

Das wurde in dieser Breite von anderen Südstaaten nicht geteilt: „[F]ree negroes may own lands and make contracts“, so der *Supreme Court of Arkansas*,²¹⁶ nur Sklaven könne er nicht zu Eigentum erwerben:

„[Slavery] has its foundation in an inferiority of race.“²¹⁷

Beide Entscheidung denken das Institut der Sklaverei und seiner rassistischen Begründung konsequent zu Ende. Die Freilassung eines Sklaven (*manumission*)²¹⁸ gibt diesem zwar Bewegungsfreiheit, ändert seinen Status (!) als Schwarzer aber nicht. „Rasse“ und Status werden gleichgesetzt.²¹⁹ Daran, so der *Supreme Court of Georgia* abschließend, wird sich niemals etwas ändern, auch und gerade nicht durch eine *emancipation*:

„In no part of this country, whether North or South, East or West, does the free negro stand erect and on a platform of equality with the white man. He does, and must necessarily feel this degradation. To him there is but little in prospect, but a life of poverty, of depression, of ignorance, and of decay. He lives amongst us without motive and without hope. His fancied freedom is all a delusion. All practical men must admit, that the slave who receives the care and protection of a tolerable master, is superior in comfort to the free negro. Generally, society suffers, and the negro suffers by *manumission*. I am fully persuaded that the State ought sternly to withhold its assent to domestic emancipation; and that the true policy, is not to seek to elevate the black man in our midst, to a condition of equality which it is impossible for him to exercise wisely for himself or the community. Civil freedom among the whites, he can never enjoy. To this isolated class, it will ever be but a name.“²²⁰

II. Exkurs: Sklaverei als Rechtsproblem in Deutschland

1. Von der Rechtsgeschichte eines erkauften Mohren (1780) zum letzten Sklavenprozess in Deutschland (1854)

In dem dem Jahr der Entscheidung in *Dred Scott* — 1856 — beurteilte man die Frage in Deutschland und Österreich im Ausgangspunkt dezidiert anders: „Sklaverei soll in den Königlichen Staaten nicht geduldet werden“²²¹ bestimmte das preußische Allgemeine Landrecht (ALR) bereits 1794 und § 16 S. 2 ABGB regelte 1811:

„Slavery oder Leibeigenschaft, und die Ausübung einer darauf sich beziehenden Macht, wird in diesen Ländern nicht gestattet.“

²¹⁶ *Ewell v. Tidwell*, 20 Ark. 136 (Ark. 1859).

²¹⁷ *Ewell v. Tidwell*, 20 Ark. 136 (Ark. 1859).

²¹⁸ Zur in vielen Staaten eingeschränkten Zulässigkeit und den Begrenzungen der *manumission* vgl. *Tushnet*, *The American Law of Slavery 1810-1860*, 1981, 191 ff.

²¹⁹ *Tushnet*, *The American Law of Slavery 1810-1860*, 1981, 152 ff.

²²⁰ *Bryan v. Walton*, 14 Ga. 185 (Ga. 1853).

²²¹ II 5 § 198 ALR, abgedruckt in *Hattenhauer*, *Allgemeines Landrecht*, 1970, 425.

Die Festlegung des ALR liest sich als Echo auf die *Rechtsgeschichte eines erkauften Mohren* (1780).²²² Das Kammergericht zu Berlin musste im Jahr 1780 über eine an *Friedrich II.* gerichtete Bitte (Supplik) eines „Mohren“ und dessen „Befugniß zur Freyheit“²²³ entscheiden. *Joachim Erdmann von Arnim* (1741-1804), *Achim von Arnims* (1781-1831) Vater,²²⁴ hatte den namentlich nicht bezeichneten „Mohren“, bei dem es sich vermutlich um einen Schwarzen von der Westküste Afrikas handelte, 1773 oder 1774²²⁵ während seiner Zeit als preußischer Gesandter in Kopenhagen gekauft und nach Preußen mitgebracht.²²⁶ In Preußen angekommen, hatte der „Mohr“ „sein Bewußtsein, ein Sklave zu sein, an den Nagel gehängt.“²²⁷ Er bat den König,

„daß er von dem Joche der Knechtschaft befreyet, und dem von Armin seine vorhabende anderweitige Veräußerung untersaget würde.“²²⁸

Zur Begründung fügte er an, „daß er, als ein zeitiger Unterthan“ des Königs „eine Befugniß zur Freyheit habe“ und dass v. Arnim ihn unter der Bedingung gekauft habe, ihn nach zwei Jahren freizulassen.²²⁹ Es ging also um die „Frage über den Stand der Knechtschaft oder der Freyheit eines aus fremden Landen in hiesige Staaten eingeführten Sklaven“.²³⁰ Das Dilemma, in dem sich das Kammergericht sah, erinnert an die Diskussion der Sklavereifrage in den U.S.A. im späten 18. Jahrhundert:²³¹

