

### § 3 Entstehung, Scheitern und Wiederkehr des modernen Nichtdiskriminierungsrechts

I. „The negro race had been doomed to slavery“

#### 1. Das gebrochene Versprechen der Gleichheit in der Declaration of Independence

„Gleichheit“ wurde in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts zur politischen Kernforderung in den amerikanischen Kolonien der englischen Krone. Wichtigstes Dokument dafür ist die am 4.7.1776 vom *Continental Congress* verabschiedete *Declaration of Independence*:

„We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness“.

Diese Gleichheit war aber primär eine nach außen, an den englischen König *Georg III* (1738-1820) gerichtete Forderung.<sup>1</sup> Ihre Einbettung in die *Declaration* verbindet diese Gleichheitskonzeption mit dem politischen Selbstverständnis der Kolonisten, Anspruch auf dieselben politischen Rechte zu haben, wie die britischen Staatsbürger. Die ideengeschichtlichen Wurzeln der amerikanischen Kolonisten sind breit gestreut; den europäischen Aufklärern, insbesondere *John Locke* und *Samuel Pufendorf* kommt dabei – neben vielen anderen – eine prominente Rolle zu.<sup>2</sup> Unmittelbares Vorbild der *Declaration* ist die *Virginia Bill of Rights* vom 12.6.1776.<sup>3</sup> Deren Article I lautet:

„That all men are by nature equally free and independent, and have certain inherent rights, of which, when they enter into a state of society, they cannot, by any compact, deprive or divest their posterity; namely, the enjoyment of life and liberty, with the means of acquiring and possessing property, and pursuing and obtaining happiness and safety.“

„All men are created equal“ und „all men are by nature equally free“ – das war ein für die Zukunft gegebenes Versprechen: Frauen und Schwarze waren 1776 offensichtlich nicht gemeint.<sup>4</sup> Die Frau war personenrechtlich nicht dem Mann gleichgestellt und alle Kolonien kannten und akzeptierten die Sklaverei Schwarzer.<sup>5</sup> Die Unabhängigkeitserklärung schweigt über die Sklaverei. Sie wich inso-

1 *Dann*, Gleichheit und Gleichberechtigung, 1980, 112-113.

2 Dazu grundlegend *Bailyn*, The Ideological Origins of the American Revolution (1967), 1992, 22 ff; zur Bedeutung der Literatur der Aufklärung des 18. Jhdts. siehe auch *Reck*, 44 Review of Metaphysics 549 (1991).

3 *Maier*, American Scripture, 1997, 125-126.

4 Zum Problemkreis zuletzt *Tsesis*, We Shall Overcome, 2008, 9 ff.

5 Weiterführend zur Entwicklung der Sklaverei in der Kolonialzeit *Higginbotham*, In the Matter of Color, 1980, 19 ff; *Franklin/Moss*, From Slavery to Freedom, 2000, 64 ff.

weit von *Thomas Jeffersons* (1743-1826) Entwurf der *Declaration* ab. Dort wies *Jefferson*, der die Sklaverei moralisch zwar verurteilte, selbst aber Sklavenhalter war,<sup>6</sup> letztlich der englischen Krone die Verantwortung für Sklaverei und Sklavenhandel zu.<sup>7</sup> Das eigentliche Verbrechen des Königs sei es, so *Jefferson*, dass er den Kolonisten zunächst die Sklaverei oktroyiert habe und jetzt diese Sklaven zum Aufstand gegen die weißen Kolonisten aufhetzte.<sup>8</sup> Der Kongress hat auf diesen Abschnitt in der endgültigen Fassung nach ausführlicher Diskussion verzichtet.<sup>9</sup> Damit verschwand der Begriff der Sklaverei aus der Unabhängigkeitserklärung. Seitdem bietet die *Declaration* zwei Lesarten: die historisch dem Zeitgeist ihrer Verfasser entsprechende Interpretation, nach der Schwarze (und Frauen) nicht erfasst waren und eine Auffassung, die darin ein in die Zukunft gerichtetes Versprechen an alle Menschen erblickte. Der *Supreme Court* thematisierte beide Aspekte in seiner berüchtigten Entscheidung *Scott v. Sandford* (1857)<sup>10</sup> und bezog klar Position:

„The language of the Declaration of Independence [...] would seem to embrace the whole human family, and if they were used in a similar instrument at this day would be so understood. But it is too clear for dispute, that the enslaved African race were not intended to be included, and formed no part of the people who framed and adopted this declaration [...]. Yet the men who framed this declaration [...] perfectly understood the meaning of the language they used, and how it would be understood by others; and they knew that it would not in any part of the civilized world be supposed to embrace the negro race, which, by common consent, had been excluded from civilized Governments and the family of nations, and doomed to slavery.“<sup>11</sup>

## 2. Die Verankerung der Sklaverei in der Verfassung von 1787

Zwischen 1776 und 1787 schafften einige Bundestaaten die Sklaverei ab (Vermont, New Hampshire, Pennsylvania, Massachusetts)<sup>12</sup> und es begann sich bereits die für das 19. Jahrhundert maßgebliche Dichotomie zwischen den sklaven-

6 Weiterführend zu den Gegensätzen in *Jeffersons* Standpunkt zur Sklavenfrage *Finkelman*, *Slavery and the Founders*, 2001, 129 ff.

7 Die Passage lautet: „He has waged cruel war against human nature itself, violating its most sacred rights of life and liberty in the persons of a distant people who never offended him, captivating and carrying them into slavery in another hemisphere, or to incur miserable death in their transportation thither“, abgedruckt bei *Armitage*, *The Declaration of Independence*, 2007, 161.

8 Im Wortlaut: „[The king] is now exciting those very people to rise in arms among us, and to purchase that liberty of which he has deprived them, by murdering the people upon whom he also obtruded them: thus paying off former crimes committed against the liberties of one people, with crimes which he urges them to commit against the lives of another“, abgedruckt bei *Armitage*, *The Declaration of Independence*, 2007, 162.

9 Dazu *Higginbotham*, *In the Matter of Color*, 1980, 380 ff.

10 Statt *Sandford* müsste es richtigerweise *Sanford* heißen; der Name eines Verfahrensbeteiligten wurde in den Gerichtsdokumenten fälschlich mit „Sandford“ angegeben, vgl. *Fehrenbacher*, *Slavery, Law and Politics*, 1981, 127.

11 *Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393, 409-410 (1857).

12 Zu den Einzelheiten siehe *Finkelman*, *Imperfect Union*, 1981, 41 ff.

freien und industrialisierten Nordstaaten einerseits und den sklavenhaltenden und agrarischen Südstaaten andererseits zu entwickeln. Damit einher ging der Grundkonflikt jeder föderalen Verfassungsordnung: Wieviel staatliche Gewalt verbleibt bei den einzelnen Staaten zur Regelung der eigenen, inneren Angelegenheiten (*state autonomy*) und welche Kompetenzen werden dem *federal government* übertragen? Diese Fragen wurden immer auch mit Bezug auf die Sklaverei gestellt und es ging grundsätzlich darum, wer über die Zulässigkeit und Rechtsfolgen der Sklaverei entschied – der einzelne Staat oder Washington – und ob die Entscheidung eines Staates von anderen Bundesstaaten zu akzeptieren ist. Die Verfassung von 1787 muss daher als ein Kompromisspapier gelesen werden: die Akzeptanz der Sklaverei in den Südstaaten war der Preis für ihre Verabschiedung.<sup>13</sup> „We the people [...] in order to form a more perfect Union, establish justice, [...] promote the general welfare, and secure the blessings of liberty to ourselves and our posterity...“,<sup>14</sup> auch das war ein Versprechen, das nicht gegenüber allen gegeben wurde: Schwarze und Frauen blieben weiterhin ausgeschlossen.<sup>15</sup> Auch die Verfassung änderte nichts am Institut der Sklaverei,<sup>16</sup> im Gegenteil: Es wurde mehrfach in sie eingeschrieben. Das Wort „slave“ wird man in der Verfassung von 1787 zwar nicht finden.<sup>17</sup> Es wurde von den Verfassern bewusst vermieden, „from a sensitive feeling“, wie man später sagen wird.<sup>18</sup> Der Text lässt jedoch wenig Zweifel daran, dass die Verfassung Sklaverei als Status voraussetzt, akzeptiert und teilweise schützt.<sup>19</sup>

### a) Sklavenhandel

Der erste Punkt betraf den Sklavenhandel. Interpretiert man die *commerce clause*<sup>20</sup> so wie der *Supreme Court* in *Gibbons v. Ogden* (1824),<sup>21</sup> wäre er möglicherweise in ihren Anwendungsbereich und damit in die Gesetzgebungskompetenz

13 Dazu vertiefend Maltz, 36 Am. J. Leg. Hist. 466 (1992); *Tesis*, *We Shall Overcome*, 2008, 33 ff.

14 U.S. Const. preamble.

15 *Marshall*, 101 Harv. L. Rev. 1, 2 (1987); siehe auch *Bell v. Maryland*, 378 U.S. 226, 286 (Goldberg, J., conc.): „The Constitution of the new Nation, while heralding liberty, in effect declared all men to be free and equal-except black men who were to be neither free nor equal.“

16 Vgl. *State v. Post*, 20 N.J.L. 368, 376 (N.J. 1845): „[I]t has been often adjudged, both by the State and Federal courts, that slavery still exists; that the master's right of property in the slave has not been affected either by the declaration of independence, or the constitution of the United States.“

17 Zu den Hintergründen *Higginbotham*, *Shades of Freedom*, 1996, 68 ff.

18 *Smith v. Turner*, 48 U.S. (7 How.) 283, 543 (Woodbury, J., diss.)(1849).

19 Vgl. dazu weiterführend *Finkelman*, *Slavery and the Founders*, 2001, 3 ff; anders aber *Belz*, *The Constitution and Reconstruction*, in: Anderson/Moss, *The Facts of Reconstruction*, 1991, 189, 214 f mwN, der mit einer mich nicht überzeugenden Argumentation u.a. aus dem fehlenden Wort „Sklaverei“ eine moralische Verurteilung dieses Instituts ableiten will.

20 U.S. Const. art. I § 8 cl. 3: „Congress shall have power ... To regulate commerce with foreign nations, and among the several states, and with the Indian tribes“.

