetzesentwürfen; abstrakte Auslegung von Verfassungsbestimmungen, Feststellung von gesetzgeberischer Untätigkeit usw. Diese abstrakte Ausprägung war bezeichnend für die postsozialistische Generation der Verfassungsgerichte. Sie war zweifelsohne eine Wiederbelebung der Idee von Hans Kelsen, eine Rückkehr zum Ursprung der europäischen Verfassungsgerichtsbarkeit. Die Entwicklung verzweigte sich als das deutsche Bundesverfassungsgericht das Kelsen'sche Modell mit der Verfassungsbeschwerde erweiterte. Diesem Weg folgte dann die zweite Generation der Verfassungsgerichte in Spanien und Portugal – nicht aber die dritte Generation in Mittel- und Osteuropa.

Heute wundert man sich, warum der sonst überwiegende deutsche Einfluss in dieser Hinsicht nicht wirkte. Für die postsozialistischen Gerichte kann man davon ausgehen, dass dem sozialistischen Rechts- und politischen Denken nur die abstrakte Normenprüfung akzeptabel war, nämlich als Mittel zum

widerspruchsfreien Normensystem. Dazu dienten die verschiedenen Vorbilder der Verfassungsgerichte – Verfassungsräte, -Kommissionen, Tribunale – in den sozialistischen Staaten. Den individuellen Grundrechtsbeschwerden stand jedoch der Sozialismus fremd gegenüber. Bezeichnend ist, dass in Ungarn das erste Zusatzprotokoll zum Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte erst Ende 1988 verkündet wurde. Die Möglichkeit der Individualklage wurde damals als Zeichen der politischen Veränderungen begrüßt und gefeiert. Im Einklang damit war die Urteilsverfassungsbeschwerde in einen frühen Entwurf des Verfassungsgerichtsgesetzes aufgenommen; doch verlangte das Oberste Gericht ihre Streichung, und zwar mit Erfolg. Die ordentlichen Gerichte wehrten sich gegen jegliche Überwachung. Die demokratische Opposition am Runden Tisch hat diese Änderung nicht bemerkt, sie war viel zu sehr mit ihren politischen Forderungen, besonders mit der Erringung der Kompetenz der Gesetzesaufhebung beschäftigt. Der allgemeine Zugang zum Verfassungsgericht, den das Gesetz vorsah, konzentrierte sich damit auf die abstrakte Normenkontrolle. Dies fiel damals niemandem auf. Die Folgen dieser Kompetenzregelung zeigten sich jedoch sofort, als das Verfassungsgericht seine Tätigkeit aufnahm.

IV. Diese Folgen waren weitreichend. Sehen wir zuerst auf die politischen Folgen!

Ein Kelseniaisches Verfassungsgericht ist – mit Kelsens eigenen Worten – ein „negativer Gesetzgeber“. Die „*countermajoritarian difficulty*“, die in der Verfassungsgerichtsbarkeit inhärente Gegenüberstellung zum demokratisch legitimierten Mehrheitswillen tritt hier mit besonderer Stärke zutage, besonders, weil sich die riesige Macht des Verfassungsgerichtes in der abstrakten Normenkontrolle gegen den „positiven Gesetzgeber“ manifestiert. Das frei gewählte ungarische Parlament, das die Tradition der unbegrenzten parlamentarischen Souveränität vererbte, konnte dies schwer ertragen.

Noch entscheidender war für die Zukunft der Verfassungsgerichtsbarkeit, dass sich zu der abstrakten Normenkontrolle eine grenzenlose Antragbefugnis gesellte. Diese *actio popularis* bedeutete, dass jedermann jegliche Gesetze und andere Rechtsnormen anfechten konnte, ohne eine eigene Grundrechtsverletzung aufzeigen zu müssen. Die Bürger wurden so nicht als persönlich Betroffene tätig, sondern auch als Sachwalter des öffentlichen Interesses, als Hüter der Verfassungsmäßigkeit. Sie brachten eine Vielzahl von Anträgen ein. Viele dieser Anträge wären aus politischen Opportunitätsgründen nie von staatlichen Organen oder Abgeordneten eingereicht worden – denken wir nur an die Abschaffung der Todesstrafe. Auch die Gesetze, die die neue Ordnung gestalteten, konnten vom jedermann sofort vor Gericht gebracht werden. Die Popularklage eröffnete die Möglichkeit für eine wirksame Teilnahme der einzelnen Bürger am Systemwechsel; man könnte sagen, sie stellte eine besondere Form der direkten Demokratie dar. Dies war zugleich ein umfassender Lehrprozess; ein ganzes Land hat gelernt und erfahren, dass das Recht der Politik Grenzen setzt.

Diese Kombination der Kompetenzen und des Antragsrechts – die mehr durch Zufall als durch Planung und Vorsicht entstand – erhöhte enorm das politische Gewicht des Verfassungsgerichts. Dazu kam, dass das Verfassungsgerichtsverfahren lückenhaft geregelt wurde. Das Gesetz enthielt nur einige Hinweise auf die ZPO.

V. Wie reagierte das Verfassungsgericht auf diese Situation? Die Art und Weise der Entfaltung der Verfassungsgerichtsbarkeit folgte nicht zwingend aus diesen Voraussetzungen. Sie war die Schöpfung des Gerichts selbst. Die Richter waren sich nicht nur ihrer Gestaltungsfreiheit, sondern auch ihrer Verantwortlichkeit für die Zukunft der ungarischen Demokratie bewusst. Und hier kommen wir auf János Zlinszky, auf seinen persönlichen Beitrag zurück. Denn die Rechtsauffassung, die Wertordnung, die Bildung und der Lebensweg, sogar der Ehrgeiz der einzelnen Richter, alle diese Elemente prägten das erste Verfassungsgericht.

János Zlinszky war Zivilrechtler, Römischrechtler, Rechthistoriker und auch langerfahrener Rechtsanwalt. Diese seinen Eigenschaften hatten klare Spuren hinterlassen.

Ganz ungewöhnlich ist die Rolle, die das Zivilrecht in der Verfassungsgerichtsbarkeit spielte. Die Hälfte der Verfassungsrichter, fünf von zehn, waren Zivilrechtler. Die andere Hälfte teilten sich zwei Staatsrechtler, ein Verwaltungsrechtler, ein Strafrechtler und ein Völkerrechtler. Acht Richter waren Professoren, nur zwei frühere Richter vertraten die Praxis, sie kamen aber aus Zivilgerichten. Zu ihnen gesellte sich Professor Zlinszky, der häufig die Sachen als ein Rechtsanwalt in die Hand nahm. Er wollte die Probleme, wenn möglich, auf den Gerichtsweg lenken; die Gerechtigkeit war für ihn vor allem Einzelfallgerechtigkeit. So verhielt er sich in den schwersten Sachen des ersten Verfassungsgerichts – Vergangenheitsbewältigung, Entschädigungen. Er war z.B. der Meinung, dass der Gesetzgeber nur für im Sozialismus rechtmäßig enteignetes Privateigentum eine Entschädigung vorschreiben kann; das damals nicht rechtmäßig verstaatlichte Eigentum sollte man durch Gerichtsurteil wiedererlangen. Er war dagegen, dass ein Gesetz die schon verjährten Straftaten wieder strafbar macht – darin war das Gericht ja einstimmig. Seiner Meinung nach wäre aber die Feststellung der Verjährung im Einzelfall die Aufgabe des Strafgerichts.

János Zlinszky hatte nicht nur umfassende Bildung, Offenheit und vornehme Großzügigkeit, sondern andererseits einen Sinn für Nutzung der kleinen praktischen Möglichkeiten. Die Altersrente – eine staatlich verwaltete Pflichtversicherung – hat er als ein rein zivilrechtliches Rechtsinstitut gesehen. Wenn der Versicherungsfall (der Erlebnisfall) eintritt, soll die Versicherung leisten – sagte er. So gelang er zum Urteil, dass die Regelung, die die parallele Auszahlung der Altersrente und des Arbeitslohns aus einem vollen Arbeitsverhältnis nicht gestattete, verfassungswidrig sei. Wir, damals kaum fünfzigjährige Richter konnten nicht unbemerkt lassen, dass dieses Urteil von einer Dreikammer gefällt wurde, deren Mitglieder, János Zlinszky inbegriffen, die Altersgrenze schon übertraten. Diese Möglichkeit wurde erst unlängst, wenigstens im öffentlichen Dienst, rückgängig gemacht.

VI. Ich möchte keinesfalls bei solchen, mehr anekdotischen Geschichten verbleiben. Die rechtliche Antwort auf die Folgen der *actio popularis*, sowie auf das unregelmäßige Prozessrecht entwickelte sich in Wechselwirkung mit der Selbstauffassung des Verfassungsgerichts. Da es im Prozess nicht um individuelle Rechtsverletzungen ging, war dem Antragsteller nicht die Rechtsstellung einer Prozesspartei gewährt, weiterhin fühlte sich das Gericht nicht an den Antrag gebunden. So entstand ein

schriftliches und nicht öffentliches Verfahren, in dem abstrakte Verfassungsfragen diskutiert und entschieden wurden. In der Urteilsformel erschienen abstrakte Regeln, die nicht nur Ergebnisse der Auslegung darstellten, sondern oft die Verfassung mit neuen Regeln ergänzten. Die Begründungen ließen sich lesen, als wären sie Lehrbücher oder Teile eines wissenschaftlichen Kommentars. Dies war aber natürlich. Dem Verfassungsgericht stand weder eine einheimische Theorie noch Praxis zur Verfügung. Alles musste neu eingeführt werden. Das Gericht musste also die Werkzeuge seiner Arbeit selbst schaffen. Methode und Maßstäbe mussten in den Urteilen offengelegt und der Öffentlichkeit bekanntgegeben werden. Das Verfassungsgericht wollte innerhalb fünf-sechs Jahren zu allen Grundrechten und Institutionen eine ausgearbeitete Auslegung geben.

Dazu bedarf es Modelle, d.h. einer europäischen Orientierung. Hier kam das Zivilrecht mit Gewicht zum Wort. Die Rechtsvergleichung war in der ungarischen Zivilistik schon vor der Wende selbstverständlich. Von den zehn Richtern waren vier ehemalige Humboldt-Stipendiaten – alle vier waren Zivilrechtler. Die Rezeption fremden Rechts bestand nicht in der Übernahme konkreter Lösungen. Man rezipierte vielmehr Denkweisen und vor allem das Ethos der Verfassungsgerichtsbarkeit. Das Gericht eignete sich die europäische Verfassungsüberlieferung an, während es selbst Teil dieser Tradition wurde. Die gemeinsame europäische Verfassungsüberlieferung kann man nicht genau definieren. Doch versuche ich sie im Geiste von Zlinszky – der ein großer Pädagoge war – mit der Metapher der *Weltliteratur* zu erläutern. Die Rezeption war ein Lernprozess. Das ungarische Verfassungsgericht hat viel gelesen, ist gut informiert worden, mit gutem Geschmack und sicherem *judicium*. Diese Art der Selbstentfaltung passte gut zu der Persönlichkeit von Zlinszky. Ich erinnere mich, wie begeistert er an den Sitzungen der Venedig Kommission teilnahm, weil er dort aus der Denkweise der französischen oder der nordischen Kollegen neue Impulse bekam.

Der Eintritt in die europäische Verfassungsüberlieferung verlangte das Erlernen der darin innewohnenden ausgefeilten Dogmatik. Nur die Gerichte wurden als gleichrangig anerkannt, die dieser Sprache mächtig waren.

Es waren wiederum die Zivilrechtler, die am Gericht die unentbehrliche dogmatische Disziplin verlangten und einführten. Das Zivilrecht wurde von Ideologie und Politik viel weniger beeinflusst, als das öffentliche Recht; andererseits hat es das strenge dogmatische Denken bewahrt. Nun kam dies dem Verfassungsrecht zugute. Es genügt die ersten Entscheidungen des Verfassungsgerichts zu lesen, wo solche Begriffe, wie Erforderlichkeit, Verhältnismäßigkeit, Wesensgehalt eingeführt worden sind, obwohl diese im damaligen Verfassungstext nicht vorkamen.

János Zlinszky scheute sich nicht, seinen Standpunkt manchmal durch Maximen und Regeln des Römischen Rechts zu unterstützen. Man hatte den Eindruck, er setze sich in die Rolle einstiger Rechtsgelehrten, die eben ein *Responsum* geben.

VII. Die Begründung der Verfassungsstaatlichkeit in Ungarn war voll schwerer Probleme, aus juristischer und moralischer Sicht gleichfalls. Dieses Zeitalter und die Leistung des ersten Verfassungsgerichts verdienten die ernste und gründliche Auseinandersetzung. Diese Konferenz steht jedoch in anderem Zeichen. Sie gibt die

Gelegenheit, die Gestalt von Professor Zlinszky vor dem Hintergrund des damaligen Verfassungsgerichts, mit Freude und Dank heraufzubeschwören. Man kann wohl nachdenken, wie es geschieht, wenn aus fast zufälligen Bedingungen etwas Gutes und Bedeutendes entsteht. Wie kann man dies nennen: so waltet das Schicksal, oder dies ist der Weg, wie die Geschichte geschieht? János Zlinszky würde einfach sagen: der Geist weht, wo er will.



## KONZEPTIONELLE STREITFRAGEN IN DER JÜNGSTEN UNGARISCHEN PRIVATRECHTSKODIFIKATION\*

Lajos VÉKÁS

Eötvös Loránd Universität

Mitglied der Ungarischen Akademie der Wissenschaften

1. Professor János Zlinszky war Mitglied der neunköpfigen Kodifikationskommission die zwischen 1998 und 2007 und dann – nach einer Zwangspause – zwischen 2010 und 2012 die Ausarbeitung des neuen ungarischen Zivilgesetzbuchs (im Folgenden: ZGB) fachlich betreut hat. In diesem Gremium, wo philosophische, rechtspolitische, verfassungsrechtliche, redaktionelle und wichtige rechtsdogmatische Themen diskutiert wurden, konnte er seinen einmaligen wissenschaftlichen Fundus und seine große praktische Erfahrung im Interesse der erfolgreichen Kodifikation voll entfalten. Von den in der Kodifikationskommission erörterten grundlegenden konzeptionellen Fragen sollen folgende als Beispiele erwähnt werden:

- der Schutz des menschlichen Lebens und die privatrechtliche Rechtsfähigkeit;
- die rechtliche Auffassung der Familie heute;
- das Verhältnis einer mitgliedstaatlichen Kodifikation zu der europäischen Privatrechtsentwicklung;
- die Frage der monistischen oder dualistischen Kodifikation;
- die Tragweite und der innere Aufbau des Gesetzbuchs.

Von den vielen Problemen mit denen die Kodifikationskommission konfrontiert war und zu deren Lösung Professor Zlinszky sehr viel beigetragen hat, können hier nur zwei Themen näher behandelt werden:

- die Frage der monistischen oder dualistischen Kodifikation?
- Integration des europäischen Verbrauchervertragsrechts?

---

\* Eine redigierte Fassung des Vortragstexts.

2.1. Bei der Ausarbeitung der Konzeption zum neuen ZGB ist erneut die Diskussion darüber entflammt, ob der Gesetzgeber dem *monistischen* oder dem *dualistischen* Prinzip der Privatrechtskodifikation folgen sollte. Mit anderen Worten ausgedrückt, stellte sich die Frage, ob das Handelsprivatrecht, vor allem die sogenannten Handelsverträge, als Teil des bürgerlichen Gesetzbuches, oder in einem eigenständigen Handelsgesetz (oder – wie vor zehn Jahren in Österreich – in einem Unternehmensgesetz<sup>1</sup>) geregelt werden sollten.

Ungarn hat im 19. Jahrhundert den damals üblichen letzteren Weg eingeschlagen. Das Handelsgesetz (*Kereskedelmi törvény*) von 1875 hat – dem ADHGB folgend – einen Kaufmannsbegriff formuliert, die Handelsgeschäfte und die Handelsgesellschaften aus dem Gewohnheitsprivatrecht herausgetrennt und damit ein eigenständiges Handelsprivatrecht geschaffen. Es ist nicht verwunderlich, dass nach den großen gesellschaftlichen Veränderungen nach 1990 und der Wiedereinführung der Marktwirtschaft einige Juristen reflexartig eine ähnliche Kodifikation verlangten.<sup>2</sup> Diese Meinung hatte natürlich auch nostalgische Gründe. Sie war außerdem nicht frei vom Einfluss des sozialistischen Wirtschaftsrechts und wurde von der ein Jahrhundert andauernden (allerdings Jahrzehnte in einem „Dornröschenschlaf“ ruhenden) Wirkung<sup>3</sup> des Handelsgesetzes von 1875 gestärkt. Für diese Lösung sprach auch der Umstand, dass die im Wirtschaftsleben wichtigen Verträge nicht oder nur ungenügend geregelt waren und 1988 das Gesellschaftsrecht außerhalb des ZGB kodifiziert worden ist. Nach der Ansicht einiger Autoren sollte daher das Handelsprivatrecht nicht mit einbezogen, sondern getrennt kodifiziert

<sup>1</sup> Handelsrechts-Änderungsgesetz (NR: GP XXII RV 1058 AB 1078 S. 122. BR: AB 7388 S. 725.), BGBl., Teil I. – 27. Oktober 2005 – Nr. 120. Siehe dazu Martin SCHAUER: Zur Reform des österreichischen Handelsrechts – *Kastners* Vorschläge und die heutige Perspektive. *GesRZ*, 2003. 3–8.; DERSELBE: Grundzüge der geplanten Handelsrechtsreform. *ecolex*, 2004. 4–8.; DERSELBE: Das Sondervertragsrecht der Unternehmer im UGB. *JBl*, 126, (2004) 23–31.; DERSELBE: Handelsrechtsreform: Die Neuerungen im Vierten und Fünften Buch. *ÖJZ*, 2006. 64–79. In der deutschen Rechtswissenschaft hat Karsten SCHMIDT die Theorie des „Außenprivatrechts der Unternehmen“ ausgearbeitet, welches das bisherige Handelsrecht ersetzen sollte: *Das HGB und die Gegenwartsaufgaben des Handelsrechts*. Heidelberg, 1993.; DERSELBE: *Handelsrecht*. 5 Köln, 1999. § 3, 47ff. Zu den gegensätzlichen Meinungen in der deutschen Literatur und zur Reaktion des Gesetzgebers in der Reform des HGBm (HRefG: Gesetz zur Neuregelung des Kaufmanns- und Firmenrechts und zur Änderung anderer handels- und gesellschaftsrechtlicher Vorschriften, v. 22.6.1998, BGBl. I, 1474–1484.) siehe: Jürgen TREBER: Der Kaufmann als Rechtsbegriff im Handels- und Verbraucherrecht. *AcP*, 199, (1999) 525–590.

<sup>2</sup> So etwa Péter BÁRDOS: A kereskedelmi jog alapjairól. *Gazdaság és Jog*, 4., (1996) 13–17. Der Streit um ein eigenständiges Handelsrecht (Unternehmensrecht) ist auch im Zusammenhang mit anderen Themen geführt worden, siehe dazu László KECSKÉS: A civilisztikai és gazdasági jogalkotás irányairól (Über die verschiedenen Richtungen der zivil- und wirtschaftsrechtlichen Kodifikation). *Magyar Jog*, XXXVIII., (1991) 199–204 (202ff); Tamás SÁRKÖZY: A társasági törvény felülvizsgálatáról (Über die Novellierung des Gesetzes über Handelsgesellschaften). *Magyar Jog*, XXXVIII., (1991) 416–418. (417f) Den entgegen gesetzten Standpunkt, mit Beispielen aus dem Ausland, siehe: Éva DOMJÁN: A polgári jog és a kereskedelmi jog szerkezetéről (Über die Struktur des Privat- und des Handelsrechts). *Magyar Jog*, XXXVIII., (1991) 751–755., sowie Lajos VÉKÁS: Szükség van-e kereskedelmi magánjogra? (Ist ein Handelsprivatrecht separat zu kodifizieren?) *Magyar Jog*, XLV., (1998) 705–714.

<sup>3</sup> Viele Teile des Handelsgesetzbuchs von 1875 sind – allerdings größtenteils nur formell – auch während der sozialistischen Periode in Kraft geblieben.

werden. Dementsprechend wurde auch ein „Unternehmensgesetzbuch“ als eine modernisierte Fassung der handelsrechtlichen Gesetzgebung vorgeschlagen.<sup>4</sup>

Nach teils heftigen Diskussionen in der Kodifikationskommission hat sich letztendlich eindeutig die Konzeption einer monistischen Kodifikation gegen ein separates Handelsgesetzbuch (mit Regeln über die Handelsverträge) durchgesetzt.<sup>5</sup> Das gesamte Vertragsrecht mit allgemeinen Regeln und den typischen Handelsverträgen ist demnach Regelungsgegenstand einer einheitlichen Privatrechtskodifikation geworden. Für diese Lösung sprachen sowohl die historischen Erfahrungen als auch die Lehren der Rechtsvergleichung.<sup>6</sup>

2.2. Als erste von den modernen Kodifikationen hat das schweizerische Obligationenrecht von 1881 (OR) die Trennung von Privatrecht und Handelsrecht aufgegeben. Die Idee des *code unique* stammte von Walther *Munzinger*, dem Schöpfer des Entwurfs des OR. Wie den im Jahre 2000 veröffentlichten Materialien zum schweizerischen Handels- und Obligationenrecht<sup>7</sup> zu entnehmen ist, wollte man auch in der Schweiz zuerst lediglich ein Handelsgesetzbuch schaffen. Dieses Kodifikationsprojekt wurde jedoch bald auf das gesamte Obligationenrecht ausgedehnt und zwar, anders als in Deutschland, „nicht als ein Zusatzprogramm“, sondern „von Anbeginn als eine Ausweitung des bereits laufenden Vorhabens auf eine beide Rechtsgebiete vereinigende Kodifikation“.<sup>8</sup> Ausschlaggebend war bei dieser Lösung Munzingers Gutachten von 1862. Er ging von der folgenden These aus: „Rein theoretisch aufgefasst ist die Ablösung des Handelsrechts vom allgemeinen Civilrecht ungerechtfertigt.“ Es wird „weder dem Nationalökonomem noch dem Juristen je gelingen, Handelsrecht und Civilrecht theoretisch exakt voneinander auszuscheiden“. 1871 hatte Munzinger in diesem Sinne seinen Entwurf zu einem „Schweizerischen Obligationenrecht“ vorgelegt, also Jahre vor der Verfassungsrevision von 1874, die

---

<sup>4</sup> Zur Konzeption eines „Unternehmensprivatrechtsrecht“ in Ungarn siehe Tamás SÁRKÖZY: A Kereskedelmi Törvény esetleges koncepciója (Eine mögliche Konzeption zu einem Handelsgesetzbuch). *Gazdaság és Jog*, 7., (1999) 3–6.

<sup>5</sup> Regierungsbeschluss Nr. 1003/2003 von 25. Januar 2003, 798 f.

<sup>6</sup> Eine rechtshistorische und rechtsvergleichende Analyse des eigenständigen Handelsrechts siehe bei Peter RAISCH: *Die Abgrenzung des Handelsrechts vom Bürgerlichen Recht als Kodifikationsproblem des 19. Jahrhunderts*. Stuttgart, 1962; DERSELBE: *Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts*. Karlsruhe, 1965; Wolfram MÜLLER-FREIENFELS: *Zur „Selbstständigkeit“ des Handelsrechts. Festschrift für Ernst von Caemmerer*. München, 1978. 583–621. Es ist hier zu erwähnen, dass es auch im „Hochkonjunktur“ der selbständigen Handelsgesetze Ausnahmen gab: der Codice civile des Herzogtums von Parma, Piacenza und Guastalla vom Jahre 1820 und genauso der Codice civile von Modena vom Jahre 1851 dem monistischen Konzept gefolgt sind. Vgl. dazu Gábor HAMZA: *Die Entwicklung des Privatrechts auf römischrechtlicher Grundlage unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsentwicklung in Deutschland, Österreich, der Schweiz und Ungarn*. Budapest, Andrassy Schriftenreihe, 2003. 192.

<sup>7</sup> Urs FASEL (Hrsg.): *Handels- und obligationenrechtliche Materialien*. Bern–Stuttgart–Wien, 2000. Vgl. dazu Eugen BUCHER: Die Entwicklung des deutschen Schuldrechts im 19. Jahrhundert und die Schweiz. *ZEuP* 11., (2003) 353–374.

<sup>8</sup> BUCHER a.a.O. 356.

eine Bundeskompetenz für Privatrechtssetzung geschaffen hat.<sup>9</sup> Die bis heute weit vertretene Ansicht, die durch die Verfassungsbestimmung von 1874 ermöglichte Bundesgesetzgebungszuständigkeit hätte in der Schweiz zu einem monistischen System geführt,<sup>10</sup> ist also zu korrigieren. Mit berechtigtem Stolz stellt Eugen Bucher fest, dass diese „Novität“, die „lange Zeit eine helvetische Besonderheit blieb“ und „in der Schweiz seit Munzinger selbstverständlich ist“, „niemals irgendwelche Nachteile hat erkennen lassen“.<sup>11</sup>

Ganz im Sinne Munzingers argumentierte zwanzig Jahre später der herausragende ungarische Rechtsgelehrte, Béni Grossschmid.<sup>12</sup> Er hat 1884 aus dem Beispiel des schweizerischen Obligationenrechts die Lehre gezogen und darauf hingewiesen, dass es für die Trennung des Handelsrechts vom übrigen Privatrecht keine solchen Gründe gebe, die unbedingt mit der Natur des Handels oder des Handelsrechts zusammenhängen. Deshalb könne man bei einer solchen Trennung nicht von inneren, absoluten, sondern nur von äußeren, relativen, konkreten und historischen Gründen sprechen.<sup>13</sup> Die Abgrenzung des Handelsrechts vom übrigen Privatrecht beruhe auf einem gewissen Positivismus und sei willkürlich. Daraus folge, dass in der Praxis ähnliche Sachverhalte zum Teil zu sehr verschiedenen Rechtsgebieten gehörten, nämlich einerseits zum Handelsrecht, andererseits zum „normalen Privatrecht“, wobei im Einzelfall die Abgrenzung zwischen beiden Gebieten ziemlich schwierig sei. All dies gefährde die Rechtssicherheit.<sup>14</sup> Grossschmids Meinung nach gebe es keine Hindernisse für den Wege einer Vereinheitlichung der beiden Rechtsgebiete, falls man solche Regeln schaffen würde, die auch den Ansprüchen des Handelsverkehrs entsprächen.<sup>15</sup>

2.3. Das 20. Jahrhundert zeigte eindeutig den Prozess der Zurückdrängung der eigenständigen handelsrechtlichen Kodifikationen und der Integration handelsrechtlicher Regelungen in das allgemeine Privatrecht. Die ehemals separaten Handelsgesetzbücher wurden in Italien in den *Codice civile* (1940/1942)<sup>16</sup> und zuletzt

<sup>9</sup> FASEL a.a.O. 17–71, (25). *Munzinger* wollte sogar seinen Standpunkt auch mit der – in der Wirklichkeit nicht existierenden – identischen deutschen Auffassung „untermauern“: Ibid. 30.; vgl. BUCHER a.a.O. 362 ff.

<sup>10</sup> Siehe etwa zuletzt Martin SCHAUER: Integration des Handels- und Unternehmensrechts in das ABGB? In: FISCHER-CZERMAK–HOPF–SCHAUER (Hrsg.): *Das ABGB auf dem Weg in das 3. Jahrtausend*. Wien, 2003. 137–156 (148); vgl. BUCHER a.a.O. 356.

<sup>11</sup> BUCHER a.a.O. 364.

<sup>12</sup> Sein Neffe, der weltberühmte ungarische Schriftsteller, hat die Persönlichkeit von Grossschmid in einem literarischen Porträt verewigt. Siehe Sándor MÁRAI: *Bekenntnisse eines Bürgers*. Berlin/Sankt Petersburg: 1999, Kapitel 2.

<sup>13</sup> Béni GROSSCHMID: A kereskedelmi jognak különválásáról (Über die Verselbstständigung des Handelsrechts). In: *Magánjogi tanulmányok*. Budapest, 1901. 719–725, (723).

<sup>14</sup> Ibid. 724.

<sup>15</sup> Ibid. 725.

<sup>16</sup> Mario ROTONDI: Entstehung und Niedergang des autonomen Handelsrechts in Italien. *AcP*, 167, (1967) 29–63.; DERSELBE: L' unification du droit des obligations civiles et commerciales en Italie. *Rev. trim. dr. civ.*, 67, (1968) 1–24.

in den Niederlanden in das *Burgerlijk Wetboek* vom Jahre 1992<sup>17</sup> integriert. Auch die neuesten Entwicklungen des Handelsrechts in Deutschland und Frankreich machen deutlich, dass der Inhalt der klassischen Handelsgesetzbücher zusammengeschrumpft ist, bzw. mit neuen Materien ergänzt wird. So wurde beispielsweise das deutsche HGB mit dem Bilanzrecht „aufgefrischt“. Diese Entwicklungen beweisen, dass solange die Rechtsgeschäfte im Unternehmensbereich im „allgemeinen“ Privatrecht geregelt werden können, es keinen Grund für ein Sonderprivatrecht für Kaufleute/ Unternehmer gibt.

Aus den neuen Mitgliedstaaten haben sich nur die damalige Tschechoslowakei (Handelsgesetz von 1991<sup>18</sup>) und Bulgarien (HGB in drei Teilen: 1991, 1994, 1996) für eine umfangreiche, auch das gesamte Vertragsrecht beinhaltende Handelsrechtsgesetzgebung entschieden. Im bulgarischen Handelsgesetzbuch regelt der dritte Teil (vom 27. September 1996) das Vertragsrecht: allgemeine Bestimmungen für den Vertrag (Artt. 286–317) und die wichtigsten Handelsverträge (Artt. 318–599).<sup>19</sup> Das tschechoslowakische Handelsgesetz gilt heute nur in der Slowakei und enthält allgemeine Vertragsregeln und Vorschriften für die einzelnen Handelsvertragstypen.<sup>20</sup> In Tschechien ist am 1-sten Januar 2014 ein monistisch konzipiertes neues bürgerliches Gesetzbuch in Kraft getreten<sup>21</sup> und das tschechoslowakische Handelsgesetz ist gleichzeitig außer Kraft gesetzt worden.<sup>22</sup> Das Handelsgesetz Estlands von 1995 enthält die grundlegenden Vorschriften für das Einzelunternehmen und die Handelsgesellschaften sowie das Handelsregister,

<sup>17</sup> Das Buch 4 (Erbrecht) ist am 1-sten Januar 2003, das Buch 10 (Internationales Privatrecht) ist am 1-sten Januar 2012 in Kraft getreten.

<sup>18</sup> Gesetz Nr. 513/1991 SIG, in der Fassung des Gesetzes Nr. 370/2000. Kritisch dazu Anton KANDA: Zur Rekodifizierung des tschechischen Privatrechts. *WiRO*, 12,(1997) 441–443. Věrný spricht dagegen über eine „in Tschechien schon traditionelle dualistische Konzeption“: Arsène VERNY: Die Entwicklung des Zivilrechts in der Tschechischen Republik. In: Norbert HORN (Hrsg.): *Die Neugestaltung des Privatrechts in Mittelosteuropa und Osteuropa (Polen, Russland, Tschechien, Ungarn)*. München, 2002. 106 f.

<sup>19</sup> Handelskauf (Artt. 318–341), Leasingvertrag (Artt. 342–347), Kommissionsvertrag (Artt. 348–360), Speditionsvertrag (Artt. 361–366), Beförderungsvertrag (Artt. 367–379), Versicherungsvertrag (Artt. 380–418), Bankgeschäfte (Artt. 419–454) sowie Wechsel (Artt. 455–538), Scheck (Artt. 539–562) und Lizenzvertrag (Artt. 587–599). Siehe: WOS, III/2: Bulgarien (I.), IV. 2a, Seite 1–84. Das bulgarische Handelsgesetzbuch werden im Ersten Teil (1991) die Kaufleute und die Handelsgesellschaften, im Zweiten Teil (1994) das Insolvenz- und Konkursrecht geregelt. Vgl. hierzu Stoyan STALEV: Transformation der Rechts- und Wirtschaftsordnung Bulgariens. *ZEuP*, 4, (1996) 444–451( 447f.).

<sup>20</sup> Es gibt allgemeine Regeln (§§ 261–408) sowie besondere Vorschriften für Warenkauf und ähnliche Verträge, Darlehen, Lizenzvertrag, Lagervertrag, Aufbewahrung, Werkvertrag, Auftrag, Kommission, Beförderungs- und Frachtvertrag, Handelsvertretervertrag, Bankverträge usw. (§§ 409–755).

<sup>21</sup> Gesetz 89/2012 Sb. vom 3.2.2012. Siehe dazu Jan HURDIK: Das Konzept des Entwurfes zu einem neuen tschechischen ZGB. In: Rudolf WELSER (Hrsg.): *Privatrechtsentwicklung in Zentral- und Osteuropa*. 2008. 15.; Luboš TICHÝ: Stand und Entwicklung des Privatrechts in der Tschechischen Republik. In: *Ibid.* 23.

<sup>22</sup> Zur ähnlichen Auffassung in der Slowakei siehe Ján LAZAR: Kodifikation und Europäisierung des slowakischen Privatrechts. In: FISCHER-CZERMAK-HOPF-SCHAUER (Hrsg.) a.a.O. 229–231, (229 f.).

nicht hingegen ein Sondervertragsrecht für Kaufleute oder Unternehmer.<sup>23</sup> Ähnlich ist das Litauische bürgerliche Gesetzbuch von 2000 (wie seine Vorbilder aus Italien und den Niederlanden) dem monistischen Prinzip gefolgt und hat dem Handelsgesetz von 1995 nur wenig Raum für vertragsrechtliche Bestimmungen übrig gelassen.<sup>24</sup> In Polen, genauso wie in Ungarn, wurde die strukturelle und zum Teil auch die inhaltliche Einheit des Vertragsrechts auch vor 1990 erhalten und – im Gegensatz zu der ehemaligen Tschechoslowakei und der ehemaligen DDR – das „sozialistische Wirtschaftsrecht“ nicht separat kodifiziert. In Polen ist nach der Wende zuerst als eine Übergangslösung teilweise das Handelsgesetzbuch vom Jahre 1934 wieder belebt worden. In dessen Fassung wurden jedoch die Handelsgeschäfte nur in einem einzigen Artikel (Art. 531) behandelt. Von diesem mehrfach geänderten Gesetzbuch waren also praktisch nur noch die Vorschriften zu den Handelsgesellschaften in Kraft. Als 2001 ein neues Gesetz über das Gesellschaftsrecht in Kraft trat, wurde das alte Handelsgesetzbuch – wie eine Hülle ohne Inhalt – vollständig außer Kraft gesetzt.<sup>25</sup> Es ist hier noch zu erwähnen, dass auch die russische Privatrechtskodifikation in den 1990-er Jahren dem monistischen Prinzip gefolgt ist.<sup>26</sup> Insgesamt kann festgehalten werden, dass die neuen Privatrechtskodifikationen Mittel- und Osteuropas und des Baltikum eher in die Richtung der monistischen Kodifikationsstruktur gehen und vor allem eine Verdoppelung der Regelung im Vertragsrecht vermeiden wollen.

2.4. Für ein integriertes Vertragsrecht sprechen auch die Entwicklungen im Verbraucherprivatrecht. Verbraucherverträge sind gleichzeitig auch Unternehmerverträge. Nach der Auffassung von Stefan Grundmann etwa könnten die Verbraucherverträge als einseitige Unternehmerverträge qualifiziert werden.<sup>27</sup> Auf der anderen Seite sind in einigen traditionellen Handelsverträgen, wie beispielsweise in Transportverträgen, typischerweise auch Verbraucher involviert. Sollten die Verbraucherverträge in die Privatrechtskodifikation integriert werden, wie es von vielen Verfassern richtigerweise vorgeschlagen und inzwischen auch vom

<sup>23</sup> Siehe dazu eine Zusammenfassung von Lajos VÉKÁS: Über die Expertenvorlage eines neuen Zivilgesetzbuches für Ungarn. *ZEuP*, 2009, 536 (538).

<sup>24</sup> Siehe dazu Valentinas MIKELÉNAS: Unification and Harmonisation of Law at the Turn of Millennium: the Lithuanian Experience. *Unif. L. Rev/Rev. dr. unif.* V(2000), 243-261 (249). Das HGB vom 12. Januar 1995 (Off. J. 1995 Nr. 10, Pos 204) regelt jedoch auch einige Vertragstypen des Handelsrechts (Art. 18-43: Handelsvertreter, Handelsmakler, Handelskommissionär sowie Handelskauf).

<sup>25</sup> Gesetz vom 15. September 2000 (Dz. U. Nr. 94., 1037), in Kraft seit dem 1. Januar 2001.

<sup>26</sup> Vgl. dazu OLEG SHADIKOV: Das neue Zivilgesetzbuch Russlands. *ZEuP* 4(1996), 259-272; *ZEuP* 7(1999), 903-919; E. A. SUCHANOV: Das Privatrecht in der modernen russischen Zivilgesetzgebung, in: Horn (Hg.), Fn. 18, 129-152.

<sup>27</sup> Stefan GRUNDMANN: Generalreferat: Internationalisierung und Reform des deutschen Kaufrechts. In: GRUNDMANN–MEDICUS–ROLLAND (Hrsg.): *Europäisches Kaufgewährleistungsrecht – Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts*. Köln–Berlin–Bonn–München, 2000. 281–321. (284 ff.); DERSELBE: Verbraucherrecht, Unternehmensrecht, Privatrecht – warum sind sich UN-Kaufrecht und EU-Kaufrechts-Richtlinie so ähnlich? *AcP*, 202, (2002) 40–71. (68).

Gesetzgeber in zahlreichen Staaten praktiziert wird,<sup>28</sup> dann ist dies ein Grund mehr, das Handelsvertragsrecht nicht in einem separaten Gesetz zu regeln.

2.5. Freilich darf man die Bedeutung der kodifikatorischen Einteilung nicht überschätzen.<sup>29</sup> Gleichwohl ist ein Handelsgesetzbuch mit Sondervertragsrecht für Kaufleute oder Unternehmer heute nicht mehr zu empfehlen.<sup>30</sup>

3.1. Bekanntlich überlassen die Richtlinien der Europäischen Union den Mitgliedstaaten die Art und Weise der Umsetzung in das jeweilige Rechtssystem. Im Rahmen und mit Hilfe dieser Freiheit soll die Kohärenz des mitgliedstaatlichen Rechtssystems bewahrt werden. Diese Aufgabe ist nicht leicht.

Die Frage des Umsetzungsmodus hat einen inhaltlichen und einen eher redaktionellen Gesichtspunkt.<sup>31</sup> Was den zweiten Aspekt betrifft, ist die bisherige Umsetzungspraxis der verbrauchervertragsrechtlichen Richtlinien praktisch *drei Modellen* gefolgt. Die Verbraucherrichtlinien wurden

- in Einzelgesetzen,
- in einem speziellen Verbraucherschutzgesetz oder
- durch Integration in das bürgerliche Gesetzbuch in den Mitgliedsstaaten umgesetzt.<sup>32</sup>

<sup>28</sup> Es sind vor allem das deutsche Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 11. Oktober 2001 und die umfangreiche Literatur zu dieser Reform zu erwähnen. In der geänderten Fassung des BGB finden sich nunmehr im Wesentlichen unverändert auch die Regelungen der früheren verbraucherrechtlichen Spezialgesetze. Siehe außerdem in Österreich BRIGITTA LURGER: Integration des Verbraucherrechts in das ABGB? In: FISCHER–CZERMAK–HOPF–SCHAUER (Hrsg.) a.a.O. 110–136. (128 ff.); In Ungarn LAJOS VÉKÁS: Einige Grundzüge der ungarischen Privatrechtsreform. In: FISCHER–CZERMAK–HOPF–SCHAUER (Hrsg.) a.a.O. 213–228. (221 ff.). Siehe auch unten in Kapitel III.

<sup>29</sup> So mit Recht EUGEN BUCHER: Der Gegensatz von Zivilrecht und Handelsrecht: Bemerkungen zur Geschichte und heutigen dogmatischen Bedeutung der Unterscheidung. In: *Festschrift Meier-Hayoz Band 1*. Zürich, 1972. 1–14. (2 f., 12.)

<sup>30</sup> Die Integration des Handelsgeschäftsrechts und der Normen für besondere (auch für die so genannte „modernen“) Vertragstypen wird befürwortet bereits von EICHLER: Die Einheit des Privatrechts. *ZHR*, 126, (1964) 181 ff. (197) und auch von ERNST KRAMER: Handelsgeschäfte – eine rechtsvergleichende Skizze zur rechtsgeschäftlichen Sonderbehandlung unternehmerischer Kontrahenten. In: *Festschrift Ostheim*. 1990. 299 ff. (319 ff.) sowie von MARTIN SCHAUER: Integration des Handels- und Unternehmensrechts in das ABGB? In: FISCHER–CZERMAK–HOPF–SCHAUER (Hrsg.) a.a.O. 152 ff.

<sup>31</sup> Die inhaltlichen Probleme der Richtlinienumsetzung auf dem Gebiet des Verbraucherschutzrechts werden von WENDEHORST sehr gründlich analysiert und die Ergebnisse in einem überzeugenden Vorschlag über „modulare Strukturen des nationalen Verbraucherschutzrechts“ zusammengefasst: CHRISTIANE WENDEHORST: Auf dem Weg zu einem zeitgemäßen Verbraucherprivatrecht. In: BRIGITTA JUD – CHRISTIANE WENDEHORST (Hrsg.): Neuordnung des Verbraucherprivatrechts in Europa? Zum Vorschlag einer Richtlinie über Rechte der Verbraucher. 2009. 153–187.

<sup>32</sup> Siehe dazu LAJOS VÉKÁS: Schuldrechtsmodernisierung und Gemeinschaftsprivatrecht aus ungarischer Sicht. In: PETER-CHRISTIAN MÜLLER-GRAFF – LAJOS VÉKÁS: Privatrechtsreform in Deutschland und Ungarn. 2009. 17 ff.

Und weil die Verbraucherverträge zwischen Unternehmen und Verbrauchern geschlossen werden, könnte man sich theoretisch auch eine *vierte Option* vorstellen: den Einbau des Verbraucherprivatrechts in das Handelsgesetzbuch bzw. Unternehmensgesetz.<sup>33</sup>

Die meisten EU Mitgliedstaaten haben bis heute die ersten drei Methoden *parallel*, zum Teil *gemischt* angewandt.

3.2. Für ein größtenteils nichtkodifiziertes und ohne ein umfangreiches Gesetzbuch ausgestattetes Privatrecht, wie das englische, liegt auf der Hand, die Richtlinien einzeln umzusetzen: eine Richtlinie = eine innerstaatliche Rechtsnorm (sogenannte „*copy and paste*“-Methode). Eine ziemlich leichte aber anspruchslöse Methode. Dies haben auch die *Law Commissions* of England und Schottland erkannt. Nach ihrem gemeinsamen Vorschlag wurde das ziemlich umfangreiche Consumer Rights Act 2015 verabschiedet. Es gibt aber noch immer Mitgliedstaaten mit kodifiziertem Privatrecht (beispielsweise Frankreich), in deren Rechtsordnung diese Methode oft praktiziert wird. Bei der in *Einzelgesetzen* erfolgten Umsetzung ist die europarechtliche Herkunft der Regeln leicht zu erkennen. Zudem ist die daraus folgende einheitliche Auslegungspflicht ohne besondere Probleme zu erfüllen. Folgerichtig sind die nationalen Gerichte in der Lage, die strittigen Auslegungsfragen für Vorabentscheidung bei dem Europäischen Gerichtshof vorzulegen. Diese Art der Umsetzung führt jedoch zu einer Zersplitterung des Privatrechts. Deshalb stellt mE diese Lösung, die lange Zeit in vielen Mitgliedstaaten die bevorzugte – weil leichteste und flexibelste – Methode war, für ein kodifiziertes Rechtssystem längerfristig keinen gangbaren Weg dar.

3.3. Die zweite Methode fügt die privatrechtlichen Verbraucherrichtlinien in einem Sondergesetz (*Verbraucherschutzgesetz*, in Österreich: *Konsumentenschutzgesetz*) zusammen. Diese Lösung entspricht den Transparenzfordernissen des Verbraucherschutzes und hat auch die Vorteile der ersten Option. Die Transparenz der gesetztechnischen Lösung ist auf dem Gebiet des Verbraucherschutzrechts eminent wichtig. Die Verbraucher, die Verbraucherorganisationen und ihre Berater können sich nämlich über ihre Rechte am besten informieren wenn diese Rechte möglichst in einem Gesetz zusammengefasst sind. Der wichtige Nachteil bei dieser Methode besteht darin, dass das heute so wichtige Gebiet des Privatrechts, das Verbraucherprivatrecht nämlich aus dem bürgerlichen Gesetzbuch herausgenommen wird.

Seit 2005 wendet man in Italien grundsatztreu diese Methode an. Nicht nur die früher in Einzelgesetzen umgesetzten Richtlinien haben ihren Platz in dem *Codice del consumo*<sup>34</sup> gefunden sondern auch die Klauselrichtlinie und die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, welche ursprünglich in dem *Codice civile*<sup>35</sup> integriert worden waren. Zuletzt ist auch die Verbraucherrechterichtlinie in dem Codice del

<sup>33</sup> Siehe dazu GRUNDMANN a.a.O.

<sup>34</sup> Decreto legislativo 206/2005.

<sup>35</sup> In Libro Quatro, Titolo II, Capo XIV-bis, Artikel 1469 ff. Codice civile aF, bzw. Artikel 1519 ff. aF.



consumo eingebaut worden. Eine überaus konsequente Lösung des italienischen Gesetzgebers, welche gegebenenfalls auch die Mischung von privatrechtlichen und verwaltungsrechtlichen Normen ertragen kann. Außerdem wird ein Verbraucherschutzgesetz durch die häufigen Änderungen weniger zerstört als ein bürgerliches Gesetzbuch. Was die redaktionelle Frage des Regelungsortes betrifft, plädiert beispielsweise Christiane Wendehorst aus pragmatischen Gründen für diese Option, obwohl sie den Wert auf die inhaltlichen Fragen der Umsetzung, auf die „modulare Binnenstruktur der Regelungstechnik“ legt.<sup>36</sup>

3.4. Die dritte Methode *integriert die Richtlinien in das bürgerliche Gesetzbuch*. Dieser Option folgen u. a. das deutsche BGB und der neue tschechische Kodex.<sup>37</sup> Die beiden Gesetzbücher tun es jedoch auf verschiedene Weise. Das BGB stellt die Richtlinien möglichst thematisch ein, der tschechische Kodex bildet dagegen ein separates Kapitel für die Verbraucherverträge.

Die Integration hebt in beiden Gesetzbüchern den grundsätzlich privatrechtlichen Charakter der Richtliniennormen hervor. Sie wird deshalb der Einheit des Privatrechts am ehesten gerecht. Über die allgemein bekannten Vorteile einer Kodifizierung hinaus bringt die Integration in das Gesetzbuch auch jenen zusätzlichen Vorteil, dass sich die ansonsten unvermeidlichen Widersprüche zwischen den Bestimmungen der einzelnen Richtlinien verringern. So werden etwa nicht unterschiedliche Fristen für das Widerrufsrecht des Verbrauchers festgelegt, wie es in den Richtlinien und in den umsetzenden nationalen Einzelnormen immer wieder vorkommt. Ebenfalls können Probleme bei der Rechtsanwendung vermieden werden, die sich aus einer etwaigen Überschneidung der Regelungsbereiche der Richtlinien ergeben.<sup>38</sup> Ein relativer Schwachpunkt dieser Lösung besteht darin, dass der Gesetzgeber die europarechtliche Herkunft der Regelungen in irgendeiner Form eigens klarstellen muss, um damit ihre einheitliche Auslegung zu sichern.

Beim thematischen Einbau des Richtlinienrechts in ein nationales bürgerliches Gesetzbuch kann man noch dazu zwischen zwei Möglichkeiten wählen. Man kann die Anwendung der umgesetzten Regeln auf Verbraucherverträge beschränken. Diese Lösung verdoppelt aber gegebenenfalls die Regelung des betroffenen Vertrags innerhalb des Gesetzbuchs. Dies geschieht beispielsweise mit dem Kaufvertrag im BGB. Eine „allgemeingültige“ Integration, d. h. eine Anwendung der integrierten Normen über die Verbraucherverträge hinaus, hat dagegen augenfällige Vorteile. Vor allem können so die aus der Umsetzung der Richtlinie entstehenden Chancen zur Modernisierung des alten Rechts genutzt werden.

Vieles von dem Reiz einer Integration des europäischen Verbraucherschutzrechts in das bürgerliche Gesetzbuch ist jedoch inzwischen eingebüßt worden. Die

---

<sup>36</sup> WENDEHORST a.a.O.

<sup>37</sup> Siehe in Fn. 21.

<sup>38</sup> Dieses Problem wurde beispielsweise treffend durch die im Urteil des *EuGH* 22.4.1999 – C-423/97, aufgetauchte Frage illustriert. In diesem Fall kollidierten die sachlichen Anwendungsbereiche der alten Haustürwiderrufs-Richtlinie und der alten Fernabsatzrichtlinie.

modifizierten Ausgaben der alten Richtlinien, die ständig ändernde konzeptionelle Vorstellungen der Europäischen Kommission und nicht zuletzt der Übergang von Mindestharmonisierung zu – halbwegs – vollharmonisierter Regelung haben die Vorteile dieser dritten Methode sehr geschwächt. Diese Feststellung kann mit den Erfahrungen der deutschen Umsetzungspraxis bewiesen werden. Deutschland hat als damals einziger Mitgliedstaat mit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz von 2001 den anspruchsvollen dritten Weg eingeschlagen. Der Gesetzgeber hat nicht nur die derzeit aktuelle Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie auf diese Weise verwirklicht sondern auch die früher anderswie umgesetzten Richtlinien in das BGB integriert. So hat man die Regelung der umgesetzten Klauselrichtlinie aus dem AGB-Gesetz herausgenommen und in das BGB eingebaut. Auch die übrigen verbraucherrechtlichen Richtlinien sind ähnlich in das BGB integriert worden. Diese Methode hat aber den Kodex strukturell sehr belastet und das klassische Gesetzbuch den teils willkürlichen Änderungen in der Europäischen Union ausgeliefert. Um jeden Preis dem seit 2002 geltenden Prinzip treu zu bleiben, hat der deutsche Gesetzgeber auch die Verbraucherrechterichtlinie voll in das BGB umgesetzt. Das Ergebnis ist eher erschreckend.<sup>39</sup>

3.5. Die meisten Mitgliedstaaten haben bis jetzt die hier erwähnten redaktionellen Umsetzungsoptionen kombiniert angewandt. Das französische Privatrecht ist ein typisches Beispiel für diese *Mischlösung*. Einige Richtlinienregeln (wie die der Produkthaftung) sind in dem *Code civil* (Art. 1386-1 ff.) aufgenommen worden. Die meisten Richtlinien sind aber in Einzelnormen, teils in Gesetzen, teils in Verordnungen, umgesetzt. Aus dem Standpunkt der Verbraucher betrachtet kann die französische Lösung trotzdem als beispielhaft bewertet werden, wonach alle Verbraucherschutzvorschriften, und zwar unabhängig von der Art der umsetzenden Norm (*loi* oder *décret*), in dem *Code de la consommation* zusammengefügt werden. Dieser „Kodex“ ist eine besondere Kompilation, die dem Transparenzgebot am besten Genüge tut.

Ebenfalls eine Mischlösung wird bis heute in Österreich praktiziert. Die meisten Verbraucherschutzrichtlinien sind in dem *Konsumentenschutzgesetz*, einige aber in Einzelgesetzen umgesetzt worden. Bei der Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie wurde auch das ABGB angepasst. Ähnliche Mischlösung hat der österreichische Gesetzgeber auch bei der Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie gewählt.

3.6. Im Verlauf der Ausarbeitung der Konzeption des neuen *ungarischen Zivilgesetzbuchs* hat sich die Meinung der Kodifikationskommission grundsätzlich geändert. 2002 hat sie noch für die anspruchsvolle, ambitionöse dritte Option votiert. Um die strukturelle Einheit des Privatrechts zu bewahren ist sie davon ausgegangen, dass sämtliche Verbraucherschutzrichtlinien möglichst vollständig in den neuen Kodex integriert werden sollten. Während der konkreten Kodifikationsarbeiten stellte

---

<sup>39</sup> Siehe beispielsweise die §§ 312-312k BGB.

sich jedoch heraus, dass diese Idee sehr schwer zu verwirklichen ist. Die ungarische Kodifikationskommission ist nicht zuletzt aufgrund des zweifelhaften Ergebnisses in dem deutschen Schuldrechtsmodernisierungsgesetz zu der Überzeugung gelangt, dass eine totale Integration aller Richtlinien in das bürgerliche Gesetzbuch nicht zu empfehlen ist, weil diese Methode das System des Kodex sehr beeinträchtigt, ohne das Verbraucherrecht transparenter zu machen. So haben die Expertenvorlage von 2008,<sup>40</sup> der Kommissionsentwurf von 2012<sup>41</sup> und auch der verabschiedete Kodex von 2013<sup>42</sup> eine Mischlösung gewählt. Dementsprechend sind aus dem Verbraucherrichtlinienrecht nur die sogenannten „kodifikationsreifen“ Kernelemente – und zwar thematisch – in das Zivilgesetzbuch integriert, das übrige Material für ein neugeformtes Verbraucherschutzgesetz gelassen worden. Der ungarische Gesetzgeber hat damit in dem neuen Zivilgesetzbuch der Kodifikationsidee gegenüber dem Transparenzgebot Vorteil gegeben. Dem Transparenzgebot kann man dann mit einer speziellen Zusammenstellung aller Verbraucherschutzvorschriften, wie im französischen *Code de la consommation*, Genüge tun.

Die hier geschilderte Lösung bedeutet Folgendes für das ungarische Zivilgesetzbuch:

- a)
- Das ZGB enthält den *Verbraucher- und den Unternehmerbegriff* (§ 8:1 ZGB). Verbraucher ist jede natürliche Person die zu Zwecken handelt, die außerhalb ihrer gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit liegen.
  - Die Regeln der *Klauselrichtlinie* sind in dem allgemeinen Vertragsrecht des ZGB unter den Normen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen aufgenommen worden (§§ 6:102-104 ZGB). Die missbräuchlichen Klauseln sind in Verbraucherverträgen relativ (d. h. nur zugunsten des Verbrauchers) nichtig, in den sonstigen Verträgen nur anfechtbar (§ 6:103 Abs. (3) ZGB).
  - Ähnlich sind die Regeln der *Verbrauchsgüterkaufrichtlinie* in das allgemeine Vertragsrecht des ZGB unter den allgemeinen Normen über Gewährleistung und Garantie integriert worden (§ 6:157 ff. ZGB und § 6:171 ff. ZGB).
  - Außerdem ist die *Produkthaftungsrichtlinie* im Deliktsrecht eingebaut worden (§ 6:550 ff. ZGB).

<sup>40</sup> Siehe dazu VÉKÁS a.a.O. 536.

<sup>41</sup> Lajos VÉKÁS (HG.): Az új Polgári Törvénykönyv Bizottsági Javaslat magyarázatokkal (Der Kommissionsentwurf zu dem neuen Ungarischen Zivilgesetzbuch mit Begründung). Budapest, 2012.

<sup>42</sup> Gesetz 2013:V über das Zivilgesetzbuch v. 26.2.2013, *Magyar Közlöny* (Gesetzblatt), 2013. Nr. 31, 2382. Siehe dazu die ausführliche Besprechung in der Aufsatzserie in neun Teilen von Herbert KÜPPER: *Ungarns neues BGB*, WiRO 5/2014, 129; 6/2014, 174; 7/2014, 206; 8/2014, 234; 9/2014, 266; 11/2014, 327; 12/2014, 366; 1/2015, 12; 2/2015, 46 (Wirtschaft und Recht in Osteuropa). Den Gesetzestext in deutscher Übersetzung siehe In: Stephan BREIDENBACH ET AL.: *Handbuch Wirtschaft und Recht in Osteuropa*. Band 4. 2014. [Loseblatt, UNG Teil 2 Gesetzestexte BGB 200, Stand: 7. 3. 2014]; vgl. dazu LAJOS VÉKÁS: In: Lajos VÉKÁS – Péter GÁRDOS: *Kommentár a Polgári Törvénykönyvhöz* (Kommentar zum Zivilgesetzbuch). II, 2014. 1382.

Mit der Integration der Klauselrichtlinie und der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie konnte man die soziale Dimension des Privatrechts in dem Gesetzbuch zum Ausdruck bringen. Trotz des privatrechtsfremden Charakters der Unabdingbarkeit der Regelungen für Verbraucherverträge und anderer Schwierigkeiten inhaltlicher und systematischer Art, wollte man derart wichtige Gebiete des Vertragsrechts wie die Kontrolle missbräuchlicher Klauseln sowie die Gewährleistung und Garantie nicht in einem Sondergesetz regeln. Die Eingliederung dieser Richtlinien wurde durch jenen Umstand erleichtert, dass in diesen Richtlinien Lösungen gewählt worden sind, die zur Verallgemeinerung geeignet waren und in verallgemeinerter Form eine wahre Kodifizierung und eine echte inhaltliche Reform ermöglicht haben. Der zwingende Charakter der Vorschriften zugunsten des Verbrauchers musste natürlich klar zum Ausdruck gebracht werden (§ 6:85 Abs. (2) ZGB; § 6:98 Abs. (2) ZGB; §§ 6:100-101. ZGB; § 6:157 Abs. (2) ZGB). Für das europarechtliche Erfordernis der einheitlichen Auslegung bei „Richtliniennormen“ ist freilich auch bei einer „allgemeingültigen“ Umsetzung zu sorgen. Die einheitliche Auslegungspflicht obliegt zwar dem nationalen Richter nur bei Anwendung des Richtlinienrechts für Verbraucherverträge. Die Einheit des nationalen Privatrechts verlangt jedoch die einheitliche Auslegung der umgesetzten Normen auch bei Nichtverbraucherverträgen.

b)

Das ungarische Zivilgesetzbuch hat auch aus den *anderen Verbraucherrichtlinien* solche gemeinsamen Lösungsansätze aufgenommen, welche ihren thematisch-organischen Einbau in ein Gesetzbuch erleichtern. Als solche können vor allem die folgenden Begünstigungen für den Verbraucher betrachtet werden:

- erhöhte Informationspflicht gegenüber dem Verbraucher (zB § 6:82 ZGB beim elektronischen Vertragsabschluss)<sup>43</sup>;
- Vertragsauslegung zugunsten des Verbrauchers (§ 6:86 Abs. (2) S. 2 ZGB);
- günstigere Fristen für den Verbraucher zur Geltendmachung seiner Rechte (zB § 6:162 Abs. (2) ZGB, bzw. § 6:163 Abs. (2) ZGB);
- spezielles Rücktrittsrecht (zB § 6:220 Abs. (2) und (3) ZGB);
- vorzeitige Erfüllung einer Geldzahlungspflicht durch den Verbraucher kann nicht ausgeschlossen oder mit zusätzlichen Kompensationspflichten sanktioniert werden (§ 6:131 ZGB).

Diese Rechte sind für den Verbraucher im allgemeinen Vertragsrecht in verallgemeinerter Form und durch zwingende Normen gesichert worden.

c)

Schließlich sind aus der *Verbraucherrechterichtlinie*<sup>44</sup> die beiden kaufrechtlichen Regeln in das ungarische Zivilgesetzbuch eingebaut worden. So enthält das

<sup>43</sup> Vgl. zum Thema Reiner SCHULZE – Martin EBERS – Hans Christoph GRIGOLEIT: *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire*. Tübingen, 2003.

<sup>44</sup> Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.10.2011 über die Rechte des Verbrauchers, ABl. 2011 L 304, 64. Die Umsetzungsfrist war der 13.12.2013. Die

Zivilgesetzbuch die Rechtsvorschriften über die Lieferungsfrist<sup>45</sup> und das Rücktrittsrecht des Verbrauchers bei Versäumung der Lieferungsfrist sowie über den Gefahrübergang bei Versendung der Ware.<sup>46</sup> Die sonstigen Regeln dieser Richtlinie, insbesondere die vollharmonisierte Neuregelung der Fernabsatz- und „Haustürgeschäfte“ sind in dem Verbraucherschutzgesetz integriert worden.

3.7. Die Entstehung eines gemeinsamen Vertragsrechts für die Europäische Union ist ein langwieriger Prozess. Wahrscheinlich stehen wir nur am Anfang dieses Wegs. Eine erfolgversprechende Harmonisierung braucht nicht nur komplexe Fachkenntnisse sondern auch Geduld. Die mit faulen Kompromissen fertiggestellte Verbraucherrechterichtlinie und die darin enthaltene Teilumstellung von der Mindestharmonisierung auf die Vollharmonisierung können meines Erachtens nicht als Fortschritt bewertet werden. Der zu hektisch zusammengestellte und dann fallen gelassene Verordnungsvorschlag für ein gemeinsames Kaufrecht (CESL) war das jüngste Beispiel für die Ungeduld der zuständigen EU-Organe. Solche unüberlegten Versuche stellen die Gesetzgeber kodifizierter Rechtsordnungen wiederholt vor unnötig schwierige Aufgaben. Trotzdem muss man weiterhin experimentieren. Dessen Terrain ist jedoch eher in der Rechtswissenschaft und nicht in der Rechtsetzung zu suchen.

4. Von den vielen konzeptionellen, redaktionellen und rechtsdogmatischen Fragen die die Kodifikationskommission während der gut 12 Jahren ihrer Arbeit zu diskutieren und zu lösen gehabt hat, konnte ich hier nur zwei Themen ausführlicher darlegen. Damit wollte ich an Professor János Zlinszky erinnern, der mit seiner fachlichen Erfahrung und menschlichen Weisheit diese Diskussionen und auch den Kodex als ganzen wesentlich mitgeprägt hat.

---

Richtlinie gilt für Verträge, die nach dem 13.6.2014 geschlossen wurden. Zur Problematik der Verbraucherrechterichtlinie siehe JUD-WENDEHORST a.a.O.; Geraint HOWELLS – Reiner SCHULZE: *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*. 2009; Oliver UNGER: Die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher – Eine systematische Einführung. *ZEuP*, 2012. 270.; Brigitta ZÖCHLING-JUD: Acquis-Revision, CESL und Verbraucherrechterichtlinie. *AcP*, 212, (2012) 550.

<sup>45</sup> Artikel 18 Verbraucherrechterichtlinie, § 6:220 ZGB.

<sup>46</sup> Artikel 20 Verbraucherrechterichtlinie, § 6:219 ZGB.



## JANOS ZLINSZKY: EIN EUROPÄISCHER GELEHRTER

J. Michael RAINER  
Universität Salzburg

Als ich Mitte der 80-ziger Jahre Janos Zlinszky zum ersten Mal begegnete, machte er auf mich sofort einen tiefen Eindruck. Das erste Treffen fand im Garten von Theo Mayer Malys Haus statt. Janos war begleitet von einer Schar ungarischer Studenten und er erweckte den Eindruck, eines besonders engagierten Lehrers. Damals waren die Begegnungen mit Kollegen aus dem sogenannten Ostblock noch durchaus selten, aber es war sofort klar, dass dieser ungarische Professor ein Mann von großem Wissen, Klugheit und Objektivität sein musste. Sein gewinnendes freundliches, aber durchaus bestimmtes Verhalten zeigten einen gefestigten Charakter. Formen und Umgang sowie ein unverkennbares Schönbrunner Deutsch machten ihn zu einem Repräsentanten der längst untergegangenen österreichisch-ungarischen gemeinsamen Geschichte. Jedenfalls war es mir klar, einen zutiefst europäischen Gelehrten kennengelernt zu haben. In den dreißig Jahren unserer Bekanntschaft und später Freundschaft hatte ich des Öfteren die Gelegenheit mit Janos zusammenzutreffen. Er setzte seine Besuche mit Studierenden zu österreichischen Universitäten, auch zu meiner damaligen Universität Graz fort und ich selbst besuchte ihn mehrmals in Ungarn an seinem damaligen Arbeitsplatz in Miskolc. Immer wieder boten sich Tagungen, der Deutsche Rechtshistoriker Tag und auch die Sihda als Forum intensiven Kontaktes an. Janos Zlinszky war nicht nur ein hervorragender Romanist, er war insbesondere auch ein Vorkämpfer für Freiheit und Demokratie. Unerschrocken verteidigt er diese europäischen Grundwerte und musste am eigenen Leibe verspüren wie tyrannische Machthaber dieses Engagement quittierten. Mit größten Schwierigkeiten hatte er zu kämpfen um einen adäquaten universitären Abschluss erzielen zu können. Mehrmals, zuletzt noch 1976 wurden wissenschaftliche Graduerungsverfahren im Sinne unserer Habilitationsverfahren abgelehnt. Ebenso durfte ein Humboldt Stipendium im Jahre 1965 erst gar nicht antreten. Erst 1972 konnte er auf Einladung Helmut Coings nach Frankfurt gehen, das ihn in gewisser Hinsicht zu einer veritablen europäischen zweiten Heimat geworden ist. Mit Hilfe der Humboldt Stiftung konnte er dort längere Studienaufenthalte verbringen, insbesondere in den Jahren von 1979–1981.

Endlich erlaubte man ihm 1982 die Ausübung der Lehrtätigkeit im Bereiche der Rechtsgeschichte und des römischen Rechts, nicht an einer eigentlich juristischen Fakultät sondern an der technischen Universität von Miskolc. Wider Erwarten gelang es ihm dort für seine Lehr- und Forschungstätigkeit größere Freiräume zu schaffen. Neben der traditionellen Vorlesung im römischen Recht führte er Vorlesungen zur Rezeptionsgeschichte, Digestenübungen und Strafrechtsgeschichte ein. Die technische Universität erwies sich insofern als Glücksfall als er gleichermaßen am Aufbau eines Rechtsstudiums in wesentlicher Position beteiligt war und insbesondere auch die Anfänge einer neuen Bibliothek mitgestalten konnte. Besonders eindrucksvoll hat Janos in Miskolc seine Qualitäten als akademischer Lehrer, der, obwohl überaus anspruchsvoll von seinen Studenten nicht nur geachtet, sondern vielfach geliebt wurde, und vor allem war es ihm gegönnt durch seine Persönlichkeit, durch sein persönliches Verhalten und durch seine Kompetenz eine Reihe namhafter Schüler zu formen, wobei insbesondere die Namen von Bela Szabo und Orsolya Peter genannt sein sollen.

Nach Ende des kommunistischen Regime widmete sich Janos Zlinsky zwei weiteren entscheidenden Aufgaben, die Gründung und Weiterentwicklung einer katholischen Universität, der Pazmany Universität, sowie das nachhaltige Engagement für die neue ungarische Demokratie, deren Verankerung in der westlichen Wertegemeinschaft er für unverzichtbar hielt. Als großartig und segensreich muss in diesem Zusammenhang seine Tätigkeit am ungarischen Verfassungsgerichtshof, dessen Selbstverständnis er nachhaltig geprägt hat, verstanden werden.

Als akademischer Lehrer war es ihm bis ins hohe Alter gegönnt, seine Vorstellungen vom römischen Recht und dessen Rolle in der europäischen Geschichte bis zum heutigen Tage zahlreichen Studierenden zu eröffnen. Auch in Budapest hat er mit Nadja El Beheiri und Janos Erdödy zwei namhafte Schüler hinterlassen. Das wissenschaftliche Oeuvre spiegelt die überaus weitgesteckten Interessen von Janos Zlinsky wieder, vom archaischen römischen Recht bis zur Privatrechtsgeschichte der Neuzeit im 19. Jahrhundert. Die Entstehung des römischen Staates und seines Rechts haben ihm ebenso fasziniert wie grundsätzliche Aspekte von Ethik und Moral im Recht. Zlinsky war ein ausgezeichnete Kenner der Quellen und hat sich nicht gescheut, gerade wegen der Komplexität der Quellenlage sich mit dem archaischen Recht, selbst dem Recht der Zeit vor den XII Tafeln auseinanderzusetzen. Anders als viele einseitig wirkende Rechtshistoriker hat sich Zlinsky nie davor gescheut, sich intensiv sowohl mit dem öffentlichen wie auch mit dem Privatrecht zu beschäftigen. Im Gegenteil, gerade die Verbindungen zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht schienen ihm besonders wichtig zu sein. So entstand die Arbeit über Kontrakte des *ius publicum* (Festschrift Hans Ankum 1995). Darin wird dargetan, dass die Idee des Konsensualismus im Bereiche des *ius publicum* in den Verträgen zwischen Magistrat und den Ausführenden der *opera publica* entstanden sei. Im Zusammenhang mit dem Konsensualismus unterstrich er immer wieder, dass die tragenden Elemente, die auch nicht zuletzt den Konsensualismus ermöglicht hatten, *mos, fas, fides* und *iustitia* gewesen seien. Gerade wegen der absoluten Bindewirkung dieser Prinzipien habe man vielfach auf die Schriftlichkeit verzichten können. Im Bereiche des römischen Rechts erachte ich den Beitrag in SZ 106 (1989) für besonders wichtig. Es geht dabei



um grundsätzliche Aussagen zur *legis actio sacramento in rem*. Nur wenn im Sinne des Beklagten entschieden worden war, habe es sich um ein absolutes Recht gehandelt. Konnte dieser Beweis zugunsten des Beklagten nicht gelingen, so war das Eigentum des Klägers damit nicht endgültig ausjudiziert und habe jederzeit von Dritten in Frage gestellt werden können. Es handle sich somit um ein relatives Recht gehandelt. In diesem Zusammenhang unterstrich Zlinsky vehement die soziale Komponente des römischen Rechts und insbesondere des römischen Zivilprozesses. „Durch die Analyse von immer mehr Quellen ist für mich eine gewisse sozial gerechte und ausgleichende Tendenz des römischen Privatrechts klar geworden. .... In der Praxis des *ius civile*, in der Jurisdiktion des Prätors und im Rahmen der *judicia ordinaria* haben sich Tendenzen zur Verteidigung der Interessen des kleinen Bürgers durchgesetzt... (S. 150 f). Neben der intensiven wissenschaftlichen Auseinandersetzung mit dem eigentlichen römischen Recht, sei es in Form des Staatsrechts, des Strafrechts, des Privatrechts, hat sich Janos Zlinsky intensiv mit der Rezeption des römischen Rechts in Europa auseinandergesetzt beginnend mit seinem Beitrag in Festgabe für Arnold Herdlička (1972): Ein Versuch zur Rezeption des römischen Rechts in Ungarn. Es folgte der wichtige Beitrag im von Coing herausgegebenen Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, dritter Band, das 19. Jahrhundert, 14. Abschnitt eben betreffend Ungarn (1982). Zur Erweiterung dieser Studien publizierte im Jahre 1997 das Buch Wissenschaft und Gerichtsbarkeit Quellen und Literatur der Privatrechtsgeschichte Ungarns im 19. Jahrhundert.

Der Kommunistische Staat hat alles daran gesetzt, um zu verhindern, dass Janos Zlinsky zu einem Wissenschaftler wurde. Er hat alles versucht, Janos Zlinsky vom Studium der Antike und ihres Geistes fernzuhalten, wohlwissend zu welchen Schlüssen er gelangen würde. Man hat ihn weder einen wissenschaftlichen Abschluss noch eine Graduierung noch eine entsprechende Tätigkeit an der Universität gönnen wollen. Wie so oft ist gerade aus dieser Verhinderungstaktik eine in jeder Hinsicht kraftvolle und gestählte Persönlichkeit entstanden, ein Wissenschaftler und Forscher, der sich mit größten persönlichen Mühen um seine ersten Publikationen kämpfen musste, der aber gerade zur Untermauerung seiner eigenen persönlichen Überzeugungen immer tiefer in die großartige Gedankenwelt der Antike und ihren Geist einzudringen vermochte. Bereits die frühesten Beiträge meines Freundes Janos zeugen von dieser geistigen Durchdringung, die es ihm ermöglichte, auch ohne Zuhilfenahme einer umfangreichen Sekundärliteratur viele Seiten der Entwicklung des römischen Rechtes für uns alle zu erhellen. Seine Darstellung der Rezeption des römischen Rechts in Ungarn und damit der ungarischen Privatrechtsgeschichte müssen als fundamental bezeichnet werden. Neben ungarisch hat Zlinsky insbesondere in deutscher aber auch französischer und italienischer Sprache publiziert. Eine besondere Erwähnung verdient seine Rolle als Gastgeber der Société Fernand de Visscher (SIHDAS) in Miscolc im Jahre 1991: Die perfekte Organisation, das hohe wissenschaftliche Niveau, die Exkursion in das Land des Tokai sowie ein tiefer Einblick in die Geschichte und Kultur Ungarns werden allen Teilnehmern in unvergesslicher Erinnerung bleiben.

Janos Zlinsky hat gezeigt, wie wichtig es ist, gerade im Zeichen von Diktatur und Menschenverachtung sich den in dem römischen Recht und seiner Entwicklung

bis auf den heutigen Tag grundsätzlich vorhandenen Werten zu verschreiben. Sie macht insbesondere im Hinblick auf Widerstand und Neuanfang. Insofern war er ein überaus zukunftsorientierter Denker, ein Gelehrter, der als die Stunde kam, sich auch der realen Politik nicht verwehrt. Verschiedene, die ihn kennengelernt hatten, mag er ein Mann der Vergangenheit gewesen sein, ein Mann, dessen Formen und Anstand anderen Zeiten zugehörig schien, für seine Freunde und Schüler war er aber insbesondere ein Vorbild, ein Vorbild für die Zukunft, ein Vorbild, die Rolle eines europäischen Gelehrten in einem zukünftigen geeinten Europa ausüben zu können. Ich selbst schulde ihm als Gelehrter wie als Mensch vieles. Das römische Recht, seine geliebte Disziplin aber kann stolz sein auf diesen mutigen und engagierten Vorkämpfer. Was ein tyrannisches Regime zu verhindern trachtete, genau das ist eingetreten, Janos Zlinsky wurde zu einem bedeutenden Vertreter europäischer Professorengelehrsamkeit.

## IN MEMORIAM JÁNOS ZLINSZKY

András KOLTAY  
Pázmány Péter Catholic University

János Zlinszky, university professor, former judge of the Constitutional Court, corresponding member of the Austrian Academy of Sciences and the first Dean of Pázmány Péter Catholic University's Law Faculty, met his Maker on 18 June 2015, at the age of 88. in the 88<sup>th</sup> year of his life.

Below I recall the main stages of his career, trusting – as a hoped-for benefit of this paper – that the story of János Zlinszky can reach people who did not or not so closely know him. In the second part of this paper I collected personal memories and impressions together, also as a synopsis but in a fragmented manner – since the life work of the deceased puts such a burden, the task of remembering and transmitting, on those remaining behind, the first and necessary step of which is to summarise and synthesise, which in itself is a serious and lengthy task.

János Zlinszky was born in a real, classical dynasty of law practitioners, to a family that a child could hardly find in our age; in 1928, however, the storms of history had not destroyed the intellectuals of Hungarian society. In his family, lawyers could be traced back to the 17<sup>th</sup> century; and one of the famous modern age private law practitioners, high court presiding judge, academic and monographer of the Hungarian civil law Imre Zlinszky, was his distant relative (a cousin of his great-grandfather).<sup>1</sup> His grandfather on the father's side, who died before he was born, was an active Christian, a friend of Ottokár Prohászka, a lawyer and a founding member of the Catholic People's Confederation and the Catholic People's Party. His grandfather on the mother's side was also a lawyer; he came from the Bánát, was a representative of István Tisza's Work Party in Lippa and was forced to move to Budapest in 1920, due to the Trianon Peace Treaty after the First World War. He was a practising lawyer until 1951, and in the rampage of the Rákosi era it did not even come into question that his law office could be inherited by his descendants.

---

<sup>1</sup> ZLINSZKY, Imre: *A magyar magánjog mai érvényében*. Budapest, Franklin-társulat, 1880.

The two families lived close to each other in Ferencváros, a district of Budapest; this is how his parents became acquainted and then came the love that, as his father wrote later, was so deep "that it provides a basis not only for their life, but also for that of further generations". As János Zlinszky later recalled, his and his siblings' safety was based on their parents' relationship; he considered them as a „role model for Christian marriage, without intending to be [...] It was for them like the air or the nation, given and inhabited, and a world that cannot be imagined any other way! What they did was to create a home, to nurture relationships, to fulfil our secret desires without spoiling us, to reward our small achievement and to curtail our misadventures. How much colour they could introduce into family life cannot be put into words. How warmly they welcomed our friends and schoolmates, in addition to their relatives, into their home. The importance of a nice warm home, dressing appropriately, high standards in the food and drinks consumed and discipline radiated from them. They knew how to give and how to celebrate, and they taught this to us through their fine example.”<sup>2</sup>

He graduated with distinction from the Grammar School of Pious Fathers in 1946, then, presumably following the example of his friar / priest teachers, considered a career in the priesthood but finally he enrolled in medical school, following the advice of his father, who was afraid that the new regime would not be kind to lawyers. He was right but his son still ended up as a law student, when after a year he realised that he was not made to be a doctor. And so in 1947 he started his studies in the law faculty of the Pázmány Péter University, which still operated under its old name then. “During my first year as a law student I got to know those teachers who, in addition to my father and grandfathers, shaped the image of the law profession in me. Above all, Géza Marton, professor of Roman law, and next to him Endre Nizsalovszky, István Szászy and Salamon Beck, civil law professionals, Jusztin Baranyai and Ferenc Eckhart had the greatest influence on me.”<sup>3</sup> At the end of the first year nearly all of the great professors offered him work in the department as a demonstrator; he accepted Géza Marton's invitation. His most important task was to manage the library of the Department for Roman law, and in addition he organised study circles where the students could deal with Roman law beyond the university curriculum. (These meetings were attended by several professors who later participated in the organisation of the Law Faculty of the Pázmány Péter Catholic University, as young law students.) The political situation however became increasingly difficult: “...an agreeable secretary of the study circle said, seeing my achievements, 'leave your family and come to the People's College, where you can become a professor in a few years!' I would rather wait longer, I replied, but he put me in my place: 'do not believe it; there is no half way. If you remain outside, you will be killed. Your family will be destroyed as soon as we are over the reconstruction!' I did not believe it. I did not understand my father who once made the quiet remark "it will be more difficult to go

<sup>2</sup> ZLINSZKY, János: Boldogulásom útja. *Vigilia*, 1999/12. 942.

<sup>3</sup> *Ibid.* 944.

back to the catacombs that it was to leave them once.<sup>4</sup> In 1951, at the end of the fourth year, he was expelled from the university (and from all universities in the country) at the end of a show trial, at the resolution of the Minister of Education, and he and his entire family was evacuated to a small village in Bihar county. (Ironically, and at the same time showing the unique characteristics of the transition in the regime in Hungary, after 1989, as a member of the new Constitutional Court, he sat together with two other judges who had been actively involved in the procedure leading to his expulsion). They moved into the kitchen of a poor peasant's house, with his parents and two siblings. In this way he spent the summer of 1951 as member of a brigade spraying cotton plants, then in the autumn he was drafted into a workers' company in the Hungarian People's Army. He chose the carpentry trade, in which he worked for a total of six years after he left the army, after a while as 'brigade' leader (later he often said how handy the experience he had gained in the construction industry came in during the renovation of the Pázmány Law Faculty building...).