„Auf der einen Seite scheint es unbillig zu seyn, einen Eigentümer in der Ausübung der Wirkungen seines Eigenthumsrechts über einen rechtmäßig erworbenen Sklaven, zu hindern: auf der anderen Seite gewinnt es einen Anschein der Härte und Grausamkeit, den Menschen, das edelste Geschöpf, so tief unter seinen wahren Werth herunter zu setzen, daß er, gleich dem von Vernunft entblößten Thiere, behandelt, und aus einer Hand in die andere verkauft werden soll.“²³²

Das Kammergericht sah sich im Ergebnis gezwungen, gegen die Freiheit und für die Knechtschaft des „Mohren“ zu entscheiden:

222 *Hymmen*, Beiträge zu der juristischen Litteratur in den Preußischen Staaten, Bd. 6, 1780, 296 ff. Siehe dazu *Werner*, JR 1967, 81 ff; *Bros*, Rechtshistorisches Journal (15) 1996, 391 ff; *Kiefner*, Zur „Rechtsgeschichte eines erkauften Mohren“, in: *Erichsen/Kollhosser/Welp*, Recht der Persönlichkeit, 1996, 105 ff.

223 *Hymmen*, Beiträge zu der juristischen Litteratur in den Preußischen Staaten, Bd. 6, 1780, 296.

224 Vgl. *Kiefner*, Zur „Rechtsgeschichte eines erkauften Mohren“, in: *Erichsen/Kollhosser/Welp*, Recht der Persönlichkeit, 1996, 105, 109 mwN.

225 Vgl. *Hymmen*, Beiträge zu der juristischen Litteratur in den Preußischen Staaten, Bd. 6, 1780, 296, 297: „vor 7 Jahren“ bzw. „vor 6 Jahren“.

226 Zum Ganzen *Kiefner*, Zur „Rechtsgeschichte eines erkauften Mohren“, in: *Erichsen/Kollhosser/Welp*, Recht der Persönlichkeit, 1996, 105, 109 ff.

227 *Bros*, Rechtshistorisches Journal (15) 1996, 391, 392.

228 *Hymmen*, Beiträge zu der juristischen Litteratur in den Preußischen Staaten, Bd. 6, 1780, 296.

229 *Hymmen*, Beiträge zu der juristischen Litteratur in den Preußischen Staaten, Bd. 6, 1780, 296.

230 *Hymmen*, Beiträge zu der juristischen Litteratur in den Preußischen Staaten, Bd. 6, 1780, 298.

231 Oben § 3 I 2 b) (3).

232 *Hymmen*, Beiträge zu der juristischen Litteratur in den Preußischen Staaten, Bd. 6, 1780, 309.

„In Ermangelung vaterländischer Gesetze sind wir auf das Römische Recht zurück zu gehen angewiesen, welches aber, in Absicht der Knechtschaft, auf den Zustand in Deutschland nicht so ganz passend noch anwendbar ist. Es ist daher nur noch die erste Quelle aller Gesetze, das Recht der Natur, übrig, nach welchem, [...] dem von Armin nicht verwehret werden könnte, seinen erkauften Sklaven weiter zu verhandeln.“²³³

Ganz allgemein führt das Gericht aus:

„Wir glauben mit Grunde behaupten zu können: daß die Knechtschaft (*Servitus*) dem Rechte der Natur nicht zuwiderlaufend, sondern vielmehr darin gegründet sey.“²³⁴

Dazu zitierte das Gericht eine ganze Reihe klassischer Naturrechtler.²³⁵ Das war 1780 noch ganz konsequent. Das ältere deutsche Naturrecht der Aufklärung legitimierte Abstufungen der Freiheit des Einzelnen über die Leibeigenschaft hin zur Sklaverei, indem sie als Ergebnis (stillschweigend) vereinbarter Verträge aufgefasst wurden.²³⁶ Die *libertas naturalis* war mit dem Gedanken eines Naturzustandes (*status naturalis*) verbunden, der als Gegensatz zum Zustand gesellschaftlicher Ordnung (*status civilis*) konzipiert wurde.²³⁷ Die Freiheit ist schon im Naturzustand keine unveränderliche Eigenschaft:

„Wenn ich sage: *homines a natura sunt liberi*, so wird verstanden, daß sie *aequales*, keiner hat über den anderen ein *imperium* oder *dominium*. Denn *dominium* und *imperium* kommen *ex pacto*.“²³⁸