21 *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. (9 Wheat.) 1 (1824).

der Union gefallen.<sup>22</sup> Obwohl der Sklavenhandel 1787 auch in den Südstaaten kontrovers diskutiert wurde,<sup>23</sup> gab es in der verfassungsgebenden Versammlung keine gesicherte Mehrheit für eine föderale Lösung. Ein sofortiges Verbot hätte aus Sicht einiger Südstaaten ihre ökonomische Entwicklung erheblich beeinträchtigt.<sup>24</sup> Daher einigte man sich darauf, den Kongress als föderales Gesetzgebungsorgan zu ermächtigen, frühestens im Jahr 1808 die „migration or importation of such persons as any of the states now existing shall think proper to admit“ zu verbieten.<sup>25</sup>

### b) Fortdauer des Statusverhältnisses beim Aufenthaltswechsel des Staates?

#### (1) Ein ungeklärtes Thema

Der zweite Punkt betraf eine für die sklavenhaltenden Südstaaten zentrale Frage:<sup>26</sup> Was geschieht mit den Sklaven, die sich entweder zusammen mit ihrem „Master“ in einem sklavenfreien Staat aufhalten oder die dorthin fliehen? Ausgangspunkt ist die *privileges and immunities clause* in Art. IV § 2 U.S.-Verf.<sup>27</sup> Sie enthält in der Sache ein an jeden Staat adressiertes Gleichbehandlungsgebot, Angehörige eines anderen Staates wie die eigenen Angehörigen zu behandeln.<sup>28</sup> Dazu der *Supreme Court* in *Scott v. Sandford*:<sup>29</sup>

„[The union] gave to each citizen rights and privileges outside of his State which he did not before possess, and placed him in every other State upon a perfect equality with its own citizens as to rights of person and rights of property; it made him a citizen of the United States.“<sup>30</sup>

Darunter fällt insbesondere auch die gleiche Möglichkeit, Eigentum zu erwerben und zu besitzen.<sup>31</sup> Offen blieb, ob das nur für Eigentum an Sachen oder auch an Personen – und damit für die Sklaverei – galt.<sup>32</sup> Die dazu vertretenen Auffassun-

22 Vgl. dazu *Groves v. Slaughter*, 40 U.S. (15 Pet.) 449, 503-508 (McLean, J.) (1841) (verneinend) mit *Groves v. Slaughter*, 40 U.S. (15 Pet.) 449, 513-516 (Baldwin, J.) (bejahend).

23 *Tsesis*, We Shall Overcome, 2008, 31 f.

24 Maltz, 36 Am. J. Leg. Hist. 466, 469 (1992).

25 U.S. Const. art. I § 9 cl. 1.

26 Zum Folgenden vgl. Maltz, 36 Am. J. Leg. Hist. 466, 469-471 (1992).

27 „The citizens of each state shall be entitled to all privileges and immunities of citizens in the several states.“

28 Vgl. *Paul v. Virginia*, 75 U.S. (8 Wall.) 168, 180 (1868): „It was undoubtedly the object of the clause in question to place the citizens of each State upon the same footing with citizens of other States, so far as the advantages resulting from citizenship in those States are concerned.“

29 Zum Sachverhalt und den verschiedenen Entscheidungsbegründungen siehe statt vieler *Tsesis*, We Shall Overcome, 2008, 77 ff.

30 *Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393, 407 (1857).

31 *Paul v. Virginia*, 75 U.S. (8 Wall.) 168, 180 (1868): „it insures to them in other States the same freedom possessed by the citizens of those States in the acquisition and enjoyment of property and in the pursuit of happiness; and it secures to them in other States the equal protection of their laws“.

32 Vgl. *Finkelman*, Imperfect Union, 1981, 33 f.

gen änderten sich im Laufe der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts radikal:<sup>33</sup> Noch 1823 ging ein Bundesgericht davon aus, dass die Verfassung auch den Status des Sklaven als Eigentum im Nicht-Sklavenstaat schütze.<sup>34</sup> In der Sache interpretierte es die Bestimmung als Beschränkungsverbot. Vor Ausbruch des Bürgerkrieges hatte sich die Einschätzung komplett geändert. Der *Court of Appeals* des Staates New York interpretierte die *Privileges and Immunities Clause* als reines Diskriminierungsverbot: Weil kein Bürger des Staates New York Sklavenhalter sein könne, könne sich auch der Bürger eines Sklavenhalterstaates nicht darauf berufen.<sup>35</sup> Der *Supreme Court* musste vor 1861 dazu nicht entscheiden. In einer Entscheidung *post bellum* teilte er das Verständnis der *Privileges and Immunities Clause* als Diskriminierungsverbot:

„But the privileges and immunities secured to citizens of each State in the several States, by the provision in question, are those privileges and immunities which are common to the citizens in the latter States under their constitution and laws by virtue of their being citizens. Special privileges enjoyed by citizens in their own States are not secured in other States by this provision.“<sup>36</sup>

## (2) Schutzpflicht zugunsten des Masters eines flüchtigen Sklaven

Die vermeintlich größte Gefahr – der *fugitive slave* – wurde sogar in der Verfassung selbst geregelt:

„No person held to service or labor in one state, under the laws thereof, escaping into another, shall, in consequence of any law or regulation therein, be discharged from such service or labor, but shall be delivered up on claim of the party to whom such service or labor may be due.“<sup>37</sup>

Nach Auffassung des *Supreme Court* in *Prigg v. Pennsylvania* (1842)<sup>38</sup> war diese Klausel entscheidend für die Verabschiedung der Verfassung 1787.<sup>39</sup> Ihr Zweck bestand darin,

„to secure to the citizens of the slave-holding states the complete right and title of ownership in their slaves, as property, in every state in the Union into which they might escape from the state where they were held in servitude.“<sup>40</sup>

Sie enthielt „a positive, unqualified right on the part of the owner of the slave, which no state law or regulation can in any way qualify, regulate, control or re-

33 Zum Ganzen *Finkelman*, Imperfect Union, 1981.

34 Siehe *Corfield v. Coryell*, 6 F. Cas. 546 (E.D. Pa. 1823) (No. 3230).

35 *Lemmon v. People*, 20 N.Y. 562, 609-611 (1860).

36 *Paul v. Virginia*, 75 U.S. (8 Wall.) 168, 180 (1868).

37 U.S. Const. art. IV § 2 cl. 3.

38 Zum Verständnis dieser schwierigen Entscheidung siehe *Maltz*, 36 Am. J. Leg. Hist. 466, 473 ff (1992).

39 *Prigg v. Pennsylvania*, 41 U.S. (16 Pet.) 539, 611 (1842).

40 *Prigg v. Pennsylvania*, 41 U.S. (16 Pet.) at 611.

strain.“<sup>41</sup> Daraus folgte das Gericht eine – wie man heute sagen würde<sup>42</sup> – an die Bundesgewalt adressierte Schutzpflicht zur Verwirklichung dieses Rechts.<sup>43</sup> Dem ist bereits der zweite Kongress mit dem „Act respecting fugitives from justice, and persons escaping from the service of their masters“ von 12.2.1793 (*Fugitive Slave Act 1793*) in verfassungskonformer Weise nachgekommen.<sup>44</sup> Entgegenstehende Gesetze von Nicht-Sklavenstaaten, die „a forcible removal of a colored person out of the state“ verbieten, waren danach verfassungswidrig, wenn sie auch auf entflohene Sklaven angewendet werden.<sup>45</sup> Andererseits waren die einzelnen Staaten nicht verpflichtet, das Bundesgesetz selbst durchzusetzen.<sup>46</sup> Damit war die effektive Durchsetzung des „Eigentumsrechts“ am Sklaven erschwert. Dieses Problem sollte mit dem *Fugitive Slave Act* von 1850 weitestgehend beseitigt werden.<sup>47</sup> In der Realität blieb es allerdings beim Vollzugsdefizit, weil die meisten Nordstaaten entgegenstehende Gesetze zum Schutz vor Entführungen mit gerichtlichen Rechtsbehelfen einführten und diese vielfach auch durchsetzten.<sup>48</sup>

### (3) Sonstiger Aufenthaltswechsel von Sklaven und Schwarzen

Die zweite Frage – welche Auswirkungen hat ein mit Zustimmung des *Masters* vorgenommener, vorübergehender Aufenthalt eines Sklaven in einem Nicht-Sklavenstaat nach seiner Rückkehr in den Sklavenstaat? – ergab sich nur teilweise aus dem Gesamtzusammenhang der Verfassung und der verbliebenen Souveränität der Einzelstaaten.<sup>49</sup> Den Grundsatz formulierte der *Supreme Court* in *Strader v. Graham* (1850):

„Every state has an undoubted right to determine the status, or domestic and social condition, of the persons domiciled within its territory; except in so far as the powers of the states in this respect are restrained, or duties and obligations imposed upon them, by the Constitution of the United States. [...] And the condition of the negroes, therefore, as to freedom or slavery, after their return, depended altogether upon the laws of that state, and could not be influenced by the laws of [a non slave holding state].“<sup>50</sup>

41 *Prigg. v. Pennsylvania*, 41 U.S. (16 Pet.) at 612.

42 Vgl. Giegerich, Privatwirkung der Grundrechte, 1992, 133 f.

43 *Prigg. v. Pennsylvania*, 41 U.S. (16 Pet.) at 614-at 616.

44 *Prigg. v. Pennsylvania*, 41 U.S. (16 Pet.) at 616-at 622.

45 *Prigg. v. Pennsylvania*, 41 U.S. (16 Pet.) at 625; zum Problem näher *Prigg. v. Pennsylvania*, 41 U.S. (16 Pet.) 539, 669-70 (1842)(McLean, J.).

46 *Prigg. v. Pennsylvania*, 41 U.S. (16 Pet.), 539, 615-616 (1842).

47 *Tsesis*, The Thirteenth Amendment and American Freedom, 2004, 27 ff.

48 Näher *Finkelman*, Rehearsal for Reconstruction: Antebellum Origins of the Fourteenth Amendment, in: Anderson/Moss, The Facts of Reconstruction, 1991, 1, 13 ff.

49 Dazu vertiefend *Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393, 458-59 (1857)(Nelson, J., conc.).

50 *Strader v. Graham*, 51 U.S. (10 How.) 82, 93-94 (1850).

Aus der Kompetenzverteilung der Verfassung von 1787 entnahm der *Supreme Court* in *Dred Scott* schließlich einen weiteren elementaren Grundsatz, wonach der Bundesstaat keine Kompetenz habe,

„to interfere for any other purpose but that of protecting the rights of the owner, leaving it altogether with the several States to deal with this race, whether emancipated or not, as each State may think justice, humanity, and the interests and safety of society, require.“<sup>51</sup>

Die Gesamtkonzeption der Kompetenzen der Bundesgewalt war darauf angelegt, die einfachrechtliche Abschaffung der Sklaverei zu verhindern.<sup>52</sup> Das war in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts – trotz anderslautender Positionen mancher *Abolitionists* – juristisches Gemeingut. Deutlich formuliert *Justice Nelson* in *Dred Scott*:

„It must be admitted that Congress possesses no power to regulate or abolish slavery within the States; and that, if this act had attempted any such legislation, it would have been a nullity.“<sup>53</sup>

Die Verfassung ermöglichte es allerdings auch den Nicht-Sklavenstaaten, selbst über den Status der sich in ihnen aufhaltenden Sklaven – mit Ausnahme der flüchtigen – zu entscheiden.<sup>54</sup> Das führte zu erheblichen Unsicherheiten für Sklavenhalter, die mit ihren Sklaven reisten und sich im Laufe des 19. Jahrhunderts nicht mehr sicher sein konnten, dass der im Heimatstaat begründete Status des Sklaven als Eigentum bei vorübergehenden Aufenthalten in Nicht-Sklavenstaaten respektiert wurde. Die Frage war juristisch gesprochen ein Problem des Internationalen Privatrechts: Gilt die *lex fori* und damit das Recht des Staates, der keine Sklaverei kennt oder gilt das Recht des Staates, dem der Sklavenhalter angehört und in dem das Statusverhältnis zum Sklaven begründet worden ist?<sup>55</sup> Bei der Lösung dieses Problems waren drei Quellen maßgeblich: (1.) die Verfassung und Bundesrecht, die nur den Status des flüchtigen Sklaven adressierten, (2.) Verfassung, Common Law und Gesetze des entscheidenden Staates, also das, was man heute zum nationalen *ordre public* zählen würde und (3.) allgemeine Prinzipien des Völkerrechts und das Prinzip der *comity*.<sup>56</sup>

*Paul Finkelman* hat nachgewiesen, dass um 1830/1840 ein erheblicher Wandel in der Beantwortung dieser Fragen einsetzte.<sup>57</sup> In der Zeit zwischen 1787 und 1830 akzeptierten die sklavenfreien Staaten im Wesentlichen die Statusbeziehung des Masters zum Sklaven, obwohl sie auf eigenem Territorium die Sklaverei abschafften. Exemplarisch dafür stehen die Gesetze in Pennsylvania und New

51 *Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 426.