In the summer of 1956 they could move back to the vicinity of Budapest. Then he married his wife, who was an art historian. He was not actively involved in the revolution's events, apart from his contribution to the organisation of the Catholic Christian movement, but even this slipped the attention of the authorities, so he did not have to suffer any further persecution. (The employees of the Roman law and law history departments of various law faculties were, nearly without exception, punished later after the revolution, on the grounds of their involvement in the events – he attributed it to Divine Providence that he could not be a university lecturer then, so he was free of any liability.) Ironically – at the intervention of his professors – he was allowed in October 1956 to complete the studies that he obviously could not do until then; finally he took the final exams in February 1957 and he was awarded a doctorate. Géza Marton was still alive but already ill then, and he could not get into the department as assistant lecturer, then at the end of the year his mentor died. From his sick-bed he entrusted the care of his magnum opus that was the culmination of his life-work to his favourite student. The German language version was quicker to finish but no publisher could be found for the Hungarian one and so finally the book was published in Hamburg.<sup>5</sup> Back then he was unable to finish Marton's Hungarian language monograph on tort law and civil law responsibility; that work was completed only decades later.

His candidacy paper in Roman law<sup>6</sup> was not accepted by the Hungarian Academy of Sciences (HAS), which said that the Academy "was not in a position to judge a paper on Roman law".<sup>7</sup> His three children were born between 1957 and 1960, than he received a job from the Sport Office as "registrar of tangible assets in chalets".

---

<sup>4</sup> Ibid.

<sup>5</sup> Géza MARTON: Versuch eines einheitlichen Systems der zivilrechtlichen Haftung. *Archiv für civilistische Praxis*, 1963.

<sup>6</sup> *Die Frage der Verschollenheit im römischen Recht*.

<sup>7</sup> ZLINSZKY, János: *A Pázmány Péter Katolikus Egyetem Jog- és Államtudományi Karának kezdetei*. Budapest, Szent István Társulat, 2008. 219.

The low salary was somewhat mitigated by the fact that he was able to travel with his family to the most beautiful parts of Hungary, checking the proper condition of chalets. He supplemented his low salary with translations and working for the railway unloading freight. He had not given up academic work, even under such circumstances; as he visited the chalets in the Bükk hills, he stopped in Eger and visited the library of the Lyceum, closed back then, to study Medieval and 16<sup>th</sup> to 18<sup>th</sup> century Roman law works. In the meanwhile, in 1962, he passed the bar exam.

The Hungarian Academy of Sciences had returned to his candidacy paper in 1961 but they criticised it because of the lack of class struggle despite the fact that the author had squeezed in a couple of citations from Marx. In 1962 he took up employment with Petrolber, later renamed as Tiszai Vegyi Kombinát (a big company producing chemicals), where he worked until 1969; in the meanwhile he completed the special course in philosophy at the Marxist-Leninist University, then also the general course. Later he said that he, unlike some of his teachers, indeed went through the works of Marx and Lenin in depth; he got to know them chapter and verse since he wanted to get a grasp of Marxism-Leninism. In 1964 he was awarded a Humboldt scholarship via an Austrian professor to whom he had been recommended to earlier by Marton, but he could not get a passport for the planned two years of studies. Later, in the summer, he could travel to conferences abroad, at his own cost.

From 1968 he worked as a lawyer in Dunaújváros. In 1970, he made a lecture on János Baranyai Decsi, i.e. an unsuccessful attempt of the direct reception of Roman law<sup>8</sup> in West Germany, which drew the attention of Helmut Coing. Back then he had worked in Frankfurt on editing a handbook of the sources of European private law, which was subsequently published, in several volumes, for several decades. They had been looking for an author for the Hungarian volume and this is how they found János Zlinszky. The completed work, published in Frankfurt, has been an unsurpassable overview of the literature of old Hungarian private law.<sup>9</sup> During his years in Dunaújváros he also wrote a monograph on the history of the lawyers in Hungary and especially in Fejér county.<sup>10</sup>

He became close to fulfilling his desire to lecture at a university in 1982 when he was invited – after a lengthy procedure, several cancellations and repeated invitations – to lecture in Roman law at the new Faculty of Law at Miskolc University. He went

<sup>8</sup> Much later he wrote on Decsi, also in Hungarian, see ZLINSZKY, János: Baranyai Decsi Czimor János (1560?–1601?). In: HAMZA, Gábor (ed.): *Magyar jogtudósok I.* Budapest, Nemzeti Tankönyvkiadó, 1999. 41–50.

<sup>9</sup> ZLINSZKY, János: Ungarn. In: *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, hrsg. von Helmut Coing. Bd. III/2, *Gesetzgebung zum Allgemeinen Privatrecht und zum Verfahrensrecht im 19. Jahrhundert*. München, Beck, 1986. 2141–2213.; Handels- und Wechselrecht [und verwandte Gebiete] und Urheber- und Verlagsrecht. In: Helmut COING (Hrsg.): *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*. München, Beck, 1986. Bd. III/3, *Gesetzgebung zu den privatrechtlichen Sondergebieten im 19. Jahrhundert*. 3512–3525. und 4056–4059.

<sup>10</sup> ZLINSZKY, János: Az ügyvédség kialakulása Magyarországon és története Fejér megyében. In: *Fejér megyei történeti évkönyv, 8. kötet*. Székesfehérvár, 1974. 1–143.

to Miskolc, abandoning his lawyer's career, at the age of 54, as senior lecturer to the department. Then, after 25 years, he finally completed the Marton book, which gives a full summary and overview of Marton's theory of the law of compensation. He edited and supplemented the partly handwritten notes, partly with compilations from the clippings the professor prepared on his deathbed, and rearranged the notes. The work had been completed but he could not find a publisher for it; finally it could be published but only after the regime change, in 1992.<sup>11</sup> After this, on the basis of his work in Frankfurt, he prepared his second candidacy paper.<sup>12</sup> Referring to the work being written in German, they wanted to reject it this time, too; finally the HAS accepted it with great difficulty, and so he could be appointed associate professor in Miskolc.<sup>13</sup> The next year he already became head of the institution, in charge of the tuition of legal history, Roman law and law theory in the faculty. He enhanced the tuition of Roman law, previously neglected and taught for a low number of classes, with more classes and a newly introduced closing exam, by announcing interesting and optional lectures and sometimes with seminars on the university campus that lasted until late in the evening.

He was not involved actively in the regime change; he was afraid that it was just another 'reform' of the communist party. When new parties were allowed to be formed, he considered himself too old to pursue politics: as he said, if necessary "they will go to old Cincinnatus at the plough".<sup>14</sup> He therefore spent the summer of 1989 in Italy, in Pisa and Florence, where he was working on his doctoral dissertation as a guest of the Order of Pious Fathers when László Sólyom's call found him. He was asked whether he would take up appointment as one of the judges nominated by the opposition parties in the Constitutional Court (back then, before the first free elections, the communist party still ruled). Zlinszky questioned in return whether it would be a Constitution that he, as a constitutional judge, could defend with peace of mind. Sólyom reassured him of this. The other question was whether he could continue lecturing in parallel with his work as a constitutional judge and he received a positive answer to this as well. He was elected in November 1989; he worked as constitutional judge for nine years, between 1990 and 1998. In this college he represented the values he considered the most important in line with his beliefs, testified in the numerous majority, dissenting and concurring opinions he wrote.

In the meanwhile, in 1993 he was elected by the Austrian Academy of Sciences as a corresponding member; this year he was elected to the Venice Committee and he continued his work in Miskolc in parallel with his work as constitutional judge.

---

<sup>11</sup> MARTON, Géza: *A polgári jogi felelősség*. Budapest, Triorg Kft., 1992.

<sup>12</sup> *Quellen und Literatur der Privatrechtsgeschichte Ungarns im 19. Jahrhundert*. Candidacy dissertation, Miskolc, 1983.

<sup>13</sup> See the thesis from this dissertation in Hungarian, ZLINSZKY, János: A XIX. századi magyar magánjog forrásai és irodalma. In: ZLINSZKY: *A XII táblától a 12 ponton át a magánjog új törvénykönyvéig*. Budapest, Szent István Társulat, 2013.

<sup>14</sup> ZLINSZKY (2008) op. cit. 220.

Then the work started that can be considered as the peak of his life's work, the organisation of the Law Faculty of the Pázmány Péter Catholic University. The Catholic University back then operated with a faculty of arts and theology, and the intention to organise a law faculty was also obvious. Although János Zlinszky was called by many and on several occasions its 'founder', he systematically refused this title. The Catholic law faculty might have been established sooner or later even without him but not this quickly and not at such high quality.

In the summer of 1994 the church county synod was held, at which Archbishop László Paskai entrusted him with the development of the concept of the law faculty. Knowing the plans, the minister responsible for education announced that it would not give support to the Church. The administrative barriers were finally removed; the curriculum was completed in the spring of 1995 and the team of lecturers was compiled. Students also enrolled in great numbers and so teaching started in the autumn of that year, in the first year in a nunnery in Ménesi út, then in Szentkirályi utca, in the former headquarters of the Szent István Társulat (a Catholic publishing company), which was returned to the Church after the regime change. The faculty celebrated the twentieth anniversary of its establishment this autumn, and the twenty-first class started their studies. The arduous work of János Zlinszky was indispensable to all this; in the first five years he also worked as head of the Department for Roman Law and as dean. He worked in the faculty like a 'handyman', organising the renovation of the building with superhuman work from 7 a.m. until late at night, collecting the members of the lecturing team in person, holding presentations and seminars; he published and his door was open to anyone, and in the meanwhile he worked as constitutional judge by the way. During those years he published his essential works on Roman law, summarising the research of his lifetime, visiting the areas of Roman law that were neglected by researchers earlier, such as Roman public law,<sup>15</sup> criminal law,<sup>16</sup> and the law of the pre-Imperial Rome,<sup>17</sup> which was also the dissertation for his doctorate at the HAS.

In 2000 he said farewell to the first class that finished the university, then he resigned from his positions as head of department and dean. He stepped back in style and passed the management to others; he did not barge into the front rows or claimed prerogatives in view of his earlier achievements, but if he was asked he helped at any time and was ready to do anything for his beloved university. Divine Providence granted him that, although he often spoke about death and the impending "finish", he could spend the last 15 years of his life with a fresh mind and good physical health, hiding from the world and bearing with dignity any possible health troubles. In those years, beyond lecturing, he was engaged in public life activities and published in unprecedented abundance, overarching an extraordinarily wide range of subjects.

---

<sup>15</sup> ZLINSZKY, János: *Ius publicum*. Budapest, Osiris–Századvég, 1994. Obviously, he also wrote his summary of the history of Roman private law, see *Ius privatum – a római magánjog története*. Budapest, Osiris, 1998.

<sup>16</sup> ZLINSZKY, János: *Római büntetőjog*. Budapest, 1991. (2nd edition, Nemzeti Tankönyvkiadó, 1997.)

<sup>17</sup> ZLINSZKY, János: *Állam és jog az ősi Rómában*. Budapest, Akadémiai Kiadó, 1996.



Several months before his death, he received a letter from Miklós Király, the dean of the ELTE Law Faculty, stating that the resolution that had excluded him from all universities in the country in 1951 had been unlawful, even according to the laws effective then, and it had been preceded by a “completely unfounded”, “totally fabricated”, “all in all a show trial”. (The resolution by the Ministry of Education from 1957 annulling the earlier resolution refrained from such an assessment of the procedure.) Hence, more than 25 years after the regime change, the time for moral redress has finally come.

\*\*\*

It can be questioned in itself whether it is possible to sum up such a career so concisely, or whether it is disrespectful. However, it is absolutely sure that János Zlinszky cannot be remembered without mentioning a few words about the person himself.

University students aged 18 or 19 are hardly prepared for studying Roman law, despite being admitted to the law Faculty and demonstrating their brightness. The lectures by the calm, soft-spoken professor were very probably appreciated by many of us only subsequently, as the years passed. There are people who do not need to raise their voice or make bombastic pronouncements to attract attention. János Zlinszky, as he entered the classroom with his slightly crooked back and half-smile, made the buzzing stopped. Not only performing artists and actors can possess charisma but also the quiet and humble ones. He radiated this: humility, devotion, inimitable professional knowledge, responsibility for the community - in other words, Christianity lived in each and every moment. What he passed on the students was many times only truly grasped a lot later: he taught general legal literacy, legal morality and respect for the past to those who were receptive. He had not sought popularity and he had not wanted to address everyone; he had followed his course coherently as a lecturer and he always became cheerful when he had thought that somebody who he taught began to show the signs of his efforts.

He lived the way he spoke and there are only a few who can say this. When I remember him, the first thing that comes to my mind is “the unpopular virtue of gentle humility”<sup>18</sup>. How many times we saw him in the faculty’s corridor to pick up discarded cigarette ends, to bend down in front of untidy and inattentive students (he did the same when he thought nobody could see him)! How many times we received help from him in our everyday troubles, as students and later as lecturers! It is impossible to count how many people can be grateful to him, for a scholarship, publication, helpful assistance in their doctorate and other procedures, acquaintances or even that they could successfully complete their studies.

László Sólyom recalled the story several times of how he invited János Zlinszky to the Constitutional Court because he remembered that when the latter arrived at

---

<sup>18</sup> ZLINSZKY, János: *Keresztény erkölcs és jogász etika*. Budapest, Szent István Társulat, 1998. 85–91.

Miskolc he did not start to publish his own works but dealt with the legacy of Marton instead, who had been dead for well over 25 years and was nearly forgotten. Another example of professor Zlinszky's humbleness is that he worked as dean and head of department without any remuneration, for free. (The other practical reason for it was that this is how he could indicate as a constitutional judge that he had no other "earning" profession, i.e. no conflict of interests existed. This is an example how humility and practicality became one, which was so characteristic of him in other life situations as well...) I can sharply recall the private law final exams, where I could witness his examination style and hear his affectionate questions trying to squeeze the material from the student; he always wanted to see the student understanding the complexities of the law and not the results of learning the phone directory.

His *oeuvre* is so extensive that it is nearly impossible to cover it all: a Roman law practitioner of European magnitude, law historian, constitutional judge at the forefront of building the rule of law, and a critic emphasising the later deficiencies of the operation of the rule of law. The greatest achievement in his life's work is the establishment of the Law Faculty at the Pázmány University. The faculty very probably would have been established without him but his work helped to accomplish it very quickly, and now, after two decades, the faculty has sound foundations and it is a leader in the education of law professionals; it undeniably shows the value of the work of János Zlinszky. It is true despite that over the last two decades of tertiary education, unfortunately, legal education has tended to become uniform - the Hungarian and European developments cut back the uniqueness of the individual institutions.

Sir Christopher Wren, the chief architect of Saint Paul's Cathedral in London, rests in the vaults of the cathedral, in a rather simple grave. On the wall next to the grave, there is a stone with the following famous inscription: "*Lector, si monumentum requiris, circumspice*" (Reader, if you seek a monument, look around you). The monument of János Zlinszky's life is already up and standing, in Szentkirályi utca 28–30. (the building of the faculty).

The other important legacy of the lecturer and university organiser János Zlinszky is the Christian life he lived. The legal profession these days cannot boast with the high-mindedness that earlier raised its representatives out of society: the ethos is mostly gone. We can thank the fact that this development is not final and unchangeable to János Zlinszky, who kept the beliefs of many alive and made even more people realise that a lawyer assumes responsibility for society, should be active in public life but never for merely his own good. Many of us can thank him for our remaining in this profession. He showed, by his personal example to generations, that there can be another way; merging in with the crowd is not necessary – either in a dictatorship or in a new world that promises but never grants freedom for free. At the Pázmány University, János Zlinszky elevated the presentation of the interaction between Christian moral and legal ethics; he wrote a book on this issue,<sup>19</sup> and the subject is

<sup>19</sup> See previous footnote.

taught now by his favourite Pázmány student, László Komáromi. “Once, in Miskolc, a naive and honest student of mine asked me whether it is possible to get ahead in the legal profession with my moral attitude. Back then a rather successful career as an advocate was behind me and I replied that it was possible in the long term. Of course, the Constitution prescribes the representation of the values enshrined in the freedoms and basic rights and so we have no other choice. A lawyer cannot go against the law. The task of the lawyer is not to teach laymen to escape the law for money but to enforce the standards of the law in society. And these standards are included in the law, in the international conventions. Irrespective of whether the European Constitution refers to the continent’s Christian roots, no society can function without the values of equality, solidarity, personal freedom and dignity and the common distribution of the benefits arising from cooperation. (...) The question is where we, believers in Christianity, can find our place in politics. Christian values are not sufficiently and consciously represented; they are not overarching. They should be present irrespective of what my financial or other interests require at that time. A strong minority would be able to influence the majority of society, since most of them, lacking solid foundations, can be influenced. The task of movement aiming for this is not to buzz amongst each other and cry for the homeland over a glass of wine but to go and see those who are uncertain and to turn them to their own side. We must therefore participate in public life but it is not appropriate to stampede for high positions, since the service can be provided in the background, in narrower circles.”<sup>20</sup>

However, it would be illusive to believe that his life was spent exclusively in fights for the good, requiring strict asceticism and constant gloom. János Zlinszky had the kind of sense of humour that is open to those who had the ear to listen to it. When, at some point, thefts were frequent in the faculty (in exam periods things were stolen from the corridors while their owners sat their exams), he sighed, referring to the special liability rules of the custody under the Civil Code applicable to public institutions, such as schools and universities for items taken onto the premises, “we would be in big trouble had our students studied the Civil Code...”

He recalled his parliamentary hearing in connection with his election as a constitutional judge: “once a Member of Parliament asked what Roman law has to do with constitutional judiciary (the MP was a veterinary doctor by profession, so the professional edge of the question were somewhat taken away). In my opinion it has something to do with every branch of the law; it provides a common academic and interpretative basis to them.”<sup>21</sup>

When organising the Pázmány Law Faculty, he recalled the fights with the educational public administration as follows: “The minister back then, Gábor Fodor, was convinced that a licence is not required for the establishment of the university but it is for the lecturing itself. He could not quote a legal basis for it, and to his misfortune, disputes between tertiary education and public administration belonged

<sup>20</sup> BÁNDI, Gyula – HORVÁTH, Attila – KOLTAY, András (eds.): *Tízéves a Pázmány Péter Katolikus Egyetem Jog- és Államtudományi Kara*. Budapest, Szent István Társulat, 2005. 246.

<sup>21</sup> ZLINSZKY (2008) op. cit. 221.

to the competence of the Constitutional Court on a statutory basis. Approximately half of the Court's members undertook to lecture at this faculty and this gave an excellent background for us being successful in any disputes with public bodies. Beyond this, we sought to remain on the basis of the land of the law."<sup>22</sup>

It is impossible not to mention János Zlinszky's wonderful family. His life was filled with richness by the love towards his family and from the family, in the absence of which he would not have been able to complete his work, either. He followed his ancestors' traditions to this end and became a central figure in a populous and loving family. The multiple self-abnegation of his wife, Maria, enabled him to complete his life's work, in line with the trade he learned, as a good builder. He "let her go first" into eternal life a couple of years back, like a gentleman, and now he followed her there as he wished.

\*\*\*

The life of János Zlinszky sets an example for all of us. He was an epoch-making personality, whose fate mirrors the entire and many times tragic Hungarian history of the twentieth century; however, it was heart-warming and gives reason for hope. He acquired European literacy as member of a Catholic and noble dynasty of lawyers,<sup>23</sup> just to experience in his young years the cruelty of the dictatorship. However, his excommunication, expulsion and hardship did not lead to disaster; he did not become lost in hopelessness, we saw a man who was happy to see chalets and take inventories there and have pleasant trips with his family; he knew Marx better than the Marxists (hoping that he would understand them better in this way) and continued his research and writing when he knew that he had no hope of their being published anywhere. Not long after he finally became a teacher, Divine Providence gave him the chance to be an active participant in building the rule of law, a Catholic law faculty, in mind and in practice; and then he was strong enough to let his work go, and to work, as a humble Christian, for the university, for the rule of law and for the new Civil Code if others believed that he could be of use. We could say that he indeed lived the twentieth century and even the start of the next one – and his life was a fulfilled one: we can learn a lot from his example, strength and humanity.

According to the great English Catholic writer, Gilbert K. Chesterton, "Tradition may be defined as an extension of the franchise. Tradition means giving votes to the most obscure of all classes, our ancestors. It is the democracy of the dead. Tradition refuses to submit to the small and arrogant oligarchy of those who merely happen to be walking about. All democrats object to men being disqualified by the accident of birth; tradition objects to their being disqualified by the accident of death. Democracy

<sup>22</sup> HORVÁTH, Attila – KOLTAY, András – MÁTHÉ, Gábor (eds.): *Sapienti iniuria non potest fieri. Ünnepi tanulmányok Zlinszky János tiszteletére*. Budapest, Gondolat, 2009. 16.

<sup>23</sup> He gave a cautionary list of the books he had at home in his childhood, ZLINSZKY János: *Könyvtárról könyvtárra*. In: POGÁCSÁS, Anett – MOLNÁR, Sarolta – TATTAY, Levente (eds.): *Pro vita et scientia. Ünnepi kötet Jobbágyi Gábor tiszteletére*. Budapest, Szent István Társulat, 2012. 347–349.

tells us not to neglect a good man's opinion, even if he is our groom; tradition asks us not to neglect a good man's opinion, even if he is our father. I, at any rate, cannot separate the two ideas of democracy and tradition; it seems evident to me that they are the same idea. We will have the dead at our councils. The ancient Greeks voted by stones; these shall vote by tombstones. It is all quite regular and official, for most tombstones, like most ballot papers, are marked with a cross."<sup>24</sup>

It is obvious that János Zlinszky will have a say hereafter in our public matters, in the issues of Roman law, the rule of law, the Catholic University, in the same way as he had in his life.

He had been preparing for death for quite some time. As he wrote, "It is getting dark slowly. 'Day is done', settling up with the vineyard workers is close. What could we say? Did we manage? And what was Christ's part in it? The roots existed via Him; He helped in establishing the proof and the sources come from Him. He was everything and without Him nothing good became what it became. He showed his vineyard, called me there and He gave me understanding and the ability to work and love. My part in my success is the imperfection. But I became what I am from His mercy and, maybe, His mercy was not completely wasted on me..."<sup>25</sup>

It was not, for sure. His life path did not remain fragmented – despite the many who tried to make it so! – but the moment of saying goodbye is still frightening for those who remain behind. The burden of those who would like to continue his work with their miserably low talent, compared to his, just grows further. We knew that this moment would come, but it was impossible to prepare for it. At this moment of remembrance, we cannot do more, than just to say thank you for him – once and for all.

---

<sup>24</sup> G. K. CHESTERTON: *Orthodoxy*. London, John Lane, The Bodley Head, 1909. 83–84.

<sup>25</sup> ZLINSZKY (1999) i. m. 749.



## DIE WAHRE EHE DES ERZHERZOG JOHANN

Wilhelm BRAUNEDER  
Universität Wien

Erzherzog Johann (1782 – 1859),<sup>1</sup> Sohn von Kaiser Leopold II. und Bruder von dessen Nachfolger Kaiser. Franz II. (I.). erreichte seinen politischen Höhepunkt in den Jahren 1848/49. Vom 16. Juni 1848 bis zum 12. August 1848 fungierte er als Stellvertreter von Kaiser. Ferdinand und überdies, zum teil gleichzeitig, vom 29. Juni 1848 bis zum 20. Dezember 1849 als Reichsverweser, gewählt von der Deutschen Nationalversammlung. Dies verdankte sich dem Umstand, daß er als „liberaler Prinz“ galt, und zwar nicht zuletzt durch die Heirat mit einer Bürgerlichen, Anna Plochl. Zur Würdigung dieser Ehe ist vorerst auf das Konzept des ABGB zu sehen.

Für die „Schließung der Ehe“ (§ 45) verlangte es die „feierliche Erklärung der Einwilligung“ (§§ 75, 76) vor dem „Seelsorger“, es sei dies, „nach Verschiedenheit der Religionen“, der „Pfarrer, Pastor oder wie sonst immer“, und vor zwei Zeugen. Die Gültigkeit der „Schließung der Ehe“, so der nahezu durchgängige *terminus technicus*,<sup>22</sup> erforderte demnach „nur die Erklärung vor dem Seelsorger“ und, wie dies Zeiller in seinem Kommentar ausdrücklich festhielt, „nicht auch die Trauung“.<sup>33</sup> Unter Trauung verstand man hiebei die kirchliche Zeremonie, bei Katholiken nach den entsprechenden Vorschriften des Kanonischen Rechts.<sup>44</sup> Für die staatlich-zivilrechtlichen Wirkungen der Eheschließung war also die – kirchliche – Trauung nicht erforderlich, sondern nur die Konsenserklärung der Brautleute.

---

<sup>1</sup> Zu ihm kurz Wilhelm BRAUNEDER: Johann. In: Albrecht CORDES – Heiner Lück – Dieter WERKMÜLLER (hrsg.): *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*. Band I. Berlin, Erich Schmidt Verlag, 2012. 2. Aufl. 1373 ff.; ferner die folgenden Anmerkungen.

<sup>2</sup> Vgl. z. B. §§ 81, 82, 84, 88, 111, 124; jedoch dafür auch „Trauung“ §§ 78, 79, 104, insbesondere bei Juden-Ehen: §§ 127, 128, 130.

<sup>3</sup> FRANZ VON ZEILLER: *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch I*. Wien, Geistiger, 1811. 164, 229.

<sup>4</sup> U. a. Joseph HELFERT: *Darstellung der Rechte, welche in Ansehung der heiligen Handlungen, dann der heiligen und religiösen Sachen sowohl nach kirchlichen, als nach Oesterreichisch-bürgerlichen Gesetzen Statt finden*. Prag, Gerzabek, 1843. 80 ff.

Dieses Konzept hatte das ABGB von seinen Vorläufern übernommen, dem Teil-ABGB 1786 und dieses vom Ehepatent 1783. Es stellt sich so ganz als Teilaspekt der josephinischen Sicht bezüglich der Stellung der Kirchen dar, die, wie etwa hier im Eherecht, staatlichen Zwecken nutzbar gemacht wurden.

Im Jahre nach dem Inkrafttreten des ABGB, also 1813, wurde die „Praxis“ der Verehelichung wie folgt beschrieben:<sup>55</sup> Konsenserklärung und Trauung wurden als „an sich sehr verschiedene Handlungen“ ausdrücklich unterschieden. Aber sie „verrichtet ein Priester, in der Kirche, vor dem Altar, mit dem Chor–Rocke angethan, mit der Stole am Arme, mit dem Römischen Ritual–Buche in der Hand. Beyde [Handlungen] gehen rasch hinter einander, ohne mindeste Unterbrechung, vor sich. Zuerst wird, mittelst zweyer ganz kurzer Fragen und noch kürzerer Antworten die erklärte Einwilligung der Brautleuten in die Ehe von dem Pfarrer aufgenommen, und dann, ohne den geringsten Absatz zu machen, die priesterliche Einsegnung etwas weitläufiger ertheilt“; dazu wurde hinzugefügt: „Ein großer Theil des Volkes glaubte keine gültige Ehe geschlossen zu haben, wenn er nicht alles uebliche beobachtet sähe. Er steht in dem Wahne, daß nicht der eingegangene Ehevertrag, sondern die priesterliche Einsegnung oder das empfangene Sakrament das Recht zum ehelichen Beyschlaf gebe“. Die Trauung galt im „Volke“ oft für wichtiger als die zentrale Konsenserklärung. So hören wir 1837 in Bezug auf das Kronland Galizien,<sup>66</sup> daß hier offenkundig alles auf die kirchliche Trauung abgestellt war, denn es habe oft „der trauende Geistliche die Einwilligung beider Brautleute und vorzüglich jene der Braut mit Sicherheit und Deutlichkeit nicht vernommen“, so daß den kirchlichen Behörden von der Landesregierung eingeschärft wurde, Priester dürften „ohne deutlich vernommene Einwilligung beider Brautleute keine Trauung vornehmen“ und sie haben auf die Konsenserklärung als „wesentliche Feierlichkeit bei Schließung der Ehe ein wachsames Augenmerk“ zu richten.

Die zentrale Bedeutung der Konsenserklärung ohne Trauung zeigt sich nach der Rückkehr der zeitweise französischen bzw. italienischen Gebiete an Österreich zufolge des Wiener Kongresses 1815, wo der Code Civil in Geltung gestanden war. Im April bzw. November 1815 wurde für diese Gebiete festgesetzt, daß die Ziviltrauungen gemäß Code Civil vor dem Bürgermeister „als gültig anerkannt“ werden, doch erwarte man, daß die Eheleute „auch die Pflichten der Religion und des Gewissens entweder schon erfüllt haben oder die Erfüllung nachzuhohlen nicht vernachlässigen werden“.<sup>77</sup> Das Äußere einer bloßen Konsense zeigt deutlich 1829 eine Vorschrift für den Fall, daß ein katholischer Priester für „Akatoliken, bey denen der betreffende Pastor nicht funktionieren kann“, als Trauungsorgan auftritt.<sup>88</sup> Ausdrücklich festgehalten wird, daß der „katholische Priester nicht als Ausspender des Sacramentes und Diener seiner Kirche fungiert, sondern nur als der zur Aufnahme

<sup>5</sup> Thomas DOLLNER: *Handbuch des in Oesterreich geltenden Eherechts I*. Wien, Geistinger, 1813. 363 f.

<sup>6</sup> Nach Adalbert Theodor MICHEL: *Handbuch des Allgemeinen Privatrechtes I*. Olmütz, Eduard Hölzel, 1856. 150.

<sup>7</sup> Justizgesetzsammlung 1143 bzw. 1189/1815.

<sup>8</sup> Politischer Gesetzsammlung 145/1829.



der beyderseitigen Einwilligung der Brautleute von dem Staate ermächtigte Beamte erscheint“ mit der Folge, es „soll eine dergleichen Trauung von ihm weder in der katholischen Kirche noch unter Verrichtung der priesterlichen Einsegnung und aller anderen bey Trauungen der Katholiken vorgeschriebenen, in den Diözesan-Ritualen enthaltenen Zeremonien, noch im Roquet und in der Stolle, sondern lediglich dem Pfarrhofe oder anderem schicklichen Orte ... vorgenommen werden“.

Die Eheschließung Ehz. Johanns mußte nach ABGB erfolgen; das versteht sich aus dessen Verbindlichkeit für alle Stände, auch für den Adel und ausdrücklich für das „Oberhaupt des Staats“ (§ 20). Darstellungen von Historikern vernachlässigen oftmals diesen Aspekt, wenngleich sie die Beziehung Ehz. Johanns zu seiner künftigen Gattin, Anna Plochl, ausführlich beleuchten. Im Zentrum unserer Betrachtung stehen folgende Ereignisse:<sup>9</sup> Die oberste Zensurbehörde, die Polizeihofstelle, wußte im Sommer 1822, Ehz. Johann trage sich in Bezug auf Anna Plochl „mit dem Vorhaben, sie zu ehelichen“; am 9. August 1822 gab es offenbar ein Einverständnis, sich als Brautleute zu betrachten; am 5. Februar 1823 erfolgte die Zustimmung des Familienoberhaupts Kaiser Franz I. Dazu legte Ehz. Johann dem Kaiser einen Entwurf vor, den dieser billigte. Er erteilt seine „Zustimmung“ zur „ehelichen Verbindung“, der Erzherzog hingegen erklärt, daß für seine Gattin und den Kindern aus dieser Ehe kein „Anspruch von was immer für eine Art auf [seinen] Namen, Stand und Versorgung von seiten des österreichischen Staates und von seiten unseres Hauses erwachsen werde“. Man wird wohl davon ausgehen können, daß es dazu juristischen Rat gab. Dieser Verzicht war deshalb notwendig, weil das ABGB (§ 92) festsetzte, die „Gattin erhält den Namen des Mannes und genießt die Rechte seines Standes“ wie ferner, die „Kinder erlangen den Namen ihres Vaters, sein Wappen und alle übrigen nicht bloß persönlichen Rechte seiner Familie und seines Standes“ (§ 146). Das eigene Rechtsinstitut der morganatischen Ehe „oder Heiraten zur linken Hand, in welchen die Frau schon durch das Gesetz bei den Standesvorzügen oder anderen Rechten einer Frau ausgeschlossen würde, sind unserer Gesetzgebung fremd“, hielt Zeiller in seinem Kommentar ausdrücklich fest<sup>10</sup> und fügte hinzu „nicht eben so“ dem ALR. Dieses enthält tatsächlich einen eigenen Abschnitt „Von der Ehe zur linken Hand“ (II/1/9), wonach die Ehegattin schon von Gesetzes wegen „nicht alle Standes- und Familienrechte erlangt“ (§ 835). Nach ABGB hingegen bedurfte es entsprechender Verzichtserklärungen. Fast 80 Jahre nach jener Ehz. Johanns folgte ein ähnlicher Verzicht eines Erzherzogs, nämlich 1900 durch Ehz. Franz-Ferdinand, aber wesentlich spektakulärer, denn hier ging es um die künftige Thronfolge. Der geplante Termin für eine Hochzeit mit Trauung im Mai 1823 zu Ostern verstrich jedoch, denn am 9. Mai sowie am 2. oder 3. September sagte der Erzherzog dem Kaiser zu, die Trauung zu verschieben. Am 20. September 1823 allerdings zog Anna in den Haushalt Ehz. Johanns in Vordernberg ein. Es entstand sogleich das Gerücht

<sup>9</sup> Hans MAGENSCHAB: *Erzherzog Johann*. Graz, Styria, 1981. 261 ff., 272 ff., insbes. 264 f., 267, 270 f., 273, 275 ff. Einsicht des Verf. in: Archiv Erzherzog Johann/Steiermärkisches Landesarchiv, insbesondere Tagebuch 1824.

<sup>10</sup> ZEILLER a.a.O. 254 f.

einer heimlichen Eheschließung. Auch gab es sowohl von kirchlicher Seite wie auch von der des Kaisers keinerlei negative Reaktionen. In den folgenden Jahren wohnten der Erzherzog und Anna öffentlichen Ereignissen bei, 1825 der Krönung der vierten Gattin des Kaisers Karoline-Auguste zur Königin von Ungarn in Pressburg, 1828 der Fronleichnamsprozession in Laxenburg – Anna freilich getrennt von den Mitgliedern des Erzhauses und somit von Ehz. Johann. In Briefen verwendete Anna die vertrauliche Anrede „Lieber/herzliebster Mann“, dieser schrieb an sein „Gutes, treues Weib“. Am 6. Februar 1829 forderte der Kaiser seinen Erzherzog-Bruder auf, dem bisherigen Zustand durch „des Priesters Segen ein Ende zu machen“: Nicht von der Eheschließung als solcher ist die Rede, sondern von des „Priesters Segen“, von der Trauung, die Konsensehe wurde also bereits als vorhanden angenommen. Am 18. Februar 1829 nachts um 23.00 Uhr erfolgte nur im Beisein des Priesters und zweier Zeugen die priesterliche Trauung. Im Zusammenleben änderte sich nichts. Ehz. Johann hielt ausdrücklich fest: Er brachte nach der Trauung „sein Weib bis zu ihrer Zimmerthüre, und von ihr Abschied nehmend, ging er auf seine Stube“<sup>111</sup> – genau wie in den Jahren nach 1823 auch!

Kaiser Franz, dessen Wahlspruch „*iustitia regnorum fundamentum*“ lautete, hätte wohl nicht zugelassen, daß das von ihm durch Sanktion mit Jahresbeginn 1812 in Kraft getretene ABGB gerade von seinem Bruder nicht beachtet worden wäre. Und diesem war allgemein „die Erhaltung der Rechts- und der Redlichkeitsgrundsätze“ wichtig, etwa im konkreten Fall der „Schlichtung der Ablösung grundherrlicher Rechte“.<sup>1212</sup> Man wird schon allein daher davon ausgehen können, daß am oder um den 20. September 1823 die Schließung der Ehe gemäß ABGB noch ohne kirchliche Trauung erfolgte: Nun entstand ja das Gerücht der heimlichen Eheschließung. Anna Plochl zog ausdrücklich als „Hausfrau“ in Vordernberg ein, man nannte sich „Mann“ und „Weib“, sie wohnte öffentlichen Ereignissen wie auch Ehz. Johann bei, von ihm freilich getrennt wie später die Gattin des Thronfolgers Ehz. Franz-Ferdinand, die Kirche schwieg, der Kaiser auch. Der Maler Schnorr von Carolsfeld malte 1825 in gewisser Weise diese Eheschließung mit dem bezeichnenden Titel „Der Bund hinter dem Vorhang“: Zwischen zwei geteilten Vorhangteilen steht ein Engel im Chorhemd, aber ohne Stola, die Hände zweier durch die Vorhangteile unsichtbarer Menschen berühren sich, dies deutet den Konsens an. Eine bloße Liaison wäre wohl kaum so festgehalten worden, eine legale Konsens-Ehe als „Bund“ aber doch wohl. So hielt auch Zeiller fest „sogenannte Gewissensehen, welche ohne diese wesentliche Form [Pfarrer, zwei Zeugen] geschlossen wurden, sind also bei uns ungültig“.<sup>1313</sup> Viktor Theiss schließt vor allem wegen der „Volksüberlieferung“ nicht aus, daß schon „am 3. September 1823, dem ursprünglich für die Trauung festgesetzten Tage, im Beisein von zwei Zeugen am Brandhofe die Trauung oder vielleicht auch nur ein feierliches

<sup>11</sup> Der Trauschein ist bekannt: Viktor THEISS: *Erzherzog Johann*. Wien–Graz–Köln, Böhlau, 2. Aufl., 1981. 187 Fn. 29.

<sup>12</sup> THEISS a.a.O. 16, 179, 175.

<sup>13</sup> ZEILLER a.a.O. 228.

Eheversprechen stattgefunden habe“.<sup>14</sup> Als 1829 die kirchliche Trauung folgte, hielt diese Schnorr von Carolsfeld abermals in einem Bild fest: „Der Vorhang ist gefallen“ heißt es nun auf diesem Bild, Johann und Anna verbirgt kein Vorhang mehr, der Engel trägt nun eine Stola als Kennzeichen des – kirchlichen – Trauungsorgans. Erst 1823 bei der Konsenserklärung ohne Stola, dann 1829 bei der Trauung mit Stola – es entspricht genau den entsprechenden Vorschriften! Und schließlich gibt es eine Äußerung von Ehz. Johann in seinem Tagebuch. Bei einem Halt seiner Kutsche deutet eine Passantin auf Anna Plochl mit der Frage, wer sie sei; darauf der Erzherzog: „Sie gehört zu mir“, die weitere Frage, ob sie seine Frau sei, beantwortet Ehz. Johanns Sekretär mit „Freilich“, was aber eben dieser niederschrieb!<sup>15</sup> Alle Indizien sprechen dafür: Ehz. Johann war schon vor seiner Trauung 1829 mit Anna Plochl verheiratet, wohl ab 1823, und zwar in einer Konsensehe gemäß ABGB §§ 75 f.

---

<sup>14</sup> THEISS a.a.O. 11, 80.

<sup>15</sup> Tagebuch: Archiv Erzherzog Johann/Steiermärkisches Landesarchiv.



## BIBLIOTHEK UND SKRIPTORIUM IN KONSTANTINOPEL

Viola HEUTGER  
Universität Luzern\*

Gerne erinnere ich mich an das Jahr 1998, in dem ich hier an der Pazmany Universität als Lektorin für deutsche Rechtsterminologie am Lehrstuhl von Prof. Zlinszky arbeiten durfte. Unvergessen aus dieser Zeit sind mir die Montage. Noch im Dunkel der Nacht spazierte ich durch Budapest auf dem Weg zur Fakultät in der Szentkiralyi utca. Kurz vor sieben Uhr morgens kam ich am Lehrstuhl für Römisches Recht an. Dieser bestand in der Aufbauzeit der Universität zunächst aus einem Zimmer im ersten Stock, ohne Fenster, der als Arbeitszimmer und Hörsaal verwendet wurde und mit einigen Tischen und einzelnen Gartenstühlen ausgestattet war. Am Montagmorgen um 7 Uhr war dieser Raum voll. Überall saßen Studenten. Auf den wenigen Stühlen und auf dem Boden und in den Fensternischen. Um Punkt sieben begann die Vorlesung Römisches Recht auf Deutsch und Janos Zlinszky hielt diese mir unvergessenen Vorlesungen, in denen er nicht nur auf das Privatrecht sondern auch auf das öffentliche Recht einging. Den Studierenden wurde auch empfohlen das Corpus Iuris im Original zu lesen. Bleibend ist mir, wie Prof. Zlinszky seine Arbeitsweise erzählte. Er arbeitete einmal zu einem Thema und wollte alle Textstellen zu der Frage zusammentragen. So las er das gesamte Corpus Iuris durch und exzerpierte die jeweiligen Textstellen. Mit strahlenden Augen berichtete er uns, dass als er viele Jahre später und nun im Besitz eines elektronischen Corpus Iuris mit Suchfunktion, sich gleich daran gesetzt habe, um nachzuschauen, ob er auch wirklich alle Textstellen gefunden habe. Begeistert berichtete er, dass er alles auch ohne digitale Hilfe damals schon gefunden habe. Für mich ist diese kleine Anekdote wie ein Spiegelbild des Wesens von Prof. Zlinszky. Alles war möglich und es wurden keine Mühen gescheut und es war ihm selbstverständlich, dass man Bücher in den unterschiedlichsten Sprachen liest. Den Studierenden legte er auch sehr ans Herz sich fremdsprachliche Bücher anzusehen und immer wieder verwies es auf die deutsche

---

\* Dr. iur. habil. Viola Heutger, Kompetenzstelle für Logistik- und Transportrecht, KOLT, Universität Luzern lehrt seit 1998 als Gastdozentin an der katholischen Pazmany Peter Universität und ist Redaktionsmitglied der Pazmany Law Review.

Literatur. Zugang zum Wissen war ihm sehr wichtig. Prof. Zlinszky setzte sich stark für den Ausbau der rechtswissenschaftlichen Bibliothek ein und die Bibliothek von Prof. Selb aus Wien wurde übernommen. Schon bald herrschte an Büchern zum römischen Recht auf Deutsch kein Mangel. An der juristischen Bibliothek kam im gleichen Gebäude auch eine eigene Fakultätsbibliothek zu stehen. In räumlicher Nähe zu den Vorlesungen wurden Druckwerke für die Studenten zugänglich gemacht.

Eine ähnliche Atmosphäre der Gründung und Neugestaltung sowie der Mehrsprachigkeit gab es auch andernorts, in der neugegründeten Metropole Konstantinopel, etwa 1650 Jahre zuvor. Das römische Recht, welches Prof. Zlinszky später studieren und lehren sollte, wurde zu dem Zeitpunkt in der oströmischen Stadt zusammengestellt, die im Mittelpunkt meines Beitrages stehen soll. Ich möchte einen Rekonstruktionsversuch der damaligen Studienmöglichkeiten unternehmen. Es soll der Frage nachgegangen werden, welche Bibliotheksstruktur ab der Mitte des 4. Jahrhunderts in Konstantinopel zur Verfügung stand und ob diese sich in unmittelbarer Nähe zu den Unterrichtsstätten befand.

## 1. Ein Rekonstruktionsversuch

Im Jahr 330 wurde Konstantinopel von Kaiser Konstantin anlässlich seines 25. Regierungsjubiläums zur Hauptstadt erhoben. Noch im selben Jahrhundert, ab dem Jahr 395 war die Stadt am Bosphorus endgültig das Zentrum des oströmischen Reichs. Die Stadt wurde zu einer kulturellen Metropole ausgebaut. Kunst und Bildung hielten neben unzähligen Baumaßnahmen Einzug in die Stadt. Es dauerte keine hundert Jahre seit der Erhebung zur Hauptstadt und unter Kaiser Theodosius II wurden im Jahr 425 deutliche Rahmenbedingungen für eine Hochschule gesetzlich festgelegt und auch für die juristische Ausbildung.<sup>1</sup> Es wurde verfügt, dass die junge Hochschule mit 31 Lehrstühlen bestückt werden solle. Einige Lehrstühle wurden griechisch und andere lateinisch besetzt. Zwei der 31 Professoren sollten das Recht lehren.<sup>2</sup> Die Rechtsschule war bereits eingebettet in eine höhere Lehranstalt, die längere Zeit ohne uns überlieferte rechtliche Strukturen bestand. Wohl schon schnell nach dem Ausbau der Stadt zu einer Metropole fand in der Nähe der Basilika, an zentraler Stelle in der schnell wachsenden Stadt ein akademischer Unterricht statt.

Die Quellen berichten uns von der Topographie der Stadt und aus unterschiedlichen Berichten lässt sich rekonstruieren, wo sich das Leben der Rechtsschüler abgespielt haben muss und durch juristische sowie literarische Quellen wissen wir, dass es weitere Bildungseinrichtungen und nicht nur Schulen in der aufstrebenden Stadt gegeben hat.

Der Rechtsschule von Konstantinopel, oder vielleicht besser gesagt, den studienwilligen Studenten des Rechts, stand Mitte des vierten Jahrhunderts eine

<sup>1</sup> Siehe dazu Tomasz GIARO: Rechtsschulen. In: *Der neue Pauly*. Band 10. (Hrsg.: Hubert CANKIK – Helmuth SCHNEIDER – Manfred LANDFESTER) Stuttgart, J.B. Metzler, 2001. 818–819. Sowie Detlef LIEB: Juristenausbildung in der Spätantike. In: Christian BALDUS et al. (Hrsg.): *Juristenausbildung in Europa zwischen Tradition und Reform*. Tübingen, Mohr Siebeck, 2008. 31–45.

<sup>2</sup> C.Th. 14.9.3.1.

Infrastruktur zur Verfügung, die zu einer Metropole passte. Die Entwicklung der Stadt und die damit verbundene Steigerung der Einwohnerzahl führten zu einem raschen Ausbau der Studienmöglichkeiten. Ergab sich zunächst vieles im Rahmen der Möglichkeiten, die durch Zuzug bedingt waren, so kamen schnell rechtliche Regelungen, um alles nach kaiserlichem Willen zu strukturieren.

Es begann mit einem Ort, an dem Recht gesprochen wurde und wo wohl auch gelehrt wurde. Eine zweisprachige Bibliothek<sup>3</sup>, in der Quellen auf Griechisch und Latein bewahrt wurden und daran angeschlossen ein Skriptorium, wo Manuskripte vervielfältigt werden konnten oder von einer Rolle in einen Codex umgesetzt werden konnte, ergänzte schnell das Bildungsangebot.

Hundert Jahre nach Gründung durch Kaiser Konstantin waren die Strukturen gegeben, um eine beachtlich große Hochschule rechtlich zu regeln, die eine Vielzahl an Lehrstühlen beinhielt und von Anfang an zweisprachig ausgerichtet war.

## 2. Die Bibliothek

Schauen wir zurück auf das Jahrhundert des Kaiser Konstantins. Unter seinen Söhnen nahm die Zahl der Bevölkerung stark zu und die Stadt wurde ausgeschmückt und gewaltige Baumaßnahmen wurden durchgeführt. Innerhalb von zweihundert Jahren verändert sich das Bild der Stadt gewaltig. Die Strukturen des Konstantin mussten erweitert werden, um dem Bevölkerungswachstum Raum zu bieten. Damit veränderte sich die Topographie der Stadt und öffentliche Gebäude erhielten neue Plätze und blieben nicht unverändert am einmal gewählten Standort.

Die Schriftsteller Zosimus und Cedrenus berichten uns von der damals schon unglaublich großen Bibliothek und weisen auch den Platz an den jeweils zentralsten Orten der Hauptstadt an.<sup>4</sup>

Zunächst waren Hochschule und Bibliothek in räumlicher Nähe zueinander bei der Basilika, in der Nähe vom Milion. Dieser Ort kann als Herz der Stadt beschrieben werden. Nah am Palast und den ältesten Kirchen der Christenheit.

Für den heutigen Besucher der Stadt Istanbul ist dieser Platz im Stadtteil Sultanahmet leicht zu finden. Etwa dort, wo sich heute der Eingang zur Yerebatan Zisterne, die unter Justinian gebaut wurde, befindet.

Gut hundert Jahre verblieb man an diesem Ort. Die Quellen sprechen von einer Stoa, es wird also eine Halle gewesen sein, die wir uns als Rechteck mit einem Säulenumgang vorstellen können. Für den Ort sind verschiedene Bestimmungen

<sup>3</sup> Carl WENDEL: Die erste kaiserliche Bibliothek in Konstantinopel. *Zentralblatt für Bibliothekswesen*, 5, (1942) 193–209.

<sup>4</sup> ZOSIMUS: *Historia nova*. Lib.III. (Hg.: Ludovicus Mendelssohn) Leipzig, 1887 sowie Geschichte des Zosimus. Erster Band und zweiter Band. Aus dem Griechischen zum Erstenmale übersetzt und mit Anmerkungen begleitet von Seybold und Heyler. (*Sammlung der neuesten Übersetzungen der Griechischen prosaischen Schriftsteller* 10), Frankfurt am Main 1802, Berichte zur Bibliothek sind im dritten Buch im elften Kapitel zu finden und bei Georgius CEDRENUS: *Compendium der Geschichten von der Schöpfung bis 1057*. In: Friedrich Wilhelm UNGER: *Quellen der byzantinischen Kunstgeschichte*. I. Band, I.-III. Buch, Wien, Wilhelm Braumüller, 1878. 80.

überliefert. So soll es Markplatz, Gerichtsstätte und Lehrstätte gewesen sein. Als Konstantin die Stadt umbaute und ausbaute, lebten wohl 13.000 Personen in der Stadt.<sup>5</sup> Es ist wahrscheinlich, dass man an einem Ort verschiedene Aktivitäten ausführen konnte, zumal die Anzahl der agierenden Personen übersichtlich war. Zu Beginn war ein Mehrzweckort geeignet, um Vorlesungen zu geben. Die Studentenzahl wuchs und die Stadt breitete sich aus. Neue Strukturen wurden nötig.

Die Hochschule zog zu Beginn des 5. Jahrhunderts um zum Kapitol in die Richtung der sich ausweitenden Stadt.<sup>6</sup> Das ist im heutigen Istanbul in der Nähe der Kreuzung Akzeray. An dieser Stelle entstand unter Kaiser Theodosius II eine höhere Lehranstalt. Der bis dahin unregelmäßige Rechtsunterricht durch Privatgelehrte sollte nun von staatlich ernannten Professoren erteilt werden. Der neue Ort war fast zwei Kilometer vom ursprünglichen Gebäude beim Milion entfernt. Die Stadt hatte sich in dieser Zeit architektonisch und demographisch weiterentwickelt. Die Bevölkerung wuchs schnell. Im vierten Jahrhundert auf etwa 350.000 und um das Jahr 500 auf etwa eine halbe Million Einwohner. Die Ausdehnung der Stadt entspricht dem Bevölkerungswachstum. Es kam zu Umsiedlungen und Neubauten. Leider verbrannten Teile der Bibliothek bei einem großen Brand im Jahr 475. In den uns überlieferten Berichten wird nicht von einem Umzug der Bibliothek gesprochen. Es ist daher unwahrscheinlich, dass sie mit der Universität zusammen umzog. Es ist davon auszugehen, dass sie an ihrem ursprünglichen Ort blieb. Dieser Ort war mitten im Bereich des großen Brandes. Ein Wiederaufbau folgte, allerdings erreichte der Bestand nie mehr die vorherige Größe.

### 3. Das Bibliotheksgebäude

Wie das Gebäude der Bibliothek in Konstantinopel aussah, das lässt sich in einem gewissen Masse rekonstruieren. Die Quellen, die über die Bibliothek von Konstantinopel berichten, sprechen von einer Stoa, also einer Halle.<sup>7</sup> Als Anhaltspunkt zur Bauweise dieser Hallen können vergleichbare Gebäude in der Region herangezogen werden. Dank archäologischer Funde gibt es Vergleichsmaterialien sogar zum Bibliotheksbau. So war die Celsusbibliothek in Ephesos bereits mehrstöckig.<sup>8</sup> Der uns überlieferte

<sup>5</sup> Ab 332 gab es eine öffentliche Brotversorgung. So sollten 80.000 kleine Brote am Tag gebacken werden. Man geht davon aus, dass jedem Einwohner etwa 6 Brote zur Verfügung standen. Aus dieser Kalkulation lässt sich auf die Bevölkerungsgröße schließen. Nicht mitgenommen in der Berechnung ist jedoch die große Zahl der Vertragsarbeiter, die sich in der Stadt zu deren Umbau und Ausbau aufhielten. Die Zahl der Arbeiter wird die Zahl der Einwohner übertroffen haben. Verbündete Goten wurden als Foederaten zum Umbau eingesetzt.

<sup>6</sup> Die Quellen sprechen von einer Universität am Kapitol. Codex Theodosianus 14.9.3.1.

<sup>7</sup> ZOSIMUS: *Historia nova*, lib.III, Ludovicus Mendelssohn (Hg.), Leipzig, 1887 sowie *Geschichte des Zosimus*. Erster Band und zweiter Band. Aus dem Griechischen zum Erstenmale übersetzt und mit Anmerkungen begleitet von Seybold und Heyler. (*Sammlung der neuesten Übersetzungen der Griechischen prosaischen Schriftsteller* 10), Frankfurt am Main 1802, drittes Buch, elftes Kapitel.

<sup>8</sup> Volker Michael STROCKA: Römische Bibliotheken, Mit Tafeln XIII – XXIV. *Gymnasium : Zeitschrift für Kultur der Antike und humanistische Bildung*, 88, (1981) 324.



Buchbestand, der zu Ende des vierten Jahrhunderts über 100.000 Schriften betragen haben soll, legt die Vermutung nahe, dass es sich um ein mehrstöckiges Gebäude gehandelt haben muss. Die Stoa, in der die Bibliothek untergebracht war, wird ein doppelstöckiges, wenn nicht sogar mehrstöckiges Gebäude, gewesen sein.

#### 4. Der Buchbestand

Der Historiker Zosimus berichtet, dass Kaiser Julian alle seine Bücher der Bibliothek in Konstantinopel übergab und für diese eine neue Halle in der Gestalt eines Zirkels errichten ließ.<sup>9</sup> Diese Schenkung fand im Jahr 356 statt.<sup>10</sup> Zu der Zeit gab es wohl 120.000 Büchern.<sup>11</sup> Es müssen aber keineswegs 120.000 verschiedene Werke gewesen sein. Häufig bestand ein Werk aus verschiedenen Büchern und war auf mehrere Schriftrollen oder Kodizes verteilt. Für ihre Zeit war die Bibliothek von Konstantinopel eine gewaltige Bibliothek. Natürlich strebte sie nach dem großen Vorbild der Antike, der Bibliothek von Alexandria. Den Umfang der Bibliothek von Alexandria erreichte die Bibliothek von Konstantinopel jedoch niemals.<sup>12</sup> Auch zu den Blütezeiten betrug der Bestand wohl ungefähr ein Drittel der Menge von Alexandria. Die Bibliothek von Alexandria ging allerdings bereits während eines Aufstandes um das Jahr 270 zugrunde.<sup>13</sup> Konstantinopel war gut 150 Jahre später somit die wichtigste Bibliothek im römischen Reich. Im 4. Jahrhundert war die Bibliothek von Konstantinopel die größte Bibliothek der damaligen Zeit. An die Bibliothek angeschlossen war ein Skriptorium und dort wurden alte Werke kopiert und Schriftrollen wurden in Kodexform übertragen.

#### 5. Das verwendete Material des Lesestoffs

Wir können rekonstruieren, wie das Material der Bestände ausgesehen haben. Der aus Ägypten stammende Papyrus wird in der Bibliothek von Konstantinopel nicht sehr häufig anzutreffen gewesen sein. Papyrus wurde ab dem 4. Jahrhundert vor allem noch für Urkunden und Briefe verwendet, folglich mehr für den privaten

---

<sup>9</sup> ZOSIMUS: *Historia nova*, lib.III, Ludovicus Mendelssohn (Hg.), Leipzig, 1887 sowie *Geschichte des Zosimus*. Erster Band und zweiter Band. Aus dem Griechischen zum Erstenmale übersetzt und mit Anmerkungen begleitet von Seybold und Heyler. (*Sammlung der neuesten Übersetzungen der Griechischen prosaischen Schriftsteller* 10), Frankfurt am Main 1802, drittes Buch, elftes Kapitel.

<sup>10</sup> Alexander DEMANDT: *Die Spätantike. Handbuch der Altertumswissenschaften*. Dritte Abteilung, sechster Teil, München, C.H. Beck, 1989. 355.

<sup>11</sup> CEDRENUS a.a.O. 80.

<sup>12</sup> Man schätzt, dass in Alexandria beinahe eine halbe Million Bücher anwesend waren. Lionel CASSON: *Bibliotheken in der Antike*. Düsseldorf–Zürich, Artemis und Winkler Verlag, 2002. 56, 135 und 152. In Pergamon waren 200.000 Bücher in der Bibliothek anwesend. Allerdings ging diese Bibliothek spätestens im Jahr 31 v. Chr. unter.

<sup>13</sup> CASSON a.a.O. 71.

Bedarf, in eine Bibliothek nahm man lieber Schriftstücke aus Pergament auf,<sup>14</sup> also auf Tierhaut.<sup>15</sup>

## 6. Rolle oder Codex

Die Bibliothek in Konstantinopel hatte eine Vielzahl von Schriftstücken. Seit dem vierten Jahrhundert wird der Bestand bereits überwiegend aus Büchern bestanden haben. Nur ältere, bewahrt gebliebene Schriften werden noch in Rollenform in der Bibliothek zu finden gewesen sein.

Vor allem unter Christen und in den ärmeren Bevölkerungsschichten wurde dieser Schriftträger häufig eingesetzt. Die meisten Bibelhandschriften des 2. und 3. Jahrhunderts sind in Buchform.<sup>16</sup> Einen ersten Hinweis auf diese spätere Tradition finden wir in der Bibel. So steht dort eine Paulusstelle mit der folgenden Anordnung: „Den Mantel, den ich zu Troas ließ bei Karpus, bringe mit, wenn du kommst, und die Bücher, sonderlich die Pergamente“.<sup>17</sup> Diese Stelle bietet einen möglichen Hinweis auf die Verwendung von Büchern bereits zur Zeit des Apostels Paulus, also im ersten Jahrhundert.

Durch den Einband hat ein Kodex einen Vorteil gegenüber der recht ungeschützten Rolle. Man geht davon aus, dass in den Schreibstuben von Konstantinopel auch Klassikertexte von Papyrusrollen auf Pergamentkodizes umgeschrieben wurden.<sup>18</sup> Auch kann ein Kodex mehr Text fassen, da hier im Gegensatz zur Rolle beide Seiten beschrieben wurden. Daher passt mehr Text in einen Kodex als auf eine Rolle. Das Studium wird durch die Kodexform ebenfalls erleichtert, da sich eine Textstelle in einem Kodex leichter wieder auffinden lässt. Um das Jahr 300 lag der Anteil des Kodex gegenüber der Schriftrolle um 50%. Um 400 bereits um 80%.<sup>19</sup>

Im Jahr 372 erfolgte ein Erlass unter Kaiser Valens, der die Anstellung von sieben antiquarii feststellte.<sup>20</sup> Dies geschah zu einer Zeit, in der der Kodex die Buchrolle massiv verdrängte und zunehmend Buchrollen auf Kodizes übertragen wurden. Es ist daher denkbar, dass diese Neueinstellungen auch die Leitung darüber hatten, die Bestände in Konstantinopel auf Kodexformat umzustellen. Fünfzig Jahre später, zur Zeit von Kaiser Theodosius II, dem Kaiser, unter dem der Codex Theodosianus erstellt wurde, wird der Großteil der Bücher bereits in Kodexform vorgelegen haben.

<sup>14</sup> Herbert HUNGER: *Schreiben und Lesen in Byzanz, Die byzantinisch Buchkultur*. München, C.H. Beck, 1989. 17.

<sup>15</sup> CASSON a.a.O. 76.

<sup>16</sup> HUNGER a.a.O. 25.

<sup>17</sup> 2. Timotheus 4.13.

<sup>18</sup> Horst BLANCK: *Das Buch in der Antike*. München, C. H. Beck, 1992. 95.

<sup>19</sup> Diese Schätzungen stammen von CASSON a.a.O. 169.

<sup>20</sup> Codex Theodosianus 14.9.2.

## 7. Die Kopisten

Wo es Bibliotheken gab, fand man auch Schreibstuben, die sogenannten Skriptorien. Kopisten werden als Kalligraphen oder Skriptoren bereits im Höchstpreisedikt von Diokletian (7,39-40) erwähnt<sup>21</sup> und waren auch in Konstantinopel anwesend. Dort werden Sie uns im Jahr 372 als antiquarii überliefert.<sup>22</sup> Diese wurden allerdings nicht per abgeschriebene Zeile bezahlt, sondern waren angestellt. Ihre Kollegen dagegen, die sicher auch in Konstantinopel zugegen waren, wurden wie Handwerker für Ihre Arbeit bezahlt und zwar nach abgeschriebenen Zeilen. Aus dem Höchstpreisedikt wissen wir, dass die Skriptoren für jeweils hundert Zeilen schönster Schrift mit 25 Denaren und mit 20 Denaren für normale Schrift bezahlt wurden.<sup>23</sup> Die Gebrauchsschrift unterschied sich von der Kanzleischrift. Seit dem vierten Jahrhundert war die Gebrauchsschrift eine Minuskelskursive, die flott geschrieben werden konnte und ohne Worttrennung aufgezeichnet wurde.<sup>24</sup>

Die Aufgabe der Schreiber sollte es sein, die in vielen Privatbibliotheken verstreuten Werke der griechischen Literatur von Dichtern, Philosophen und Grammatikern abzuschreiben. Man strebte nach einer kompletten Sammlung der antiken Schriften in der Hauptstadt.

## 8. Eine zweisprachige Bibliothek

Aus den Quellen wissen wir für das Jahr 372 von 7 antiquarii, vier des Griechischen mächtig, und drei des Lateinischen, die Bücher auch reparierten.<sup>25</sup> Die Bibliothek in Konstantinopel bestand also aus einer bibliotheca latina und einer bibliotheca graeca. Aufgrund der Zweisprachigkeit der Stadt und der späteren Umstellung auf Griechisch als Amtssprache erscheint das selbstverständlich. Die Amtssprache in Ostrom war schon vom Stadt- und Prätorianerpräfekten (um 440) Cyrus auf Griechisch umgestellt worden.<sup>26</sup> Ab dem Jahr 535, also beinahe sofort nach dem Abschluss der Arbeiten am Corpus Iuris, wird die Gesetzessprache auf das Griechische umgestellt. So ist es auch zu erklären, dass mehr Mitarbeiter für das Griechische notwendig waren. Nicht bekannt ist allerdings, ob die griechischen und lateinischen Schriften in Konstantinopel miteinander oder getrennt verwahrt wurden. Da ganz bewusst

<sup>21</sup> Zur Vergütung der verschiedenen Dienstleistungen siehe Miriam GROEN-VALLINGA – Rens TACOMA: The value of labour: Diocletian's Prices Edict. In: C. LAES – K. VERBOVEN (eds.): *Work, labor and professions in the Roman World*. Oxford, Oxford University Press (erwartet 2016).

<sup>22</sup> Codex Theodosianus 14.9.2. Sowie für die Auslegung, dass diese auch selber kopierten, siehe THEMISTIUS, Orat. IV, 59b-61d.

<sup>23</sup> Der Maximaltarif des Diocletian, herausgegeben von Hugo BLÜMNER – Theodor MOMMSEN (Berlin, W.D. de Gruyter, 1958.) 112. Hier wird der Nachdruck auf die Abrechnung nach jeweils 100 Zeilen gelegt. Siehe auch BLANCK a.a.O. 124.

<sup>24</sup> DEMANDT a.a.O. 355.

<sup>25</sup> Codex Theodosianus 14.9.2, Valentinian, Valens und Gratian vom 8. Mai 372.

<sup>26</sup> Joannis Laurentii LYDI: *De magistratibus rei publicae Romanae* 2, 12 u 3, 42.

griechische und lateinische antiquarii angestellt wurde, ist davon auszugehen, dass sie immer nur in einer Sprache arbeiteten.

## 9. Die Rechtsliteratur

Nirgends können wir lesen, dass die Bibliothek in Konstantinopel zur Entstehung der Gesetzeswerke von Theodosius II und Justinian beitrug.

Da die Universität und auch die Rechtslehrer staatlich gestützt waren, vom Kaiser eingesetzt und vom Senat mit auserwählt, ist es auch denkbar, dass es eine offizielle Sammelstelle für Rechtsliteratur gab, zu der Professoren und Studenten Zugang hatten. Für so eine Sammlung von Rechtstexten direkt in den Rechtsschulen spräche die Mitarbeit von Juraprofessoren an den Kompilationsarbeiten unter Justinian. Nur mit einem reichen vorhandenen Fundus konnte so ein großes Werk in einer so kurzen Zeit zusammengestellt werden.

## 10. Abschließende Würdigung

Den Studierenden der Rechtsschule war Zugang zur Bildung gegeben und sie fanden in Konstantinopel die denkbar besten Umstände für ein breites Studium vor. Die Bibliothek war erstaunlich groß und die dort vorhandenen Bestände wurden bestmöglich versorgt. Die Blütezeit der Bibliothek wird zwischen dem Jahr 356 und dem Jahr 475 gelegen haben, also nach der reichen Bücherschenkung des Kaisers Julian und vor dem großen Brand.

Da Konstantinopel auch Konzilsstadt war und einige Kaiser strenge Christen waren, liegt die Vermutung nahe, dass es auch eine Bibliothek mit kirchlicher Literatur gab. Allerdings stieg auch die Zahl der Klöster in der Stadt. Einige werden auch eine Bibliothek mit Skriptorium gehabt haben. Außerdem ist davon auszugehen, dass es eine eigene Bibliothek im Palast gab.<sup>27</sup>

Die Erstellung der Rechtstexte unter Theodosius und Justinian wird eher in einer kaiserlichen Kanzlei oder einer Art Archiv stattgefunden haben<sup>28</sup> und nicht in der öffentlichen Bibliothek und dem daran verbundenen Skriptorium. Aus den überlieferten Quellen lässt sich vermuten, dass in der Bibliothek der Schwerpunkt mehr auf der Literatur lag.

In Konstantinopel dürfen wir erwarten, dass es folglich neben der Bibliothek auch noch ein Archiv für die Dokumente des Staates und der Verwaltung gegeben haben wird.<sup>29</sup> Die nach Vollständigkeit strebende Bibliothek war für Konstantinopel von hoher kulturpolitischer Bedeutung. Am Anfang wird die Bibliothek in unmittelbarer Nähe der Lehrenden und Studierenden gewesen sein. Spätestens ab dem Jahr 425 werden Bibliothek und Hochschule voneinander entfernt gelegen haben. Nach dem verheerenden Brand im Jahr 475 werden die Studienbedingungen nicht mehr so gut gewesen sein, wie in den Jahren zuvor.

<sup>27</sup> CASSON a.a.O. 182 sowie 183 zur Bibliothek des Patriarchen.

<sup>28</sup> BLANCK a.a.O. 133.

<sup>29</sup> Otto SEECK: *Regesten*. Stuttgart, J.B. Metzler, 1919. 11–18.

## THE HOLY CROWN DOCTRINE IN HISTORY AND IN OUR DAYS

Zoltán J. TÓTH  
National University of Public Service

Hungary had an unwritten Constitution, similar to the one of Great Britain, in force from the State foundation until the beginnings of 1949, when the written communist Constitution imposed by the Soviet Union was inserted in Hungary's legal structure. Hungary's historical Constitution – linked with tradition, Christian values, norms used by the Courts of Justice, and by customs derived from the regional counties – was based not only on bills and acts accepted by the Monarchs and the Royal Council, followed by Parliament (Országgyűlés, from the 13<sup>th</sup> to 20<sup>th</sup> century). The fundament of the Hungarian historical Constitution is framed in „*The Holy Crown Doctrine*”, or *Szent Korona-tan* in Hungarian. The Holy Crown Doctrine has had keynote relevance and influence in our history: our sovereignty and public life was defined by the principles of the „Rule of Law” and „Rechtsstaat” like in the history of Law and public life in Europe. For this reason the Holy Crown Doctrine still has influence in our present time, and has prompted wide discussions over the last two decades, fortunately with a highly positive effect.

A good constitution contains the basic rules by which the country's sovereignty will be protected as well as its permanent values and the liberties of its citizens living within the borders of the nation in any age. Our historical Constitution framed within *The Holy Crown Doctrine* was able to secure its objectives when Hungary was universally recognized as a great power in Europe, which it remained until the end of World War I. The same was true when Hungary, although being diminished by the Treaty of Trianon (1920), was fighting for its existence, until the Nazi and Soviet occupations, in 1944 and 1949 respectively. Finally, following a dramatic series of events, our historical Constitution was summarily wiped out once the communist dictatorship established itself at the beginning of 1949. Both the monarchy in Hungary, in all its aspects, and also the modern 19<sup>th</sup> century Hungarian Constitutional State, were based on the Holy Crown Doctrine, right up until the military invasions in 1944.

The first synthesis of the Holy Crown Doctrine is inserted in the *Tripartitum*, the compilation of the Hungarian unwritten constitution and rules by *István Werbőczy* in

1514. István Werbőczy had been the „nádor/Palatine”, the deputy of the King, elected by the Parliament (Országgyűlés). The modern review of the Holy Crown Doctrine was implemented in the 19<sup>th</sup> and during the first half of the 20<sup>th</sup> century.

Hungary was not referred to as a *Regnum* (kingdom), but rather as an *Archiregnum* (arch-kingdom). This was known and accepted all over Europe since the year 1000. „*Arche*” is a Greek word, meaning „first”, „great”, „ancient” underscoring the law of Being and the capability it being of applied it as well. The law of Being is the law of God to save individuals, communities and the Nations where these are, following God’s will. This is the law of Life.

Within this context the Hungarian King also enjoys the title *Apostle*. The first king in Hungarian history to make use of the title Apostle was Saint Stephen, founder of the Hungarian Arch-kingdom, crowned in year 1000. The Hungarian kings are not only followers of the Apostles, as all Christian kings and bishops, but *pares-inter-pares* with them. This means that Hungarian kings had joint responsibility not only for their own country in particular, but they also had moral responsibility in a wider sense for the whole of the Christian world. The Hungarian king was known as the king of Jerusalem, too. The last king of Jerusalem was the last king of Hungary, blessed Charles IV. (Charles I, Emperor of Austria). Charles IV in 1916 was the last king in the world to be crowned according to Catholic rites and traditions.

The Hungarian monarch becomes king only after being crowned with the Holy Crown, which is the highest institutional symbol of national identity. The Hungarian Holy Crown is a unique case worldwide, is holy and of divine nature, active as the central part of public law. Its origin is based on two hypotheses. The first one indicates that the Holy Crown had been created prior to the time of St. Stephen’s coronation and that its parts were made in the same place and time. The second one is that the Holy Crown was created assembling different parts, set-up in different places, and finished after the reign of St. Stephen. The first hypothesis is the traditional one. Analyzing the Holy Crown in the last 30 years confirms the traditional statements rather than those of the second one.

What are the principles of „The Holy Crown Doctrine”?

The first principle of the Doctrine is that the highest instance of power is the Holy Crown not the Monarch, nor the Nation, nor the Hungarian people (*iurisdictio vel ditio Sacrae Regni Coronae*).

What does this mean?

It means that the Holy Crown has full power. The Holy Crown is plenipotentiary, as not any human being, neither the Monarch, nor the nation, (the people) nor both together are above it! The plenipotentiarity of the Holy Crown means that the sovereignty is the Holy Crown itself. The Holy Crown and the Monarch are not the same in the Constitution. The Monarch and the Nation are together the representatives of the Holy Crown. They are parts of the Holy Crown (*membra Sacrae Regni Coronae*). The Holy Crown is like a living person with authority. Hungary’s Holy Crown is the Crown of the queen of the World, the queen of Hungary, the Virgin Mary. Through Her, Jesus Christ reigns over Hungary and all of its inhabitants. These names identify the divine provenience of Hungary: *Regnum Marianum* and *Pannonia Sacra*. Both speak for themselves.

The first constitutional and political consequence that arose are as follows: diversification and balanced power between the Monarch and the Nation, shared power between the central government and regions (counties) and self-governments (municipalities). This in turn allowed for balanced interaction between the branches. Neither the Monarch nor the Nation had total power. To gain the benefit of good management, each fraction had to act adding their power to the other. Both the Monarch and each governmental institution were subordinated to the Holy Crown. It was indeed the principle of subsidiarity that the political and administrative agenda of Hungary was based on.

The main representative of the Holy Crown's power was the Nation. It is the Nation that shares its power with the crowned monarch, not like in other European countries, where the monarch has the Nation's power, because the Monarch is the sovereign with full power. This way of practicing power, is founded on the idea of shared power, subordinated to the sovereignty of the Holy Crown, our most fundamental and oldest tradition. The meaning of 'Nation' has changed along the centuries. Between 1514 and 1848 the nation denoted the nobility, and the commonage. Being a nobleman did not depend on ethnic origin in Hungary. Not only ethnic Hungarians, but Germans, Slavs, Rumanians, etc., could become part of the Hungarian nobility, and members of the Holy Crown. The peasantry were also part of the Holy Crown, but with no, or extremely few political rights at a national level. Of course their responsibilities were much fewer than those the nobility had had in the past. The rights were in balance with the responsibilities.

The Hungarian State was founded in the 9<sup>th</sup> century by the League of tribes of Hungarian settlers. Its principal leader was Árpád, founding the Hungarian royal dynasty remaining until the 14<sup>th</sup> century. The founding League was followed by linkages with ethnical relatives of Hungarians in the Carpathian Basin and neighboring territories. Different ethnic groups were administratively structured, having the same rights as Hungarians, allowed to live in the same common area. A good example is the association with Croatia from the 11th century onwards, and with Saxons who settled in the 12th century in Transylvania (Erdély) being the first ethnic group receiving the right of self-government in Europe in 1224 (*Diploma Andreanum*). The first act referring to the rights of ethnic and national minorities, was adopted in Europe in 1848 and 1868 in Hungary. This gave minorities the full right of cultural self-government allowing them to use their native languages at national and local level.

The second consequence of the Holy Crown Doctrine is that the power of the king and the Nation, determined by the Almighty God, allowed for a balanced government. It means that the *ius*, the law accepted and used by the people (*ius positivum*) had to measure up to Natural Law (*ius naturalis*) which was divinely inspired by God. For this reason, the law accepted by the Nation should be based on justice, the checks and balances, charity, capacity of sacrifice, etc. Rights and responsibilities are to be performed in strict balance. In accordance with Natural Law, liberty, as the Holy Crown Doctrine defines it, is vested in distinguishing between good and evil as well as in the ability to choose good and evil and not in acting as one's limitless instincts might dictate.

The legal framework enables us to know and choose, based on the fact that we are supposed to recognize good and evil, so that we can repair it, if we fail. The meaning of good and evil is not a relative political category, but the objective category of God and of crystal clear conscience.

The independency and the liberty of any country, community and the person depends on its economical strength and separateness or interdependency. In the 12<sup>th</sup> and 13<sup>th</sup> centuries, monetary power has towered far above kingdoms, Nations and individuals. Commercial world governance started to influence and shape politics in Europe in the 14<sup>th</sup> century (J. Attali and others as important as him state this, too). This new kind of power, based on the mortgaging of communities and individuals by the state (by the Monarch who has the authority to do so), had dramatic consequences leading to a financial crisis by year 1347.

In the first half of the 13<sup>th</sup> century the kingdom of Hungary adopted a new rule separating the private wealth of the Monarch. The new owner of this wealth was the Holy Crown. The Monarch and communities could only take possession of this wealth, but they had no property rights over it. That wealth, these real estates, were not free to be sold in any form. The one receiving the benefit of a royal grant had to administrate their wealth serving with it the Crown and the Nation. On the other hand, in 1351, following the Act of *Aviticitas/Ósiség*, the Holy Crown became the proprietor of the huge majority of lands granted to the nobility. The nobility became the holder, but not the proprietor of the granted land. The families could keep and use these lands granted until the dying out of the family. The situation was similar with the peasantry. The Holy Crown as a proprietor (*bona et peculia Sacrae Regni Coronae; radix omnium possessionum Sacrae Regni Coronae*) could protect the economical background of the nobility and peasantry along crucial centuries until 1848 when the *Aviticitas* was set out of force. Neither the bank by mortgaging, nor political pressure could take away the land from them. These were the laws that for long centuries ensured that the unalienable income of Hungary's inhabitants could uphold the liberty of individuals and local governments as well as of the Hungarian state itself.

After the Act of *Aviticitas (save of ancient property)* in force until 1848, the land became negotiable. The first Hungarian government of the so-called modern era wanted to set up an independent Hungarian National Bank to grant loans to citizens and local companies, instead of letting foreign commercial banks do so. The loss of the liberty war in 1849 prevented this from occurring.

The key principle of the Holy Crown Doctrine is to determine whether a government is legitimate or not (*ius Sacrae Regni Coronae*). Illegitimate governance is the one which has not been installed according to the Nation's Laws and traditions. The Monarch has to be crowned with the Holy Crown, him/her accepting the norms of loyal service to the Nation. Illegitimate governance is a form of revolution violently aiming at the destruction of the legal form of the governance. In a period of interregnum, the Nation, through the institutions available, has the choice to decide to restore the legal form of governance. The governance is also illegitimate if the Nation has been under any form of foreign occupation. When the rise to power determines a break in the Nation's legitimate continuity, its result is illegitimate. The



acts and bills, political, economic, military and security related decisions, after an illegitimate period, are to be revised, documented. All procedures implemented not in accordance with the Nation's historical traditions are to be presented to Parliament and the Courts - particularly relevant in cases of human rights violations.

Hungary was under military and political occupation from March 19<sup>th</sup> 1944 until June 30<sup>th</sup> 1991. This period, due to military and ideological intervention, was clearly an illegitimate period. During these decades, the transformations of society reached unprecedented dimensions. The changes of mentality, fading out of identity had far more serious consequences than at any other previous negative stage in our history before. The confiscation and nationalization of lands, of real estates, of huge, big or of small size all had to serve the consolidation of communism in Hungary, creating a new order, a new man. All took place under the management of a minority of communists serving the invading forces of the Soviet Union. The transition from communist dictatorship to democracy in 1989 to 1990 also happened under local communist control. The communist Parliament made its decisions regarding the acts of transition with no consultation at people's level. This was natural considering their interest to keep control in democracy as well. Only in 2011 did citizens have the chance to revise the legal constitution and gain the benefit of a new framework with communism finally truly fading away. The new Constitution has been in force since January 1<sup>st</sup> 2012.

The basis of the constitutional and the legal order after 1989/1990 is relativism, not values (the natural law). The communist Constitution of 1949 was changed meeting the requirements of democracy, but in essence it kept its validity, further legitimizing the illegitimate period of communism and the Soviet occupation. The new democratic political system kept the constitutional continuity with the communist legitimacy of 1949, not with the legitimate political system present until the occupations starting in 1944. thereby keeping the former communist nomenclature in control all along our territory, to manage directly and indirectly our legal, public, economic life, managing privatization for their own purposes. The immediate result of this was the consolidating of an oligarchic governance, of the new rich man. The vacuum of real justice allowed that crimes against humanity, in which communist responsables took part, cannot be prosecuted in Court due to the term of limitation. A further consequence of this direct or indirect control, is that the aristocracy and the nobility have not recovered their due place in the tissue of society, not speaking of their wealth lost, which in many cases was what had been once granted to their families by the Holy Crown.