Insbesondere die *societas herilis*, die Gesellschaft zwischen Herrn (*dominus*) und Diener (*servus*), war das vertragsrechtliche Instrument, Unfreiheiten des Einzelnen zu legitimieren.²³⁹ Dazu *Christian Wolff* (1679-1754):

„Weil nun alsdann die Knechtschaft aus einem Vertrag entsteht, welche man die freywillige nennt: so sind in der freywilligen Knechtschaft die Rechte und Verbindlichkeiten aus dem Vertrag zu ermessen: und vermöge der natürlichen Freyheit muß man einem jedem zulassen, daß er sich nach seinem Gefallen in die Knechtschaft begiebt, folglich auch verkauft, oder auf jede andere Weise veräußert.“²⁴⁰

233 *Hymmen*, Beiträge zu der juristischen Litteratur in den Preußischen Staaten, Bd. 6, 1780, 309.

234 *Hymmen*, Beiträge zu der juristischen Litteratur in den Preußischen Staaten, Bd. 6, 1780, 298.

235 Vgl. die Nachweise bei Bros, Rechtshistorisches Journal (15) 1996, 391, 395 Fn. 16.

236 Vertiefend *Klippel*, Der Lohnarbeitsvertrag in Naturrecht und Rechtsphilosophie des 18. und 19. Jahrhundert, in: Köbler/Heinze/Schapp, Geschichtliche Rechtswissenschaft: Ars Tradendo Innovandoque Aequitatem Sectandi. Festschrift für Alfred Söllner, 1990, 161, 165-68; *Klippel*, Persönliche Freiheit und Vertrag, in: Kervégan/Mohnhaupt, Gesellschaftliche Freiheit und vertragliche Bindung in Rechtsgeschichte und Rechtsphilosophie, 1999, 121 ff.

237 Nachweise bei *Klippel*, Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts, 1976, 35 ff, 57 ff.

238 *Gundling*, Ausführlicher Discours über das Natur- und Völkerrecht, 1747, §§ 11-19, S. 63.

239 *Klippel*, Der Lohnarbeitsvertrag in Naturrecht und Rechtsphilosophie des 18. und 19. Jahrhundert, in: Köbler/Heinze/Schapp, Geschichtliche Rechtswissenschaft: Ars Tradendo Innovandoque Aequitatem Sectandi. Festschrift für Alfred Söllner, 1990, 161, 166 ff; *Klippel*, Persönliche Freiheit und Vertrag, in: Kervégan/Mohnhaupt, Gesellschaftliche Freiheit und vertragliche Bindung in Rechtsgeschichte und Rechtsphilosophie, 1999, 127 ff.

240 *Wolff*, Grundsätze des Natur- und Völkerrechts (1754), 1769, § 948 S. 673.

Die *libertas naturalis* als ein Beispiel der dem Menschen angeborenen Rechte (*iura connotata*) war also veräußerlich.²⁴¹ Dem schloss sich das Kammergericht an: Neben Krieg,²⁴² Verbrechen²⁴³ und Geburt²⁴⁴ werden Knechte durch Verträge erworben „und ein solches Versprechen ist nach Naturrechte so erlaubt als verbindlich“.²⁴⁵ Weil die Versklavung des „Mohren“ nicht naturrechtswidrig war, könne man den Sklaven nicht gegen den Willen des Herren freilassen ohne seinerseits das Naturrecht zu verletzen.²⁴⁶ Die Konsequenz daraus, dass der Herr den Sklaven auch verkaufen dürfe,²⁴⁷ war allerdings nicht unumstritten. *Samuel Pufendorf* (1632-1694) war der Auffassung, dass ein Knecht, der sich freiwillig für immer in den Dienst eines anderen begibt, nicht gegen seinen Willen einem anderen Herrn verkauft werden durfte.²⁴⁸ Dagegen kann nach *Christian Wolff* der Herr den Knecht „wie und wem er will, veräußern, z. E. verkaufen.“²⁴⁹

Ganz wohl war dem Gericht offensichtlich nicht mit seiner Entscheidung. Es beschrieb und kritisierte den „so genannten Neger- oder Sklavenhandel“²⁵⁰ und referierte zustimmend die Rechtslage im europäischen Ausland, insbesondere Hollands, das die Emanzipation der Sklaven auch gegen den Willen des Herrn vorsah.²⁵¹ Weil es an solchem, vom Naturrecht abweichenden, positiven Recht in Preußen fehlte,²⁵² sah es sich am Ende gebunden, nicht ohne den König anheimzustellen:

„Ob nicht durch ein Gesetz in Dero Staaten, in Ansehung der Sklaverey, die oberwähnte Holländische Rechte für die Zukunft einzuführen?“²⁵³

Das geschah dann auch 1794 im Allgemeinen Landrecht. „Sklavery“ soll nicht geduldet werden (II 5 § 196 ALR), lassen sich Fremde in Preußen nieder oder bringen sie „auswärts erkaufte Sklaven in hiesige Lande [...] hört die Sklaverey auf“ (II 5 § 200 ALR). Umsonst war die Freiheit für den Sklaven freilich nicht zu haben: Er musste ab Freilassung „dem Herrn ohne Lohn so lange dienen, bis er denselben dadurch für die auf seinen Ankauf etwa verwendeten Kosten entschädigt hat.“ (II 5 § 202 ALR).

241 Instrukтив zur Bedeutung der *iura connotata* für die Entwicklung des Menschenrechtsgedankens *Klippe*, Die Theorie der Freiheitsrechte am Ende des 18. Jahrhunderts in Deutschland, in: Mohnhaupt, Rechtsgeschichte in den beiden deutschen Staaten (1988-1990), 1991, 348, 354 ff mwN.

242 *Hymmen*, Beiträge zu der juristischen Litteratur in den Preußischen Staaten, Bd. 6, 1780, 300.

243 *Hymmen*, Beiträge zu der juristischen Litteratur in den Preußischen Staaten, Bd. 6, 1780, 301.

244 *Hymmen*, Beiträge zu der juristischen Litteratur in den Preußischen Staaten, Bd. 6, 1780, 301 f; dazu *Wolff*, Grundsätze des Natur- und Völkerrechts (1754), 1769, § 659 S. 678; *Pufendorf*, Über die Pflicht des Menschen (1673), 1994, Kap. 4 § 6, S. 158.

245 *Hymmen*, Beiträge zu der juristischen Litteratur in den Preußischen Staaten, Bd. 6, 1780, 300.

246 *Hymmen*, Beiträge zu der juristischen Litteratur in den Preußischen Staaten, Bd. 6, 1780, 303.

247 *Hymmen*, Beiträge zu der juristischen Litteratur in den Preußischen Staaten, Bd. 6, 1780, 303.

248 *Pufendorf*, Über die Pflicht des Menschen (1673), 1994, Kap. 4 § 3 S. 156 f.

249 *Wolff*, Grundsätze des Natur- und Völkerrechts (1754), 1769, § 957, S. 677.

250 *Hymmen*, Beiträge zu der juristischen Litteratur in den Preußischen Staaten, Bd. 6, 1780, 304 ff.

251 *Hymmen*, Beiträge zu der juristischen Litteratur in den Preußischen Staaten, Bd. 6, 1780, 306 f.

252 *Hymmen*, Beiträge zu der juristischen Litteratur in den Preußischen Staaten, Bd. 6, 1780, 309.

253 *Hymmen*, Beiträge zu der juristischen Litteratur in den Preußischen Staaten, Bd. 6, 1780, 310.

Anders regelte das ALR den nur vorübergehenden Aufenthalt:

„Fremde, die sich nur eine Zeitlang in Königlichen Landen befinden, behalten ihre Rechte über die mitgebrachten Sklaven.“ (II 5 § 198 ALR).

Damit entschied sich das ALR für eine sehr zurückhaltende und die Interessen des Heimatstaats des Sklavenhalters berücksichtigende Lösung der statusrechtlichen Auswirkungen des Aufenthaltswechsels eines Sklaven. Das Problem war seit *Somerset v. Stewart*²⁵⁴ ein Klassiker des internationalen Privatrechts jener Zeit und Gegenstand zahlreicher Entscheidungen in den U.S.A.²⁵⁵ Die Querverbindungen reichen allerdings weiter. So diskutierte man am *Supreme Court* in *Dred Scott* die von Preußen gefundene Lösung als eine von mehreren Alternativen.²⁵⁶ Preußen nahm 1792 zusätzlich Rücksicht auf den nach wie vor existierenden Sklavenhandel und das Interesse der eigenen Versicherungswirtschaft, daran zu verdienen:

„Bei Negersklaven haftet der Versicherer nicht für das Leben derselben, wenn sie an Krankheit sterben; oder sich selbst umbringen; oder eine Revolte anfangen und dabey Schaden leiden.“²⁵⁷