52 *Finkelman*, Imperfect Union, 1981, 28 ff.

53 *Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393, 464 (1857)(Nelson, J., conc).

54 Näher *Finkelman*, Imperfect Union, 1981, 30 ff.

55 Grundlegend zum Problem *Finkelman*, Imperfect Union, 1981, 3 ff.

56 Zu den Optionen siehe *Finkelman*, Imperfect Union, 1981, 13 ff.

57 *Finkelman*, Imperfect Union, 1981.

York. Hielten sich auswärtige Sklavenhalter nur vorübergehend in diesen Staaten auf, wobei dieser Zeitraum gesetzlich auf 6 bzw. 9 Monate festgelegt war, blieb der mitgebrachte Sklave in Unfreiheit.<sup>58</sup> Im Gegenzug akzeptierten die sklavenhaltenden Staaten die Statusänderung, die ein darüber hinausgehender Aufenthalt bewirkte: Der ehemalige Sklave wurde auch im Süden als *freedman* anerkannt.<sup>59</sup> Das änderte sich ab 1830 im Zuge der immer schärfer werdenden nationalen Debatte über die Sklaverei.

Vorbildfunktion für die meisten Nordstaaten<sup>60</sup> hatte *Commonwealth v. Aves* (1836).<sup>61</sup> Dieser Fall reflektiert auch die Auffassung über Sklaverei, die sich im Norden ab 1800 durchgesetzt hat und eignet sich daher besonders gut, mit der zeitgenössischen Konzeption der Sklaverei in den Südstaaten<sup>62</sup> verglichen zu werden. *Med*, ein 6 Jahre altes Sklavenmädchen, wurde von ihrer Mistress aus New Orleans nach Boston mitgenommen, als sie für vier bis fünf Monate ihren dort lebenden Vater, *Thomas Aves*, besuchte. Die *Boston Female Antislavery Society* initiierte ein *habeas corpus*-Verfahren mit dem Ziel, die Freilassung *Meds* zu erreichen.<sup>63</sup> Bei der Lösung dieses Falles war das Bundesrecht nicht einschlägig, weil *Med* keine flüchtige Sklavin war.<sup>64</sup> Nach der Verfassung des Staates Massachusetts war Sklaverei dagegen grundsätzlich unzulässig:

„It is now to be considered as an established rule, that by the constitution and laws of this Commonwealth, before the adoption of the constitution of the United States, in 1789, slavery was abolished, as being contrary to the principles of justice, and of nature, and repugnant to the provisions of the declaration of rights, which is a component part of the constitution of the State.“<sup>65</sup>

Damit war das Problem noch nicht gelöst, weil die Sklaverei zwar „contrary to natural right, to the principles of justice, humanity and sound policy“ sei, zugleich aber als positiv geltendes Recht in anderen Staaten völkerrechtlich anerkannt werden musste.<sup>66</sup> Damit rezipiert das Gericht<sup>67</sup> *Lord Mansfields* Entscheidung in *Somerset v. Stewart* (1772).<sup>68</sup> Daraus resultierte die Frage, ob sich das Statusverhältnis des Sklaven nach dem international-privatrechtlichen Sachenrecht richtet und *comity* dazu verpflichtet, eine im Heimatstaat bestehende Ei-

58 Finkelman, Imperfect Union, 1981, 46.

59 Finkelman, Imperfect Union, 1981, 339.

60 Finkelman, Rehearsal for Reconstruction: Antebellum Origins of the Fourteenth Amendment, in: Anderson/Moss, The Facts of Reconstruction, 1991, 1, 13.

61 *Commonwealth v. Aves*, 18 Pick (Mass.) 193 (1836).

62 Dazu unten § 7 I 4.

63 Zum Sachverhalt siehe Finkelman, Imperfect Union, 1981, 103 f.

64 *Commonwealth v. Aves*, 18 Pick (Mass.) 193, 219–224 (1836).

65 *Commonwealth v. Aves*, 18 Pick (Mass.) at 208.

66 *Commonwealth v. Aves*, 18 Pick (Mass.) at 215.

67 *Commonwealth v. Aves*, 18 Pick (Mass.) at 198–201.

68 *Somerset v. Stewart*, [1772] Eng. Rep. 499 (1772). Zum Einfluss dieser Entscheidung auf die amerikanische Sklavereidebatte vgl. Higginbotham, In the Matter of Color, 1980, 313 ff; Finkelman, Imperfect Union, 1981, 38 ff, jeweils mwN.



gentumsbeziehung auch im Entscheidungsstaat anzuerkennen.<sup>69</sup> Das gilt besonders vor dem Hintergrund, dass es sich bei Louisiana nicht um irgendeinen auswärtigen Staat handelte, sondern um einen Schwesterstaat in der Union unter einer Verfassung, die Sklaverei als solche anerkennt.<sup>70</sup> Dagegen macht das Gericht den *ordre public* geltend:

„That the law arising from the comity of nations cannot apply; because if it did, it would follow as a necessary consequence, that all those persons, who, by force of local laws, and within all foreign places where slavery is permitted, have acquired slaves as property, might bring their slaves here, and exercise over them the rights and power which an owner of property might exercise, and for any length of time short of acquiring a domicile; that such an application of the law would be wholly repugnant to our laws, entirely inconsistent with our policy and our fundamental principles, and is therefore inadmissible.“<sup>71</sup>

Med war frei, weil ihre Mistress in Massachusetts keine rechtliche Kontrolle über sie ausüben konnte. Nach dem in *Commonwealth v. Aves* etablierten Prinzip ist die Herrschaftsbeziehung zwischen Master und Sklave ausschließlich im positiven Recht eines Staates begründet und außerhalb davon unwirksam. Dieses Prinzip hat der *Supreme Court* in *Prigg v. Pennsylvania* (1842) implizit bestätigt. Danach war die *Fugitive Slave Clause* verfassungsrechtlich notwendig, weil ohne sie der Grundsatz gilt, dass jeder Staat in seinem Hoheitsgebiet selbst über den Status auswärtiger Sklaven entscheiden kann.<sup>72</sup> Der bis dahin unangefochten auf die durchreisenden Sklaven angewandte Grundsatz der *interstate comity*<sup>73</sup> und der Berücksichtigung der Interessen der Sklavenstaaten wurde mit *Aves* an zentraler Stelle und mit Präcedenzwirkung für fast den ganzen Norden aufgeweicht. Um 1860 wurden Sklaven, die sich mit Zustimmung ihres Masters in einem sklavenfreien Staat aufhielten – mit der Ausnahme von New Jersey und Illinois – frei.<sup>74</sup>

Im Süden bewirkte verlief die Entwicklung spiegelverkehrt: Während die Gerichte in den Südstaaten bis um 1830-1840 die Statuswirkungen eines Aufenthalts des Sklaven in einem sklavenfreien Staat akzeptierten, änderte sich das in der darauf folgenden Periode deutlich. Der im Norden freigewordene Schwarze wurde im Süden regelmäßig<sup>75</sup> sofort wieder als Sklave angesehen.<sup>76</sup> Die mit dem Aufenthalt in einem sklavenfreien Staat verbundene Nichtanerkennung des Statusverhältnisses und die statusrechtliche Anerkennung des früheren Sklaven als *freedman* wurde in den Sklavenstaaten nicht mehr akzeptiert. Das berühmteste

69 *Commonwealth v. Aves*, 18 Pick (Mass.) 193, 216 (1836).

70 Zu diesem Aspekt vgl. *Finkelman*, *Imperfect Union*, 1981, 104 ff.

71 *Commonwealth v. Aves*, 18 Pick (Mass.) at 217–at 218.

72 *Prigg v. Pennsylvania*, 41 U.S. (16 Pet.) 539, 548 (1842).

73 Zur Rechtslage in den einzelnen Nordstaaten siehe *Finkelman*, *Imperfect Union*, 1981, 70 ff.

74 Vgl. *Finkelman*, *Imperfect Union*, 1981, 178 f.

75 Differenzierend entschied man diese Fälle in Kentucky, dazu *Finkelman*, *Imperfect Union*, 1981, 190–205.

76 Zum Ganzen *Finkelman*, *Imperfect Union*, 1981, 181–235.

Beispiel ist der Fall *Scott v. Emerson* (1852),<sup>77</sup> der unter *Scott v. Sandford* (1857)<sup>78</sup> letztlich den *Supreme Court* erreichte. *Dred Scott* war der Sklave von *John Emerson*, und hielt sich mit diesem über mehrere Jahre in Illinois und im *Missouri Territory* auf, das ursprünglich Teil des 1803 von Frankreich erworbenen *Louisiana Territory* war und in dem aufgrund des *Missouri Compromise* von 1820 Sklaverei durch Bundesgesetz verboten war.<sup>79</sup> Sicher ist, dass *Scott* mit *Emerson* diese Gebiete wieder verließ und letztlich in Missouri, einem Sklavenstaat, nach dem Tod *Emersons* von dessen Witwe als Sklave angesehen wurde.<sup>80</sup> Im Jahr 1846 klagten *Dred Scott* und seine Frau *Harriet* auf Feststellung ihrer Freiheit aufgrund ihres Aufenthalts in den genannten sklavenfreien Gebieten.<sup>81</sup> Die Klage war nach dem Stand der damaligen Rechtsprechung in Missouri Erfolg versprechend. Der *Missouri Supreme Court* hatte mehrfach entschieden, dass der Master den Sklaven mit seiner Verbringung in ein Gebiet, in dem die Sklaverei verboten war, freilässt und es an einem Rechtsgrund für eine „Wiederverklavung“ nach Rückkehr fehlte.<sup>82</sup> Zwischenzeitlich hatte sich freilich die politische Stimmung im Süden erheblich verschärft und *Dred Scotts* Klage scheiterte vor den staatlichen Gerichten. Justice *William Scotts* Entscheidungsbegründung weist zahlreiche Probleme auf.<sup>83</sup> Dass es ihm letztlich um eine politische Stellungnahme geht, wird am Ende der Entscheidung mehr als deutlich.<sup>84</sup>

„*Times are not now as they were when the former decisions on this subject were made. Since then not only individuals but States have been possessed with a dark and fell spirit in relation to slavery, whose gratification is sought in the pursuit of measures, whose inevitable consequences must be the overthrow and destruction of our government. Under such circumstances it does not behoove the State of Missouri to show the least countenance to any measure which might gratify this spirit. She is willing to assume her full responsibility for the existence of slavery within her limits, nor does she seek to share or divide it with others.*“<sup>85</sup>

*Dred Scotts* Klage war auch vor den Bundesgerichten nicht erfolgreich. Die Möglichkeit, seinen Fall überhaupt dort vorzubringen, verdankt er einem Zufall des Sachverhalts: Weil die Witwe erneut heiratete und nach dem Testament die Ver-

<sup>77</sup> *Scott v. Emerson*, 15 Mo. 576 (Mo. 1852).