With the exception of a few people having connection to the circles of power, the huge majority could not recover anything, except a minor and symbolic compensation. The Act was investment for political capital for the government, yet failed to settle the problem in a satisfactory way.

The good news is that the new constitution in force since 2012 adopted both that the constitutional period of the Nazi and Soviet occupations were illegitimate, as well as the breakdown of the historical constitution. The intention of the legislator is a commitment towards a real new democratic order based on the values of the historical constitution, and the values of fairness and justice, too. The values of the historical

Constitution are the values of the Holy Crown Doctrine. A good interpretation and implementation of Law could save the Nation, their citizens, and the constitutional order. We do hope that each Hungarian, understanding the need to reshape continuity, will push in the same direction, to a final reign of real justice.

## DIE NIEDERLANDE, EIN LAND OHNE VERFASSUNGSGERICHT

Bastiaan D. VAN DER VELDEN

Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Kultur- und Rechtswissenschaftlichen  
Fakultät der Open Universiteit, Heerlen, Niederlande

Die Niederlande haben in den letzten Jahrzehnten des vergangenen Jahrhunderts eine Vorreiterrolle im Bereich des Privatrechts gespielt, man denke nur an das neue Zivilgesetzbuch aus dem Jahre 1992. Dieses Gesetz war eine wichtige Toolbox für Gesetzesvorhaben in Ungarn und den Nachbarländern. Im Gegensatz dazu hat die niederländische Verfassungsrecht weniger Resonanz, das kann man vielleicht verstehen: es ist eine fast zweihundert Jahre alte Gesetzgebung. In den vergangenen Jahren feierten die Niederländer ihre Unabhängigkeit aus dem Staatsverband des napoleonischen Frankreichs im Jahre 1813 und der Gründung des Königreiches der Niederlande im Jahre 1815. Das Grondwet (GW), Grundgesetz, des Königreiches der Niederlande vom 24. August 1815 ist im Moment gültig in der Fassung der Neubekanntmachung vom 17. Februar 1983. Sieben Könige und Königinnen standen in diesen 200 Jahre an der Spitze dieses Königreiches, und wenn man bedenkt, dass König Willem-Alexander erst vor drei Jahren gekrönt wurde, regierte jeder fast 33 Jahre, sicherlich eine Garantie der Kontinuität.

Heute aus Anlass der Gedenkfeier von Janos Zlinszky möchte ich Ihnen einige niederländische staatsrechtliche Eigenheiten präsentieren.<sup>1</sup> Das Fehlen eines Verfassungsgerichts in den Niederlanden und das Verbot im Grundgesetz einer Überprüfung der Rechtsvorschriften an den Grundrechten in der Verfassung durch die Justizbehörden sollen der Gegenstand meines Beitrages sein.

### 1. Prüfung der Gesetze auf Verfassungswidrigkeit

In Ungarn gibt es eine vorherige und nachträgliche Prüfung der Gesetze auf Verfassungswidrigkeit durch das Verfassungsgericht der Republik

---

<sup>1</sup> Die Niederlande laufen hier aus der Reihe im Vergleich mit anderen EU Staaten. A. H. M. DÖLLE – J. W. M. ENGELS: *Constitutionele rechtspraak*. Groningen, Wolters-Noordhoff, 1989. 23 ff.

Ungarn. So ein Verfassungsgericht gibt es nicht in den Niederlanden und die Niederländische Verfassung verbietet dem Gericht eine Prüfung der Gesetze auf Verfassungswidrigkeit. Dies ergibt sich aus Artikel 120 GW: ‚Der Richter beurteilt nicht die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen und Verträgen.‘<sup>2</sup> Mit anderen Worten, die Richter dürfen keine Gesetze auf ihre Verfassungsmässigkeit beurteilen, und sie können diese nicht abweichend auslegen oder weitere Rechtsfolgen feststellen. Die Idee ist, dass das Parlament als Gesetzgeber von der Bevölkerung gewählt wurde und dadurch demokratisch legitimiert ist.<sup>3</sup> Der Gesetzgeber hat den Auftrag Gesetze und Verträge zu beurteilen, auch und vor allem auf Verfassungswidrigkeit. Dies ist die Aufgabe der Eerste Kamer, der ‚Chambre de réflexion‘, des Parlaments.<sup>4</sup> Ein Richter wird vom König ernannt, ist aber nicht demokratisch gewählt. Der Richter sollte sich daher nicht auf den Stuhl der Legislatur setzen. Weitere Argumente gegen eine richterliche Auslegung sind eine zu ‚politische‘ Rolle der Richter und eine Gefährdung der Rechtssicherheit.

Gemäß Art. 120 GW werden von den niederländischen Gerichten die Gesetze im formellen Sinn nicht in Bezug auf ihren Inhalt beurteilt (materielle Prüfung), noch in Bezug auf die parlamentarische Prozedur wie sie zustande gekommen sind (formelle Prüfung).<sup>5</sup> Die Rechtsprechung zeigt, dass das Gericht nicht prüft, ob ein formales Gesetz im Konflikt mit der Verfassung ist.<sup>6</sup> Dieses Verbot gilt nur für Gesetze im formellen Sinn: andere Anordnungen, wie bzw. ministerielle Verordnungen, Verordnungen der Provinzen, Wasserbehörden und Gemeinden, können auf Verfassungswidrigkeit geprüft werden. Nicht gesetzliche Regelungen können also sehr wohl vom Richter auf ihre Verfassungsmässigkeit geprüft werden, allerdings steht dieser Grundsatz nicht deutlich in der niederländischen Gesetzgebung. Der Richter kann also sehr wohl gesetzliche Vorschriften an höherrangigen Regeln prüfen, auch wenn diese Grundprinzip nicht mit so vielen Worten in der niederländischen Gesetzgebung festgelegt wurde.<sup>7</sup> Der Richter wird keine Kenntnis nehmen von Verfahren über Gesetzentwürfe, wenn um sein Urteil gebeten wird.<sup>8</sup>

<sup>2</sup> <http://www.verfassungen.eu/nl/verf83-i.htm>

<sup>3</sup> C. A. J. M. KORTMANN e.a.: *Constitutioneel recht*. Deventer, Kluwer, 2012. 352.

<sup>4</sup> Sybrand VAN HAERSMA BUMA: *Over het toetsen van wetten aan de grondwet : een blik op de kern van de democratie*. Leeuwarden, Universitaire Pers Fryslân, 2004. 16.

<sup>5</sup> Van den Bergh / Niederländischer Staat 1961, *NJ* 1963, 248. Man möge die richterliche Kontrolle am Grundgesetz nicht verwechseln mit dem ‚Kontrollgesetz‘ (Toetsingsarrest) aus dem Jahre 1942 über das Verhältnis des niederländischen Rechts mit den Massnahmen der deutschen Besetzer und der Landeskriegsregelung. Derk VENEMA – Leny DE GROOT-VAN LEEUWEN – Thomas MERTENS (red.): *Onder de huidige omstandigheden: de Hoge Raad en het Toetsingsarrest 1942*. Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2008.

<sup>6</sup> HR 28 februari 1868, *W* 2995; HR 25 november 1912, *W* 9419; HR 9 januari 1924, *W* 11173. Recenter is de strekking van de regel ‚De wetten zijn onschendbaar‘ vastgelegd in HR 27 januari 1961, *NJ* 1963, 248 (Van den Bergh).

<sup>7</sup> KORTMANN a.a.O. 349.

<sup>8</sup> HR 19 november 1999, *NJ* 2000, 160 (Tegelen/ Limburg); Hof Amsterdam (Ondernemingskamer), 18 februari 1999, *AA* 1999, p. 473-477 (Ondernemingsraden Hengelo); Hof Amsterdam (Ondernemingskamer), 22 juli 1999, *NJ* 1999, 806 (Ondernemingsraad Dienst Omroepbijdragen).

Der Wortlaut der Bestimmung 120 GW stammt aus der Verfassung von 1953 (Artikel 60). Die zugrunde liegende Idee geht zurück auf die Verfassung von 1848 (Art. 115 Grondwet 1848), in der es hieß, dass die Gesetze unantastbar sind.<sup>9</sup> Als Begründung wurde angeführt, 'Die Unantastbarkeit der Gesetze hat eine dreifache Bedeutung. Sie stellt das Gesetz über jeden Einwand, sie schützt gegen jeden Angriff, sowohl von der Exekutive und Judikative, als von den lokalen Behörden, an die, nur auf Grund eines Gesetzes, das Erlassen von örtlichen Verordnungen zugeteilt ist', wie es die ‚Memorie van Toelichting‘, die Begründung, es damals ausdrückte. So wurde der Gesetzgeber der höchste Interpret der Verfassung.<sup>10</sup>

Der Hoge Raad, der Oberste Gerichtshof hat immer das Verbot der Prüfung der Gesetze auf Verfassungswidrigkeit begrenzt und strikt interpretiert. Eine Prüfung des Inhalts eines Gesetzes auf die Verfassung (1868) ist nicht möglich. So ist auch eine Prüfung des Inhalts eines Gesetzes mit Bezug auf Widrigkeit mit dem Statuut ausgeschlossen, das Statuut ist das höchste Gesetz des Königreiches der Niederlande (Niederlande, und 3 unabhängige Staaten in der Karibik, Curacao, Aruba und St. Maarten).<sup>11</sup> Auch die Prüfung der Widrigkeit von einem Gesetz mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen ist nicht erlaubt.<sup>12</sup>

Es gibt so kein vorherige oder nachträgliche Prüfung der Gesetze auf Verfassungswidrigkeit von einem unabhängigen Gericht in den Niederlanden. Erstaunlicherweise ist aber die Auslegung der Verfassungsbestimmungen selber in den Niederlanden durch den Hoge Raad erlaubt.

## **2. Prüfung der Gesetze auf Verfassungswidrigkeit von dem Staatsrat (Raad van State)**

Es gibt eine vorherige Prüfung der Gesetze auf Verfassungswidrigkeit von einer von der Regierung unabhängigen Staatsinstitution in den Niederlanden, diese Prüfung ist aber nicht verbindlich. Artikel 73 Absatz 1 der Verfassung sieht vor, dass der Raad van State gehört werden muss, bevor ein Gesetzentwurf von der Regierung zum dem Parlament geschickt werden kann: ‚Der Staatsrat oder eine Abteilung des Staatsrats wird zu Gesetzesvorlagen und Entwürfen Allgemeiner Verwaltungsverordnungen sowie zu Vorschlägen zur Zustimmung zu Verträgen seitens der Generalstaaten

---

KORTMANN a.a.O. 352.

<sup>9</sup> Allerdings wurde die 1848 Verfassungsänderung in die Niederlande initiiert und stark von den revolutionären Ereignissen in Europa beeinflusst. Im Februar brach Revolution von 1848 in Frankreich aus, die über ging in die Deutsche Länder wie Baden und Preußen, sondern auch nach Österreich, Ungarn und Italien. Siehe zur historischen Entwicklung des Verbots der richterlichen Kontrolle: M. L. P. VAN HOUTEN: *Meer zicht op wetgeving: rechterlijke toetsing van wetgeving aan de Grondwet en fundamentele rechtsbeginselen*. (Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 1997.) proefschrift Katholieke Universiteit Brabant, Tilburg.

<sup>10</sup> Kamerstuk Tweede Kamer 1847-1848, kamerstuknummer XLIX, nummer 7, Memorie van Toelichting bij de Ontwerpen van Wet tot herziening der Grondwet, 345.

<sup>11</sup> Harmonisatiewetarrest (HR 14 April 1989, NJ 1989, 469).

<sup>12</sup> Kortmann sieht dennoch eine kleine Öffnung. KORTMANN a.a.O. 351.

gehört.<sup>13</sup> Die Regierung muss dem Staatsrat jeden Gesetzentwurf unterbreiten, bevor er dem Parlament vorgelegt wird.<sup>14</sup> Der Staatsrat ist eine fast 500 Jahre alte Institution, im Jahre 1531 gegründet von Kaiser Karl V und ist damit eine von den ältesten Regierungsinstitutionen in der Welt. Damals war die Aufgabe Beratung mit Bezug auf „les grandes et principales affaires et celles qui concernent l'état, conduite et gouvernement du pays“.<sup>15</sup> Lange Zeit wurden vom Staatsrat Beratung und Rechtsprechung im Bereich von Verwaltungssachen kombiniert. Seit dem 1. September 2013, hat der Staatsrat eine separate Beratungsabteilung (Afdeling advisering), die der Beratung über Gesetzesentwürfe und Entwürfe von allgemeinen Verwaltungsverordnungen (Art. 73 Absatz 2 GW) gewidmet ist.<sup>16</sup> Wenn die Regierung sich beraten lässt von dem Raad van State über Gesetzesentwürfe, wird der Rat den vorgelegten Entwurf beurteilen in Bezug auf mögliche Widersprüche mit der Verfassung. Aber dieser Rat ist nicht verbindlich, auch wenn sie die Vereinbarkeit mit der Verfassung oder mit dem Völkerrecht betrifft. Wichtiger ist, dass die Beurteilung von Gesetzesentwürfen veröffentlicht wird. Und die Regierung versucht immer eine Replik zu geben, auf die Einwände des Raad van State. So können auch die Parlamentsmitglieder Kenntnis nehmen von möglicher Verfassungswidrigkeit.

Es gibt eine vorherige Prüfung von Gesetzen bei einer unabhängigen Behörde in den die Niederlande. Der Zeitpunkt der Prüfung ist aber am Anfang der Gesetzgebungsprozedur, bevor die Gesetzentwürfe zum Parlament geschickt werden, und nicht wie in Ungarn am Ende dieser Prozess, grade vor der Veröffentlichung (Art. 6. (2) und Art. 24. (2.a) Grundgesetz Ungarn vom 25. April 2011). – Andere formelle und informelle Methoden einer vorherige Prüfung von Gesetzen im niederländischen geschriebenen und ungeschriebenen Staatsrecht, wie die Beratung zwischen Präsident und Advocaat-Generaal des Hohe Rat (Art. 74 RO) und die Stellung der Beamten die Gesetzesentwürfe vorbereiten, werde ich hier nicht behandeln.<sup>17</sup>

### 3. Nachträgliche Prüfung von Gesetzen auf Verstoß gegen das Völkerrecht

Sind die Niederländer dann völlig machtlos gegen den Gesetzgeber? Nein, zuerst gibt es die Möglichkeit der nachträglichen Prüfung der Gesetze auf Widrigkeit mit Internationalen Vertragsrecht von einem unabhängigen Gericht in den

<sup>13</sup> <http://www.verfassungen.eu/nl/verf83-i.htm>

<sup>14</sup> M. DE VRIENDT red.: *De wetgevingsadviesing door de Raad van State*. Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2007.

<sup>15</sup> Robert FRUIN: *Geschiedenis der Staatsinstellingen in Nederland tot den val der Republiek*. 's-Gravenhage, Nijhoff, 1922. 110.

<sup>16</sup> Wet van 22 april 2010, Stb. 2010, 175; B. P. VERMEULEN – H. J. TH. M. VAN ROOSMALEN: De constitutionele toetsing door de Raad van State. *RegelMaat*, 2012 (27) 4., 212.

<sup>17</sup> Die Ansichts Kortmanns, das ein Verbot der Verfassungskontrolle auf Grund von Art. 120 GW sich auch auf weitere Beamte erstreckt, sehe ich als in Streit mit der gegebenen Kontrolle durch den Staatsrat. KORTMANN a.a.O. 349; F. J. A. VAN DER VELDEN: *Van wetgeversdilemma tot vierde macht, Buitengewoon in dienst, een decenium wetgeving*. 's-Gravenhage, SDU, 2007. 303–308.

Niederlanden auf der Grundlage der Artikel 93 und 94 der Verfassung.<sup>18</sup> In der Hierarchie der Rechtsnormen stehen internationale Verträge über der nationalen Gesetzgebung. Dieses Hierarchie geht zurück auf das Jahr 1953, als in der Verfassung festgelegt wurde, dass jeder verbindliche Bestimmung von Verträgen Vorrang hat vor älteren und neueren nationalen Gesetzen. Die Regierung war damit nicht einverstanden, sondern wurde dazu gezwungen als Folge einer Gesetzesänderung auf Vorschlag des Parlamentariers Serrarens. Die niederländischen Gerichte überprüfen vor allem den Verstoß gegen die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK).<sup>19</sup>

So gibt es in den Niederlanden eine nachträgliche Prüfung von Gesetzen auf Verstoß gegen das Völkerrecht vor einem Gericht der allgemeinen Gerichtsbarkeit (konkrete Normenkontrolle).

#### 4. Aktuelle Entwicklungen

Es bleibt schwer zu erklären, warum es in mehreren europäischen Ländern eine Verfassungsgerichtsbarkeit gibt und in anderen Ländern eine ähnliche Entwicklung fehlt, der Schweizer Professor Martin Schubarth spricht von: ‚einer weitgehend kontinuierlichen Entwicklung ohne revolutionäre Situationen.‘<sup>20</sup> Aber vielleicht kommen da Änderungen in den Niederlanden. Die ehemalige Parlamentsabgeordnete Halsema hat einen Vorschlag für eine Verfassungsänderung mit einem System der beschränkten Prüfung vorgelegt (*systeem van gespreide toetsing*).<sup>21</sup> Eine begrenzte Liste der Artikel der Verfassung, die bei Prüfung der Gesetze auf Verfassungswidrigkeit von allen Richtern benutzt werden können, unter Ausschluss der sozialen Grundrechte, die oft eine mehr politische Konnotationen haben und daher ein politisches freies Ermessen rechtfertigen.<sup>22</sup> Der Vorschlag wurde von der *Tweede Kamer* im Jahr 2004 und vom Senat im Jahr 2008 in erster Instanz zugestimmt. Für eine Änderung der Verfassung muss aber zwei Mal vom Parlament abgestimmt werden. Das zweite Mal ist in beiden Kammern eine Zweidrittelmehrheit erforderlich, um eine Verfassungsänderung durchführen zu können, so weit ist es noch nicht gekommen.

Im Mai 2014 hat die Interessengruppe der niederländischen Richter, die Prüfung der Gesetze auf Verfassungswidrigkeit von Richtern, befürwortet. Der Gedanke ist, dass eine richterliche Überprüfung von Gesetzen auf Grundrechte in der Verfassung keines Landes fehlen darf, schon gar nicht in einer stabilen Demokratie, wie den

<sup>18</sup> Art. 93. GW ‚Bestimmungen von Verträgen und Beschlüssen völkerrechtlicher Organisationen, die ihrem Inhalt nach allgemeinverbindlich sein können, haben Verbindlichkeit nach ihrer Veröffentlichung.‘ Art. 94. GW, Innerhalb des Königreichs geltende gesetzliche Vorschriften werden nicht angewandt, wenn die Anwendung mit allgemeinverbindlichen Bestimmungen von Verträgen und Beschlüssen völkerrechtlicher Organisationen nicht vereinbar ist.‘

<sup>19</sup> Luc VERHEY: Rechter en democratie. *De Hofvijver*, nr. 43, d.d. 30 juni 2014.

<sup>20</sup> Martin SCHUBARTH: ‘Verfassungsgerichtsbarkeit?’ [www.martinschubarth.ch](http://www.martinschubarth.ch)

<sup>21</sup> Jan Willem SAP: Rode draad ‘Constitutionele Toetsing’, De soevereiniteit van de Nederlandse wetgever en de grondwettelijke zegen van de rechter. *Ars Aequi*, 52, nr. 3, (2003) 159.

<sup>22</sup> Handelingen Tweede Kamer 2001–2002, 28 331, nrs. 1–3.

Niederlanden. Der Rat für das Justizwesen (*Raad voor de Rechtspraak*) meinte das Aufheben des Verbots der Prüfung der Gesetze auf Verfassungswidrigkeit sei ein passendes Geschenk für die niederländischen Bürger aus Anlass der Zweihundertjahrfeier des Königreichs.<sup>23</sup> Allerdings wird es schwierig sein, dieses Verbot der Prüfung von Gesetze zu ändern, da der Gesetzgeber so seine eigene Macht beschränkt.

Allerdings gibt es auch eine Gegenbewegung in den Niederlanden. Das Parlamentsmitglied der Regierungspartei VVD Taverne hat in das Repräsentantenhaus einen Gesetzentwurf eingereicht mit dem Zweck die Möglichkeit von Prüfung der Gesetze von Richtern auf Widrigkeit mit internationalem Recht, drastisch zu reduzieren.<sup>24</sup>

Sie sehen, dass bei uns in den Niederlanden das Verfassungsrecht im Mittelpunkt von vielen verschiedenen Diskussionen steht. Derzeit ist es noch völlig offen, ob es in den kommenden Jahren einmal geändert wird.

---

<sup>23</sup> Frits BAKKER und Kees STERK zitiert in *Nederlands Dagblad*, 7 Marz 2014.

<sup>24</sup> Kamerstukken II 2013/14, 33 359 (R 1986), nr. 4.



## DIE ORGANISATION DER FESTSPIELE IM ARCHAISCHEN ROM

Magdolna GEDEON  
Universität Miskolc

Professor Zlinszky beschäftigte sich mit der Geschichte vom archaischen Rom, seine Forschungen erstreckten sich auch auf die rechtlichen Verhältnisse der Stadtgründung. In seinen Vorlesungen wollte er als Jurist aus der Praxis immer die alte römische Geschichte für seine Zuhörer lebendig werden lassen. Er betonte, dass wir bei der Gründung von Rom, nicht an die prachtvolle Hauptstadt des kaiserlichen Weltreiches denken dürfen, die auch in Filmen gezeigt wird. Er sagte, dass Rom am Anfang ein Dorf mit einigen Hütten war. Die Umgebung war eine ziemlich ungesunde und sumpfige Landschaft, aber dieser Platz war für Glücksritter und für flüchtige Kriminelle als Versteck sehr geeignet. Das war der Ausgangspunkt für die Entwicklung Roms, die gerade mit Hilfe des Rechts ihren Anfang genommen hat. Bei der Forschung zur archaischen römischen Geschichte besteht eine grundsätzliche Frage darin, ob die Quellen der historischen Literatur, vor allem das Werk von Livius, in Betracht genommen werden dürfen. Einige Forscher, z.B. aus Frankfurt, lehnen diesen Quellen ab. Professor Zlinszky betonte im Gegensatz dazu, dass wenn man die märchenvollen Elemente abschneidet, die übriggebliebenen Teile benutzt werden können. Sein Vergleich aus der Praxis lautete: Obwohl mehrere Autoren die Geschichte von Odysseus für unwahrscheinlich gehalten haben, kam es schließlich doch zur Ausgrabung der Stadt Troja.<sup>1</sup> Wie wir sehen werden, gilt diese Feststellung auch für das Gebiet der Festspiele, wo die archäologischen Funde die Worte von Livius bestätigen.

Zur Entstehungsgeschichte von Rom werden bis heute mehrere Meinungen vertreten. Prof. Zlinszky hat dazu eine eigene Theorie ausgearbeitet. Er bestreitet die Meinung von Mommsen, der behauptet, dass Rom erst nach einer längeren Entwicklung als Staat betrachtet werden kann, Rom also entgegen der Überlieferung nicht an einem Tag gegründet wurde. Prof. Zlinszky hat aber gemeint, wenn das genaue Datum, 21. April 753 vor Chr., vielleicht nicht wahr ist, kann diese Festsetzung

---

<sup>1</sup> ZLINSZKY, János: *Ius publicum*. Budapest, Osiris–Századvég, 1994. 28.

trotzdem darauf hinweisen, dass Rom schon von Anfang an mit einer künstlichen Gesellschaftsorganisation, also gerade unter Zuhilfenahme des des Rechts als Staat gegründet wurde. „*Die Eigenart des römischen Staats und des Rechts ist nicht aus der Entwicklungstheorie zu erklären.*“<sup>2</sup> Diese Thesen möchte ich von einem anderen Aspekt her unterstützen. Der frühe rechtliche Rahmen des Lebens in Rom und die zu einem bestimmten Zeitpunkt durchgeführte Staatsgründung finden eine Bestätigung in der Einführung und Organisation der Festspiele.

Zlinszky war der Ansicht, dass das Normensystem in Rom von Anfang eine Dreigliederung aufwies: *ius publicum*, *mores boni* und *ius privatum*. Der Professor betont, dass das Sakralrecht in das *ius publicum* inkorporiert wurde: „*Sakrale Regeln gebraucht die archaische Gesellschaft dort, wo antagonistische Gegensätze das Grundwesen bedrohen. Die Heiligung der Macht ist nötig, wenn und wo sie nicht natürlich oder selbstverständlich ist. Sakrale Regeln bewahren ferner ihre formale Gestalt und sind stabil. Dadurch eignen sie sich besonders dazu, als Muster für sicheres Recht zu dienen. Und sakrale Regeln haben den großen Vorteil, dass es gegen sie keine Appellation gibt: Gottes Wille kennt kein Warum.*“<sup>3</sup>

Dieses Zitat kann sehr gut auch auf die Festspiele angewandt werden. Bei der Organisation der Spiele trafen die Regeln des Sakralrechts und des öffentlichen Rechts zusammen. Sie dienten der Festigung der Macht des Königs und waren so stabil, dass sie sogar noch in der Kaiserzeit galten und niemand ihre Gültigkeit in Frage stellen wollte. Cicero schreibt in diesem Zusammenhang Folgendes: „*Wir überragten weder an Bevölkerungszahl die Hispanier noch an Stärke die Gallier noch an Schläue die Punier noch an Kunstfertigkeit die Griechen, noch schließlich die Italiker und die Latiner selbst durch die diesem Volk und Land von Natur aus eigentümliche Sinnesart; wohl aber waren wir an pietas und religio und in jeder Hinsicht auf das eine Wissen, dass durch das Walten der Götter alles bestimmt und geleitet wird, allen Völkern und Nationen überlegen.*“<sup>4</sup> Also gehörte nach römischem Empfinden Staatliches und Religiöses von Anfang an zum Wesen des römischen Staates. Diese Besonderheit bildete auch in den Augen Ciceros eine entscheidende Charakteristik Roms.<sup>5</sup>

Die Mischung der sakralen und der öffentlichen Regeln kommt auch in der Organisation der Spiele zum Ausdruck. In der Spielorganisation nahmen nämlich auch die Priesterkollegien neben dem *rex* teil. Der *rex* hatte die volle Macht und spielte zwischen Göttern und Staat eine vermittelnde Rolle. Aus dieser Rolle ergab sich, dass der *rex* das Recht hatte, die Veranstaltung der Spiele anzuordnen. Wenn wir die Berichte von Livius betrachten, können wir bemerken, dass die Organisation der Festspiele auch in den frühen Zeiten eine feste Prozessordnung hatte. Die

<sup>2</sup> János ZLINSZKY: Schriftlichkeit und Mündlichkeit im römischen Recht. (1993) In: Nadja EL BEHEIRI (Hrsg.): *Durch das römische Recht, aber dasselbe hinaus*. Budapest, PAN Verlag, 2008. 122.

<sup>3</sup> ZLINSZKY (1993) aaO. 123.

<sup>4</sup> Cic. de harusp. 9,19.

<sup>5</sup> Vgl. Angelika KÖNIG – Ingemar König: *Der römische Festkalender der Republik. Feste, Organisation und Priesterschaften*. Stuttgart, Philipp Reclam jun. GmbH & Co., 1991. 29.

These Zlinszkys zur Entstehungsgeschichte Roms findet auch auf diesem Gebiet eine Bestätigung.<sup>6</sup> Diese Feste wurden demnach nicht nach gewohnheitsmäßigen Regelungen, die einer langen Entwicklung unterworfen waren veranstaltet, vielmehr hielten sich die Römer immer an eine feste Ordnung im Verfahren zu Veranstaltung der Spiele. Bereits der erste König Romulus ordnete die Veranstaltung von Spielen an. Am Anfang handelte es sich dabei um Zirkusspiele, wobei die Wagenrennen im Mittelpunkt standen. Thuillier bezeichnet Rom sogar als „die Tochter der Zirkusspiele.“<sup>7</sup> Livius berichtet nämlich über dem Raub der Sabinarinnen, der an einem Festspiel durchgeführt wurde, das Romulus gerade deswegen verordnet hatte.<sup>8</sup> Der enge Zusammenhang zwischen den Spielen und der Stadtgründung und auch die Wahrheit der Berichte von Livius, werden durch ein Kontorniat bewiesen. Thuillier erklärt nämlich: „Noch im vierten Jahrhundert n. Chr. zeigt ein Kontorniat auf der Vorderseite das Brustbild eines Wagenlenkers und auf der Rückseite einen Kaiser, wie er mit dem Pflug den *sulcus primigenius*, die Gründungsfurche, zieht. Das Nebeneinander dieser Darstellungen ist nicht zufällig, sondern muss symbolisch verstanden werden.“<sup>9</sup>

Diese Beweise sprechen gegen jene Autoren, die vertreten, dass das römische Volk aus den etruskischen Sippen hervorgegangen ist.<sup>10</sup> Die natürliche Entwicklung einer Gesellschaft macht es nicht notwendig, Frauen zu rauben. Zu dieser Geschichte passt viel mehr die Ansicht von Prof. Zlinszky: „Ich kann mir ganz gut vorstellen, dass im seit dem 10. Jahrhundert spärlich bewohnten Sumpfbereich, wo heute Rom steht, sich um Mitte des 8. Jahrhunderts eine an sich und für die Gegend bedeutende Zahl ausgestoßener Elemente, Abenteurer, Vagabunden aus allen drei angrenzenden ethnischen Gebieten zusammengefunden hat, und dort unter einem – vielleicht tatsächlich aus Alba Longa stammenden – Führer für Verteidigungszwecke eine Organisation schuf. Zum Muster diente ihnen die Einrichtung der latinischen Stammesgruppen, obwohl sie ethnisch aus heterogenen Elementen bestand.“<sup>11</sup> Diese Elemente waren junge Männer, die zur Familiengründung eine Frau brauchten. Thuillier meint, dass die genaue Zahl (638) der geraubten Frauen bei Dionys von

<sup>6</sup> Eine Zusammenfassung der Regeln der Spielorganisation vgl. Magdolna GEDEON: Juristische Regelung der Einführung und der Organisation der Zirkusspiele im alten Rom bis zur Prinzipatszeit. *Journal on European History of Law*, 2011/2. 39–42.

<sup>7</sup> Jean-Paul THUILLIER: *Sport im antiken Rom*. Darmstadt, WBG, 1999. 2.

<sup>8</sup> LIV. 1,9–13.

<sup>9</sup> THUILLIER aaO. 2.

<sup>10</sup> In der neueren ungarischen Fachliteratur kann das Werk zum öffentlichen Recht von Attila PÓKECZ-KOVÁCS erwähnt werden. Der Verfasser folgt der Auffassung, dass die Stadtgründung erst unter den etruskischen Königen vorgenommen wurde. Er hält für ganz klar erwiesen, dass der römische *populus* sich aus den etruskischen Sippen entwickelt hat. Vgl. PÓKECZ-KOVÁCS, Attila: *A királyság és a köztársaság közjogi intézményei Rómában*. [Die öffentlich rechtlichen Instituten des Königtums und der Republik in Rom] Budapest–Pécs, Dialóg Campus, 2014. 21. Er lässt aber außer Betracht, worauf Prof. Zlinszky mehrmals hingewiesen hat, dass eine künstliche Organisation der Gesellschaft, die in Rom sich zeigte, nicht im Wege einer natürlichen Entwicklung entstehen kann. kann nicht durch natürlicher Entwicklung entstehen.

<sup>11</sup> János ZLINSZKY: Arbeit im archaischen Rom. (1989) In: EL BEHEIRI (hrsg.) aaO. 202.

Halikarnaß ein „*verblüffend genauer Zeugnis*“ ist.<sup>12</sup> Dafür spricht auch, dass vielen der antiken Autoren neben Livius über dieser Geschichte schrieben.<sup>13</sup>

Die Spiele waren also geeignet, die verschiedenen, ausgestoßenen Leute zu vereinigen, daneben konnte der „*Führer*“, der *rex*, auch seine Macht verkündigen. Dies geschah in einem Festspiel zur Ehre des Consus, einer agrarischen Gottheit. Die *Consualia* wurden am 21. August als Erntefest, und 15. Dezember als Fest zum Abschluss des Ausdrusches organisiert.<sup>14</sup> In der Überlieferung finden wir diese Feier auch in den augusteischen Zeiten. Obwohl der *rex* das Recht zur Einführung der Spiele hatte, gehörte die Veranstaltung des Wettrennens der Maultiere in den Zuständigkeitsbereich des Kollegiums der Pontifices.<sup>15</sup>

Diese Arbeitsteilung zwischen dem *rex* und den Priestern kann auch hinsichtlich der übrigen Spiele, bei der *Equirria* und bei dem *Equus October* beobachtet werden. Diese Feste hingen mit den kriegerischen Jahreszeiten zusammen. Beide Feste wurden von Romulus eingeführt, wobei die Priester die Wagenrennen veranstalteten.<sup>16</sup>

Nach Cicero führte auch Numa Pompilius mehrere Spiele ein, die Schaffung des Festkalenders kann auf ihn zurückgeführt werden.<sup>17</sup> Er band die Feste in einen festen Kalender ein, um auf diese Weise das öffentliche Leben durch den Wechsel von Arbeitstagen und Feiertagen zu regeln.<sup>18</sup> Die Tätigkeit von Numa Pompilius ist ein weiteres Argument gegen die Ansicht, dass die Stadtgründung erst unter den etruskischen Königen durchgeführt wurde. Die Abfassung eines festen Kalenders braucht eine volle Macht und eine bestimmte Bevölkerung, die durch die im Kalender festgesetzten Feste zusammengehalten wird, und für die Arbeits- und Feiertagen vorgeschrieben werden konnten.<sup>19</sup>

<sup>12</sup> THULLIER aaO. 1.

<sup>13</sup> Cic. de rep. 2,12-14; Ovid. fasti 3,167-258; OVID. a.a. 1,101-34; PLUTARCH. rom. 14-2.

<sup>14</sup> Georg WISSOWA: *Religion und Kultus der Römer*. München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1971. 202.

<sup>15</sup> VARRO l. l. 6,20.

<sup>16</sup> Zu diesen Festen s. ausführlicher: Frank BERNSTEIN: Die römischen Ecurria/Equirria – kriegerische Feste? *Nikephoros*, 12, 1999. 149–169.

<sup>17</sup> Cic. rep. 27.

<sup>18</sup> Vgl. KÖNIG aaO. 29.

<sup>19</sup> Nach Pókecz-Kovács wurde Rom erst ca. 630 vor Chr. als Staat gegründet. S. PÓKECZ-KOVÁCS a.a.O. 22. Meiner Meinung nach ist die Trennung, dass Rom vor den etruskischen Königen noch nicht als Staat betrachtet werden darf, sinnlos. Dagegen sprechen, neben dem oben erwähnten Kontorniat, auch die späteren römischen Traditionen. In diesem Zusammenhang können wir z.B. Augustus erwähnen, der sich zur Bestärkung seiner Macht mit Romulus vergleichen wollte. Er hatte vor, den Name des ersten Königs anzunehmen dies wird auch durch die *Ara Pacis Augustae* propagiert, wo die Darstellung des Romulus zeigt, dass Augustus als der zweite Staatsgründer betrachtet wurde. S. HOFFMANN, Zsuzsanna: *A hatalom megnyilvánulási formái és szimbolikája az ókori Rómában*. [Die Offenbarungsformen und die Symbolik der Macht im antiken Rom] *Aetas*, 2007/4. 147–148. Die Römer kannten ihre Geschichte wahrscheinlich besser als die Forscher unserer Tage. Szmodis meint, dass diese Traditionen aus den späteren lateinischen Elementen abgeleitet wurden. Vgl. SZMODIS, Jenő: *A jog realitása* [Die Realität des Rechts]. Budapest, Kairosz, 2005. 131.

Die wichtigsten Festspiele, die *ludi Romani* oder *magni*, begannen ihre Karriere auch in der Königszeit. Nach Livius und Cicero wurden diese *ludi* von Tarquinius Priscus zur Feier der erfolgreichen Beendigung der lateinischen Kriege eingeführt. Der Bericht von Livius lautet: „*Tarquinius Priscus sei aus einem Krieg gegen die Latiner zurückgekehrt [...] und habe dann in Rom prächtigere Spiele als die früheren Könige veranstaltet [...] und seien dann weiterhin jährlich varanstaltet worden; ihr Name sei Romani oder magni gewesen.*“<sup>20</sup> Die Wahrheit dieser Feststellung von Livius könnte beweisen, dass „*die früheren Könige*“ vor dem ersten etruskischen *rex* schon Spiele veranstalteten. In diesem Zitat von Livius findet sich auch folgende Aussage: „*Pferde und Fechter, die man größtenteils aus Hetrurien kommen ließ, machten den Gegenstand der Spiele aus.*“<sup>21</sup> Thuillier berichtet: „*Dachte Livius bei diesen Worten an die Consualia, die Romulus gegründet hatte? [...] Eine geritzte Buccero-Vase, die im letzten Jahrhundert in Veji gefunden wurde und die in das letzte Drittel des siebenten Jahrhunderts v. Chr. datiert wird, belegt Livius' Aussage: Neben verschiedenen Motiven von Tieren und Fabelwesen kann man auf dem Ball dieser olla eine sehr schöne Faustkampfszene mit zwei Boxern sehen.*“<sup>22</sup> Diese Vase stellt einen Beleg für die Überlieferung dar, die die Stadt für die Tochter der Zirkusspiele hielt, sie bestätigt auch die Nutzbarkeit der Berichte der Historiker.

Mommsen meint, dass der Bericht von Livius, dass die *ludi Romani* schon in der Königszeit *sollemnes*, also jährlich veranstaltete Spiele waren, nicht wahr ist. Da nämlich Tarquinius Priscus die Spiele nach dem Sieg über die Latiner oder über die Etrusker eingerichtet habe, handele es sich um die Einlösung eines Gelübdes. Also waren diese Spiele außerordentliche, auf besonderem Votum beruhende Spiele und sind erst später, im 4. Jahrhundert zu jährlich veranstalteten Spielen, zu *ludi annui* geworden.<sup>23</sup> Dazu kann man noch hinzufügen, dass die *ludi votivi* auch zur Ehre von Iuppiter veranstaltet wurden, genau so wie die *ludi Romani* oder *magni*.

Die Votivspiele waren auch in der Republik von großer Bedeutung. eine große Bedeutung. Die Quellen informieren uns ausführlich über das Verfahren zur Veranstaltung der Votivspiele, was einen weiteren Beleg für die frühe Rolle des Rechts darstellt. Der Grund für diese Spiele war nämlich ein *votum*, in dem die Römer in einer schweren Lage gelobten Iuppiter für seine Hilfe Spiele zu veranstalten. Die zur Einlösung eines Gelübdes veranstalteten Spiele waren immer außerordentliche Spiele. An der Durchführung des Gelübdes nahm auch ein Pontifex teil, der den Text des *votums* vorsagte. In der Königszeit lobte wahrscheinlich selbst der König, dass er als Vertreter des römischen Staates für die Hilfe von Iuppiter Spiele veranstalten wird.<sup>24</sup>

<sup>20</sup> Liv. 1,35; Cic. rep. 2,36. (Übers. BERNSTEIN aaO.)

<sup>21</sup> Übers. Konrad HEUSINGER: *Titus Livius: Römische Geschichte*. Braunschweig, Fridrich VIEWFG, 1821. 64.

<sup>22</sup> THULLIER aaO. 12.

<sup>23</sup> Theodor MOMMSEN: *Die ludi magni und Romani*. In: *Römische Forschungen II*. Berlin, Weidmannsche Buchhandlung, 1879. 42–57.

<sup>24</sup> Über die Regeln des Verfahrens der Votivspiele s. GEDEON a.a.O. 39.

Die Ansicht von Mommsen war auch für spätere Arbeiten bestimmend, Bernstein zweifelt aber an dieser These. Mommsen leitet nämlich seine Thesen aus dem Namen der *ludi* ab, also aus den *ludi Romani* oder *magni*. Obwohl die Votivspiele später auch als *ludi magni* bezeichnet wurden, erklärt Bernstein diese Tatsache damit, dass diese Spiele großen Aufwand benötigten und beide wurden zur Ehre von Iuppiter veranstaltet, deshalb erhielten sie auch das Attribut *magni*.<sup>25</sup> Meiner Meinung nach ist in Betracht zu ziehen, dass Iuppiter die Hauptgottheit der Römer war, was dazu führt, dass dem Bericht des Livius Recht gegeben werden kann, da es unwahrscheinlich wäre, dass die Römer gerade ihrem Hauptgott keine jährlichen Spiele veranstaltet hätten.

Diese Spiele sind zum Vorbild der späteren *ludi publici* in der Republik geworden. Die *ludi publici* waren die von einem Magistrat zur Ehre einer Gottheit an einem bestimmten Tag des Jahres jährlich veranstalteten Spiele. Die *ludi Romani* blieben in der Reihe der *ludi publici* die wichtigsten Festspiele. Diese mehrtägigen Spiele fingen am 4. September an, in ihrem Rahmen wurden vor allem zirkensische Spiele veranstaltet.<sup>26</sup>

Wie wir dieser Auflistung entnehmen können, wurden sehen, wollten diese Festspiele zu Ehren einer Gottheiten eingeführt, die den Staat in seinen zwei wichtigsten Aufgaben unterstützte. Dies entspricht einem anderen Zitat von Professor Zlinszky: „*Erst kannte Rom Naturgottheiten zum Schutz des Viehes und der Saat, dazu kriegerische Götter und ihre Priester. Dann, durch etruskischen Einfluss halten die drei Hauptgottheiten in ihren neuen prunkhaften Tempel Einzug.*“<sup>27</sup> In diesem Sinne kann festgehalten werden, dass zuerst die *Consualia* zu Ehre der agrarischen Gottheit, Consus, dann die *Equirria* zur Ehre von Mars, und der *Equus October* eingeführt wurden. Tarquinius Priscus führte als etruskischer König die *ludi Romani* zur Ehre von Iuppiter ein.

Die frühe Geschichte der Festspiele in Rom zeigt auch die Wahrheit einer weiteren Lehre von Professor Zlinszky. In der Debatte, ob die Geschichte des römischen Reiches mit einer Staatsgründung oder mit einer Stadtwerdung begann, hat er sich für einen Mittelweg ausgesprochen: „*Es war eine Staatsgründung in einer bestimmten Minute des Stadtwerdungsprozesses, doch sie wurde für diesen Prozess von ausschlaggebender Bedeutung.*“<sup>28</sup>

Im Prozess der Stadtwerdung kam es auch auf dem Gebiet der Festspielen zu Fortschritten. Man begann neben den Tempeln, einen festen Platz für Wagenrennen zu errichten. Die Pferderennen wurden zuerst am Marsfeld veranstaltet. Die Wendepunkte wurden jeweils von Fall zu Fall aufgestellt, außerdem gab es weder

<sup>25</sup> Frank BERNSTEIN: *Ludi publici*. Stuttgart, 1998. 31–35.

<sup>26</sup> Vgl. Ludwig FRIEDLÄNDER: Die Spiele. In: Joachim MARQUARDT – Theodor MOMMSEN (hrsg.): *Handbuch der römischen Alterthümer*. Leipzig, Verlag von S. Hirzel, 1885. 498. Nach der Meinung von FRIEDLÄNDER: „*Vielleicht erst damals, nach der Einführung der curulischen Aeditilität (388), wurden sie in ein stehendes Fest, und damit auch die Tage festgestellt.*“

<sup>27</sup> ZLINSZKY (1989) In: EL BEHEIRI (hrsg.) aaO. 202.

<sup>28</sup> Ibid. 203.

festen Sitzplätze noch ständige *spina*, die die Rennbahn markierten. Nach einem Bericht von Livius wurde die Vallis Murcia von Tarquinius Priscus ausgewählt, um dort einen Zirkus zu bauen.<sup>29</sup> In diesem Tal stand der Altar von Consus, schon Romulus veranstaltete hier die *Consualia*. Die Arbeit wurde von den etruskischen Königen begonnen, wo diese ihre Sitzplätze aus Holz errichtet hatten, wurde später der *Circus Maximus* gebaut.<sup>30</sup>

Neben der Herstellung des geeigneten Platzes bestand ein großes Problem in der Besorgung der nötigen Wagen und Wagenlenker. In der Königszeit und auch in der frühen Republik stellten wahrscheinlich die römischen Bürger die Gespanne dem Spielveranstalter zur Verfügung.<sup>31</sup> Im Zwölf Tafelgesetz finden wir eine Regel in Rahmen der Aufwandsbeschränkungen gegen den Grabluxus: „*Qui coronam parit ipse pecuniave eius (honoris) virtutisve ergo arduitur – ei [...] ast ei parentive eius mortuo domi forisve imponetur se fraude esto.*“<sup>32</sup>

Eine Erklärung zu dieser Stelle findet sich beim älteren Plinius: „*So habe man sich selbst (also als Wagenlenker) bei den Zirkusspielen engagiert und seine Sklaven und Pferde eingebracht. Darauf nehme die Bestimmung des Zwölf Tafelgesetzes Rücksicht. Und niemand habe bezweifelt, dass mit der Angabe pecunia die Sklaven oder auch Pferde gemeint seien, die den Kranz errungen hätten. Die honos bestehe folglich darin, dass man den Verstorbenen oder dessen Vater sine Fraude den Kranz aufsetzen könne, solange er aufgebahrt sei bzw. der Leichnam nach draußen getragen würde.*“<sup>33</sup>

Interessanterweise bezweifelt Thuillier im Gegensatz zu dem Bericht des Plinius, dass die *corona* im Zwölf Tafelgesetz, als ein Siegespreis verstanden werden muss. Er meint, dass es sich bei der im Text des Gesetzes erwähnten *corona* um eine *corona militaris* handelt und Plinius den Bezug zu den Spielen seiner eigenen Erfahrungswelt entnahm. Diese Annahme stützt Thuillier auf Worte des Cicero: *coronam virtute partam*. Bernsetin stellt fest, dass Kriege und Spiele gleichermaßen Gelegenheiten boten, einen Kranz zu erringen, und Cicero einen Unterschied zwischen den Spielern machen wollte, die *quaestus causa* oder *virtutis gratia* auftraten, weil die Infamie nur die für Geld teilnehmenden Akteure traf.<sup>34</sup>

Eine weitere Betrachtung der Festspiele und der Rechtsstellung der Wagenlenker zeigt, dass die *virtus*, wegen der Gefährlichkeit der Wagenrennen, immer ein wichtiges Element dieses Sports blieb. Nicht nur der Sieg, sondern auch die Teilnahme war eine Ehre. Deshalb wendet Ulpian die Hauptregel, wonach alle *quaestus causa* und *ars ludicra* auftretenden Akteure mit der Infamie rechnen müssen, auf die Wagenlenker nicht an und setzt fest, dass weder die sie noch ihr Hilfspersonal

<sup>29</sup> Liv. 1,35; 1,56.

<sup>30</sup> THUILLIER aaO. 61.

<sup>31</sup> Diese Version des Zwölf Tafelgesetzes s. ZLINSZKY, János: *Állam és jog az ősi Rómában*. [Staat und Recht im archaischen Rom] Budapest, Akadémiai Kiadó, 1996. 52–74.

<sup>32</sup> S. ZLINSZKY (1996) In: EL BEHEIRI (hrsg.) aaO. 70.

<sup>33</sup> PLINIUS n.h. 21,3,7. (Übers. BERNSTEIN (1998) aaO. 69.

<sup>34</sup> BERNSTEIN (1998) aaO. 70–71.

durch die Androhung der Infamie belastet werden sollten: [...] *neque agitatores nec qui aquam equis spargunt ceteraque eorum ministeria, qui certaminibus sacris deserviunt, ignominiosi habeantur.*<sup>35</sup>

Die Geschichte und auch die weitere Entwicklung der römischen Sportveranstaltungen belegen eine weitere Feststellung von Professor Zlinszky: „*Staat und Recht Roms wurden weder von den Griechen noch von dem Mittleren oder Nahen Osten rezipiert.*“ Die römische Sportveranstaltungen wurden von Anfang an nicht als Leibesübung, wie bei den Griechen, sondern zur Unterhaltung des Publikums als Schauspiel organisiert. Deshalb können die römischen und nicht die griechischen Veranstaltungen als Vorläufer des modernen Schausports betrachtet werden.<sup>36</sup>

In einer kurzen Zusammenfassung möchte ich durch ein konkretes Beispiel die Theorie zur Staatsgründung von Professor Zlinszky unterstützen. Die Festspiele waren im archaischen Rom geeignet, die verschiedenen Elemente, die keine gemeinsamen Traditionen hatten, in einer Gesellschaft zu vereinigen. Die festgesetzten Regeln der Spielorganisationen, die sich schon am Anfang in Rom zeigten, beweisen die Lehre des Professors, dass die Zusammenfassung einer künstlichen Gesellschaftsorganisation nur mit Hilfe des Rechts, nach einer Staatsgründung möglich ist. Da diese Gesellschaft selbst nicht über eigene sich durch eine lang andauernde Praxis entwickelte Gewohnheiten verfügte, war es klar, dass Rom die Wagenrennen und andere sportliche Schauspiele „*aus Hetruriren kommen ließ.*“ Die römischen Könige übernahmen von den Etruskern im Rahmen der zirzesischen Spiele eine Art der Feier, die einer künstlichen Militärordnung am besten entsprach, die neben der Unterhaltung auch die Leibesübung und die *virtus* in den Mittelpunkt setzten. Diese Festspiele beeinflussten auch die Bautätigkeit im Stadtwerdungsprozess und begründeten das Erscheinungsbild der Stadt bis heute.

Professor Zlinszky hat immer betont, dass das römische Recht nicht ein abstraktes, nur von den Wissenschaftlern erreichbares Regelmateriale war. Das römische Recht erfüllte seine Funktion nicht nur bei der Staatsgründung, sondern auch im alltäglichen Leben der Stadt und des Weltreiches: „*Das Recht sollte allen dienen, sollte sakralen Ursprunges sein und ewige Werte tragen. Das aber sollte der Rechtsstaat auch heute: Werte sichern, ermöglichen, beschützen.*“<sup>37</sup>

<sup>35</sup> ULP. D. 3.2.4.pr.

<sup>36</sup> THUILLIER aaO. X.

<sup>37</sup> ZLINSZKY: Rechtsstaat Rom (1993). In: EL BEHEIRI (hrsg.) aaO. 118.



## DIGNITAS UND OTIUM IN CICEROS REDE FÜR SESTIUS

Tamás NÓTÁRI

Wissenschaftlicher Hauptmitarbeiter des Rechtswissenschaftliches Instituts  
des Sozialwissenschaftlichen Forschungszentrums der Ungarischen Akademie  
der Wissenschaften

Um Cicero zu würdigen, bedürfte es eines anderen Cicero, denn wie schon Quintilian in seiner *Institutiones oratoriae* zutreffend formulierte, ist Cicero kein menschlicher Name, sondern vielmehr ein Synonym der Beredsamkeit.<sup>1</sup> Jedoch dürfen wir aus Bewunderung für den Redner und Staatsmann den Cicero nicht vergessen, der auf dem Gebiet der Staats- und Rechtsphilosophie ebenfalls Bleibendes geschaffen hat. Für die ideale Verbindung forensischer Redekunst und staatsphilosophischen Gedankengutes liefert uns seine *Sestiana* ein Paradebeispiel. In der im März 56 v. Chr. gehaltenen Verteidigungsrede für Publius Sestius, der aufgrund der *lex Plautia de vi* angeklagt worden war, legte Cicero überzeugend dar, dass es sich beim Verhalten und Handeln seines Klienten um Notwehr gehandelt habe.<sup>2</sup> Die *Sestiana* war für Cicero die erste Gelegenheit, nach der Rückkehr aus dem Exil sein politisches Programm der Neuordnung der von *discordia* heimgesuchten *res publica* öffentlich zu formulieren. Neuordnung heißt in diesem Fall die Wiederherstellung der sullanischen Verfassung – bzw. der von Cicero als sullanisch verstandenen Verfassung – und der Führungsrolle des Senats. Dass der Prozess mit einem Freispruch für Sestius endete, war wahrscheinlich nicht ausschließlich der genialen forensischen Taktik Ciceros zu

---

<sup>1</sup> QUINT. *inst.* 110–112.

<sup>2</sup> Zur *lex Plautia* s. Wolfgang KUNKEL: *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit.* München, Beck, 1962. 123 f.; Friedrich MÜNZER: *Römische Adelsparteien und Adelsfamilien.* Stuttgart, Metzler, 1920. 200. ff.; Carl Joachim CLASSEN: Ciceros Rede für Caelius. In: Hildegard TEMPORINI (hrsg.): *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt, Bd. I/3.* Berlin–New York, de Gruyter, 1973. 60–94.; Wilfried STROH: *Taxis und Taktik. Die advokatische Dispositionskunst in Ciceros Gerichtsreden.* Stuttgart, Teubner, 1975. 246. f.; Theodor MOMMSEN: *Römisches Strafrecht.* Leipzig, Duncker & Humblot, 1899. 564. f.

verdanken, sondern auch jener Überzeugungskraft, mit der er die Hörer für sein mit mitreißendem Pathos dargelegtes staatspolitisches Programm zu begeistern wusste.<sup>3</sup>

Der vorliegende Beitrag möchte erstens einen kurzen Einblick in die Ereignisse während des Exils und der Rückkehr Ciceros, d. h. in die politisch-juristischen Hintergründe der Rede geben. Zweitens soll dem staatsphilosophischen Gedankengut der *Sestiana* Aufmerksamkeit gewidmet werden, da Cicero eine einzigartig brillante Definition der zur Führung des Staates berufenen Optimaten formuliert, indem er sich einerseits der rhetorischen Situation anpasst, andererseits aber seiner politischen Überzeugung treu bleibt. Im Zusammenhang mit der Kategorie der Optimaten stellt er die grundlegende Bedeutung zweier, für den *optimus quisque* im öffentlichen Leben maßgebende Wertbegriffe – *dignitas* und *otium* – in den Mittelpunkt. Die *dignitas* als ein Festhalten an moralischen Werten, an Haltung und Würde und das *otium* als ein Kriterium für materiellen Wohlstand, (Rechts)Sicherheit und Ruhe im öffentlichen Leben bilden im Gedankengang Ciceros eine harmonische Einheit, eine Synthese des *cum dignitate otium*.

## 1. Der historische Hintergrund der Rede für Sestius

Zweifelsohne war das Konsulatsjahr der Höhepunkt der politischen Karriere des *homo novus* Cicero, dessen Vorfahren keine kurulischen Ämter innehatten.<sup>4</sup> Durch das Aufdecken der Catilinarischen Verschwörung, die Rettung des Staates und das Erschaffen der *concordia ordinum* stieg er als *pater patriae* in die Reihe der *principes civitatis* empor und hoffte mit gutem Recht auf einen zeit seines Lebens andauernden Dank seiner Mitbürger und einen ausschlaggebenden Einfluss auf das künftige öffentliche Leben.<sup>5</sup> Diese Hoffnungen schwanden aber früher, als es sich irgendjemand gedacht hätte: Zwei der am 10. Dezember 63 ins Amt tretenden Volkstribunen, L. Calpurnius Bestia und Q. Caecilius Metellus, betrieben sofort eine heftige Agitation gegen Cicero, indem sie ihn beschuldigten, trotz des *senatus consultum ultimum*, der allgemeinen Zustimmung des Senats, und der Öffentlichkeit fünf als *hostes rei publicae* geltende Catilinarier widerrechtlich hingerichtet haben zu lassen, sie legten ein Veto dagegen ein, dass er an seinem letzten Amtstag, am 29. Dezember, eine an das Volk gerichtete Rede hielt.<sup>6</sup> Somit hatte er lediglich die Gelegenheit, einen öffentlichen Eid zu leisten, in dem er beschwor, einerseits

<sup>3</sup> Inga MEYER: *Von der Vision zur Reform. Der Staat der Gesetze – Ciceros Programm einer Neuordnung der Römischen Republik: 56–51 v. Chr.* München, Utz, 2005. 9. ff., 20. ff.

<sup>4</sup> Hierzu siehe ausführlich Christian MEIER: *Cicero Consulat*. In: Gerhard RADKE (hrsg.): *Cicero, ein Mensch seiner Zeit*. Berlin, de Gruyter, 1968. 61–116.

<sup>5</sup> Filippo MATERIALE: *L'ideale politico di Cicerone nella pro Sestio*. In: Francesco SALERNO (ed.): *Cicerone e la politica*. Napoli, Satura, 2004. 145–152., 147; Gerhard KRÜGER: *M. Tullius Cicero, Pro P. Sestio oratio*. Stuttgart, Reclam, 1991. 187.

<sup>6</sup> Vgl. Jochen BLEICKEN: *Die Verfassung der römischen Republik*. Paderborn, Schöningh, 1975. 92. ff.; Sergej Lvovič UTTSCHENKO: *Cicero*. Berlin, Deutscher Verlag der Wissenschaften, 1978. 121. ff.; Hans DREXLER: *Die Catilinarische Verschwörung*. Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1976. 124. ff.; Marion GIEBEL: *Marcus Tullius Cicero*. Reinbek bei Hamburg, Rowohlt, 1977. 45. ff.

während seines Konsulats Recht und Gesetz geachtet, andererseits den Staat gerettet zu haben.<sup>7</sup> Schon am Ende des Jahres 61 beklagt er in einem Brief an Atticus, dass weder die von ihm erschaffene *concordia* noch seine Verdienste ihm den nötigen Schutz zu geben vermögen.<sup>8</sup>

Diesen Schutz hoffte er, bei Pompeius zu finden, der ihn wiederum für die Ziele des Triumvirats zu gewinnen versuchte. Cicero erkannte zwar genau, dass sein Beitritt zum Triumvirat ihm den nötigen Schutz vor den Angriffen wegen seines Vorgehens gegen die Catilinarier sichern könnte, wollte sich jedoch dank seiner moralischen Weit- und politischen Kurzsicht nicht mit Caesar auf eine Plattform stellen, den er als gefährlichen Popularen ansah. Um stärkeren Druck auf ihn auszuüben, fand Caesar in Ciceros Todfeind P. Clodius Pulcher ein williges Werkzeug.<sup>9</sup>

Clodius beschloss, um alle Hindernisse für seine Rache an Cicero aus dem Wege zu räumen, sich zum Volkstribun wählen zu lassen.<sup>10</sup> Nachdem er mit den Konsuln des Jahres 58, d. h. Gabinius und Caesars Schwiegervater Piso, einen Pakt abgeschlossen hatte, dass die beiden nach ihrem Amtsjahr mit entsprechenden finanziellen und militärischen Konditionen die von ihnen gewünschten Provinzen erhalten würden,<sup>11</sup> ließ er am Ende desselben Jahres die *lex Clodia de capite civium* mit rückwirkender Kraft erbringen, die das Hinrichten römischer Bürger ohne ein Gerichtsurteil und die Möglichkeit der *provocatio ad populum* androhte.

Das Gesetz enthielt zwar nicht ausdrücklich den Namen Ciceros, doch war das Ziel dieses in Gesetzesform gehüllten Racheaktes für jeden unmissverständlich. Cicero und Tausende von Bürgern legten Tauerkleidung an und wandten sich an den Senat, während Clodius und seine Banden Unruhe stifteten. Piso blieb der Senatssitzung fern, und Gabinius lehnte es strikt ab, Partei für Cicero zu ergreifen. Auf Anraten des Volkstribuns L. Ninius kleidete sich der gesamte Senat in Trauergewänder.<sup>12</sup> Daraufhin rief Gabinius die *contio plebis* zusammen, verkündete, dass der Senat jegliche politische Macht und Bedeutung verloren hätte, und drohte den Rittern wegen der von Cicero angeordneten Hinrichtung der fünf Catilinarier am 5. Dezember 63 blutige Rache an. Um seinen Worten mehr Gewicht zu verleihen, schickte er in seinem Edikt den sich für Cicero einsetzenden L. Aelius Lamia ins

<sup>7</sup> Cic. *fam.* 5, 2, 7.

<sup>8</sup> Cic. *Att.* 1, 17, 10.

<sup>9</sup> Über die Hintergründe der Feindschaft zwischen Cicero und Clodius siehe W. M. F. RUNDELL: Cicero and Clodius: The Question of Credibility. *Historia*, 28/3., 1979. 301–328.; Richard HEINZE: Ciceros Rede pro Caelio. *Hermes*, 60., 1925. 193–258.; Jörg P. SPIELVOGEL: Clodius P. Pulcher – eine politische Ausnahmeerscheinung der späten Republik? *Hermes*, 125., 1997. 56–74.; David. F. EPSTEIN: Cicero's Testimony at the Bona Dea Trial. *Classical Philology*, 80., 1986. 229–235.; Michele R. SALZMAN: Cicero, the Megalenses and the Defense of Caelius. *American Journal of Philology*, 103., 1982. 299–304.

<sup>10</sup> Vgl. Erich S. GRUEN: P. Clodius: Instrument or Independent Agent? *The Phoenix*, 20., 1966. 120–130.; Philippe MOREAU: *Clodiana religio. Un procès politique en 61 av. J.-C.* Paris, Les belles lettres, 1982. 45. ff.

<sup>11</sup> Cic. *Sest.* 24. 33.

<sup>12</sup> Cic. *Sest.* 25. ff.

Exil.<sup>13</sup> Die Konsuln ordneten an, dass der Senat die Trauerkleidung ablegen sollte,<sup>14</sup> während Clodius verkündete, mit dem Einverständnis und im Sinne der Triumviren gehandelt zu haben.<sup>15</sup> Öffentlich äußerte sich zwar keiner der Triumviren, jedoch hoffte Cicero, dass Pompeius sein Versprechen, ihm zur Hilfe zu kommen, einlösen würde.<sup>16</sup>

Gabinus und Piso bestanden weiterhin darauf, dass die von Cicero anbefohlenen Hinrichtungen unrechtmäßig gewesen seien, da er römische Bürger ohne ein Gerichtsurteil und ohne, dass sie die Möglichkeit der *provocatio* in Anspruch hätten nehmen können, erdrosseln hatte lassen. Dabei ließen sie allerdings die ihm vom Senat kraft des *senatus consultum ultimum* gegebene Vollmacht außer Acht.<sup>17</sup> Caesar, der seinerzeit gegen die Hinrichtung der fünf Verschwörer Stellung bezogen hatte,<sup>18</sup> stand der rückwirkenden Anwendung der *lex Clodia de capite civium* skeptisch gegenüber.

Nachdem er die düsteren Aussichten wahrgenommen hatte, ging Cicero im März 58 freiwillig ins Exil,<sup>19</sup> da sein Bleiben – wie er die Entscheidung im Nachhinein zu begründen versuchte – einen blutigen Bürgerkrieg ausgelöst hätte, was er nicht verantworten wollte.<sup>20</sup> Sein Haus wurde geplündert, die Beute teilten sich Clodius und die Konsuln, die das Staatswohl für die von ihnen erwünschten Provinzen aufgeopfert hatten.<sup>21</sup> Mit einem weiteren Gesetz erreichte Clodius, dass Ciceros gesamtes Vermögen konfisziert wurde und dass es dem ins Exil vertriebenen *pater patriae* verwahrt bleiben sollte, sich in Italien niederlassen zu dürfen.<sup>22</sup> An der Stätte seiner zerstörten Villa auf dem Palatin weihte Clodius unter skandalösen Umständen, was Cicero später aber noch zu Gute kommen sollte, der Göttin Libertas einen Tempel.<sup>23</sup>

<sup>13</sup> Cic. *Sest.* 28. ff.

<sup>14</sup> Cic. *Sest.* 32.

<sup>15</sup> Cic. *Sest.* 39. f.

<sup>16</sup> Cic. *Sest.* 15.

<sup>17</sup> Zur *provocatio ad populum* s. Jochen BLEICKEN: Ursprung und Bedeutung der Provokation. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, 76., 1985. 324–377.; Andrew W. LINTOTT: *Provocatio*. From the Struggle of the Orders to the Principate. In: Hildegard TEMPORINI (hrsg.): *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*, Bd. 1/2. Berlin–New York, de Gruyter, 1974. 226–277.

<sup>18</sup> SALL. *Cat.* 51, 1–43.

<sup>19</sup> SALL. *Cat.* 51, 1–43.

<sup>20</sup> Cic. *Sest.* 43. ff. Vgl. Manfred FUHRMANN: *Cum dignitate otium*. Politisches Programm und Staatstheorie bei Cicero. *Gymnasium*, 67., 1960. 481–500., 496.

<sup>21</sup> Cic. *Sest.* 53. f.

<sup>22</sup> Cic. *Sest.* 65. 69.

<sup>23</sup> Zu der skandalösen und daher ungültigen Tempelweihe siehe Thomas KÖVES-ZULAUF: *Bevezetés a római vallás és monda történetébe [Einführung in die Geschichte der römischen Religion und Sage]*. Budapest, Telosz, 1995. 65. ff.

Clodius konnte sich nunmehr als wirklicher Herr Roms fühlen und versuchte, jeglichen Widerstand mit seinen Knüppelbänden auszurotten.<sup>24</sup> Sein Wüten brachte als natürliche Folge mit sich, dass die Rückberufung bzw. Rehabilitierung Ciceros als politische Forderung laut wurde. Der ehemalige Konsul L. Aurelius Cotta erklärte, dass zur Rückberufung Ciceros ein einfacher Senatsbeschluss reichte, da die bezügliche *lex Clodia* überhaupt keine Gesetzeskraft besäße. Pompeius forderte einen Volksbeschluss, weil er damit rechnete, dass die Popularen Krawalle veranstalten würden, und der Senat pflichtete seiner Meinung bei. Der Volkstribun Sex. Atilius Serranus erbat sich als einziger eine Bedenkzeit von zwei Tagen und verhinderte durch seine Interzession immer wieder eine Entscheidung.<sup>25</sup> Da ergriffen die acht zu Cicero loyalen Volkstribunen unter der Führung von Q. Fabricius die Initiative und legten der Volksversammlung am 23. Januar einen Entwurf über die Rückberufung des verbannten Konsuls vor. Noch in derselben Nacht besetzten Clodius mit seiner bewaffneten Sklavenhorde und dessen Bruder, der Praetor Ap. Claudius Pulcher, mit seiner Gladiatorentruppe das Forum. Es kam zu blutigen Auseinandersetzungen, Ciceros Bruder, Quintus, kam dabei knapp mit dem Leben davon, Clodius und seine Knüppelbände verbreiteten in den nächsten Tagen Terror auf Roms Straßen, die Konsuln und der Senat zeigten sich machtlos.<sup>26</sup> Nachdem der Volkstribun T. Annius Milo vergebens versucht hatte, eine Anklage *de vi* gegen Clodius durchzubringen, beschloss er dem Wüten der clodianischen Bände mit seiner eigenen Truppe ein Ende zu setzen.<sup>27</sup> Dem Beispiel Milos folgte auch der Volkstribun P. Sestius, nachdem Milo einem Attentat fast zum Opfer gefallen wäre.<sup>28</sup> Die von Milo und Sestius aufgestellten Wehrtruppen gewannen in einigen Tagen Oberhand, und in Rom kehrte verhältnismäßige Ruhe ein. Am 4. August beschloss die Volksversammlung, dass Cicero nach Rom zurückkehren sollte, dessen Heimkehr sich dann zu einem wahren Triumphzug gestaltete.<sup>29</sup>

Clodius versuchte allerdings weiterhin, Unruhe zu stiften, machte Cicero in aller Öffentlichkeit für die Inflation verantwortlich und verjagte die von Cicero mit dem Wiederaufbau seines Hauses beauftragten Arbeiter.<sup>30</sup> Milo gedachte wiederum, vor der *quaestio de vi* Anklage gegen Clodius zu erheben, ließ aber auf Anraten des Senats von seinem Vorhaben ab.<sup>31</sup> Clodius unterließ es jedoch nicht, auch den sich für die Rückberufung Ciceros einsetzenden Volkstribunen P. Sestius zu verfolgen, und

<sup>24</sup> KRÜGER aaO. 192.; Manfred FUHRMANN: Rede für Sestius. In: Manfred FUHRMANN (hrsg.): *Marcus Tullius Cicero, Sämtliche Reden, Bd. 5*. Düsseldorf–Zürich, Artemis, 2000. 281–285., 281.

<sup>25</sup> Cic. *Sest.* 72. ff.

<sup>26</sup> Cic. *Sest.* 76. ff.; 85.

<sup>27</sup> Cic. *Sest.* 86. ff.

<sup>28</sup> Cic. *Sest.* 79. f.; 90. ff.

<sup>29</sup> Cic. *Sest.* 109. ff.

<sup>30</sup> KRÜGER op. cit. 194.

<sup>31</sup> Cic. *Sest.* 95.

erhob gegen ihn sowohl wegen *ambitus*<sup>32</sup> als auch wegen *vis*<sup>33</sup> Anklage. Der Prozess wegen *vis* endete für Sestius am 14. März mit einem Freispruch.<sup>34</sup>

Der Ankläger P. Albinovanus<sup>35</sup> beschuldigte Sestius, für seine politischen Ziele Gladiatoren bewaffnet zu haben.<sup>36</sup> Clodius ließ unter anderen L. Aemilius Paulus, Gellius Publicola und P. Vatinius in den Zeugenstand rufen, den Vorsitz des Gerichtshofes hatte der Praetor M. Aemilius Scaurus inne. Als Verteidiger traten Q. Hortensius, M. Crassus, L. Licinius Calvus und seiner Gewohnheit gemäß als letzter Cicero selbst auf.<sup>37</sup> Was die politische Überzeugung der im Prozess auftretenden Advokaten anbelangt, zeichnete sich ein buntes Bild ab: Zwischen dem Triumvir Crassus, dem konservativen Hortensius und dem eher populär eingestellten Calvus stellte Cicero als politisch zentrale Persönlichkeit das Gleichgewicht her. Es mag unter anderem eben diese Zusammensetzung der Verteidiger Cicero dazu ermutigt haben, in einem tief gehenden, schwungvollen und dennoch pathetischen Exkurs die Prinzipien des römischen Gemeinwesens bzw. die Rolle und die Verantwortung der Leiter des Staates nach seiner Rückkehr aus dem Exil im Sinne einer Aufhebung seiner alten Gedankenwelt neu zu definieren.<sup>38</sup>

## 2. Wertbegriffe in Ciceros *Sestiana*

Ciceros juristische Argumentation ist logisch und eindeutig: Wie könnte Sestius wegen *vis* verurteilt werden, wo er doch so lange das Wüten der clodianischen Horden erduldet hatte, und erst da eine Leibgarde aufstellte, nachdem er auf dem Forum bei der Ausübung seines Amtes von Clodius' Bande angegriffen worden war – und er sein Leben nur seinem Glück bzw. der irrigen Annahme der Attentäter zu verdanken hatte, die ihn tot glaubten?<sup>39</sup> Sestius habe in Notwehr gehandelt, da ihm das Gesetz keinen Schutz mehr zu geben vermochte.<sup>40</sup> Aufgrund dessen habe er sich keiner Straftat schuldig gemacht, sondern sei vielmehr nach dem Prinzip des „*vim vi*“, bzw. „*arma armis repellere cuique licet*“ vorgegangen.<sup>41</sup>

<sup>32</sup> Zum Tatbestand des *ambitus* s. MOMMSEN aaO. 866. f.; Martin JEHNE: Die Beeinflussung von Entscheidungen durch „Bestechung“: Zur Funktion des *ambitus* in der römischen Republik. In: Martin JEHNE (hrsg.): *Demokratie in Rom? Die Rolle des Volkes in der Politik der römischen Republik*. Stuttgart, Steiner, 1995. 51–76.; Tamás NÓTÁRI: *Law, Religion and Rhetoric in Cicero's Pro Murena*. Passau, Schenk, 2008. 24. ff.

<sup>33</sup> Pierre BOYANCÉ: Cum dignitate otium. *Revue des Études Anciennes*, 43., 1941. 172–191., 174. Zum Tatbestand der *vis (publica)* s. ZLINSZKY, János: *Római büntetőjog [Römisches Strafrecht]*. Budapest, Tankönyvkiadó, 1991. 114. ff.

<sup>34</sup> Cic. *ad Q. fr.* 2, 4, 1.

<sup>35</sup> KRÜGER aaO. 194.

<sup>36</sup> Cic. *Sest.* 78. 84. 90. 92.

<sup>37</sup> Cic. *Sest.* 3. 100. 132.

<sup>38</sup> MATERIALE aaO. 148.

<sup>39</sup> KRÜGER aaO. 195.

<sup>40</sup> KRÜGER aaO. 195.

<sup>41</sup> Vgl. ULP. D. 43, 16, 1, 27; ZLINSZKY aaO. 114. f.

Die *Sestiana* mag jedoch auf den ersten Blick als etwas unlogisch und unübersichtlich erscheinen, die Rede selbst als überreich an Exkursen, besonders, da sich mit der Person des Angeklagten nur relativ wenige Paragraphen befassen.<sup>42</sup> Einen wesentlich größeren Raum nimmt der lebhaft Bericht von den Schicksalsschlägen und Triumphen, d. h. vom Exil und von der Rückkehr des Redners selbst, ein.<sup>43</sup> Cicero führt seine Gedanken über das Gemeinwesen und die Rolle der leitenden Staatsmänner eingehend aus, die er der Jugend mit besonderem Nachdruck ans Herz legen möchte.<sup>44</sup> Hierzu kommen das Proömium<sup>45</sup> und die Invektive gegen den Belastungszeugen Vatinius, der sich ironisch über die Optimaten geäußert bzw. sie abfällig als *natio optimatum*<sup>46</sup> bezeichnet hat.<sup>47</sup> Oberflächlich betrachtet könnte man dazu neigen, jener schon damals formulierten Ansicht beizupflichten, dass Cicero in seiner Rede viel zu weit vom eigentlichen Gegenstand des Prozesses abgewichen sei bzw. dass die uns überlieferte Form der *Pro Sestio* mit der eigentlichen Gerichtsrede nicht viel zu tun habe.<sup>48</sup> Beim gründlicheren Lesen müssen wir allerdings die Meinung Manfred Fuhrmanns teilen, nach der die Rede nämlich eine geschlossene, wohl durchdachte, logische Einheit bildet, da Cicero selber betont, er hätte – nach der überzeugenden Widerlegung der einzelnen Anklagepunkte von Crassus, Hortensius und Calvus – nichts anderes zu tun gehabt, als den Lebenswandel und das Wirken des Tribuns Sestius im breit angelegten historisch-politischen Kontext zu würdigen.<sup>49</sup> Somit lässt sich die Rede nach dem Proömium gleichsam in einen historischen<sup>50</sup> und einen programmatischen<sup>51</sup> Teil untergliedern und schließt dann mit einem Fortissimo der *peroratio*, in der Cicero pathetisch verkündet, dass er, falls der Angeklagte ins Exil gehen müsse, selber keinen Augenblick zögern würde, Sestius, d. h. jenem Mann, dem er seine Rückkehr zu verdanken habe, zu folgen.<sup>52</sup>

Es lohnt sich, jenen Teil der Rede genauer zu untersuchen, der eventuell auch als ein bloßer und vielleicht sogar als unorganischer Exkurs abgestempelt werden könnte, allerdings gleichsam ein politisches Glaubensbekenntnis Ciceros über die Rolle und Verantwortung der Optimaten im Gemeinleben beinhaltet.<sup>53</sup> Der paradigmatische Fall des Sestius bot dem Redner eine glänzende Gelegenheit, seine staatsphilosophischen Gedankengänge vor großer Öffentlichkeit zu formulieren,

<sup>42</sup> Cic. *Sest.* 6–14; 75–95; 144–147.

<sup>43</sup> Cic. *Sest.* 15–74; 127–131.

<sup>44</sup> Cic. *Sest.* 96–126; 136–143.

<sup>45</sup> Cic. *Sest.* 1–5.

<sup>46</sup> Cic. *Sest.* 132–135.

<sup>47</sup> Chaim WIRSZUBSKI: Cicero's cum dignitate otium – A Reconsideration. *Journal of Roman Studies*, 44, 1954. 1–13., 7.

<sup>48</sup> Eduard MEYER: *Caesars Monarchie und das Prinzipat des Pompeius*. Stuttgart–Berlin, Klett, 1918. 135.

<sup>49</sup> FUHRMANN (2000) aaO. 283.; MATERIALE aaO. 149.

<sup>50</sup> Cic. *Sest.* 6–95.

<sup>51</sup> Cic. *Sest.* 96–143.

<sup>52</sup> Cic. *Sest.* 144–147.

<sup>53</sup> Cic. *Sest.* 96. ff.

die somit zu wesentlich mehr Mitbürgern Zugang finden konnten, als wenn er sie in einem philosophisch-theoretischen Werk ausgeführt hätte.<sup>54</sup> Was also auf den ersten Blick als bloßer Exkurs erscheinen mag, ist eine wohl durchdachte, überaus logisch und einprägsam aufgebaute Synthese: Der Definition der Optimaten, die im abfälligen Ton *natio optimatum* genannt wurden, folgt eine Aufzählung der wichtigsten Aufgaben des Gemeinwesens, was in der Festlegung der für die Leiter der *res publica* als Pflicht aufgetragenen Grundwerte, des *otium* und der *dignitas*, kulminiert.

Als Antwort auf die herabwürdigende Bemerkung des Anklägers formuliert Cicero mit Hilfe einer *interpretatio extensiva* seine eigene Optimaten-Definition, und zwar indem er von dem Gegensatz *optimates–populares* ausgeht. Der Begriff der Optimaten oder der Popularen bedeutete in der politischen Terminologie der ciceronianischen Zeit natürlich weder eine Zugehörigkeit zu einer „Partei“ noch das Bekenntnis zu irgendwelchen politischen „Grundsätzen“, sondern bezeichnete in erster Linie die Gruppen jener Politiker, die sich bei der Verfolgung ihrer Ziele entweder auf den Senat oder auf die Volksversammlung zu stützen versuchten, d. h. die Unterscheidung war eher stilistischer als inhaltlicher Art.<sup>55</sup> In seiner *Sestiana* macht Cicero den Versuch, der bereits vorhandenen Form des Optimaten-Begriffes einen prägnanteren Inhalt zu verleihen. Seiner Meinung nach versuchen die Optimaten – im Gegensatz zu den Popularen –, nicht den Beifall der Menge zu erheischen, sondern sind bemüht, sich die Anerkennung sämtlicher guter Bürger (*optimus quisque*) zu verdienen.<sup>56</sup>

Zur Gemeinschaft der *optimi* gehört jeder verantwortungsvoll denkende, unter ausgeglichenen Verhältnissen lebende Bürger, ungeachtet seines gesellschaftlichen Standes, d. h. selbst ein „gut gesinnter“ Freigelassener ist aus der Gruppe der *optimi* nicht ausgeschlossen. Ein *optimus quisque* ist also jeder anständige römische Bürger, angefangen von den Inhabern der höchsten Ämter und den Mitgliedern der obersten Stände bis hin zu den römischen Stadtbewohnern, Bauern, Geschäftsleuten und Freigelassenen, d. h. alle, die nicht übel gesinnt oder aufrührerischer Natur sind und sich nicht an Zwiespalt und Bürgerstreit erfreuen. Den Optimaten gegenüber stehen – da der Begriff bis zu den äußersten Grenzen ausgedehnt wurde – also nur die Krawallmacher und Aufrührer, die verwegenen Glücksritter der Politik, die Schädlinge des Gemeinwesens: „*Quis ergo iste optimus quisque? Numero, si quaeris, innumerabiles, neque enim aliter stare possemus; sunt principes consilii publici, sunt qui eorum sectam sequuntur, sunt maximorum ordinum homines, quibus patet curia, sunt municipales rusticique Romani, sunt negoti gerentes, sunt etiam libertini optimates. Numerus, ut dixi, huius generis late et varie diffusus est; sed genus universum, ut tollatur error, brevi circumscribi et definiri potest. Omnes optimates sunt qui neque nocentes sunt nec natura improbi nec furiosi nec malis domesticis impediti. Esto igitur ut ii sint, quam tu 'nationem' appellasti, qui et integri*

<sup>54</sup> FUHRMANN (1960) aaO. 494.