In Österreich wurde in § 1 der Beylage zum Hofdecret vom 19.8.1826²⁵⁸ bestimmt, dass jeder Sklave frei wird, sobald er österreichischen Boden oder ein österreichisches Schiff betritt oder einem österreichischen Unterthan „unter was immer für einem Titel“ überlassen wird. In Preußen dauerte es noch einmal 30 Jahre länger, bis die Sklaverei als Statusverhältnis endgültig abgeschafft wurde. Auslöser dafür war der „letzte Sklavenprozeß in Deutschland“ 1854, in dem das Kammergericht den Sklavenstatus des Marcellino als Sklave des Dr. Ritter, der sich vorübergehend in Berlin aufhielt, bejahte.²⁵⁹ § 1 des daraufhin ergangenen Gesetzes v. 9.3.1857²⁶⁰ bestimmte:

„Sklaven werden von dem Augenblicke an, wo sie Preussisches Gebiet betreten, frei. Das Eigenthumsrecht des Herrn ist von diesem Zeitpunkte an erloschen.“

Zugleich werden die entgegenstehenden Vorschriften des ALR (II 5 §§ 198-208) aufgehoben, § 2 des Gesetzes. Ist es eine bittere Ironie der Geschichte, dass die Entscheidung in *Dred Scott* nur wenige Tage vorher erging?

254 *Somerset v. Stewart*, [1772] Eng. Rep. 499.

255 Siehe oben § 3 I 2 b) (3).

256 *Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393, 591 (1857)(Curtis, J., diss.).

257 ALR II 8 § 2227, abgedruckt in *Hattenhauer*, Allgemeines Landrecht, 1970, 526.

258 Justizgesetzsammlung (JGS) 1826 Nr. 2215 [abrufbar unter <http://alex.onb.ac.at/cgi-content/anno-plus?apm=0&aid=jgs&datum=10170003&seite=00000042&z=2>] [Stand: 31.12.2012].

259 Dazu *Stammeler*, Deutsches Rechtsleben in alter und neuer Zeit, Bd. 2: Deutsches Rechtsleben während des 19. Jahrhunderts, 1928, 265 ff.

260 Gesetzsammlung für die König. Preuß. Staaten 1857, S. 160.

2. Die Sklaverei als Thema im jüngeren Naturrecht

Die Sklaverei war auch Gegenstand von Auseinandersetzungen im jüngeren Naturrecht.²⁶¹ Die angeborenen Rechte, gerade auch die Freiheit und Gleichheit der Person, wurden als unveräußerlich angesehen.²⁶² Kant lokalisierte das Problem in der *societas herilis*. Der Herr sei nie Eigentümer des Dieners (*dominus servi*),

*„weil er nur durch Vertrag unter seine Gewalt gebracht ist, ein Vertrag aber, durch den ein Theil zum Vortheil des anderen auf seine ganze Freiheit Verzicht thut, mithin aufhört Person zu sein, [...] in sich selbst widersprechend, d.i. null und nichtig ist.“*²⁶³

Dieses Denken hatte Auswirkungen auf die Behandlung der Sklaverei in der naturrechtlichen Literatur. Obwohl es am Ende des 18. und zu Beginn des 19. Jahrhunderts noch Stimmen gab, die Sklaverei als grundsätzlich mit dem Naturrecht vereinbar ansahen,²⁶⁴ sprach sich der größte Teil dagegen aus.²⁶⁵ Karl Ignaz Wedekind (1769-1837) fragte sich beispielsweise „über den berüchtigten Negerhandel, über den Zustand der Sklaverei der auf den Englischen Kolonien sich befindlichen Negern“²⁶⁶

*„ob wohl der Mensch sich freiwillig, vermög eines Vertrages in die Sklaverei begeben könne? ob das nicht gegen die angebohrne Menschenpflicht streite, daß der Mensch freiwillig seiner Freiheit entsagen wollte? ob das nicht ein so unveräußerliches Kleinod sei, daß er gar nicht darüber Verfügungen treffen könne? ob nicht ein solcher Vertrag, vermög der natürlichen Menschenrechte als unverbindlich angesehen werden müßte?“*²⁶⁷

Die unveräußerliche Freiheit des Einzelnen wurde zum zentralen Argument gegen die Sklaverei. Auch in diesem Zusammenhang fällt die gleichheitsrechtliche Argumentation von Jakob Friedrich Fries (1773-1843) auf:²⁶⁸

*„[D]adurch, daß ein Mensch ohne sein Verschulden, wie eine Sache Eigenthum eines anderen werden könnte, würde seine Gleichheit mit dem Herrn wider die erste Forderung des Rechts gänzlich vernichtet.“*²⁶⁹