<sup>78</sup> *Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393 (1857).

<sup>79</sup> Näher dazu zuletzt *Forbes*, *The Missouri Compromise and its Aftermath*, 2007, 69 ff.

<sup>80</sup> Zu den Fakten siehe näher *Fehrenbacher*, *Slavery, Law and Politics*, 1981, 121 ff.

<sup>81</sup> Vertiefend dazu *Fehrenbacher*, *Slavery, Law and Politics*, 1981, 128 ff.

<sup>82</sup> Vgl. *Scott v. Emerson*, 15 Mo. 576 (1852) (Gamble, J., diss.) mwN; vgl. auch dazu *Fehrenbacher*, *Slavery, Law and Politics*, 1981, 130; *Finkelman*, *Imperfect Union*, 1981, 217 ff.

<sup>83</sup> Zur Kritik im Einzelnen siehe *Finkelman*, *Imperfect Union*, 1981, 223 ff.

<sup>84</sup> Deutlich kritisch daher *Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393, 594-595 (1857) (Curtis, J., diss.): „... in my opinion, it is not within the province of any judicial tribunal to refuse such recognition from any political considerations...“.

<sup>85</sup> *Scott v. Emerson*, 15 Mo. 576 (1852).

waltung des Erbes in diesem Fall auf ihren Bruder, *John F. A. Sanford*<sup>86</sup> übergang und dieser zwischenzeitlich nach New York gezogen war, nutzte *Scott* die Möglichkeit, ihn wegen *diversity of citizenship*<sup>87</sup> vor den Bundesgerichten zu verklagen. Der *Supreme Court* verneinte bereits die Voraussetzung für die Zuständigkeit der Bundesgerichtsbarkeit: *Scott* konnte, selbst wenn man unterstellt, dass er jetzt frei ist, als Schwarzer nicht *citizen* und damit nicht Bürger der U.S.A. sein.<sup>88</sup> In der Sache akzeptierte er die Entscheidung des staatlichen Gerichts, den Status von *Dred Scott* autonom zu bestimmen. Dabei musste er zwei Aspekte trennen. Aus *Strader v. Graham*<sup>89</sup> folgte, dass der Aufenthalt von *Scott* in Illinois für die Statusbestimmung in Missouri irrelevant ist.<sup>90</sup> Problematisch war, ob das auch für die statusrechtlichen Wirkungen des Aufenthalts in den sklavenfreien Gebieten des Missouri Territory galt. Immerhin wurde der Status hier vom *federal law* bestimmt, das als „supreme Law of the Land“<sup>91</sup> Vorrang genießt. Die festgestellte Verfassungswidrigkeit dieses Gesetzes beseitigte auch diese Hürde.<sup>92</sup>

*Dred Scott* war politischer Sprengstoff in den ohnehin schon gespannten Beziehungen innerhalb der Bundesstaaten und Parteien zur Sklavenfrage. Die Entscheidung hatte das Potential, die sklavenfreien Staaten zu zwingen, das Statusverhältnis des Sklaven zum Master anerkennen zu müssen.<sup>93</sup> Das zeigt die zustimmende Meinung von *Justice Nelson*:

„A question has been alluded to, on the argument, namely: the right of the master with his slave of transit into or through a free State, on business or commercial pursuits, or in the exercise of a Federal right, or the discharge of a Federal duty, being a citizen of the United States, which is not before us. This question depends upon different considerations and principles from the one in hand, and turns upon the rights and privileges secured to a common citizen of the republic under the Constitution of the United States.“<sup>94</sup>

Die Freiheit der Sklavenhalter, mit ihren Sklaven zu verreisen, war in der Tat beschränkt, wenn sie Gefahr laufen mussten, ihr Eigentum zu verlieren, sobald sie den Boden eines sklavenfreien Staates betraten. Das erfuhren *Jonathan Lemmon* und seine Familie, die 1852 von Virginia (einem Sklavenstaat) über New York (einen sklavenfreien Staat) nach Texas (einem Sklavenstaat) reisten und ihre acht Sklaven bei dem Zwischenstopp in New York mit an Land nahmen. Der *New York Court of Appeals* entschied in *Lemmon v. People* (1860), dass die acht Per-

86 Der Name wurde in den Gerichtsdokumenten fälschlich mit „Sandford“ angegeben, vgl. *Fehrenbacher, Slavery, Law and Politics*, 1981, 127.

87 Vgl. U.S. const. art. III § 2: The judicial Power of the United States ... shall extend to all cases between Citizens of different States....

88 *Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393, 403-427 (1857), dazu unten § 3 I 3 b).

89 *Strader v. Graham*, 51 U.S. (10 How.) 82, 93-94 (1850).

90 *Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393, 452 (1857).

91 U.S. const. art. 6 cl. 2.

92 *Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) at 452.

93 Vgl. *Finkelman*, *Imperfect Union*, 1981, 281 ff.

94 *Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) at 468-469 (Nelson, J., conc.).

sonen nach dem verfassungskonformen Recht des Staats New York damit zu freien Personen geworden waren.<sup>95</sup> An sich gewährleistete die Verfassung also Symmetrie zwischen Sklavenstaaten und sklavenfreien Staaten: „[T]he law of the State is supreme over the subject of slavery within its jurisdiction“, schrieb *Justice Nelson* in seiner zustimmenden Meinung in *Dred Scott*.<sup>96</sup> Davon machten die Staaten ab 1830 vermehrt Gebrauch, zugunsten ihres jeweils unterschiedlichen Verständnisses von Freiheit: der Freiheit Schwarzer von der Sklaverei einerseits und der „Freiheit“ des Master, über Sklaven als Eigentümer verfügen zu können. *Dred Scott* drohte, dieses Gleichgewicht zugunsten der Sklaverei zu kippen. Darauf macht bereits *Justice McLean* in seiner abweichenden Meinung aufmerksam:

„[T]he principle laid down will enable the people of a slave State to introduce slavery into a free State, for a longer or shorter time, as may suit their convenience; and by returning the slave to the State whence he was brought, by force or otherwise, the status of slavery attaches, and protects the rights of the master, and defies the sovereignty of the free State.“<sup>97</sup>

Es war nach *Dred Scott* auch nicht mehr völlig ausgeschlossen, dass der *Supreme Court* der Verfassung weitere Einschränkungen der Regelungskompetenz in der Sklavenfrage entnehmen werde. *Justice Nelsons* vielsagender Hinweis in der Entscheidung („except in cases where the power is restrained by the Constitution of the United States“<sup>98</sup>) ließ Raum zur Interpretation, ob neben der *Fugitive Slave Clause* andere Bestimmungen das Recht der sklavenfreien Staaten einschränken könnten.<sup>99</sup> *Abraham Lincoln* (1809-1865) griff diese Befürchtung in seinen politischen Reden ab 1858 mehrfach auf, so auch in seiner berühmten Rede in Springfield, Illinois am 16.6.1858 („House Divided Speech“). Er sieht in *Dred Scott* den Samen für eine zukünftige Beschränkung der Freiheit in den sklavenfreien Staaten.<sup>100</sup> Der Ausbruch des Bürgerkriegs 1861 sorgte schließlich dafür, dass die Probleme radikal zugunsten der Freiheit der Sklaven gelöst wurden.<sup>101</sup>

### c) Property oder Person?

Die dritte Bestimmung der Verfassung von 1787, mit der die Sklaverei als Faktum akzeptiert wird, findet sich an einer für eine repräsentative Demokratie zentralen Stelle. In der verfassungsgebenden Versammlung in Philadelphia (1786/87) wurde darüber gestritten, nach welchem Verhältnis man die Anzahl der jedem

95 *Lemmon v. People*, 20 N.Y. 562 (1860).

96 *Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393, 459 (Nelson, J., conc.).

97 *Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) at 559 (McLean, J., diss.).

98 *Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) at 459 (Nelson, J., conc.).

99 Siehe *Finkelman*, Imperfect Union, 1981, 283.

100 *Lincoln*, Speeches and Writings 1832-1858, 1989, 426 ff.

101 Dazu unten § 3 III 1 und 2.

Staat zustehenden Mitglieder des Repräsentantenhauses bestimmen soll. Legte man dafür die Bevölkerungsanzahl zugrunde, stellte sich das Problem, ob man die Sklaven mitzählte oder nicht.<sup>102</sup> Behandelte man die Sklaven als Personen und zählte sie mit, wäre das politische Gewicht der *slave states* gestiegen; handelte es sich um Sachen und wären sie daher nicht berücksichtigt worden, dasjenige der Nordstaaten. Man einigte sich auf einen weiteren Kompromiss: Zu der „*whole number of free persons*“ werden „*three fifths of all other persons*“ addiert.<sup>103</sup> Seine Auswirkungen waren enorm, weil er dem Süden bis weit ins 19. Jahrhundert hinein die politische Kontrolle in Washington sicherte.<sup>104</sup> Die Erklärung, die *James Madison* (1751-1836) in den *Federalist Papers* No. 54 (1788) dafür liefert, und sie einem „*southern brethren*“ in den Mund legt, steht beispielhaft für die Wahrnehmung des Sklaven Ende des 18. Jahrhunderts in den U.S.A. und ist deshalb in voller Länge zu zitieren:

„*But we must deny the fact, that slaves are considered merely as property, and in no respect whatever as persons. The true state of the case is, that they partake of both these qualities: being considered by our laws, in some respects, as persons, and in other respects as property. In being compelled to labor, not for himself, but for a master; in being vendible by one master to another master; and in being subject at all times to be restrained in his liberty and chastised in his body, by the capricious will of another – the slave may appear to be degraded from the human rank, and classed with those irrational animals which fall under the legal denomination of property. In being protected, on the other hand, in his life and in his limbs, against the violence of all others, even the master of his labor and his liberty; and in being punishable himself for all violence committed against others – the slave is no less evidently regarded by the law as a member of the society, not as a part of the irrational creation; as a moral person, not as a mere article of property. The federal Constitution, therefore, decides with great propriety on the case of our slaves, when it views them in the mixed character of persons and of property. This is in fact their true character. It is the character bestowed on them by the laws under which they live; and it will not be denied, that these are the proper criterion; because it is only under the pretext that the laws have transformed the negroes into subjects of property, that a place is disputed them in the computation of numbers; and it is admitted, that if the laws were to restore the rights which have been taken away, the negroes could no longer be refused an equal share of representation with the other inhabitants.*“<sup>105</sup>

Der Sklave war also hauptsächlich *property*, aber zugleich auch Mensch und daher in bestimmten Aspekten auch *Person*. Diese Beschreibung *Madisons* sollte sich in der Praxis durchsetzen. Noch im Jahr 1858 wird *Thomas R. R. Cobb* (1823-1862), selbst ein *southern brethren*,<sup>106</sup> in seinem Lehrbuch über *the Law of Negro Slavery* diese Auffassung als in den Südstaaten allgemein anerkannt

102 Zum Folgenden vgl. Maltz, 36 Am. J. Leg. Hist. 466, 468-69 (1992).

103 U.S. Const. art. I § 2 cl. 3.

104 *Tsesis*, *We Shall Overcome*, 2008, 35 f.