<sup>55</sup> KRÜGER aaO. 196.

<sup>56</sup> CIC. *Sest.* 96. Vgl. BOYANCÉ aaO. 179. ff.; FUHRMANN (1960) aaO. 484.; MEYER (2005) aaO. 27. ff.



*sunt et sani et bene de rebus domesticis constituti. Horum qui voluntati, commodis, opinionibus in gubernanda re publica serviunt, defensores optimatum ipsique optimates gravissimi et clarissimi cives numerantur et principes civitatis.*<sup>57</sup> Welches Ziel kann diese unzähligen Arten von Menschen, diese riesige Gemeinschaft der Optimaten zusammenhalten und in Eintracht bringen, damit sie mit vereinten Kräften das Gemeinwohl erstreben? Der Redner hat die programmatische Antwort parat: „*Quid est igitur propositum his rei publicae gubernatoribus quod intueri et quo cursum suum derigere debeant? Id quod est praestantissimum maximeque optabile omnibus sanis et bonis et beatis, cum dignitate otium.*”<sup>58</sup>

Die politische Philosophie der Optimaten lässt sich nach Cicero mit zwei Grundwerten bzw. deren Verknüpfung definieren: „*cum dignitate otium*”.<sup>59</sup> Die *dignitas* ist immer eine Anerkennung, die jemandem entweder wegen eines persönlichen Verdienstes oder aufgrund seiner Abstammung zuteil wird. Es gilt daher zu betonen, dass sie nicht mit der jedem zukommenden „Würde des Menschen” gleichzusetzen ist. Die *dignitas* ist in jedem Fall der Lohn eines im Gemeinleben erfüllten Amtes, eines für das Gemeinwohl erwiesenen Dienstes, einer für die *maiestas imperii / rei publicae* aufgenommenen Bürde und Gefahr. *Dignitas* ist also jener wohlverdiente Preis, der seinen Träger aus der grauen Masse der Durchschnittsmenschen hervorhebt.<sup>60</sup> Sie ist jedoch nicht synonym mit *honor* oder *laus*, denn diese können durch das beispielhafte Meistern einer konkreten historisch-politischen Situation erlangt werden. *Dignitas* ist eine höhere, vor allem aber beständigere Kategorie: Sie kommt gewissermaßen dem Begriff der *nobilitas* nahe, denn sie erstreckt sich weit über ein Amtsjahr oder einen Feldzug hinaus, kann von Generation zu Generation vererbt werden und legitimiert somit den Einfluss und die Macht der späten Nachkommen auf das Gemeinwesen. Gerade in stürmischen Epochen des Gemeinwesens wird die ererbte *dignitas* von aufrührerischen Elementen angegriffen, daher gehört das Wahren dieses Grundwertes zu den eminentesten Aufgaben der Optimaten, jedoch nicht in ihrem eigenen Interesse, sondern vielmehr, um dadurch das Gemeinwohl und die Stabilität des Staates zu hüten.<sup>61</sup>

Das *otium* ist gewissermaßen das Gegenteil des *negotium*, d. h. jede Tätigkeit außerhalb des öffentlichen Lebens. Es wird des Öfteren mit den Begriffen *pax*, *concordia*, *salus*, *quies* und *tranquillitas* in Verbindung gebracht und bildet gleichsam einen Gegensatz zu *novae res*, *seditio*, *discordia* und *tumultus*. Somit kann sowohl *dignitas* wie auch *otium* als das Eigen einer Einzelperson,<sup>62</sup> einer Gruppe,<sup>63</sup>

<sup>57</sup> Cic. *Sest.* 97.

<sup>58</sup> Cic. *Sest.* 98.

<sup>59</sup> Cic. *Sest.* 98.

<sup>60</sup> Vgl. WIRSZUBSKI (1954) aaO. 12. So auch Karl BÜCHNER: *Humanitas Romana*. Heidelberg, Winter, 1957. 322. ff.

<sup>61</sup> FUHRMANN (1960) aaO. 487. f.

<sup>62</sup> Cic. *Sest.* 125. 128. f.; *off.* 3, 1.

<sup>63</sup> Cic. *Sest.* 104; *fam.* 1, 8, 4.

einer Institution bzw. eines Reiches oder Gemeinwesens angesehen<sup>64</sup> oder als die öffentliche Ruhe bzw. öffentliche Sicherheit bezeichnet werden.<sup>65</sup>

Es stellt sich auch die Frage, ob sich die Begriffe *otium* und *dignitas* auf Inhalte öffentlicher oder privater Natur beziehen. Rémy trennt an diesem Punkt sehr streng die auf das Kollektivum und die auf das Individuum bezogene Verwendung der besagten Grundbegriffe<sup>66</sup> und ist der Ansicht, dass sie in der *Sestiana* die idealen bzw. wünschenswerten Verhältnisse des öffentlichen Lebens spiegeln, d. h. dass die *dignitas* die Herrschaft des *ordo senatorius* und das *otium* die aus diesem Gleichgewicht entstammende öffentliche Ruhe bezeichnet.<sup>67</sup> An anderen Stellen ist zu sehen, dass Cicero den Begriff der *dignitas* für die Bezeichnung des Einflusses einer Einzelperson bzw. Senators und *otium* als Synonym für die ihm nach der Niederlegung seines Amtes zuteil gewordene wohlverdiente Ruhe verwendet hat.<sup>68</sup> Die Ansichten, mit der Rémy die Begriffe *dignitas* und *otium* strikt auf die öffentliche Sphäre beschränkt, finden in der Fachliteratur allerdings keine allgemeine Zustimmung. Boyancé betont, dass in der Gedankenwelt Ciceros *dignitas* in der Privatsphäre ebenso einen festen Platz hat wie in der öffentlichen, und versucht, den ciceronianischen Begriff aus der griechischen, vorwiegend peripatetischen Philosophie abzuleiten.<sup>69</sup> Wirszubski erachtet sowohl die Annäherung des Begriffes der *dignitas* an die Privatsphäre für etwas übertrieben als auch ihre Ableitung aus der griechischen Philosophie für durchaus problematisch. Er selber mag sich der Frage aber wohl auch etwas einseitig annehmen, wenn er *dignitas* als eine ausschließlich politische, jeglicher philosophischen und ethischen Konnotation entbehrende Kategorie bewertet.<sup>70</sup>

Manfred Fuhrmann macht jene scharfsinnige und für seine synthetisierende Sichtweise durchaus nicht untypische Feststellung, dass sowohl Boyancés ausschließlich auf der griechischen Philosophie basierende wie auch Wirszubskis außer der römischen Realpolitik alle anderen Faktoren ignorierende Ansicht allzu einseitig und daher unrichtig sei. Seines Erachtens dienen die Ergebnisse der griechischen Philosophie für Cicero als Mittel dazu, seine eigenen Gedanken bezüglich des römischen Staatswesens zu artikulieren.

Cicero bezieht das Prinzip „*cum dignitate otium*“ sowohl auf das Gemeinwesen im allgemeinen als auch auf die Leiter des Staates im konkreten Sinne, doch gerade deswegen darf er in Anbetracht der Grundzüge römischen Staatsdenkens nicht einer wissenschaftlich unklaren Verwendung der beiden Begriffe bezichtigt werden, wie es Wirszubski getan hat.<sup>71</sup> Eben die ciceronianische Definition der *res publica* macht

<sup>64</sup> Cic. *Sest.* 1.

<sup>65</sup> Cic. *Sest.* 15. 46. 104. Vgl. FUHRMANN (1960) aaO. 488. f.; WIRSZUBSKI (1954) aaO. 4. ff.

<sup>66</sup> Eduard RÉMY: *Dignitas cum otio. Musée Belge*, 32., 1928. 113–127.

<sup>67</sup> Vgl. Richard HEINZE: Ciceros Staat als politische Tendenzschrift. *Hermes*, 59., 1924. 73–94.

<sup>68</sup> FUHRMANN (1960) aaO. 482.

<sup>69</sup> BOYANCÉ aaO. 186. ff.

<sup>70</sup> WIRSZUBSKI (1954) aaO. 3. ff.

<sup>71</sup> Vgl. WIRSZUBSKI (1954) aaO. 7. ff.

die Synthese der „persönlichen“ und „sachlichen“ Komponente des Staatswesens, d. h. der abstrakten Staatsmacht und deren konkreter Ausübung durch die politische Elite geradezu erforderlich.

Der Zustand des *otium* lässt sich nach Ciceros Meinung nur dann verwirklichen, wenn die Leitung des Gemeinwesens in den Händen der Optimaten liegt, deren *dignitas* vom römischen Volk anerkannt wird, wodurch die *optimi* das *otium* und die *dignitas* der *res publica*, d. h. die Stabilität der Institutionen der Religion, der Rechtsprechung, der Finanzen, der Innen- und Außenpolitik, der Zivil- und Militärverwaltung garantieren können: „*Huius autem otiosae dignitatis haec fundamenta sunt, haec membra, quae tuenda principibus et vel capitis periculo defendenda sunt: religiones, auspicia, potestates magistratum, senatus auctoritas, leges, mos maiorum, iudicia, iuris dictio, fides, provinciae, socii, imperi laus, res militaris, aerarium.*“<sup>72</sup>

Dieses fragile Gleichgewicht wird sogar aus zwei Richtungen gefährdet. Einerseits machen es aufrührerische Krawallmacher nach der Art Clodius' und verwegene politische Anarchisten,<sup>73</sup> andererseits jene Bürger unsicher, die von den zwei organisch zusammenhängenden Grundwerten nur den einen oder den anderen im Auge zu behalten fähig sind und entweder nach *dignitas* streben, ohne auf das *otium* zu achten, oder aber sich bereit zeigen, auf die *dignitas* zu verzichten, um das *otium* wahren zu können. Den Letzteren, d. h. den Zögernden und Trägen, wird eben jene Gefahr nicht bewusst, dass, indem sie nach der trügerischen Illusion der Sicherheit trachten, mit dem Verzicht auf die *dignitas* auch das *otium* leicht verloren gehen kann: „*Maioribus praesidiis et copiis oppugnatur res publica quam defenditur, propterea quod audaces homines et perditu nutu impelluntur et ipsi etiam sponte sua contra rem publicam incitantur, boni nescio quo modo tardiores sunt et principibus rerum neglectis ad extremum ipsa denique necessitate excitantur, ita ut non numquam cunctatione ac tarditate, dum otium volunt etiam sine dignitate retinere, ipsi utrumque amittant.*“<sup>74</sup>

Im Weiteren zählt Cicero eine Reihe jener *propugnatores rei publicae* auf, die der Mühe und Arbeit nicht scheuten und das Gemeinwesen vor dem aufrührerischen Treiben der Popularen retteten, was zu jenen Zeiten mit erheblichen Gefahren verbunden war, da die Politik der Popularen beim Volk damals durchaus Gefallen fand.<sup>75</sup> Für seine Zeit stellt der Redner allerdings fest, dass die Bestrebungen der Popularen beim *verus populus*,<sup>76</sup> d. h. beim verantwortlich denkenden, die Richtigkeit der Politik der Optimaten gutheißenden und sich nach *otium* sehrenden

<sup>72</sup> Cic. Sest. 98. Vgl. KRÜGER aaO. 197. f.; FUHRMANN (2000) aaO. 285; MATERIALE aaO. 151; MEYER (2005) aaO. 38. ff.

<sup>73</sup> „Anarchist“ ist im Fall des Clodius zwar eine etwas anachronistische, jedoch durchaus zutreffende Bezeichnung. So auch Andreas ALFÖLDI: *Caesar in 44 v. Chr. I. Studien zu Caesars Monarchie und ihren Wurzeln*. Bonn, Habelt, 1985. 128.

<sup>74</sup> Cic. Sest. 100. Vgl. BOYANCÉ aaO. 184. ff.

<sup>75</sup> Cic. Sest. 101. ff. Vgl. FUHRMANN (1960) aaO. 485.

<sup>76</sup> Cic. Sest. 108. 114.

Volk, auf Abneigung stoßen und Anarchisten nach der Art Clodius' nur noch beim aufgehetzten oder erkaufte Pöbel Beifall finden: „*Nunc iam nihil est quod populus a delectis principibusque dissentiat: nec flagitat rem ullam neque novarum rerum est cupidus et otio suo et dignitate optimi cuiusque et universae rei publicae gloria delectatur. Itaque homines seditiosi ac turbulenti, quia nulla iam largitione populum Romanum concitare possunt, quod plebes perfuncta gravissimis seditionibus ac discordiis otium amplexatur, conductas habent contiones, neque id agunt ut ea dicant aut ferant quae illi velint audire qui in contione sunt, sed pretio ac mercede perficiunt ut, quicquid dicant, id illi velle audire videantur.*”<sup>77</sup>

Er fordert die römischen Bürger auf, die er dieser ausgedehnten Definition folgend – von den feindlich gesinnten Elementen abgesehen – allesamt zu den Optimaten zählt, dem Beispiel der eben erwähnten, nach Ruhm, Ansehen und Anerkennung strebenden Männer nachzueifern, verschweigt jedoch nicht, dass diese Aufgabe mühevoll und mit vielen Gefahren verbunden ist: „*Haec imitami, per deos immortalis, qui dignitatem, qui laudem, qui gloriam quaeritis! Haec ampla sunt, haec divina, haec immortalia; haec fama celebrantur, monumentis annalium mandantur, posteritati propagantur. Est labor, non nego; pericula magna, fateor.*”<sup>78</sup>

Die Anführer der Optimaten, die *principes civitatis*, die dem Senat folgen, der sich um das Gemeinwohl, die Freiheit, die öffentliche Ruhe und die Würde des Volkes sorgt, müssen ihren Feinden, den *audaces* und den *improbi*, die nicht selten aus dem Kreis der *potentes* stammen, mutig ins Auge sehen, jedoch zeigten die Exempel aus der Geschichte, dass diese Aufrührer und Unruhestifter, die nach dem Beifall des Pöbels trachten, meist ein elendes Ende finden.<sup>79</sup>

An dieser Stelle ermahnt Cicero die Jugend, jene *dignitas* und *gloria* – denn eben diesem Zweck diene der lange Exkurs über die Definition des Optimaten-Begriffes<sup>80</sup> – vor Augen zu halten, welche durch die Verdienste um die *res publica* erworben werden können, er fürchte nämlich, dass wegen der Wirren der letzten Jahre und der ihn treffenden Schicksalsschläge alle *boni* davor zurückschrecken könnten, die Bürde und Verantwortung der Staatsgeschäfte auf sich zu nehmen.<sup>81</sup> Daher betont er mit Nachdruck, dass er zwar – wie zahlreiche Vorkämpfer der Optimatenpolitik – verbannt, sehr bald aber heim gerufen und in seine alte *dignitas* eingesetzt worden sei.<sup>82</sup>

### 3. Konklusionen

Die Analyse der Rolle der Optimaten im öffentlichen Leben überschritt weit das für die Sache des Sestius erforderliche Maß, stand aber – wie von Cicero selber

<sup>77</sup> Cic. *Sest.* 104.

<sup>78</sup> Cic. *Sest.* 102. So auch MATERIALE aaO. 152.

<sup>79</sup> Cic. *Sest.* 136–143. Vgl. KRÜGER aaO. 198. f.; MEYER (2005) aaO. 33. ff.

<sup>80</sup> MATERIALE aaO. 149.

<sup>81</sup> Cic. *Sest.* 1. 49. 93. 95.

<sup>82</sup> Cic. *Sest.* 51. 140.

betont – im organischen Zusammenhang mit den anderen Elementen seiner Verteidigungsrede.<sup>83</sup> Trotz der rhetorischen Übertreibungen müssen wir in diesem Punkt Cicero beipflichten.<sup>84</sup> Sestius stand zweifelsohne auf der Seite der Optimaten, d. h. auf der Seite eines jeden guten Bürgers (*optimus quisque*), wie er mit seinem Lebenswandel und politischen Handeln bewiesen hatte,<sup>85</sup> denn er ergriff nicht nur für Cicero Partei, der für das Gemeinwesen heroische Aufgaben meisterte, sondern vertrat auch die Interessen des Senats, Italiens und der ganzen *res publica*,<sup>86</sup> indem er sich den fanatischen Aufrührern, Hochverrätern und politischen Glücksrittern, von denen der Redner ein mit vernichtendem Sarkasmus gezeichnetes Bild gibt, mutig gestellt hatte.<sup>87</sup> Es ist zwar fraglich, ob die von Gabinius und Piso gezeichneten, an manchen Punkten in Karikaturen übergelenden Portraits in allen Details der historischen Wirklichkeit entsprechen, aber ihrem literarischen Wert nach sind sie durchaus Meisterstücke ciceronianischer Redekunst. Im Kampf, für den sich Milo, Sestius, der Senat, die Bürgerschaft und ganz Italien<sup>88</sup> gegen Clodius, Gabinius, Piso und den aufgehetzten Pöbel, die den Staat ins Verderben zu stürzen beabsichtigten,<sup>89</sup> verbündeten, stand nicht nur die Rückberufung Ciceros aus dem Exil auf dem Spiel, sondern vielmehr die *otiosa dignitas*,<sup>90</sup> d. h. die Existenz der Grundwerte des Gemeinwesens, welche die Anarchisten, die die ihnen anvertraute Macht missbrauchten, vernichten wollten.<sup>91</sup>

Der einprägsamen Ausführung des Prinzips „*cum dignitate otium*“, das Cicero wohl neben der Erschaffung des *consensus* bzw. der *concordia ordinum* schon zu seiner Konsulatszeit vorgeschwebt haben muss,<sup>92</sup> blieb der Erfolg im Prozess gegen Sestius auch nicht versagt, denn der Angeklagte wurde einstimmig freigesprochen – ein Ergebnis, dem Cicero, wie es ein Brief an seinen Bruder zeigt, höchste politische Wichtigkeit beimaß.<sup>93</sup> Die *Sestiana* gab dem Redner eine willkommene Gelegenheit, mit seinem staatsphilosophisch-politischen Programm in Form einer Gerichtsrede vor die Öffentlichkeit zu treten, denn es stellte sich in Rom für einen kurzen Augenblick ein verhältnismäßiges Gleichgewicht der einander widerstrebenden Kräfte ein, was auch jenem Umstand zu verdanken war, dass sich Caesar fern von Rom aufhielt bzw. nicht direkt ins Geschehen eingreifen wollte.

<sup>83</sup> Cic. *Sest.* 96.

<sup>84</sup> MATERIALE op cit. 150.

<sup>85</sup> Cic. *Sest.* 6–14.

<sup>86</sup> Cic. *Sest.* 15. 83. 87. ff.

<sup>87</sup> Cic. *Sest.* 15. 83. 87. ff. Zum ciceronianischen Humor s. ausführlicher Auguste HAURY: *L'ironie et l'humour chez Ciceron*. Paris, Les belles lettres, 1955. 138. ff.; NÓTÁRI aaO. 69. ff.

<sup>88</sup> Cic. *Sest.* 32. 36. 53. 72.

<sup>89</sup> Cic. *Sest.* 25.

<sup>90</sup> Cic. *Sest.* 98.

<sup>91</sup> Cic. *Sest.* 25. ff.; 32. ff.; 42. ff.; 55. f.; 66. 75. ff.; 89. ff.; 93. ff.

<sup>92</sup> MATERIALE aaO. 147; WIRSZUBSKI (1954) aaO. 8. Zum Begriff der *concordia ordinum* s. Hermann STRASBURGER: *Concordia ordinum. Eine Untersuchung zur Politik Ciceros*. Borne–Leipzig, Noske, 1931. passim.

<sup>93</sup> Cic. *ad Q. fr.* 2, 4, 1.

Leider fehlte es zur Verwirklichung der hier definierten Ziele auch Cicero an Mitteln, denn Rom wurde nunmehr zu jenem Zentrum, wo politische Entscheidungen – wie es das Beispiel Caesars überdeutlich machte – höchstens legitimiert, nicht aber getroffen werden sollten. Caesar traf bald mit Crassus und Pompeius zusammen und erneuerte das Bündnis im Sinne des ersten Triumvirats. Für eine kurze Weile blieb noch das *otium* erhalten, die *dignitas* ging allerdings verloren. Die Politik der Popularen, der sich Caesar an die Spitze stellte, fand nicht nur bei dem Pöbel und den anarchistisch gesinnten Elementen der Stadt und des Reiches Beifall, sondern auch bei manchen, die Cicero in seiner Rede für Sestius gehofft hatte, sie zu den Optimaten zählen zu dürfen.<sup>94</sup>

In der *Pro Sestio* gab Cicero allerdings ein geniales Beispiel dafür, wie staatsphilosophisches Gedankengut in Form einer Gerichtsrede als programmatischer Aufruf zur Besinnung auf Grundwerte und Prinzipien menschlichen Zusammenlebens eindrucksvoll vermittelt werden kann. Der glückliche Einklang zwischen *dignitas* und *otium*, d. h. den idealistischen Grundwerten und materiellen Interessen, bzw. die Aufforderung zur manchmal auch mühsamen und Opfer verlangenden Verwirklichung dieses Einklanges sichern der *Sestiana* einen festen Platz unter den Bravurreden Ciceros und machen sie zugleich zu einer der wichtigsten Vorlagen des in seiner Schrift *De re publica* herausgearbeiteten staatsphilosophischen Gedankengutes.

Rednerische Brillanz, aktualpolitisches Programm und staatsphilosophische Weitsicht bilden in Ciceros Verteidigungsrede für Sestius eine harmonische Synthese. In der *Sestiana* gab Cicero für die verantwortungsvoll denkende Elite und Bürgerschaft Roms eine Wegweisung zur Aufrechterhaltung bzw. Wiederherstellung der Stabilität der *res publica* und eine Ermahnung zur Neudefinition jener klassischen Wertbegriffe, die detaillierter ausgearbeitet und in aller Reife im Werk *De re publica* wieder aufgefunden werden können.

---

<sup>94</sup> FUHRMANN (2000) aaO. 288.

## ZUM ANDENKEN AN PROFESSOR ZLINSZKY

### *Vom römischen Recht zur nachhaltigen Entwicklung – Juristen vor neuen Herausforderungen*

Andrea GYULAI-SCHMIDT  
Katholische Universität Pázmány Péter

Professor Zlinszkys Name war mit den Begriffen Weisheit, Disziplin, moralischer Haltung und verlässlicher Beständigkeit verbunden. Er war immer Teil unseres Lebens. Dass er uns einmal verlässt war nicht denkbar. Er war mein Professor an der Universität in Miskolc, später mein Doktorvater, mein Arbeitgeber, mein Mentor. Insbesondere wegen seines besonderen menschlichen Charakters fühlte ich mich bei Ihm, wie auch viele Studenten und Kollegen, die ihn besser kannten, als Mitglied seiner Familie.

Ich traf ihn zum ersten Mal im Jahre 1990 als Jurastudentin in Miskolc. Seine Vorlesungen zum römischen Recht waren für uns immer ein Erlebnis. Er konnte die komplexesten Gesetzmäßigkeiten so einfach und verständlich darstellen, dass man sich gewundert hat, wieso es nicht einem selbst einfiel. Schnell haben wir wahrgenommen, dass unser geliebter Professor nicht nur Experte im Bereich des römischen Rechts, sondern auch der ungarischen und allgemeinen Rechtsgeschichte ist. Außerdem war er bereits Verfassungsrichter. Dazu hatte er langjährige Erfahrung als Rechtsanwalt im modernen geltenden Privat- und Strafrecht erworben. Er sprach – für uns damaligen Jurastudenten, und auch mit meinem heutigen Verstand – unvorstellbar viele alte und moderne Sprachen, dazu war er im innerstaatlichen und supranationalen Sinne aktiver Rechtswissenschaftler. Lehre und Praxis vereinte er in einer natürlichen Art, was wir Studenten schon damals mit Staunen und Hochachtung beobachteten.

Professor Zlinszky hatte mit seinem sanften Charisma, das ihn immer umgab, uns Studenten Selbstvertrauen geschenkt, dass wir mit entsprechendem Fleiß, Ausdauer und menschlicher Haltung schaffen können, was das Schicksal von uns fordert. Die Messlatte sollten wir hoch legen im Interesse derjenigen, die sich uns später mit ihren Sorgen anvertrauen würden, seien es Auszubildende, Mandanten, Kollegen oder im allgemeinen Interesse der gesamten Gesellschaft bei Tätigkeiten

des ungarischen Staates im Bereich der Gesetzgebung bzw. in der Gerichtsbarkeit. Professor Zlinszky, von vielen bereits vertraut als Onkel János (János bácsi) genannt, ging uns mit dem besten Beispiel voran.

Professor Zlinszky schenkte den talentierten Studenten seine besondere Aufmerksamkeit, weil er wusste, dass sich jede Mühe in diesem Bereich lohnt. Dabei scheute er weder Zeit, noch Mühe, noch seine eigene Gesundheit. Er veranstaltete für uns zusätzliche Seminarsitzungen im römischen Recht auf Latein und Deutsch. Er tat es, weil er bereits vor der politischen Wende 1989/90 erkannte, dass ungarische Juristen der Zukunft nur dann erfolgreich ihre Tätigkeit ausüben können, wenn sie auch über die Grenzen hinaus (auch im übertragenen Sinne!), rechtsvergleichend arbeiten. Die gebotene Weitsicht war für ihn, auch wegen seiner Erziehung und seines familiären Hintergrunds, selbstverständlich. Diese Überzeugung hat er an seine Umgebung uneigennützig weitergegeben. Er hat Viele motiviert, die sich wahrscheinlich ohne sein glänzendes Vorbild mit dem Mittelmaß im Sinne der sozialistischen Prägung der 80-Jahre zufrieden gegeben hätten.

Professor Zlinszky, unser „János bácsi“, hat am Anfang der 90-er Jahre vielen von uns die Welt eröffnet, als er die Studenten des deutschsprachigen Seminars Jahr für Jahr nach Österreich und nach Deutschland, unter anderen an die Universitäten in Salzburg, Heidelberg, Frankfurt oder Trier, mitnahm, wo wir gemeinsame Konferenzen mit den dortigen europaweit anerkannten Rechtswissenschaftlern erleben durften. Professor Zlinszky bewegte sich in dieser „anderen Dimension“ der hohen europäischen Rechtswissenschaft mit einer erstaunlich selbstverständlichen Leichtigkeit. Es war für uns während dieser wissenschaftlichen Ausflüge offensichtlich, dass unserem Professor und Verfassungsrichter wegen seines unglaublich vielseitigen juristischen Fachwissens verbunden mit seiner einmaligen allgemeinen Bildung und Sprachkenntnissen von allen seinen namhaften Kollegen, nicht nur im Inland, sondern auch im Ausland, Bewunderung und Hochachtung entgegengebracht wurde.

Deshalb war es umso überwältigender für mich, als ich im Sommer 1991, vor dem Beginn des zweiten Jahrgangs an der Miskolcser Universität, einen handgeschriebenen Brief von Professor Zlinszky erhielt. Darin bat er mich vor dem Hintergrund meines ausgezeichneten Rigorosums im römischen Recht darum, dass ich als studentische Hilfskraft bei der Seminarleitung für die Studenten im ersten Jahrgang mitwirke. Ich habe den Brief bis heute aufbewahrt, als Andenken dafür, dass er mein Leben entscheidend geprägt hat. Ich habe anschließend 5 Jahre lang mit Freude Seminare für römisches Recht gehalten. Es war eine hervorragende Gelegenheit für mich, und auch für viele glückliche, talentierte Kolleginnen und Kollegen, uns auf die zukünftige Lehrtätigkeit an der Universität vorzubereiten. Darüber hinaus war es eine hervorragende Idee von einem weisen und uneigennützigen Menschen um wissenschaftlichen Nachwuchs effizient auszubilden. János bácsi hat uns studentische Seminarleiter in all den Jahren in Sonderseminaren über Recht, Moral und Leben weitergebildet, mit Ratschlägen unterstützt und uns mit seiner liebevollen Art begleitet. Er hat uns als besonderer Menschenkenner mit einer verantwortungsvollen Aufgabe beauftragt und dazu das nötige Vertrauen geschenkt. Das hat uns junge Leute damals beflügelt.



Professor Zlinszky hat uns Studenten und junge Kollegen bewusst darauf vorbereitet, dass wir vielseitige, auch international tätige Juristen sein würden. Schon Anfang der 90-er Jahre hat er mit Hilfe des von ihm erworbenen TEMPUS-Stipendiums Studenten und auch älteren Kollegen dazu verholphen, dass sie in Westeuropa zu Themen des römischen Rechts, der Rechtsgeschichte oder anderen Rechtsbereichen forschen konnten. Es war ihm klar, dass über das römische Recht hinaus viele die Chance, ins Ausland zu reisen, als Sprungbrett in andere Rechtsgebiete nutzen werden. Für ihn, der in jedem einzelnen Kollegen das Gute und Unterstützungswürdige gesehen hat, war diese mögliche Perspektive im Sinne des Großen und Ganzen auch gut so. Zu den ersten von ihm Gesandten bzw. „Eingeladenen“ zähle auch ich selbst, denn Ihm habe ich die großzügige Möglichkeit zu verdanken, als Studentin drei Monate in Köln studiert haben zu dürfen.

Später habe ich von Professor Zlinszky eine weitere entscheidende Einladung erhalten, als er mich in meinem letzten Studienjahr 1995 darum bat, an der damals neugegründeten Juristischen Fakultät der Katholischen Universität Pázmány Péter als Mitarbeiterin und angestellte Kollegin am Lehrstuhl für Römisches Recht und Rechtsgeschichte tätig zu werden. Es war eine unvergessliche Zeit, ihn als Gründungsdekan unserer Fakultät hautnah zu erleben. Unermüdlich arbeitete er für sein Ziel, für den Aufbau und die Stabilisierung unserer Fakultät und dafür, durch die Fakultät den größtmöglichen Nutzen für seine Mitmenschen und insbesondere für die ungarische Juristengesellschaft zu erreichen. Er engagierte sich dafür, dass seine Studenten und Kollegen vielseitige, gutgebildete und sich selbst ständig weiterbildende Juristen mit moralischer Haltung werden und bleiben. Auch dadurch wollte er uns auf die bevorstehenden Herausforderungen unseres zukünftigen Juristenlebens vorbereiten.

Dazu passt seine Reaktion, als ich Professor Zlinszky im Jahr 1996 mit etwas Sorge mitteilte, dass ich ein Hamburger Stipendium erhalten habe, das nicht römischrechtliche, sondern europarechtliche Studien fördert. Zu meinem Erstaunen war er einfach froh über mein Glück. Ich werde nie vergessen, wie er mich damit beruhigte, dass das römische Recht als Wurzel aller europäischen Rechtssysteme eigentlich auch in das Bild europäischer Studien passte. Die beiden Bereiche gehören organisch zusammen. Daher werde ich meinem bisherigen Lebensweg nicht untreu. Die neuen Studien seien die schlüssige Folge des bisher Erlernten, das ich demnächst von einer anderen Seite vertiefen werde. Wörtlich sagte er: Ein Jurist habe die Aufgabe sich vielseitig zu bilden und solle in jeder Lebenssituation in unterschiedlichen Rechtsgebieten bestehen können.

Ich bin also mit dem Segen von János bácsi nach Hamburg gefahren. Statt des ursprünglich geplanten und gewollten halben Jahres habe ich durch Verlängerungen insgesamt acht Jahre an deutschen Universitäten und Forschungsinstituten verbracht. Während dieser Zeit genoss ich nach wie vor die ununterbrochene geistige Unterstützung von Professor Zlinszky.

Als ich im Jahr 2003 nach Ungarn zurückkehrte stand es für mich außer Frage, dass ich an der Katholischen Universität erwartet werde und dass ich die Einladung wieder annehme werde. Da ich mich in Hamburg fünf Jahre lang mit europäischem, ungarischem und deutschem Gesellschaftsrecht befasst hatte, hat es sich ergeben,

dass ich diesmal in unserer Fakultät am Lehrstuhl für Handelsrecht tätig geworden bin. Handels- und Gesellschaftsrecht hängt aber nicht nur mit IPR-Recht oder Europarecht zusammen, sondern auch mit Wettbewerb und mit Vergabe öffentlicher Aufträge. Die Schnittstellen der Rechtsgebiete haben mich schon immer fasziniert, daher hat es sich wieder ergeben, dass ich mich noch weiter von dem ursprünglichen Baum des römischen Rechts entfernt habe.

Während dieser Zeit konnte ich noch mit Professor Zlinszky etliche Male über die Entwicklungen unserer Welt und Rechtsordnung nachdenken, die einerseits immer mehr spezifisches Wissen erfordert, zugleich wegen der fortschreitenden Globalisierungserscheinungen mehr Randwissen sowie rechtsgebietsübergreifendes und interdisziplinäres Fachwissen erfordert. Daher habe ich in den letzten 3 Jahren – auch mit dem unterstützenden Einverständnis von Professor Zlinszky – den Dienstleistungen des Staates im Bereich der Daseinsvorsorge und der Nachhaltigkeit im Vergaberecht größere Aufmerksamkeit geschenkt. Die nachhaltige Entwicklung oder besser gesagt, die nachhaltige Anpassung der Gesellschaft an die bisherigen Geschehnisse der Vergangenheit ist das neue Thema, das auch uns Juristen in Verbindung mit Klimawandel, Asyl, GMO bzw. mit der ökologischen, sozialen und innovativen Gestaltung der öffentlichen Vergaben herausfordert. Daher sollten wir uns in diesem Bereich in Verbindung mit unserem Fachgebiet kundig machen und engagieren.

Ein weiter Weg, den ich ohne meinen ehemaligen Doktorvater vielleicht gar nicht beschritten hätte. Von ihm habe ich die nötige Flexibilität gelernt, mich fachlichen Herausforderungen zu stellen und diese zu meistern. Professor Zlinszky, unser János bácsi, hat uns, seine Schülerinnen und Schüler mit diesem besonderen Auftrag in die Welt versendet. Es liegt in unserer hohen Verantwortung, sein reiches Erbe zu pflegen, in diesem Sinne zu leben und das Erhaltene weiterzugeben.

Ich danke Ihnen für die Aufmerksamkeit!

## ZUR PROBLEMATIK DER FRAGE VON FAMILIA PECUNIAQUE

János ERDŐDY  
 Katholische Universität Pázmány Péter

### 1. Einleitende Bemerkungen: Problemstellung, status quaestionis

Der das Vermögen bezeichnende Doppelbegriff *familia pecuniaque* scheint eines der größten Rätsel der Romanistik zu sein. Neben dieser doppelten Benennung des Vermögens, gibt es weitere, ebenso nötige und interessante Ausdrücke, wie z. B. *furtum* und *peculatus* in Bezug auf den Diebstahl, oder ebenso *tutela*, *cura* und *custodela* im Zusammenhang mit der personenrechtlichen Stellung eines Menschen.

Die Sekundärliteratur überliefert zu diesen Begriffen höchst bemerkenswerte, aber sehr verschiedene Interpretationen und Auffassungen. Im Gegensatz dazu äußern sich die Primärquellen im Allgemeinen nicht näher zu dem konkreten Bedeutungsinhalt dieser Ausdrücke. Ohne tiefer in Einzelheiten eingehen zu wollen, können diese verschiedenen Meinungen im Schrifttum des 19.-20. Jahrhunderts in einer Tabelle aus der Vogelperspektive kurz zusammengefasst werden.

| MOMMSEN (1887)  | JHERING (1894)   | BONEFANTE (1926)   | WLISSAK (1933)   |
|---|--|--|--|
| <i>Familia – pecunia</i><br>Gesinde – Vieh;<br>unterschiedslose<br>Beziehungen des<br>Vermögens | Tautologie;<br><i>familia = res manci-<br/>pi; pecunia = res nec<br/>mancipi</i> | Grundsätzlich mit<br>Jhering einverstan-<br>den, aber <i>familia / res<br/>mancipi</i> = Familien-<br>vermögen;<br><i>pecunia</i> = alles außer<br>Familienvermögen. | <i>Familia = res manci-<br/>pi</i> + landwirtschaft-<br>liche Werkzeuge,<br>Früchte;<br><i>pecunia</i> = das Son-<br>dergut des <i>paterfa-<br/>miliās</i> . |
| <u>In der internationalen Sekundärliteratur:</u>  |  |  |  |
| z. B. Girard, Kunkel,<br>Monier   |  | z. B. Biondi, Cornil,<br>Cuq, Georgescu,<br>Henrion, Mitteis   | Westrup  |
| <u>In der ungarischen Sekundärliteratur:</u>  |  |  |  |
| Személyi  | (Marton)   | (Marton)   | Marton<br>Pólay  |

Aus dieser Tabelle wird deutlich, dass der Vermögensbegriff des ältesten römischen Rechts widersprüchlich war: eben die Meinungen der größten Persönlichkeiten der Romanistik geben viel Material zur Diskussion.

Wie aus der Tabelle hervorgeht, war Mommsen der Meinung, dass beide Vermögensbegriffe ursprünglich unterschiedslos benutzt werden.<sup>1</sup> Dagegen stellte Jhering fest, dass eine derartige Redensart für die altrömische Rechtssprache besonders uncharakteristisch sei. Er nahm an, dass dieser Doppelbegriff eine reine Tautologie sein müsse. Er war der Meinung, dass der Ausdruck *familia* der Kategorie von *res Mancipi* entspreche, während *pecunia* die Gattung von *res nec Mancipi* deckte.<sup>2</sup> Grundsätzlich stimmte Bonfante der Auffassung Jherings zu, betonte aber, dass *familia* oder *res Mancipi* im Wesentlichen mit dem Familienvermögen gleichzusetzen sei, hingegen *pecunia* oder *res nec Mancipi* alles außer dem Familienvermögen bezeichnete.<sup>3</sup> Es zeigt sich gleichfalls, dass die Kategorien *familia* / *res Mancipi* und *pecunia* / *res nec Mancipi* im Rahmen der Annahme von Bonfante dieselbe waren – eine Vermutung, die auffallend polemisch ist. Wlassak hatte eine der Idee Bonfantes ähnliche Auffassung, nahm aber eine interessante Änderung vor, nämlich, dass *familia* als *res Mancipi* einerseits sowohl die landwirtschaftlichen Werkzeuge als auch die Früchte enthielt, und *pecunia* andererseits das Sondergut des *paterfamilias* einschließe.<sup>4</sup>

In der ungarischen Sekundärliteratur folgte Kálmán Személyi der Auffassung Mommsens, während Marton – ungeachtet dessen, dass auch er die Meinungen von Jhering und Bonfante im Wesentlichen für akzeptabel hielt – die Vermutung von Wlassak übernommen hat.<sup>5</sup> Auch Pólay folgte der Auffassung Wlassaks, er hat aber die Früchte vom Kreis der *familia* ausgeschlossen.<sup>6</sup> Diósdí behauptete, dass beide *familia* und *pecunia* gleichfalls zum Familienvermögen gehörten. Diese Annahme wurde auch von Kaser geteilt. Er stellte fest, dass der Doppelbegriff *familia pecuniaque* unterschiedslos Vermögen bezeichne. Er meinte, dass die gesellschaftliche und wirtschaftliche Grundordnung sich in diesem Ausdruck widerspiegelte: dem Ausdruck liegen sowohl landwirtschaftliche als auch ackerbauliche Einrichtungen zugrunde. Diósdí ist der Ansicht, dass sich diese wirtschaftlichen (und deshalb

<sup>1</sup> Theodor MOMMSEN: *Römische Geschichte I.* Leipzig, 1868. 153. Theodor MOMMSEN: *Römisches Staatsrecht III.* Leipzig, 1887. 22 f.

<sup>2</sup> Rudolf VON JHERING: *Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts.* Leipzig, 1894. 81–87.

<sup>3</sup> Pietro BONFANTE: *Corso di diritto romano II.1.* Roma, 1926. 170 ff.

<sup>4</sup> Moriz WLASSAK: Studien zum altrömischen Erb- und Vermächtnisrecht I. *Ak. d. Wiss. Wien Phil-hist. Kl. Sitzungsber.*, Bd. 215, Abh. 2. 1933. 37.

<sup>5</sup> SZEMÉLYI, Kálmán: *Római jog* [Römisches Recht]. Nyíregyháza, 1932. 227<sup>?</sup>. MARTON, Géza: *A római magánjog elemeinek tankönyve* [Lehrbuch der Elemente des römischen Privatrechts]. Debrecen, 1943. 131, 272.

<sup>6</sup> PÓLAY, Elemér: A római végrendelet eredete [Ursprung des römischen Testaments]. *Acta Jur. Et Pol. Szeged.*, Tom. II. Fasc. 3. 1956. 19 ff.

auch gesellschaftlichen) Formen abgewechselt haben – ebenso wie die beiden Lebensformen einander gefolgt sind.<sup>7</sup>

An dieser Stelle scheint ein Vergleich der Ansichten von Diósdy und Zlinszky höchst interessant und besonders lohnend. Beide Autoren haben sich eingehend mit der vorliegenden Frage beschäftigt. Zum Ausgangspunkt nehmen beide Autoren die Annahme, dass der Ursprung der Verwendung des Begriffes *familia pecuniaque* in der archaischen Wirtschaft und Gesellschaft liegt. Diósdy vermutete aber, dass die landwirtschaftliche und die ackerbauliche Lebensformen aufeinander gefolgt sind<sup>8</sup>, während Zlinszky es für wahrscheinlicher hielt, dass sowohl die Ausdrücke, als auch die Lebensformen eben anfänglich nebeneinander vorhanden waren. Dies auch deshalb, da die römische Gesellschaft künstlich gebaut wurde; das heißt, dass sie als wirtschaftlich-gesellschaftlicher Schmelztiegel von verschiedenen Leuten konstruiert war. In diesem Sinne ist es selbstverständlich, den Terminus an hervorragenden Stellen des Zwölftafelgesetzes zu finden. Folglich war die gesetzliche Regelung für Alle offensichtlich und zweifellos.<sup>9</sup> Diese Erklärungsvariante hilft auch bei der Beantwortung der Frage, warum die verschiedene Quellen jeweils unterschiedliche Textformen zitieren: diese quellenmäßige Hinweise sind zu einer Zeit entstanden, als der ursprüngliche Inhalt und Anwendungszweck von *familia pecuniaque* schon in Vergessenheit geraten war.<sup>10</sup>

## 2. Die primären Quellen und ihre textkritischen Überlieferungen

Im Vorfeld der Betrachtung der Primärquellen wollen wir zunächst die etymologischen Wurzeln der beiden zur Untersuchung stehenden Wörter erörtern.

Das Wort *familia* kann auf den Ausdruck *famulus*, Sklave oder eher Diener zurückgeführt werden.<sup>11</sup> Es ist fraglich und wird folglich in der Sekundärliteratur divers beurteilt, ob der Terminus *familia* ausschließlich Sklaven bezeichnen würde, oder ebenso auf freie Personen angewandt wurde. Dennoch kann ganz allgemein gesagt werden, dass *familia* sich auf Personen, nämlich die Mitglieder der Hausgenossenschaft bezieht.<sup>12</sup>

<sup>7</sup> DIÓSDY, György: *Familia pecuniaque*. Ein Beitrag zum altrömischen Eigentum. *Acta Antiqua Academiae Scientiarum Hungaricae* Tom. XII. Fasc. 1–2, 1964. 99–101; DIÓSDY, György: *Ownership in Ancient and Preclassical Roman Law*. Budapest, Akadémiai Kiadó, 1970. 29–30.

<sup>8</sup> DIÓSDY (1964) aaO. 99–101; DIÓSDY (1970) aaO. 29–30.

<sup>9</sup> ZLINSZKY, János: *Familia pecuniaque*. In: *Jogtörténeti Tanulmányok VI*. Budapest, Tankönyvkiadó, 1986. 398; ZLINSZKY, János: *Allam és jog az ősi Rómában* [Staat und Recht in archaischen Rom]. Budapest, Akadémiai Kiadó, 1997. 103 und 195–196.

<sup>10</sup> Vgl. ZLINSZKY (1997) aaO. 195.

<sup>11</sup> Vgl. DIÓSDY (1964) aaO. 91, mit weiteren Literaturverweisen. Alois WALDE – Johann Baptist HOFMAN: *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*. Bern–München, 1956. s. v. 'famulus'.

<sup>12</sup> Vgl. DIÓSDY (1964) aaO. 91–92.; WALDE–HOFMAN aaO. s. v. 'famulus'.

Die etymologische Herkunft von *pecunia* ist offensichtlich: Wie Varro in seinem Werk über die lateinische Sprache erwähnt, kommt die Wendung aus der Wurzel *pecu*, ein Ausdruck, der ursprünglich Vieh bedeutet.<sup>13</sup>

Nach all diesen etymologischen Überlegungen, können jene (meistens archaische) Primärquellen in Betracht kommen, in denen die zwei Begriffe benutzt werden. Dadurch kann die ursprüngliche Verwendung dieser Wörter in der Praxis besser verstanden werden, was auch zu einem besseren Verstehe des archaischen Vermögensbegriffes beiträgt.

Die primären Hauptquellen, die mit dem Ausdruck *familia pecuniaque* im Zusammenhang stehen, finden sich meistens im Bereich des Intestaterbrechts.

Die textkritische Auflage des Zwölftafelgesetzes enthält die folgende Vorschrift bezüglich der intestaten Rechtserklärungen.

leges XII. Tab., 5, 3

*UTI LEGASSIT SUPER PECUNIA TUTELAVE SUAE REI, ITA IUS ESTO.*

Zweifelsohne stellt sich zunächst eine sehr wichtige Frage: Es ist fraglich, ob dieser Text die ursprüngliche Version des Zwölftafelfragmentes ist, oder ob die verschiedenen Traditionen verschiedene sprachlichen Formeln überlieferten? Als Antwort auf diese Frage, müssen alle bekannten Textvarianten in Betracht gezogen werden. Eine solche Untersuchung ergibt die folgenden Überlieferungen in den primären Quellen.

| Textüberlieferung  | Quellen   |
|--|---|
| „ <i>Paterfamilias uti super familia pecuniaque sua legassit, ita ius esto</i> ” | Rhet. ad Herren. 1, 23<br>Cic. de inv. 2, 50, 148   |
| „ <i>Uti legassit suae rei, ita ius esto.</i> ”                                  | Gai. 2, 224<br>Inst. 2, 22pr.   |
| „ <i>Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto.</i> ”           | Ulp. 11, 14<br>Paul. D. 50, 16, 53 pr. (59 ad ed.)<br>Pomp. D. 50, 16, 120 (5 ad Quint. Muc.) |

Die Textüberlieferung der ersten Gruppe scheint am meisten quellenmäßig zu sein. Diese Texte stammen aus dem dem 1. Jahrhundert v. Ch. stammen und sind deshalb der Zeit des Zwölftafelgesetzes am nächsten. Dabei muss betont werden, dass dieses Argument nur ein formell richtiges Argument darstellt. Ein früherer Autor kann sich in einer bestimmten Frage genauso irren.

<sup>13</sup> Vgl. Varro de lingua latina 5, 17: *Pecuniosus a pecunia magna, pecunia a pecu: a pastoribus enim horum vocabulorum origo.* Ähnliches bei WALDE–HOFMAN aaO. s. v. 'pecu'; Alfred ERNOUT – Antoine MEILLET: *Dictionnaire étimologique de la langue latine. Histoire des mots.* Paris, 1951. s. vv. 'pecu', 'pecunia'. S. auch DIÓSDI (1964) aaO. 92.

### 3. Die Auffassung von János Zlinszky im Zusammenhang mit der Frage von familia pecuniaque

János Zlinszky hat sich mit dieser komplexen Frage im Rahmen seiner Untersuchungen bezüglich der Anfänge des römischen Staates und Rechtes beschäftigt. In seinem Werk „Staat und Recht in archaischen Rom“ hat er zuerst die Quellen aufgezählt, dann hat er die Rekonstruktion des Segments zum Verfahren *in iure* der *legis actio sacramento in rem* durchgeführt. Er hat auch die oben erwähnten Doppelbegriffe des römischen Rechts betrachtet. Bezüglich der Frage von *familia pecuniaque* war er der Ansicht, dass diese zwei Wendungen ursprünglich zusammen und gleichzeitig benutzt wurden, da die älteste römische Gesellschaft künstlich gebaut wurde: zeitgleich waren landwirtschaftliche und ackerbauliche Elemente in der Gemeinschaft anwesend – die ganze Gemeinde diente als Schmelztiegel verschiedener, von ihren ursprünglichen Gesellschaften ausgestoßenen Leuten.

Die Forschungsarbeiten von János Zlinszky sind im Hinblick auf die hier erwähnten römischrechtlichen Untersuchungen von praktischer Bedeutung: seine Ergebnisse haben zur Deutung der zweifachen Worttrennung beigetragen: die Benutzung eines Doppelbegriffes ermöglicht eine eindeutige Interpretation des Gesetzes.<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> ZLINSZKY (1997) aaO.





CURRENT IUSSUE  
*Libertas inaestimabilis res est*

SKLAVEREI UND FREIHEIT BEI THEODOR MOMMSEN

Nadja EL BEHEIRI  
Katholische Universität Pázmány Péter

**1. Einleitung**

Das Thema der Sklaverei bei Theodor Mommsen ist in der Sekundärliteratur kaum behandelt worden. Dieser Befund mag zunächst nicht unbedingt verwundern. Die Erörterung des Themas ist bei dem großen Historiker des römischen Rechts stark von seinen wissenschaftstheoretischen und gesellschaftspolitischen Ansätzen geprägt und diese werden heute allgemein für überholt angesehen.

Es gilt jedoch zu beachten, dass Mommsen durch das – vor allem in der Römischen Geschichte – gezeichnete Bild von der römischen Sklaverei einen nicht unbeachtlichen Einfluss auf Autoren wie Karl Marx und Friedrich Engels, natürlich auch auf den von ihm als Nachfolger ausgekorenen Max Weber gehabt.<sup>1</sup> Mommsen wurde so indirekt zu einem Bezugspunkt in der zeitgenössischen Diskussion um die geeignete Wirtschafts- und Sozialordnung. Dies gilt auch dann, wenn Marx die mangelnde ökonomische Sachkenntnis bei Theodor Mommsen rügt. Geht es im Zusammenhang mit der Option für eine Wirtschaftsordnung um Fragen wie das Privateigentum an Produktionsmitteln, der Rolle des Marktes, dem Prinzip der Gewinn- und Nutzenmaximierung, sowie dem Gegensatz zwischen Kapital und Arbeit, so steht im Mittelpunkt des von Theodor Mommsen geschaffenen Systems die Konstruktion der Institutionen des Staates und seiner Rechtsordnung.

Mommsen hat unter dem Einfluss der Staatsphilosophie Hegels ein System des freiheitlichen Staates geschaffen. Zu den grundlegenden Pfeilern des mommsenschen Denkens gehört die Begrenzung der Perspektive auf die Endzeit der römischen Republik, die mit einer Ausblendung der entwicklungsgeschichtlichen Prämissen verbunden wird. Hinweise auf frühzeitliche Gegebenheiten sind immer (auch)

<sup>1</sup> Wilfried Nippel vertritt die Auffassung, dass das Bild das Marx und Engels sich von der antiken Sklaverei gemacht haben, in zahlreichen Punkten von Theodor Mommsen beeinflusst war. Vgl. Wilfried NIPPEL: Marx, Weber und die Sklaverei. In: Elisabeth HERRMANN-OTTO (Hrsg.): *Unfreie Arbeits- und Lebensverhältnisse von der Antike bis in die Gegenwart*. Hildesheim, Olms, 2005. 334.

eine Rückprojizierung späterer Gegebenheiten. Auf der anderen Seite beinhalten Mommsens Arbeiten zur Antike immer Forderungen für die staatsrechtlichen Probleme seiner eignen Zeit. Gerade diese beiden Aspekte beeinflussen sein Bild von der Sklaverei wesentlich, machen es aber auch gleichzeitig für Autoren wie Weber und Marx besonders interessant. Ein moderner Bearbeiter des römischen Staatsrechtes hat oftmals den Eindruck, dass er die Wirklichkeit der Antike gleichsam aus dem System Mommsens herauschälen muss. Eine Zielsetzung, die eine Auseinandersetzung mit den Ausführungen Mommsens zur Sklaverei rechtfertigt, ja sogar notwendig erscheinen lässt, liegt nun gerade in der Formulierung von Anhaltspunkten zu einer solchen Reinigung des Blickes.

## 2. Sklaverei als Gegensatz zur Freiheit und Gleichheit der Bürger der Deutschen Nation

Im Sinne einer Bestimmung des Szenariums der folgenden Ausführungen soll zunächst an den Satz des römischen Schuljuristen Gaius erinnert werden, der bekanntlich im Zusammenhang mit dem römischen Personenstandsrecht von einer *summa divisio* spricht. Danach sind alle Menschen entweder Freie oder Sklaven (Gai. 1.5.3). Das römische Recht hielt an dieser Einteilung auch in späterer Zeit fest. (Marcianus 1.5.5). Was die Freien betrifft, so verwendete man eine weitere grundsätzliche Unterteilung, man unterschied zwischen Freigeborenen und Freigelassenen.

Im Hinblick auf die Untersuchung der Sklaverei trifft Mommsen einen Grundentscheid. Er ordnet den Begriff der Freiheit dem „öffentlichrechtlichen“, dem „publicistischen“ Bereich zu. Dies hat eine scharfe Scheidung zwischen Freien und Sklaven zur Folge, wobei Mommsen die vielschichtigen Schattierungen, die das römische Privatrecht zeigt, außer Acht lässt. Auch geht Mommsen davon aus, dass die Rechtserzeugung auf dieser Ebene an einen Beschluss der Volksversammlung gebunden ist. Liegt ein solcher Volksbeschluss, der dem Sklaven das Bürgerrecht verleiht nicht vor, so ist die Willenserklärung des Herrn nur auf moralischer und nicht auf rechtlicher Ebene wirksam. Sie erzeugt eine „herrenlose Sache, nicht aber einen freien Mann.“<sup>2</sup> Dieses Bild beherrschte laut Mommsen die römische Frühzeit. Daraus folgte, dass die Gruppe der Freigelassenen erst in der hohen Republik Einzug in die römische Geschichte nahm und zwar unter negativen Vorzeichen. Freigelassene mit

<sup>2</sup> Theodor Mommsen geht davon aus, dass das ursprüngliche Bürgerrecht auf das Patriziat beschränkt war. Ein solches patrizisches Bürgerrecht kann durch Freilassung nicht erzeugt werden. Da nun – für Mommsen charakteristischerweise – Freiheit und Bürgerrecht zusammenfallen, konnte es eine Freilassung nach älterem Recht überhaupt nicht geben. Die Tatsache, dass es entsprechende Willenserklärungen nun doch gegeben hat, führt bei Mommsen zu einer dichotomischen Ausdrucksweise. Die älteste Freilassung ist nur ein tatsächlicher, nicht aber ein rechtlicher Akt. Die Willenserklärung bindet den Herr wohl moralisch, nicht aber formell. Vgl. Theodor MOMMSEN: *Römische Forschungen*. Berlin, Weidmannsche Buchhandlung, 1864. 358–359.

Bürgerrecht bildeten einen Gegensatz zu der ursprünglich römischen und italischen Bevölkerung.<sup>3</sup>

Auf der anderen Seite war Freiheit bei Theodor Mommsen immer in Form der bürgerlichen Freiheit eine abstrakte Größe (nicht etwa Entscheidungsfreiheit für etwas). Freiheit fällt dabei auch immer mit der Gleichheit aller Glieder zusammen. Die dem Bürger zustehende konstitutionelle Freiheit wurde in den Nationalstaat des deutschen Volkes eingegliedert und dabei gleichzeitig als – historisches Novum auf juristische Personen – vor allem der Gemeinde im Verhältnis zu dem jeweiligen Landherrn – ausgedehnt. Kontrapart der Freiheit waren die deutschen Fürsten, die als das Gegenstück einer aus gleichen Bürgern zusammengesetzten Nation betrachtet wurden. Die so verstandene bürgerliche Gesellschaft sollte sich dabei harmonisch in die Ordnung eines einheitlichen deutschen Staates einfügen. Dieses Ideal Mommsens kommt deutlich in seinen Erläuterungen zu den Grundrechten des deutschen Volkes zum Ausdruck:

„Die Grundrechte, das heißt solche Rechte, welche nothwendig erachtet sind zur Begründung einer freien Existenz für jeden einzelnen deutschen Bürger, eines fröhlichen Aufblühens all der großen und kleinen Gemeinschaften innerhalb der deutschen Grenzen; Diese Grundrechte werden euch allen, jedem Bürger und Bauer, wie jeder Gemeinde in Stadt und Land, zugesichert [...]“<sup>4</sup>

Diese Grundrechte stehen dem deutschen Volk als rechtlicher und staatlicher Gemeinschaft zu. Als Zielvorstellung gilt der wirtschaftliche Aufschwung und Gedeihen, Prosperität kommt dabei sowohl dem Einzelnen als auch größeren und kleineren Einheiten zu Gute. Mommsen spricht von dem regen Fleiße des Gewerbes, der Betriebsamkeit seiner Schiffer und Kaufleute, dem Adel der Wissenschaft und dem Schmucke der Kunst. Zu all dem gesellt sich „die höchste Ehre und das innigste Band der deutschen Freiheit und Staatsgemeinschaft“.<sup>5</sup>

### 3. Sklaverei als Hindernis auf dem Weg Roms zu seiner Bestimmung

Es ist oft festgestellt worden, dass Mommsen sein Ideal von Staat und Gesellschaft auf Rom übertragen hat. Dabei musste der große Gelehrte im Ergebnis feststellen, dass Rom seine historische Bestimmung zu einem freiheitlichen Nationalstaat nicht erreicht hat. Wissenschaftstheoretisch konnte er dies tun, weil er – obwohl er als Anhänger der hegelianischen Geschichtsphilosophie mit dem Begriff der

<sup>3</sup> Egon FLAIG: Die verfehlt Nation. In: Alexander DEMANDT (Hrsg.): *Theodor Mommsen – Wissenschaft und Politik im 19. Jahrhundert*. Berlin–New York, De Gruyter, 2005. 193.

<sup>4</sup> Theodor MOMMSEN: Die Grundrechte des deutschen Volkes mit Belehrungen und Erläuterungen. In: Fritz STURM: *Theodor Mommsen. Gedanken zu Leben und Werk des großen deutschen Rechtshistorikers*. Karlsruhe, Gesellschaft für Kulturhistorische Dokumentation, 2006. 65.

<sup>5</sup> Theodor MOMMSEN: *Die Grundrechte des deutschen Volkes mit Belehrungen und Erläuterungen*. Frankfurt am Main, Klostermann, 2003. 65.

historischen Notwendigkeit operierte, Notwendigkeit bei Mommsen im Unterschied zu Hegel jedoch keine zwingende Notwendigkeit war.<sup>6</sup>

Die Sklaverei erschien als Hindernis auf den Weg zur Erreichung des Ziels und zwar auf mehrfache Weise. Zunächst beeinträchtigte die römische Sklavenhaltung die Entfaltung Roms zum Nationalstaat. Das System der römischen Sklavenhaltung bewirkte – laut Mommsen –, dass Rom über Italien hinausgriff und dort großangelegte Plantagenwirtschaft betrieb. Die Plantagenwirtschaft zerstörte jedoch auch den – bei Mommsen als Eidgenossenschaft nach schweizer Vorbild – konstruierten Nationalstaat Italien. Die Sklavenvirtschaft führte dazu, dass die Inseln Sizilien, Sardinien und Korsika auf Untertanen-Ebene gedrängt wurden. Den Inseln folgten alsbald die italischen Bundesgenossen, die zuvor die Rolle „bevorzugter Teilhaber an der Herrschaft“ innehatten.<sup>7</sup>Außerdem vernichtete die durch die Sklavenhaltung ermöglichte Großproduktion die aus freien Bürgern zusammengesetzte Mittelschicht.

Ein weiterer Grund warum Rom seine Bestimmung nicht erreicht hat, besteht in der zunehmenden Herrschaft des Geldes, die Mommsen als Herrschaft des Kapitals bezeichnete. Eine durch Ausbeutung der Sklaven in Betrieb gesetzte Wirtschaft ist der Entfaltung eines freien Mittelstandes diametral entgegen gesetzt. Mommsen interpretiert die Situation, in der sich Rom in der zweiten Hälfte des zweiten vorchristlichen Jahrhunderts befand, im Spiegel jener Krise, die mehr als ein Jahrhundert zuvor, zu den licinisch-sextischen Gesetzen geführt hat. Auch damals erschien der große Grundbesitz als Bedrohung der Bauernschaft und des ganzen Gemeinwesens. Die herrschende Gruppierung bestand damals aus den Patriziern, die beherrschte Schicht waren die Plebejer. Die patrizische Vorherrschaft konnte im vierten Jahrhundert durch eine „Verfassungsänderung“ gebrochen werden, auf gesetzlichem Weg konnte man auch in die Verteilung von Grund und Boden eingreifen. Tatsächlich plädiert Mommsen auch zu seiner Zeit für eine Beschneidung der Rechte der privilegierten Stände. Das Feindbild seiner Zeit war vor allem auch durch die Bestrebungen zur Aufrechterhaltung eines Schutzzolles, der den Interessen Preußens diente. Die Lösung besteht für Mommsen in einer graduellen aber entschlossenen Abschaffung der bestehenden Vorrechte.<sup>8</sup> Eine solche Lösung ist in Rom ausgeblieben und so schreibt Mommsen resignierend:

„Es war keine zufällige Katastrophe, der Vaterlandsliebe und Genie hätten wehren können; es waren uralte soziale Schäden, im letzten Kern der Ruin des Mittelstandes durch das Sklavenproletariat, an denen das römische Gemeinwesen zu Grunde ging.“<sup>9</sup>

<sup>6</sup> FLAIG aaO. 196.

<sup>7</sup> FLAIG aaO. 190.

<sup>8</sup> Vgl. MOMMSEN: aaO. 69: „Hier ist keine andre Hülfe möglich als allmähliche. Etwa so, daß man den Privilegierten den Genuß ihres Rechtes noch auf eine Reihe von Jahren sichert und alsdann ihre Privilegien für erloschen erklärt.“

<sup>9</sup> Theodor MOMMSEN: *Römische Geschichte*, Bd. 3. München, Deutscher Taschenbuchverlag, 1976. 393.

#### 4. Die Begriffe Arbeit und Kapital

Vergleicht man die Verwendung des Begriffes Kapital und Arbeit bei Mommsen und bei Karl Marx so wird man feststellen, dass die Bedeutung, die diesen Termini zugemessen wird, sich weder was die Arbeit noch was das Kapital betrifft deckt. Marx moniert, dass Mommsen, obwohl er in der Römischen Geschichte von der Herrschaft des Kapitals spricht, vom modernen Sinn des Kapitals nicht die geringste Ahnung hat.<sup>10</sup> Kapital entsteht bei Marx erst durch den durch die Ausbeutung des freien Arbeiters entstandenen Mehrwert. Der Mehrwert wird in der Zirkulation im Rahmen des Handels ständig gesteigert und in Profit verwandelt.<sup>11</sup>

Für Karl Marx bestimmt die Arbeit das Wesen des Menschen. Arbeit wird dabei in einem ganz realen Sinn aufgefasst und besteht in einem Schaffen von durch menschliches Wirken erzeugten Gegenständen und dem Ersatz von Dingen der Natur durch eigene Produktion. Die Entfremdung kommt bei Marx dadurch zustande, dass der Mensch nicht mehr in der Lage ist durch seine Arbeit einen Gewinn an Menschlichkeit zu erzielen, sondern dazu gezwungen wird seine Arbeit zu verkaufen. Der für Marx notwendigerweise freie Arbeiter verkauft seine Arbeit als Ware an den Geldbesitzer. Der Geldbesitzer schlägt aus der Arbeit durch Ausbeutung der Arbeitskraft Profit.

Mommsen formuliert das Spannungsfeld zwischen Arbeit und Kapital folgendermaßen:

„das Kapital führte gegen die Arbeit, das heißt gegen die Freiheit der Person, den Krieg, natürlich wie immer in strengster Form Rechtens, aber nicht mehr in der unziemlichen Weise, daß der freie Mann der Schulden wegen Sklave ward, sondern von Haus mit rechtmäßig gekauften und bezahlten Sklaven, der ehemalige hauptstädtische Zinsherr trat auf in zeitgemäßer Gestalt als industrieller Plantagenbesitzer“.<sup>12</sup>

Im Gegensatz zu Marx formulierte Mommsen keine eigenständige Theorie der Arbeit, sondern sah die Arbeit in engem Zusammenhang mit dem Eigentum. Arbeit wurde zu einem Garant der Freiheit, dies galt jedoch nur dann, wenn sie mit Eigentum verbunden war. Dabei stellte sich Mommsen allerdings gegen all jene, die aufgrund vorteilhafter Ausgangsbedingungen einen größeren Gewinn hatten. Diese Kategorie wurde vor allem durch die Großgrundbesitzer verkörpert. Übertragen auf die römischen Verhältnisse zeichnet er einen scharfen Gegensatz zwischen dem kleinen freien Bauern und dem adeligen Großgrundbesitzer. Der kleine Bauer wurde durch die Konkurrenz „des überseeischen und insonderheit des Sklavenkorns“ erdrückt. In „territorialer Hinsicht“ verlief der „Verfall“ von den Provinzen nach Italien. Mommsen beklagt „die Entwertung der italischen Bauernstellen, die Verdrängung

<sup>10</sup> MARX-ENGELS-WERKE aaO. Bd. 25, 339 Anm. 46.

<sup>11</sup> MARX-ENGELS-WERKE aaO. Bd. 25, 44 ff.

<sup>12</sup> MOMMSEN (1976) aaO. Bd. 3, 83.

der Kleinwirtschaft zuerst in einem Teil der Provinzen, sodann in Italien durch die Gutswirtschaft; die vorwiegende Richtung auch dieser in Italien auf Viehzucht und auf Öl- und Weinbau; schließlich die Ersetzung der freien Arbeiter in den Provinzen wie in Italien durch Sklaven“.

Auch sah Mommsen einen Zusammenhang zwischen der steigenden Zahl der Sklaven und der sinkenden Zahl der römischen Bürger.

„Es konnte auf dem Markt der Hauptstadt laut gesagt werden, daß die Tiere ihre Lager hätten, den Bürgern aber nichts geblieben sei als Luft und Sonnenschein und daß die, welche die Herrn der Welt hießen, keine Scholle mehr ihr eigen nannten. Den Kommentar zu diesen Worten lieferten die Zählungslisten der römischen Bürgerschaft.“<sup>13</sup>

## 5. Arten der Sklaverei

Mommsen unterschied grundsätzlich zwei Arten von Sklaverei. Einerseits sprach er von einer „unschuldigen Feldsklaverei“, bei der der Bauer entweder mit dem Sklaven gemeinsam wirtschaftet, oder wenn er mehrere Güter zu besorgen hat, ihn zum Verwalter eines Gutes einsetzt. Diese Art der Sklaverei hatte noch ein natürliches, menschliches Gesicht, was auch in der Rekrutierung neuer Sklaven zum Ausdruck kam, die entweder durch die Verwendung von Kriegsgefangenen erfolgte, oder aber durch die Geburt neuer Sklaven. Auf der anderen Seite stand die groß angelegte durch Sklaven betriebene Plantagenwirtschaft. Bei dieser Beschreibung kommt der Rückgriff Mommsens auf die zeitgenössische Sklavenwirtschaft in Amerika deutlich zum Vorschein. Die Plantagenwirtschaft führte zur Entwertung der italischen Bauernstellen, zur Verdrängung der Kleinwirtschaft zuerst in einem Teil der Provinzen, sodann in Italien durch die Gutswirtschaft. Die freien Arbeiter wurden durch Sklaven ersetzt. Bei dieser Sklaverei handelt es sich nicht mehr um die „unschuldige Feldsklaverei“, die für die Bebauung der Plantagen notwendigen Sklaven wurden – ganz so wie im Falle der modernen Sklaverei Amerikas durch „systematisch betriebene Menschenjagd“ gewonnen. In diesem Sinne bezeichnet Mommsen Vorderasien als das Negerland der römischen Welt. Der syrische Mensch wurde als die Menschenrasse angesehen, die sich vorzugsweise zum Sklavenstand eigne. Römische „Spekulanten“ durch aus Sizilien gewonnenen Vieh und Sklavenkorn beherrschten den Markt.

Mommsen kennzeichnet die Situation mit drastischen und oft zitierten Worten:

„Das Meer von Jammer und Elend, das in diesem elendesten aller Proletariate sich vor unseren Augen auf tut, mag ergründen, wer den Blick in solche Tiefen wagt; es ist leicht möglich, daß mit denen der römischen Sklavenschaft verglichen die Summe aller Negerleiden ein Tropfen ist.“<sup>14</sup>

<sup>13</sup> MOMMSEN (1976) aaO. Bd. 3, 90.

<sup>14</sup> MOMMSEN (1976) aaO. Bd. 3, 86.

Der Gelehrte bezeichnet die Gruppe der Sklaven als Proletariat und geht auch hier wieder den umgekehrten Weg wie Marx. Während bei Marx Proletarier jene sind, die nichts anderes zu verkaufen haben als ihre Arbeit, wird der Begriff bei Mommsen auf jene angewandt, die in einem solchen Ausmaß ihres Eigentums beraubt wurden, dass nicht einmal mehr ihre Person ihr eigen ist. Trotz allem sagt Mommsen, dass es nicht so sehr auf die Leiden der Menschen ankomme, sondern vielmehr auf die Bedrohung, die dieses Proletariat für den Staat bedeutete. Die Unsicherheit im Hinblick auf den Staat ergab sich unmittelbar durch die Gefahr der Sklavenaufstände, die eine Gefahr für Eigentum und Leben der freien Bevölkerung darstellten. Es bestand Handlungsbedarf und für Mommsen gab es zwei Lösungsansätze. Einerseits die „polizeiliche“ Repression, andererseits die Hebung der freien Arbeit. Die polizeilichen Maßnahmen wurden durch die grausamste Niederschlagung der Sklavenaufstände vollzogen. Maßnahmen zur Hebung der freien Arbeit blieben – so Mommsen – gänzlich aus. Mommsen zieht hier einen Vergleich zu den *Leges Licinia Sextiae*. Damals wurden die Gutsbesitzer verpflichtet, neben den Ackersklaven zur Zahl der Sklaven im Verhältnis stehende freie Arbeiter zu beschäftigen. (I, 309). Die zweite Lösung würde in Landanweisungen des von Mommsen als *Domanialland* bezeichneten *ager publicus* bestehen. Während eine solche Verteilung im 4. Jahrhundert v. Chr. doch bis zu einem gewissen Grad stattfand und der römische Mittelstand so gesteigert werden konnte, konnte man sich im zweiten vorchristlichen Jahrhundert nicht mehr zu einer solchen Verteilung entscheiden. Dies aus zwei Gründen: zum einen wollte die Aristokratie ihre italischen Besitzungen nicht mindern. Eine Ansiedelung von Bürgern außerhalb Italiens wollte man nicht zulassen.<sup>15</sup> Statt neue Ansiedlungen vorzunehmen, brachte man die Gebiete der freien Bauern in den Besitz, bewirtschaftete sie durch Sklaven, was im Ergebnis den Gegensatz zwischen Arbeit und Kapital verstärkte. Die groß angelegte Sklavenhaltung hatte eine zersetzende Wirkung auf das römische Gemeinwesen. Eine schlimmere Wirkung als die Plantagensklaven, die unter unmenschlichen Bedingungen zur Arbeit gezwungen wurden, hatten im Hinblick auf das römische Gemeinwesen jene Sklaven, die in Handel und Wirtschaft eingesetzt wurden. In diese Gruppe gehören etwa Wirtschaftler, Architektensklaven und Industriesklaven. Mommsen setzt diese Art von Sklaverei vor allem in die Zeit Catos und zeichnet ein Bild, bei dem die Funktion der Sklaven in erster Linie in der Erweiterung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ihrer Herrn gelegen ist.

„Der Geschäftsbetrieb in all diesen verschiedenen Zweigen erfolgte durchgängig durch Sklaven. Der Geldverleiher und der Bankier richteten soweit ihr Geschäftskreis reichte, Nebenkotore und Zweigbanken unter Direktion ihrer Sklaven und Freigelassenen ein. Die Gesellschaft, die vom Staate Hafenzölle gepachtete hatte, stellte für das Hebegeschäft in jedem Bureau hauptsächlich Sklaven und Freigelassenen an. Wer in Bauunternehmungen machte, kaufte sich Architektensklaven; wer sich damit

<sup>15</sup> MOMMSEN (1976) aaO. Bd. 3, 89.

abgab, die Schauspiele oder Fechterspiele für Rechnung der Beikommenden zu besorgen, erhandelte oder erzog sich eine spielkundige Sklaventruppe oder eine Bande zum Fechthandwerk abgerichteter Knechte. Der Kaufmann ließ sich seine Waren auf eigenen Schiffen unter der Führung von Sklaven oder Freigelassenen kommen und vertrieb sie wieder in derselben Weise im Groß- oder Kleinverkehr. Daß der Betrieb der Bergwerke und der Fabriken lediglich durch Sklaven erfolgte, brauch danach kaum gesagt zu werden.<sup>16</sup>

Diese Kategorie konnte auf Freilassung hoffen und tatsächlich gewann – so auch Mommsen – der Stand der Freigelassenen immer mehr an Bedeutung. Dies geschah allerdings sehr zum Schaden des römischen Staates. Mommsen spricht dann davon, dass „sie durch Bediententugenden und Bedientenlastern sittlich, ökonomisch und politisch wenigstens ebensoviel wie die Sklaven selbst zum Ruin des römischen Gemeinwesens beigetragen haben“. Während die Sklavenwirtschaft ihre zerstörende Funktion auf der Ebene der Sendung des Gemeinwesens ausübte. Waren die Freigelassenen das Gegenstück des sittlich hochstehenden freien römischen Bürgers.

## 6. Die Stellung von Sklaven und Sklavenhalter

### 6.1. Der Sklavenhalter

Mommsen zeichnet das Bild des römischen Sklavenhalters am Beispiel von Marcus Porcius Cato. Er tut dies obwohl er für Cato persönlich keine Sympathie hegte und ihn als Don Quichote der römischen Aristokratie bezeichnet hat. Der Haushalt des Römers ist politisch und ökonomisch ein Abbild des Gemeinwesens und so wird Cato auch zu einem Beispiel des individualistischen Bürgers, der nur allzu oft als typischer Vertreter der römischen Bürgerschaft galt. Wirtschaftliche Rentabilität ist ein erklärtes Ziel. Mommsen ist anhand der catonischen Darstellung davon ausgegangen, dass der Hausherr über eine schrankenlose Gewalt über die Hausangehörigen verfügte, auch hier wird die Gewalt des Staates über die Gemeindeangehörigen widerspiegelt. Da Mommsen die Befugnisse gegenüber Sklaven, Freien und Freigelassenen als einheitliche Größe konzipiert, geht er von einer grundsätzlichen Gleichstellung der Mitglieder der Hausgemeinschaft aus. In dieser Gemeinschaft bilden nur die Haussöhne eine eigene Gruppe. Dies zeigt sich etwa darin, dass Cato der Ansicht war, dass die Haussöhne nicht durch Sklaven unterrichtet werden sollten. Denn was sollte ein junger Mann denken, wenn er später merken würde, dass sein Lehrer zu dem er mit Respekt aufgesehen hat und der ihn korrigiert und zurechtgewiesen hat, ein Sklave war. Um den Unterricht seines Sohnes kümmerte sich Cato persönlich. Dabei kümmerte er sich sowohl um die körperliche Ertüchtigung wie auch um seine theoretische Ausbildung zum Staatsmann. Die Lehrer unter den Sklaven sollte zum Unterricht anderer Kinder vermietet werden.

<sup>16</sup> MOMMSEN (1976) aaO. Bd, 2, 372.



Die Konzeption des römischen Hauswesens einerseits als Abbild des Gemeinwesens und andererseits als Gemeinschaft von Freien und Unfreien hat zwei Konsequenzen. Einerseits wird der *pater familias* als Magistrat innerhalb seines Hauswesens gesehen, wobei seine Herrschaft nicht wie jene des Amtsträgers theoretisch als Konsequenz einer Übertragung durch die Mitglieder der Gemeinschaft gerechtfertigt wird und somit viel schärfer und auch absoluter als jene des Magistrats ist. Andererseits hat diese Gleichstellung nicht etwa zur Folge, dass die Lebensweise der Sklaven jener der Freien angeglichen wird, sondern umgekehrt der Freie hat sich an den Sklaven auszurichten.

## 6.2. Die Sklaven

Auf den sich idealerweise innerhalb der Begrenzung von 500 (2.550m<sup>2</sup> – 127 ha) *iugera* bewegendes Grundstücken wurde die Menschenarbeit durch Sklaven durchgeführt. Die Gruppe der Sklaven war dabei hierarchisch geordnet. An ihrer Spitze stand ein Wirtschaftler, dieser ist berechtigt Verträge zu schließen, er ist Ansprechpartner für die Instruktionen seines Herrn. Ihm kommt die Disziplinarvollmacht in Abwesenheit des Dominus zu. Unter dem Wirtschaftler steht die Wirtschaftlerin. Der Wirtschaftler hat Anrecht auf Ehe, Kinder und Kasse. Cato sieht es als ratsam an, wenn der Wirtschaftler und die Wirtschaftlerin heiraten. Es folgen andere Sklaven, Eseltreiber, Schweine – und Schafhirt. Die Anzahl der Sklaven ist proportional zur Größe des Grundstückes und zur zu verrichtenden Arbeit. Kleider und Schuhe wurden auf dem Markt gekauft und zur Verfügung gestellt. Allein der Wirtschaftler hat Hoffnung auf Freilassung.

Unter den Sklaven sollte gerade auch um Zusammenschlüsse, die zu Aufständen führen konnten, Misstrauen gesät werden. So sollten Sklaven gleicher Nationalität nicht zusammen sein. Verpflegung erfolgte im Verhältnis zur geleisteten Arbeit. Der Wirtschaftler bekam dabei weniger Nahrung als die Arbeitssklaven. Diese Stelle gehört zu jenen Ausführungen, die Marx ausdrücklich von Mommsen übernimmt. Sie bilden den Ausgangspunkt für seine Theorie der Arbeit. Verbrauchte Energie muss ersetzt werden, damit der Arbeiter am nächsten Tag unter gleichen Bedingungen die gleiche Arbeit erbringen kann. An Feiertagen wurde zwar keine Feldarbeit geleistet, aber auch da musste gearbeitet werden. Cato war der Ansicht, dass die Sklavenschaft ständig beschäftigt werden musste. Alte und kranke Sklaven werden verkauft. Die Zucht im Haus war streng. So wird berichtet, dass einer der Sklaven ohne Auftrag des Herrn einen Kaufvertrag abgeschlossen und sich aus Angst vor Strafe erhängt hat. Die Dienerschaft durfte nicht ohne Befehl das Haus verlassen. Bei schweren Strafen gab es ein Hausgericht. Leichtere Strafen – im Allgemeinen handelte es sich um Körperstrafen – wurden vom Hausherrn sofort verhängt.