Mit Karl David August Röder (1806-1879) scheint schließlich ein später Vertreter des Naturrechts im 19. Jahrhundert dem *Supreme Court* unmittelbar zu antworten: Die „an den Unterschied der”Rasse“ zu knüpfende Rechtsungleichheit“ dürfe nie „die feste, durch die gleiche allgemein menschliche Bestimmung und Fähigkeit aller Grundstämme und durch ihre gleiche Menschenwürde gezogene

261 Zum Begriff oben § 2 I 1.

262 Siehe § 2 I 1.

263 Kant, *Metaphysik der Sitten* (1797), Bd. VI, <http://www.korpora.org/Kant/aa06/>, S. 283.

264 Nachweise bei Klippel, *Persönliche Freiheit und Vertrag*, in: Kervégan/Mohnhaupt, *Gesellschaftliche Freiheit und vertragliche Bindung in Rechtsgeschichte und Rechtsphilosophie*, 1999, 135 Fn. 43.

265 Nachweise bei Klippel, *Persönliche Freiheit und Vertrag*, in: Kervégan/Mohnhaupt, *Gesellschaftliche Freiheit und vertragliche Bindung in Rechtsgeschichte und Rechtsphilosophie*, 1999, 135 Fn. 46.

266 Wedekind, *Von dem besonderen Interesse des Naturrechts*, 1793, 62.

267 Wedekind, *Von dem besonderen Interesse des Naturrechts*, 1793, 64.

268 Zu Fries bereits oben § 2 I 3 c).

269 Fries, *Philosophische Rechtslehre*, 1803, 138.

Gränze“ überschreiten.²⁷⁰ Der von ihm diagnostizierte „Abstand der Rassen“ sei „die Hauptursache der Negersklaverei geworden“, deren „Abscheulichkeit“ selbst „im Alterthum [...] nicht ihres Gleichen gehabt haben mag.“²⁷¹ Röder steht hier exemplarisch für eine sich in Deutschland ab 1830 langsam verbreitende Tendenz in der Behandlung der Sklavenfrage. Das Sklavenproblem wurde zunehmend als ein – vermeintlich – anthropologisch zu erklärendes Problem des Verhältnisses von Weißen und Schwarzen aufgefasst.²⁷² Parallel zur U.S.-amerikanischen Debatte wurde auch im deutschen Diskurs die klassisch-liberale Verteidigungslinie von Sklaverei als Gebot des Eigentumsschutzes – die *Rechtsgeschichte eines erkauften Mohren* steht paradigmatisch dafür – von einer rassistischen Anschauungsweise abgelöst.

Die Empörung gegen die Sklaverei war insgesamt groß. Soweit sie sich explizit gegen die „Negersklaverei“ richtete, war sie – zugespitzt formuliert – billig zu haben. Bei aller Verurteilung wusste man sich im 19. Jahrhundert gewissermaßen frei von einer unmittelbaren Beteiligung an den moralischen und ökonomischen Friktionen der Sklavenstaaten und der Sklavenhandel betreibenden Nationen.²⁷³ Daher wurde die Kritik der Sklaverei als Chiffre verwendet, um generell nach Legitimation und Grenzen einer privatrechtlich begründeten Herrschaft von Menschen über Menschen zu fragen.²⁷⁴ Der neuen naturrechtlichen Argumentation folgte beispielsweise das Oberappellationsgericht zu Dresden in einer Entscheidung über die Freiheit von *Nikita Fedoroff*, Leibeigener des in Rußland wohnhaften Grafen *Friedrich von Buxhövdens*:²⁷⁵

„Denn obwohl der Status eines Menschen und die damit verbundenen persönlichen Verhältnisse nach den Gesetzen des Landes, in welchem derselben seinen eigentlichen Wohnsitz hat, und nicht nach den Gesetzen des Orts, allwo der Rechtshandel anhängig ist, oder ein solcher Mensch blos auf eine gewisse Zeit sich aufhält, zu beurtheilen sind, so können dennoch die Gesetze auswärtiger Staaten in einem andern Lande nur insoweit angewendet werden, als selbe keine Verordnung wider das Naturrecht enthalten. Das Naturrecht verbietet aber jeden Vertrag, wodurch man auf seine ganze Freyheit Verzicht thut, und wirklich aufhört eine Person zu seyn.“²⁷⁶

Daran kritisierte *Gustav Hugo* die mangelnde Konsequenz, weil das Gericht nicht bereit war, seine Lehre „im Lande selbst“ anzuwenden.²⁷⁷ Das ist nicht ganz zutreffend. Das Gericht berücksichtigte die „in einigen Gegenden Deutsch-

270 Röder, Grundzüge des Naturrechts oder der Rechtsphilosophie, 1863, 115.

271 Röder, Grundzüge des Naturrechts oder der Rechtsphilosophie, 1863, 115 f.

272 Vertiefend dazu Koch, HZ 1976, 529, 572 ff.

273 Koch, HZ 1976, 529, 533.

274 Koch, HZ 1976, 529, 533.

275 Kind, Quaestiones forenses observationibus ac praesertim decisionibus Sax. Supremi Provocationum Tribunalis collustratae, Bd. 2, 1807, 385 ff.