105 *Madison* in: *The Federalist*, No. 54, p. 303.

106 Näher zu *Cobb* unten § 3 I 4.

darstellen.<sup>107</sup> Die Verfassung von 1787 ließ die Frage letztlich aber offen und sie blieb in der Nation umstritten, wie die Entscheidung des *Supreme Court* in *Groves v. Slaughter* (1841)<sup>108</sup> zeigt. Einig war man sich über eines:

„The power over slavery belongs to the states respectively. It is local in its character, and in its effects; and the transfer or sale of slaves cannot be separated from this power. It is, indeed, an essential part of it.“<sup>109</sup>

McLean, J. war der Auffassung, der Sklave sei verfassungsrechtlich Person und werde lediglich von den Rechten einzelner Staaten – von ihm als *local law* bezeichnet – als *property* behandelt.<sup>110</sup> Baldwin, J., beharrt dagegen darauf,

„to consider slaves as property, by the law of the states, before the adoption of the constitution, and from the first settlement of the colonies; that this right of property exists independently of the constitution, which does not create, but recognises and protects it from violation“.<sup>111</sup>

Daraus leitet er den verfassungsrechtlichen Schutz des Sklavenhalters gegenüber jeder einschränkenden Maßnahme des *federal government* ab.<sup>112</sup> Damit skizzierte Baldwin, J., im Wesentlichen die klassische Rechtfertigungsstrategie zugunsten der Sklaverei der Jahre 1776-1800. Die Klassifizierung von Sklaven als *property* war zentraler Bestandteil im Selbstverständnis der Sklavenhalter in dieser Zeit.<sup>113</sup> Der eigentliche Akt der Versklavung wurde davon abstrahiert und die Verantwortung dafür anderen – Georg III. bei Jefferson<sup>114</sup> – zugeschoben. Die wichtigste Aufgabe von Staatsgewalt, ja der eigentliche Grund ihrer Existenz, bestand in der Sicherung des Eigentums. Daran, so der Gedankengang, scheiterte die britische Krone,<sup>115</sup> und die *raison d'être* der neuen, amerikanischen Regierungsgewalt lag ausschließlich darin, diese Aufgabe besser zu erfüllen. Der *Supreme Court* verneinte daher in *Dred Scott* jeden verfassungsrechtlichen Unterschied zwischen „property in a slave and other property“.<sup>116</sup>

„[T]he right of property in a slave is distinctly and expressly affirmed in the Constitution. The right to traffic in it, like an ordinary article of merchandise and property, was guar-

107 Cobb, An Inquiry into the Law of Negro Slavery, 1858, 83 ff.

108 *Groves v. Slaughter*, 40 U.S. (15 Pet.) 449 (1841).

109 *Groves v. Slaughter*, 40 U.S. (15 Pet.) 449, 508 (McLean, J.); *Groves v. Slaughter*, 40 U.S. (15 Pet.) 449, 508 (Taney, C.J.); *Groves v. Slaughter*, 40 U.S. (15 Pet.) 449, 515 (Baldwin, J.).

110 *Groves v. Slaughter*, 40 U.S. (15 Pet.) 449, 506-07 (McLean, J.).

111 *Groves v. Slaughter*, 40 U.S. (15 Pet.) 449, 513 (Baldwin, J.).

112 *Groves v. Slaughter*, 40 U.S. (15 Pet.) 449, 515 (Baldwin, J.): „Being property, by the law of any state, the owners are protected from any violations of the rights of property by congress, under the fifth amendment of the constitution“.

113 Zum Folgenden vertiefend Lewis, The Problem of Slavery in Southern Political Discourse, in: König, Devising Liberty: Preserving and Creating Freedom in the New American Republic, 1995, 265, 267 ff.

114 Siehe oben § 3 I 1.

115 Vgl. *Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393, 407 (1857): „the people or citizens of a State, whose rights and liberties had been outraged by the English Government; and who declared their independence, and assumed the powers of Government to defend their rights by force of arms.“

116 *Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393, 451 (1857).

*anted to the citizens of the United States, in every State that might desire it, for twenty years.<sup>117</sup> And the Government in express terms is pledged to protect it in all future time, if the slave escapes from his owner.<sup>118</sup> This is done in plain words – too plain to be misunderstood. And no word can be found in the Constitution which gives Congress a greater power over slave property, or which entitles property of that kind to less protection than property of any other description. The only power conferred is the power coupled with the duty of guarding and protecting the owner in his rights.<sup>119</sup>*

Damit greift man in der Sache auf die Naturrechtslehre *John Lockes* zurück.<sup>120</sup> Weil der Sklave (1.) *property* seines *masters* ist und (2.) es die Aufgabe der Regierung ist, dieses Eigentum zu schützen, folgt daraus für die Verteidiger der Sklaverei, dass (3.) der Sklave nicht gleich und nicht gleich frei ist.<sup>121</sup> Die Überzeugungskraft dieses Arguments hing gegenüber dem zeitgenössischen Publikum davon ab, dass es seine Prämissen teilte. Sobald einzelne Staaten die Sklaverei und damit das *property right* ihrer Angehörigen an anderen Menschen abschafften, sobald man ernsthaft darüber nachzudenken begann, dass auch Sklaven primär Menschen und daher Personen sind, schwand die Überzeugungskraft des *property*-Arguments. Seit dem Unabhängigkeitskrieg wuchs vor allem im Norden die Opposition zur Sklaverei.<sup>122</sup> Der *Supreme Judicial Court of Massachusetts* begründete beispielsweise 1836 das Verbot der Sklaverei in Massachusetts mit der dort geltenden *Declaration of Rights*, die in ihrem Wortlaut der Unabhängigkeitserklärung folgt:

*„The terms of the first article of the declaration of rights are plain and explicit. ‘All men are born free and equal, and have certain natural, essential, and unalienable rights, which are, the right of enjoying and defending their lives and liberties, that of acquiring, possessing, and protecting property.’ It would be difficult to select words more precisely adapted to the abolition of negro slavery. [...] That the description was broad enough in its terms to embrace negroes, and that it was intended by the framers of the [Mass.] constitution to embrace them, is proved by the earliest contemporaneous construction, by an unbroken series of judicial decisions, and by a uniform practice from the adoption of the constitution to the present time.<sup>123</sup>*

117 *Taney, C.J.*, nimmt hier Bezug auf U.S. Const. art. I § 9 cl. 1, dazu oben § 3 I 2 a).

118 Damit wird auf U.S. Const. art. IV § 2 cl. 3 Bezug genommen, siehe § 3 I 2 b) (2).

119 *Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.), 393, 451–452 (1857).

120 *Lewis*, *The Problem of Slavery in Southern Political Discourse*, in: König, *Devising Liberty: Preserving and Creating Freedom in the New American Republic*, 1995, 265, 273; differenzierend zum Gebrauch von *property* und *estate* bei *Locke* dagegen *Tsesis*, *We Shall Overcome*, 2008, 18 ff. Zur Würdigung von *Lockes* Position zur Sklavenfrage aufgrund seiner prinzipiellen Verneinung der Rechtmäßigkeit der Sklaverei einerseits und seines persönlichen Engagements im Sklavenhandel andererseits siehe *Glausser*, *Locke* und *Blake*, 1998, 62 ff.

121 Vgl. *Dew*, *An Essay in Favor of Slavery* (1832), in: Anonymous, *The Pro-Slavery Argument as maintained by the most distinguished writers of the southern states*, 1853, 288, 387 ff.

122 Vgl. dazu *Franklin/Moss*, *From Slavery to Freedom*, 2000, 91 ff; *Tsesis*, *We Shall Overcome*, 2008, 25 ff.

123 *Commonwealth v. Aves*, 18 Pick (Mass.) 193, 210 (1836).



Damit setzte sich im Norden die zweite, zukunftsgerichtete Lesart der *Declaration of Independence* durch.<sup>124</sup> Das Versprechen gleicher Freiheit begann, seinen Siegeszug anzutreten.

### 3. Rassistische Legitimationsstrategien ab 1800

Die Befürworter der Sklaverei – dazu zählten um 1800 lange nicht alle Südstaatler<sup>125</sup> – bedurften daher einer zusätzlichen Legitimationsstrategie. Man musste begründen, warum die Sklaven Amerikas keine wirklichen Personen sein können.<sup>126</sup> Was lag näher, als an das Offensichtliche anzuknüpfen? *Madison* sprach es in der oben zitierten Stelle aus dem *Federalist* bereits an: „the laws have transformed the *negroes* into subjects of property“.<sup>127</sup> Sklaverei in den Kolonien war bereits seit dem späten 17. Jahrhundert und vor allem im 18. Jahrhundert eine ausschließlich Schwarze treffende Institution.<sup>128</sup> *Native Americans* waren seit der 1. Hälfte des 18. Jahrhunderts grundsätzlich nicht mehr in der Sklaverei zu finden.<sup>129</sup> Sklaverei war der zentrale Baustein eines tief greifenden Systems rechtlicher Beziehungen, die ausschließlich nach Rassen geordnet waren.<sup>130</sup> Amerikas „original sin of slavery“<sup>131</sup> war daher nicht nur ein Freiheits-, sondern vor allem ein Gleichheitsproblem.

#### a) Die Beschränkung der Sklaverei auf Schwarze

Nur Schwarze konnten Sklaven sein. Umgekehrt galt die Regel freilich nicht überall: Schwarze konnten beispielsweise in South Carolina Sklavenhalter sein,<sup>132</sup> während das in anderen Staaten wie Georgia, Mississippi oder Delaware ausgeschlossen war<sup>133</sup>. Die freiheitsrechtlichen Auswirkungen der Sklaverei waren in den Südstaaten gravierend. Das begann bereits mit einer an die Hautfarbe anknüpfenden Statutsvermutung:

124 Siehe dazu oben § 3 I 1.

125 Vgl. dazu vertiefend *Lewis*, The Problem of Slavery in Southern Political Discourse, in: König, Devising Liberty: Preserving and Creating Freedom in the New American Republic, 1995, 265, 276 ff.

126 *Lewis*, The Problem of Slavery in Southern Political Discourse, in: König, Devising Liberty: Preserving and Creating Freedom in the New American Republic, 1995, 265, 294 f.

127 *Madison* in: The *Federalist*, No. 54, p. 303.