## 7. Zusammenfassung

Mommsens Bild der römischen Sklaverei ist stark durch die von ihm gewählte öffentlich-rechtliche Perspektive determiniert. Es ist wohl das Festhalten an diesem Ausgangspunkt, das zu einem Ausblenden von einem Teil – der Mommsen

notwendigerweise bekannten – epigraphischen und privatrechtlichen Quellen geführt hat. Die vielfältigen juristischen Lösungen, die das römische Privatrecht ausgehend von dem Phänomen der Sklaverei geschaffen hat, gehen dabei ganz verloren. Die Übertragung des durch die staatsrechtlichen Institutionen bestimmten Blicks führt so zu einem Bild der Sklaverei, bei dem alle persönlichen, emotionalen, ja menschlichen Motive ausgeschlossen wurden. Dies führt nicht nur zu einer Verzerrung der historischen Gegebenheiten, sondern blendet auch all jene Ansatzpunkte aus, die letztlich zu einer Überwindung der antiken Sklaverei geführt haben.

## VERSICHERUNGEN IM SEETRANSPORT GEGEN VERSKLAVUNG

Viola HEUTGER  
Universität Luzern

Der Seehandel ist und war ein wichtiger Bestandteil der Weltwirtschaft. Sturm und Piraten formten die größten Herausforderungen einer Seereise. Schon in der Antike wurden weite Strecken über See zurückgelegt. Bereits bei den Griechen waren Finanzierungsgeschäfte für den Seetransport bekannt, die dann von den Römern übernommen und zum Teil weiterentwickelt wurden.<sup>1</sup>

In Corpus Iuris Civilis finden wir bereits detaillierte Bestimmungen über den Seetransport und die Haftung für Ladungsverlust während einer Seereise. Als Lex Rhodia de iactu ist uns in D.14.2 ein ganzer Titel zum Seewurf und den daraus entstehenden Verpflichtung zur Kompensation überliefert.<sup>2</sup> Das Seehandelsrecht kennt aber noch viele weitere Herausforderungen. Dort wo Schiffe fahren, dort gibt es häufig auch Piraten.

Ein prominentes Beispiel in der Geschichte ist Caesar. Plutarch<sup>3</sup> berichtet uns, dass Caesar in der Nähe der Insel Pharmakon in die Gewalt von Piraten kam. Er blieb 87 Tage bei den Piraten und seine Freunde reisten durch das Land, um das Lösegeld zu sammeln. 50 Talente wurden gesammelt und gezahlt. Caesar kam frei und reiste weiter nach Milet. Nicht jeder hatte solche Freunde und so ein gutes Netzwerk. Derzeit gibt es noch keine überzeugenden Nachweise, ob es bereits in der Antike Versicherungen gegen die Gefahren der See gab, insbesondere Versicherungen für den Freikauf zum Erhalt der Freiheit. Das Lösegeld, seine Zahlung damals und

---

<sup>1</sup> Für eine Übersicht zum *fenus nauticum* siehe, Reinhard ZIMMERMANN: *The law of obligations*. Oxford, University Press, 1996. 183 ss.

<sup>2</sup> Viola HEUTGER: Lex Rhodia and Unjust Enrichment. In: Eltjo SCHRAGE: *Unjust Enrichment and the Law of Contract*. The Hague, Kluwer International, 2001. 217–223. Zur Weiterentwicklung des Gedankens der Lex Rhodia de iactu Reinhard ZIMMERMANN: *The law of obligations*. Oxford, University Press, 1996. 406 ff.

<sup>3</sup> *Plutarchi vitae parallelae*. Band 2 Fasc. 2, (Herausgeber Konrat ZIEGLER – Hans Gärtner) Stuttgart–Leipzig, Teubner, 1994. Kapitel 2.

heute und die Beschaffung davon, dass interessierte mich besonders. Den zeitlichen Schwerpunkt möchte ich heute in der Zeit von 1600 bis jetzt legen und thematisch die niederländische Situation behandeln.

Mein Interesse an diesem Thema wurde im Jahr 2006 geweckt. In dem Jahr zog ich mit meinem Mann auf eine Insel in der Karibik. Auf dieser Insel starteten Piraten, saßen sie in Haft und machten Pläne für neue Taten. Oft wähten wir uns auf Curacao auf einer Pirateninsel. Genau zu dem Zeitpunkt unseres Umzugs, im Jahr 2006 wurde in den Niederlanden der Artikel im Handelsgesetzbuch über die Versicherbarkeit der Lösegeldsumme zum Freikauf der Freiheit aus Piratenhänden abgeschafft.<sup>4</sup>

So kam ich zum Thema des heutigen Vortrags. Thema ist das Versicherungsrecht im Seetransport mit Bezug auf den Freikauf von Sklaven. Der sich ergebende Fall ist ein oft vorkommender. Der Eigentümer oder Reeder eines Schiffes versichert Ladung und Mitfahrende gegen die Gefahren der See. Seit der babylonischen Zeit versuchte man im Seetransport Kompensationsmechanismen zu entwickeln, die das Risiko einer Seereise über die beteiligten Parteien verteilen. Eine der drohenden Gefahren der See ist auch die Möglichkeit gefangen genommen zu werden und anschließend als Sklave dienen zu müssen. Lösegeld musste für die Freilassung gezahlt werden. Diese Summen waren nicht so einfach auf Schiff und Ladung zu berechnen. Daher suchte man nach anderen Möglichkeiten.

Die Policen der Versicherung in der Neuere Zeit sahen auch den Freikauf eines versklavten Menschen vor. In die Policen wurde die maximale Höhe des Lösegelds, welches gezahlt werden konnte, aufgenommen. Als Beispiel diene uns der folgende Sachverhalt. Niederländische Handelsschiffe treffen auf hoher See auf Piraten aus Maghreb, einem Teil Nordwest Afrikas. Das niederländische Schiff wird erobert und das Schicksal der Mitfahrenden ist unsicher und die Möglichkeit besteht, dass diese als Sklaven verkauft werden sollen. Das war ein oft vorkommender Fall.<sup>5</sup> Bei den Piraten handelte es sich vor allem um aus Spanien vertriebene Moren und ihre Nachfahren. Stationiert waren sie vor allem in Tripoli, Algerien und Tunesien. Ab 1519 schlossen sich auch Türken an. Die genannten Länder wurden im 17. Jahrhundert Militärrepubliken, nachdem sie nicht mehr von den Türken regiert wurden.<sup>6</sup> Diese Gruppe Seeräuber stellte formte im 17. und 18. Jahrhundert für die niederländische Handelsschiffahrt ein großes Problem dar. Für die Piraten selber war es ein profitables Business. So kam es, dass sich auch Europäer dieser Gruppe anschlossen, so zum Beispiel auch Niederländer. Ein besonders gefährliches Gebiet war die Straße

<sup>4</sup> 30 137 Aanpassing van de wetgeving aan en invoering van de wet tot vaststelling van titel 7.17. (verzekering) en titel 7.18 (lijfrente) van het nieuwe Burgerlijk Wetboek (Invoeringswet titel 7.17 en titel 7.18 Burgerlijk Wetboek).

<sup>5</sup> Einen guten Überblick zur Lage gibt Ernst Jakob WEBER: *De Beveiliging van de zee tegen Europeesche en Barbarijsche Zeerovers, 1609–1621*. Amsterdam, N.V. Noord-Hollandsche Uitgeversmaatschappij, 1936.

<sup>6</sup> Johan VAN NIEKERK: *The developments of the principles of insurance law in the Netherlands from 1500 to 1800*. vol. I., Cape Town, Juta, 1998. 401.

von Gibraltar.<sup>7</sup> Dort wurden die Schiffe geentert und die eroberten Waren verkauft, die Mitfahrenden in die Gefangenschaft verkauft. Der Sklavenverkauf war der lukrativste Teil dieser Tat. Die Summen jener, die verkauft wurden sind erheblich. Mit Staunen nimmt man zur Kenntnis, dass allein in Algerien in der ersten Hälfte des 17. Jahrhunderts 20 000 christliche Sklaven verkauft wurden. Noch mehr sogar in Tunis.<sup>8</sup>

Allerdings muss man anmerken, dass die potentiellen Sklaven ganz unterschiedlich behandelt wurden.<sup>9</sup> Zuweilen reichte es, nachzuweisen, dass man Moslem war und wurde sofort wieder freigelassen. Ganz verlässliche Zahlen gibt es nicht. Bei den genannten Größen versteht man dennoch bereits, dass der Freikauf eines Seefahrenden aus Versklavung ein Versicherungsobjekt wurde, auf diese Art versuchte man die Freiheit der Mitreisenden zu versichern. Aber nicht nur die Versicherungen entwickelten sich, auch politisch arbeitete man an diesem Problem.

Man versuchte Bündnisse mit den Piraten zu schließen, man trat mit ihnen zusammen dem gemeinsamen Feind gegenüber. So wurde zum Beispiel mit den Gouverneuren von Algerien ein Traktat geschlossen.<sup>10</sup> Die Eroberungen von Schiffen hatte nicht nur das Erlangen von Lösegeld zum Ziel. Man versuchte auch die Menschen zu missionieren. So war eine Alternative zur Zahlung des Lösegelds sich zum muslimischen Glauben zu bekehren und bei den Seeräubern zu bleiben. Wer das nicht wollte, der musste zahlen.

In der englischen Sprache kennen wir die Unterscheidung zwischen *privateer* und *pirate*.<sup>11</sup> Der erste ist von seiner Regierung ermächtigt feindliche Schiffe anzufallen, der andere nicht. Gerade im Religionskrieg bestand ein Interesse Schiffe anzufallen, da es eben bei den Handelsrouten der damaligen Zeit auch und vor allem um die Interessen der christlichen Welt gegenüber der Welt des Halbmondes ging. So setzten die Regierungen ihre Handelsschiffe und Kapitäne nicht nur zu kommerziellen Zwecken ein. Ab dem 17. Jahrhundert spielt dies eine große Rolle. Das internationale Recht erlaubte keine Piraterie, allerdings waren glaubensmotivierte Überzeugungskämpfe auf hoher See erlaubt. Während Piraten der Feind aller waren, enterten die anderen als Feinde eines oder mehrerer bestimmter Staaten.

Aber zu einer wirklichen dauerhaften Lösung des Problems kam man nicht. Erst die französische Eroberung von Algerien im Jahr 1830 beendete dieses spezielle Problem. Andere Gebiete blieben weiterhin gefährliches Fahrwasser. Die Piraten waren mobil. So ist überliefert, dass sie auch im englischen Kanal, rund um Irland und im Jahr 1627 sogar bis Reykjavik in Island fuhren.<sup>12</sup>

---

<sup>7</sup> WEBER aaO. 87 ff.

<sup>8</sup> VAN NIEKERK aaO. 401, FN 294.

<sup>9</sup> Daher wurden auch ganz unterschiedliche Strategien zum Freikauf bedacht. WEBER aaO. 89, 90.

<sup>10</sup> Volle zehn Seiten widmen sich dieser Beziehung in dem Abschnitt Algerien in dem Nederlandsch Placaat. En rechtskundig woordenboek, 1. Teil, Amsterdam und Dordrecht, 1741. Einen Überblick über die langen Schwierigkeiten mit Algerien bietet WEBER aaO. 87 ff.

<sup>11</sup> VAN NIEKERK aaO. 400 ff.

<sup>12</sup> VAN NIEKERK aaO. 401.

Neben diesen sogenannten barbarischen Piraten<sup>13</sup> fuhren aber auch noch von der osmanischen Regierung beauftragte Seeräuber durch das Mittelmeer. Diese Korsaren waren auch eine Gefahr. Auch waren einige der Länder, die Seeschiffe unterwegs hatten, untereinander im Krieg. Wurden nun von feindlichen Schiffen Seeleute, Kapitäne oder Mitreisende gefangen genommen, so wurde sie als Kriegsbeute angesehen und waren somit noch nicht einmal Sklaven.<sup>14</sup>

So gab es verschiedene Freibeuter auf dem Wasser. Einige enterten aus völlig verschiedenen Motiven nie Schiffe der eigenen Nation, andere dagegen waren echte Piraten und nur auf Gewinn aus.

Die Strafen, die auf Piraterie verhängt wurden, waren drastisch. Der Anführer wurde getötet. Die übrigen Piraten hatten auf Freiheit eine Chance, wenn sie zum Austausch anderer versklavter Mitfahrender eingesetzt werden konnten. In einigen Fällen wurden die Piraten aber auch begnadigt, da es sich oft um ehemalige arbeitslose Seeleute handelte.<sup>15</sup> Versicherungsbetrug im Zusammenhang mit Piraten wurde der Piraterie gleichgesetzt und ebenso so schonungslos bestraft.

Wie sahen nun die gesetzlichen Regeln gegen diese Gefahr der See aus und wie lebte diese Thema in der Bevölkerung? Der Freikauf von Sklaven was ein wichtiges Thema in den Niederlanden des 18. Jahrhunderts. Viele Kirchen fragten um Kollekten, Lotterien wurden mit dem Ziel organisiert, auf diese Weise Geld zu sammeln für den Freikauf von Gefangenen. Hin und wieder gab es ad hoc Fonds und eben auch Versicherungen.<sup>16</sup> Anschaubar wird die Problematik mit dem in Ungarn gut bekannten Fall der Befreiung von ungarischen Sklaven aus der Napolitanischen Sklaverei durch den berühmten Admiral de Ruyter.<sup>17</sup> Noch heute erinnert ein Monument in Debrecen an diese Tat, bei der De Ruyter, die ungarischen Pastoren in Holland unter der Auflage freiließ, dass sie ihre Glaubensstreitigkeiten beilegen sollten.

Die Gefahr der Gefangenschaft bei einer Seereise war leider häufig gegeben. Gegen diese Gefahren bestanden daher schon früh Gesetze. In den heutigen Niederlanden wurde 1563 von König Philips ein Seerecht erlassen, welches im Titel Seerecht und Assurantien schon die Höhe der Versicherungssumme festlegte. Um Spekulationen zu vermeiden wurde diese damals bereits auf höchstens die Hälfte des Werts des Schiffs beschränkt.<sup>18</sup> Eine erste Police wurde in Amsterdam ausgestellt im Jahr 1678.<sup>19</sup>

<sup>13</sup> Diese beherrschten eine zeitlang das Mittelmeer. WEBER aaO. 109.

<sup>14</sup> VAN NIEKERK aaO. 435.

<sup>15</sup> VAN NIEKERK aaO. 402.

<sup>16</sup> VAN NIEKERK aaO. 437.

<sup>17</sup> Siehe dazu Jozsef BORUS: Die Befreiung der ungarischen Galeerensklaven. In: *Reformation und Gegenreformation im Pannonischen Raum*. Schlaininger Gespräche 1993/94. (Wissenschaftliche Arbeiten aus dem Burgenland, Band 102) Eisenstadt, 1999. 24 ff.

<sup>18</sup> Simon van LEEUWEN: *Het Roomsche Hollandsche Recht*. IX Teil. IV Buch, Amsterdam, 1783. 69 f.

<sup>19</sup> VAN NIEKERK aaO. 438.

Was war nun das Ziel der Piraten? War es das schnelle Geld? Interessant ist zu vermerken, dass es den Piraten sehr wohl um den Erhalt des Lösegelds ging, aber erstaunlicher Weise, nicht so schnell wie möglich. Die versklavten Seefahrenden waren auch ein Machtmittel in den Unterhandlungen und verblieben oft über viele Jahre in Gefangenschaft. Bis zu über dreißig Jahren sind überliefert.<sup>20</sup>

Der Freikauf wurde zu einer Verhandlung- und Versicherungsangelegenheit. Allerdings gab es mancherorts auch Sklavenkassen, so zum Beispiel in Lübeck, wo für jeden zur Seefahrenden eingezahlt werden musste. So war es zum Beispiel üblich pro verdienter Mark bei kurzen Reisen 6 Pfennige und bei langen Reisen in den westlichen Ozean sogar einen Schilling in die Sklavenkasse einzubezahlen.<sup>21</sup>

Vielerorts hatte man sich gegen öffentlich Fonds gestellt, da man erwartete, dass sonst der Markt darauf reagieren würde, die Routen unvorsichtiger gewählt und die Freikaufpreise in die Höhe schießen würden.<sup>22</sup>

Anfang des 19. Jahrhunderts wurde das Problem im Wetbook van Koophandel, dem Handelsgesetzbuch geregelt, welches 1838 in Kraft trat. Bereits in den Vorentwürfen finden wir Hinweise auf zu zahlende Höchstsummen.<sup>23</sup> Aber auch den Hinweis, dass die Gefahr der Sklaverei bei seefahrenden sowohl zu Wasser wie auch zu Lande gegeben ist.<sup>24</sup>

Das niederländische Handelsgesetzbuch, auf der Grundlage eines Gesetzes vom 26.12.1835, handelte im neunten Titel von den Versicherungen gegen die Gefahren der See und der Versklavung.<sup>25</sup> Artikel 2 dieses Titels nennt dann neben anderen gedeckten Gefahren auch die Gefahr der Versklavung. Der Kommentar aus dem Jahr 1838 verweist als Ursprung dieser Regelung auf das altvaterländische Recht.<sup>26</sup> Es soll Bijkershoek gewesen sein, der den Umstand der Versklavung auch in das Umfeld des Versicherungsrechts gerückt hat.<sup>27</sup> Dieser merkte allerdings an, dass das

<sup>20</sup> VAN NIEKERK aaO. 435.

<sup>21</sup> Johannes ABBINK: *Het Zeeregt en de Zee-Assurantiewetten aller Volken*. Amsterdam, Weijtingh & v.d. Haart, 1856. 211.

<sup>22</sup> VAN NIEKERK aaO. 435.

<sup>23</sup> *Ontwerp voor een Wetboek van Koophandel* van 26 oktober 1822, no. 3, artikel LXII. Verzekering tegen slavernij wordt gedaan tot eene bepaalde somma, voor welke de persoon, die in slavernij gebracht is, en wiens vrijheid verzekerd is, mag gerantsoeneerd worden. Voorwerpen van wetten – Aanmerkingen en Processen- Verbaal der Staten Generaal op het wetboek van koophandel, Brussel 1822.

<sup>24</sup> Art. 2 des Entwurfs vom 23. März 1835 lautete: [...]

»Het leven van een» of meer personen;

» De gevaren der zee, die der slavernij daaronder begrepen;

»De gevaren van vervoer te lande en te water; [...]. Robert Hatan, Utrecht, Akademie-Boekhandelaar, 1841.

<sup>25</sup> Siehe Wilhem Parker DE RUYTER ROCHER VAN RENAYS: *Bijdragen tot beschouwing van het Nederlandsch Wetboek voor Koophandel*. Amsterdam, F. Boogaard, 1838.

<sup>26</sup> Siehe DE RUYTER ROCHER VAN RENAYS aaO. 349.

<sup>27</sup> Cornelius VAN BIJKERSHOEK: *Questionum Iuris Privati*. Leiden, Joannem van Kerckhem, 1744., liber 4, cap 1. 526. Bijkershoek stellt hier die Frage, ob eine Versicherung zum Erhalt der bürgerlichen Freiheit möglich ist und erwähnt den Fall, dass ein Seefahrer in die Hände von Türken gefallen ist.

Leben eines Menschen nicht in einem Wert ausgedrückt werden kann, allerdings sehr wohl ein Lösegeld gezahlt werden kann, zur Wiedererlangung der bürgerlichen Freiheit als unschätzbarem Gut. Die Frage, ob ein Ersatz für gezahltes Lösegeld für Mensch und Gut unter eine Versicherung fallen kann, das beschäftigte bis heute über Jahrhunderte hinweg die Juristen. Lange Zeit und in vielen Gegenden war das Lösegeld kein versicherungsfähiges Gut. In Frankreich finden wir allerdings Spuren einer möglichen Versicherung zur Erstattung von Lösegeldzahlungen. Aus Frankreich ist eine Verordnung aus dem Jahr 1681 bekannt, die die bürgerliche Freiheit als ein Gut ansieht und diese im Fall einer Versklavung für versicherungsfähig erklärt.<sup>28</sup> In der Doktrin kommen wir der Ausarbeitung dieses Gedankens auch bei Pardessus entgegen, der in diesem Zusammenhang von einer Notwendigkeit einer Versicherung gegen diese Gefahr im Seehandel spricht.<sup>29</sup> Im niederländischen Handelsrecht von 1835 ist die ersatzfähige Summe zum Freikauf in der Polis zu bestimmen und der Versicherer hat im Fall eines Freikaufs auch nur die Höhe dieser Summe zu ersetzen, auch wenn ein höherer Betrag gefordert wurde.<sup>30</sup>

Bis zum 1. Januar 2006 blieb die Versicherung gegen Versklavung in den Niederlanden bestehen. Dann erst wurde sie abgeschafft.<sup>31</sup> Gleichzeitig gab es aber im holländischen Parlament Diskussion über die Maßnahme um holländische Schiffe im Golf von Aden freizukaufen oder gegen Piraten zu versichern oder durch einen Fonds zu schützen. Die holländische Marine hat dort Einsätze gefahren und Piraten festgenommen, die in Holland verurteilt wurden. Der Gedanke der alten Regelung lebt also noch fort, wenn nun auch kein Gesetzestext das Problem der Piraten auf den Weltmeeren löst.

---

<sup>28</sup> Ordonance 1681, titre de assurances, art. 9 und 10. Siehe DE RUYTER ROCHER VAN RENAYS aaO. 351.

<sup>29</sup> Cours de droit commerciaux, 589 und 761.

<sup>30</sup> DE RUYTER ROCHER VAN RENAYS aaO. 351 f.

<sup>31</sup> 30 137 Aanpassing van de wetgeving aan en invoering van de wet tot vaststelling van titel 7.17 (verzekering) en titel 7.18 (lijfrente) van het nieuwe Burgerlijk Wetboek (Invoeringswet titel 7.17 en titel 7.18 Burgerlijk Wetboek).



## JURISTISCHE ASPEKTE DER SKLAVEREI AUF CURAÇAO

### *Probleme zwischen Handelsbrauch und römisch-holländischem Recht*

Bastiaan D. VAN DER VELDEN

Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Kultur- und Rechtswissenschaftlichen  
Fakultät der Open Universiteit, Heerlen, Niederlande<sup>1</sup>

#### 1. Einleitung

Die Insel Curaçao war ein Zentrum des Sklavenhandels in der Karibik in der gesamten Periode der niederländischen Westindischen Compagnie (WIC), von der Besetzung der Insel im Jahre 1634 bis zum Jahr 1792, dem Jahr in dem die zweite WIC Konzession endete.<sup>2</sup> Die Sklaverei hat in den holländischen Kolonien noch länger als in vielen anderen Ländern, bis zum Jahr 1863 als Rechtsinstitut existiert, weitgehend unter Anwendung des Römischen Rechts.<sup>3</sup> Als Sammel- und Transitlager für den Sklavenhandel wird Curaçao von Michael Zeuske in seiner interessanten Studie über Sklavenhändler im atlantischen Raum als ein ‚unsinkbares Sklavenschiff‘ bezeichnet.<sup>4</sup> Die WIC war ein privates Unternehmen mit Aktionären, gleichzeitig von den *Staten-Generaal* beauftragt mit staatlichen Aufgaben auf Curaçao und in anderen Gebieten, wie Brasilien und Westafrika. Geld mit Handel zu verdienen für die Aktienbesitzer war die Hauptaufgabe von der WIC. Aber auch die Verwaltung, Rechtsprechung und teilweise das kreieren von neuen Gesetzen war an die WIC delegiert. Auf Curaçao und in den WIC-Gebieten gab es keine umfassende Kodifizierung der Sklavengesetze, wie es in Kolonien anderer Länder

---

<sup>1</sup> Ich danke Prof. Elisabeth Herrmann-Otto für ihre Anmerkungen und weiterführenden Literaturhinweise auf eine frühere Textversion. Teile dieses Aufsatzes sind übernommen aus: B. D. VAN DER VELDEN: *Ik lach met Grotius, en alle die prullen van boeken, een rechtsgeschiedenis van Curaçao*. Amsterdam, SWP, 2011.

<sup>2</sup> Es gab Zeiten in denen mehr und wenig Handel stattfand, und im Jahr 1778 arrivierte das letzte Sklavenschiff im Hafen von Curaçao. VAN DER VELDEN (2011) aaO. 117.

<sup>3</sup> A. J. M. KUNST: *Recht: commercie en kolonialisme in West-Indië*. Zutphen, Walburg Pers, 1981. 24.

<sup>4</sup> Michael ZEUSKE: *Sklavenhändler, Negerros und Atlantikkreolen. Eine Weltgeschichte des Sklavenhandels im atlantischen Raum*. Berlin, De Gruyter–Oldenbourg, 2015. 282.

existierte, obwohl es einige lokale Gesetze mit Bezug auf Sklaverei gab. Einen solchen ‚Code Noir‘ gab es in den Französischen Kolonien, im Jahr 1685 von Louis XIV zusammengestellt, und für die spanischen Kolonien (*Recopilacion de Leyes de Indias* (1680) gab es ein Gesetz aus dem Jahr 1768). Auf den Geschäftsverkehr, einschließlich Kauf und Verkauf von Sklaven, sind nach der ‚Ordre van Regieringe‘ (Anweisungen über das Regieren in den Orten in Westindien) von 1629, eine von den *Staaten-Generaal* für die WIC geschriebene Verfassung, die *gemeene beschreven Rechten* (das gemeine Recht -und damit das rezipierte römische Recht des *Corpus iuris civilis*), anwendbar. Welche Teile des gemeinen Rechts auf Curaçao angewendet wurden, und wie und warum andere Teile in Bezug auf den Verkauf von Sklaven ausgeschlossen sind, will ich gerne näher betrachten.

## 2. Das römische Recht als Quelle des Rechts in der Regulation der Sklaverei auf Curaçao

Das römische Recht des *Corpus iuris*, mit seinem weit ausgearbeitet System von Regeln über die Sklaverei, war auf Curaçao und in Surinam von großer Bedeutung für die Regulierung der Sklaverei.<sup>5</sup> Nach Art. 61 der ‚Anweisungen über das Regieren‘ von 1629, welches im Grunde ein Artikel über das anwendbare Recht bei Handelsgeschäften ist, einschließlich des An- und Verkaufs von Sklaven, waren die ‚gemeene beschreven Rechten‘, das gemeine geschriebene Recht anwendbar. Dieses gemeine geschriebene Recht bezieht sich auf das *Corpus Iuris*, das anwendbar war, weil es ein detailliertes Regelwerk zum Vertragsrecht enthält. In den ‚Anweisungen über das Regieren‘ von 1629, sind Sklaven nicht ausdrücklich erwähnt, da in diesem Jahr die WIC noch keine Gebiete in Amerika besaß und der holländische Sklavenhandel in dieser Zeit nicht signifikant war, daher wurde der Sklaverei keine explizite Aufmerksamkeit gewidmet.<sup>6</sup> In einer zweiten ‚Anweisungen über die höhere und niedrige Regierung in Gebieten der WIC‘ von 1636 ist in art. 85. und 86. zu lesen, dass:

Neger und Sklaven sollen von ihrem Herrn und Meister gut behandelt werden, und zu bestimmte Zeiten, wenn die Gottesdienste stattfinden, zu diesen öffentlichen Treffen geschickt werden, und ihnen wird keine Arbeit an den Feiertagen aufgetragen; und die Gesetze und Konstitutionen, die im Gemeinen Recht mit Bezug auf Sklaven und unfreie Menschen erlassen sind, sind anwendbar, wie auch die Ordonantien, die von der Versammlung

<sup>5</sup> Gesetz von 8. August 1862, C. A. van SYPESTEYN: Afschaffing der slavernij in de Nederlandsche West-Indische kolonien, uit officiële bronnen zamengesteld, (overduk) uit het bijblad van. *De Economist*, 1866. 50.

<sup>6</sup> Auf Curaçao war die Sklavenhandel ein wichtiger Teil der Wirtschaft ab 1660. Die niederländische Beteiligung in dieser Handel geht aber viel weiter zurück, es gibt schon um 1520 Niederländer, die mit *Asiento* Verträge teilnehmen in den transatlantischen Sklavenhandel nach spanischen Amerika. R. ANTUNEZ Y ACEVEDO, *Memorias Históricas sobre la legislacion y gobernacion del comercio de los Espanoles con sus colonias en las Indias occidentales*. Madrid, De Sancha, 1797. 130–146.

der Neunzehn [Direktoren der WIC] erlassen sind oder in der Zukunft erlassen werden.<sup>7</sup>

Der Jurist Tak schreibt im 19. Jahrhundert in seiner Doctorschrift ‚*Specimen Politicum Inaugurale, Continens Historiam Legum Ab Ordinibus Generalibus Foederati Belgii de Coloniis Latarum*‘, dass in Westindien die ‚Gesetze und Verfassungen‘ des ‚gemeine recht‘, das römische Recht, auch mit Bezug zu Sklaven und andere Unfreie anwendbar war, und dass zusätzlich gesetzliche Regeln von der WIC eine Rolle spielten.<sup>8</sup>

Obwohl der Rechtshistoriker Watson in seinem bahnbrechenden Buch *Slave Laws in the Americas* meint, dass Art. 61 der ‚Anweisungen über das Regieren‘ nicht auf Sklaven anwendbar war, haben zeitgenössischen Juristen des 17. Jahrhunderts, auf die Sklaverei die Regeln des römischen Rechts im Gerichtsverfahren angewendet.<sup>9</sup> Cornelis van Bijnkershoek (1673-1743), der bekannteste Richter des *Hoge Raad* von Holland des 17. Jahrhunderts, beschreibt den Fall eines Sklaven aus Curaçao, der behauptet, frei zu sein, weil er einen Fuß in die Niederlande gesetzt hatte. Der Mann wurde aber von seinem Besitzer zurückgefordert. Gemäß Art. 61 der ‚Anweisungen über das Regieren‘, verwendet der *Hoge Raad* von Holland in diesem Gerichtsfall Texte aus den Digesten und dem Codex auf weggelaufene Sklaven: da der Sklave das ‚Holländische Königreich‘ nicht verlassen hatte, könnte er zurück gefordert werden.<sup>10</sup>

Die Zersplitterung von Rechtsquellen in den Provinzen der Niederlande muss betrachtet werden. Es gab im 17<sup>e</sup>-18<sup>e</sup> Jahrhundert ein römisch-holländisches Recht in der Provinz Holland, ein römisch-friesisches Recht in Friesland, sowie verschiedene Formen von ‚römisch-holländischem Recht Übersee‘ in den sogenannten Kolonien der Republik – sogenannten weil sie keine Kolonien sind im klassischen Sinne, aber von private Unternehmen betreute Territorien.<sup>11</sup> Im Großen und Ganzen war das Recht im Einklang mit dem holländischen Pendant. Das ‚römisch-holländische Recht Übersee‘ ist in Bezug auf die Sklaverei schwierig zu erforschen, da die Sklaverei

<sup>7</sup> *Nederlandsch plaacaat- en rechtskundig woordenboek* [...]. Amsterdam, Johannes Allart, 1791–1797. Teil 5, 698. Eigene Übersetzung.

<sup>8</sup> Jacobus TAK: *Specimen politicum inaugurale continens historiam legum ab ordinibus generalibus foederati Belgii de coloniis Latarum*. Lugduni Batavorum, Hazenberg et Socios, 1841, Dissertation Leiden. Übersetzt auf Niederländisch: J. TAK: *Geschiedenis van de koloniale wetgeving der Staten-Generaal van de republiek der Vereenigde Nederlanden. Bijdragen tot de taal-, land- en volkenkunde van Nederlands-Indië*, deel 89, 2e afl., 1932. 222. Tak verweist nach der Constitutie aus 1636, art. 86., *Groot plaacaet-boeck*, Teil 1. 1261.

<sup>9</sup> Alan WATSON: *Slave Law in the Americas*. Athens, Univ. of Georgia Press, 1989. 104.

<sup>10</sup> Cornelius van BYNKERSHOEK: *Observationes tumultuariae*. (ediderunt E. M. Meijers ... [et al.]) Harlemi, Apud H. D. Tjeenk Willink & Filios, 1962. Teil IV, 41–42 (no. 2966). Bynkershoek verweist auf D.49.15.24. und C.6.1.

<sup>11</sup> J. Th. DE SMIDT: *Wetboeken overzee, Codificatie, concordantie en filiatie*. In: *Code et constitution, mélanges historiques, Wetboek en grondwet in historisch perspectief*, Antwerpen: Kluwer 1983, p. 109–120; Sowie: B. D. VAN DER VELDEN: *Concordance en droit privé: Les Pays-Bas et sa colonie Curaçao*. In: B. COPPEIN – F. STEVENS – L. WÆLKENS (ed.): *Modernisme, tradition et acculturation juridique*. (Iuris Scripta Historica XXVII) Brussel, 2011.

im siebzehnten und achtzehnten Jahrhundert nicht ein Teil des positiven Rechts der Niederlande war, es war so zu sagen nicht rezipiert. Mann muss sich daher fragen, inwieweit Regeln für die Sklaverei aus dem römischen Recht in das ‚römisch-holländische Recht in Übersee‘ transplantiert sind.

Weil es auf Curaçao keine umfassenden Gesetze oder Verordnungen gab, wo alle Regeln über Sklaven gesammelt sind, besteht das auf Curaçao für die Sklaven geltende Recht aus vier Hauptrechtsquellen: den lokalen Verordnungen; den in Holland von den Direktoren des WIC oder Generalstaaten geschriebenen Regeln; sowie dem ‚rezipierten‘ römischen Recht als sowohl primäre als auch sekundäre Rechtsquelle.<sup>12</sup> Zuletzt spielen die privaten Verträge mit Bezug auf den Verkauf von Sklaven zwischen der WIC und den Besitzern der von der spanischen Regierung für den Handel mit Sklaven erteilten Lizenzen, den *Asiento* eine wichtige Rolle.

Es gab mehrere lokale Verordnungen mit Regeln wie Sklaven sich zu verhalten haben. Diese verboten zum Beispiel Sklaven Trauermärsche bei Beerdigungen zu veranstalten, das herumlaufen am Abend und laute Festlichkeiten mit Musik und Gesang.<sup>13</sup>

Nicht nur direkt via Art. 61 der ‚Anweisungen über das Regieren‘, war das römische Recht eine Rechtsquelle in den holländischen Kolonien. Das römisch-holländische Recht verwendet auch das römischen *Corpus Iuris* als sekundäre Quelle des Rechts. In Fällen, die weder im Landrecht beschrieben wurden, noch in provinziellen Gesetzen (*Keuren*) noch nach Gewohnheit (*gewoonterecht*) gelöst werden konnten, sollte das Gericht nach Grotius in seiner *Inleidinge tot de Hollandse Rechtsgeleerdheid* (*Die Holländische Rechtsgelehrtheit*, 1631) ‚dem Weg der Vernunft nach ihrer besten Kenntnis und Diskretion‘ folgen.<sup>14</sup> Das *Corpus Iuris* war nach Grotius dazu die ideale Quelle, weil es ‚voller Weisheit und Gerechtigkeit‘, war.<sup>15</sup> Auf Curaçao wurde aufgrund des Fehlens eines umfassenden Codes über die Sklaverei, das *Corpus Iuris* eine wichtige Rechtsquelle für Handelsgeschäfte, erstens infolge Art. 61, Anweisungen über das Regieren‘ und als Sekundärrecht für Fälle außerhalb des Anwendungsbereichs der Octrooien und geschrieben Gesetzen.<sup>16</sup>

Jetzt ist die Frage, welche Teile des römischen Rechts des *Corpus Iuris* auf Curaçao anwendbar waren. In erster Linie ist es wichtig zu berücksichtigen, dass das römische Recht die Rechtsstellung der Sklaven in den verschiedenen Epochen

<sup>12</sup> VAN DER VELDEN (2011) aaO. S. 121.

<sup>13</sup> J. TH. DE SMIDT et al. (ed.): *Publikaties en andere wetten alsmede de oudste resoluties betrekking hebbende op Curacao, Aruba, Bonaire*. Amsterdam, Emmering, 1978. dl. I, no. 143. Wiederholt in 1750: dl. I, no. 216; VAN DER VELDEN (2011) aaO. 118–119 und 177.

<sup>14</sup> ‚de beste reden nae hare wetenheid ende bescheidenheid‘. H. DE GROOT: *Inleidinge tot de Hollandsche rechts-geleerdheid*. Arnhem, Gouda Quint, 1939. Teil I, 4–5 (1.2.22).

<sup>15</sup> ‚wijsheyds ende billickheids‘ DE GROOT aaO. ibid.

<sup>16</sup> In Das Kap: G. HEMMY: *De testimoniis Aethiopum, Chinensium aliorumque paganorum in India Orientali* (Lugd.Bat.: E. Luzac 1770), Auf Englisch übersetzt als: *De Testimonies, the Testimony of Aethiopians, Chinese and other pagans as well as of the Hottentots Inhabiting the Cape of Good Hope, likewise about the Complaints of East Indian Slaves*; ed. and transl. by M. HEWETT, Cape Town, Univ. of Cape Town, 1998. 64.

der Antike veränderte. Im Laufe der Zeit wurden zum Beispiel die Regeln über die Freilassung und das Strafrecht geändert durch wechselnde soziale Umstände in Rom. Daher kann man einen Verweis auf das römische Recht im Allgemeinen nicht machen.<sup>17</sup>

Das römisch-holländische Recht und die Anwendung des römischen *Corpus Iuris* in Holland während der Republik sind, durch die Menge an Quellen, recht gut zugänglich für die Forscher. Es gibt viele zeitgenössischen Quellen über alle Bereiche der Anwendung des römisch-holländischen Rechts, aber Sklaverei war in den Niederlanden seit dem Mittelalter nicht mehr vorgekommen und wurde daher weniger untersucht.<sup>18</sup> Watson verweist auf ein Problem für die Juristen des 18. Jahrhunderts in den Kolonien und die heutigen Forscher: die wissenschaftlichen juristischen Bücher des 17-18ten Jahrhunderts haben nicht über die Sklaverei geschrieben.<sup>19</sup> Allerdings waren die Rechtsregeln mit Bezug auf Sklaven für die Juristen nicht völlig unbekannt. Römische rechtliche Vorschriften über die Konformität der Sklaven waren Teil des rezipierten Rechts.<sup>20</sup> Die Edikt der kurulischen Ädile waren schon auf andere Rechtshandlungen anwendbar in der Römerzeit und die Juristen der römisch-holländische Schule waren sehr flexibel in der analogen Anwendung von römischen Rechtregeln auf ganz andere Rechtsfragen.<sup>21</sup> Der Jurist Johannes van der Linden beschreibt Ende des 18. Jahrhunderts, wie verschiedene Rechtsinstitute des römischen Rechts überholt sind, beispielsweise Gesetze über Sklaven und freie Menschen und die Regeln über die Freilassung, jedoch jeder Student sollte diese Themen während seines Studiums studieren aufgrund der Verflechtung des Rechts und seiner Bedeutung für das Verständnis anderer Rechtsfragen.<sup>22</sup> Daher gibt es an den Universitäten der Republik viele Dissertationen über Themen, die mit der Sklaverei zusammenhängen.<sup>23</sup>

<sup>17</sup> W. W. BUCKLAND: *The Roman Law of Slavery*. Cambridge, Univ. Press, 1908/1970. 5.

<sup>18</sup> S. J. FOCKEMA ANRAE: *Het Oud-Nederlandsch burgerlijk recht*. Haarlem, Bohn, 1906. Teil 1, 33 ff.; C. BERSANI: *Nonnulla Distinctio, status e ceteri nel secolo d'oro delle Province Unite*. Roma, Viella, 2009.

<sup>19</sup> Das Argument von Watson, dass, weil es die Sklaverei als Rechtsinstitute in der Republik der Niederlande nicht gab, das römische Recht in Bezug auf die Sklaverei nicht im römisch-holländische Recht rezipiert sei, ist nicht korrekt. WATSON (1989) aaO. 104 und 114.

<sup>20</sup> J. C. VAN OVEN: *Leerboek van Romeinsch Privaatrecht*. Leiden, Brill, 1946. 263–264.

<sup>21</sup> Ein Beispiel hierfür ist die Anwendung der Lex Rhodia (Havarie) auf den Abbau von einem Haus während einer militärischen Belagerung. Hier wurde eine römische Gesetz Regel die nur auf nautischen fälle bezogen war, auf einen Vorfall angewendet, die auf dem Land stattfand. J. LOKIN et al.: *Het Rooms-Friese recht*. Hilversum, Verloren, 1999. 217–220.; M. KASER: *Das Römische Privatrecht*. München, Beck, 1971. Teil II, 394.

<sup>22</sup> J. VAN DER LINDEN: *Institutes of the laws of Holland*. [J. HENRY transl.] London, Clarke, 1828. 9–10.

<sup>23</sup> Erwähnenswert sind: D. VAN ALPHEN: *De servis, iisque pro derelicto habitis*. Lugd.Bat., A. Kallewier, 1735. Prf. Leiden; G. ARNALDUS: *De ivre servorum apud Romanos*. Franeker, G. Covlon, 1734. academische disputatie Franeker; J. BEELDSNYDER: *De statu servorum, praesertim qui in coloniis Batavorum Indicis secundum leges obtinet, nec non de utilitate externa ex illorum conversione ad fidem Christianam oriunda*. Lugd.Bat., H. Mostert, 1775. prf. Leiden; R.A. VAN BEEM: *De manumissionibus in sacro-sanctis ecclesiis*. Traj. ad Rhenum, J. Broedelet, 1756. prf. Utrecht; P. BOUT: *De servis*. Lugd.Bat., S. Luchtmans, 1714.; J. E. J. CAPITEIN: *De servitute, libertati christianae non*

Eine Rechtsquelle, auf die in dieser Studie nicht verzichtet werden kann, ist ein

---

*contraria*. Lugd.Bat., S. Luchtman & filium, 1742., übersetzt auf Niederländisch als: *Staatkundig-godgeleerd onderzoekschrift over de slaverny, als niet strydig tegen de christelyke vryheid / aan eene opentlyke en gematigde beproeving onderwerpt Jacobus Elisa Joannes Capitein, een moor uyt Africa ...* Uit het Latyn vertaalt door H. DE WILHEM, Leyden, P. Bonk; Amsteldam, G. de Groot, 1742.; C. A. DE CHAUFÉPIÉ: *De servitute in coloniis Americanis tollenda*. Amstelaedami, P. den Hengst, 1799. Disputatie Athenaeum Amsterdam; J. R. COUPERUS: *de conditione Servorum apud Romanos*. A'dam, H. D. Santbergen, 1837. Prf. Leiden; A. DUVELAAR: *De servis atque addictis*. Harderovici, J. Moojen, 1740. prf. Harderwijk; P. Ens, *de jure servorum et ancillarum Mosaico*, Lugd.Bat.: P. vander Aa, 1720; Z.G. Havelaar, *de manumissionibus*, Lugd.Bat.: C. Wishoff, 1726. prf. Leiden; G. HEMMY, *De testimoniis Aethiopum, Chinesium aliorumque paganorum in India Orientali*, Lugd. Bat.: E. Luzac, 1770, auf Englisch übersetzt: *De testimoniis: the testimony of Aethiopians, Chinese and other pagans as well as of the Hottentots inhabiting the Cape of Good Hope, likewise about the complaints of East Indian slaves*; ed. and transl. from the Latin by MARGARET HEWETT, [Cape Town]: University of Cape Town, 1998; E.J.M. HERBERT: *nonnulla exhibens de servis*, Lugd.Bat.: C. Heyligert et H. Hoogenstraaten, 1774. prf. Leiden; G. VAN HOOGEVEEN: *de manumissionibus*, Lugd. Bat.: A. Honkoop, 1761. prf. Leiden; J.A. HULTMAN: *De servis binominibus, ad §. I. Inst. de eo, cui Lib. caussa bona add.*, Lugd.Bat.: E. Luzac, 1750. prf. Leiden; H. VAN HURCK: *de manumissionibus*, Traj. ad Rhenum: J. Broedelet, 1745. prf. Utrecht; J. HUYSSINGA, *de manumissionibus Servorum apud Romanos*, Lugd.Bat.: apud Conradum Wishoff, 1724. prf. Leiden; J. de Kock, *de servis et servitute*, Traj. ad Rhenum: ex officina Otton. Joh. van Paddenburg, 1799. prf. Utrecht; G. 't LAM, *De conditione servorum*, Lugd.Bat.: I. à Kerckhem, 1727; J. VAN LANDSCHOT, *de stipulatione servorum*, Lugd. Bat.: A. Ambrullaart, 1746. prf. Leiden; N. VAN LANDSCHOT: *de servorum conditione*, Lugd.Bat.: H. Mulhovium, 1740; J. Meynadier, *de servitute obnoxia*, Traj. ad Rhenum: A. van Paddenburg, 1754; D.V. Meyners, *de manumissionibus servorum apud Romanos*, Lugd.Bat.: J. Luzac, 1732. prf. Leiden; J.T.H. NEDERMAYER VON ROSENTHAL: *De servorum Afrorum commercio, eoque recte sublato, nec non de Afrorum servitute penitus tollenda*, Lugd.Bat.: Herdingh et filius, 1816. prf. Leiden; J. de Neufville, *De iis, quae ad tollendum Servorum Afrorum Commercio, inde a congressu Viennensi inter populos gesta sunt*, Amsterdam: D. Groebe, 1840. prf. Leiden; J.J. Nobilingh, *de servis*, Lugd.Bat.: J.A. Langerak, 1729; P.B. Nolthenius: *De manumissione per vindictam*, Lugd.Bat.: S. et J. Luchtman, 1763; J. op ten Noort, *de manumissionibus*, Lugd.Bat.: Ger. Potvliet, 1756. prf. Leiden; J. Ort, *de manumissionibus*, Traj. ad Rhenum: A. van Megen, 1742. prf. Utrecht; J.G. van der Poort, *De jure servorum*, Lugd.Bat.: Abr. Elzevier, 1707; P.J.L. Reyke, *de servis*, Lugd.Bat., 1799. prf. Leiden; A.H. Royer: *De natura et indole Servitutis, tum ex jure naturae, tum ex legibus Civilibus Hebraeorum, Romanorum, et etiam Belgarum*, Lugd.Bat.: G. Wishoff, 1762. prf. Leiden; P.A. Schedelich, *De servis anonymis, sive propriis Germaniae hominibus*, Lugd.Bat.: Abr. Elzevier, 1706. prf. Leiden; P.A. Schik Viëtor, *de liberorum in domibus a servis facta distinctione: ejusque distinctionis effectibus in jure antiquo*, Groningae: C.M. van Bolhuis Hoitsema, 1829. prf. Groningen; J. Schrevelius, *de manumissionibus*, Lugd.Bat.: Abr. Elzevier, 1706; A. Schuylenburg, *de servorum manumissionibus*, Lugd.Bat.: Petrum Delfos, 1779. prf. Leiden; H.N. Tonis, *De potestate domini in servos, eorumque prolem*, Traj. ad Rhenum: Van Paddenburg, 1778. prf. Utrecht; G. Vallensis, *de servis, quam summo favente*, Lugd.Bat.: Abr. Elzevier, 1706. prf. Leiden; G.A. Vermeulen, *de conditione servorum; praesertim in colonia Surinamensi*, Lugd.Bat.: Th. Koet, 1793. prf. Leiden; H. Wychgel, *de servis*, Lugd.Bat.: Abr. Elzevier, 1707. prf. Leiden. Andere Bücher, die keine akademischen Arbeiten sind: E. FEITH: *Antiquitatum Homericarum ll. IV* [edente Hen. Brumano], Lugd.Bat.: A. Severinum, 1677; W. van LOON: *Eleytheria sive de manumissione servorum apud Romanos: libri quatuor*. Ultrajecti, J. Ribbium, 1685.; L. PIGNORIA: *De servis, & eorum apud veteres ministeriis, commentarius, In quo familia, tum urbana, tum rustica, ordine producitur & illustratur*. Amstelodami, A. Frisii, 1674.; M. RÖVER: *Fragmentum veteris jurisconsulti de juris speciebus et de manumissionibus quod servavit Dositheus Magister in exercitationibus Graeco-Latinis nondum editis, / ex codd. mss. Bibliothecae Batavae edidit, notas, et emendationes adjecit Matthias Röver*. Lugd.Bat.: C. Haak, 1739.

Dokument über römisch-holländische Gesetze über die Sklaverei in der Kapkolonie in Südafrika, es wurde im Jahre 1813 vom Fiscaal (Staatsanwalt und juristischer Berater des VOC-Gouverneurs) Daniel Denyssen für den englischen Gouverneur geschrieben. Das Kap war zuvor der VOC-Regierung in Batavia unterstellt, jetzt aber von den Engländern besetzt, die wie in anderen Kolonien das lokale Recht ins common law einbezogen und dazu Kenntnissen über das lokale Recht sammelten. Maßgeblich in Bezug auf die Sklaven im Kap sind die lokalen Gesetze der Kolonialverwaltung des Kaps, die Gesetze der höheren Regierung in Batavia, und das römische Recht, sofern es nicht im Widerspruch zu den beiden vorangegangenen Quellen stand oder im Widerspruch zum Geist der kontemporären Auffassung des Rechts. Wo Sklaverei durch Regeln aus Batavia oder des Kaps geregelt war, können diese Regeln sich von der Situation in den Westindischen Inseln unterscheiden, aber, wo die Regeln des *Corpus Iuris* verwendet werden, könnte der Bericht des Denyssen eine gute Quelle sein.

In einer Art Dreieck konnte ich diese rechtsvergleichende Studie machen: das römische Recht, Recht des Kaps und an dritter Stelle, die auf Curaçao geltenden Regeln über die Sklaverei. Das römische Recht beschreibe ich hiernach nur um die Situation auf Curaçao zu erklären. Weil es keine Beschreibung gibt des curaçaoschen römisch-holländischen Rechts über die Sklaverei, können durch dieses Rechtsvergleichungsdreieck, bestimmte Fälle der Rechtsgeschichte von Curaçao gedeutet werden.

### 3. Kauf und Verkauf von Sklaven im römischen Recht

Im römischen Recht ist der Käufer eines Sklaven weitgehend gegen die Sklavenhändler geschützt, da die einen schlechten Ruf hatten, ihre Art des Handels führte zu vielen Streitigkeiten, die vom Aedil gelöst werden mussten.<sup>24</sup> Daher war der Verkäufer von Sklaven verpflichtet, die Qualität der Sklaven zu gewährleisten, wie es in dem Edikt der kurulischen Ädile definiert ist. Es gab zwei Kategorien von Defekten, die morbus (körperliche Defekte und Krankheiten) und vitium (Mängel mit Bezug auf den schlechten psychischen Zustand). Der Verkäufer war verpflichtet, die Auskünfte über Mängel, die nicht sofort offensichtlich waren, auf einer Tafel aufzuschreiben und zu gewährleisten. Deutlich sichtbare Mängel fielen außerhalb dieser Verpflichtung. Zum Beispiel ein Käufer, der eine Sklavin als einen männlichen Sklave kaufte, jemand, der einen blinden Sklaven oder einen Sklaven mit einer grossen Narbe auf seinem Gesicht gekauft hatte, hat sich getäuscht, aber hätte selber erkennen müssen, dass diese Mängel vorhanden waren; dies zu erklären ist nicht die Verpflichtung des Verkäufers.<sup>25</sup>

Die Garantie muss ausdrücklich oder stillschweigend gegeben werden. Der Verkäufer sollte die Mängel des Sklaven melden. Auch wenn er nicht bekannt war mit den Defekten, sollte er sie kennen; der Verkäufer konnte sich nicht auf

<sup>24</sup> PAULUS *Dig.* 21,1,44,1; R. ZIMMERMANN: *The Law of Obligations*. Oxford, Oxford Univ. Press, 1996. 311.

<sup>25</sup> FLORENTINUS *Dig.* 18,1,43,1.

Grund der Unkenntnisse der Mängel verteidigen. Die Fälle, im *Corpus Iuris* über die Krankheiten und andere Defektesind vielfältig. Erkrankungen der Lunge, Leber, Gallenblase und chronischen Krankheiten mussten gemeldet werden, sowie Epilepsie, Kurzsichtigkeit und Blindheit für mehrere Stunden am Tag, und wenn der Sklave stumm war. Der Mangel an Genitalien von Männern und die Unfähigkeit einer Frau, Kinder zu gebären sollten vom Verkäufer erwähnt werden. Geringfügige Mängel müssten nicht unbedingt gemeldet werden. Aber was waren kleinere Mängel, was war die Grenze der meldungspflichtigen Mängel? Ein unerheblicher Mangel ohne Mitteilungspflicht war ein wenig Fieber aufgrund von Grippe, tränende Augen, äußern von Orakel (solange es nicht eine Gewohnheit war), großen Schwierigkeit im Gespräch wie Lispeln und Stottern, und so folgte noch eine lange Reihe von geringfügigen Mängeln.<sup>26</sup>

Eine weitere Kategorie waren die Mängel im Charakter des Sklaven, das vitium. Jeder hat fehlerhafte Charakterzüge wie Melancholie, Aberglauben, die Tendenz zu spielen, trinken, Lüge oder demagogischen Ärger. Diese Dinge können jedem passieren, dann kann niemand als gesund angesehen werden. Aber wenn Sklaven den Ruf haben, sie mögen nicht arbeiten, oder sie wollen sich befreien, oder sie haben Verbrechen begangen, oder versucht Selbstmord zu begehen, sollten diese fehlerhaften Eigenschaften gemeldet werden. Der Verkäufer musste gewährleisten, dass die Sklaven nicht solche schlechte Angewohnheiten haben. Eine laufende Klage beim Gericht gegen die Sklaven auf Grund von unerlaubter Handlung sollte auf der Tafel, die der Sklave um den Hals hatte, als auch bei dem Verkauf gemeldet werden. In bestimmten Fällen könnte der neue Eigentümer haftbar sein für dieses Delikt.<sup>27</sup>

Ein Defekt, von dem der Verkäufer sagt, dass der Sklave diese nicht hat, oder die Zusage dass der Sklave bestimmte Eigenschaften hat, macht den Verkäufer haftbar, wenn das Gegenteil der Fall ist. Auch wenn von dem Verkäufer betrügerische Verkaufsmethoden eingesetzt werden, kann er verklagt werden.

Die Grenze zwischen garantierter Qualität und erlaubte Anpreisungen beim Verkauf ist manchmal schwer zu ziehen, jeder Verkäufer darf, um seine Produkte zu verkaufen die Ware anpreisen, und diese Worte sind nicht verbindlich.<sup>28</sup> Aber der Kunde konnte dem Verkäufer um eine ausdrückliche Garantie fragen.<sup>29</sup> Wurde diese Garantie verweigert, dann sollte der Käufer verstehen, dass es etwas falsch war mit dem Sklave.<sup>30</sup> Ein Ausschluss der Haftung des Verkäufers war möglich wenn ein Kriegsgefangener 'sub corona' in die Sklaverei verkauft wurde.<sup>31</sup>

Die Käufer konnte entweder Aufhebung des Verkaufs oder einer Reduzierung des Kaufpreises aufgrund der niedrigen Qualität des gelieferten Sklaven fordern.<sup>32</sup>

<sup>26</sup> ZIMMERMANN (1996) aaO. 313.

<sup>27</sup> ZIMMERMANN (1996) aaO. 314.

<sup>28</sup> ULPIANUS *Dig.* 21,1,19,2.

<sup>29</sup> ULPIANUS *Dig.* 21,2,37,1.

<sup>30</sup> GAIUS *Dig.* 21,1,28.

<sup>31</sup> ZIMMERMANN (1996) aaO. 318.

<sup>32</sup> *Dig.* 21,1 bis 37.



Die Aufhebung des Kaufs sollte innerhalb von sechs Monaten verlangt werden, die Reduzierung des Kaufpreises sollte innerhalb des Zeitraums von einem Jahr angefragt werden.<sup>33</sup>

#### 4. Sklavenverkauf am Kap

Da es kein Gesetz oder Code Noir auf Curaçao gibt, mache ich hier, wie vorher gesagt, einen kleinen Schritt bis zum Kap – damals eine holländische Kolonien im Besitz der VOC und heute ein Teil von Süd-Afrika. Am Kap muss der Verkäufer von Sklaven eine Garantie geben auf die Sklaven, die sie verkaufen. Wenn es einen Defekt gibt, wovon der Käufer zum Zeitpunkt des Verkaufs nichts wusste, und es wird erst zu einem späteren Zeitpunkt bekannt, dann konnte der Käufer den Verkäufer aufgrund einer Actio der kurulischen Ädile verklagen, und die Senkung Kaufpreises fordern oder die Auflösung des Kaufvertrags.<sup>34</sup> Verheiratete Paare oder eine Mutter und Kind konnten separat verkauft werden.<sup>35</sup> Wenn aber eine ganze Familie gekauft wurde, kann der Käufer nicht vom Kauf zurücktreten, wenn nur eine Person einen Defekt hatte, er musste alles oder nichts kaufen.<sup>36</sup>

#### 5. Kauf und Verkauf von Sklaven in Curaçao

Sklaven sind in Curaçao juristisch ein Sache, nach dem zweiten Forschungsbericht der Staatlichen Kommission, die die Abschaffung der Sklaverei untersuchte.<sup>37</sup> Daher muss der Besitzer wie bei anderen Gütern Steuern auf Sklaven zahlen, er bezahlt Export-Rechte und konnte bei einer Hypothek den Sklaven als Sicherheit geben.<sup>38</sup> Allerdings war der Sklave nicht ohne Rechte, so wurde er von Gesetzen gegen die Willkür der Eigentümer geschützt und hatte er Recht auf eine Grundversorgung.<sup>39</sup> Der Besitzer muss seine Sklaven ernähren, ihnen eine Unterkunft geben und mit Kleidung versorgen. Die Anweisung des Direktors Rodier von 1764 enthält strenge Regeln für die Verantwortung des Direktors für die Sklaven. Er muss akzeptable

<sup>33</sup> ULPIANUS, *Dig.* 21.1.19.6.

<sup>34</sup> *Dig.* 21,1; *Cod.* 4,58; *Nieuwe Statuten van Batavia* (1766), 'Lijf-eigenen en vrij gemaakten', Art. 69–70 (Der Verkäufer haftet auch für Misstaten, Art. 72.), *Nederlandsch-Indisch Plakaatboek*, Teil 9, 587; D. DENYSSEN: *Statement*, par. 80; C. G. BOTHA: Slavery at the Cape. *South African Law Journal*, 1933. 7.

<sup>35</sup> DENYSSEN aaO. 145. J. J. VERHOEVEN: Het gelijk van de curulische aedilen. *Groninger Opmerkingen en Mededelingen*, XXIII., (2006) 17–45.

<sup>36</sup> Denysen verweist auf: ULPIANUS *Dig.* 21,1,35; DENYSSEN aaO. par. 81; BOTHA aaO. 8.

<sup>37</sup> Inst. 1.3; *Tweede rapport der Staatscommissie* [...], 's-Gravenhage: Van Cleef 1856. 151, 162, 211.

<sup>38</sup> C. Ch. GOSLINGA: *Emancipatie en emancipator*. Assen, Van Gorcum, 1956. 17 und 175.

<sup>39</sup> Über die Behandlung der Sklaven in Theorie und Praxis: Stefan KNOCH: *Sklavenfürsorge im Römischen Reich*. [Sklaverei – Knechtschaft – Zwangsarbeit 2] Hildesheim, 2005. 41–113. Koch unterscheidet hier die ‚unabdingbare Grundversorgung‘, und ein ‚beneficium‘.

Arbeits- und Lebensbedingungen sowohl für die Sklaven der WIC als für private Sklaven zur Verfügung stellen.<sup>40</sup>

Folgende Kategorien Verkäufer von Sklaven sind in Curaçao zu unterscheiden:

- WIC verkauft unter *Asiento* an eine spanische Partei
- Privater Verkauf an private Personen
- Illegaler Verkauf

Sowohl die erste und die zweite WIC besaßen das Monopol der Lieferung von Sklaven an die niederländischen Kolonien in der Karibik. Erst die zweite WIC machte es ab 1672 möglich, dass auf Curaçao gelieferte Sklaven von jedermann gekauft werden könnten, mit dem Recht, sie weiter zu exportieren.<sup>41</sup> Aber der Import von Sklaven in den spanischen Kolonien in Süd- und Mittelamerika, Mexiko und dem spanischen Westindien war nur erlaubt für Händler die Inhaber waren von einer *Asiento* vom spanischen König.

## 6. Asiento Verkauf auf Curaçao

Der Verkauf der Sklaven von Curaçao in spanische Kolonien war die Haupteinnahmequelle für die WIC, und wenn mit diesem Handel vielleicht nur wenig Gewinn gemacht wurde, war es wichtig, um den Dreieckshandel zwischen Europa, Afrika und der Karibik zu kontinuierieren. Ein Großteil der Sklavenverkäufe wurde in einem *Asiento* Vertrag [*asiento de esclavos / asiento de negros*] geregelt. Die *Asiento* war ein Vertrag zwischen dem spanischen König und einem spanischen Händler, ein Vertrag, der erlaubte Sklaven in die spanischen Besitztümer in Amerika zu importieren. Die *Asiento* hatte öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Komponenten. Diese *Asiento* Besitzer durften Vereinbarungen mit Unterauftragnehmern machen: ‚Schließlich sei es eine gewöhnliche Bestimmung, dass die assentista mit Dritten, die nicht Feinde des Königs sind, Verträge schließen kann, ihm zu helfen seine Verpflichtungen zu erfüllen, das heißt er kann an Dritte die Aufgabe zu liefern vergeben.<sup>42</sup> Eine dieser Unterauftragnehmer der *Asiento* ist die niederländische WIC, via dem wichtigen Tradehub auf Curaçao.

Die *Asiento* erforderte, dass die Lieferanten eine feste Anzahl ‚*piezas de India*‘, auf Niederländisch als ‚*pees*‘, ‚*leverbaar*‘ oder als ‚*stuk van Indien*‘ lieferten.<sup>43</sup> Diese ‚*pieza de India*‘ war ein Standard-Maß: ein Sklave von 15 bis 36 (manchmal 30) Jahren, ohne einen Mangel (nicht blind, lahm oder mit gebrochene Gliedmaßen) und

<sup>40</sup> J. A. SCHILTKAMP: Bestuur en rechtspraak. In: *Honderd jaar codificatie [...]*. Arnhem, Gouda Quint, 1969. 135.

<sup>41</sup> W. R. MENKMAN: Slavenhandel en Rechtsbedeeling op Curacao. *De West-Indische Gids*, 17e Jaarg. (1935/1936) 19.

<sup>42</sup> TH. BUSSEMAKER: *Verslag van een voorloopig onderzoek te Lissabon, Sevilla, Madrid, Escorial, Simancas en Brussel naar archivalia belangrijk voor de geschiedenis van Nederland [...]*, 's-Gravenhage, W.P. Van Stockum en zoon, 1905. 41.

<sup>43</sup> J. M. POSTMA: *The Dutch in the Atlantic slave trade 1600–1815*. Cambridge: Cambridge Univ. Press, 1990. 228.

einer Länge von etwa 1 Meter 65. Frauen hatten in der Regel einen Wert von einem Viertel weniger als Männer.

Die *Asiento* aus dem Jahre 1667 zwischen WIC und zwei spanischen Kaufleuten für die Lieferung von 4500 *pieza de India* auf Curaçao erhielt auch einen Mechanismus zur Beilegung von Streitigkeiten zwischen den Parteien.<sup>44</sup> Eine Anzahl von 4500 *pieza de India* mussten geliefert werden, zwei Drittel der *pieza de India* mussten männliche Sklaven zwischen 16 und 36 Jahren ohne Mängel sein, ein Drittel konnten weiblich sein. Der Zeitpunkt des Risikoübergangs zwischen dem Verkäufer, der WIC und dem Käufer, den *Asiento* Inhabern Lomelin und Grillo, wurde in einem Vertrag von 1667 festgelegt. Wenn das Schiff in Curaçao ankam, musste die WIC den Afrikanern Nahrung und Unterdach bieten. Wenn ein afrikanischer Sklave starb, war dieses Risiko für die WIC. Die Vertreter der spanischen Käufer hatten 14 Tage ab Vertrag um Sklaven auf Grund der *Asiento* zu kaufen. Danach bleiben aber die ausgewählten Sklaven 24 Tage (insgesamt 38 Tage) für Rechnung und Risiko des WIC. Nach diesen 38 Tage und bis zu drei Monate nach der Ankunft waren die Sklaven auf Kosten und Risiko der WIC, aber nach dem 38. Tag konnte die WIC eine Gebühr von sechs Cent pro Tag pro Sklave für die Lebensmittel berechnen. Starb ein Sklave in diesem Zeitraum von drei Monaten, dann musste der Käufer das Essen bis zum Zeitpunkt des Todes zu bezahlen, aber die WIC blieb haftbar für das Risiko. Werden die Sklaven innerhalb von drei Monaten nicht von einem Vertreter der spanischen Kaufmänner abgeholt, erst dann war es der WIC erlaubt, die Sklaven zu verkaufen.

Streitigkeiten zwischen dem Vertreter der WIC auf Curaçao und den spanischen Händler über einen Mangel an Qualität und Quantität der Sklaven, über die zu bezahlenden Gebühren und Zahlung für Unterhalt mussten in Amsterdam gelöst werden von vier ‚*goede mannen*‘, je zwei Personen von jeder Partei gewählt. Diese Männer könnten einen fünften als Schiedsrichter ernennen. Der Streit musste innerhalb von zwei Wochen entschieden werden. Gab es noch andere Arten von Rechtsstreitigkeiten, auch dann sollten diese ‚*goede mannen*‘ eingesetzt werden, oder das Gericht in Amsterdam konnte sie ernennen.<sup>45</sup> Wenn die spanischen Händler nicht ausreichende Beweise vorlegen konnten, mussten sie vor dem Gericht erscheinen oder summiert werden, um vor die Schiedsrichter zu kommen. Es ist vorgekommen, dass die WIC aus Holland den Auftrag gab bereits verkaufte Sklaven nicht zu liefern, weil die Zahlung für einen vorherigen Verkauf noch nicht eingetroffen war.<sup>46</sup>

Wie gesagt machten diese *Asiento Verträge* keinen Gebrauch vom römischen Recht, noch direkt oder indirekt, obwohl das auf Grund von Art. 61 ‚Anweisungen über das Regieren‘ zu erwarten war. Die Verpflichtungen beiden Parteien sind übersichtlich in dem *Asiento*-Vertrag definiert, einschließlich des Zeitpunkts der Risikoübergangs. Bei Streitigkeiten zwischen den Parteien, sollten diese von

<sup>44</sup> POSTMA aaO. 349–353.

<sup>45</sup> Ulricus HUBER: *Heedensdaegse rechtsgeleertheyt, soo elders, als in Frieslandt gebruikelijk*. Amsterdam, Evert Visscher, 1726. 622.

<sup>46</sup> P. C. EMMER: *De Nederlandse slavenhandel 1500–1850*. Amsterdam, Arbeiderspers, 2007. 59.

‚goede mannen‘ beigelegt werden, in kurzen Zeit. Die Ernennung von ‚goede mannen‘ scheint eine Streitbeilegung zu sein auf Grund von allgemein anerkannten Geschäftsgebräuchen. Das römische und römisch-holländische Recht spielte daher keine Rolle für den Kauf und Verkauf von Sklaven unter diesen *Asiento*-Verträgen. Durch diese Regeln in dem *Asiento Vertrag*, ist die Regel im Art. 61 ‚Anweisungen über das Regieren‘ außer Kraft gesetzt.

## 7. Verkauf von Sklaven auf Curaçao

Der Historiker Emmer schreibt, dass der Sklavenhandel zwischen privaten Personen vernachlässigbar war in den holländischen Kolonien in Westindien; so weist er nach, dass es keinen internen Sklavenmarkt gab.<sup>47</sup> Transporteure von Sklaven aus Afrika war es nicht erlaubt Sklaven an Privatpersonen in der Karibik zu verkaufen. Alle Sklaven mussten nach Curaçao gesendet werden. Der Direktor von Curaçao wird aufgefordert, sicherzustellen, dass die Bewohner keine Sklaven ankaufen, welche für die spanischen Asientohändlern vorbehalten sind. Erst im neunzehnten Jahrhundert gab es einen kleinen Markt für Sklaven.

Wenn auf Curaçao Sklaven zwischen Privatpersonen verkauft sind, handelte es sich vor allem um den Verkauf einer Immobilie, meistens einer Plantage, einschließlich der ansässigen Sklaven. So wurde zum Beispiel die Plantage Welgelegen in 1742 an Mose Penso verkauft, er zahlte dafür 6200 Pesos, inklusiv zwölf Sklaven.<sup>48</sup> In 1743 wird Welgelegen an Nathaniel Ellis verkauft für 7500 Pesos, dazu zehn Sklaven.<sup>49</sup> In diesem Verkauf von Gruppen von Sklaven war das römische Recht wohl anwendbar laut Art. 61 der ‚Anweisungen über das Regieren‘. Aber Gerichtsverfahren sind nicht bekannt.

## 8. Versteigerung von Sklaven

Wenn der Verkäufer in der römische Zeit nicht die Qualität eines bestimmten Sklave garantieren konnte, oder er wollte überhaupt nicht haftbar sein – meistens handelte es sich um Kriegsgefangenen, verkaufte er sie unter einem Hut ‚sub Corona‘.<sup>50</sup>

Auf Curaçao werden Zeit 1680 Sklaven auf individueller Basis und via Auktionen verkauft. Im Jahre 1690 ordnete die WIC an, Sklaven durften nur noch bei einer Auktion verkauft werden – in der Regel ‚en Block‘ – in eine Gruppe.<sup>51</sup> Den Überschuss

<sup>47</sup> EMMER aaO. 55–56.

<sup>48</sup> OAC 813, no. 367; I. S. EMMANUEL – S. A. EMMANUEL: *History of the Jews of the Netherlands Antilles*. Cincinnati, American Jewish Archives, 1970. 672.

<sup>49</sup> OAC 814, no. 206; EMMANUEL–EMMANUEL aaO. 672.; T. VAN DER LEE: *Plantages op Curaçao en hun eigenaren (1708-1845): namen en data voornamelijk ontleend aan transportakten*. Leiden, Grafaria, 1989. 60.

<sup>50</sup> ZIMMERMANN aaO. 318.; K.-W. WELWEI: *Sub corona vendere. Quellenkritische Studien zur Kriegsgefangenschaft und Sklaverei in Rom bis zum Ende des Hannibalkrieges*. (Forschungen zur Antiken Sklaverei 34) Stuttgart, 2000.

<sup>51</sup> NA, WIC, vol. 832, p. 533. POSTMA aaO. 170 und 267.

von maqueros die auf Curaçao nicht über die *Asiento* verkauft werden, wurden in Curaçao vor allem während öffentlichen Versteigerungen verkauft.<sup>52</sup>

Das Octrooy für Surinam legte die Verpflichtung auf nur über Auktionen Sklaven zu verkaufen.<sup>53</sup> Plantagenbesitzer konnten allerdings Verkaufsverträge mit Sklaventransporteurs schließen.<sup>54</sup> Ein Argument, um in Berbice Sklaven über Auktion zu verkaufen war es, um so einigen Sklaventhaltern, die nicht in der Lage waren um die Kapitäne der Sklavenschiffe bar zu bezahlen, eine Möglichkeit zu geben, um Sklaven zu verkaufen.<sup>55</sup> Um 1740 war in Surinam einer der Gründe, um Sklaven per Auktion zu verkaufen, da in diesem Fall dann 2,5% MwSt. an den 'vendumeester' oder Versteigerer zu zahlen war, obwohl dieser ein staatlicher Beamte war. Wie eine portugiesische Studie feststellt, war während des ganzen Ancien régime der Staat selbst der Hauptprofiteur des Sklavenhandels.<sup>56</sup>

## 9. Illegale Verkäufe

Eine weitere Kategorie ist der illegale Verkauf von Sklaven an die Bewohner der benachbarten Kolonien.<sup>57</sup> Händler von Curaçao verkauften an Einwohner der spanischen, französischen und englischen Kolonien. Diese illegalen Transaktionen sind grundsätzlich nicht anfechtbar vor dem Gericht auf Curaçao.<sup>58</sup> Der Transaktion war illegal, da die spanischen, französischen oder englischen Kolonialregierungen das Monopol des Handels von Sklaven anderen Nationen zugeordnet hatten. Die Britten besaßen zum Beispiel nach dem Frieden von Utrecht in 1713 als einzige Nation einen *Asiento* Vertrag um Sklaven an die spanischen Kolonien zu liefern. Seitdem war es den auf Curaçao arbeitende Händlern verboten, Sklaven entlang der Küste Venezuelas zu verkaufen. Darüber hinaus waren es die holländischen Kaufleute auf Grund der merkantilistischen Politik der französischen und britischen Regierungen verboten, mit diesen Kolonien Handel zu treiben (die englische Navigationsakte und die Politik der Französisch Minister Colbert).

Für den Sklavenhandel hatte diese Politik wichtige Konsequenzen, nicht weil der Verkauf verboten war, aber weil die Zahlungsmethoden im Handelsbereich in die verschiedenen Länder unterschiedlich waren und so der Verkauf von Sklaven in den Kolonien unmöglich machte. Die französischen und englischen Kolonisten hatten den Brauch beim Ankauf der Sklaven die Zahlung durch einen Wechselbrief zu

<sup>52</sup> NA, WIC, vol. 831, p. 242.; NA, WIC, vol. 200, p. 316.; NA, WIC, vol. 206, p. 99–100.; POSTMA aaO. 270.

<sup>53</sup> J. A. SCHILTKAMP – J. Th. de SMIDT: *Plakaten, ordonnantiën en andere wetten, uitgevaardigd in Suriname 1667–1816*. Deel I. Amsterdam, Emmering 1973. 485–486, no. 401.

<sup>54</sup> R. O. BEELDSNIJDER: *'Om werk van jullie te hebben': plantageslaven in Suriname, 1730–1750*. Utrecht, Universiteit Utrecht, 1994. 112.

<sup>55</sup> CALDEIRA: *Escravos e Traficantes no Império Português: O Comércio Negro Português no Atlântico Durante Os Séculos XV a XX*. Lisboa, Esfera dos Livros, 2013. 158.

<sup>56</sup> Die 'marcrons' werden illegal verkauft an die Spanische Kolonien in Sud Amerika: POSTMA aaO. 37.

<sup>57</sup> Nov. Theodosius 9; Cod. 1,14,5; ZIMMERMANN aaO. 701.

<sup>58</sup> EMMER aaO. 55–56, 58.

machen, der in Europa gezogen waren. Bargeld wurde hier nicht verwendet. Für illegale Verkäufer war diese Praxis keine attraktive Methode, die geografischen Abstände waren zu gross. Diese Politik, um auf diese Weise den Handel zu schützen, war tatsächlich wirksam. In den spanischen Kolonien war jedoch der kommerzielle Brauch, den Kaufpreis von Sklaven bar zu bezahlen, daher blieben diese Kolonien ein interessanter Markt für Händler von Curaçao.<sup>59</sup>

## 10. Abschluss

Obwohl die römischen Gesetze über Sklaven anwendbar waren auf Curaçao, ist es für einen Monopolisten wie die WIC, dem größten Verkäufer von Sklaven und dem Gesetzgeber zur gleichen Zeit, nicht interessant Sklaven nach den Regeln des Ediktes der kurulischen Ädile zu verkaufen. In den Verträgen mit dem spanischen Eigentümer der *Asiento* wurde eine Gerichtsstandsvereinbarung gemacht und eine Rechtswahl eingeführt, um eine Anwendung des römischen Rechts zu vermeiden.

---

<sup>59</sup> P.C. EMMER: *De Nederlandse slavenhandel 1500–1850*. Amsterdam, Arbeiderspers, 2007. 55–58.

## REMARKS ON THE PRIVATE AND CRIMINAL LAW POSITION OF SLAVES IN THE LEX BAIUVARIORUM

Tamás NÓTÁRI

Senior Research Fellow of the Institute for Legal Studies  
of the Hungarian Academy of Sciences

In terms of the view of society depicted in *Lex Baiuvariorum* it is a highly interesting issue, widely disputed in literature, how the position of slaves is reflected in the text of the code. It is a generally asserted view in literature that in the strict sense of the word slavery (*servitus*) as an institution can be hardly found among the Germans tribes. This standpoint goes back primarily to the interpretation, or misinterpretation, as the case may be, of Tacitus's *Germania*.<sup>1</sup> The phrases *servus* and *mancipium* are translated in literature—also in the analysis of *Lex Baiuvariorum* to be investigated in this study—consistently by the words *Knecht*, *Höriger* or *Leibeigener* and not by *Sklave*, that is, by terms that suggest some kind of—and compared to the content of the Antique meaning quite significant—improvement in the position, *status* of persons in this social standing, a tendency pointing towards acknowledgement of their personality.<sup>2</sup> This somewhat commonplace approach was opposed by Hermann Nehlsen, who examined the position of slaves in depth in eastern and western Gothic, Frankish and Langobardic laws and drew the conclusion that compared to the declining Western Roman Empire in the German states of early Middle Ages the number and economic significance of slaves instead of decreasing definitely

---

<sup>1</sup> TACITUS, *Germania* 25.

<sup>2</sup> August CHABERT: *Bruchstück einer Staats- und Rechtsgeschichte der deutsch-österreichischen Länder*. Wien, Hof- u. Staatsdruckerei, 1852. 110.; Heinrich BRUNNER: *Deutsche Rechtsgeschichte, I–II*. Berlin, Duncker & Humblot, 1906<sup>3</sup>. 368. f.; Hans-Werner GOETZ: *Leibeigenschaft*. In: *Lexikon des Mittelalters, V*. Stuttgart, Metzler, 1999. 1845–1848. On the contrary see Hermann NEHLSSEN: *Unfrei*. In: *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, V*. Berlin, Schmidt, 1998. 464–470.; Hermann NEHLSSEN: *mancipia*. In: *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, III*. Berlin, Schmidt, 1984. 219–230.

increased.<sup>3</sup> Furthermore, in his view, this tendency was the reason for legislation moving from the *ex asse* German *compositio* system towards norms of more public law/criminal law nature<sup>4</sup> and from full-scope owner's liability towards the system<sup>5</sup> of noxal liability.<sup>6</sup>

Accordingly, the next chapter intends to analyse the provisions of *Lex Baiuvariorum* that regulate the position of persons in non-free *status*, i.e., slaves (*servi*, *mancipia* and *ancillae*).<sup>7</sup> In the course of that we make efforts to find an answer to the question to what extent the significant ecclesiastical impact, far exceeding the effect of the rest of German folk laws, becomes evident in *Lex Baiuvariorum*: to what extent acknowledgement of the human quality of slaves appears in the code. Not incidentally, at the end of the paper we try to answer the question whether the meaning of the phrases *mancipium*, *servus* and *ancilla*—which are usually translated by the words *servant* and *maidservant*—can be conveyed in theory by translating them by the word *slave* or they require any other, more differentiated term to reveal the legal content of these phrases. In this analysis, after issues of terminology, first the private and then the criminal law aspects will be looked at. In the scope of the former, slaves as the subjects of legal transactions and transactions entered into by slaves will be investigated, and, in the scope of the latter, damage caused by slaves as injury to property, the *compositio* rules of this act and sanctioning of crimes committed by slaves will be examined.