276 Kind, Quaestiones forenses observationibus ac praesertim decisionibus Sax. Supremi Provocationum Tribunalis collustratae, Bd. 2, 1807, 390.

277 Hugo, Lehrbuch des Naturrechts (Nachdr. 1971), 1819, § 31 S. 38.

lands“ übliche Leibeigenschaft, grenzt diese aber von der russischen dadurch ab, dass sie es dem Herrn gerade nicht erlaube, „ganz nach Willkür und eigenem Belieben über seine Leibeigenen zu verfügen“.²⁷⁸ Hugo war dagegen der Auffassung, dass Unfreiheit und Sklaverei vielfach positives Recht sind und auch zulässiger Inhalt des positiven Recht sein können.²⁷⁹ Ihm ging es auch in diesem Zusammenhang explizit darum, gegen die Ansprüche des jüngeren Naturrechts auf unmittelbare Berichtigung des positiven Rechts zu argumentieren.²⁸⁰ Seine Position zum „Unterschied zwischen Freyen und Unfreyen“ im Allgemeinen und zu Sklaverei im Besonderen²⁸¹ löste eine Polemik aus und muss insgesamt differenziert behandelt werden.²⁸² Im peremptorischen, also idealen, Zustand von Recht gebe es keine Sklaverei.²⁸³ Weil sie im positiven Recht nun einmal existiere, „befiehlt uns die Vernunft, die Härte der Unfreyheit, nach und nach zu mildern, aber nicht sie mit einem Mahle aufzuheben.“²⁸⁴ Dass er vom ethischen Standpunkt aus in der „Sclaverey der Neger, die allergrausamste und ausgedachteste, besonders wegen des Slavenhandels“ sah, wird deutlich, weil ihre Umstände, u.a. „ihre Behandlung wegen der Verschiedenheit der Rasse [...] alles menschliche Gefühl empören“.²⁸⁵ Nur sah er nicht so recht ein, warum man deshalb „alle Unfreiheit für widerrechtlich zu erklären“²⁸⁶ habe. Das Kammergericht war 1780 noch bemüht, deutlich zu unterscheiden zwischen den „Leibeigenen und den Römischen Knechten“.²⁸⁷ Diese Differenzierung ging später verloren. Diskutierte man über die Naturrechtswidrigkeit der Sklaverei, so wurden hier auch die Weichen gestellt für rechtspolitische Überlegungen zur „Bauernbefreiung“.²⁸⁸ Karl Ignaz Wedekind bezeichnet beispielsweise die Leibeigenschaft als „unsere deutsche[...] Sklaverei“.²⁸⁹ Es ging also um Leibeigenschaft, Hörigkeit, Erbuntertänigkeit. Diese Formen abgestufter Unfreiheit endeten in Preußen mit § 12 des „Edikts den erleichterten Besitz und den freien Gebrauch des Grundeigentums sowie die persönlichen Verhältnisse der Landbewohner betreffend“ vom

278 *Kind*, Quaestiones forenses observationibus ac praesertim decisionibus Sax. Supremi Provocationum Tribunalis collustratae, Bd. 2, 1807, 392.

279 *Hugo*, Lehrbuch des Naturrechts (Nachdr. 1971), 1819, §§ 189, 195, S. 249, 259.

280 Vgl. *Hugo*, Lehrbuch des Naturrechts (Nachdr. 1971), 1819, § 30 S. 35 f; dazu *Rückert*, „das dies nicht das Feld war, auf der er seine Rosen pflücken konnte“? Gustav Hugos Beitrag zur juristisch-philosophischen Grundlagendiskussion nach 1789, in: Dreier, Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts – ARSP Beiheft 37, 1990, 94, 113 ff.

281 *Hugo*, Lehrbuch des Naturrechts (Nachdr. 1971), 1819, § 186 ff, S. 242 ff.

282 Dazu *Rückert*, „das dies nicht das Feld war, auf der er seine Rosen pflücken konnte“? Gustav Hugos Beitrag zur juristisch-philosophischen Grundlagendiskussion nach 1789, in: Dreier, Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts – ARSP Beiheft 37, 1990, 94, 121 f.