128 *Higginbotham*, In the Matter of Color, 1980, 19 ff.

129 Vertiefend und differenzierend *Morris*, Southern Slavery and the Law 1619-1860, 1996, 19 ff.; aufschlussreich auch die Fälle bei *Wheeler*, Law of Slavery, 1837, 13 ff.

130 Weiterführend *Morris*, Southern Slavery and the Law 1619-1860, 1996, 29 ff.

131 Barack Obama, A more perfect Union, Rede in Philadelphia am 18.3.2008, abrufbar unter <http://www.nbcnews.com/id/23690567/#.UYkULZU2umc> [Stand: 31.12.2012].

132 Vgl. dazu vertiefend *Koger*, Black Slaveowners, 1985; *Johnson/Roark*, Black Masters: A Free Family of Color in the Old South, 1986.

133 *Tushnet*, The American Law of Slavery 1810-1860, 1981, 139 ff.



„In a state where slavery is allowed, every colored person is presumed to be a slave; and on the same principle, in a non-slave-holding state, every person is presumed to be free, without regard to color.“<sup>134</sup>

Die Auswirkungen der Sklaverei lassen sich über zeitgenössische Literatur erschließen. Das dabei bestehende methodische Risiko, die vom jeweiligen politischen Standpunkt des Autors (*pro-slavery vs. anti-slavery*) gefilterte Wahrnehmung zu übernehmen,<sup>135</sup> möchte ich minimieren, indem hier das Buch *The American Slave Code* (1853) von William Goodell (1792-1878), einem prinzipiellen Gegner der Sklaverei, parallel gelesen wird mit *Inquiry into the Law of Negro Slavery* (1858), verfasst von Thomas R. R. Cobb, einem Südstaatler und leidenschaftlichen Verfechter der Institution. Nach beiden Quellen war der Status eines (schwarzen) Sklaven ein Status der völligen Unfreiheit. Sklaven waren Eigentum ihres *Masters*, sie konnten von ihm verkauft und vererbt werden und waren im Wesentlichen der Willkür und Gewalt des *Masters* ausgeliefert. Sie selbst konnten kein Eigentum erwerben,<sup>136</sup> nicht vererben („being in him no inheritable blood“<sup>137</sup>), keine Verträge mit Wirkung für sich abschließen,<sup>138</sup> daher auch nicht heiraten<sup>139</sup> und keine Familien gründen<sup>140</sup>. Pointiert Goodell:

„A slave is a chattel and chattels do not marry.“<sup>141</sup>

Cobb versucht es eleganter auszudrücken. Der Sklave sei zwar auch „Person“ aber keine natürliche, sondern eine juristische (*artificial*) Person. Das Recht mache danach den Sklaven in bestimmter Hinsicht zum Zurechnungssubjekt von Handlungen, im Übrigen halte es aber an seinem Status als *property* fest;

„[h]ence, the conclusion, that statutory enactments, never extend to or include the slave, neither to protect nor to render him responsible, unless specifically named, or included by necessary implication.“<sup>142</sup>

Die statusrechtliche Regulierungsaufgabe übernahmen die sog. *Slave Codes*, die jeden Aspekt im Leben eines Sklaven umfassend und repressiv adressierten.<sup>143</sup>

134 *Prigg. v. Pennsylvania*, 41 U.S. (16 Pet.) 539, 669 (1842)(McLean, J., conc. & diss. in part). Zur Anwendung und den Auswirkungen dieser Vermutung weiterführend *Morris*, *Southern Slavery and the Law 1619-1860*, 1996, 21 ff und *Tushnet*, *The American Law of Slavery 1810-1860*, 1981, 139 ff.

135 Zu dieser Gefahr beim Rückgriff auf Goodell siehe *Tushnet*, *The American Law of Slavery 1810-1860*, 1981, 8 f.

136 Goodell, *The American Slave Code in Theory and Practice*, 1853, 89; Cobb, *An Inquiry into the Law of Negro Slavery*, 1858, 253.

137 Cobb, *An Inquiry into the Law of Negro Slavery*, 1858, 238.

138 Cobb, *An Inquiry into the Law of Negro Slavery*, 1858, 240 ff.

139 Goodell, *The American Slave Code in Theory and Practice*, 1853, 105 ff; Cobb, *An Inquiry into the Law of Negro Slavery*, 1858, 242 ff; vgl. dazu auch *Morris*, *Southern Slavery and the Law 1619-1860*, 1996, 29.

140 Goodell, *The American Slave Code in Theory and Practice*, 1853, 113 ff.

141 Goodell, *The American Slave Code in Theory and Practice*, 1853, 105.

142 Cobb, *An Inquiry into the Law of Negro Slavery*, 1858, 91.

143 Dazu *Franklin/Moss*, *From Slavery to Freedom*, 2000, 140 ff; *Tsesis*, *We Shall Overcome*, 2008, 46.

Das Ergebnis dieser Regelungen ist eindeutig: Der Sklave war nicht rechtsfähig.<sup>144</sup> Er konnte daher auch nicht am Markt für sich agieren.<sup>145</sup>

### b) Die freiheitsrechtlichen Beeinträchtigungen freier Schwarzer

Die rassistische Erklärung konnte nur tragen, wenn ihr generelle Geltung zukam und sie sich nicht nur auf den Status des Sklaven beschränkte. Dessen war man sich vor allem im Süden bewusst. Der *Supreme Court of Mississippi* zeichnete 1859 daher ein durch und durch rassistisches Bild der Gesellschaft:

„It was only the intention of the legislature so to provide, that neither slaves, free negroes, or free persons of color, nor mulattoes, should be classed with the white race. Under our statutes, they are divided into three classes: 1st. Slaves, or those lawfully held to service for life, and the descendants of the females of them; 2d. Free negroes, or free persons of color, as manumitted slaves and their descendants, or African negroes who have never been subjected to slavery; 3d. Mulattoes, [...], or such as are descended from free white mothers, but have one-fourth or more of negro blood.“<sup>146</sup>

Diese hierarchisch gegliederte Sozialordnung wurde von freien Schwarzen aus Staaten der Union, die keine Sklaverei kannten, bedroht. Nach der *Privileges and Immunities Clause* mussten ihnen als Bürger der U.S.A. im Süden dieselben Rechte wie Weißen zustehen.<sup>147</sup> Der *Supreme Court* löste dieses Problem in *Scott v. Sandford* auf dramatische Weise: Personen,

„whose ancestors were negroes of the African race, and imported into this country, and sold and held as slaves, [...] when they shall be emancipated, or [...] are born of parents who had be come free before their birth“

konnten nicht *citizen of the U.S.* sein<sup>148</sup>. Selbst *native Americans* konnten den Status eines Bürgers der U.S.A. erwerben,<sup>149</sup> Schwarzen war es dagegen grundsätzlich verwehrt, weil dem Bund insoweit keine Kompetenz zustand.<sup>150</sup> Mit der gedanklichen Trennung von *state-citizenship* und *citizenship of the U.S.*<sup>151</sup> wurde der Anwendungsbereich der *Privileges and Immunities Clause* – und damit der den Schwarzen in der Union zustehenden Freiheit – erheblich eingeschränkt: Selbst wenn Schwarze Bürger (*citizen*) eines Nicht-Sklavenstaates waren, konnten sie nicht Bürger der U.S.A. sein. Weil sie nicht Bürger der U.S.A. waren, waren die Sklavenstaaten nicht gehindert, sie im Vergleich zu weißen Bürgern anderer Staaten zu diskriminieren.<sup>152</sup> Es ist nicht zuletzt die vom Gericht dafür

144 Vgl. die Fälle bei *Wheeler*, Law of Slavery, 1837, 190 ff.

145 *Davies*, 51 Stan. L. Rev. 221, 243 (1999).

146 *Heirn v. Bridault*, 37 Miss. 209 (Miss. 1859).

147 Siehe dazu oben § 3 I 2 b).

148 *Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393, 403-428 (1857).

149 *Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) at 403.

150 *Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) at 420.

151 Dazu *Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) at 405-406.

152 So in der Sache *Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) at 416-417.

gegebene Begründung, der die Entscheidung ihren Ruf als schlimmste in der Geschichte des Gerichts verdankt:

„[T]hat unfortunate race [...] had for more than a century before [the time of the Declaration of Independence, and when the Constitution of the United States was framed and adopted] been regarded as beings of an inferior order, and altogether unfit to associate with the white race, either in social or political relations; and so far inferior, that they had no rights which the white man was bound to respect; and that the negro might justly and lawfully be reduced to slavery for his benefit. He was bought and sold, and treated as an ordinary article of merchandise and traffic, whenever a profit could be made by it. This opinion was at that time fixed and universal in the civilized portion of the white race. [...] The legislation of the different colonies [...] still in force when the Revolution began, [...] show that a perpetual and impassable barrier was intended to be erected between the white race and the one which they had reduced to slavery, and governed as subjects with absolute and despotic power, and which they then looked upon as so far below them in the scale of created beings, that intermarriages between white persons and negroes or mulattoes were regarded as unnatural and immoral, and punished as crimes [...]”<sup>153</sup>. The unhappy black race was separated from the white by indelible marks, and laws long before established, and were never thought of or spoken of except as property, and when the claims of the owner or the profit of the trader were supposed to need protection.<sup>154</sup>

#### 4. Fallstudie: Thomas R.R. Cobbs *Inquiry into the Law of Negro Slavery*

Schwarze waren danach als Mitglieder einer *unfortunate race* zwar Menschen, zugleich aber *beings of an inferior order*. Der Status als Sklave komme nicht nur dem *Master*, sondern letztlich auch dem Sklaven selbst zugute. Die Passage „*for his benefit*“ ist zwar nicht so eindeutig, weil sie sich auch auf den Vorteil des *white man* beziehen kann. Die Unklarheit lichtet sich, wenn man sie mit zeitgenössischer Literatur vergleicht. Besonders aufschlussreich ist Thomas R. R. Cobbs Buch *An Inquiry into the Law of Negro Slavery* (1858). Cobb, geboren 1823, war Anwalt im Bundesstaat Georgia, ein wortreicher Verteidiger der Sklaverei, Anhänger der Sezessionsbewegung in den Südstaaten (1860/61), Abgeordneter des *Confederate Congress* und schließlich General der Konföderierten Staaten von Amerika, als er 1862 in der Schlacht von Fredericksburg starb.<sup>155</sup> In der historischen Einleitung seines Buches versuchte er nachzuweisen, dass Sklaverei

153 Insoweit zitiert das Gericht an anderer Stelle anti-miscegenation-Vorschriften aus Nicht-Sklavenstaaten und sieht in diesen Eheverboten „a mark of degradation“, *Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) at 413. Erst 111 Jahre später wird der *Supreme Court* solche Eheverbote als verfassungswidrig aufheben, *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

154 *Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) at 407-410.