## 1. Issues of terminology

In what follows, we briefly look into whether *mancipium* and *servus*—and the female equivalent of the latter, *ancilla*—as term cover any legal difference in *Lex Baiuvariorum* and when each of these phrases is used as a general rule. *Mancipium* as slave is referred to as the maker of a thing constituting the subject of sale as well (*quod mancipii mei ex proprio meo materia laboraverunt et fecerunt*),<sup>8</sup> which indicates their scope of occupation.<sup>9</sup> It arises as a reasonable question whether the

<sup>3</sup> Hermann NEHLSSEN: *Sklavenrecht zwischen Antike und Mittelalter. Germanisches und römisches Recht in den germanischen Rechtsaufzeichnungen, I. Ostgoten, Westgoten, Franken, Langobarden.* [Göttinger Studien zur Rechtsgeschichte 7.] Frankfurt a. M.–Zürich, Musterschmidt, 1972. 58. ff.

<sup>4</sup> NEHLSSEN (1972) op. cit. 140. ff.; 220. ff.; 319. ff.; 378. ff.

<sup>5</sup> On the Roman law aspects see NÓTÁRI, TAMÁS: *Római köz- és magánjog [Roman Public and Private Law]*. Kolozsvár, Scientia, 2011. 336. f.

<sup>6</sup> NEHLSSEN (1972) op. cit. 133. ff.; 191. ff.; 274. ff.; 376. ff.

<sup>7</sup> Hermann NEHLSSEN: Die *servi*, *ancillae* und *mancipia* der *Lex Baiuvariorum*. Ein Beitrag zur Geschichte der Sklaverei in Bayern. In: Heinz BELLEN – Heinz HEINEN (Hrsg.): *Fünfzig Jahre Forschungen zur antiken Sklaverei an der Mainzer Akademie, 1950–2000. Miscellanea zum Jubiläum*. Stuttgart, Steiner, 2001. 505–521.

<sup>8</sup> *Lex Baiuvariorum* 16, 14.

<sup>9</sup> NEHLSSEN (2001) op. cit. 509. Hermann NEHLSSEN: Die rechtliche und soziale Stellung der Handwerker in den germanischen Leges – Westgoten, Burgunder, Franken, Langobarden. In: Herbert JANKUHN – Walter JANSSEN – Ruth SCHMIDT-WIEGAND – Heinrich TIEFENBACH (hrSg.): *Das Handwerk in vor- und frühgeschichtlicher Zeit, I. Historische und rechtshistorische Beiträge und Untersuchungen zur*



term *mancipium* can be considered a synonym of *servus* and *ancilla* or some kind of marked difference in meaning can be demonstrated between these terms. Most probably, it is possible to accept Nehlsen's opinion claiming that *mancipium* is a collective noun and as such denotes both *servus* and *ancilla*. In the 5–7<sup>th</sup> c. sources, the phrases *servus* and *ancilla* are undoubtedly more frequent since these texts are closer to the Antique sources owing to their age, and, accordingly, the phrase *servus*—as it is a peculiar feature of classical Latin—denoted both male and female slaves; later, however, when the content of the meaning of *servus* served to name male slaves only, the term *mancipium* as a collective noun came to the front since it would have been complicated to list both *servus* and *ancilla* on each occasion.<sup>10</sup>

On the other hand, it should be underlined that in *Lex Baiuvariorum* the term *mancipium* almost exclusively appears as the subject of the transaction (sale, donation, etc.); on the contrary, *servus* and *ancilla* occur as acting—proceeding or committing—subjects as well as the subject of transaction. The latter is exemplified by the provision on sale of alien or stolen things stating that a person who sells another person's thing in spite of the owner's will (either his servant or maidservant or any other thing) shall return it on the strength of the law and shall give a thing of similar value.<sup>11</sup> Yet, from the fact that *mancipium* is not used to name an acting slave who enters into a transaction or commits a crime it is not possible to draw the conclusion that his legal or social standing would have been different from that of a *servus* or *ancilla*.<sup>12</sup> It is worth adding that it was among the Franks where, in addition to *mancipium* and *servus*, the phrase *sclavus* appeared for the first time: since the Franks pursued several campaigns against the Slavs, and they made the prisoners of war taken their slaves, that is how the meaning slave (*slave*, *Sklave*, *esclave*) developed from the Slavonic word (*Sclavus*).<sup>13</sup>

The code gives the reason for creation of servitude,<sup>14</sup> specifically, in relation to warranty of title. Regarding sale it sets two alternatives: (i) the case of a slave acquired as a prisoner of war in a campaign led by the duke beyond the borders (*istud mancipium ego prehendi extra terminum, ubi dux exercitum duxit*), and (ii) the case of a slave given in slavery by the duke to another person as punishment (*dux illum per debita et iusta culpa tulit et mihi licenter tradidit*).<sup>15</sup> Furthermore, the code reckons with (iii) the case of a slave received as paternal inheritance (*pater meus mihi reliquid in hereditatem*), and (iv) a slave brought up as successor of a slave living in one's own

---

*Frühgeschichte der Gilde.* (=Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften in Göttingen. Phil.-Hist. Klasse 3. Folge Nr. 122.) Göttingen, De Gruyter, 1981. 267–283.

<sup>10</sup> NEHLSSEN (2001) op. cit. 509. f.

<sup>11</sup> *Lex Baiuvariorum* 16, 1.

<sup>12</sup> NEHLSSEN (2001) op. cit. 510.

<sup>13</sup> BABJÁK, Ildikó: *Barbárság vagy germánság? Árucsera Európa hajnalán [Barbarism or Germans? Exchange of Goods at the Dawn of Europe]*. Budapest, Gondolat, 2011. 33. f.

<sup>14</sup> NEHLSSEN (2001) op. cit. 508. f.

<sup>15</sup> *Lex Baiuvariorum* 16, 11.

house (*ego in propria domo enutrivi eum a proprio meo mancipio natum*).<sup>16</sup> After that, the code notes that the latter two alternatives as form of acquisition can be referred to with respect to draught animals as well;<sup>17</sup> so, we need to notice reference to slaves as being equal to animals.<sup>18</sup>

## 2. Slaves as subject of legal transactions

Among donations made to the Church, servants (*mancipia*) are listed in addition to country houses, land and money.<sup>19</sup> And in case of killing a priest, if the perpetrator cannot pay the three hundred *solidi* calculated in gold, then he shall give other money, servants, land or other things owned by him as redemption.<sup>20</sup>

In the regulation of sale, in addition to animals, *mancipium* is emphatically referred to among the subjects of the transaction mentioned as examples—as Babják calls the attention to this fact<sup>21</sup>. For the code pronounces that compliance with required formalities of sale is of key importance in sale of any thing, slave or animal to ensure that nobody could attack the validity of purchase claiming that he assigned his property at a very low price.<sup>22</sup> It is worth underlining that this rule shows close relation to the relevant provision of *Lex Visigothorum*.<sup>23</sup> Regarding implied warranty provisions, servants are referred to together with horses and other domestic animals; more specifically, in case of defects, blindness, fracture (of bone), epilepsy or leprosy concealed by the seller, the buyer can return the goods for three days.<sup>24</sup> It should be added that the *redhibitio* rule of Bavarians, which allows a three-day period to the buyer, cannot be found in any other German folk laws; yet, the Bavarian law follows the provision of Roman law that—just as the *edict* of the *aedilis curulis*<sup>25</sup>—obliges sellers of slaves, horses and draught animals to supply information.

## 3. Transactions entered into by slaves and the issue of peculium

The code regulates the validity of transactions, especially sale, entered into by slaves in details.<sup>26</sup> In case a person bought something from a *servus* without the owner's knowledge, who did not approve of the transaction subsequently, the purchase price was returned to the buyer and the transaction was considered invalid; however, if the

<sup>16</sup> *Lex Baiuvariorum* 16, 14.

<sup>17</sup> *Lex Baiuvariorum* 16, 14.

<sup>18</sup> NEHLSSEN (2001) op. cit. 509.

<sup>19</sup> *Lex Baiuvariorum* 1, 1.

<sup>20</sup> *Lex Baiuvariorum* 1, 9.

<sup>21</sup> BABJÁK (2011) op. cit. 187. f.

<sup>22</sup> *Lex Baiuvariorum* 16, 9.

<sup>23</sup> *Lex Visigothorum* 5, 4, 7. Cf. NÓTÁRI, TAMÁS: *Lex Baiuvariorum*. Szeged, Lectum 2011. 94. Fn. 314.

<sup>24</sup> *Lex Baiuvariorum* 16, 9.

<sup>25</sup> Cf. NÓTÁRI (2011a) op. cit. 318. f.

<sup>26</sup> NEHLSSEN 2001. 514.

subject of the sale no longer existed, the buyer had to return a similar thing to the master of the slave who entered into sale without any authorisation or commission.<sup>27</sup> Therefore, the starting point regarding this provision is the validity of the transaction, and invalidity shall be reckoned with only when it is aimed against the will of the owner of the slave. It should be noted that in this respect *Lex Baiuvariorum* sharply contradicts Frankish rules, because *Lex Salica* ordered to punish transactions entered into without the knowledge of the owner of the *servus*,<sup>28</sup> and *Lex Ribuarica* excluded the owner's liability.<sup>29</sup> Babják points out that in this issue it can be demonstrated that the Visigothic pattern prevailed in the Bavarian *lex*.<sup>30</sup> Consequently, it was presumed that the owner of the slave must have known of the conclusion of the transaction, and as a general rule the code took a stand for keeping the sale in force, and somehow—e.g., by implied approval—the owner of the *servus* had to take part in the transaction: in such cases Bavarians kept the interests of both parties in view, and made the risk of sales entered into with an alien *servus* predictable.<sup>31</sup>

If the owner sold his slave but was unaware of the separate property, *peculium*, he had—although it should be noted that this passage of the text of the code does not contain the phrase *peculium*, which is, however, referred to by the *Traditiones* of Passau and Freising as well<sup>32</sup>—the former owner had the right to demand subsequently that the separate property should be surrendered.<sup>33</sup> Similarly, the rule is in harmony with Visigothic regulation<sup>34</sup> which states that if a *servus* redeemed his freedom from his *peculium* and the owner did not know about this *peculium*, the transaction was invalid; in other words, the slave's *status* and the identity of his owner did not change.<sup>35</sup> Regarding this provision the code obviously sets out from the fact that the *servus* was given the separate property by somebody else than his owner—which increased the owner's assets—and so there was increment in the slave's value.<sup>36</sup>

As Nelsen establishes, this provision clearly shows that the 8<sup>th</sup> c. Bavarian law defined slaves' free right of disposal over their *peculium* and whenever the *servus* entered into a transaction with his master or a third party, the owner's consent (or at least subsequent *ratihabitio*) was an indispensable condition.<sup>37</sup>

<sup>27</sup> *Lex Baiuvariorum* 16, 3.

<sup>28</sup> *Lex Salica* 27, 33.

<sup>29</sup> *Lex Ribuarica* 77.

<sup>30</sup> BABJÁK (2011) op. cit. 183.

<sup>31</sup> BABJÁK (2011) op. cit. 184.

<sup>32</sup> See *Traditio Pataviensis* Nr. 16; *Traditio Tegernseensis* Nr. 68, 85; *Traditio Frisingensis* Nr. 1168.

<sup>33</sup> *Lex Baiuvariorum* 16, 3.

<sup>34</sup> Cf. *Lex Visigothorum* 5, 4, 16.

<sup>35</sup> *Lex Baiuvariorum* 16, 3.

<sup>36</sup> NEHLSSEN (2001) op. cit. 514.

<sup>37</sup> NEHLSSEN (1972) op. cit. 168. ff.; NEHLSSEN (2001) op. cit. 515.

#### 4. Damage caused to a slave as injury to property

Killing or causing bodily injury to an alien *servus* is regulated in a separate *titulus* in the code.<sup>38</sup> In what follows, it is worth surveying these provisions in order to establish to what extent *Lex Baiuvariorum* considers killing or mutilation of alien slaves purely injury to things, a kind of *damnum iniuria datum*—just as the regulation known from Roman law<sup>39</sup>—or whether it is possible to discover any acknowledgement of the human quality of the slave in them. In case of killing an alien slave the perpetrator was obliged to pay the holder of the slave twenty *solidi*.<sup>40</sup> It arises as a question what the proportion of this twenty *solidi* to the market value of the *servus* was. The *titulus* on theft (*De furto*) of the code speaks about a higher value in case of objects attaining or exceeding twelve *solidi*, and stresses the example of a horse and *mancipium* of such value.<sup>41</sup> This makes it unambiguously clear that the *compositio* to be paid to the owner in case of killing the slave did not amount to even half of the market value of the *servus* and was far below the one hundred and sixty *solidi* redemption<sup>42</sup> payable in case of killing a freeman.<sup>43</sup> If the *servus* was not owned by a private person but belonged to ecclesiastical slaves, *servi ecclesiae*, who were *de facto* in a somewhat better position, then his killer had to give the Church two servants in value identical with the killed slave.<sup>44</sup> The question arises, which can be hardly answered here absolutely clearly, whether the lawmaker associated this with the *duplum* stipulated in *lex Aquilia*.<sup>45</sup> (The fact that legal relation did not completely terminate between the freedman and the former owner—just as in Roman law<sup>46</sup>—is well exemplified by the fact that in case of killing a *frilaz* the former owner was entitled to forty *solidi*.<sup>47</sup>)

The state of facts of bodily injury is regulated in details in the code and contains several elements of facts and forms of commission that are defined in case of freemen and freedmen (*frilaz*) as well. For this reason, it is worth analysing the former by comparing it to the latter. A person who hits another person's servant out of anger—that is, out of sudden passion—shall pay one *tremisse*.<sup>48</sup> *Tremisse* (*tremissis*) as a monetary unit introduced in the late Antiquity was worth one-third of a *solidus*, and it retained its function as this unit in the early Middle Ages.<sup>49</sup> The same case of commission—supplemented by the phrase *pulislac* as the term for hitting—brought

<sup>38</sup> *Lex Baiuvariorum tit. 6.*

<sup>39</sup> NÓTÁRI (2011a) op. cit. 334. f.

<sup>40</sup> *Lex Baiuvariorum* 6, 12.

<sup>41</sup> *Lex Baiuvariorum* 9, 3.

<sup>42</sup> *Lex Baiuvariorum* 4, 28.

<sup>43</sup> Cf. NEHLSSEN (2001) op. cit. 513.

<sup>44</sup> *Lex Baiuvariorum* 1, 5.

<sup>45</sup> Cf. *Institutiones Iustiniani* 4, 6. 22.

<sup>46</sup> NÓTÁRI (2011a) op. cit. 194. f.

<sup>47</sup> *Lex Baiuvariorum* 5, 9.

<sup>48</sup> *Lex Baiuvariorum* 6, 1.

<sup>49</sup> Cf. NÓTÁRI (2011b) op. cit. 31. Fn. 23.

about one *solidus* in case of a freeman<sup>50</sup> and half *solidus conpositio* in case of a liberated party.<sup>51</sup> (*Pulislac*, i.e., *Beulenschlag* is hitting that leaves a visible trace, literally, a hump on the head.<sup>52</sup>) A person who assaults another person's slave and blood drops shall pay the owner half *solidus*.<sup>53</sup> The *conpositio* of the same act, i.e., *plotruns*—hitting that results in flow of blood (*Blutrünse*)<sup>54</sup> or, in accordance with *Lex Alamannorum Chlothariana*, blood flowing to the ground<sup>55</sup>—is one and a half *solidi*<sup>56</sup> if the injured party is a freeman and eight and a half *saica* if he is a freedman.<sup>57</sup> (*Saiga* or *saica* is a monetary unit worth half *tremisse*, that is, one-sixth of a *solidus*.<sup>58</sup>)

The next provision covers several forms of conduct defined in states of facts detailed separately in case of freemen. A person who raises his hands against another person's slave, wounds him in the head so that the skull bone becomes visible, hits his artery and the wound swells shall redeem his act by one *solidus* to the owner.<sup>59</sup> The name of the first form of commission is *infanc*—i.e., attacking with hostile intention, "taking" (*Einfang*)<sup>60</sup>—and its *conpositio* is three *solidi* if the injured party is a freeman<sup>61</sup> and one and a half *solidi* if he is a freedman.<sup>62</sup> (The phrase *infanc* always means some kind of attack, act of violence; as a technical term it can be taken as the equivalent of the state of facts of *manus inicere in aliquem*, i.e., *raising one's hands against somebody, attack somebody*.<sup>63</sup>) In case of the other three forms of wounding the code stipulates six *solidi conpositio* when the injured party is a freeman<sup>64</sup> and one and a half *solidi* if he is a freedman.<sup>65</sup> Injury to the artery where bleeding cannot be stopped without burning is called *adarcrati*, a wound making the skull bone visible is called *kepolsceni* in the code. *Adarcrati* literally means *opening the vein*; etymologically it is connected with the words *adar* (*Ader, vein*) and *crat* (*Grat, splinter*).<sup>66</sup> The first morpheme of the phrase *kepolsceni* can be related to the

<sup>50</sup> *Lex Baiuvariorum* 4, 1.

<sup>51</sup> *Lex Baiuvariorum* 5, 1.

<sup>52</sup> Cf. NÓTÁRI (2011b) op. cit. 51. Fn. 106.

<sup>53</sup> *Lex Baiuvariorum* 6, 2.

<sup>54</sup> Cf. NÓTÁRI (2011b) op. cit. 51. Fn. 108.

<sup>55</sup> Cf. *Lex Alamannorum* 59, 2. *ut sanguis terram tangat...*

<sup>56</sup> *Lex Baiuvariorum* 4, 2.

<sup>57</sup> *Lex Baiuvariorum* 5, 2.

<sup>58</sup> Cf. NÓTÁRI (2011b) op. cit. 31. Fn. 22.

<sup>59</sup> *Lex Baiuvariorum* 6, 3.

<sup>60</sup> Cf. NÓTÁRI (2011b) op. cit. 51. Fn. 110.

<sup>61</sup> *Lex Baiuvariorum* 4, 3.

<sup>62</sup> *Lex Baiuvariorum* 5, 3.

<sup>63</sup> Dietrich VON KRALIK: Die deutschen Bestandteile der *Lex Baiuvariorum*. *Neues Archiv der Gesellschaft für Ältere Deutsche Geschichtskunde*, 38., 1913. 1–132., 90.

<sup>64</sup> *Lex Baiuvariorum* 4, 4.

<sup>65</sup> *Lex Baiuvariorum* 5, 3.

<sup>66</sup> Cf. Matthias VON LEXER: *Mittelhochdeutsches Handwörterbuch, I–III*. Stuttgart, Hirzel, 1872–1878. I. 1073.; KRALIK op. cit. 48.; NÓTÁRI (2011b) op. cit. 51. Fn. 112.

Old High German word *gebal/kebul* having the meaning *skull*, the second morpheme with the Old High German words *scīnan*, *scein* with the meaning *to appear, to become visible*;<sup>67</sup> accordingly, the term can be translated by the phrase *apparitio testae* (*Schädelschein*).<sup>68</sup>

The redemption of hitting a slave resulting in fracture of bone is one and a half *solidi*.<sup>69</sup> The code does not specify the character of the fracture of bone and the part of body affected, however, from the description of the fracture of bone of a freeman to be redeemed by six<sup>70</sup> and of a freedman by three *solidi*<sup>71</sup> it can be deduced that this case of assault covers the bone knocked out/broken out of the wound to the head or the arm above the elbow. The next provision again embraces several forms of commission. In accordance with it, a person who wounds another person's slave and the brain becomes visible or injures his internal parts—which is called *hrevavunt*—or beats and tosses him until he remains there half dead shall redeem this act by four *solidi*.<sup>72</sup> Regarding freemen and freedmen *Lex Baiuvariorum* refers to fracture of the skull that makes the cerebrum visible and injury to internal parts called *hrevavunt*, and stipulates twelve<sup>73</sup> and six *solidi conpositio* in case of the former and the latter respectively.<sup>74</sup> The first morpheme of the phrase *hrevavunt* (*Leibwunde*)<sup>75</sup> is connected with the Old High German words *href*, *ref* and the Anglo-Saxon word *hrif* having the meaning *body, lower parts of the body*,<sup>76</sup> which are etymologically related to the Latin word *corpus*.<sup>77</sup> The second morpheme of the word, *wunt* (*uunt*) should be interpreted as *participium*, i.e., in the sense of *wounded in its internal parts*.<sup>78</sup> (The word *hrevawunti*,<sup>79</sup> which means injury to internal parts<sup>80</sup> is closely related to this phrase.)

The next passages regulate the *conpositio* of various mutilations. A person who knocks out the eyes, cuts off the hands or feet of another person's servant shall pay

<sup>67</sup> Eberhard Gottlieb GRAFF: *Althochdeutscher Sprachschatz oder Wörterbuch der althochdeutschen Sprache, I–VI*. Berlin, Commission der Nikolaischen Buchhandlung, 1834–1842. (Neudruck: Hildesheim, Olms, 1963.) IV. 127., VI. 499. ff.

<sup>68</sup> KRÁLIK op. cit. 91.

<sup>69</sup> *Lex Baiuvariorum* 6, 4.

<sup>70</sup> *Lex Baiuvariorum* 4, 5.

<sup>71</sup> *Lex Baiuvariorum* 5, 4.

<sup>72</sup> *Lex Baiuvariorum* 6, 5.

<sup>73</sup> *Lex Baiuvariorum* 4, 6.

<sup>74</sup> *Lex Baiuvariorum* 5, 5.

<sup>75</sup> Cf. NÓTÁRI (2011b) op. cit. 51. Fn. 117.

<sup>76</sup> Charles FRESNE DU CANGE: *Glossarium mediae et infimae Latinitatis, I–X*. Niort, Favre, 1883–1887. IV. 256.; GRAFF op. cit. IV. 1153.

<sup>77</sup> Alois WALDE – Johann Baptist HOFMANN: *Lateinisches Etymologisches Wörterbuch, I–II*. Heidelberg, Winter, 1954<sup>2</sup>. I. 194.

<sup>78</sup> KRÁLIK op. cit. 88.

<sup>79</sup> *Lex Baiuvariorum* 1, 6; 10, 1. 4.

<sup>80</sup> KRÁLIK op. cit. 89.

the owner six *solidi*.<sup>81</sup> The *compositio* of the same act is forty<sup>82</sup> and ten *solidi*<sup>83</sup> in case of a freeman and a freedman respectively. In case of cutting off the thumb, the index finger or the little finger, the middle or the ring finger the perpetrator shall pay the owner of the slave four, two, and two and a half *solidi* respectively.<sup>84</sup> When the injured party is a freeman, the above amounts will be as follows: the *compositio* shall be twelve *solidi* for cutting off a thumb, eight for the index and little finger, and five for the middle and ring finger. It should be noted, however, that the amount will increase by one-third when the finger is preserved but paralysed because lack of a finger was a smaller impediment in handling arms than a paralysed finger.<sup>85</sup> Regarding freedmen the fee of *compositio* amounted to six, one and a half and two *solidi* in the above order.<sup>86</sup> In their case—just as in case of slaves, of course—the code does not refer to bodily injury causing a paralysed finger because the issue of handling arms was not taken into account with respect to such persons. On the other hand, it should be noted that there is almost no difference between the amounts of *compositio* to be paid for loss of fingers of a freedman and a slave or sometimes the fee to be paid to the owner of the slave is higher: there are good chances that this is related to decrease in capacity to work and thereby the volume of the damage caused to the owner.

Piercing the nose of the *servus* resulted in payment of two,<sup>87</sup> injury to the lower lip, the ears and the lower eyelid one and a half, injury to the upper lip and upper eyelid one,<sup>88</sup> knocking out the molar called *marchzand* three, other teeth one and a half,<sup>89</sup> cutting off the ears one and a half, piercing the ears one, deafening them four<sup>90</sup> *solidi compositio*.<sup>91</sup> The *compositio* of piercing the nose of a freeman was nine,<sup>92</sup> piercing the ears—although the code refers to other injuries to the ears as well—was three, deafening them was forty *solidi*,<sup>93</sup> the *compositio* of the lips and eyelids were again three *solidi* but this sum amounted to six *solidi* in case of lower lips and lower eyelids when the wound resulted in the relevant person being unable to retain saliva or tears<sup>94</sup>—there are good chances that this increment was to sanction aesthetic shortcomings. Knocking out the *marchzand* was punished by twelve, other teeth

<sup>81</sup> *Lex Baiuvariorum* 6, 6.

<sup>82</sup> *Lex Baiuvariorum* 4, 9.

<sup>83</sup> *Lex Baiuvariorum* 5, 6.

<sup>84</sup> *Lex Baiuvariorum* 6, 7.

<sup>85</sup> *Lex Baiuvariorum* 4, 11.

<sup>86</sup> *Lex Baiuvariorum* 5, 7.

<sup>87</sup> *Lex Baiuvariorum* 6, 8.

<sup>88</sup> *Lex Baiuvariorum* 6, 9.

<sup>89</sup> *Lex Baiuvariorum* 6, 10.

<sup>90</sup> *Lex Baiuvariorum* 6, 10.

<sup>91</sup> *Lex Baiuvariorum* 6, 8–11.

<sup>92</sup> *Lex Baiuvariorum* 4, 13.

<sup>93</sup> *Lex Baiuvariorum* 4, 14.

<sup>94</sup> *Lex Baiuvariorum* 4, 15.

by six *solidi compositio*.<sup>95</sup> (The word *marchzand* literally meant a corner tooth—*Markzahn*—, so, presumably, it must have been used for teeth other than molars, such as eye-teeth and incisors as well.<sup>96</sup> The phrase *marchzand* occurs also in *Lex Alamannorum*<sup>97</sup> and corresponds to the Middle High German phrase *marczan*.<sup>98</sup>) It is worth adding that the code does not contain any regulations on injuries to the face with respect to freedmen.

In case of beating up the *servus* causing lameness—i.e., a *taudregil* state—thrusting him from the riverbank or a bridge to water the owner was entitled to four *solidi*.<sup>99</sup> In case of thrusting a freeman to water, called *inunwan* by the code, the redemption was twelve *solidi*.<sup>100</sup> Causing injury to the extent that the person remains a cripple, i.e., his feet—as the code puts it—touches dew (*taudregil*) brought about twelve<sup>101</sup> and six *solidi compositio* in case of a freeman and a freedman respectively.<sup>102</sup> *Taudregil* is nothing else than a person who drags his foot, in other words, whose foot touches dew (*Taustreifer, Taustreicher*).<sup>103</sup> This phrase in the same sense and with the same explanation can be found in *Lex Alamannorum* as well.<sup>104</sup> The etymology of the first morpheme of the word is absolutely clear: it is related to the Old High German word *tau*, i.e., *dew*.<sup>105</sup> The morpheme *dregil/dragil* can be related to the Gothic verb *þragian* having the meaning *to run* as Grimm has pointed out already.<sup>106</sup> The phrase *in unwan* (*inunwan*) occurs in the text of the code in the state of facts of thrusting a freeman from the riverbank or a bridge to water,<sup>107</sup> thrusting a freeman from a ladder,<sup>108</sup> wounding a freeman by a poisonous arrow<sup>109</sup> and arson as well as deaths occurring in relation to it.<sup>110</sup> Linguistically, the phrase can be related to the Old High German word *wân* (*uuânî*) having the meaning *opinion, view, hope*;<sup>111</sup> consequently, the explanation of the locus quoted as the fourth item, which states that the word *unwan* can be conveyed by the phrase *desperatio vitae*, that is, *despair over life*, or in

<sup>95</sup> *Lex Baiuvariorum* 4, 16.

<sup>96</sup> Cf. NÓTÁRI (2011b) op. cit. 53. Fn. 130.

<sup>97</sup> *Lex Alamannorum* 67, 22. *Si autem dentem absciderit, quod marczan dicunt Alamanni...*

<sup>98</sup> LEXER op. cit. I. 2044.

<sup>99</sup> *Lex Baiuvariorum* 6, 8–11.

<sup>100</sup> *Lex Baiuvariorum* 4, 17.

<sup>101</sup> *Lex Baiuvariorum* 4, 27.

<sup>102</sup> *Lex Baiuvariorum* 5, 8.

<sup>103</sup> Cf. NÓTÁRI (2011a) op. cit. 55. Fn. 143.

<sup>104</sup> *Lex Alamannorum* 57, 62. *Si quis autem alium in geniculo placaverit, ita ut claudus permaneat, ut pes eius ros tangat, quod Alamanni taudragil dicunt...*

<sup>105</sup> GRAFF op. cit. V. 346.

<sup>106</sup> Jacob GRIMM: *Deutsche Rechtsalterthümer, I–II*. Leipzig, Mayer & Müller, 1922<sup>4</sup>. II. 187.

<sup>107</sup> *Lex Baiuvariorum* 4, 17.

<sup>108</sup> *Lex Baiuvariorum* 4, 19.

<sup>109</sup> *Lex Baiuvariorum* 4, 21.

<sup>110</sup> *Lex Baiuvariorum* 10, 4.

<sup>111</sup> GRAFF op. cit. I. 857.



free translation: *danger of life*,<sup>112</sup> seems to be sound. It is worth adding that in case of thrusting a slave into water, the lawmaker defined *conpositio* probably due to causing danger of life, however, the lawmaker could not think of breach of honour occurring in relation to freemen in such cases because this was out of the question concerning slaves. For the same reason, the code does not mention the case of throwing a slave off a horse as an act to be sanctioned either.<sup>113</sup>

In view of the fact that *Lex Baiuvariorum* contains an independent *titulus* dealing with acts related to women as well<sup>114</sup> it is justified to analyse the passages that can be found under this title in terms of persons in servant *status*. There is a sharp difference between women in free standing and maidservants in case of assault causing abortion. In case of free women, if as a result of assault the yet "not viable" foetus—by which the text of the code, most probably, means foetus in an early stage, not viable even in case of naturally occurring premature birth—died, the amount of *conpositio* was twenty *solidi*, and if the foetus "lived" already (i.e., was considered viable), the usual redemption for homicide, i.e., one hundred and sixty *solidi*<sup>115</sup> had to be paid.<sup>116</sup> Concerning maidservants, in case of the same acts the amount of *conpositio* was as follows. If the foetus did not "live" yet, four,<sup>117</sup> and if the foetus lived already, ten *solidi* had to be paid by the perpetrator causing premature birth by assaulting the *ancilla*<sup>118</sup> to the owner.<sup>119</sup> It is worth noting that in case of death of a free woman's foetus deemed viable the perpetrator had to pay the complete *Wergeld* of a free person, i.e., one hundred and sixty *solidi*, whereas for a maidservant's viable foetus it was not the usual twenty *solidi conpositio* of live slaves<sup>120</sup> but only half of it, ten *solidi* that had to be paid to the owner.<sup>121</sup>

Just as in case of abusing or killing a *servus* and *ancilla*, in case of sexual relation with maidservants the *conpositio* was payable to the owner. The code provides that a person who sleeps with another person's married maidservant shall pay twenty *solidi* to the owner—so, not to the husband of the maidservant.<sup>122</sup> In case of unmarried maidservants this sum amounts to four *solidi*.<sup>123</sup> (In case of liberated and married

<sup>112</sup> GRIMM op. cit. II. 187.; KRÁLIK op. cit. 120. f.; Georg BAESECKE: Die deutschen Worte der germanischen Gesetze. *Beiträge zur Geschichte der deutschen Sprache und Literatur*, 59. 1935. 1–101., 18.

<sup>113</sup> NEHLSSEN (2001) op. cit. 513.

<sup>114</sup> *Lex Baiuvariorum tit.* 8.

<sup>115</sup> *Lex Baiuvariorum* 4, 28.

<sup>116</sup> *Lex Baiuvariorum* 8, 19.

<sup>117</sup> *Lex Baiuvariorum* 8, 22.

<sup>118</sup> *Lex Baiuvariorum* 8, 23.

<sup>119</sup> *Lex Baiuvariorum* 8, 22–23.

<sup>120</sup> *Lex Baiuvariorum* 6, 12.

<sup>121</sup> Cf. NEHLSSEN (2001) op. cit. 513. f.

<sup>122</sup> *Lex Baiuvariorum* 8, 12.

<sup>123</sup> *Lex Baiuvariorum* 8, 13.

women the amount of *compositio* will be forty,<sup>124</sup> in case of unmarried *frilaza* eight *solidi*.<sup>125</sup>)

A person who brings a false charge against a freeman shall suffer the same punishment that would have threatened the accused person if he had been condemned.<sup>126</sup> This provision is in harmony with the sanction of *calumnia* known from Roman law: if somebody was condemned due to *calumnia*, that is, slanderous charge, in the period of the Roman Empire the false accuser (*calumniator*) was usually punished by the same penalty that would have been imposed on the accused if he had been condemned; in other words, the *talio* principle was applied over and above *infamia*.<sup>127</sup> On the contrary, a person who brought false accusation against another person's slave who was for this reason tortured had to give the owner a slave with similar value; and if the slave died during interrogation, he had to give two slaves, but if he could not fulfil this provision he became a slave because he caused an innocent person's death.<sup>128</sup>

Quite interestingly, the code discusses the state of facts of inducing another person's slave to run away under the *titulus* (*De pignoribus*) on right of pledge. A person who induces another person's slave to run away and leads him across the border shall pay twelve *solidi* redemption and shall bring the runaway back.<sup>129</sup> In case of maidservants induced to run away the *compositio*—without any explanation provided by the code—is twenty-four *solidi*.<sup>130</sup> The sanction of the same act is somewhat different when the slave or maidservant belongs to the Church; this issue is regulated in the *titulus* on the affairs of the Church.

A person who induces a servant or maidservant of the Church to run away and leads them across the border shall pay fifteen *solidi* and shall call the runaways back; until the persons induced to run away are recovered, they shall be replaced by servants as pledge; and if he cannot recover them, in addition to the amount of *compositio*, he shall give the Church similar servants or maidservants to replace them.<sup>131</sup>

There is a sharp dividing line between persons in servant and free *status* with respect to their death and corpse as well. The state of facts of desecration of a grave protects the grave of a freeman only.<sup>132</sup> Also, there is a significant difference with respect to homicide committed in secret or by stealth. A person who kills a freeman in secret and throws him in the river or throws him to a place from where he cannot surrender the corpse—which is called *murdrida* by the code—shall pay forty *solidi* due to making a decent burial impossible, and shall repay the *Wergeld* in accordance

<sup>124</sup> *Lex Baiuvariorum* 8, 10.

<sup>125</sup> *Lex Baiuvariorum* 8, 11.

<sup>126</sup> *Lex Baiuvariorum* 9, 19.

<sup>127</sup> NÓTÁRI (2011a) op. cit. 423.

<sup>128</sup> *Lex Baiuvariorum* 9, 20.

<sup>129</sup> *Lex Baiuvariorum* 13, 9.

<sup>130</sup> *Lex Baiuvariorum* 13, 9.

<sup>131</sup> *Lex Baiuvariorum* 1, 4.

<sup>132</sup> *Lex Baiuvariorum* 19, 1.

with the victim's *status*.<sup>133</sup> A person who kills a servant in such fashion and hides his corpse in a similar form shall pay ninefold of the redemption payable for stealing a slave, that is, one hundred and eighty *solidi*.<sup>134</sup> So, while in case of a freeman deprivation of the last honours is also sanctioned, in case of slaves only the value of the property taken stealthily from the owner was taken into account by ninefold redemption.<sup>135</sup>

Below, two loci will be analysed because these are the only two provisions in *Lex Baiuvariorum* which show some kind of tendency that the lawmaker acknowledged the human quality of slaves by judging their fate and act identically as that of freemen.

With respect to death, the corpse of a freeman and a *servus* will be judged identically only in the burial of the found corpse. In harmony with the provisions of *Poenitentiale Gregorii* and *Poenitentiale Cummeani*,<sup>136</sup> to ensure<sup>137</sup> that the dead person should not lie unburied and should not end up in the bowels of pigs and dogs or other beasts, the code orders that the burier must be given one *solidus* as reward by the relatives of the dead person or the master of the slave.<sup>138</sup> It should be added that it is not possible to clearly identify the Biblical correspondence of the quotation or reminiscence from the Holy Scripture referred to above (*mortuum sepelire*); the quotation is the closest to the relevant locus<sup>139</sup> of the *Genesis*.<sup>140</sup>

On the other hand, the code provides right of asylum in church (*asylum*) for slaves as well.<sup>141</sup> Pursuant to this provision anybody who takes refuge in a church shall not be removed from there by violence but shall be chastised there in accordance with the priest's advice—at this point *Lex Baiuvariorum* refers (by some kind of reminiscence rather than literal quotation<sup>142</sup>) to the locus from the *Gospel according to St. Matthew*<sup>143</sup> which states that he who forgives will be forgiven and he who does not forgive will not be forgiven.<sup>144</sup> A person who drags his runaway servant or

<sup>133</sup> *Lex Baiuvariorum* 19, 2.

<sup>134</sup> *Lex Baiuvariorum* 19, 3.

<sup>135</sup> NEHLSSEN (2001a) 511.

<sup>136</sup> Cf. *Poenitentiale Gregorii* 137. 138.; *Poenitentiale Cummeani* 1, 26. 27.

<sup>137</sup> Cf. NÓTÁRI (2011b) 105. Fn. 338.

<sup>138</sup> *Lex Baiuvariorum* 19, 7.

<sup>139</sup> *Genesis* 23, 6. 15.

<sup>140</sup> Cf. NÓTÁRI (2011b) op. cit. 105. Fn. 340.

<sup>141</sup> NEHLSSEN (2001) op. cit. 512.

<sup>142</sup> Cf. NÓTÁRI (2011b) op. cit. 35. Fn. 29.

<sup>143</sup> Cf. *Evangelium secundum Matthaëum* 6, 14. f.

<sup>144</sup> *Lex Baiuvariorum* 1, 7. *Si quis culpabilis aliquis configium ad ecclesiam fecerit, nullus eum per vim abstrahere ausus sit, postquam ianuam ecclesiae intraverit, donec interbellat presbiterum ecclesiae vel episcopum, so presbiter representare non ausus fuerit. Et si talis culpa est, ut dignus sit disciplina, cum consilio sacerdotis hoc faciat, quare ad ecclesiam confugium fecit. Nulla sit culpa tam gravis, ut vita non concedatur propter timorem Dei et reverentiam sanctorum, quia Dominus dixit: 'Qui dimiserit, dimittetur ei; qui non dimiserit, nec ei dimittitur'.*

anybody else by violence out of a church shall pay the church forty *solidi* and the treasury also forty *solidi*.<sup>145</sup>

## 5. Sanctioning crimes committed by slaves

With respect to several crimes, the code does not distinguish between free and *servus* perpetrators; accordingly, the rate of *compositio* depends solely on the person, *status* of the injured party irrespective of the personal *status* of the perpetrator.<sup>146</sup> Below you will find the analysis of crimes where different sanctions are imposed on perpetrators in free and servant *status*.

It arises as a question whether the owner was every time obliged to pay the amount of *compositio* in case of acts committed by a *servus*—just as in the Frankish and Langobardic law<sup>147</sup>—or he could exercise the option of giving in *nox* known from Roman law. Let us first survey the logic of noxality in Roman law. In Roman law punitive claims were made against persons under power—i.e., both family children and slaves—in case of their *delictum* as if the act had been committed by independent and free persons. When the *delictum* was committed by a person under power (member of the family, a slave or a person in *mancipium*), the injured party could enforce his claim only by a so-called noxal action (*actio noxalis*). Direct persecution of the perpetrator would have represented intervention into the family head's power. Accordingly, civil law and the *praetor's* law brought an action against the *pater familias* in these cases who surrendered the perpetrator to the injured party (*noxae deditio*). In such a case the family head had a choice of either paying the penalty (the claim could seek the above only) or giving the person under his power in *nox* (*facultas alternativa*). For the period of *nox* the family child was given in *mancipium*, however, the injured party acquired ownership of the slave definitively. In Rome this right most probably dates from the age of private revenge: the injured party had the right to take revenge for the injury he had suffered but the person exercising power had to protect against his revenge as he was obliged to protect the persons under his power. Thereby the person exercising power would have been compelled to take part in this endless fight and it was this vicious circle that the family head could relieve him and his *familia* from if he surrendered the perpetrator under power. In interstate relations it can be observed as well that the Roman state often exercised the option of surrendering the culprit to the enemy and thereby saving itself from its revenge. In the *praetor's* law this was changed to the extent that if the person exercising power knew about the *delictum* of the person under power, he could not choose giving in *nox* instead of payment of the penalty—however, in this case it was not his own act that the *pater familias* was responsible for; therefore, he was not inflicted by *infamia*. If the person exercising power was privy to the act as instigator, then *actio poenalis*

<sup>145</sup> *Lex Baiuvariorum* 1, 7.

<sup>146</sup> Cf. NEHLSSEN (2001) op. cit. 515.

<sup>147</sup> NEHLSSEN (1972) op. cit. 274. ff.; 376. ff.

could be brought against him and *actio noxalis* against the person under power due to the *delictum*.<sup>148</sup>

A provision that seems to be both related to<sup>149</sup> and different from *Lex Visigothorum*<sup>150</sup> makes it probable that in certain cases the owner could be relieved of the obligation to pay *compositio* by giving in *nox*. It sets forth that if somebody induced an alien *servus* to steal (or cause damage at his master's expense) to be able to accuse him, more specifically the owner, the owner did not lose his servant and did not have to pay redemption either but the instigator was punished as a thief by payment of *niungeldo* and the owner did not have to redeem his slave but the slave was punished by being beaten by a stick two hundred times after the thing had been returned.<sup>151</sup> This highly complicated rule would have any sense if it were based on the possible solution that in certain cases the owner of the slave who committed crime had the option to deliver the *servus* perpetrator to the injured party instead of payment of the *compositio*.<sup>152</sup>

A completely different picture is showed by a rule possibly belonging to an earlier layer of the code that provides for the sanction of adultery. First, it is worth surveying the passage that determines the punishment of adultery committed by a freeman. If a freeman sleeps with another freeman's wife and he is caught in the act, the "seducer" shall pay the husband the *Wergeld* of the wife. If the husband kills the adulterer and adulteress when catching them in the act, then the perpetrator has paid the blood money by his life and his relatives will have no right to take revenge or demand *compositio*. If, however, he "stepped into bed with one foot only" but the wife pushed him out and nothing else happened, then he shall pay the husband fifteen *solidi*.<sup>153</sup> If the perpetrator is a slave, the code provides the following. If the husband kills him and the wife, due to her shame the wife's blood money shall be decreased by twenty *solidi*, and the remainder shall be paid by the owner; however, if the slave escapes and he is not killed but his act is proved later on, the owner shall surrender him in return for twenty *solidi* to the person whose wife he has raped, the remainder of *compositio* shall be paid by the owner again since he did not discipline his servant enough.<sup>154</sup> Strictness of this rule is undoubtedly connected with the character of the act highly affecting the husband's prestige and the family's honour. By the less convincing reasons—by which the "participation" of the owner of the *servus* is invented—that the owner omitted to discipline the slave properly, the code unambiguously substantiates the owner's liability and delivery of the *servus* itself does not exempt the *dominus* from payment of the *compositio*.<sup>155</sup>

<sup>148</sup> Cf. NÓTÁRI (2011a) op. cit. 336. f.

<sup>149</sup> NEHLSSEN (1972) op. cit. 194. f.; NEHLSSEN (2001) op. cit. 515.

<sup>150</sup> NÓTÁRI (2011b) op. cit. 69. Fn. 201.

<sup>151</sup> *Lex Baiuvariorum* 9, 7.

<sup>152</sup> NEHLSSEN (2001) op. cit. 516.

<sup>153</sup> *Lex Baiuvariorum* 8, 1.

<sup>154</sup> *Lex Baiuvariorum* 8, 2.

<sup>155</sup> NEHLSSEN (2001) op. cit. 516. f.

Concerning certain acts the code determines different sanctions for perpetrators in free and servant *status* but even in these cases the punishment of the *servus* does not always mean that the owner is exempted from the obligation to pay *conpositio*.

For setting church property on fire—out of roguery, as a thief during the night—the perpetrator shall pay fifteen *solidi*; for each roof top that has fallen down in the fire he shall pay twenty-four *solidi*, and everything that has burnt up shall be replaced by a similar thing; furthermore, he shall pay *conpositio* to each man who has escaped uninjured from the fire; also, he shall pay *Wergeld* in accordance with bodily injury and homicide for the persons who have been injured or died in the fire.<sup>156</sup> If the perpetrator is a *servus*, he shall be punished by losing his hands or eyes, and his owner shall recompense for or replace everything burnt in the fire by something similar.<sup>157</sup>

If a *servus* steals a thing used in the army—e.g., harness, more specifically hobble, halter, bridle, coarse blanket—he shall be punished by cutting his hands off, and his owner shall return or recompense for the things stolen.<sup>158</sup> In case of perpetrators in free *status*, in addition to the obligation to return things, the *conpositio* amounts to forty *solidi*. It should be pointed out that this is where the nature of the *conpositio* system is formulated most clearly in the code since with regard to the forty *solidi* it notes that he “shall redeem his hands” by it.<sup>159</sup>

If a slave robs something or commits an act of violence, e.g., arson, during a campaign he shall suffer death and his owner shall recompense for everything by something similar (the code again invents the owner’s failure to fulfil his supervisory obligation).<sup>160</sup> (In case of perpetrators in free *status* the amount of *conpositio* is forty *solidi*, which is, as a matter of fact, supplemented by the obligation to recompense.<sup>161</sup>) Just as in case of setting fire to church property, in addition to punishing the *servus*, the code imposes the obligation to take responsibility and recompense on the owner.<sup>162</sup>

A free person who intervenes in a single combat in the duke’s court or elsewhere shall pay forty *solidi conpositio*.<sup>163</sup> If this is done by a slave, he shall be punished by losing his right hand but his master can redeem it by the *conpositio* payable for the killed slave,<sup>164</sup> that is, twenty *solidi*.<sup>165</sup> There are good chances that the reason for this high amount for the right hand of the slave was that the servants who accompanied

<sup>156</sup> *Lex Baiuvariorum* 1, 6.

<sup>157</sup> *Lex Baiuvariorum* 1, 6.

<sup>158</sup> *Lex Baiuvariorum* 2, 6.

<sup>159</sup> *Lex Baiuvariorum* 2, 6.

<sup>160</sup> *Lex Baiuvariorum* 1, 6.

<sup>161</sup> *Lex Baiuvariorum* 1, 6.

<sup>162</sup> Cf. NEHLSSEN (2001) op. cit. 517.

<sup>163</sup> *Lex Baiuvariorum* 2, 11.

<sup>164</sup> *Lex Baiuvariorum* 6, 12.

<sup>165</sup> *Lex Baiuvariorum* 2, 11.

their masters to the duke's court must have been experienced warriors; so, for their owners it was worth paying that much in order to preserve their ability to fight.<sup>166</sup>

The redemption of theft committed in the duke's court was *triuniungeldo*, that is, threefold of the usual (i.e., ninefold) redemption of the stolen thing, consequently the twenty-sevenfold value,<sup>167</sup> but if the perpetrator was a slave then either his owner paid the ninefold value, i.e., *niungeldo*, or the *servus* was punished by losing his hand.<sup>168</sup>

The above cases reveal that concerning certain acts the owner had *facultas alternativa* to either deliver his slave for being punished or redeem his act by payment of a given amount of *compositio*. Concerning numerous crimes, however, this option was not provided—as the cases described below will reveal.<sup>169</sup>

In harmony with *Lex Alamannorum* and *Lex Visigothorum*<sup>170</sup> as well as Langobardic laws,<sup>171</sup> *Lex Baiuvariorum* provides that if a freeman has sold another freeman as a slave, then, in addition to being obliged to reinstate him in his free status, he shall pay forty *solidi* to the injured party and another forty to the *fiscus*; and if he cannot redeem him, he shall become a slave as punishment.<sup>172</sup> However, when the perpetrator is a person in a servant status, his owner shall deliver him to the judge, and subject to the duke's decision he shall lose either his hands or eyes—at this point the code, excluding the owner's discretion, emphasises that "without this mark he should not ever leave, no matter how precious he is to his master"—and if the owner takes part in the act either as instigator or abettor, he shall suffer punishment identical with that of the *servus*, and shall surrender the servant.<sup>173</sup>

In sanctioning removal of border marks or border stones, borrowing from *Lex Visigothorum* is evident:<sup>174</sup> if the perpetrator is a freeman, he shall pay the neighbours six *solidi*,<sup>175</sup> and if he is a slave—just as in the Visigothic law<sup>176</sup>—he shall be flogged fifty times for each mark moved.<sup>177</sup> The code unambiguously forbids placement of new border marks,<sup>178</sup> and a person breaching this provisions shall pay six *solidi*.<sup>179</sup> If, however, the perpetrator is a slave, and his owner did not know about his act, then—

<sup>166</sup> NEHLSSEN (2001) op. cit. 518.

<sup>167</sup> *Lex Baiuvariorum* 2, 12.

<sup>168</sup> *Lex Baiuvariorum* 2, 12.

<sup>169</sup> NEHLSSEN (2001) op. cit. 518.

<sup>170</sup> Cf. *Lex Alamannorum* 46; *Lex Visigothorum* 7, 3, 3.

<sup>171</sup> Cf. *Leges Liutprandi* 8. 38. 91. 131; *Leges Ratchis* 3. 14.

<sup>172</sup> *Lex Baiuvariorum* 9, 4.

<sup>173</sup> *Lex Baiuvariorum* 9, 5.

<sup>174</sup> Cf. NEHLSSEN (2001) op. cit. 519.

<sup>175</sup> *Lex Baiuvariorum* 12, 1.

<sup>176</sup> Cf. *Lex Visigothorum* 10, 3, 2.

<sup>177</sup> *Lex Baiuvariorum* 12, 2.

<sup>178</sup> *Lex Baiuvariorum* 12, 5.

<sup>179</sup> *Lex Baiuvariorum* 12, 6.

just as in *Lex Visigothorum*<sup>180</sup>—he shall be flogged two hundred times but his owner will not be obliged to pay anything.<sup>181</sup>

*Lex Baiuvariorum* defines two cases when it imposes decrease in *status* or corporeal punishment both on perpetrators in free *status*, who are able to pay *conpositio*, and on perpetrators in servant *status*, and in both cases—most probably—it is a resolute ecclesiastical prohibition that is in the background of this tough punishment.<sup>182</sup> If a woman in free *status* gives another woman some drink for the purpose of abortion, she will lose her freedom and will become the slave of the person whom the duke designates as her owner; when the perpetrator is a maidservant, she shall be beaten by a stick two hundred times.<sup>183</sup> The punishment of a freeman in breach of the ban on performance of work on Sunday<sup>184</sup> as habitual offender is being beaten by a stick fifty times, and in case of a recurrent habitual offender loss of his freedom.<sup>185</sup> If the perpetrator is a slave, he shall be beaten and if he is a habitual offender, he shall be punished by losing his right hand.<sup>186</sup>

Sexual relation between slaves and free persons is discussed by *Lex Baiuvariorum* in a narrower scope than in Visigothic, Frankish and Langobardic laws, which provide, for example, that relation between a free woman and a slave or her own servant, as the case may be, will every time bring about capital punishment for each of the parties<sup>187</sup>. The code sanctions a passing sexual relation between a free woman and an alien slave—that is, not *contubernium* as it is clear also from the passage that punishes sexual intercourse between a woman and a man in free *status*, which is not legalised but is based on agreement,<sup>188</sup> by twelve *solidi*<sup>189</sup>—as follows. If a *servus* enters into a sexual relation with a free woman—which outrages everybody among the people according to the reasons of the code—then the owner shall deliver the slave to the woman's relatives for being punished or even killed by them but shall not pay *conpositio*.<sup>190</sup> The code is silent about punishing the free woman, most probably because—just as in Langobardic and Visigothic laws—it was subject to the relatives' discretion or the powers of the home court.<sup>191</sup>

<sup>180</sup> Cf. *Lex Visigothorum* 10, 3, 5.

<sup>181</sup> *Lex Baiuvariorum* 12, 7.

<sup>182</sup> Cf. NEHLSSEN (2001) op. cit. 519.

<sup>183</sup> *Lex Baiuvariorum* 8, 18.

<sup>184</sup> See *Concilium Aurelianense III.* (a. 538) 28; *Concilium Cabilonense* (a. 644) 18; *Concilium Rotomagense* (a. 650) 15; *Concilium Narbonense* (a. 589) 4; *Concilium Matisconense II.* (a. 585) 1; Isidorus, *De ecclesiasticis officiis* 1, 24, 1; *Poenitentiale Gregorii* 54; *Poenitentiale Cummeani* 12, 3, 4; *Decretio Childeberti II.* (a. 596) 14. Cf. *Concilium Autissiodorensis* (a. 578) 16; *Concilium Narbonense* (a. 589) 4.

<sup>185</sup> *Lex Baiuvariorum* 1, 14.

<sup>186</sup> *Lex Baiuvariorum* 1, 14.

<sup>187</sup> Cf. NEHLSSEN (1972) op. cit. 241. f.; 308. ff.

<sup>188</sup> *Lex Baiuvariorum* 8, 8.

<sup>189</sup> Cf. NEHLSSEN (2001) op. cit. 520.

<sup>190</sup> *Lex Baiuvariorum* 8, 9.

<sup>191</sup> Cf. NEHLSSEN (1972) op. cit. 147. f.; 242.



Sexual intercourse of freemen with their own *ancilla* resulted in legal consequences merely in terms of succession. If the testator had a son from a maidservant, the son was not entitled to inherit anything on the strength of the law, and whatever he was given was thanks to his half-brothers' mercy, who are warned by the code to do so by referring to the Bible, albeit, erroneously, to the Old Testament, actually, to St. Paul's letter to the Galatians,<sup>192</sup> to be more precise<sup>193</sup> concerning the particular locus.<sup>194</sup> Nehlsen presumes—possibly correctly—that the category of the poor mentioned by the code (*pauperes*)<sup>195</sup> included this scope of persons not entitled to lawful share of inheritance.<sup>196</sup> On the other hand, we can add to this that in Bavarian law—contrary to the basic principle of Roman law which stated that a slave woman's child followed his mother's legal *status*<sup>197</sup>—a child born of a maidservant whose father was a person in free standing was given the free *status*.

---

<sup>192</sup> Paulus, *Epistola ad Galatas* 4, 30.

<sup>193</sup> Cf. NÓTÁRI (2011b) op. cit. 90. Fn. 297.

<sup>194</sup> *Lex Baiuvariorum* 15, 9.

<sup>195</sup> *Lex Baiuvariorum* 4, 31.

<sup>196</sup> NEHLSSEN (2001) op. cit. 521.

<sup>197</sup> NÓTÁRI (2011a) op. cit. 190.



## SKLAVEN – PERSONAE ODER RES? BEMERKUNGEN ÜBER DIE STELLUNG DER SKLAVEN IM KLASSISCHEN RÖMISCHEN SACHENRECHT

János ERDÓDY  
Katholische Universität Pázmány Péter

### 1. Einleitende Bemerkungen

In diesem kurzen Beitrag möchte ich einige Aspekte zur Fragestellung beleuchten, ob Sklaven im römischen Recht als Sachen betrachtet wurden. Die Sklaverei ist zweifellos eine der schwierigsten Phänomene der antiken Sozial- und Rechtsgeschichte. Die Stellung der Sklaven war je nach den verschiedenen Epochen der römischen Geschichte auffallend unterschiedlich.<sup>1</sup>

Es ist allgemein bekannt, dass die Sekundärliteratur im Hinblick auf die Stellung der Sklaven betont, dass sie im rechtlichen Sinne als *res* angesehen wurden.

Möchte man diese Frage eingehend untersuchen, ist es angebracht, sich sowohl die Herausforderungen als auch die Schwerpunkte hinsichtlich der Einordnung der Sklaven vor Augen zu halten.

---

<sup>1</sup> Paul JÖRS – Wolfgang KUNDEL – Leopold WENGER – Heinrich HONSELL – Theo MAYER-MALY – Walter SELB: *Römisches Recht*. Wien, Springer Verlag, 2013<sup>4</sup>. 66–67. Cesare SANFILIPPO: *Istituzioni di diritto romano*. Rubbettino Editore, 2002<sup>10</sup>. 137. Allerdings war die Sklaverei im Mittelmeerraum keineswegs einheitlich ausgestaltet, und sie bedeutete auch nicht überall und zu allen Zeiten den völligen Ausschluss von der Rechtswelt der Freien. Zusätzlich muss es betont werden, dass es zwischen Freiheit und Unfreiheit vielfältige Zwischenformen gab, die heutzutage durch die einheitliche Bezeichnung „Sklaverei“ beschreiben werden. In diesem Zusammenhang, genügt es wohl hinzuweisen auf Johannes HEINRICKS: Sklaverei. IV. Rom. In: Hubert CANKI – Helmut SCHNEIDER (hrsg.): *Der neue Pauly. Enzyklopädie der Antike*. Altertum, Band 11. Stuttgart–Weimar, Verlag J. B. Metzler, 2001. 627–630.

## 2. Kurze Geschichte der Sklaverei – ein Überblick

Die altrömische Rechtsordnung des Zwölftafelgesetzes behandelte den Sklaven rechtlich noch als Mitglieder der *familia*. Das heißt, dass der Sklave in der älteren bäuerlichen Zeit im Verband der *familia* war.<sup>2</sup> Seine Lage war kaum schlechter als die von Freien, die durch ihren *pater familias* unter Begründung eines Gewaltverhältnisses (*in mancipio*) zuweilen in fremde Familien verdingt wurden. Der Abhängigkeit vom Herrn entsprach auch eine Versorgung durch den Herrn.

Diese ein bisschen idealisierte Auffassung zeigt sich quellenmäßig am besten bei Seneca, der die Wirkung einer *familia* beschreibt.<sup>3</sup> Er stellt fest, dass die Hausherrn *pater familias* genannt werden, während die Sklaven als Familienmitglieder (*familiares*) betrachtet wurden; am besten zeigt sich diese Haltung zur Zeit Senecas in den Komödien. Ein Festtag wurde eingeführt, damit die Herren mit den Sklaven speisen konnten und damit ihnen erlaubt wurde, Ehrenämter im Haus zu übernehmen und Recht zu sprechen – ganz so ob das Haus ein kleiner Staat wäre.<sup>4</sup>

Wenn wir die Spur der allmählichen Änderungen verfolgen möchten, müssen wir die Tatsache in Betracht ziehen, dass die Eroberungskriege vom 3. bis zum 1. Jh. v. Chr. Massen von Sklaven zu billigem Preis brachten, was eine Umstellung der Wirtschaft bewirkt hat. Die Bauernwirtschaft wurde zur Plantagenwirtschaft (Olivenöl, spezialisierte Gutwirtschaft und Weinproduktion), neben der Landwirtschaft entwickelten sich andere Produktionszweige, wie z.B. Bergbau und Großmanufaktur, ferner Handels- und Transportformen mit Massenbetrieb.<sup>5</sup> Deshalb nahm die Zahl der Sklaven erheblich zu.<sup>6</sup> Einerseits wurde der Sklave meistens beliebig ersetzbar, andererseits wurde die persönliche Beziehung zum Herrn in der Regel zur Beziehung zwischen Sache und Eigentümer – wie es immer in den berühmten Handbüchern des römischen Rechts erwähnt wird.<sup>7</sup> Natürlich,

<sup>2</sup> William Linn WESTERMANN: *The Slave Systems of Greek and Roman Antiquity*. Philadelphia, The American Philosophical Society, 1955. 58.; Herbert HAUSMANINGER – Walter SELB: *Römisches Privatrecht*. Wien–Köln–Weimar, Böhlau Verlag, 2001<sup>9</sup>. 73 und 79.; HEINRICKS (2001) aaO. 627.

<sup>3</sup> Sen. ep. mor. 47, 14: *Dominum patrem familiae appellaverunt, servos, quod etiam in mimis adhuc durat, familiares; instituerunt diem festum, non quo solo cum servis domini vescerentur, sed quo utique; honores illis in domo gerere, ius dicere permiserunt et domum pusillam rem publicam esse iudicaverunt.*

<sup>4</sup> Vgl. WESTERMANN (1955) aaO. 69.

<sup>5</sup> Übereinstimmend WESTERMANN (1955) aaO. 70.; HONSELL (2010) aaO. 79; JÖRS–KUNKEL–WENGER–HONSELL–MAYER–MALY–SELB (2013<sup>4</sup>) aaO. 67.

<sup>6</sup> Vgl. HEINRICKS (2001) aaO. 628.

<sup>7</sup> Bemerkenswert ist auch die Tatsache, wie „infallibel“, also nichtstöranfällig die Autoren der Sekundärliteratur diese Auffassung betonen. Es genügt wohl darauf verweisen, dass viele Autoren unterstreichen, die Sklaven keine Rechtssubjekte seien, sondern nur Rechtsobjekte. Dennoch hatte das Zusammenleben von Sklaven einige Rück- oder Reflexwirkungen, obwohl sie überhaupt kein *connubium* hatten. Vgl. C. VAN DE WIEL: Les différentes formes de cohabitation hors justes noces et les dénominations diverses des enfants qui en sont nés dans le droit romain, canonique, civil et byzantin jusqu'au treizième siècle. *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, XXXIX. (1992) 334. S. auch Pólay mit ausdrücklich falscher Formulierung (*servi res sunt*), welcher Ausdruck kommt

richtig ist die Annahme, dass alle Sklaven praktisch zu einem Teil des Vermögens des freien Römers geworden waren, dennoch bestimmte die ökonomische Nutzung der Sklaven gleichfalls die menschliche oder eben unmenschliche Behandlung der Sklaven. Nichtsdestoweniger lohnt es sich, an dieser Stelle auch darauf aufmerksam zu machen, dass die Terminologie des römischen und heutigen Rechts nur unter Schwierigkeiten verglichen werden kann. Wenn man sich aber mit dem römischen Recht beschäftigt, muss man das adäquate terminologische Spektrum anwenden.

Während der Friedenszeit unter Augustus und seinen ersten Nachfolgern kam es zu einer teilweisen Aufwertung der sozialen Rolle der Sklaven: Sklaven und Freigelassene erlangten zu dieser Zeit nicht selten einflussreiche höhere Stellungen im Geschäftsleben und in der kaiserlichen Verwaltung. Wie oft dargelegt, wurde die Stellung der Sklaven unter christlichem Einfluss im Allgemeinen verbessert: zuerst war es die Einwirkung der Stoa, später der zunehmende Einfluss des christlichen Denkens, deren praktische Ergebnisse die Wiedergeburt und die Wiederauslegung von Begriffen wie unter anderem *aequitas*, *benignitas* und *charitas* waren.<sup>8</sup> Ob und inwieweit dieser Prozess durch besondere rechtlichen Maßnahmen gefördert wurde, gehört zu den umstrittenen Fragen des römischen Rechts.<sup>9</sup> Doch auch das Christentum tastete die Sklaverei als Institution nicht an: die einzelnen Kirchen (Gemeinden) selbst erscheinen gelegentlich als Eigentümer von Sklaven (*servi ecclesiae*). Die Forderung ging zwar dahin, dass Menschen, die Gott als Vater anerkennen, den Bruder nicht zum Sklaven haben können. Doch nur in Einzelfällen dürfte daraus die Konsequenz der Freilassung gezogen worden sein. In der wirtschaftlichen Praxis dieser Epoche spielten freilich bereits andere Abhängigkeiten eine viel größere Rolle: Bindung an den Beruf und die Manufaktur über Zwangsverbände (*comora*), Bindung an die Scholle im bäuerlichen Kolonat und Bindung an einen Grundherrn im *patrocinium*.

### 3. Terminologische Überlegungen

Zuerst kann die Erwähnung hervorheben werden, dass die römische Terminologie bezüglich der Bezeichnung der Sklaven zumindest vielfältig war. Die Ausdrücke, die in den Quellen häufig vorkommen, enthalten unter anderem *homo*, *mancipium*, *servus*, *ancilla*, manchmal *puer* und *puella*.<sup>10</sup> Wie schon darauf hingewiesen wurde, stößt man gelegentlich auf die – m. E. irrtümliche – Auffassung, dass die Römer die

---

in den Quellen des römischen Rechts keinesfalls vor. Vgl. PÓLAY, Elemér: Iniuria- Tatbestände im archaischen Zeitalter des antiken Rom. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, Rom. Abt. CI (1984) 148.

<sup>8</sup> Dazu vgl. Pier Giovanni CARON: L'influenza cristiana sulla legislazione imperiale romana in materia di schiavitù. In: *Studi in onore di Arnaldo Biscardi* IV. Bologna, 1983. 313.

<sup>9</sup> Vgl. z. B. HAUSMANINGER–SELB (2001<sup>9</sup>) aaO. 80. Dagegen vgl. z. B. Elisabeth HERMANN-OTTO: *Grundfragen der antiken Sklaverei. Eine Institution zwischen Theorie und Praxis*. Hildesheim, Olms Verlag, 2015. 55, und besonders Fußnote 41, mit weiteren Literaturhinweisen.

<sup>10</sup> Dazu vgl. eingehend Sebastiano TAFARO: Schiavitù. In: Holger ALTMEPPEN – Ingo REICHARD – Martin SCHERMAIER (Hrsg.): *Festschrift für Rolf Knütel zum 70. Geburtstag*. C. F. Müller, 2009. 1228–1230, mit mehrfachen Quellenhinweisen.

Sklaven als *res* betrachteten. Diese Vermutungen werden im Folgenden ausführlich analysiert, die entgegengesetzten Meinungen werden miteinander konfrontiert. Zunächst muss allerdings darauf aufmerksam gemacht werden, dass die Grundlage für diese Annahme vorwiegend in der Tatsache liegt, dass Ulpian die Sklaven in Rahmen der *res Mancipi* eingeordnet hat.<sup>11</sup>

Es ist bekannt, dass Gaius seine Institutionen mit der Erklärung beginnt, dass alle Rechte, die man verwendet, entweder *personae*, oder *res*, oder *actiones* betreffen. Es ist hervorzuheben, dass der Terminus *persona* von dem griechischen Ausdruck πρόσωπον kommt, was wörtlich Maske bedeutete, und vor allem die Bestattungsmaske bezeichnete. Ein ähnlicher Bedeutungskreis lässt sich gleichmäßig beobachten auch im Rom. Folglich muss das Wort *persona* als rechtlicher *terminus technicus* das vom Recht berücksichtigte Segment eines Menschen wiedergeben. Daher ist es besonders erstaunlich, dass derselbe Gaius im zweiten Buch seiner Institutionen *homo* unter *res coporales* aufgezählt hat.<sup>12</sup> Diese Einordnung ist umso bemerkenswerter, als *homo* selbst sowohl in der rechtlichen Bildungssprache, als auch in der Literatursprache, als ein mehrstufiger Begriff diente. Dieser Bezug unterstützt freilich das menschliche Merkmal der Sklaven.<sup>13</sup>

#### 4. Die philosophische und rechtliche Auffassung der Sklaverei im Allgemeinen

Möglicherweise brachte die Kaiserzeit eine bestimmte rechtliche Begrenzung der Herrenmacht, und daher auch einen beschränkten Schutz der Sklaven gegen ungerechtfertigte Übergriffe. All diese Änderungen fanden besonders unter dem Einfluss der stoischen Philosophie statt, derjenige Philosophie, auf der auch das christliche Gedankengut beruhte. Der neue Grundgedanke ist, wie sich in den Institutionen von Gaius lesen lässt, dass alle Menschen entweder in die Gruppe von Freien oder Sklaven eingeteilt wurden.<sup>14</sup> Es ist auch hilfreich, einen weiteren Text heranzuziehen: nämlich einen Ausschnitt aus den Institutionen von Florentinus, der den Unterschied zwischen Freiheit und Sklaverei analysiert.

Flor. D. 1, 5, 4 pr – 2 (9 inst.)

*(pr.) Libertas est naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut iure prohibetur. (1) Servitus est constitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subicitur. (2) Servi ex eo appellati sunt, quod imperatores captivos vendere ac per hoc servare nec occidere solent.*

<sup>11</sup> Vgl. Ulp. 19, 1: *Mancipi res sunt praedia in Italico solo, tam rustica, qualis est fundus, quam urbana, qualis domus ; item iura praediorum rusticorum, velut via, iter, actus, aquaeductus ; item servi et quadrupedes, quae dorso colloque domantur, velut boves, muli, equi, asini ; ceterae res nec Mancipi sunt.*

<sup>12</sup> Vgl. Gai. 2, 12-13. Dazu noch TAFARO (2009) aaO. 1249.

<sup>13</sup> In diesem Sinne vgl. Generoso MELILLO: *Personae e status in Roma antica*. Jovene, Napoli, 2006. 3–4.

<sup>14</sup> Gai. 1, 9: *Et quidem summa divisio de iure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi.* HONSELL (2010) aaO. 73.; SANFILIPPO (2002<sup>10</sup>) aaO. 137.

Der Jurist hebt hervor, dass Freiheit die natürliche Fähigkeit ist, das zu tun, was einem jeden zu tun beliebt, sofern man daran nicht durch Gewalt oder durch das Recht verhindert wird. Im Vergleich dazu, ist die Sklaverei eine Einrichtung des *ius gentium*, durch die jemand gegen die Natur oder gegen den Naturzustand einer fremden Herrschaft, das heißt dem Eigentum eines anderen unterworfen wird. Sklaven als *servi* auf Latein sind danach benannt worden, dass die Gefangenen verkauft, und dadurch am Leben erhalten wurden, um den Herren zu bedienen (*servare*).

## 5. Die sachenrechtliche Stellung der Sklaven

Max Kaser hat in seinem Buch „Das römische Privatrecht“ den Abschnitt bezüglich der *res* im römischen Recht mit der Erwähnung begonnen, der Ausdruck *res* könne in der Rechtsprache – natürlich neben anderen Bedeutungen – als eine abgegrenzte, in der äußeren Welt selbständige körperliche Sache aufgefasst werden, in deren Kategorie auch Sklaven einbezogen werden können. Diese Meinung ist umso interessanter, da man in der Sekundärliteratur häufig auf jene Feststellung stößt, wonach Sklaven als Sache betrachtet werden würden.<sup>15</sup>

Die Hauptquelle, die in diesem Zusammenhang zu untersuchen ist, ist jene Stelle des Ulpian, die die Aufzählung der *res Mancipi* enthält (teilweise unterstützt von Gai. 2, 14a – 17).

Ulp. 19, 1

*Omnes res aut Mancipi sunt aut nec Mancipi. Mancipi res sunt praedia in Italico solo, tam rustica, qualis est fundus, quam urbana, qualis domus ; item iura praediorum rusticorum, velut via, iter, actus, aquaeductus ; item servi et quadrupedes, quae dorso collove domantur, velut boves, muli, equi, asini ; ceterae res nec Mancipi sunt. Elefanti et cameli, quamvis collo dorsove domentur, nec Mancipi sunt, quoniam bestiarum numero sunt.*

Dieser *locus* beschäftigt sich mit der Aufzählung der *res Mancipi*, derjenigen Vermögensbestandteile, die sowohl der Grundstein als auch die Grundlage der Erklärung *meum est ex iure Quiritium* waren. Diese einzelnen Vermögensbestandteile waren die italienische Grundstücke mit Einschluss der altertümlichen Feldservituten<sup>16</sup>, dem Großvieh und den Sklaven.<sup>17</sup> Wie in der Sekundärliteratur oft hervorgehoben wird, muss gleichfalls betont werden, dass die Wichtigkeit dieser Einteilung der Vermögensbestandteile darin lag, dass mittels dieser Unterscheidung die *res Mancipi* durch *mancipatio* und *in iure cessio*, das heißt durch förmliche und

<sup>15</sup> Max KASER: *Das römische Privatrecht* I. Handbuch der Altertumswissenschaft X. 3. 3. 1–2. München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1971<sup>2</sup>. 285, 373.

<sup>16</sup> Vgl. Max KASER: Studien zum römischen Pfandrecht. *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, XLIV (1976) 257 und besonders Fußnote 153.

<sup>17</sup> Im Zusammenhang mit den Sklaven vgl. VAN DEN WIEL (1992) aaO. 334. Fn. 24.

öffentliche Rechtsakte veräußert werden konnten, und infolge dessen der Berechtigte immer staatlichen Schutz beanspruchen durfte.<sup>18</sup> Wenn man demnach sagt, dass die Sklaven im römischen Recht als *res* oder eher *res Mancipi* betrachtet wurden, erklärt man dadurch nicht unbedingt, dass Sklaven als Sachen angesehen wurden, denn die Ausdrücke *res* und Sache sind weit entfernt davon als gleichbedeutende Ausdrücke zu gelten. Die Auffassung von *res* umfasste – wie schon gezeigt wurde – einen im Vergleich mit dem heutigen juristischen Begriff der Sache erweiterten Bedeutungskreis.

Ein ähnlicher, aber auf den ersten Blick ganz widersprüchlicher Quellentext von Varro erwähnt aber *instrumenta vocalia*, *semivocalia* und *muta*.<sup>19</sup> Es lohnt sich jedoch zu betonen, dass in dem zweiten Satz des Exzerptes betont wird, dass *homines* sowohl *servi*, als auch *liberi* sein können.

Varro de r. r. 1, 17, 1 – 2

„*De fundi quattuor partibus, quae cum solo haerent, et alteris quattuor, quae extra fundum sunt et ad culturam pertinent, dixi. Nunc dicam, agri quibus rebus colantur. Quas res alii dividunt in duas partes, in homines et adminicula hominum, sine quibus rebus colere non possunt; alii in tres partes, instrumenti genus vocale et semivocale et mutum, vocale, in quo sunt servi, semivocale, in quo sunt boves, mutum, in quo sunt plaustra. Omnes agri coluntur hominibus servis aut liberis aut utrisque [...]*“

In diesem Text spricht Varro über vier Teile, die den Boden des Gutes selbst betreffen. Daneben gibt es noch andere vier, die zwar außerhalb des Bodens sind, aber doch auf seine Bewirtschaftung Einfluss haben. Danach beschreibt er die Dinge, durch welche der Ackerbau betrieben wird. Zum einen findet sich eine Zweiteilung zwischen Menschen und Hilfsmittel der Menschen, deren er zur Bewirtschaftung bedarf. Zum anderen findet sich eine Dreiteilung, nämlich in laute, halblaute und stumme Instrumente. Zu den lauten gehören die Sklaven, zu den halblauten die Rinder oder Ochsen und zu den stummen die Wagen. Überhaupt wird aber ein Feld entweder durch *homines servi* oder *liberi* bearbeitet. Manchmal kommt es auch vor, dass die Feldbearbeitung durch beide durchgeführt wird. Terminologisch muss vor allem betont werden, dass der Ausdruck *homines liberi* sicherlich nicht anders als im Sinne von freien Menschen verstanden werden soll. Wenn man aber den Terminus *homines servi* untersucht, kann man diese Bezeichnung entweder als leibeigene Menschen oder als Sklaven verstehen. Außerhalb dieser terminologischen Überlegung, ist es wichtig darauf zu verweisen, dass das Hauptwort in beiden Fällen *homines* war. Die Feststellung dieser Tatsache ist umso wichtiger, da Gaius selbst die Typologie der Menschen (*homines*) mit der Abgrenzung von *servi* und *liberi* beginnt. Gleichzeitig muss allerdings erwähnt werden, dass Sklaven in allen Epochen als Menschen betrachtet wurden. Somit war ihre menschliche Entität im Wesentlichen

<sup>18</sup> Vgl. z.B. KASER (1971<sup>2</sup>) aaO. 123, 382.

<sup>19</sup> JÖRS-KUNKEL-WENGER-HONSELL-MAYER-MALY-SELB (2013<sup>4</sup>) aaO. 67<sup>7</sup>.



anerkannt. Jedoch muss auch in Betracht gezogen werden, dass es sich in diesem Text von Varro um *instrumenta* handelt. Dieses Wort bezeichnet praktisch alle Werkzeuge, Gerätschaften und Hilfsmittel, die im engeren und weiteren Haushalt benutzbar waren. Sklaven dienten daher als eine solche Handreichung, mithilfe deren die täglichen wirtschaftlichen Tätigkeiten erledigt werden konnten. Diese Bedeutung von *instrumentum* zeigt sich deutlich in einem Text Ulpian's, der die Darstellung der Wendung *instrumentum fundi* enthält.

Ulp. D. 33, 7, 8, 1 pr. (20 ad Sab.)

*In instrumento fundi ea esse, quae fructus quaerendi cogendi conservandi gratia parata sunt, Sabinus libris ad Vitellium evidenter enumerat. Quaerendi, veluti homines qui agrum colunt, et qui eos exercent praepositive sunt is, quorum in numero sunt vilici et monitores: praeterea boves domiti, et pecora stercorandi causa parata, vasaque utilia culturae, quae sunt aratra ligones sarculi falces putatoriae bidentes et si qua similia dici possunt. Cogendi, quemadmodum torcularia corbes falcesque messoriae falces fenariae quali vindemiatorii exceptoriique, in quibus uvae comportantur. Conservandi, quasi dolia, licet defossa non sint, et cippae.*

In diesem Kommentartext zu Sabinus, hebt Ulpian hervor, dass zum Zubehör gehört, was angeschafft worden ist, um die Früchte zu gewinnen, zu ernten oder zu lagern. Um Früchte zu gewinnen: beispielweise Sklaven, die den Acker bestellen, und diejenigen, die sie antreiben, oder ihnen vorgesetzt sind; dazu zählen Gutsverwalter und Aufseher, außerdem Arbeitsochsen, das zum Düngen angeschaffte Vieh, ferner für Landwirtschaft nützliche Gerätschaften, als da sind Pflüge, Hacken zum Roden und Hacken zum Jäten, Sicheln zum Baumausschneiden, zweizinkige Hacken und was sich sonst ähnliches anführen lässt. Um zu ernten: etwa Keltern, Tragkörbe, sowie Sicheln und Sensen, Winzerkörbe und Bütten, in denen die Weintrauben eingebracht werden. Um zu lagern: beispielweise Fässer, auch wenn sie nicht in den Boden eingegraben sind, und Tonnen.<sup>20</sup>

Außerdem, gebrauchte Varro – aller Wahrscheinlichkeit nach – den Ausdruck *instrumentum* in diesem Text nicht im rechtlichen, sondern eher im landwirtschaftlichen Sinne. Im Hinblick auf das Verständnis des juristischen Bedeutungsfeldes von *instrumentum* verstehen, muss man die Auslegung in den juristischen Quellen in Betracht ziehen.

Zusätzlich dazu kann ein Text von Gaius über den *partus ancillae* herangezogen werden, der deutlich belegt, dass Sklaven als Menschen betrachtet wurden.

<sup>20</sup> Pietro BONFANTE: *Corso di diritto romano. La proprietà. II, I*. Milano, Giuffrè, 1968. 167.; KASER (1971<sup>2</sup>) aaO. 123, 383–384.

Gai. D. 22, 1, 28, 1 (2 rer. cott.)

Partus vero ancillae in fructu non est itaque ad dominum proprietatis pertinet: absurdum enim videbatur hominem in fructu esse, cum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparaverit.