283 *Hugo*, Lehrbuch des Naturrechts (Nachdr. 1971), 1819, § 189, S. 249.

284 *Hugo*, Lehrbuch des Naturrechts (Nachdr. 1971), 1819, § 195, S. 259.

285 *Hugo*, Lehrbuch des Naturrechts (Nachdr. 1971), 1819, § 186, S. 243 (Hervorhebung hinzugefügt).

286 *Hugo*, Lehrbuch des Naturrechts (Nachdr. 1971), 1819, § 186, S. 243 (Hervorhebung hinzugefügt).

287 *Hymmen*, Beyträge zu der juristischen Litteratur in den Preußischen Staaten, Bd. 6, 1780, 308.

288 *Klippel*, Persönliche Freiheit und Vertrag, in: Kervégan/Mohnhaupt, Gesellschaftliche Freiheit und vertragliche Bindung in Rechtsgeschichte und Rechtsphilosophie, 1999, 139.

289 *Wedekind*, Von dem besonderen Interesse des Naturrechts, 1793, 74.

9.10.1807 (sog. Martini-Edikt).²⁹⁰ Diese Reform geht im Wesentlichen auch auf die Kritik am wirtschaftlichen Nachteil unfreier Arbeit im Vergleich zu freier Arbeit zurück, wie sie zuerst von *Christian Garve* (1742-1798), dem Übersetzer vom *Smiths Wealth of Nations* (Untersuchung über die Natur und die Ursachen des Nationalreichthums, Breslau 1794-96) in seinen Vorlesungen *Ueber den Charakter der Bauern* (1786) angestellt wurden.²⁹¹ Gegen Sklaverei und sonstige Formen abgestufter Unfreiheit sprachen in der aufkommenden Marktwirtschaft gewichtige Gründe. Diese Einschätzung wird traditionell auf *Karl Marx* und *Max Weber*²⁹² zurückgeführt.²⁹³ Sie findet sich jedoch schon um 1800. 1802 hat *August Ferdinand Lueder* (1760-1819) im zweiten Band seines Lehrbuchs *Ueber Nationalindustrie und Staatswirtschaft* eine ganze Reihe ökonomischer Gründe gegen die Sklaverei vorgebracht.²⁹⁴ Es wäre allerdings zu kurz gegriffen, wenn man — wie *Marc Bros*²⁹⁵ — die Opposition gegen die Sklaverei allein ökonomischen Zwängen und den Bedürfnissen der aufkommenden Industrialisierung zuzuschreiben. Gegen *Bros* möchte ich seinen eigenen Zeugen,²⁹⁶ *Max Weber*, ihn ins Feld führen:

„Maßgebend für die gänzliche Beseitigung der persönlichen Unfreiheit aber waren letztlich überall starke naturrechtliche ideologische Vorstellungen.“²⁹⁷

Es war das Prinzip gleicher Freiheit. Diesseits und jenseits des Atlantik.

III. Aufstieg und Fall des Nichtdiskriminierungsrechts im 19. Jahrhundert

1. Die Wiederentdeckung des Gleichheitsversprechens der Unabhängigkeitserklärung

Das sozial- und rechtspolitisch revolutionäre Potenzial des Gleichheitsversprechens der Unabhängigkeitserklärung hat sich im Lauf des 19. und 20. Jahrhunderts durchgesetzt.²⁹⁸ *All men are created equal* – das hatte als Prinzip Zukunftspotential.²⁹⁹ Es nimmt in *Abraham Lincolns* (1809-1865) politischem Schaffen einen prominenten Platz ein. Im Oktober 1854 hielt *Lincoln* in Peoria, Illinois, eine Rede gegen den *Kansas-Nebraska-Act 1854*. Dieses Gesetz erlaubte es den Siedlern dieser Territorien, nach dem Prinzip der *popular sovereignty* darüber

290 Dazu *Schmoeckel*, Rechtsgeschichte der Wirtschaft, 2008, Rn. 119 ff.

291 *Garve*, Ueber den Charakter der Bauern, 1786, 67 ff.

292 Vgl. *Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft, 1972, 415.

293 Siehe *Bros*, Rechtshistorisches Journal (15) 1996, 391, 405.

294 Dazu vertiefend *Koch*, HZ 1976, 529, 541 ff.

295 *Bros*, Rechtshistorisches Journal (15) 1996, 391, 405.

296 *Bros*, Rechtshistorisches Journal (15) 1996, 391, 405 Fn. 58.

297 *Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft, 1972, 415.

298 Zum Folgenden vgl. *Higginbotham*, In the Matter of Color, 1980, 383 ff.

299 Siehe dazu auch oben § 3 I 1.