155 Näher *McCash*, Thomas R.R. Cobb – The Making of a Southern Nationalist, 2004.

im Allgemeinen ein historisches Phänomen aller Zeiten sei<sup>156</sup> und dass die Sklaverei Schwarzer dabei immer eine besonders hervorgehobene Rolle gespielt habe.<sup>157</sup> Er wandelte damit auf den üblichen Pfaden der *pro-slavery*-Vertreter.<sup>158</sup> Auch die Gerichte waren bemüht, der Sklaverei ihren festen Platz im moralischen Wertesystem des herkömmlichen Rechts zuzuweisen.<sup>159</sup> *Cobb* folgte in der Sache prominenten Vorbildern wie *Thomas R. Dew* (1802-1846) und seinem einflussreichen Essay *In Favor of Slavery*<sup>160</sup> (1832). *Dew* zählte – anders als *Cobb*<sup>161</sup> – noch zu der Generation, die den Sklavenhandel verurteilte und daraus die Konsequenz zog, dass „slavery in our hemisphere was based upon injustice in the first place.“<sup>162</sup> *Dew* und *Cobb* historisieren den eigentlichen Akt der Versklavung und weisen die Verantwortung dafür anderen zu, um sich und ihre Zeitgenossen zu entlasten: den schwarzen Sklavenhaltern in Afrika, den Händlern, die Sklaven kauften und transportierten,<sup>163</sup> nach *Jeffersons* Vorbild<sup>164</sup> auch den Engländern,<sup>165</sup> und den Staaten Neu-Englands als Profiteure des Sklavenhandels<sup>166</sup>.

*Cobb* beschrieb in seiner großangelegten Apologie der Sklaverei Schwarze als „gross and stupid, lazy and superstitious“ und sah ihr Glück darin, „from the slavery of a savage to that of a civilized and Christian master“ wechseln zu können.<sup>167</sup> Darin erblickte er auch die eigentliche Antwort auf die Frage „[b]y what law or authority does the dominion of one man over the other exist?“<sup>168</sup> Er rechtfertigte die Sklaverei – wie andere Vertreter der *pro-slavery*-Fraktion zu-

156 Vgl. *Cobb*, *An Inquiry into the Law of Negro Slavery*, 1858, vi: „In every organized community there must be a laboring class, to execute the plans devised by wiser heads: to till the ground, and to perform the menial offices necessarily connected with social life. This class has generally been slaves, and, in the opinion of Puffendorf (sic!), their bondage naturally arose, in the infancy of society, from their occupation. The poorer and less intelligent applied to the more opulent and intelligent for employment.“

157 Vgl. *Cobb*, *An Inquiry into the Law of Negro Slavery*, 1858, xl, xli, xlv, liv, lxvii.

158 Vgl. etwa *Dew*, *An Essay in Favor of Slavery* (1832), in: Anonymous, *The Pro-Slavery Argument as maintained by the most distinguished writers of the southern states*, 1853, 288, 294 ff.

159 *Tushnet*, *The American Law of Slavery 1810-1860*, 1981, 23.

160 *Dew*, *An Essay in Favor of Slavery* (1832), in: Anonymous, *The Pro-Slavery Argument as maintained by the most distinguished writers of the southern states*, 1853, 288 ff.

161 *Cobb*, *An Inquiry into the Law of Negro Slavery*, 1858, clv f.

162 *Dew*, *An Essay in Favor of Slavery* (1832), in: Anonymous, *The Pro-Slavery Argument as maintained by the most distinguished writers of the southern states*, 1853, 288, 347 f.

163 *Dew*, *An Essay in Favor of Slavery* (1832), in: Anonymous, *The Pro-Slavery Argument as maintained by the most distinguished writers of the southern states*, 1853, 288, 317 ff.

164 Siehe oben § 3 I 1.

165 *Dew*, *An Essay in Favor of Slavery* (1832), in: Anonymous, *The Pro-Slavery Argument as maintained by the most distinguished writers of the southern states*, 1853, 288, 346 ff; *Cobb*, *An Inquiry into the Law of Negro Slavery*, 1858, cvii ff.

166 *Simms*, *The Morals of Slavery*, in: Anonymous, *The Pro-Slavery Argument as maintained by the most distinguished writers of the southern states*, 1853, 175, 200.

167 *Cobb*, *An Inquiry into the Law of Negro Slavery*, 1858, cli f.

168 *Cobb*, *An Inquiry into the Law of Negro Slavery*, 1858, 4.

vor<sup>169</sup> – als ein Institut des „law of nature“, wobei *Cobb* darunter sehr eigenwillig Verpflichtungen eines jeden Menschen gegenüber den anderen Mitgliedern der Gesellschaft verstand, „to shape his course as to attain the greatest happiness, and arrive at the greatest perfection of which *his nature* is susceptible.“<sup>170</sup> Dabei wurde klar nach „Rassen“ differenziert:

„[S]lavery may be utterly inconsistent with the law of nature when applied to one race of men, and yet be perfectly consistent with the nature of others.“<sup>171</sup>

Daher hing alles ab von der „besonderen“ Natur des Schwarzen.<sup>172</sup> *Cobb* definierte den *negro* übereinstimmend mit den zeitgenössischen pseudowissenschaftlichen Theorien<sup>173</sup> aufgrund bestimmter körperlicher Eigenschaften,<sup>174</sup> die ihn für die Sklaverei prädestinieren.<sup>175</sup> Aufgrund derselben Stereotypen entschieden die Gerichte auch, ob die aus der Rasse folgende Vermutung für den Status als Sklave<sup>176</sup> widerlegt werden konnte.<sup>177</sup> Der *Supreme Court of Arkansas* ließ beispielsweise die Aussage eines Sachverständigen als Beweismittel zu, nach der die „Rasse“ eines vermeintlichen Sklaven aufgrund seiner Fußform bestimmt werden könne:

„The experience of every intelligent observer of the race, whether in the instances of mixed or unmixed negro blood will doubtless attest the truth of the testimony of the professional witnesses. No one, who is familiar with the peculiar formations of the negro foot, can doubt, but that an inspection of that member would ordinarily afford some indication of the race-though the evidence of race, thus afforded, would, of course, be stronger or weaker, according to the extent of the admixture of the blood.“<sup>178</sup>

Nicht nur sein äußeres Erscheinungsbild prädestinierte den Schwarzen in den Augen der weißen Sklavenhalter zum Sklaven. Er sei auch „mentally inferior“ gegenüber dem Weißen.<sup>179</sup> Vor allem der „moral character of the negro race [...] adapts them for a state of slavery“.<sup>180</sup> Zwei Eigenschaften betonte *Cobb*: Schwarze seien „von Natur aus“ *thievish* und *lascivious*.<sup>181</sup> Das ist ein sich seit dem Ende des 18. Jahrhunderts verbreitendes rassistisches Leitmotiv.<sup>182</sup> Der

169 *Dew*, An Essay in Favor of Slavery (1832), in: Anonymous, The Pro-Slavery Argument as maintained by the most distinguished writers of the southern states, 1853, 288, 308 ff (Begründung der Sklaverei durch Krieg unter Berufung auf *Grotius* und *Locke*).

170 *Cobb*, An Inquiry into the Law of Negro Slavery, 1858, 16 f (Hervorhebung hinzugefügt).

171 *Cobb*, An Inquiry into the Law of Negro Slavery, 1858, 13.

172 *Cobb*, An Inquiry into the Law of Negro Slavery, 1858, 21 ff.

173 Dazu *Tsesis*, We Shall Overcome, 2008, 53 f.

174 Vgl. *Cobb*, An Inquiry into the Law of Negro Slavery, 1858, 22.

175 *Cobb*, An Inquiry into the Law of Negro Slavery, 1858, 23 ff.

176 Dazu oben § 3 I 3 a.

177 Vertiefend *Tushnet*, The American Law of Slavery 1810-1860, 1981, 139 ff.

178 *Daniel v. Guy*, 23 Ark. 50 (Ark. 1861).

179 *Cobb*, An Inquiry into the Law of Negro Slavery, 1858, 28 ff.

180 *Cobb*, An Inquiry into the Law of Negro Slavery, 1858, 36 ff.

181 *Cobb*, An Inquiry into the Law of Negro Slavery, 1858, 40 f.

182 Vgl. dazu die Fallstudie von *Williams*, Slavery & Freedom in Delaware 1639-1865, 1996, 71 ff.

Status als Sklave zähme diese negativen Eigenschaften (a) zum Wohl der Gesellschaft und (b) zum eigenen Wohl des Sklaven.

#### a) Sklaverei als soziale Institution

„Master and slave [...] stood to each other as the protector and the protected. The relation became patriarchal.“<sup>183</sup> Und, ganz im aristotelischen Sinne,<sup>184</sup> entstehe daraus eine Gesellschaftsordnung („a social institution“):

„[Slavery] was upheld and maintained not for gain solely, but because it had become, as it were, a part of the social system, a social necessity“.<sup>185</sup>

Als solche sei sie nicht nur vom *Master* gegenüber seinem Sklaven zu verteidigen, sondern von jedem Weißen gegenüber dem ungehörigen schwarzen Sklaven.<sup>186</sup> *Cobb* würdigte die Sklaverei gerade auch vor dem Hintergrund einer wirtschaftlich ungleichen Gesellschaft und sieht in ihr den Kitt, der auseinander driftende soziale Schichten zusammenhält:

„The poorest meets the richest as an equal [...] and sits on the same social platform [because] he is not of inferior race.“<sup>187</sup>

Nach *Dew* ermögliche der aufgrund der Sklaverei hergestellte „spirit of equality [...] among the whites“ erst wirklichen „republican spirit“ in den Südstaaten.<sup>188</sup> „Weißsein“ (*whiteness*) war daher ein sozialer Status, der sich aus der Macht gegenüber Schwarzen speiste.<sup>189</sup> Damit überdeckte die Sklaverei den auch im Süden bestehenden sozialen Konflikt und verschärfte ihn sogar, weil Weiße, die keine Sklavenhalter waren, ihre Arbeit auf einem Markt anbieten mussten, in dem sie mit schwarzen Sklaven konkurrieren mussten.<sup>190</sup>

183 *Cobb*, An Inquiry into the Law of Negro Slavery, 1858, clx; siehe auch S. ccxvii ff; zur kritischen Würdigung dieser Beschreibung siehe *Lewis*, The Problem of Slavery in Southern Political Discourse, in: König, Devising Liberty: Preserving and Creating Freedom in the New American Republic, 1995, 265, 288 f.

184 Vgl. *Cobb*, An Inquiry into the Law of Negro Slavery, 1858, 17.

185 *Cobb*, An Inquiry into the Law of Negro Slavery, 1858, clx.

186 *Cobb*, An Inquiry into the Law of Negro Slavery, 1858, 106 ff.

187 *Cobb*, An Inquiry into the Law of Negro Slavery, 1858, ccxiii.

188 *Dew*, An Essay in Favor of Slavery (1832), in: Anonymous, The Pro-Slavery Argument as maintained by the most distinguished writers of the southern states, 1853, 461, dazu vertiefend *Lewis*, The Problem of Slavery in Southern Political Discourse, in: König, Devising Liberty: Preserving and Creating Freedom in the New American Republic, 1995, 265, 290 ff.

189 Vgl. *Tsesis*, The Thirteenth Amendment and American Freedom, 2004, 19 f.

190 *Tsesis*, The Thirteenth Amendment and American Freedom, 2004, 19 f.