In dem diesen Text vorhergehenden Paragraphen ging es um die Frage, was zu den Früchten von Tieren gehören soll. Gaius antwortet, dass Milch, Haar, Wolle, und auch Tierjungen zu den Früchten gezählt werden müssen, wenn es um die Früchte eines Tieres geht. Im Vergleich dazu stellt er fest, dass das Kind der Sklavin dagegen nicht zu den Früchten zählt. Folglich gehört es dem Inhaber des Eigentums. Denn es wurde für widersinnig gehalten, dass ein Mensch zu den Früchten zähle, da doch die *rerum natura* alle Früchte gerade um der Menschen willen geschaffen hat. Erstens lohnt es sich darauf zu verweisen, dass Gaius in diesem Text das *supinum* vom Verb *parere* gebraucht, das heißt *partus*. Ferner ist die Tatsache bemerkenswert, dass die gäianische Auffassung über den *partus ancillae* und den *fructus* im Allgemeinen der anthropozentrischen stoischen Auffassung entspricht, nach welcher der Bezugspunkt aller Entitäten im Universum ist das Mensch.<sup>21</sup>

Wie schon erwähnt, änderte sich die Stellung von Sklaven während des Prinzipats aufgrund der besonderen wirtschaftlichen Umstellungen und Neuerungen. Diese veränderte Lage der Sklaven zeigt sich am besten in einem Text von Seneca, der in seinem Werk über den Zorn einen Fall mitteilt, in dem der Herr missbräuchlich gegen einen Sklaven vorgeht.

Sen. de ira 3, 40, 2 – 3

(2) Fregerat unus ex servis eius crustallinum; rapi eum Vedius iussit ne vulgari quidem more periturum: murenis obici iubebatur, quas ingentis in piscina continebat. Quis non hoc illum putaret luxuriae causa facere? saevitia erat. (3) Evasit e manibus puer et confugit ad Caesaris pedes, nihil aliud petiturus quam ut aliter periret, ne esca fieret. Motus est novitate crudelitatis Caesar et illum quidem mitti, crustallina autem omnia coram se frangi iussit conplerique piscinam.

Seneca berichtet, dass ein gewisser Vedius Pollio, dessen Sklave ein Kristallgefäß zerbrochen hat, den Befehl gab, ihn zu Tode zu bringen, und er sollte nicht eines gewöhnlichen Todes sterben; man sollte ihn den Muränen vorwerfen, von denen er sehr große in einem Fischeiche hielt. Man sollte nicht glauben, dass er dies aus Genussucht getan hat, sondern es war aus Grausamkeit. Der Bursche machte sich los, und floh zu des Kaisers Füßen, um nur das zu erbitten, dass er eines andern

<sup>21</sup> Vgl. Paul SOKOŁOWSKI: *Die Philosophie im Privatrecht. Bd. I. Sachbegriff und Körper in der klassischen Jurisprudenz und der modernen Gesetzgebung.* Halle, 1902. 446–447.; Max KASER: *Partus ancillae. Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Rom. Abt. LXXXV (1958) 158–159.*; Theo MAYER-MALY: *Romanistisches über die Stellung der Natur der Sache zwischen Sein und Sollen.* In: *Studi in onore di Edoardo Volterra II.* Milano, Giuffrè Editore, 1971. 118.

Todes sterben und nicht zur Speise der Fische werden sollte. Das Ungewohnte dieses grausamen Befehls erregte den Unwillen des Kaisers, und er gab den Befehl, den Sklaven los zu lassen, alle Kristallgefäße aber in seiner Gegenwart zu zerbrechen und in den Fischteich zu werfen. Dieser Text zeigt deutlich, dass auch die *humanitas* während der römischen Zeit ein allgemeines Grundprinzip war, obwohl sein eigentlicher Inhalt auf das christliche Denken zurückzuführen ist.

## 6. Schlussfolgerungen

Was die Sklaverei und die Stellung der Sklaven zur römischen Zeit betrifft, kann zum Schluss festgestellt werden, dass die Auffassung, dass Sklaven im römischen Recht als *res* betrachtet wurden, nicht haltbar ist. Einerseits ist klar, dass Sklaven als *res Mancipi* angesehen wurden; andererseits handelt es sich bei dem Terminus *res* und bei dem Ausdruck „Sache“ nicht um problemlos vergleichbare Begriffe. Aufgrund der behandelten Belegstellen kann man keineswegs zu dem Ergebnis kommen, dass Sklaven ganz allgemein als Sachen (*res*) angesehen wurden.



## SPORTLER ODER SKLAVEN?

Magdolna GEDEON  
Universität Miskolc

Diese Frage kann in der Antike hinsichtlich der Gladiatoren formuliert werden. Neben den klassischen Leibesübungen (Boxen, Ringen, Rennen, Reiten und Wagenrennen), die eindeutig zum Bereich des Sports gehörten, gibt es verschiedene Meinungen darüber, ob Gladiatoren als Sportler betrachtet werden können. Auch heute ist nicht klar, inwieweit die Menschenrechte, vor allem das Recht auf Freiheit auf Sportler angewendet werden kann. Den antiken Gladiatoren entsprechen heute am besten die Fußballspieler.

Zuerst ist es notwendig, eine Begriffsklärung vorzunehmen. Was versteht man unter dem Begriff Sport und was unter dem des Sportlers. In weiterer Folge stellt sich dann die Frage, ob ein Gladiator im antiken Rom als Sportler betrachtet werden kann?

Was ist Sport? Schon diese Frage ist nicht einfach zu beantworten. Allen Guttman zählt 7 Merkmale des modernen Sports auf: Weltlichkeit, Chancengleichheit, Rollenspezialisierung, Rationalisierung, Bürokratisierung, Quantifizierung, Rekordstreben.<sup>1</sup>

Hinsichtlich der Weltlichkeit betont Guttman, dass die Spiele, Kämpfe, und Feste in früheren älteren Kulturen und Epochen mit religiösen, kultischen Festen und Zeremonien verbunden waren, was aber nicht auf den modernen Sport zutrifft. Chancengleichheit bedeutet, dass eine Voraussetzung des modernen Sports darin bestehe, gleiche formale Bedingungen, also gleiche Chancen für alle Teilnehmer eines Wettkampfs zu schaffen.

In Bezug auf Spezialisierung, Rationalisierung, Bürokratisierung, Quantifizierung sagt Guttman, dass diese Merkmale für den modernen Sport bezeichnend sind. Damit ist gemeint, dass seine Entwicklung mit einem Prozess verbunden ist, der im Streben nach immer besseren, messbaren Leistungen, Höchstleistungen und Rekorden liegt. Das Rekordstreben ist das Bemühen um eine Maximierung sportlicher Leistungen.

---

<sup>1</sup> Allen GUTTMANN: *From Ritual to Record. The Nature of Modern Sports*. New York, 1978. 15–55. Die Zusammenfassung der Auffassung von Guttman siehe in: Arne GÜLLICH – Michael KRÜGER (Hrsg.): *Sport. Das Lehrbuch für das Sportstudium*. Berlin–Heidelberg, Springer, 2013. 380–381.

Boris Dubin unterscheidet fünf Merkmale: der Sport wurde allgemein zugänglich, institutionalisiert und professionalisiert, zu einem Mechanismus der sozialen Mobilität, aufgrund seiner wachsenden geographischen Repräsentationsfunktion in das System der internationalen Beziehungen integriert, universalisiert, technisiert und rationalisiert. Wir können festhalten, dass diese Merkmale teilweise mit den Merkmalen von Guttmann übereinstimmen.<sup>2</sup>

Es stellt sich die Frage, ob die von Guttmann aufgezählten Merkmale auf die Gladiatorenspiele angewandt werden könne. Die Merkmale sind in einer Tabelle zusammengestellt und es gilt zu untersuchen, ob sie in bestimmten Epochen angewandt werden können. Diese Tabelle zeigt in Bezug auf den römischen Sport: Weltlichkeit ja/nein, /Chancen-) Gleichheit ja/nein, Spezialisierung ja, Rationalisierung ja, Bürokratisierung ja, Quantifizierung ja/nein, Rekordstreben nein.<sup>3</sup> Wenn wir diese Feststellung auf die römischen Gladiatorenspiele anwenden, können wir folgendes Ergebnis festhalten:

Weltlichkeit: obwohl die Gladiatorenspiele zuerst zum Totenkult gehörten, die Gladiatoren an den Bestattungsfeiern kämpften,<sup>4</sup> wurden diese Schaustellungen schon bald zur Unterhaltung des Volkes veranstaltet (ja)<sup>5</sup>. Wie die Tabelle zeigt, waren die übrigen Sportveranstaltungen mit Festen zur Ehre der Gottheiten, verbunden (nein).

Chancengleichheit: hier muss ein Unterschied zwischen den verschiedenen Typen der Gladiatorenspiele gemacht werden. Die wahren Gladiatorenspiele, also die Spiele, bei denen wahre Gladiatoren kämpften und nicht *ad gladium* oder *ad ludi* verurteilte Verbrecher,<sup>6</sup> boten eine Chancengleichheit für die Kämpfer.

<sup>2</sup> Boris DUBIN: Sport v sovremennykh obščestvach: primer Rossii. In: *Vestnik obščestvennogo mnenija: Dannye. Analiz. Diskussii*. Nr. 2. (70) 2004. Die Zusammenfassung der Behauptung von DUBIN siehe in: Anton MARKSCHTEDER: Die Militarisierung des Sports in der Sowjetunion der Zwischenkriegszeit. In: Agnieszka BROCKMANN – Christa EBERT (Hrsg.): *Fokus Osteuropa*. Band 7. Frankfurt (Oder), Europa-Universität Viadrina, 2012. 3.

<sup>3</sup> Die Tabelle siehe in: GÜLLICH–KRÜGER (Hrsg.) aaO. 380.

<sup>4</sup> In Rom wurde zum ersten Mal im Jahre 264 v. Chr. ein Gladiatorenkampf aus Anlass der Bestattung von Brutus Perus veranstaltet (Liv. per. 16; Serv. Aen. 3,67, Val. Max. 2,4,7). Siehe noch Henning DOHRMANN: *Annerkennung und Bekämpfung der Menschenopfer im römischen Strafrecht der Kaiserzeit*. Frankfurt, Peter Lang, 1995. 196–201.

<sup>5</sup> Heinrich PLETICHA – Otto SCHÖNBERGER: *Die Römer – Ein enzyklopädisches Sachbuch zur frühen Geschichte Europas*. Köln, Bastei Lübbe, 1977. 184.

<sup>6</sup> Diese Art der Gladiatorenspiele diente eigentlich der Hinrichtung der zu den Gladiatorenspielen verurteilten Verbrecher. Zu den strafrechtlichen Bezugspunkten der Gladiatorenspiele siehe: GEDEON, Magdolna: A gladiátorviadalok büntetőjogi szabályai az antik Rómában [Die strafrechtlichen Regeln der Gladiatorenspiele im antiken Rom]. In: JAKAB, Éva (Hrsg.): *Tanulmányok dr. Molnár Imre egyetemi tanár 70. születésnapjára*. (Acta Universitatis Szegediensis 65.) 2004. 171–182.

Spezialisierung: die Ausrüstung, die Technik und die Regeln waren speziell für Gladiatorenspiele geeignet.<sup>7</sup> Rationalisierung: die Regeln und die Trainingsmethoden der Gladiatorenspiele wurden bewusst geplant und organisiert.<sup>8</sup>

Bürokratisierung: die Veranstaltung der Gladiatorenspiele wurde im Rahmen einer bürokratischen Organisation durchgeführt. In diesem Zusammenhang gilt es die Gladiatorschulen<sup>9</sup> und auch an die kaiserlichen Offiziere zu erwähnen, die an der Veranstaltung der Spiele teilnahmen.<sup>10</sup>

Quantifizierung: Dieses Merkmal betrifft alle Gebiete des Sports, auch die Gladiatorenspiele. Bei diesen wurde Finanzierung, Gewinn und die zu verteilenden Preise quantifiziert, wobei den quantifizierten Aspekten immer mehr Bedeutung beigemessen wurde.<sup>11</sup>

Rekordstreben: Guttmann verneint dieses Merkmal für Rom. Meiner Ansicht nach ist die These von Guttmann jedoch unzutreffend. Vor allem die Grabinschriften der Wagenlenker zeigen, dass sie immer mehr Gewinn erhalten wollten,<sup>12</sup> und Inschriften z.B. in Pompei belegen, dass die Gladiatoren danach strebten, berühmte

<sup>7</sup> Siehe z. B. Marcus JUNKELMANN: *Das Spiel mit dem Tod, So kämpften Roms Gladiatoren*. Mainz, Philipp von Zabern, 2000.

<sup>8</sup> Wir könnten hier erwähnen, dass es verschiedenen Arten von Gladiatoren gab, die in der Gladiatorschulen nach besonderen Methoden ausgebildet wurden. Vgl. Karl SCHNEIDER: *Gladiatores*. In: Georg WISSOWA – Wilhelm KROLL – Karl MITTELHAUS – Konrat ZIEGLER (Hrsg.): *Paulys Realenciklopädie der klassischen Altertumswissenschaft*. Suppl. III. Stuttgart, Metzler, 1918. 777–778.

<sup>9</sup> HIRSCHFELD zählt nach den Inschriften folgende Beamten in den Gladiatorschulen auf: Im *Ludus magnus*: *procurator ludi magni, procurator monatae et eodem tempore ludi magni, ein subprocurator* aus dem Ritterstand in der Zeit von Septimius Severus, *praepositus armamentario ludi magni, dispensator ludi magni, familia gladiatoria Caesaris ludi magni, cursor ludi magni*. Im *Ludus matutinus*: *procurator ludi matutini, commentariensis ludi matutini*. Otto HIRSCHFELD: *Die kaiserlichen Verwaltungsbeamten bis auf Diocletian*. Berlin, Weidmann, 1905. 289.

<sup>10</sup> Die staatlichen Gladiatorenspiele wurden in der Kaiserzeit von verschiedenen Staatsbeamten veranstaltet: *praetor, quaestor, curator munerum ac venationum*. Vgl. GEDEON, Magdolna: *Az antik Róma sportjoga* [Sportrecht im antiken Rom]. Miskolc, Novotni, 2005. 27–29. Über den Magistraten: PÓKECZ-KOVÁCS, Attila: *A királyság és a köztársaság közjogi intézményei Rómában*. [Die öffentlich rechtlichen Instituten des Königtums und der Republik in Rom] Budapest–Pécs, Dialóg Campus, 2014. 81–87, und DERSELBE: *A principatus közjoga* [Öffentliches Recht des Prinzipats]. Budapest–Pécs, Dialóg Campus, 2016. 102.

<sup>11</sup> Die Kosten der Gladiatorenspiele wurden sogar mit einem Senatsbeschluss beschränkt: *SC de sumptibus ludorum gladiatoriorum minuendis*. Den Text des Senatsbeschluss siehe in: Theodor MOMMSEN: *Senatus consultum de sumptibus ludorum gladiatoriorum minuendis factum a. p. c. 176/7*. In: *Gesammelte Schriften VIII*. Berlin, Weidmannsche Buchhandlung, 1913. 500–505. Bei Martial können wir lesen, dass eine Frau sich vom ihren Mann schneiden ließ, nachdem er zum *praetor* gewählt wurde und die Frau fürchtete, dass sie wegen der Spielveranstaltungen verarmen würden (Mart. 10,41).

<sup>12</sup> Diese Inschriften können im Werk von HORSMANN gelesen werden, der eine Prosopographie der Grabinschriften der Wagenlenker zusammengestellt hat: Gerhard HORSMANN: *Die Wagenlenker der römischen Kaiserzeit*. Wiesbaden, Franz Steiner, 1998. 172–386.

Stars zu werden. Populäre Gladiatoren konnten gut verdienen, Tiberius gab z. B. für einen Kampf eines berühmten Gladiators hunderttausend Sesterzen aus.<sup>13</sup>

Der Begriff des Sports kann also nicht genau definiert werden. Die verschiedenen diesbezüglichen Versuche belegen jedoch, dass die Sporttätigkeit immer mit den jeweiligen Kulturen eng verbunden ist. Daraus folgt, dass in den verschiedenen Epochen verschiedene Tätigkeiten unter den Begriff des Sports subsumiert werden können.

Obwohl die Merkmale Gutmanns, wie wir gesehen haben, auch auf Gladiatorenspiele angewandt werden können, ist es im Einzelfall oft strittig, ob ein Gladiatorenspiel als eine Sportveranstaltung betrachtet werden kann:

Kyle bejaht diese Frage, er hielt die Gladiatorenkämpfe für *blood sport*. Er betrachtet die Veranstaltungen aus dem Blickwinkel der Zuschauer, wonach diese Spiele der Unterhaltung des Publikums dienen, also können sie als Schausport betrachtet werden.<sup>14</sup> Junkellmann sagt, dass obwohl die Gladiatorenspiele merkwürdige Eigenschaften haben, sie trotzdem als Sport behandelt werden können.<sup>15</sup>

Die Gegenmeinungen vertreten Thuillier, Veyne und Poliakoff. Thuillier meint, dass die Gladiatoren, die um Leben und Tod kämpften, nicht unter die Wagenlenker und Athleten eingeordnet werden können, weiters fehlt eine Hauptvoraussetzung: die Freiwilligkeit.<sup>16</sup>

Veyne unterstreicht, dass im Mittelpunkt der Gladiatorenspiele der Genuss stand, Menschen sterben zu sehen.<sup>17</sup> Nach Poliakoff können die Gladiatorenkämpfe nicht zu den Sportveranstaltungen gezählt werden, weil diese unter Zwang betrieben wurden, er rechnete sie zu den Kriegsübungen.<sup>18</sup>

Meiner Meinung nach muss man, wie bereits erwähnt, einen Unterschied zwischen den verschiedenen Arten der Gladiatorenkämpfe machen. Eine Art der Gladiatorenspiele dienten nämlich der Vollstreckung der Todesstrafe an Verbrechern, die *ad gladium* oder *ad bestias* verurteilt worden waren.<sup>19</sup> Die bezüglichen Quellen zeigen, dass diese Verurteilten gar nicht kämpfen wollten, sie ließen sich einfach töten, oft wurden sie sogar unter physischem Zwang zum Kampf getrieben.<sup>20</sup> Das war natürlich keine Sportveranstaltung, diese Verurteilten waren keineswegs Sportler, somit wurden auf sie auch nicht die Regeln des Sports, sondern jene des Strafrechts angewandt. Die wahren und beliebtesten Gladiatorenkämpfe, auf die die oben erwähnten Merkmale Anwendung finden, können als Sportveranstaltungen

<sup>13</sup> Suet. Tib. 7,1.

<sup>14</sup> Donald G. KYLE: *Spectacles of death in ancient Rom*. London-New York: Routledge, 1998, 2.

<sup>15</sup> JUNKELMANN aaO. 5.

<sup>16</sup> Jean-Paul THUILLIER: *Sport im antiken Rom*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1999, 8.

<sup>17</sup> Paul VEYNE: *Brot und Spiele; Gesellschaftliche Macht und politische Herrschaft in der Antike*. Frankfurt, Campus, 1988. 10.

<sup>18</sup> Michael B. POLIAKOFF: *Kampfsport in der Antike, Das Spiel um Leben und Tod*. München, Artemis, 1989. 15.

<sup>19</sup> Coll. 11,7,4.

<sup>20</sup> Vgl. Sen. ep. 7, 2–6.



betrachtet werden, sie wurden von den *auctorati* und für den Kampf gut ausgebildeten Sklaven vorgeführt. Die Quellen zeigen, dass die Hälfte der Gladiatoren in der Kaiserzeit aus dem Kreis der *auctorati* kam. Ich werde noch zu den *Auctoraten* zurückkehren, möchte jedoch vorher kurz auf den Begriff der Freiheit eingehen. Ist der Mensch von Natur aus frei?

Florentinus schreibt Folgendes:

D. 1,5,4, pr.: *Libertas est naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut iure prohibetur. 1. Servitus est constitutionis iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subicitur.*

Freiheit ist die natürliche Fähigkeit das zu tun, was jedem zu tun erlaubt ist, sobald nicht etwas durch Gewalt oder das Recht verhindert wird. 1. Sklaverei ist diejenige völkerrechtliche Einrichtung vermöge deren ein Mensch wider die Natur der Herrschaft eines Andern unterworfen ist.

„Florentinus definiert die *libertas* als die natürliche Möglichkeit eines jeden zu tun, was ihm beliebt, mit zwei Einschränkungen, einer tatsächlichen und einer rechtlichen. Jemand kann faktisch durch Gewalt „vi“ an der Ausübung seiner Freiheit gehindert werden. Eine Beschränkung kann sich auch durch das Recht *iure* ergeben.“<sup>21</sup> Wenn wir z.B. die Prinzipien der Gesellschaftsverträge betrachten, zeigt sich, dass Verträge aufgrund der Beschränkung der Freiheit, die die Menschen im Naturzustand hatten, geschlossen werden sollten. Die unbeschränkte Freiheit hat immer zu Problemen geführt.<sup>22</sup>

Im ersten Paragraph stellt Florentinus der *libertas* die Sklaverei gegenüber. Er bezeichnet sie als ein Institut des *iuris gentium*, das den Sklaven fremder Eigentumsherrschaft unterwirft. Wenn wir nun die Frage der *Libertas* aus der entgegengesetzten Perspektive betrachten, so können wir festhalten, dass der Mensch obwohl er von Natur aus frei ist, der Unterstützung dieser Freiheit durch das Recht bedarf. Im antiken Rom wurde rechtlich geregelt, ob der Mensch bei der Geburt frei oder unfrei ist.<sup>23</sup>

Was ist Unfreiheit, was ist Sklaverei, wie kann die Freiheit verloren gehen, wie kann man sie erhalten? Wenn wir diesen Fragen im Hinblick auf das antike Rom nachgehen, können wir feststellen, dass Unfreiheit und Sklavenstatus durch

<sup>21</sup> Übersetzung und Erklärung der Stelle von Florentin siehe: Ulrich von Lübtow: *Die Freiheit*. Berlin, Scheuble, 1981. 30.

<sup>22</sup> Siehe z. B. Thomas Hobbes: *Leviathan or the Matter, Forme and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil*; John Locke: *Two Tracts on Government*.

<sup>23</sup> Der *status* eines Neugeborenen wird durch die Regeln des *ius gentium* bestimmt. Grundsätzlich erhielt das Kind bei ehelicher Zeugung den *status* des Vaters im Moment der *conceptio* (Prinzip der Vaterfolge), bei unehelicher Zeugung den *status* der Mutter, im Zeitpunkt der Entbindung (Prinzip der Mutterfolge). Vgl. Peter Apathy – Georg Klungenberg – Herwig Stieglers: *Einführung in das römische Recht*. Wien–Köln–Weimar, Böhlau, 1994. 18.

Rechtsregeln entstanden waren<sup>24</sup> und durch entsprechende Regeln beendet wurden.<sup>25</sup> Also war die Freiheit und Unfreiheit in der Antike einerseits, wie Florentinus formuliert, eine Rechtsfrage, die Sklaverei war ein Institut des *ius gentium*.

Wenn jemand durch Gewalt die *libertas* verliert, kann er die Hilfe des Rechts beanspruchen. Und das Recht wird auch darüber entscheiden, ob die Beschränkung der Freiheit rechtens oder unrecht ist.<sup>26</sup>

Was bedeutet Freiheit heute? Freiheit ist ein Menschenrecht. Was ist ein Menschenrecht? Nach einer Definition: „*Als Menschenrechte werden subjektive Rechte bezeichnet, die jedem Menschen gleichermaßen zustehen. Das Konzept der Menschenrechte geht davon aus, dass alle Menschen allein aufgrund ihres Menschseins mit gleichen Rechten ausgestattet und dass diese egalitär begründeten Rechte universell, unveräußerlich und unteilbar sind.*“<sup>27</sup>

Menschenrechte sind also, wie es auch der Name zeigt, Rechte, die Freiheit ist somit auch heute eine Rechtsfrage. Deshalb müssen die Staaten diese Rechte anerkennen, und sich den Menschenrechtskonventionen anschließen. Eine dieser Konventionen ist z. B. die Europäischen Menschenrechtskonvention, deren Einhaltung vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in Straßburg überwacht wird. Es wird betont, dass dieser Gerichtshof bei seinen Entscheidungen die vorigen Urteile in Betracht zieht, aber nur diejenigen Rechtsverletzungen prüft, die in der Konvention aufgezählte Rechte betreffen. Im Mittelpunkt des Verfahrens steht somit die Bemühung um die Interpretation der Konvention. Es geht darum, ob die Menschenrechte in den zu prüfenden Fällen verletzt wurden. Wenn wir die Entscheidungen betrachten, so zeigt sich, worauf auch die Fachliteratur hinweist, dass die Beurteilungen der einzelnen Fälle nicht konsequent ist. Die Urteile spiegeln auch die Weltanschauung des Gerichtshofes wider.<sup>28</sup> Die Urteile des Gerichtshofes zeigen, dass seine Weltanschauung vom Liberalismus beherrscht wird, dessen Grundelemente die Freiheit und die Verherrlichung des Individuums sind.<sup>29</sup>

<sup>24</sup> I. 1,3,4: *Servi autem aut nascuntur aut fiunt. Nascuntur ex ancillis nostris: fiunt aut iure gentium, id est ex captivitate, aut iure civili, cum homo liber maior viginti annis ad pretium participandum sese venumdari passus est.* (Zum Sklaven wird man entweder geboren oder gemacht. Geboren: wenn die Mutter Sklavin ist. Gemacht: entweder nach *ius gentium*, dh. durch Kriegsgefangenschaft, oder nach *ius civile*, wenn ein freier Mensch, älter als 20, selbst verkaufen ließ, um mit seinen Komplizen den Kaufpreis zu teilen.) Vgl. APATHY–KLINGENBERG–STIEGLER aaO. 23.

<sup>25</sup> Vgl. APATHY–KLINGENBERG–STIEGLER aaO. 24–26.

<sup>26</sup> Wir können z. B. an das persönliche Vollstreckungsverfahren (*manus iniectio*) denken, das schon im Zwölf Tafelgesetz geregelt wurde (Tafel III.). Den Text des Gesetzes s. ZLINSZKY, János: *Állam és jog az ősi Rómában*. [Staat und Recht im archaischen Rom], Budapest, Akadémiai Kiadó, 1996. 52–74.

<sup>27</sup> Matthias KOENIG: *Menschenrechte*. Frankfurt am Main, Campus, 2005. 9.

<sup>28</sup> Vgl. GRÁD, András: *Kézikönyv a strasbourgi emberi jogi ítélkezéssről* [Handbuch über der strasbourger menschenrechtlichen Rechtssprechung]. Budapest, HVG-Orac, 2000. 28.

<sup>29</sup> Unter anderem können wir hier z. B. an das aktuelle Urteil denken, in dem Ungarn wegen der Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe unter Ausschluss der Strafaussetzung verurteilt wurde, und dem Verbrecher Schadenersatz zahlen musste, weil es nach Meinung des Gerichtshofes unmenschlich ist, wenn jemand nicht mit Freilassung rechnen kann. Dieser Verbrecher hat alte, einsame Menschen in der Nacht in einem Dorf ausgeraubt und getötet. Er hat die Einwohner des

Die Tätigkeit des Gerichtshofes zeigt aber auch, dass das Naturrecht selbst nicht wirksam sein kann. Seine Wirksamkeit hängt nicht nur vom positiven Recht, sondern auch von den Rechtsanwendern ab. In diesem Zusammenhang können wir John Austin (1790-1859) Recht geben, der sagt, dass seit der Schöpfung der Welt bis heute kein Anspruch, Gegenanspruch oder keine Klage auf das göttliche Gesetz gegründet worden ist. Das Naturrecht kann somit in keinem Prozess obsiegen.<sup>30</sup>

Zurück zu den *Auctoraten*. Die Stellung der *auctorati* zeigt auch gut, dass Freiheit eine tatsächliche und eine rechtliche Komponente hat. Die *auctorati* waren nämlich rechtlich frei, tatsächlich aber Sklaven. Das gilt auch für die modernen Sportler.

Die *auctorati* können als professionelle Sportler betrachtet werden. Für sie gilt auch die Freiwilligkeit, da sie sich freiwillig, für Geld oder aus Abenteuersucht in einem Vertrag mit dem *lanista* zu Gladiatorenkämpfen verpflichteten. Der *lanista* war ein Fechtmeister, der eine Gladiatorenschule betrieb, er beschäftigte sich mit der Gladiatorenausbildung und stellte den Spielveranstaltern Kämpfer zur Verfügung.<sup>31</sup> Er kann als Vorläufer von den Spieleragenten betrachtet werden. Der Vertrag zwischen dem Gladiator und dem *lanista* wurde vor dem Volkstribun geschlossen:

*In Verba Eumolpi sacramentum iuravimus: uri, vinciri, verberari ferroque necari, et quiquid aliud Eumolpus iussisset. Tanquam legitimi gladiatores domino corpora animasque religiosissime addicimus. (Petronius sat.117.)*

schwuren wir in eumolpus worte uns brennen, fesseln, schlagen, und mit dem schwerte tödten zu lassen, und was anders eumolpus noch befahl; und übergaben, wie echte fechtersklaven, leib und seel' aufs heiligste dem herr.<sup>32</sup>

Wie wir in der deutschen Übersetzung lesen, meinten einige, dass diese Personen ihre Freiheit verloren hatten, da sie wie Sklaven behandelt wurden. Diese Meinung wurde auch von Michael Grant vertreten.<sup>33</sup> Die juristischen Quellen zeigen aber, dass die *auctorati* ihre Freiheit behielten.<sup>34</sup> Neben den erwähnten Stellen wird die Ansicht, dass es sich bei den *auctorati* um freie Personen handelte auch dadurch belegt, dass die Tätigkeit als Gladiator infamierend wirkte. Hätten die *auctorati*

---

Dorfes in der Angst gehalten, niemand wusste, ob er den nächsten Tag noch erleben würde. Dieses Verhalten des Verbrechers war zweifellos unmenschlich, er verdiente eine lebenslange Strafe, eine Gesellschaft hat den natürlichen Anspruch, von solchen Verbrechern auf ewig geschützt zu werden. Für die Unvernunft dieses Urteils spricht, dass ein Richter in einer Sondermeinung anerkannt hat, dass der Verbrecher keinen Schadenersatz erhalten sollte. Magyar vs. Hungary 73593/10.

<sup>30</sup> John AUSTIN: *Province of Jurisprudence Determined*. London, Weidenfeld and Nicolson, 1954. 185.

<sup>31</sup> Roland AUGÉUT: *Kegyeltenség és civilizáció* [Grausamkeit und Zivilisation]. Budapest, Európa, 1976. 288.

<sup>32</sup> Übers: Francois NODOT: *Des Titus Petronius arbiter Satyricon*. Leipzig, Sommerische Buchhandlung, 1804. 192.

<sup>33</sup> Michael GRANT: *Die Gladiatoren*. Klett, Stuttgart, 1970. 27.

<sup>34</sup> Gai. 3,199: *Interdum autem etiam liberorum hominum furtum fit, velut si quis liberorum nostrorum, qui in potestate nostra sunt, sive etiam uxor, quae in manu nostra sit, sive etiam iudicatus vel auctoratus meus subreptus fuerit.* (Manchmal kann Diebstahl freier Menschen geschehen, als [...] mein auctoratus gestohlen wird.)

den *status libertatis* verloren, wäre es begrifflich nicht möglich, sie mit Infamie zu belasten.<sup>35</sup>

Die *auctorati* gerieten nur in eine besondere, der Sklaverei ähnliche Lage, behielten also den *status libertatis*, wurden aber wie Sklaven behandelt. Sie standen unter der Macht ihrer Herren, die von ihnen erworbenen Sachen gehörten dem Herrn, sie konnten verkauft, vermietet, vererbt werden.<sup>36</sup> Sie mussten aber nicht in den Gladiatorenschulen wohnen, wie dies für Gladiatoren aus dem Kreis der Verbrecher und Sklaven vorgesehen war. Sie sollten sich regelmäßig zum Kampf melden, ansonsten konnten sie sich jedoch frei bewegen. Im Vertrag wurde auch der Lohn festgestellt,<sup>37</sup> daneben musste auch der Zeitraum der Verpflichtung vereinbart werden. Nach Ablauf der vorgesehenen Zeit konnten sie sich wieder als freie Menschen bewegen. Wenn wir die Lage der Sportler heute untersuchen, können wir feststellen, dass die professionellen Sportler *de iure* frei, *de facto* aber unfrei sind. Sie schließen wie damals die *auctorati*, einen Vertrag mit einem Sportverein. In diesem Vertrag, da es dabei um einen Arbeitsvertrag handelt, muss auch ein Lohn, und Verpflichtungszeitraum vereinbart werden.<sup>38</sup> Die Sportler unterwerfen sich freiwillig der Macht des Vereins. Heute wird aber nicht anerkannt, dass Sportler - als Menschen - Objekt eines Kaufvertrages bilden können. Deshalb wird das Spielrecht des Sportlers, als verwertbares Recht, in den Verträgen verkörpert. Dieses Spielrecht wird von den Sportlern für die Dauer des Vertrages den Sportvereinen übereignet. Die Sportorganisation kann in dieser Zeit das Spielrecht des Sportlers frei benutzen.<sup>39</sup> Wir sehen also, dass die Konstruktion des Spielrechtes gerade im Hinblick auf die Menschenrechte entwickelt wurde. Da es nicht möglich ist, einen Menschen zu kaufen oder zu verkaufen, wird eine Rechtskonstruktion zum Objekt des Kaufes, obwohl es in Wahrheit der Mensch selbst ist, der verkauft und gekauft wird.

Der Kauf wird aber als Spielertransfer bezeichnet, der Preis als Ablösesumme, der Käufer als aufnehmender Verein, der Verkäufer als abgebender Verein. In dem Sprachgebrauch werden aber diese Teilnehmer als Käufer, Verkäufer und Spieler gezeichnet. Ein Beispiel: Der Verein Real Madrid hat im Jahre 2009 Cristiano Ronaldo für 94 Million Euro von Manchester United gekauft.<sup>40</sup> Was hat Real Madrid gekauft? Das Spielrecht von Ronaldo. In Wahrheit spielt aber Ronaldo, als Mensch oder Sklave in den Farben des neuen Sportverbandes.

---

C. 3,28,11: *In harenam non damnato, sed sua sponte harenario[...]* civitas et libertas manet. (Jemanden der nicht zum Tierkampf verurteilt wurde, sondern freiwillig ein Tierkämpfer geworden ist, bleibt das Bürgerrecht und auch die Freiheit.)

<sup>35</sup> Ulp. D. 3,1,1,6.

<sup>36</sup> Siehe z. B. Géza MARTON: *A római magánjog elemeinek tankönyve* [Lehrbuch der Elemente des römischen Privatrechts]. Budapest, Tankönyvkiadó, 1957. 59.

<sup>37</sup> Nach dem *SC de suptibus ludorum galdiatorum minuendis* durfte dieser Lohn nicht weniger als 2000 Sesterzen sein. (Zeil 58. siehe: MOMMSEN aaO. 503.)

<sup>38</sup> Siehe z. B. Andrea M. PARTIKEL: *Formularbuch für Sportverträge*. München, C. H. Beck, 2015.

<sup>39</sup> Diese Lösung wird vom ungarischen Sportgesetz angewandt: G. 2004:I. Über dem Sport, §77 f)

<sup>40</sup> Luca CAIOLI: *Ronaldo, The obsession for perfection*. London, Corinthian, 2012. Chap. 17.

Genau wie die *auctorati*: der Sportler ist *de iure* frei, ein mit Menschenrechten ausgestatteter Mensch, *de facto* ist er aber ein Sklave, der wie eine Sache zum Gegenstand eines Kaufvertrages werden kann. Die Konstruktion des Spielrechts bietet einen Ausweg gerade auch im Hinblick auf die Menschenrechte. In Wahrheit veräußert der Sportler seine unveräußerlichen Menschenrechte in Form des Spielrechts, wenn er in einem mit dem Sportverein geschlossenen Arbeitsvertrag sein Spielrecht dem Sportverein überträgt.

Man könnte sagen, dass der Sportverein nur die Sporttätigkeit des Sportlers in Anspruch nimmt. Ein Sportler muss aber immer tun, was die verschiedenen Sportvereine erfinden und vom Sportler erwarten. Diese Erwartungen beschränken sich nicht auf die Sporttätigkeit des Sportlers, die Vorschriften berühren sogar die Intimsphären. So entwickelte z.B. die WADA, die Welt-Anti-Doping-Agentur ziemlich entwürdigende und die Freiheit stark beschränkenden Regeln.<sup>41</sup> Professionelle Sportler verzichten durch den Sportvertrag auf ihre Menschenrechte. Verstoßen sie gegen die Vertragsregeln, werden auch ihre Verträge verletzt, was das Ende ihrer Sportkarriere bedeutet.

Ähnlich wie im Fall der *Auctoraten* muss der Sportler auch eine Ablösesumme an den Sportverein zahlen, wenn er den Verein verlassen will. Dieses Geld wird von dem neuen Sportverein als Ablösesumme gezahlt. Dieses Verfahren kann durch den berühmten Bosman-Fall belegt werden. Der belgische Fußballspieler konnte seinen Sportverein erst nach Auszahlung der Ablösesumme verlassen.<sup>42</sup>

Der Sport wird heute jedoch auch noch in einem anderen Sinn mit den Menschenrechten in Verbindung gebracht. Es ist die Idee formuliert worden, den Sport zu einem Menschenrecht zu erklären. Dieser Versuch zeigt gut, dass Menschenrechte nur mit der Hilfe des Rechtes funktionieren können. Jedermann kann Sport treiben, wann er will, er wird nicht daran gehindert. Man wird jedoch ohne eine besondere Abmachung nicht bei dieser Tätigkeit unterstützt. In diesem Zusammenhang kann die Charta der UNESCO aus dem Jahre 1978<sup>43</sup> und die Magglingen-Deklaration aus dem Jahre 2003<sup>44</sup> erwähnt werden.

Meiner Ansicht nach dient der Sport, auch wenn er im Leben der Menschen eine wichtige Rolle spielt, vor allem der Unterhaltung. Interessanterweise ist der römische Sport der einzige echte Vorläufer unseres modernen Sports. In Rom und nicht im klassischen Griechenland entdecken wir den Sport als Schauspiel, der zur Unterhaltung des Volkes veranstaltet wurde.<sup>45</sup> Die Gladiatorenspiele waren ein Mittel in den Händen der Kaiser, um die Gunst des Volkes zu erhalten. Untersuchen wir den Sport unter diesem Aspekt, so können wir bemerken, dass das

<sup>41</sup> Sihe *World Anti-Doping Code*. WADA, 2009.

<sup>42</sup> C-415/93/1995/ECR I-492.

<sup>43</sup> Internationale Charta für Leibeserziehung und Sport, 21. November 1978.

<sup>44</sup> Deklaration: Sport als Menschenrecht. Die Magglingen-Deklaration vom 18. Februar 2003: „Diese Erklärung steht für unser Engagement im Bereich Sport und Entwicklung. Im Wissen um seine Vielfalt sind wir überzeugt, dass der Sport ein Menschenrecht und eine ideale Lebensschule ist.“

<sup>45</sup> THULLIER aaO. X.

Recht auf Sport mit dem Recht auf Leben und Freiheit nicht vergleichbar ist. Die Hochschule Magglingen in der Schweiz hat keine besonderen Probleme, aber wie ein Sportrechtswissenschaftler festgestellt hat: wenn jemand heute z.B. nach Syrien fährt, wird er sofort zu spüren bekommen, welche Bedeutung Menschenrechten zukommt. Der Sport ist heute ein Grundrecht in den Grundgesetzen. So liest man etwa im neuen ungarischen Grundgesetz:

*Art. XIX: „Alle Menschen haben das Recht die körperliche und seelische Gesundheit zu bewahren. Dieses Recht wird von Ungarn [...] mit der Unterstützung der Sporttätigkeit und der regelmäßigen Leibesübung gefördert.“*

Zum Schluss: Sportler oder Sklaven? Beides. Wenn wir die 7 Merkmale des modernen Sports betrachten, können wir feststellen, dass diese Kriterien nur von Sportlern verwirklicht werden können, die sich zwar nicht wie ihre antike Vorläufer, die *auctorati*, als Sklaven der Sportvereine brennen, fesseln, schlagen, mit dem Schwert töten lassen, aber alles machen, was ihnen von ihren Verbänden befohlen wird.

## WEGE ZUR FREIHEIT: STAATLICHE SKLAVENKÄUFE IN DER ZEIT DER REPUBLIK

István BAJÁNHÁZY  
Universitätsdozent, Universität Miskolc

### 1. Einleitung

Die Freiheit war in der Antike eine der wichtigsten Werte für den Menschen. Das römische Recht – wie auch andere antike Rechte – unterscheidet zwischen freiem und unfreiem Status der Menschen. Letztere bezog sich auf die Sklaverei und das war ein Institut des gemeinen Rechts (*ius gentium*). Juristisch gesehen bedeutete die Freiheit Rechtsfähigkeit, die Unfreiheit bedeutete im Gegenteil Rechtsunfähigkeit. Im römischen Recht war aber ein ziemlich freier Wechsel zwischen den zwei Status möglich. Aus der Freiheit konnte man in die Sklaverei fallen und von der Sklaverei konnte man in den freien Status wechseln, das nennt man Freilassung (*manumissio*). Die Freilassung der Sklaven war sowohl nach Privatrecht, wie auch nach öffentlichem Recht möglich. Privatrechtliche Freilassungen kennt man also schon seit ältesten Zeiten, also in der Zeit des altrömischen Zivilrechts, obwohl die Zahl der Sklaven in Rom damals noch sehr gering war. Interessant ist aber, dass Freilassung auch nach öffentlichem Recht möglich war. Im Folgenden möchte ich die relevanten Quellenstellen in diesem Bereich vorführen und analysieren.

### 2. Freilassung von Kriegsgefangenen

Wirtschaftliche Krisen kamen schon ältester Zeit oft vor, die wichtigste war darunter die Übervölkerung. Für die Lösung dieser Probleme hat man zwei Methoden entwickelt: die Auswanderung (siehe dazu die Entstehung städtischer Gemeinden in Großgriechenland, Gründung von Karthago usw., auch die Gründung von Rom in Latium) und die Kriegsführung.<sup>1</sup> Unter Kriegsführung verstand man aber in

---

<sup>1</sup> Moses I. FINLEY: *The Ancient Economy*. London, Ghatto & Windus, 1973. 175. „the ancient world had only two possible responses: one was to reduce the population by sending it out, the other was to bring

ältester Zeit noch nicht die Eroberungskriege, sondern nur die Beutekriege.<sup>2</sup> Der Zweck bestand hier nicht in der Eroberung anderer Territorien, sondern „nur“ darin, Güter als Beute zu nehmen und nach Hause zu bringen. Unter den Begriff Güter fallen nicht nur materielle Güter (darunter besonders Tiere), sondern auch fremde Personen. Lübtow sieht den Gewinn der Beute, darunter besonders die Ergreifung freier Personen, als den wichtigsten Zweck der Kriege in den alten Zeiten an.<sup>3</sup>

Genauso wie zwischen den Städten in Griechenland kamen diese gegenseitigen Auseinandersetzungen auch zwischen den Dorfbewohnern in Latium sehr oft vor. Wir kennen den Begriff der „privaten Kriege“ schon aus den vorstaatlichen Frühzeiten. Später, nach der Gründung des Römerstaates blieben diese Privatkriege neben oder statt den staatlichen Kriegsführungen auch in Gebrauch. Ein mögliches späteres Beispiel ist dafür der Krieg der Fabier gegen *Veii*, geführt im Jahr 479 v. Chr.<sup>4</sup> und die Methode der freien Aneignung fremder Sachen lebte in dem privatrechtlichen Rechtsinstitut der Aneignung (*occupatio*) weiter. In den zwischenstaatlichen Beziehungen sicherte aber der Römerstaat das Kriegsmonopol ausschließlich für sich selbst.<sup>5</sup>

Die Aneignung fremder Sachen stand im Krieg – mit Ausnahme des in der Praxis nur selten vorkommenden<sup>6</sup> – vom Feldherrn genehmigten<sup>7</sup> – freien Raubes, nur der Gemeinschaft der Römer zu.

Das Recht zur Aneignung blieb für den einzelnen Bürger nur in Friedenszeiten weiter zur Verfügung. Da das gemeinschaftliche Beutenehmen weniger Risiko

---

in additional means from outside, in the form of booty and tribute.”

<sup>2</sup> FINLEY aaO. 157. „In the archaic period there were local wars enough which were nothing more than raids for booty.”

<sup>3</sup> Ulrich von LÜBTOW: Studien zum altrömischen Kaufrecht. In: Ulrich von LÜBTOW (hrsg.): *Gesammelte Schriften, Abteilung I: Römisches Recht (I)*. Reinfelden–Freiburg–Berlin, Schäuble Verlag, 1989. 32–61.; Ibid. 33. „Menschenjagd und Kriegsraub bilden die ältesten Eigentümerwerbsarten.” Deswegen können wir die Erklärung von *Florentinus* über die Etymologie des Wortes *servus* nicht annehmen. Der Zweck der Kriege war nämlich nicht die Vernichtung der Gegner, sondern sie zwecks Lösegeld in Gefangenschaft zu nehmen. Vgl. FLOR. D. 1.5.4.2. „*Servi ex eo appellati sunt, quod imperatores captivos vendere ac per hoc servare nec occidere solent.*”

<sup>4</sup> LIV. 2.48.8.-9., LIV. 2.49.1.

<sup>5</sup> Dieter TIMPE: Das Kriegsmonopol des römischen Staates. In: Walter EDER (hrsg.): *Staat und Staatlichkeit in den frühen römischen Republik*. Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 1990. 368–387., 385. „Vor allem nämlich hat die Expansion des 5. und 4. Jh.s auch die Wirkung gehabt, dass das Interesse an Beutegewinn und persönlichen Entfaltungschancen, das hinter dem privaten Krieg stand, immer mehr, besser und risikoloser innerhalb der staatlichen Kriegsführung befriedigt wurde. Von Beute ist seither in der römischen Kriegsgeschichte nicht weniger, sondern eher mehr die Rede, aber die Beute wird vom Feldherrn gewonnen, gewährt und verteilt.”

<sup>6</sup> Wir wissen von Gellius, dass die Soldaten vor dem Feldzug einen Fahneneid (*iusiurandum*) leisteten. Sie mussten beschwören, dass sie die gesamte Beute über einen bestimmten (geringen) Wert hinaus – das ist bei Gellius ein Denar pro Tag (*nummus argentus*) das konnte aber früher ein As pro Tag (*nummus unus*) sein – dem Feldherrn übergeben würden. GELL. 16.4.2. „*in exercitu, decemque milia passuum prope, futurum non faciens dolo malo solus neque cum pluribus pluris nummi argentei in dies singulos.*”

<sup>7</sup> LIV. 36.24.7. „*Oppidum victores permissu consulis diripiunt.*”



beinhaltete und bei der Verteilung der Beute eine Ausgleichstechnik entwickelt wurde, ist dieses Kriegsmonopol von den römischen Bürgern auch leicht akzeptiert worden, sodass es zu einer „Interessengemeinschaft“ zwischen Staat und Bürgern kam.<sup>8</sup> Wir wissen aus späterer Zeiten auch, dass die Technik des Beutenehmens sehr sorgfältig organisiert war. Nach Polybios suchte immer höchstens nur die Hälfte des Heeres nach der Beute, die anderen blieben nach der Schlacht noch in Reih und Glied, um den eventuellen Gegenangriff abschlagen zu können.<sup>9</sup> Wurde die Beute (oder ein Teil davon) nach dem Feldzug geteilt, so bekamen die Soldaten ihre Anteile nach dem Proporzionalitätsprinzip.<sup>10</sup> Der freie Raub, wo jeder nach seiner Geschicklichkeit mehr oder weniger ergreifen konnte, bildete – wie schon gesagt – während der Feldzüge die Ausnahme.

Die Geschichte des Römerstaates war schon unter den etruskischen Königen und später auch in der republikanischen Epoche unzweifelhaft die Geschichte der Kriegsführungen.<sup>11</sup> Bereits Jhering bestätigte, dass die Ergreifung der Kriegsbeute die wichtigste Methode der Entstehung des Staatseigentums war.<sup>12</sup> Malmendier hält die Beute für die wichtigste Einnahmequelle des Römerstaates.<sup>13</sup> Alle Grundstücke<sup>14</sup> – nach Livius selbst die Stadt Rom<sup>15</sup> – kamen praktisch als Beute unter römische

<sup>8</sup> Ernst MEYER: Vom griechischen und römischen Staatsgedanken. In: Richard KLEIN (hrsg.): *Das Staatsdenken der Römer*. Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1966. 65–86., MEYER aaO. 80. „so ist die res publica die Interessengemeinschaft des gesamten Volkes.“

<sup>9</sup> POLYB. 10.16. „Weil also immer nur höchstens die Hälfte sich ans Plündern macht, die andere Hälfte als Reserve in Reih und Glied stehen bleibt, kommen die Römer niemals aus Habsucht in die Gefahr der vollständigen Vernichtung.“

<sup>10</sup> POLYB. 10.16. „Da nämlich hinsichtlich der Beuteaussichten kein Mißtrauen unter ihnen herrscht, sondern alle den gleichen Anspruch haben, die als Reserve Zurückgebliebenen wie die Plünderer selbst, verläßt keiner seine Einheit, wie dies anderen schon oft zum Verhängnis geworden ist.“, Alan WATSON: *Law of Property in the Later Roman Republic*. Aalen, Scientia Verlag, 1984. 67. „The purpose of this conduct in the army is to avoid a disaster through greed when everyone abandons his duty in order to acquire loot. The Roman system ensures that all will get their share of the booty and consequently no one leaves his allotted post.“

<sup>11</sup> William V. HARRIS: *War and Imperialism in Republican Rome 327-70 B.C.* Oxford, Clarendon Press, 1985. Intro. 2. „During this period Rome went on war almost every year.“; HARRIS (1985) aaO. 9. „The Roman state made war every year, except in the most abnormal circumstances.“; William V. HARRIS: Roman warfare in the Economic and Social Context in the 4th Century B.C. In: Walter EDER (hrsg.): *Staat und Staatlichkeit in den frühen römischen Republik*. Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 1990. 494–511.

<sup>12</sup> Rudolf VON JHERING: *Geist des römischen Rechts*. Leipzig, Druck und Verlag von Dreitkopf und Härtel, 1866. 111. „Der Hauptfall der gewaltsamen Aneignung war jener der kriegerischen Erbeutung.“

<sup>13</sup> Ulrike MALMENDIER: *Societas Publicanorum, Staatliche Wirtschaftsaktivitäten in den Händen privater Unternehmer*. Köln, Böhlau Verlag, 2002. 38. „Primäre Einnahmequelle des Staates war die Kriegsbeute aus den zahlreichen Eroberungsfeldzügen.“

<sup>14</sup> Rudolf BEIGEL: *Rechnungswesen und Buchführung der Römer*. Karlsruhe, Verlag der G. Braunschen Hofbuchdruckerei, 1904. 116. „Für den Provinzialboden galt der Grundsatz, daß derselbe mit der Eroberung in das Eigentum des römischen Staates übergang.“; WATSON aaO. 68. „It is, of course, natural that conquered territory should become the property of the State.“

<sup>15</sup> LIV. 4.48.3. „ut in urbe aliena solo posita“. Dagegen aber: LIV. 5.53.9. „cum in his locis nihil praeter silvas paludesque esset.“ und Andreas ALFÖLDI: *Die Struktur des voretruskischen Römerstaates*.

Herrschaft und das lässt sich auch anhand der Benennung der Grundstücke nachweisen: „*ager ab hostibus captus*“ oder „*ager captivus*“.<sup>16</sup> Die Grundstücke kamen in das Gemeineigentum, also in Staatseigentum<sup>17</sup> und über ihre weitere Bewirtschaftung wurde von den Staatsorganen entschieden. Die Kriegsbeute bildete auch die wichtigste Einnahmequelle für Mobilien, besonders auch für Sklaven.<sup>18</sup>

Die Römer benutzten die Hauptwörter *praeda*<sup>19</sup> oder *spolia*,<sup>20</sup> oder das Verb *capio*<sup>21</sup> und die davon gebildete Form (*captivus*)<sup>22</sup> für Beutesachen. Das Beutenehmen bildete in den alten und in den späteren Zeiten bei Livius die Hauptursache der Kriege.<sup>23</sup> Varro nannte das Beutenehmen einen Rechtstitel für die Entstehung des

---

Heidelberg, Carl Winter Universitätsverlag, 1974. 109. „fanden an dem Ort wo sich später die Welthauptstadt befinden sollte, nur Wald und Sumpf.“

<sup>16</sup> Ulrich von LÜBTOW: *Das römische Volk*. Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1955. 606. „Zum *ager publicus* rechnete bald auch das eroberte Land, der *ager ab hostibus captus* oder *ager captivus*.“, R. P. DUNCAN-JONES: Some Configurations of Landholding in the Roman Empire. In: Moses I. FINLEY (hrsg.): *Studies in Roman Property*. Cambridge, Cambridge University Press, 1976. 7. „since Rome’s practice was to expropriate the land of conquered peoples.“

<sup>17</sup> Davon stammt der Ausdruck *res publica* auch. Vgl. Cic. rep. 1.25.(39) „*Est igitur, inquit Africanus, res publica res populi*,“, Cic. rep. 3.30.(43) „*ergo illam rem populi, id est rem publicam*,“

<sup>18</sup> PLAUTUS *Captivi* 1.2.1. „*Istos captivos duos, heri quos emi de praeda a quaestoribus*.“ Das Hauptziel der Kriege war übrigens vor dem zweiten punischen Krieg nicht die Beschaffung von Sklaven, als ständige Arbeitskraft, sondern nur die Besorgung von Lösegeld für deren Entlassung. Als Beleg für diese Ansicht kann gelten, dass in der früheren römischen Gesellschaft, die Zahl der Sklaven trotz der vielen Kriege sehr gering war. Vgl. PÓLAY, Elemér: *Iniuria Types in Roman Law*. Budapest, Akadémiai Kiadó, 1986. 79. Sklaventum war überall in der antiken Welt bekannt, es war also ein Institut des *ius gentium*. Vgl. Liv. 10.31.3., 10.46.10, 22.56.3., 22.58.4., dazu siehe: Mario TALAMANCA: *Contributi allo studio delle vendite alla’asta nel mondo classico*. Roma, Accademia Nazionale dei Lincei, 1954. 158. „*ius belli* infatti .... con una particolare accezione del *ius gentium*.“; Ernst LEVY: *Captivus Redemptus*. Köln–Graz, Böhlau Verlag, 1963. 25–45.; Hugo KRÜGER: *Captivus redemptus*. ZSS 51. (1931) 203–222. Die rechtliche Lage der Losgekauften war im römischen Recht auch ein wichtiges Rechtsproblem. Dazu vgl. D. 49.15. „*De captivis et de postliminio et redemptis ab hostibus*“. Die juristischen Quellen und folglich auch die moderne Literatur beschäftigen sich aber meistens nur mit der privatrechtliche Lage.

<sup>19</sup> Zur Etymologie der *praeda*: VARRO l.1. 8.19. „*ut a praedando praeda*.“, VARRO l.1. 5.178. „*Praeda est ab hostibus capta*.“ Vgl. JHERING aaO. 111. „Ob der ethimologische Ursprung des Wortes praedium nicht ebenfalls auf die Vorstellung des Nehmens zurückzuführen ist, stehe dahin, die Verwandtschaft mit praeda läßt sich nicht verkennen.“ Die *praeda* kommt oft in der Quellen vor: Liv. 1.37.5., 1.53.3., 2.39.11., 2.64.4., 8.39.13., 10.10.5., 10.20.15., 30.14.9., 38.34.6., 43.4.7., Caes. bell. gall. 2.24., 4.9., 4.34., 4.37., 5.19., 5.34., 6.34., 6.35., 6.41., 7.11., 7.28., 7.45., 7.89., 8.4., 8.14., 8.36., Caes. bell. civ. 1.5., 2.12., 2.25., 2.44., 3.82., Caes. bell. alexandr. 19., 36., 42., 77., Caes. bell. hisp. 16., 40.41., Cic. harusp. resp. 27.59., Cic. prov. cons. 11.28., Cic. fam. 2.17.4., Cic. in Verr. 2.3.80.(186), Cic. in Verr. 2.4.40.(88).

<sup>20</sup> Liv. 1.37.5., 6.20.7., 23.23.6.

<sup>21</sup> Liv. 1.37.5., 1.53.3., 2.41.6., 2.64.4., 10.20.15., 30.23.2., Cic. harusp. resp. 14.32., Cic. in Verr. 2.4.40.(88), VARRO l.1. 5.178., Gell. 13.14.3.

<sup>22</sup> Caes. bell. gall. 5.18., 5.42., 8.25., Caes. bell. civ. 1.58., 2.7., 2.12., 2.31., 2.38., 3.38., Caes. bell. alexandr. 11., 16., 18., 76., Caes. bell. afr. 40., 44., 45., Caes. bell. hisp. 3., 9., 11., 12., 22., 23.

<sup>23</sup> Es wird auch dadurch bewiesen, daß wir nur sehr selten solche Fälle finden, wo die Soldaten die Beute aus Zorn lieber vernichteten. Vgl. Liv. 7.19.2-3., 9.13.5., 28.20.6., 41.4.7.

Quiritareigentums an Sachen.<sup>24</sup> Das beweist den uralten Ursprung der Beute. Die Römer waren noch in der klassischen Epoche stolz auf das Beutenehmen. Als Beleg mag die wohlbekanntete Erklärung von Gaius über den Ursprung der *festuca* gelten.<sup>25</sup>

Als Kriegsbeute diente theoretisch alles, was den Fremden (*ab hostibus*)<sup>26</sup> im Zuge des Krieges weggenommen worden war. Eine unerlässliche Voraussetzung für die Anerkennung als Kriegsbeute war eine ordnungsgemäß verkündete Kriegserklärung. Fehlte diese Voraussetzung, so konnte man nicht von Kriegsbeute sprechen. Manchmal wurde die Einordnung von eroberten Gegenständen unter die Kriegsbeute auch dadurch ausgeschlossen, dass sich der Gegner in einem ordnungsgemäß erklärten Krieg ergab. Der Senat war berechtigt über diese Voraussetzungen zu entscheiden. Wir können mehrere Beispiele finden, wo er das Beutenehmen nicht billigte und die Wiederherstellung des vorherigen Standes anordnete. Das beste Beispiel dafür ist der Fall des Konsuls M. Popilius. Er führte einen Feldzug gegen die Liguren in dem Jahr 173 v. Chr. und griff auch einen friedlichen Stamm an. Obwohl sich der Feind bedingungslos ergab, ließ er ihre Siedlung zerstören und die Angehörigen in die Sklaverei verkaufen.<sup>27</sup> Der Senat ordnete später aber, nachdem er aus dem Siegesbericht des Konsuls über die Ereignisse in Kenntnis gesetzt wurde, die Wiederherstellung des vorherigen Standes an:

*Liv. 42.8. „Daher wollte der Senat, der Konsul M. Popilius solle den Käufern den Preis zurückerstatten und den Liguren selbst die Freiheit wiedergeben und er solle dafür sorgen, daß ihnen ihre Habe, soweit sie wiedererlangt werden könne, zurückgegeben werde.“*<sup>28</sup>

Die gleiche Entscheidung finden wir bei der Eroberung von *Abracia* im Jahr 187 v. Chr.<sup>29</sup> und kurz darauf bei *Coronea* und *Abdera* in den Jahren 171 bzw. 170 v. Chr.<sup>30</sup> Livius berichtet uns detailliert nur über den Fall von *Abdera*: Der Prätor Hortensius hatte als Feldherr zuerst nur Geld und Bewirtung gefordert. Die Stadtbürger hatten um eine Frist gebeten, um eine Gesandtschaft nach Rom zu schicken. Der Feldherr

<sup>24</sup> VARRO l.1. 2.10. „*si e preada sub corona emit;*“

<sup>25</sup> GAI. 4.16. „*Festuca autem utebantur quasi hastae loco, signo quodam iusti domini, quando iusto dominio ea maxime sue esse credebant, quae ex hostibus cepissent.*“ Vgl. WATSON (1984) aaO. 66. „it is extremely likely that in early law the individual acquired ownership of what he took from the enemy.“

<sup>26</sup> LIV. 1.37.5., 6.20.7., 23.23.6. Alle Fremde waren auch Feinde von Anfang an, ausgenommen jene, die durch ein Bündnis Schutz bekamen. Vgl. VARRO l.1. 5.3. „*ut hostis: nam tum eo verbo dicebant peregrinum qui suis legibus uteretur.*“

<sup>27</sup> LIV. 42.8.3. „*At ille arma omnibus ademit, oppidum diruit, ipsos bonaque eorum vendidit.*“

<sup>28</sup> LIV. 42.8.7. „*Quas ob res placere senatui M. Popilium consulem Ligures, praetio emptoribus reddito, ipsos restituere in libertatem, bonaque ut iis, quod eius recuperari possit, reddantur curare.*“

<sup>29</sup> LIV. 38.44.4.

<sup>30</sup> LIV. 43.4.11. „*Indigna res senatui visa, decreveruntque eadem de Abderitis, quae de Coroneais decreverant priore anno.*“ = „Die Sache schien dem Senat empörend, und sie beschlossen dasselbe über die Abderiten, was sie im Jahre davor über die Bewohner von Koroneia beschlossen hatten.“

bewilligte das, ließ die Stadt später dennoch erobern, berauben und die Bewohner verkaufen.<sup>31</sup> Der Senat ordnete hier die Wiederherstellung in den vorherigen Stand an, befahl die Ausforschung der Verkauften und ordnete die Wiederherstellung ihrer Freiheit an.<sup>32</sup> Die Begründung des Senats lautete:

*Liv. 43.4. „der Senat sei der Meinung, man habe mit den Abderiten einen ungerechten Krieg angefangen, und er halte es für recht, daß man alle herbeizuschaffen suche, die sich in der Sklaverei befänden, und ihnen die Freiheit zurückgebe.“<sup>33</sup>*

Hier findet sich ein klares Beispiel dafür, dass der Römerstaat unterworfenen Personen die Freiheit zurückgeben konnte. Die Rechtstechnik dafür war die *in integrum restitutio*, die Wiedereinsetzung in den vorigen Standes. Dieses Institut ist auch im römischen Privatrecht bekannt, dort beruhte es auf der Vollmacht (*imperium*) des Prätors, hier auf der Vollmacht des Konsuls. Die Personen erhielten somit ihren Freiheitsstatus nicht direkt vom Senat, sondern durch die Entscheidung der Imperiumsträger, also von dem Konsul oder vom Prätor. Der Senat gab, wie immer, dem eben amtierenden Magistrat nur einen „Ratschlag“.

### 3. Ankauf von Sklaven für Freilassung

Die Hauptbeschaffungsquelle von Staatssklaven war also die Kriegsbeute. Die Kriegsgefangenen fielen automatisch mit der Gefangennahme in das Staatseigentum. Der Römerstaat selbst brauchte aber nur eine geringe Zahl von Sklaven: es fanden sich keine große staatliche Domänen in Rom, der *ager publicus* wurde durch Pachtverträge von Privaten bewirtschaftet. Die öffentlichen Bautätigkeiten wurden auch durch Werkverträge mit privaten Unternehmern verwirklicht. Der Römerstaat brauchte also nur wenige Staatssklaven, die in der staatlichen Administration beschäftigt wurden. Die Hilfspersonen der Magistrate wurden gemischt aus Freien und aus Sklaven rekrutiert. Die Likatoren dienten zum Beispiel als Machtsymbol und sie übten die physische Gewalt der Magistrate aus. Bis 38 v. Chr. konnten sie auch Sklaven sein, dann wurde diese Möglichkeit durch ein SC abgeschafft.<sup>34</sup> Die Staatssklaven bekommen eine Art Dienstgeld, mit dem sie sich nach einigen Jahrzehnten freikaufen konnte. Es blieben also von den Kriegsgefangenen nur wenige in Staatseigentum,<sup>35</sup> die Mehrheit wurden innerhalb kurzer Zeit nach dem Feldzüge, in späterer Zeit schon während der Feldzüge an Privaten verkauft. Brauchte der Staat

<sup>31</sup> Liv. 43.4.10. „*sub corona ceteros venisse.*“

<sup>32</sup> Liv. 43.4.12. „*ad restituendos in libertatem.*“

<sup>33</sup> Liv. 43.4.13. „*senatum Abderitis iniustum bellum illatum conquirique omnes, qui in servitute sint, et restitui in libertatem aequum censere.*“

<sup>34</sup> Dio. 48.43.3., Diószdi, György: A servus publicus. [Antik Tanulmányok (Studia antiqua)] Budapest, Akadémiai Kiadó, VI. 1959. 1–17.

<sup>35</sup> Diószdi aaO. 5.

für seine Zwecke Sklaven, so konnte der Magistrat aus der Beute die geeigneten Personen einfach auswählen, diese wurden natürlich nicht verkauft, sondern sie blieben weiter im Staatseigentum.

Ein Ankauf von Sklaven kam also nur als ausnahmsweise vor und stand immer mit deren Freilassung in Zusammenhang. Das außergewöhnlichste Beispiel dafür ist ein Massenkauf von Sklaven während des zweiten punischen Krieges im Jahr 216 v. Chr. Die früheren schweren Verluste hatten einen Mangel an Soldaten verursacht. Nach der Schlacht von *Cannae* fielen tausende Römer in Kriegsgefangenschaft. Der Senat wollte diese aber nicht loskaufen und privaten Handlungen zum Loskauf wurden auch strengstens untersagt, der Senat wollte nämlich nicht zur Stärkung der finanziellen Lage Hannibals beitragen. Wegen der Knappheit an Soldaten wählten die Römer aber eine ungewöhnliche Lösung:

*Liv. 22.57. „Der Mangel an freien Männern und die Not der Stunde erzwangen noch eine neue Art der Werbung. Man kaufte für Staatsgelder 8000 stämmige junge Sklaven und bewaffnete sie. Vorher hatte man sie einzeln befragt, ob sie zum Kriegsdienst bereit wären.“<sup>36</sup>*

Der Kauf zwischen Staat und Privaten war ein normales Institut des öffentlichen Rechts, hier hat aber das Objekt des Kaufvertrages auch eine ungewöhnliche Entscheidungsmöglichkeit. Die Frage nach der Bereitschaft zum Kriegsdienst ist ganz ungewöhnlich, bei der Rekrutierung von Freien kam sie nie vor, doch scheint sie im vorliegenden Fall ganz logisch zu sein: man konnte keine schlagkräftige Mannschaft ohne die Mitwirkung der Sklaven aufstellen. Als Prämie wurde den Sklaven die zukünftige Freiheit versprochen, was ihnen auch nach der Schlacht von Beneventum im Jahre 214 v. Chr. tatsächlich gewährt wurde.<sup>37</sup>

Zwar wurden die Sklaven nicht als Personen, sondern nur als Sachen angesehen, im vorliegenden Fall wurde ihnen aber die Fähigkeit zur freien Entscheidung im Sinne einer Wahlmöglichkeit als zur Natur des Menschen gehörend zugesprochen.

*Liv. 25.6. „Die Legionen von Sklaven hat der Consul Tiberius Sempronius schon so oft gegen den Feind Mann gegen Mann geführt. Sie haben schon zur Belohnung ihrer Dienste die Freiheit und das Bürgerrecht.“<sup>38</sup>*

Livius schreibt in dieser Quellenstelle, dass sie nicht nur die Freiheit, sondern auch die römische Bürgerschaft bekamen. Das stellt keinen Widerspruch dar: die privatrechtliche Freilassung durch einen römischen Herrn im Wege eines

<sup>36</sup> LIV. 22.57.11 „*Et formam novi dilectus inopia liberorum capitum ac necessitas dedit, octo milia iuvenum validorum ex servitiis prius sciscitantes singulos, vellente militare, empta publice armaverunt.*“, Eine spätere Erwähnung siehe: LIV. 25.6.21.-22.

<sup>37</sup> LIV. 24.16.9., LIV. 25.6.21.

<sup>38</sup> LIV. 25.6. 21. „*Servorum legionibus Ti. Sempronius consul totiens iam cum hoste signis conlatis pugnavit; operae pretium habent libertatem civitatemque.*“

altzivilrechtlichen Rechtsgeschäftes in dem Privatrecht macht der Sklave nicht nur frei, sondern auch zum römischen Bürger.

Interessant ist, dass bei diesem Kauf die Zahlung des Kaufpreises wegen Geldmangels des Staates aufgeschoben war.<sup>39</sup> Wir finden bei Livius leider keinen genauen Hinweis auf den Kaufpreis der einzelnen Sklaven. Wir wissen auch nicht, auf welche Weise der Kaufpreis bestimmt war. Pennitz vermutet, dass der Kaufpreis von dem Staat einseitig bestimmt wurde und dieser unter dem üblichen Marktpreis lag.<sup>40</sup> Wir wissen nur, dass der Gesamtkaufpreis viel mehr war, als das Lösegeld für die gefangenen römischen Bürger gewesen wäre.<sup>41</sup> Rein wirtschaftlich gesehen, war es also kein gutes Geschäft. Der Senat wählte diese Lösung aber, weil er Hannibal nicht mit Geld unterstützen wollte und die Römer selbst an Bargeldknappheit litten. So fanden die Römer die optimale Lösung: das Heer bekam Soldaten, die Eigentümer ein Versprechen auf den Kaufpreis, der Staat gewann auch Zeit für die Zahlung, wozu er bei einer Lösegeldzahlung an den Gegner keine Möglichkeit gehabt hätte.

Wir finden andere Beispiele für Sklavenankäufe auch, bei denen die Freilassung als Belohnung der früheren Taten sofort oder kurz nach dem Kauf verwirklicht wurde. Wie auch Cicero erwähnt, war das eine normale Praxis in der Republik.<sup>42</sup> Der Zweck des Kaufes war hier immer eine Zwischenstufe zur Freilassung.

Der Tempel der *Vesta* wurde in einem Brandfall unter der Mithilfe von 13 Sklaven in dem Jahr 210 v. Chr. gerettet. Diese Sklaven wurden von dem Staat angekauft und freigelassen.

*Liv. 26.27. „Der Tempel der Vesta wurde kaum gerettet, und zwar hauptsächlich durch dreizehn Sklaven, welche nachher der Staat an sich kaufte und freiließ.“<sup>43</sup>*

Die Begründung für diese Vorgangsweise liegt auf der Hand: die Rettung religiöser Sachen und Häuser wurde als ausreichender Grund für eine Belohnung durch die Gemeinschaft angesehen.

Ein Parallele finden wir auch im Privatrecht: Die Freilassung als Belohnung der Lebensrettung kommt als legitimer Rechtsgrund auch in den Digesten vor.<sup>44</sup> Dazu

<sup>39</sup> LIV. 34.6.12. „*non pecuniam in aerario habebamus; servi quibus arma darentur, ita ut pretium pro iis bello perfecto dominis solveretur, emebatur.*“

<sup>40</sup> Martin PENNITZ: *Der „Enteignungsfall“ im Römischen Recht der Republik und des Prinzipats*. Wien–Köln–Weimar, Böhlau Verlag, 1991. 191–192. „Aber zumindest Livius schwebt eine nicht ganz so freiwillige öffentlich-rechtliche *emptio* vor Augen, wenn er die betroffenen *domini* etwas später über den niedrigen, vom Staat bezahlten Kaufpreis klagen läßt.“ Vgl. LIV. 26.35.5.

<sup>41</sup> LIV. 22.57.12.

<sup>42</sup> CIC. pro Balbo 9.24. „*servos denique, ... bene de re publica meritos persaepe libertate, id est civitate, publice donari videmus.*“ Vgl. DIÓSDI aaO. 5.

<sup>43</sup> LIV. 26.27.4. „*Aedes Vestae defensa est tredicim maxime servorum opera, qui in publicum redempti ac manu missi sunt.*“

<sup>44</sup> MARCI. D. 40.2.9. „*Iusta causa manumissionis est, si periculo vitae infamiave dominum servus liberavit.*“

kommt noch der bittere Kampf der Römer gegen Brandfälle. Die Bautechnik in Rom (Holzhäuser kurz nebeneinander) machte die Römer für Brandfälle sehr empfindlich, ein Beleg dafür sind auch die strikten Sanktionen gegen Brandstifter bereits in den Zwölftafeln.<sup>45</sup> Nähere Details wissen wir hier leider nicht, die Sklaven konnten auch in dem Eigentum der Priesterkollegium sein, doch handelt es sich hier eher von Sklaven im Privateigentum, sonst wäre der öffentlich-rechtliche Kauf überflüssig gewesen, das Priesterkollegium hätte seine Sklaven auch ohne weiteres mit der Freiheit belohnen können.

Zu den anderen Fällen gehörte die Belohnungen für die Anzeiger schwere Kriminaltaten. *Setia* war eine verbündete Stadt von Rom, hier lebten viele Geiseln aus Karthago mit ihren Sklaven nach dem zweiten punischen Krieg, es fanden sich auch Sklaven punischer Abstammung, die von den Stadtbewohnern nach dem Krieg gekauft worden waren.<sup>46</sup> Im Jahr 198 v. Chr. hatten sie einen Aufstand und die Flucht geplant. Der Aufstand (*seditio*) fiel schon in der republikanischen Zeit unter die Hauptdelikte (*crimen laesae maiestatis*) und wurde mit Hauptstrafe bestraft,<sup>47</sup> das änderte sich auch in späteren Zeiten nicht.<sup>48</sup> Der Plan wurde hier aber den Behörden angezeigt und damit der Aufstand verhindert, die Anzeiger bekamen eine Prämie:

*Liv. 32.26. „Die Senatoren befahlen, ihm (scil. dem freien Aufdecker) 100000 schwere As zu geben und den Sklaven jedem 25000 As und die Freiheit. Das Lösegeld für sie wurde ihren Herren aus der Staatskasse bezahlt.“<sup>49</sup>*

Laut unserer Quelle waren drei Anzeiger prämiert worden: zwei Sklaven und ein Freier. Die zwei Sklaven bekamen als Belohnung die Freiheit und zusätzlich je eine Geldprämie von 25.000 Assen. Der freie Anzeiger wurde aber mit 100.000 Assen belohnt, was 75.000 mehr war als die Sklaven bekamen. Die Ursache für diesen Unterschied ist leicht zu ergründen: die Sklaven mussten zuerst vom Staat angekauft werden, der Kaufpreis wurde aus dem *Ärar* bezahlt. Die Geldprämie wurde ebenso aus der Staatskammer ausgezahlt. So ist es logisch, dass die drei Anzeiger virtuell den gleichen Betrag von 100.000 Assen bekamen, bei den zwei Sklaven wurden aber die Kosten des Freikaufes in die Prämie mit 75.000 Assen eingerechnet. Sie bekamen also nur 25.000 Assen in Bargeld. Anhand dieses Beispiels können wir feststellen, dass der Marktpreis der Sklaven zu dieser Zeit 75.000 Assen betrug.

<sup>45</sup> XII tab. 8.10., vgl. GAI. D. 47.9.9.

<sup>46</sup> Mommsen nimmt an, dass es sich um Staatssklaven (*servi publici*) gehandelt hat. (vgl. Theodor MOMMSEN: *Römisches Staatsrecht I-III*. Leipzig, Verlag von S. Hirzel, 1887. I.307. Fn.4.), dies ist aus der Quelle nicht beweisbar. Meiner Meinung nach ist hier eher von den Sklaven der Stadtbewohner die Rede, die nach dem Krieg gekauft wurden. Vgl. Liv. 32.26.14.

<sup>47</sup> ZLINSZKY, János: *Római büntetőjog*. Budapest, Tankönyvkiadó, 1991. 115.; SÁRY, Pál: *Bűnvádi eljárások az Újszövetségben*. Budapest, Szent István Társulat, 2012. 72–73.

<sup>48</sup> SÁRY, Pál: *A keresztrefeszítés az ókorban*. Budapest, Szent István Társulat, 2004. 48.

<sup>49</sup> Liv. 32.26.14. „*Ei centum milia gravis aeris dari patres iusserunt, servis vicena quina milia aeris et libertatem; pretium eorum ex aerario solutum est dominis.*”

Wir müssen hier noch eine juristisch-technische und eine dogmatische Frage stellen.

Die juristisch-technische Frage bezieht sich auf die Form der Freilassung. Nach dem Kauf und nach der Übergabe der Sache wurde der Staat der Eigentümer, so konnte er über die Freilassung frei entscheiden. Über die angewandte Form der Freilassung schweigen aber unsere literarischen Quellen. Mommsen meint, die Anwendung der privatrechtlichen Förmlichkeiten sei dazu nicht erforderlich gewesen.<sup>50</sup> Kunkel hält diese Meinung für nicht bewiesen,<sup>51</sup> er vermutet nach Livius für die Einzelfreilassungen die *manumissio vindicta*, für die Massenfrelassungen die *manumisso censu*.<sup>52</sup> Beide Techniken kennen wir aus dem Privatrecht, das bedeutet aber nicht, dass diese Formen im Privatrecht entwickelt worden sind, es bedeutet auch nicht, dass sie ausschließlich im Privatrecht anwendbar waren! Nach Livius war die erste Anwendung der *manumissio vindicta*<sup>53</sup> ausdrücklich eine öffentlich-rechtliche Anwendung gewesen. Abgesehen davon, ob die beschriebene Szene die historische Wahrheit, oder nur eine Erklärungshypothese von Livius ist, abgesehen auch von der Ursprungsfrage, gilt es festzuhalten, dass beide Methoden die Mitwirkung eines Magistrats erforderte: für die *manumissio vindicta* war der Konsul oder später der Prätor, für *manumisso censu* der Zensor unentbehrlich. Der Zensor konnte leicht die öffentlich-rechtliche Freilassungen *ex officio* in seinen Listen durchführen, der Konsul oder der Prätor brauchte aber eine für die Freiheitsklage einen Scheinkläger, der auch ein Magistrat mit niedriger Rangstellung sein konnte (z.B. Quästor, Ädil) und für dessen Mitwirkung der Konsul oder der Prätor leicht sorgen konnte.

Die Frage der Dogmatik bezieht sich auf die Einordnung dieser öffentlich-rechtlichen Käufe in die verschiedenen Kategorien des Kaufes: die freiwilligen Kaufverträge, Zwangskäufe und die Enteignung. Es handelt sich hier offensichtlich um keinen reinen freiwilligen Kauf. Hier handelt es sich eher um einen Enteignungsfall: es prallen das öffentliche Interesse (die Belohnung der Sklaven durch Freilassung) und das Privatinteresse der Herren (die Vermeidung der Minderung ihres Vermögens) aufeinander. Der Römerstaat konnte einen Eigentümer nicht zu der Aufgabe seines Eigentums, also zur Freilassung, zwingen, das Eigentumsrecht konnte weder willkürlich noch unentgeltlich entzogen werden. Doch hätte er die Möglichkeit zur Enteignung gehabt, er hätte das Eigentumsrecht an der Sache gegen

<sup>50</sup> MOMMSEN aaO. I. 322. „Die gewöhnliche privatrechtliche Form, die Vindicta, konnte dabei natürlich gebraucht werden; erforderlich aber ist sie nicht, wie überhaupt keines der privatrechtlichen Formalien für die Gemeinde selbst verbindlich ist, sondern es genügt jede deutliche Erklärung des beikommanden Magistrats.“

<sup>51</sup> Wolfgang KUNKEL – Roland WITTMAN: *Staatsordnung und Staatspraxis der römischen Republik, Die Magistratur*. München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1995. 135. „Mommsens Meinung, daß die Freilassung seitens des Staates nicht an die im Privatrecht geltenden Formen gebunden gewesen sei (StR I 322), ist wohl nicht begründet.“

<sup>52</sup> KUNKEL–WITTMAN aaO. 135. „Nichts deutet darauf hin, dass in Fällen von Einzelfreilassungen die Form der *manumissio vindicta* unterblieben sei. Dafür, daß sie vielmehr gebraucht wurde spricht immerhin LIV. 2.5.10.“

<sup>53</sup> LIV. 2.5.10. „*Ille primum dicitur vindicta libertatis.*“



einen Geldentschädigung erwerben können. Die Römer vermieden aber wo es möglich war, solche erzwungenen Situationen und zogen den Kauf vor. Deswegen ist die Existenz des Zwangskaufes (*emere ab invito*) oder der Enteignung im römischen Recht (*publicatio*)<sup>54</sup> eine interessante und in der Literatur viel diskutierte Frage.<sup>55</sup> Bei Livius finden wir dazu zwei Beispiele, die aber nicht vom Sklavenkauf handelten, uns aber dennoch als Hilfsmittel dienen können. Im ersten Fall fanden Arbeiter bei Grabungsarbeiten auf dem Grundstück des Schreibers L. Petilius zwei Steinsarkophage in dem Jahr 181 v. Chr.<sup>56</sup> Der erste war nach seiner Beschriftung der Sarg von König Numa Pompilius, er war aber ganz leer. In dem anderen fand man aber Schriftrollen, sieben mit griechischen, sieben mit lateinischen Texten zu Themen der Philosophie bzw. der Religion. Der amtierende Prätor Q. Petilius war mit dem Eigentümer L. Petilius in enger Freundschaft verbunden. Sie könnten ihrem Namen nach sogar Verwandte gewesen sein, doch halte ich eine Beziehung *patronus-libertinus* für eher plausibel.<sup>57</sup> Diese Vermutung stützt sich nicht nur auf den Wortgebrauch des Livius, sondern auch auf die Tatsache, dass L. Petilius von eben demselben Q. Petilius während dessen Quästur in die Schreibergilde (*decurio scribae*)<sup>58</sup> aufgenommen wurde. Es arbeiteten Freie und Sklaven als Schreiber, es ist also nicht ausgeschlossen, dass der Eigentümer des Grundstückes früher als Sklave gearbeitet hatte. Der Prätor entlieh die Bücher zum Lesen, kam aber nach der Lektüre zur Ansicht, dass diese aus religiösen Gründen vernichtet werden müssten.<sup>59</sup> Mit Rücksicht auf ihre guten persönlichen Beziehungen gab er aber dem Eigentümer die Möglichkeit zur Rückforderung der Bücher. Er hätte das nach Livius auf zwei Wegen versuchen können: durch Berufung auf sein Eigentumsrecht („*seu ius*“) oder mit der Unterstützung von jemandem („*seu auxilium*“). Diese zwei Hinweise beziehen sich auf die privatrechtlichen und auf die öffentlich-rechtlichen Möglichkeiten, die theoretisch zu seiner Verfügung standen.<sup>60</sup> Die erste wäre also die Einbringung einer privatrechtlichen Klage. In diesem Fall war das aber unzulässig: der Besitzer war der *praetor urbanus*, man konnte ihn daher während seiner Amtszeit überhaupt nicht klagen. Das andere Hindernis war das Patronatsverhältnis: dieses schloss eine

<sup>54</sup> African D. 19.2.33.

<sup>55</sup> Eine ausführliche Bearbeitung dieses Themas siehe bei: PENNITZ: *Der „Enteignungsfall“ im Römischen Recht der Republik und des Prinzipats*. Wien–Köln–Weimar, Böhlau Verlag, 1991.; siehe noch: Enrique LOZANO CORBI: *La expropiación forzosa, por causa de utilidad pública y en interés del bien común en derecho romano*. Zaragoza, Mira Editores, 1994.

<sup>56</sup> Liv. 40.29.3–14.

<sup>57</sup> Dies wird auch mit dem Wortgebrauch „*erat familiaris usus*“ unterstützt. Man könnte das nicht nur im allgemeinen Sinne als „Freundschaft“, sondern auch im technischen Sinne, als die Beziehung zwischen *patronus* und *cliens* verstehen. Siehe: Liv. 40.29.10., PENNITZ aaO. 55. Fn. 68. „Möglicherweise denkt Livius an einen Freigelassenen des Prätors Q. Petilius, der dessen *nomen gentile* angenommen hat.“

<sup>58</sup> Liv. 40.29.11.

<sup>59</sup> Vgl. MOMMSEN aaO. II. 509., TACIT. ann. 4.35., Liv. 40.29.14.

<sup>60</sup> Pennitz nimmt aber nur eine Möglichkeit an. PENNITZ aaO. 61. „Der Schreiber kann nach den Worten des Prätors „*seu ius seu auxilium*“ für sich in Anspruch nehmen: In der Tat versucht dieser, das alte *ius auxilii*, die Grundaufgabe der Volkstribune, für sich in Bewegung zu setzen.“

Klageerhebung gegen den Patron für immer aus.<sup>61</sup> So blieb nur die andere Möglichkeit: die Anforderung der Verteidigung durch die Volkstribune, die gegen die Entscheidung des Prätors – also gegen die Vernichtung der Bücher – ein Vetorecht hatten. Der Bericht von Livius ist nun deswegen sehr interessant, weil er die zwei Möglichkeiten nicht ausschließt! Der Schreiber wählte schließlich die zweite Möglichkeit, meiner Meinung nach deswegen, weil er die erste nicht wählen konnte! Die Volkstribune trugen also die Sache im Senat vor. Hier fand aber leider keine Diskussion statt, weil der Prätor versprach, zu beeden, dass die Bücher vernichtet werden müssten (*iusiurandum polliceretur*<sup>62</sup>). Das überzeugte den Senat und er ordnete das öffentliche Verbrennen der Bücher auf dem Forum an.<sup>63</sup> Es wurde aber gleichzeitig dem Eigentümer eine Geldentschädigung angeboten, deren Höhe vom Prätor und von den Volkstribunen später geschätzt werden sollte. Der Eigentümer nahm aber schließlich die Summe nicht an. So stellt sich die Frage, ob man diesen Sachverhalt als eine Enteignung verstehen kann. Pennitz bestreitet – entgegen den verbreiteten Lehrmeinungen, die die „Enteignung“ als ein Zwangsmittel außerhalb des Rechts annehmen<sup>64</sup> –, lässt aber die Möglichkeit eines „rechtlichen“ Verfahrens zumindest offen.<sup>65</sup> Es ist klar, dass das ganze Verfahren auf der Amtsbefugnis des Prätors fußte, doch muss ich darauf hinweisen, dass die Sachen hier nicht dem Eigentümer weggenommen wurden, sondern er die Bücher dem Prätor zur Lektüre freiwillig übergab.<sup>66</sup> Es war also ein Rechtsgeschäft des Privatrechts, nämlich eine Bittleihe (*precarium*). Wir können das spätere Verhalten des Prätors – trotz der übertriebenen privatrechtlichen Standpunkte – keinesfalls als außerrechtlich betrachten. Die Amtsgewalt des Prätors (*imperium*) war in dem öffentlichen Recht geregelt. Es sind sogar zwei theoretische Rechtswege aus dem Bericht von Livius erkennbar und

<sup>61</sup> ULP. D. 4.6.26.2.

<sup>62</sup> LIV. 40.29.13. Die entscheidende Rolle des Eides kennt man auch im Privatrecht. Dazu siehe: ZLINSZKY, János: *Ius privatum – Római magánjog*. Budapest, Osiris Kiadó, 1998. 40.

<sup>63</sup> LIV. 40.29.14.

<sup>64</sup> PENNITZ aaO. 201–202. „Der Auffassung [...] steht die Argumentation von Brasiello sowie von Ankum entgegen, der sich in neuerer Zeit auch die meisten Lehr- und Handbücher zum römischen (Privat-) Recht angeschlossen haben: Demnach lägen die von den römischen Beamten geübten Zwangsmaßnahmen außerhalb des Rechts, und die betroffenen Privateigentümer hätten angesichts der politischen und faktischen Macht, die in Händen der Magistrate lag, bloß nicht gewagt, sich der Herausgabe ihres Eigentums zu widersetzen.“

<sup>65</sup> PENNITZ aaO. 202. „Eine Bestätigung für die Charakterisierung des hoheitlichen Vorgehens als Rechtsakt findet sich m. E. in der Tatsache begründet, dass die staatlichen Organe bei Eigentumseingriffen offenbar an ein relativ genau umrissenes und in diesem Sinn einheitliches Verfahren gebunden waren, um rechtmäßig zu agieren.“

<sup>66</sup> LIV. 40.29.9. „*studiosus legendi libros eos a L. Petilio sumpsit*:“ Dazu PENNITZ aaO. 54. „Der Schreiber übergab die Bücher offensichtlich aus freien Stücken dem *praetor urbanus*.“ PENNITZ aaO. 56–57. „Bereits dieses Detail macht deutlich, dass der Livius-Passage nicht der typische Verlauf eines Enteignungsfalls im öffentlichen Interesse zugrunde liegt, da die Besitzposition nicht mehr mit hoheitlichem Eingriff entzogen zu werden brauchte.“, PENNITZ aaO. 62. „Zusammenfassend läßt sich also feststellen, daß Livius von einem Eigentumsentzug berichtet, dessen Vorgeschichte nicht den typischen Verlauf einer „Enteignung“ zeigt, da sich die Bücher bereits in der Gewahrsame der Prätors befinden.“

einer davon wurde von dem Eigentümer tatsächlich in Anspruch genommen. Daran ändert die Tatsache nichts, dass der Eigentümer die Vernichtung der Bücher nicht verhindern konnte. Wäre sein Eigentumsrecht von einer außerrechtlichen Macht eingezogen worden, so wäre die Frage nach der Möglichkeit einer Entschädigung gar nicht aufgetaucht. Ich halte diesen Tatbestand nach dem römischen Recht für ganz eindeutig: der Magistrat griff aus öffentlichem Interesse – das war der Schutz des römischen Kultwesens<sup>67</sup> – in die Privatsphäre des Bürgers ein, das durfte aber keinen Vermögensverlust für den Bürger verursachen. Die Tatsache, dass der Eigentümer die Entschädigungssumme nicht angenommen hatte, ändert daran nichts. Wir kennen mehrere Beweise aus der Geschichte Roms, wo die Bürger ihr materielles Interesse hinter das Interesse der Gemeinschaft stellten.<sup>68</sup> Wir können diesen Sachverhalt also ohne Zweifel dem Begriff des modernen Enteignungsrechts zuordnen.

Der zweite Fall ist ein weniger direkter Hinweis auf Enteignung: es handelt sich um Probleme bei dem Bau einer Wasserleitung:

*Liv. 40.51. „Sie hatten außerdem auch einen Betrag gemeinsam. Davon ließen sie zusammen eine Wasserleitung bauen und die Bögen errichten. Bei dieser Arbeit machte M. Licinius Crassus Schwierigkeiten, der nicht dulden wollte, daß die Wasserleitung über sein Land geführt wurde.“<sup>69</sup>*

Die erste rätselhafte Frage ist hier, ob diese Wasserleitung letztendlich überhaupt errichtet worden ist? Der Text weist eher auf eine Verspätung der Arbeiten, als auf deren Verhinderung hin.<sup>70</sup> Pennitz schließt auch eine Umgehung des Gebietes technisch nicht aus.<sup>71</sup> Andere Quellen erwähnen allerdings keinen Wasserleitungsbau in dieser Zeit,<sup>72</sup> es kann eher auf die erfolgreiche Verhinderung des Baues geschlossen werden. Dies ist auch die herrschende Meinung in der Literatur, Pennitz sucht aber die Erklärung im Bau einer Bewässerungsanlage auf Grund einer Festus-Stelle und das erklärt auch das Schweigen von Frontin, der nur von Wasserleitungen, nicht aber von irgendwelchen Bewässerungsanlagen berichtete.<sup>73</sup> Wenn wir aber bei der

<sup>67</sup> PENNITZ aaO. 59. „Das wahre Motiv der Bücherverbrennung scheint wohl im Schutz des römischen Kultwesens vor fremden, in diesem Fall wohl griechischen Einflüssen zu liegen.“

<sup>68</sup> Dazu gehören z. B. die Darlehen für den Staat (LIV. 6.4., und LIV. 26.36., 29.16., 31.13., 39.7.) und die Verträge mit dem Staat unter der Bedingung der Zahlungsaufschub. (Bei der Kaufverträge: LIV. 34.6., bei der Kriegslieferungen: LIV. 23.48–49., bei der Bautätigkeiten: LIV. 24.18.)

<sup>69</sup> LIV. 40.51.7. „*Habuere et in promiscuo praeterea pecuniam: ex ea communiter locarunt aquam adducendam forniseque faciendos. Impedimento operi fuit M. Licinius Crassus, qui per fundum suum duci non est passus.*“

<sup>70</sup> PENNITZ aaO. 70. „Die Weigerung war – wie wir sofort sehen werden – lediglich hinderlich.“

<sup>71</sup> PENNITZ aaO. 71. „doch ist es in der Tat nicht ausgeschlossen, daß der licinische *fundus* baulich umgangen wurde.“

<sup>72</sup> Frontin erwähnt auch keinen Wasserleitungsbau zwischen der *aqua Anio Vetus* von 272 v. Chr. (Front. 6.) und der *aqua Marcia* von 145 v. Chr. (Front. 7.).

<sup>73</sup> PENNITZ aaO. 71. „Aus der Festus-Stelle geht hervor, dass es sich um eine Bewässerungsanlage ca. vier Kilometer von Rom entfernt gehandelt haben muß, deren Bau im Jahr 179 v. Chr. begonnen wurde.“

Wasserleitung-Erklärung bleiben, kommt sofort die nächste Fragestellung: Kannte das römische Recht überhaupt die Enteignung, wenn ein Privatmann solche Widerstände leisten konnte? Mehrere Autoren geben auf Grund dieser Quelle eher eine ablehnende Antwort.<sup>74</sup> Pennitz meint dagegen – den Standpunkt von De Robertis akzeptierend<sup>75</sup> – keine derartige Folgerung aus dieser einzigen Quellenstelle gegenüber anderen Quellenberichten ableiten zu können. Ich vertrete auch die Meinung, dass die Römer zwar die Enteignung als Möglichkeit gekannt haben müssen, doch statt dessen dieser lieber den Kaufvertrag verwendet haben. Diese Quellenstelle gibt uns keine Antwort darauf, ob die Zensoren gegen den Widerstand des Eigentümers die Arbeiten nicht durchführen konnten oder nur nicht durchführen wollten. Meiner Meinung nach kann die Antwort darauf auch sein, dass die Zensoren, als sie auf Widerstand stießen, einfach nach anderen Bautätigkeiten suchten. Übrigens halte die Erklärung von Pennitz über den Bau einer Bewässerungsanlage auch für plausibel, so löst sich der Widerspruch zum Schweigen anderer Quellen.

#### 4. Zusammenfassung

Als Zusammenfassung können wir festhalten, dass die Freilassung nicht nur nach dem römischen Privatrecht, sondern auch nach dem öffentlichen Recht möglich war. Eine Freilassung von Massen konnte durch die Entscheidung des Senats vorkommen. Das war eine politische Entscheidung des Senats und der aktuelle Magistrat mit Imperiumsgewalt war für den Vollzug dieser Entscheidung zuständig. Die rechtliche Begründung war dafür allgemein eine nicht ordnungsgemäß verkündete Kriegserklärung. Manchmal war es ausreichend, wenn der Gegner sich in einem ordnungsgemäß erklärten Krieg ergab.

Die Entscheidung darüber war mit der politischen Situation eng verbunden. Die Rechtstechnik dafür war die *in integrum restitutio*, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Zu der anderen Gruppe gehören die Fälle, wo der Römerstaat einzelne Sklaven oder Gruppen von Sklaven prämierte. Der Grund dafür war immer eine Wohltat für den Römerstaat: Anzeige schwere Kriminalverbrecher, Kampf gegen Brände und als einzige Ausnahme auch der tatsächliche bewaffnete Kampf für Rom. Im letzteren Fall gab der Staat auch ein vorläufiges Versprechen zur Freilassung und hielt auch sein Wort. In den anderen Fällen kam es zwar zu keinem förmlichen Versprechen doch konnte man immer damit rechnen, dass der Römerstaat in vergleichbaren Situationen in der Zukunft auch vergleichbar großzügig handeln würde.

<sup>74</sup> PENNITZ aaO. 68–69. „Immer wieder findet man den Liviuustext dahingehend interpretiert, dass für Rom ein neuer Aquädukt geplant war und nach der Auftragsvergabe der dafür erforderlichen Arbeiten an der Weigerung eines einzelnen Eigentümers scheiterte.“

<sup>75</sup> PENNITZ aaO. 69. „Auch De Robertis kann nur darauf verweisen, daß ein singulärer und in seiner Bedeutung „dunkler“ Text neben einer Vielzahl zugunsten der Enteignung sprechender Belege nicht überbewertet werden dürfe.“

Die juristisch-technische Verwirklichung der Freilassung lässt sich aus den literarischen Quellen nicht erschließen, was aber nicht weiter problematisch ist: bei zwei privatrechtlichen Formen der Freilassung (*manumissio vindicta*, *manumisso censu*) war auch eine Mitwirkung der Magistrate erforderlich, so konnte man diese Formen ohne weiteres auch auf eine öffentlichrechtliche Entscheidung anwenden. Unsere Quellen benutzen nur das allgemeine Wort (*manumissio*), das schließt aber nicht die Anwendung verschiedener Formen aus. Obwohl die zwei Sphären des römischen Rechts (*ius publicum* – *ius privatum*) streng getrennt waren, sehen wir doch auch hier, dass sie die gleiche Mittel (*in integrum restitutio*, *manumissio*) verwendeten haben.



## ARTICLES

### WOMEN’S RIGHTS IN REFERENDUMS

László KOMÁROMI  
Pázmány Péter Catholic University

#### 1. Introduction<sup>1</sup>

Nowadays when women’s equality to men before the law cannot be questioned in Western societies, it may seem strange that in times when natural and unalienable human rights were first declared by state constitutions this equality was not at all self-evident. This appears in writings from times of the French Bourgeois Revolution which argue for equal rights of men and women. In 1790, the French philosopher and political scientist Nicolas de Condorcet (1743–1794) justified this equality with men’s and women’s equal sensibility and susceptibility to produce ideas on moral issues and the ability to reason about such ideas.<sup>2</sup> However, the realization of this principle in political life required a long and painful battle. Olympe de Gouges (1748–1793), French writer and political activist, author of the pamphlet known as “Declaration of the Rights of Woman and the Female Citizen” of 1791, still tried without success to get the National Assembly to decree female rights. In her Declaration, she extended the rights ensured by the 1789 “Declaration of the Rights of Man and of the Citizen” to women as well.<sup>3</sup> At the same time in England, the British feminist Mary Wollstonecraft (1759–1797) argued for equal rights of women in her essay “A Vindication of the Rights of Woman” (1792). She emphasised the importance of rational education of women which would enable them to contribute

<sup>1</sup> Written version of a paper presented at the XIX<sup>th</sup> European Forum of Young Legal Historians, 15–18 May 2013, Lille and Ghent.

<sup>2</sup> “Or, les droits des hommes résultent uniquement de ce qu’ils sont des êtres sensibles, susceptibles d’acquiescer des idées morales, et de raisonner sur ces idées; ainsi les femmes ayant ces même qualités, ont nécessairement des droits égaux.” Nicolas de CONDORCET: Sur l’admission des femmes au droit de cité. *Journal de la Société de 1789*, 3 July 1790, Nr. V.

<sup>3</sup> The pamphlet was originally addressed to Queen Marie Antoinette and bore the title “Les Droits de la Femme”. For an English translation see John R. COLE: *Between the Queen and the cabby: Olympe de Gouges’s Rights of Woman*. Montreal, McGill-Queen’s University Press, 2011. 27 ff.

to social progress.<sup>4</sup> Although democratic political systems were more likely to accept and ensure human rights in history, democratic decision-making processes didn't always contribute to their recognition, what's more, they even turned out to hinder the extension of specific rights.

In the following I would like to highlight one aspect of the development of women's rights: what role did referendums play in this process? In this respect, the two issues which emerged most frequently in direct popular votes were the women's suffrage and the problem of abortion. What was the legal background of these referendums and to what extent did the institutional design influence the result of the votes? What other factors can be identified which promoted the success of referendums, or on the contrary, which made direct popular decisions an impediment to the expansion of women's rights? To what extent are referendums suitable tools in deciding on human rights matters?

As resources for finding examples which can help to get closer to the answers, I used the databases of the Centre for Research on Direct Democracy in Aarau and Beat Müller's Database and Search Engine for Direct Democracy.<sup>5</sup>

## 2. Women's suffrage

### 2.1. The evolution of women's suffrage in general

The pioneers of introducing female franchise can be found in America. Until the second half of the 19<sup>th</sup> century women's suffrage was an exceptional phenomenon. Presumably the first example that can be mentioned is the 1776 Constitution of New Jersey which didn't make any difference between men and women when laying down the conditions of franchise: full age, a clear estate worth fifty pounds and twelve months' residence in the colony.<sup>6</sup> As proprietary rights of married women

<sup>4</sup> "Asserting the rights which women in common with men ought to contend for, I have not attempted to extenuate their faults; but to prove them to be the natural consequence of their education and station in society. If so, it is reasonable to suppose that they will change their character, and correct their vices and follies, when they are allowed to be free in a physical, moral, and civil sense. Let woman share the rights, and she will emulate the virtues of man..." Mary WOLLSTONECRAFT: *A vindication of the rights of woman: with strictures on political and moral subjects*. Third edition, London, J. Johnson, 1796. 450–451. Both Condorcet's train of thought and the views of Olympe de Gouges and Mary Wollstonecraft are mentioned by Alfred KÖLZ: *Neuere Schweizerische Verfassungsgeschichte. Ihre Grundlinien in Bund und Kantonen seit 1848*. Bern, Stämpfli, 2004. 783–784.

<sup>5</sup> See: <http://www.c2d.ch/votes.php?table=votes> and <http://www.sudd.ch> (accessed: 11 April 2016).

<sup>6</sup> Sec. 4.: "That all Inhabitants of this Colony of full Age, who are worth Fifty Pounds proclamation Money clear Estate in the same, and have resided within the County in which they claim a Vote for twelve Months immediately preceding the Election, shall be entitled to vote for Representatives in Council and Assembly; and also for all other publick Officers that shall be elected by the People of the County at Large." Horst DIPPEL (ed.): *Constitutions of the world from the late 18<sup>th</sup> century to the middle of the 19<sup>th</sup> century. Constitutional documents of the United States of America 1776–1860*, Part V. München, Saur, 2007. 26.



were limited, this regulation practically entitled single women to cast their votes for parliamentary representatives and other officers. However, this early concession proved to be short-lived as in 1807 the Parliament reinterpreted the constitutional provision on franchise and passed a new election law which only provided suffrage for taxpaying adult white male inhabitants.<sup>7</sup>

Only in the second half of the 19<sup>th</sup> century did it come to the introduction of female franchise without property qualifications in a series of US member states. The Territory of Wyoming<sup>8</sup> can take pride in being the first in this process as in 1869 the women's right of suffrage and to hold office was enacted by the Council and the House of Representatives.<sup>9</sup> The example was later followed by further American states: Utah (1870), Colorado (1893) and Idaho (1896). As for other parts of the world: New Zealand introduced women's suffrage – the first to do so at state level – in 1893, Australia in 1902; in 1906 Finland as first European country did likewise, followed by Norway (1913) and Denmark (1915). After the First World War further countries did the same (Russia 1917, Austria 1918, Germany 1919, USA 1920) and in a second wave of democratization around the end of the Second World War almost every European country adopted free female franchise.<sup>10</sup>

## 2.2. The Republic of the Philippines (1937)

The extension of voting rights to women happened only exceptionally by means of referendum. One of the first exceptions was the Republic of the Philippines.

After more than three centuries under Hispanic rule the islands were ceded by Spain to the USA in 1898 as a result of the Spanish-American War. In 1934, the US Congress passed the Philippine Commonwealth and Independence Law which authorized the Philippine Legislature to provide for the election of a constitutional convention in order to elaborate an own constitution for the Commonwealth of the Philippine Islands. The Law envisaged a transitional period of ten years for establishing an independent Philippine Republic. The constitutional convention's draft was approved by the President of the USA and subsequently – in pursuance of the Law – submitted to the people of the islands for ratification. In May 1935, Philippine people ratified the Constitution with a majority of 96% of the votes.<sup>11</sup>

<sup>7</sup> Judith Apter KLINGHOFFER – Lois ELKIS: The petticoat electors: women's suffrage in New Jersey, 1776–1807. *Journal of the Early Republic*, 12, 1992/2. 159–161.

<sup>8</sup> Wyoming was admitted into the United States as the 44<sup>th</sup> state in 1890.

<sup>9</sup> Sect. 1.: “*That every woman of the age of twenty-one years, residing in this territory, may, at every election to be holden under the laws thereof, cast her vote. And her rights to the elective franchise and to hold office shall be the same under the election laws of the territory, as those of electors.*” *General laws, memorials and resolutions of the Territory of Wyoming, passed at the first session of the Legislative Assembly, convened at Cheyenne, October 12, 1869.* Cheyenne, 1870. 371.

<sup>10</sup> KÖLZ (2004) op. cit. 785.

<sup>11</sup> George Arthur MALCOLM: *The Commonwealth of the Philippines*. New York, D. Appleton-Century Company, 1936. 59–64, 132–145, 421, 424–425; the text of the Constitution: 435–458.

The Constitution of 1935 established a presidential system of government based on the US Constitution, with a unicameral National Assembly as legislator, a President as executive power and a Supreme Court with inferior courts for the judiciary. For the amendment of the Constitution a proposal of three-fourths of the National Assembly or the convocation of a convention was required, but in both cases the amendment only became valid if it was submitted to the people for direct vote and ratified by the majority of votes cast. Thus, any amendment was subject to mandatory constitutional referendum.<sup>12</sup>

Although women were entitled to participate in the referendum of 1935, female franchise was not ensured by the Constitution.<sup>13</sup> It only enfranchised literate male citizens of twenty-one years or over who had acquired one year's residence in the Philippines. However, the Constitution encompassed a further provision as well: *"The National Assembly shall extend the right of suffrage to women, if in a plebiscite which shall be held for that purpose within two years after the adoption of this Constitution, not less than three hundred thousand women possessing the necessary qualifications shall vote affirmatively on the question."*<sup>14</sup> This clause practically meant that the Constitution entrusted – for a period of two years – the women themselves with the decision on their own suffrage. Some feminist organisations which demanded equal political rights for women since the first decades of the 20<sup>th</sup> century (Asociacion Feminista Filipina, 1905; Asociacion Feminista Ilongga, 1906)<sup>15</sup> certainly contributed as motivating factors to this authorization made by the constitutional convention. The Constitution didn't contain any rule on how to initiate a popular vote on the issue. Finally in 1936, the National Assembly passed a special law (Commonwealth Act No. 34) which ordered the plebiscite. On 30 April 1937, 492,032 votes were cast out of 588,052 registered female voters. 91% of the votes were affirmative, the right of suffrage was thus extended to women.<sup>16</sup>

### 2.3. The Republic of Liberia (1946, 1955)

Liberia was established as an attempt to form a civilized Christian state in West Africa from liberated slaves repatriated from the USA to the black continent. The plan was advocated by the American Colonisation Society (ACS) and supported by the US Government. In 1822, the first colony was founded at Cape Montserrado, later named Monrovia after the American president James Monroe. In the 1830s, other state colonisation societies also established settlements which were united into the "Commonwealth of Liberia", administered by the Board of Directors, a body

<sup>12</sup> Art. XIV, sec. 1.

<sup>13</sup> MALCOLM op. cit. 36, 212.

<sup>14</sup> Art. V, sec. 1.

<sup>15</sup> Lilia QUINDOZA-SANTIAGO: Roots of feminist thought in the Philippines. (translated by Thelma B. KINTANAR) *Review of Women's Studies*, 6, 1996/1. 165.

<sup>16</sup> *Second annual report of the President of Philippines to the President and Congress of the United States covering the calendar year ended December 31, 1937*. Washington, 1939. 18.

composed of delegates of the societies. After conflicts with British coastwise traders who didn't have much respect for the regulations of the Liberian Government,<sup>17</sup> the ACS proposed to the "people of the Commonwealth of Liberia" to adopt a constitution and "to undertake the whole work of self-government".<sup>18</sup> The constitution was ratified by popular vote in 1847 and the new state recognised by foreign powers in 1848–1849 (only in 1862 by the USA).<sup>19</sup>

The Constitution of 1847 was modelled after the Constitution of the United States of America, however, real political life differed in many respects from the principles of the latter. The power was centralized in the executive branch and the country governed by the repatriated elite. The True Whig Party dominated Liberian politics all by themselves from the end of the 1870s, for more than a hundred years. On the other hand, the great mass of indigenous inhabitants lived in the interior provinces in a tribal system and disparaged the measures of the central government which wasn't able to control large parts of the country.<sup>20</sup>

As for the election of the House of Representatives and of the Senate, the Constitution enfranchised male citizens starting from the age of twenty-one who possessed real estate. In addition, the Constitution required residence of two and three years, respectively, the possession of a specific value of real estate (150 and 200 dollars, respectively), and a higher age limit (twenty-three or twenty-five) to become eligible as representative or senator.<sup>21</sup> As for constitutional amendments not only a two-third majority vote of both Houses but also a popular approval by two thirds of all electors was mandatory,<sup>22</sup> the extension of franchise to women could only be realized in a series of referendums. This process ran parallel with the extension of the voting rights of male citizens.

Large masses of inhabitants living in the inland provinces were practically excluded from male franchise due to the voting precondition of possession of real estate. In 1944, the Parliament passed a constitutional amendment which recognised huts in the hinterland provinces as equivalent to real estate provided that the possessor paid the hut tax. The same was applied to the criteria of eligibility for representatives (but not for senators). This amendment was approved in a referendum in May 1945, thus, male citizens not less than twenty-one years of age living in the inland provinces

<sup>17</sup> Britain regarded the Commonwealth and the ACS as private persons, not as a sovereign entity entitled to levy customs duties, see: Elwood D. DUNN – Svend E. HOLSOE: *Historical Dictionary of Liberia*. Metuchen, Scarecrow Press, 1985. 46.

<sup>18</sup> John Hanson Thomas MCPHERSON: *History of Liberia*. Baltimore, The Johns Hopkins Press, 1891. 14–29., for the quotation: 30.

<sup>19</sup> *Spanish and Italian Possessions: Independent States*, No. 130: Liberia. New York, 1969. 10–11.

<sup>20</sup> Jean R. TARTTER: Government and Politics. In: Harold D. NELSON (ed.): *Liberia: a country study*. Washington, D.C., American University, 1985. 198–199, 226.; *Spanish and Italian Possessions*, 20–21, 24–25.; Raymond Leslie BUELL: *Liberia: a century of survival 1847–1947*. Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1947. 7–8.

<sup>21</sup> Art. I, sec. 11, art. II, sec. 2 and 5. For the text of the Constitution see: *British and foreign state papers 1846–1847*, vol. XXXV, London, 1860. 1301–1314.

<sup>22</sup> Art. V, sec. 17.

became enfranchised voters if they had a hut and paid the tax for it. They also became eligible to become representatives.<sup>23</sup>

Still in 1945, the Parliament adopted a next amendment, which extended the male active suffrage to women of twenty-one years possessing real estate.<sup>24</sup> This alteration practically enfranchised women living in the coastal region (in the counties), provided that they possessed real estate. Women possessing a hut in the hinterland provinces were not included. This amendment was also subject to a popular vote which took place in May 1946. In this case – contrary to the Philippine plebiscite of 1937 – only male citizens had the right to vote but they approved the introduction of female active suffrage.

A last stage in the process was a constitutional referendum in May 1955, when active franchise was granted to women who possessed a hut in the hinterland for which they paid the hut tax. In addition to this, passive suffrage of representatives was granted to all women over twenty-three years of age, who owned real estate of no less than 1,000 dollars in value or possessed a hut in the hinterland provinces. This last amendment ensured eligibility for female senator candidates only if they owned real estate above 1,000 dollars in value and reached the age of twenty-five years.<sup>25</sup> Thus, women living in the hinterland provinces were not eligible to become senators. (The negative discrimination of hinterland provinces vis-à-vis coastal provinces was ended in the middle of the 1960s.)

#### 2.4. The Swiss Federation (1959, 1971)

Switzerland qualifies as the country which has the most experience with direct democracy. Here, popular rights were developed step by step both on cantonal and on federal level in the 19<sup>th</sup>, and partly in the first half of the 20<sup>th</sup> century. The two cornerstones are facultative legislative referendums by which a certain amount of citizens are enabled to enforce a popular vote on laws passed by the Parliament and popular constitutional initiatives, which empower a specific number of citizens to initiate referendums on constitutional amendments. In addition to this, every amendment of the federal constitution must be submitted to popular vote for ratification or rejection (mandatory constitutional referendum).<sup>26</sup> The cantons have an even greater variety of instruments at their disposal.<sup>27</sup> The frequent use of

<sup>23</sup> BUELL op. cit. 8, 10, 14–15.

<sup>24</sup> DUNN–HOLSOE op. cit. xvi–xvii.

<sup>25</sup> For details see the database of Beat MÜLLER's *Database and Search Engine for Direct Democracy*: <http://www.sudd.ch>.

<sup>26</sup> For an overview of the evolution of direct democratic instruments on the federal level see: Alexander H. TRECHSEL – Hanspeter KRIESI: Switzerland: the referendum and initiative as a centrepiece of the political system. In: Pier Vincenzo ULERI – Michael GALLAGHER: *The referendum experience in Europe*. Basingstoke, Macmillan, 1996. 186–190.

<sup>27</sup> For a summary see Adrian VATTER: *Kantonale Demokratien im Vergleich. Entstehungsgründe, Interaktionen und Wirkungen politischer Institutionen in den Schweizer Kantonen*. Opladen, Leske & Budrich, 2002. 219–228.

direct democratic rights contributed to the formation of a consensus democracy, as governments tend to draw political forces into the decision-making process which are able to initiate referendums and put a veto on laws passed by the Parliament. In addition to this, such issues can also be placed on the agenda by means of popular initiatives which would otherwise be lost in the labyrinth of the parliamentary process.<sup>28</sup>

The Constitution of 1874 enfranchised only Swiss male citizens of at least twenty years of age.<sup>29</sup> The first female propagator of the women's voting rights was the historian Barbara Margaretha von Salis-Marschlins (1855–1929), who demanded equal rights to women in her article “Ketzerische Neujahrsgedanken einer Frau” (“Heretical New Year's Thoughts of a Woman”) in the newspaper “Zürcher Post” in 1887. At the end of the century, the lawyer, writer and expert in constitutional law Karl Hilty (1833–1909) also advocated the issue in his paper “Frauenstimmrecht”.<sup>30</sup> However, the Swiss Federal Assembly only addressed the topic for the first time in 1919 and forwarded the motions of Emil Göttisheim and Herman Greulich, two members of the National Council as a demand to the Federal Council which put off the discussion referring to “more urgent problems”.<sup>31</sup> In 1929, a petition signed by more than 170,000 women and by nearly 80,000 men was filed requesting the introduction of female franchise but it was not followed by a referendum because it was presented in form of a simple petition and not as a popular constitutional initiative.<sup>32</sup>

In the meantime some of the Swiss cantons also began the debate of female suffrage. Between 1919 and 1959 25 cantonal referendums were held on the issue but neither of these efforts was crowned with success. The first canton which entitled women to vote on cantonal and local level was Waadt in 1959; the example was followed by Neuchâtel (1959), Geneva (1960), Basel-Stadt (1966), Basel-Landschaft (1968), Ticino (1969), Wallis, Luzern and Zurich (1970).<sup>33</sup>

Since the end of the Second World War, the question was subject to discussions on federal level as well.<sup>34</sup> In 1957, the Federal Council completed a detailed motion to

<sup>28</sup> On direct and indirect impacts of referendums and popular initiatives see Wolf LINDER: Direkte Demokratie. In: Ulrich KLÖTI et al. (eds): *Handbuch der Schweizer Politik*. Zürich, Verlag Neue Zürcher Zeitung, 1999. 117–121.

<sup>29</sup> Art. 74, for the text of the constitution see: Alfred KÖLZ (ed.): *Quellenbuch zur neueren schweizerischen Verfassungsgeschichte. Von 1848 bis in die Gegenwart*. Bern, Stämpfli, 1996. 151–186.

<sup>30</sup> Carl HILTY: Frauenstimmrecht. *Politisches Jahrbuch der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 11, 1897. 245–296.

<sup>31</sup> Yvonne VOEGELI: *Zwischen Hausrat und Rathaus. Auseinandersetzungen um die politische Gleichberechtigung der Frauen in der Schweiz 1945–1971*. Zürich, Chronos, 1997. 171–175.

<sup>32</sup> Pursuant to art. 120 of the Federal Constitution of 1874, the number of signatures of male citizens was enough for a popular constitutional initiative (it required only 50,000). The simple petition is mentioned in art. 57 of the Constitution. For the difficulties around the introduction of female franchise in Switzerland see A. KÖLZ (1996) op. cit. 784–795. I rely on it to a large extent.

<sup>33</sup> KÖLZ (2004) op. cit. 786.

<sup>34</sup> VOEGELI op. cit. 180 ff.

the Federal Assembly which argued for the introduction of female suffrage.<sup>35</sup> After heated debates the National Council voted for the proposal with 95 “yes” votes to 37 “no” votes and 64 abstentions. However, the constitutional referendum, which took place in February 1959, led to a disappointing result: more than two thirds of the voters (66,92%) voted against the proposition with a participation of 67%.<sup>36</sup>

Nevertheless in the 60ies, the question was not taken off the agenda. The social changes transformed the traditional ideas on gender roles,<sup>37</sup> more and more cantons approved female suffrage on cantonal referendums. In addition to this, Switzerland intended to sign the European Convention on Human Rights but – in the absence of female franchise – this could only have happened with reservations. In 1969, the Federal Council proposed that the Federal Assembly reconsider the issue.<sup>38</sup> This time both Houses unanimously accepted the constitutional amendment which was submitted to referendum in February 1971. The popular vote was successful: women’s suffrage was introduced by two-thirds of the votes (65,73%) with a participation of 58% of the male voters.<sup>39</sup>

## 2.5. The Principality of Liechtenstein (1968, 1971, 1973, 1984)

An even more difficult process led to the acknowledgment of female suffrage in Liechtenstein.

The 1921 Constitution of the Principality of Liechtenstein – which was still in force during the course of referendums on female franchise – determined the form of government as a constitutional and hereditary monarchy which functions on a democratic and hereditary basis. It involved extensive popular rights, similar to that of Switzerland. Accordingly, citizens were entitled to call referendums on laws passed by the Parliament and they also had the right to launch popular initiatives both on legislative and constitutional matters. A mandatory constitutional referendum was not provided, however, the Parliament could submit constitutional amendments to the referendum at its own deliberation, furthermore a certain number of citizens were empowered to enforce referendums on constitutional amendments adopted by the Parliament.<sup>40</sup>

As for female suffrage, the Parliament first debated the question in 1965, when the parliamentary deputy Roman Gassner proposed a test ballot on which the women

<sup>35</sup> *Bundesblatt* 1957, I. 665–798, <http://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc.do?id=10039736> (accessed: 11 April 2016).

<sup>36</sup> KÖLZ (1996) op. cit. 360–361.

<sup>37</sup> For how the image of women changed in the late 1960s see: Melanie HEDIGER: *Das Bild der Schweizer Frau in Schweizer Zeitschriften. Studien zu »Annabelle«, »Schweizer Illustrierte« und »Sonntag« von 1966 bis 1976*. Fribourg, Academic Press, 2004.

<sup>38</sup> *Bundesblatt* 1969, I. 61–103, <http://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc.do?id=10044587> (accessed: 11 April 2016).

<sup>39</sup> KÖLZ (2004) op. cit. 793–794.

<sup>40</sup> Martin BATLINER: *Die politischen Volksrechte im Fürstentum Liechtenstein*. Freiburg, Institut für Föderalismus, 1993. 178.

themselves could express their will.<sup>41</sup> This proposal was rejected by the Parliament. However, three years later, due to the suggestion of the local councils,<sup>42</sup> the Parliament reconsidered its position and ordered a consultative referendum. The two dominant parties, the Progressive Citizens' Party (FBP) and the Fatherland Union (VU) were in favour of the proposal. Both men and women could vote on this plebiscite in July 1968 and 56% of the registered voters took part in the referendum. The bare majority of the women answered affirmatively (1265 "yes" and 1241 "no" votes), however, a significant majority of the men voted against the proposal (887 "yes" and 1341 "no" votes; as for the total electorate: 54,5% "no" and 45,5% "yes" proportion). The negative result provoked the formation of a women's organisation for the introduction of female suffrage ("Kommittee für das Frauenstimmrecht", 1969).

In February 1971 – three weeks after the women's franchise had been adopted in Switzerland – a second referendum was held, this time with binding force. It was not only the civil movement who advocated the issue, the parliamentary parties were also in favour of the proposal. The Parliament passed the appropriate amendment for the introduction of female suffrage but instead of putting it into force without popular vote it decided to submit it to referendum. In this case only men had the right to vote and they narrowly rejected the proposal (49 vs. 51%).

It came to a third attempt in February 1973, when the Parliament – in order to comply with the request of another civic organisation, the Working Group for Women ("Arbeitsgruppe für die Frau") – adopted female suffrage again. Although the civic organisation suggested not to put the question on the popular vote, the Parliament ordered a plebiscite in this case as well. The male voters denied the proposal again with a proportion of 56% of the votes and a participation rate at 86%.

Beyond other factors, which led to a negative answer in the third referendum, the fear of foreign women must also be mentioned. If a foreign woman married a citizen of Liechtenstein, she acquired the citizenship. On the other hand, women of Liechtensteinian origin who married foreigners lose their citizenship. Not only the possible influence of incoming women was feared but also the discrepancy was emphasized, that the introduction of female franchise would have accorded an advantage for women marrying into Liechtensteinian citizenship to indigenous women who married foreigners.<sup>43</sup>

After the third unsuccessful referendum, a series of "small steps" were taken in order to overcome the obstacles which had a part in the negative result. In 1974, the Parliament passed an amendment which made the repatriation of women who lost their citizenship by marrying a foreigner possible within five years. In 1976, the Parliament adopted a constitutional amendment which entitled local communities to give voting

---

<sup>41</sup> Wilfried MARXER: 20 Jahre Frauenstimmrecht – Eine kritische Bilanz. Erweiterte Fassung eines Vortrages zur Jubiläumsveranstaltung "20 Jahre Frauenstimmrecht" am 26. Juni 2004 in Vaduz. *Beiträge, Liechtenstein-Institut*, Nr. 19/2004. 5. For the history of Liechtensteinian referendums on female suffrage I rely on this work, esp. 4–10.

<sup>42</sup> Paul VOGT: *125 Jahre Landtag*. Vaduz, Selbstverlag des Landtags des Fürstentums Liechtenstein, 1987. 246.

<sup>43</sup> MARXER op. cit. 6–7.

rights to women in local matters. The communities introduced female suffrage one after the other. Like Switzerland, Liechtenstein also ratified the European Convention on Human Rights which became an argument for the introduction of female suffrage. In addition to this, new social movements were started (“Aktion Dormröschen” – “Action Sleeping Beauty”; “Männer für das Frauenstimmrecht” – “Men for Female Franchise”) which entered upon a campaign for women’s suffrage. The two big parties also established their organisations for the issue. Finally, the Parliament put the question of female franchise on its agenda again. First it introduced a waiting period of twelve years to acquire citizenship by naturalization for foreign women who married into Liechtenstein. Thus, the argument relating to the discrimination of indigenous to foreign women was rendered harmless. Then the Parliament adopted a constitutional amendment on female franchise. The subsequent referendum in July 1984 was already successful: 51,3% of the men voted for the enfranchisement of women with a participation of 86%.<sup>44</sup> Liechtenstein was the last European country to adopt female suffrage.

## 2.6. Conclusion

From a legal point of view referendums on female franchise were mostly held because it was compulsory to submit constitutional amendments to referendum. In this respect Liechtenstein is the only exception as the Parliament’s decision didn’t require a popular approval in this country but in this case it was also deemed to be “politically necessary” to submit the question to referendum. Interestingly, constitutional referendums played a rather delaying role in the process of the extension of voting rights to women precisely in such solid democracies as Switzerland and Liechtenstein, as men repeatedly voted down the introduction of female suffrage. In these countries, only the change of traditional ideas concerning the role of women opened the way to enfranchising. This change did certainly not only mean a more conscious attitude to the political activity of women but it also led to legislation on other female rights, especially on equal treatment of women in education and employment, and promoted women’s equality to that of men in these fields as well.<sup>45</sup> It is also remarkable that, although the possibility of “bottom-up” initiatives for constitutional amendments is given both in Switzerland and Liechtenstein, in the case of female suffrage the “initiative” finally came “from above”, from the Parliament. A possible reason for this is that before the enfranchisement of women the power to launch popular initiatives was the privilege of men and they did not consider it important to extend voting rights to women. Notwithstanding civic organisations played an important role after the issue was placed on the political agenda. Two further similarities are also to be mentioned: due to a decentralized power structure, the extension of rights was first realized in both Switzerland and Liechtenstein on the sub-national level, in the cantons and the local communities. On the other hand the joining to the Council

<sup>44</sup> MARXER op. cit. 7–10.; VOGT op. cit. 247–248, 251.

<sup>45</sup> KÖLZ (2004) op. cit. 793–794.; MARXER op. cit. 30–37.



of Europe and the ratification of the European Convention on Human Rights were promoting factors for the recognition of female franchise in both countries.

As for the Philippines, the introduction of female voting rights was a part of the process in which the country gained its sovereignty: the Constitution of 1935 was intended to lay the foundation for an independent republic, which needed democratic legitimization. Perhaps this is the reason for the unprecedented generous regulation that the women themselves could decide on their enfranchisement.<sup>46</sup> In Liberia, the adoption of female suffrage was a step in a wider and gradual democratisation process which evolved after the Second World War. The main issue of this development was the emancipation of the inhabitants of the interior provinces and it took place gradually: first male citizens were endowed with equal rights and women only followed subsequently. However, even after the enfranchisement of women, suffrage remained limited by property qualifications.

### 3. Referendums on abortion issues

#### 3.1. Introductory remarks

Referendums on abortion issues raise even more serious questions than female suffrage, as the phenomenon of induced abortion leads to a very complex mass of problems. The beginning of human life, the human nature of the unborn, the relation of the mother to her own body and her foetus, the rights of the individual and of the community – all these aspects are entwined not only in the consideration of concrete cases but also in the making of general rules for abortions. Modern state regulations of the 20<sup>th</sup> and 21<sup>st</sup> century are diverse in many respects and are mostly classified based on what extent they allow induced abortion. The range spreads from countries with full prohibition to legal systems which allow abortion on request without any specific reason. The most widespread solution is to specify indications – reasons for which an induced abortion is permissible: intervention to save the life of the pregnant woman, preservation of her physical or mental health, termination of pregnancy resulting from rape or incest, suspicion of foetal impairment, termination of pregnancy for socio-economic distress. In some countries time limits are set, mostly the first trimester, within which the abortion can be performed without any valid ground.<sup>47</sup>

Cases, when popular votes decided abortion issues are not less frequent than referendums on female franchise. According to the Centre for Research on Direct Democracy's database,<sup>48</sup> seventeen questions related to abortion were submitted to referendum since 1977 (Switzerland: 1977, 1978, 2002; Italy: 1981; Northern Mariana

---

<sup>46</sup> Theo Schiller identifies as a specific type of the emergence of direct democratic institutions if they appear in the process of the formation of independent states – see Theo SCHILLER: The emergence of direct democracy – a typological approach. In: Wilfried MARXER (ed.): *Direct democracy and minorities*. Wiesbaden, Springer VS, 2012. 35–37, 40–41.

<sup>47</sup> UNITED NATIONS, DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS, POPULATION DIVISION: *Abortion policies: a global review*. Vol. I. New York, United Nations, 2001. 1–10.

<sup>48</sup> See: <http://www.c2d.ch/votes.php?table=votes>.

Islands: 1985, 1996; Philippines: 1987; Seychelles: 1992; Ireland: 1983, 1992, 2002; Portugal: 1998, 2007; Liechtenstein: 2005). The extent of this article does not allow an in-depth study on every single case, I have therefore picked out two examples: Ireland and Italy.

### 3.2. The Republic of Ireland (1983, 1992, 2002)

The Constitution of Eire of 1937 safeguards Christian moral values and reflects the doctrine of the Catholic Church in many respects. Its preamble begins by mentioning the Holy Trinity, it protects the family as the “natural primary and fundamental unit group of society” and ensures the rights of the mother. In its original version it also recognised “the special position of the Holy Catholic Apostolic and Roman Church as the guardian of the faith professed by the great majority of the citizens”.<sup>49</sup> As for direct democracy, the Constitution involves two instruments: the mandatory constitutional referendum and a kind of facultative legislative referendum which can be initiated by the majority of the Senate and at least a third of the Lower House (Dáil) and ordered finally by the president.<sup>50</sup> The latter instrument has never been used<sup>51</sup> but the mandatory constitutional referendum led to a significant practice of direct democracy as – except for a transitional three-year period after the Constitution came into effect – every amendment of the Constitution passed by the Parliament was subject to popular vote (altogether thirty-eight between 1959 and 2015). Three main topics dominated these votes: public law issues (especially electoral matters), international agreements which involved sovereignty transfer (EU treaties) and ecclesiastical and moral issues (the position of the Roman Catholic Church, divorce, abortion, and, more recently, same-sex marriage).<sup>52</sup>

The “Offences against the Person Act” of 1861 promised severe punishment for different kinds of induced abortion.<sup>53</sup> In addition to this, in 1973, in a dictum to the Irish Supreme Court’s decision in *McGee v. Attorney General*, justice Walsh voiced

<sup>49</sup> Art. 41 and 44. The Fifth Amendment removed the special position of the Catholic Church (1972) and the provision which prohibited the dissolution of marriage was modified by the Fifteenth Amendment (1995) which provided for the dissolution of marriage in certain specified circumstances. In 2015 the Thirty-fourth Amendment enacted that “Marriage may be contracted in accordance with law by two persons without distinction as to their sex.”

<sup>50</sup> Art. 46–47, 27.

<sup>51</sup> Maurice MANNING: Ireland. In: David BUTLER – Austin RANNEY (eds): *Referendums. A comparative study of practice and theory*. Washington, D.C., American Enterprise Institute for Public Policy Research, 1978. 200–201.

<sup>52</sup> For an overview of Irish constitutional referendums see Serge ZOGG: *Direkte Demokratie in Westeuropa: Staaten*. Aarau, Bildung Sauerländer, 2000. 43–51.; Vernon BOGDANOR: Western Europe. In: David BUTLER – Austin RANNEY (eds.): *Referendums around the world: the growing use of direct democracy*. Washington, D.C., The AEI Press, 1994. 80–87.

<sup>53</sup> Art. 58: Administering drugs or using instruments to procure abortion; art. 59: Procuring drugs, &c., to cause abortion. In: Thomas W. SAUNDERS – Edward W. COX (eds): *The criminal law consolidation acts, 1861: the other criminal statutes and parts of statutes of the same session, together with a digest of the criminal cases... from 1848 to 1861*. London, John Crockford, 1861. 238–239.

his opinion that the killing of the unborn for family planning reason would infringe the Constitution.<sup>54</sup> On the other hand, the Court ruled that the right to marital privacy is safeguarded by the Constitution and that the prohibition on the sale and importation of contraceptives was inconsistent with this right. The decision gave rise to the fear in Catholic circles that in the future the Court may accept an interpretation which doesn't consider induced abortion to be an unconstitutional action. This fear was even increased by the secularization of Irish society since the mid of the 1970s: Catholic teachings were no longer adopted as the main guide of behaviour.<sup>55</sup> In response to these developments, lay activists and organisations created an association to establish the Pro-Life Amendment Campaign (PLAC) in the beginning of the 1980s in order to amend the Constitution with a rule which would have enacted the "absolute right to life of every unborn child from conception". The proposal was supported almost unanimously by the political parties in the November 1982 election campaign. Although the all-party consensus ended after the election, the new Parliament passed the appropriate amendment and put the question to popular vote. The referendum of September 1983 was successful and approved the Eighth Constitutional Amendment with 66,45% of the votes and a turnout at 54,6%.<sup>56</sup> According to the amendment, the state acknowledges and defends the right to life of the unborn with due regard to the equal right of life of the mother.<sup>57</sup> As it turns out from the wording, the right to life of the unborn and the right to life of the mother are equally protected. But what conclusion may be drawn if the two equal rights conflict with each other?

Such a case created commotion throughout the country in 1992 (also known as "X Case"). A 14 year old girl was raped, became pregnant and intended to travel to Great Britain to have an abortion. However, the Attorney General who became aware of the situation ordered the young mother to renounce her intention. In response, the girl announced that she will commit suicide if she cannot interrupt her gravidity. The High Court declared the injunction of the Attorney General to be valid. The plaintiff appealed to the Supreme Court. The Court said that in danger of suicide ("a real and substantial risk to the life") the right to life of the mother should prevail: she is entitled to travel abroad for abortion.<sup>58</sup>

<sup>54</sup> "On the other hand, any action on the part of either the husband and wife or of the State to limit family sizes by endangering or destroying human life must necessarily not only be an offence against the common good but also against the guaranteed personal rights of the human life in question." *McGee v. Attorney General* [1974] 1 *The Irish Reports* 284, 312.

<sup>55</sup> Brian GIRVIN: Social change and moral politics: the Irish constitutional referendum 1983. *Political Studies*, 34, 1986/1. 65–66.

<sup>56</sup> GIRVIN op. cit. 70–76.

<sup>57</sup> Art. 40, sec. 3 (new): "The State acknowledges the right to life of the unborn and, with due regard to the equal right to life of the mother, guarantees in its laws to respect, and, as far as practicable, by its laws to defend and vindicate that right."

<sup>58</sup> "[T]he proper test to be applied is that if it is established as a matter of probability that there is a real and substantial risk to the life, as distinct from the health, of the mother, which can only be avoided by the termination of her pregnancy, such termination is permissible, having regard to the true interpretation of Article 40, s. 3, sub-s. 3 of the Constitution". *Attorney General v. X* [1992] 1 *The Irish Reports* 1, 53–54.

The decision mobilized both “pro-life” and “pro-choice” organisations and the Parliament rapidly prepared a constitutional amendment on the abortion issue with regard to the Supreme Court’s resolution. Three proposals were put to vote in November 1992. According to the first one, abortion is prohibited unless it is necessary to save the life of the mother, but the risk of suicide is not to be considered a legitimate ground for abortion. This regulation was rejected by 65% of the votes. The second question concerned the freedom to travel for abortion and the third one the freedom to obtain information relating to abortion services lawfully available in another state. These two last proposals were adopted by 64% and 60% of the votes and with a turnout of 68%.<sup>59</sup> The new regulation practically means that 1) the real and substantial threat to the life of the mother is recognized as a legitimate ground for abortion (suicide is to be considered a real and substantial threat); 2) the mother cannot lawfully be prevented from travelling abroad to have an abortion; 3) the dissemination of information concerning legal abortion services in other countries cannot be restricted.<sup>60</sup>

Although the result was clear, the referendum didn’t establish a wide-ranging consensus. In the election campaign of 1997, Fianna Fail’s leader, Bertie Ahern promised to re-examine the abortion issue if he came to government. In 1999, his government presented a Green Paper which proposed an additional constitutional amendment and a detailed regulation to be submitted to referendum.<sup>61</sup> The “Protection of Human Life in Pregnancy Act” would have removed the threat of suicide as a legitimate ground for abortion, but it would have permitted abortion in other cases when it was necessary to prevent the death of the mother. In addition to this, the bill defined abortion as “the intentional destruction by any means of unborn human life after implantation in the womb of a woman”. This practically left the door to the interpretation of permitting “morning after” pills. Besides, the bill repeated the freedom to travel abroad for abortion which was already adopted in 1992 and prescribed an imprisonment of not more than twelve years or a fine for carrying out an abortion in Ireland.<sup>62</sup> Finally in March 2002, Irish voters narrowly rejected the bill with 50,42% of the votes with a turnout of nearly 43%. Thus, neither the proposed amendment nor the detailed statute entered into force. Their aim to put the abortion issue to rest could not be achieved.

<sup>59</sup> The alterations were enacted as Thirteenth and Fourteenth Amendments of the Constitution.

<sup>60</sup> For a summary of the 1992 referendum see Steven T. JOHANSEN: Clearly ambiguous: a visitor’s view of the Irish abortion referendum of 2002. *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, 25, 2002. 212–214.; see further ZOGG op. cit. 48–49.

<sup>61</sup> JOHANSEN op. cit. 215–217, for further analysis 218–241.

<sup>62</sup> The Twenty-Fifth Amendment of the Constitution (Protection of Human Life in Pregnancy) Bill (2001) would have amended the Constitution with a reference to the detailed regulation laid down by the Protection of Human Life in Pregnancy Act (2002). The bill also involved the latter. The Parliament passed the bill, but its entry into force was prevented by the referendum. The text of the bill is available through the following link: <http://www.oireachtas.ie/documents/bills28/bills/2001/4801/b48b01d.pdf> (accessed: 11 April 2016).

In 2013, the Parliament passed the “Protection of Life During Pregnancy Act”.<sup>63</sup> The regulation lays down the preconditions and procedures of induced abortions in Ireland in line with the Supreme Court’s decision adopted in the “X Case”.

### 3.3. The Italian Republic (1981)

The Italian Constitution of 1948 provides different forms of referendum,<sup>64</sup> however, the most used instrument is the rejective referendum (“referendum abrogativo”) which entitles 500,000 enfranchised voters or five regional councils to initiate a popular vote on the total or partial abrogation of an existing law. The referendum is valid only if the majority of enfranchised voters take part in the vote. The detailed regulation on referendums was adopted only in 1970 (Law of 25 May 1970, N° 352) and between 1974 and 2015 seventy questions were submitted to popular vote on a variety of issues (institutions and state organisation, justice, moral and social issues, environment and energy, economic and financial questions, mass media).<sup>65</sup>

Until the 1970s, induced abortion was punishable by an imprisonment of up to five years. In 1975, a feminist group, the “Movimento della Liberazione delle Donne Italiane” and the tiny “Partito Radicale” (Radical Party) started a signature collection campaign for the repeal of the article of the penal code which prescribed punishment for abortion. The referendum was postponed until 1978 but finally it was not held because in the same year the Parliament passed a law which complied with the request of the initiative.<sup>66</sup> The Law N° 194 on the social protection of motherhood and the voluntary termination of pregnancy<sup>67</sup> declared that the state protects human life from its inception and that the voluntary termination of the pregnancy shall not

<sup>63</sup> Number 35 of 2013. The text of the Act is available through the following link: <http://www.irishstatutebook.ie/pdf/2013/en.act.2013.0035.pdf> (accessed: 11 April 2016).

<sup>64</sup> The Constitution was adopted by the Constituent Assembly in December 1947 and it entered into effect on 1 January 1948. It involves the following direct democratic instruments: imperfect statutory initiative (art. 71), which entitles 50,000 electors to initiate legislation); rejective referendum (art. 75), see above; facultative referendum on regional statutes (art. 123), which can be initiated by one-fiftieth of the electors of the region or one-fifth of the regional council; mandatory referendum on the alteration of the borders of the regions (art. 132, merger, creation, separation of regions); facultative constitutional referendum (art. 138), which empowers 500,000 electors, five region councils or one fifth of the Parliament to submit to referendum constitutional amendments passed by both Houses.

<sup>65</sup> Pier Vincenzo ULERI: Italy: referendums and initiatives from the origins to the crisis of a democratic regime. In: Pier Vincenzo ULERI – Michael GALLAGHER (eds): *The referendum experience in Europe*. Basingstoke, Macmillan, 1996. 106–108.

<sup>66</sup> Paul GINSBORG: *A history of contemporary Italy: society and politics, 1943–1988*. New York, St. Martin’s Griffin, 2003. 369–370.; ULERI op. cit. 112.; Pier Vincenzo ULERI: The 1987 referenda. In: Robert LEONARDI – Piergiorgio CORBETTA (eds.): *Italian politics: a review*. Vol. 3. London, Pinter, 1989. 158. On the referendum proceedings see further Erica DiMARCO: The tides of Vatican influence in Italian reproductive matters: from abortion to assisted reproduction. *Rutgers Journal of Law and Religion*, 2009. 6–15. (online available through the following link: <http://www.lawandreligion.com/sites/lawandreligion.com/files/A10S-1DiMarco.pdf>, accessed: 11 April 2016).

<sup>67</sup> A partial English translation is available through the following link: <http://www.hsph.harvard.edu/population/abortion/ITALY.abo.htm> (accessed: 11 April 2016).

be a means of birth control. According to the law, the pregnant woman is entitled to have an abortion carried out during the first ninety days if childbirth or motherhood would seriously endanger her physical or mental health, with regard to her economic, social or family circumstances, to the circumstances of the conception and to the probability that the child would be born with abnormalities or malformations. The law prescribes further that the woman shall consult an appropriate counselling centre which has to help her to overcome the difficulties. In case the woman holds by her decision to terminate pregnancy, she is allowed to have an abortion carried out. After the first ninety days voluntary termination of the pregnancy can only be performed if the pregnancy or childbirth seriously endangers the life of the woman or her physical or mental health, for example if the foetus suffers from serious abnormalities or malformations. The Law also provides that health personnel may refuse to assist abortion if they have a conscientious objection, declared in advance.<sup>68</sup>

In 1981, as a result of popular referendum initiatives, two abrogative referendums took place on the issue. One initiative was launched by Pro-Life organisations, the “Democrazia Cristiana” (Christian-Democratic Party) and the “Movimento Sociale Italiano–Destra Nazionale” (Italian Social Movement–National Right) and was also supported by the Catholic Church. It aimed at the abolition of most legal grounds for abortion. The other was triggered by the Radical Party and tended to eliminate the restrictions. Finally, in May 1981 both proposals were refused by 68% and 88% of the votes with a turnout of nearly 80%. Although the initiative of Catholic organisations was rejected to a lesser degree than that of the Radical Party, the result was explained as the defeat of the Church, because more than two-thirds of the voters practically approved the existing regulation which allowed induced abortion.<sup>69</sup> Since the peak of 1982 (17,2 per 1,000), the number of abortions has been steadily declining among Italian women (in 2008: 7,2 per 1000), however, for foreigners living in Italy, it has been significantly increasing. Another trend can also be established: the number of gynaecologists who refuse to perform abortion for conscientious reasons has also been growing (in 2013 around 80%).<sup>70</sup> Debates over abortion issues flare up in Italy time and time again.

### 3.4. Concluding remarks

With regard to the institutional design, the Irish and Italian cases are different. In Ireland it was the instrument of the mandatory constitutional referendum which made

<sup>68</sup> Art. 1, 4–6, 9.

<sup>69</sup> Cf. Anna CAPRETTI: Direkte Demokratie in Italien. In: Hermann K. HEUSSNER – Otmar JUNG (eds): *Mehr Demokratie wagen: Volksentscheid und Bürgerentscheid: Geschichte / Praxis / Vorschläge*. München, Olzog, 2009. 166.

<sup>70</sup> Vincenzina SANTORO: A nation turns away from abortion. *Mercatornet*, 13 September 2010, [http://www.mercatornet.com/articles/view/a\\_nation\\_turns\\_away\\_from\\_abortion](http://www.mercatornet.com/articles/view/a_nation_turns_away_from_abortion); Hilary WHITE: Nearly 80% of Italian doctors refuse abortion; MPs attack conscience rights. *LifeSiteNews.com*, 17 June 2013, <http://www.lifesitenews.com/news/nearly-80-of-italian-doctors-refuse-abortion-mps-attack-conscience-rights/> (both accessed: 11 April 2016).

it necessary to make a decision by popular vote three times because the regulation of abortion issue had a constitutional character. In Italy, abortion was regulated at statutory level and this regulation was subsequently challenged by “bottom-up” initiatives. However, in both cases, it came to a first detailed regulation – to a change of the status quo – under the pressure of civic movements: in Ireland Pro-Life organisations urged on the enactment of the absolute right to life of the unborn and in Italy, Pro-Choice activists entered a campaign to repeal the ban of abortion. Subsequent referendums proved in both countries that traditional religious values are not as widely accepted as they were decades before. In 1992, Irish voters declined the Government's proposal which was in line with the standing-point of the Catholic Church and which was aimed at the exclusion of the risk of the suicide of the mother from the legitimate grounds for abortion. In Italy, the liberal regulation of 1978 was indirectly approved by the voters when they rejected the initiatives which questioned the Law N° 194 from different aspects.

Compared to the female franchise issue, the regulation of abortion raises more serious questions: while in the former case the matter is the extension of political rights to citizens who didn't possess these rights in the past, in the latter the decision concerns concurrent rights, the right to life of the unborn and the mother's right to self-determination. The extension of political rights can be realized by the decision of those who are already endowed with these rights as members of the political community; however, decision-makers have to be respectful of the general principle of equality, the requirement to treat equal groups equally. Accordingly, the decision can be simplified to the question whether female citizens are equal to male citizens in their capacity of understanding public affairs and in exerting influence on political matters. This question can be answered unanimously with “yes” or “no”. In case of abortion, the question is more complex: in one respect it must be established whether the unborn is a human being, and, if the answer is positive, its right to life must be compared with the interests of the mother. The former question can hardly be the subject of free deliberation, it rather seems to be a given reality which can only be acknowledged by indirect or direct legislation. Even if it is acknowledged, the reason for deciding between the life of the unborn and that of the mother is still to be found in case they conflict with each other, but at least the choice can be unanimous: either the life of the unborn, or that of the mother must be preferred. If the unborn is not acknowledged as a full-fledged human being (as a person), but its life is still considered valuable (and this is not doubted not even by the liberal Italian regulation), further principles must be specified in order to decide in which cases and precisely what interests of the mother can be considered more important than the life of the unborn. In this respect, the variety of possibilities is large, and the risk is always present that solutions based on principles will be set aside under the influence of concrete cases. This can also reduce the chance of a satisfying and stable arrangement. From this point of view, referendums seem to be a less appropriate means for the regulation of concurrent rights.





## THE JUSTIFICATION OF THE TRUTH AS A HUMAN RIGHT

Luis Castillo CÓRDOVA – Susana MOSQUERA MONELOS  
Universidad de Piura

### 1. Introduction\*

We can say that with regard to all human or fundamental rights there is a positive and a metapositive justification. The first justification is tied to the express or implied judicial recognition of a right, either by means of a law or by means of a judicial resolution. The second justification arises from the people themselves and is consequent to judicial requirement. The ‘right to the truth’ has been formulated as a human right in international positive law as well as in national positive law in certain countries, however, not much has been said about its metapositive justification. Therefore, in the following pages, an effort will be made to present at least the basic elements of this justification. Normally, the suprapositive justification and formulation of a right, such as a human right, is framed in such a way that makes it necessary to develop the positive justification and formulation. From human beings with the intention of examining the justice of the positive formulation once the metapositive justification is raised.

### 2. A particular conception of human rights

One basic definition of human rights describes ‘*the rights of an individual as a person*’. This seemingly puzzling definition constitutes an important starting point in every analysis of human rights and requires a prior definition of the notion of ‘human being’. This definition, also in a basic manner, could be as follows: *a complex reality that is prone to perfection*. By ‘*complex*’ what is meant is a concurrence of a series of dimensions including at least: individual, social, material, and spiritual. ‘*Prone to perfection*’ means, in the first place, an imperfect being. In the second place it means that this situation of imperfection can be overcome and degrees of human perfection can be acquired by means of satisfying those human needs and requirements. A basic

---

\* This paper was finished on July 20<sup>th</sup> 2015.

definition of ‘good’ is: *that which perfects the being*. This is based on the idea that a ‘human good’ is something that satisfies a human necessity and permits human perfection. Consequently, the bigger the human good, the more human needs and requirements are satisfied leading to greater degrees of human perfection and, in general, to the greater realization of human nature.

In this context it is possible to define, human rights as: the components of human good that are recognized and guaranteed by the Law. ‘Recognized’ here does not mean ‘having been created by the Law’, but rather that its original source lies elsewhere, i.e. in human nature, from which it is possible to conclude strictly human needs and requirements. The realization of the human being -by means of its perfection- is a binding and thus legal reality with the Law forming part of it in order to, by means of deontic formulations, establish its concrete judicial scope and meaning.

What ‘guaranteed’ means is that the Law creates a series of formal mechanisms and materials in order to make sure that a person obtains the highest possible percentage of human good, due to the fact that the Law has recognized the person as being the ultimate goal, with the other realities – the state, society, Law itself – only as a means to an end. Reaching a point where there is the maximum possible realization of the human being is equivalent to arriving at a situation where there is the highest possible acquisition of human good and the consequent achievement of the highest possible degree of human perfection.

This argumentative logic requires that in order to recognize a right as a human right we must first present strong arguments to: first identify a need as a human one and, more precisely, a need as an essential one in terms of human essence; second define this quality of ‘good’ as human; and last recognize that this good is the objective of the law that intends it to be categorized as a human right. For the purpose of what is presented here, arguments have to be made that are not only valid but are also strong and which permit the linking of the *human right to know the truth* with a human necessity and with a human good. We shall proceed immediately to formulating those arguments.

### **3. The justification of The Truth as a human right**

A political community can be subjected to a series of exceptionally important events that also pose an exceptional risk of social or political instability. Internal or external threats to a country’s sovereignty or its institutions could occur that require an urgent and forceful response on the part of the public authorities; or internal ideological and/or military confrontations could occur that put at serious risk even the very existence of the state. In all these cases either of the following two situations could result. The first is that the fundamental state institutions remain intact and the government remains in power, even if in a minimal sense. The second is that the public authority disappears and is replaced by a *de facto* authority. In either case the public or *de facto* authority can decide to act according to international or national legal requirements, which are normally linked to legal standards concerning human rights; or it may decide to act outside and against the essential requirements of humanity. It is in this last situation where serious violations of human rights or international humanitarian

law normally occur and when the public authority acts outside of its national and international obligations, ultimately replacing the individual with itself.

### 3.1 The personal world of human beings

The actions of an out of control military can affect a person or a group of people. Such actions might be executed as a consequence of the repression of civilians carried out by the armed forces or police; as a consequence of the destructive or debilitating actions of a victorious military or political group; or as a consequence of repressive politics carried out by real or supposed enemies of the State and its institutions. In all these possibilities the victims of a forceful action are controlled and subjected to inhuman treatment, causing serious harm to their physical or mental health and possibly even to their very being.

In this context there can be two scenarios with respect to the victims. The first is that they are able to recover their liberty but without being able to count on effective procedural mechanisms to uncover the identity of those responsible for their misfortune for the purpose of bringing about appropriate sanctions and/or reparations. This situation of ignorance and impunity generates mental and/or physical vulnerability within the victims, accompanied by anguish and suffering. The second scenario is that the victims neither recover their liberty nor can society be sure about what has happened to them. These are missing people whose whereabouts, or whether they are even alive or not, cannot be verified by any authority. This situation generates horrible suffering accompanied by a wave of anguish and desperation on the part of those linked to the missing people, normally the intimate family circle (the spouse, children, parents, and siblings). The profound pain provoked by the disappearance of loved ones is deepened by the lack of reliable information about the events surrounding their disappearance and especially about their current whereabouts. This painful and insufferable situation causes an inevitable (postponement of one's personal realization.). Normal daily life is put on hold and is transformed into a self-absorbed introversion in the face of the disappearance of and lack of news about the victims.

In this second situation it is important to differentiate between an assumption of normalcy as in the case of a desired and voluntary distancing by the missing person from the family circle and even that person's death, and the above situation provoked by a repressive action, by the state for example. Here essentially (is the singularity): the suffering that in other circumstances would have been a natural occurrence and accepted as inevitable has been converted into something especially painful because of the uncertainty and doubt caused by the actions of the state. In this way, suffering is not caused by the mere absence of loved ones but, rather, by their forced absence and ignorance of their fate. It is the State which has become the real obstacle to the full realization of family members who suffer the undesired and uninformed absence of their loved ones.

In both situations this kind of suffering becomes an impediment to the peace and tranquility of family members (human being,) and (for the most part,) a serious obstacle to their full realization. The very essence of a person requires that this

situation should not be produced, but if it is, then it should be resolved as soon as possible. This requirement is manifested as an *essential* need of a person whose satisfaction is dependent on the achievement or loss of degrees of human perfection and realization. This *essential* need or requirement is satisfied in the first place by having knowledge of the circumstances of the events, particularly determining those responsible for the serious violations of human rights, and second by finding out the whereabouts of the missing people in order to get them back, whether that be alive or not (with or without life). The truth about the events becomes in this way a human good which satisfies the aforementioned human need, permitting the achievement of a higher degree of human perfection and realization.

### 3.2. The social environment of human beings

The discourse until now has been formulated from the perspective of the individual suffering the disappearance of a loved one. However, the same discourse can be applied to the perspective of the political community. When considering this perspective one has to take two factors into account. First of all that the manifested violations of human rights on the part of the state authorities, whether they are systematic or not, are normally the consequence of a profound social confrontation. One of the belligerent groups is in the possession of and exercising the powers of the state, either because at the moment of confrontation they already were in power or they emerged victorious from the confrontation, took control of the state apparatus, and from that position executed acts of repression which violated the human rights of the vanquished group.

Second, after a period of confrontation there emerges a need for social reconciliation in order to make a peaceful coexistence possible. A fundamental element in the effort to achieve a real and effective reconciliation is to know the circumstances surrounding the different actions of the part of the state that violated human rights, particularly with reference to missing people. Without acceptable knowledge of those circumstances it is practically impossible to have a real and durable reconciliation between the opposed groups.

A situation of profound and fractionalizing social confrontation results in an environment which is not favorable to the realization of a person, because either: the situation will cause the people themselves to impede or make it extremely difficult to execute the human good that permits the human perfection of the members of that community; or the situation will encourage gross violations of human rights on the part of the state and some individuals. The existence of a social and political organization that permits the fraternal and peaceful co-existence of different social groups regardless of their ideology is a human need in its social dimension. When a situation of breakdown in the constitutional public order occurs, or when the social differences have been of such a magnitude as to cause military confrontation between the State and social groups or between social groups themselves, which precedes the dark and anarchic stage when crimes against humanity happen, they will only be overcome by the most complete and exact recognition of events. Therefore, this

recognition becomes a human good that permits the satisfaction of an essential need or requirement of the social dimension of a person.

It is possible to formulate reasons that from both, the individual and social dimension of a human being, fully support the notion that the truth about serious and systematic violations of human rights is a human good whose attainment allows a person to achieve a higher degree of human perfection. Consequently, there are strong reasons to affirm that the Law, a system/structure that favors full human realization, should recognize and guarantee as much as possible the attainment of the truth about events. This should be the basis for the recognition and legality of the right to the truth.

#### **4. By way of conclusion: the formulation of the right to the truth**

Important steps have been taken towards recognizing and guaranteeing a right that permits the victims and their families to find out the truth about the violations of the human rights they have suffered. In all of these domains it is possible to notice in such a way that adheres to the full exercise of human rights, situations –unfortunately frequent– that encompass the transition from political, social, and military confrontation to social reconciliation and peaceful coexistence.

Despite the different extents of legal recognition that this right has reached, it is possible to say that the search for the truth of the events has been presented as an instrument to achieve, on one hand, the satisfaction of an individual's grievances and, on the other hand, the successful fight against impunity<sup>1</sup>. Only by admitting that a human being is a valuable entity in itself can it be considered peremptory and justifiable to investigate and uncover those who have subjected, or intended to subject, another human being to the kind of treatment that negates this value. Consequently, on the basis of this superior value embodied by a human being, judicial mechanisms are created which permit the discovery of actions violating human rights, with the objective of sanctioning the perpetrators and their promoters.

It is precisely this humanistic foundation that underlies the international juridical formulation, and that makes it possible to preach the metapositive justification of the right to the truth in line with what has previously been argued. Therefore, on the basis of this definition of human rights and of the international juridical recognition of the right to know, it can be affirmed that the right to the truth about events occurring during a specific time of social, political, and military confrontation constitutes the human good of satisfying a specific human need of self-perfection<sup>2</sup>. The Law, an artefact created to serve mankind's aim of achieving its ultimate objective, i.e. the full realization of its personality, is derived from the human essence. In Law we discover that the (metapositive) mandate of human perfection (human happiness), which all of us naturally aspire to, has a particular realization in situations of exceptionality in

<sup>1</sup> Felipe GÓMEZ ISA: El fenómeno de la impunidad: Luces y sombras en América Latina. *Pensamiento Iberoamericano*, 2008/2. 165.

<sup>2</sup> Cruz GONZÁLEZ–AYESTA: *La verdad como bien según Tomás de Aquino*. Navarra, EUNSA, 2006. 340.

the life of a political community, normally in the context of so-called “transitions to democracy”<sup>3</sup>.

This mandate is particularized to satisfy the specific *essential* requirement (necessity) of knowing in the most complete way possible what has happened to the victims of human rights violations. The requirement is *essential* because it is derived directly from human nature (essence)<sup>4</sup>. In other words, individuals who suffer pain, anguish or desperation as a result of ignorance about the fate of their relatives are unable to form part of the social/political community they perceive to be belligerent/criminal and therefore any kind of reconciliation is prevented.

Stated positively, the appeal for knowledge about the circumstances surrounding serious violations of human rights, particularly concerning the identity of the perpetrators and the fate of missing loved ones, not only allows for a dignified existence for the victims and/or their families (on account of the termination or at least mitigation of pain and anguish), but also favors the creation of peaceful coexistence resulting from national reconciliation<sup>5</sup>. The prevention of human rights violations from being repeated in the future<sup>6</sup>, as a manifestation of the duty not to forget<sup>7</sup> is also a determining factor in the coexistence of human beings.

Therefore, recognition of what has happened becomes a human good and its attainment allows a greater degree of human perfection. It is necessary to provide a human being with the optimal conditions to obtain the highest possible degree of realization<sup>8</sup>. This human good, which is recognized and guaranteed by the Law, becomes the *human right to truth* that commissions a set of actions and governmental duties aimed at discovering what has happened to certain members of the community and is consistent with the obligation to treat human beings in accordance with their dignity.

<sup>3</sup> Juan E. MÉNDEZ: Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos. In: Martín ABREGÚ – Christian COURTIS (compilers): *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los Tribunales locales*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997. 518.

<sup>4</sup> GONZÁLEZ–AYESTA op.cit. 347.

<sup>5</sup> José ZALAUQUET: Confronting Human Rights Violations Committed by Former Governments: Principles Applicable and Political Constraints. In: Neil J. KRITZ (ed.): *Transitional Justice*. Washington, United States Institute of Peace Press, 1995. 3–31.

<sup>6</sup> Rodrigo UPRIMMY YEPES – María Paula SAFFON SANÍN: Derecho a la verdad: alcances y límites de la verdad judicial. In: Camila DE GAMBOA TAPIAS (publ.): *Justicia transicional: teoría y praxis*. Universidad del Rosario, 2006. 345.

<sup>7</sup> GÓMEZ ISA op.cit. 168.

<sup>8</sup> Luis CASTILLO CÓRDOVA: *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*. Lima, Palestra publishers, 200. 27–37.