Die Verteidigung der Sklaverei in den Südstaaten basierte auch auf harten wirtschaftlichen Fakten. Wie viele seiner Zeitgenossen<sup>191</sup> hielt *Cobb* den Norden und Osten der U.S.A. ungeeignet für Sklaverei:

„*The sun is as necessary to negro perfection as it is to the cotton plant.*“<sup>192</sup>

Aufgrund ihrer primär agrarischen Ausrichtung und des damit zusammenhängenden Bedarfs an einfachen, den klimatischen Bedingungen angepassten (!) Arbeitskräften sei Sklaverei im Süden die billigste Arbeitskraft<sup>193</sup> und an Effizienz einem freien Arbeitsmarkt überlegen.<sup>194</sup> *Friedrich Kapp* (1824-1884), in den U.S.A. lebender deutscher Kritiker der Sklaverei, hat den Zusammenhang von Baumwolle, Aufkommen und Verbreitung von *cotton engines* und Sklaverei aus zeitgenössischer Perspektive eindrucksvoll beschrieben.<sup>195</sup> Ob seine und die bis weit ins 20. Jahrhundert hineinreichende These, diese Expansion sei vor allem auf die von *Eli Whitney* 1798 erfundene Baumwollverarbeitungsmaschine (*cotton gin*<sup>196</sup>) zurückzuführen, zutrifft, wird von der jüngeren Forschung bezweifelt.<sup>197</sup> Am Gesamtzusammenhang zwischen dem ständig steigenden Bedarf an Baumwolle, steigendem Baumwollanbau in den Südstaaten, der sozialen Struktur und Sklaverei ändert das freilich wenig.<sup>198</sup> Nicht zufällig kam es gerade in der Zeit von 1790 bis 1840 zu einer enormen Ausweitung der Sklaverei in den U.S.A.<sup>199</sup> Sie war das ökonomische Fundament des Südens und – aufgrund der engen Verzahnung der dortigen landwirtschaftlichen Nachfrage mit dem industriellen Angebot des Nordens – der gesamten U.S.A.<sup>200</sup>

#### b) Sklaverei als moralische Anstalt zur Verbesserung der Schwarzen

Die Sklaverei war nach zeitgenössischen Vorstellungen eine moralische Anstalt zur Verbesserung der Schwarzen. Die Sklaverei zähmte angeblich die von Schwarzen in einer Gesellschaft ausgehenden Gefahren zugunsten der Gesell-

191 Vgl. *Simms*, The Morals of Slavery, in: Anonymous, The Pro-Slavery Argument as maintained by the most distinguished writers of the southern states, 1853, 175, 200 f.

192 *Cobb*, An Inquiry into the Law of Negro Slavery, 1858, clxx.

193 *Cobb*, An Inquiry into the Law of Negro Slavery, 1858, ccxvi f.

194 *Dew*, An Essay in Favor of Slavery (1832), in: Anonymous, The Pro-Slavery Argument as maintained by the most distinguished writers of the southern states, 1853, 362 ff, 422 ff.

195 Siehe *Kapp*, Die Geschichte der Sklaverei in den Vereinigten Staaten von Amerika, 1861, 100 ff.

196 Dazu *Lakewete*, Inventing the Cotton Gin, 2003, 47 ff.

197 *Franklin/Moss*, From Slavery to Freedom, 2000, 145 ff; *Lakewete*, Inventing the Cotton Gin, 2003, vii ff, 177 ff.

198 Zu diesem Zusammenhang vgl. die Fallstudie zu South Carolina von *Ford Jr.*, Origins of Southern Radicalism, 1988, 5 ff, 215 ff.

199 *Rockman*, The Unfree Origins of American Capitalism, in: Matson, The Economy of Early America, 2006, 335, 346.

200 Dazu jetzt vertiefend *Rockman*, The Unfree Origins of American Capitalism, in: Matson, The Economy of Early America, 2006, 335 ff.

schaft und zum Vorteil der moralischen Besserung des Schwarzen selbst.<sup>201</sup> Ganz deutlich in diese Richtung deutet eine Passage in einer zornigen Verteidigungsrede von *William Gilmore Simms* (1806-1870), einem bekannten Schriftsteller im Süden der U.S.A.:

„Providence has placed him in our hands, for his good, and has paid us from his labour with our guardianship.“<sup>202</sup>

Ganz ähnlich *Cobb*:

„In mental and moral development, slavery [...] has advanced the negro race.“<sup>203</sup>

Die Abschaffung der Sklaverei führe weder zur Verbesserung der sozialen Struktur einer Gesellschaft, noch zur wirklichen Befreiung des Schwarzen, was *Cobb* anhand der Geschichte des Sklavenaufstandes auf Haiti<sup>204</sup> und der sozialen Situation Schwarzer in den Nordstaaten<sup>205</sup> belegen wollte:

„But remove the restraining and controlling power of the master, and the negro becomes, at once, the slave of his lust, and the victim of his indolence, relapsing, with wonderful rapidity, into his pristine barbarism.“<sup>206</sup>

*Dew* sprach es noch prägnanter aus:

„[T]he slaves, in both an economical and moral point of view, are entirely unfit for a state of freedom among the whites.“<sup>207</sup>

Das wurde getragen von rassistischen Motiven, die das Ende der Sklaverei lange überdauern werden:

„In the free black, the principle of idleness and dissipation triumphs over that of accumulation and the desire to better our condition; the animal part of the man gains the victory over the moral, and he, consequently, prefers sinking down into the listless, inglorious repose of the brute creation.“<sup>208</sup>

Aus diesen Prämissen folgte für *Cobb* ein zwingender Schluss:

„That the negro [enjoys in a state of bondage] the greatest amount of happiness, and arrives at the greatest degree of perfection of which his nature is capable. And, consequently, that negro slavery, as it exists in the United States, is not contrary to the law of nature.“<sup>209</sup>

201 Vgl. auch den Überblick zu den Rechtfertigungsbemühungen bei *Tsesis*, *We Shall Overcome*, 2008, 51 ff.

202 *Simms*, *The Morals of Slavery*, in: Anonymous, *The Pro-Slavery Argument as maintained by the most distinguished writers of the southern states*, 1853, 175, 274 (im Original ist der ganze Satz hervorgehoben).

203 *Cobb*, *An Inquiry into the Law of Negro Slavery*, 1858, 49.

204 *Cobb*, *An Inquiry into the Law of Negro Slavery*, 1858, cxvii ff.

205 *Cobb*, *An Inquiry into the Law of Negro Slavery*, 1858, cci ff.

206 *Cobb*, *An Inquiry into the Law of Negro Slavery*, 1858, 43.

207 *Dew*, *An Essay in Favor of Slavery* (1832), in: Anonymous, *The Pro-Slavery Argument as maintained by the most distinguished writers of the southern states*, 1853, 288, 421 f.

208 *Dew*, *An Essay in Favor of Slavery* (1832), in: Anonymous, *The Pro-Slavery Argument as maintained by the most distinguished writers of the southern states*, 1853, 288, 429 f.

209 *Cobb*, *An Inquiry into the Law of Negro Slavery*, 1858, 51.



Cobb war ein typischer Vertreter für die allgemeine Einstellung der Sklavenhalter in den Südstaaten ab ca. 1830. Sie waren überzeugt davon, dass Sklaverei einerseits für die Betroffenen im Laufe der Zeit „milder“ geworden ist und dass es sich um eine Institution handle, die auf Dauer angelegt sei, weil sie als „inherently and intrinsically good“ bewertet wurde.<sup>210</sup> Die Abschaffung der Sklaverei (*emancipation*) oder die Deportation aller freizulassenden Sklaven nach Afrika, insbesondere Liberia (*colonisation*)<sup>211</sup> war aus ihrer Sicht zwangsläufig – wie sich Thomas R. Dew ausdrückt – „utterly subversive to the interests, security and happiness of both, the blacks and the whites, and consequently, hostile to every principle of expediency, morality and religion.“<sup>212</sup> Sein Ergebnis klingt apodiktisch:

„The blacks have now all the habits and feelings of slaves, the whites have those of masters; the prejudices are formed, and mere legislation cannot improve them. [...] Declare the negroes of the South free tomorrow, and vain will be your decree, until you have prepared them for it; you depress, instead of elevating. The law would, in every point of view, be one of the most cruel and inhuman which could possibly be passed. The law would make them freemen, and custom or prejudice, we care not which you call it, would degrade them to the condition of slaves“.<sup>213</sup>

Dabei handelt es sich nicht um die vereinzelte Aussage eines besonders rassistischen oder fanatischen Sklavenhalters. Sie spiegelt den Geist der Zeit exakt wieder,<sup>214</sup> den Geist auch in den Köpfen der Richter. Dazu ein letztes, abschließendes Beispiel. Der *Supreme Court of Georgia* verneinte 1853 die Frage, ob Joseph Nunez, „a free person of color“, in Georgia seinerseits über Sklaven verfügen dürfe:

„[T]he status of the African in Georgia, whether bond or free, is such that he has no civil, social or political rights or capacity, whatever, except such as are bestowed on him by Statute; that he can neither contract, nor be contracted with; [...] that he is in a state of perpetual pupillage or wardship“.<sup>215</sup>

210 Lewis, The Problem of Slavery in Southern Political Discourse, in: König, Devising Liberty: Preserving and Creating Freedom in the New American Republic, 1995, 265, 289 ff.

211 Zur Entwicklung der Colonization Society vgl. Franklin/Moss, From Slavery to Freedom, 2000, 187 ff.

212 Dew, An Essay in Favor of Slavery (1832), in: Anonymous, The Pro-Slavery Argument as maintained by the most distinguished writers of the southern states, 1853, 288, 293.

213 Dew, An Essay in Favor of Slavery (1832), in: Anonymous, The Pro-Slavery Argument as maintained by the most distinguished writers of the southern states, 1853, 288, 435 f.

214 Vgl. zu einem Gesetzesvorschlag in South Carolina 1859/60, alle freien Schwarzen, die den Staat nicht innerhalb einer bestimmten Frist verlassen, wieder zu versklaven Koger, Black Slaveowners, 1985, 187 ff.

215 Bryan v. Walton, 14 Ga. 185 (Ga. 1853)

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*,<sup>216</sup> nur Sklaven könne er nicht zu Eigentum erwerben:

„[Slavery] has its foundation in an inferiority of race.“<sup>217</sup>

Beide Entscheidung denken das Institut der Sklaverei und seiner rassistischen Begründung konsequent zu Ende. Die Freilassung eines Sklaven (*manumission*)<sup>218</sup> gibt diesem zwar Bewegungsfreiheit, ändert seinen Status (!) als Schwarzer aber nicht. „Rasse“ und Status werden gleichgesetzt.<sup>219</sup> 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.“<sup>220</sup>

## 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“<sup>221</sup> 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.“

<sup>216</sup> *Ewell v. Tidwell*, 20 Ark. 136 (Ark. 1859).

<sup>217</sup> *Ewell v. Tidwell*, 20 Ark. 136 (Ark. 1859).

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

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

<sup>220</sup> *Bryan v. Walton*, 14 Ga. 185 (Ga. 1853).

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