HUMBOLDT - NACHRICHTEN

Nr. 39 Sonderheft der Zeitschrift des Humboldt-Vereins Ungarn 2020

NEUE GRENZEN

NEW FRONTIERS

Herausgegeben von / Edited by

Lénárd Darázs
Eszter Cs. Herger
Éva Jakab
Krisztina Karsai
László Imre Komlósi

GONDOLAT

NEUE GRENZEN

Humboldt-Kolleg Budapest 2018

NEW FRONTIERS

Humboldt Kolleg Budapest 2018

NEUE GRENZEN

Humboldt-Kolleg Budapest 2018

NEW FRONTIERS

Humboldt Kolleg Budapest 2018

Herausgegeben von / Edited by

Lénárd Darázs
Eszter Cs. Herger
Éva Jakab
Krisztina Karsai
László Imre Komlósi

Gondolat Kiadó
Budapest, 2021

Sonderheft der *Humboldt-Nachrichten – Zeitschrift des Humboldt-Vereins Ungarn* Nr. 39/2020

Alexander von Humboldt
Stiftung/Foundation

Humboldt-Nachrichten – Zeitschrift des Humboldt-Vereins Ungarn
ISSN 1416 9363

Herausgeber
Eszter Cs. Herger
Éva Jakab

Redakteur Emeritus
János Fischer

Redaktionsbeirat
Kálmán Kovács
Katalin Mády
György Németh
László Nyúl

Redaktionsadresse
H-7622 Pécs, 48-as tér 1.
Tel.: +36-30-2829654
E-mail: mail@humboldt.hu

www.gondolatkiado.hu
facebook.com/gondolat

Copyright © Authors, 2021

ISBN 978 963 556 120 9

Inhalt / Contents

ÉVA JAKAB
Vorwort / Preface 9

SEKTION I / SECTION I
László Imre Komlósi

WISSENSCHAFTSKOMMUNIKATION UND GESELLSCHAFTLICHER DISKURS IM DIGITALEN ZEITALTER / SCIENCE COMMUNICATION AND SOCIAL DISCOURSE IN THE DIGITAL AGE

JUDIT BARANYINÉ KÓCZY
Impact of Emerging Disciplines on Social Discourse: The Case of Cultural Linguistics 13

GYÖRGY CSEPELI
Human Being 2.0, Industrial Revolution 4.0 27

ANDRÁS KERTÉSZ
A Note on Legitimization Strategies and Circular Argumentation in Linguistics 33

LÁSZLÓ IMRE KOMLÓSI
Novel Aspects of Social Cognition, Social Discourse and Digital Education 44

CSABA PLÉH
Changing Media and Changing Rhetorics in Science Communication 56

SÁRA SIMON
#RareDisease and Information Acquisition Process in the World of Digital Healthcare: A Big Data-based Analysis on Twitter in the Context of Rare Diseases and E-patients 65

SEKTION II / SECTION II

Éva Jakab • Eszter Cs. Herger

RECHTSGESCHICHTE – RÖMISCHES RECHT / LEGAL HISTORY – ROMAN LAW

GÁBOR HAMZA
Der Allgemeine Teil des Privatrechts (Zivilrechts) und die Tradition des römischen Rechts 81

JOSÉ-DOMINGO RODRÍGUEZ MARTÍN
Textual Evidences of the Executive Legal Effects of a ‘καθάπερ ἐκ δίκης’ Formula in Early Roman Egypt 89

GIORGI KHUBUA
Religion und Recht in der postsäkularen Gesellschaft 105

MARKUS STEPPAN
Die „unscharfe“ Grenze des Eigentumsrechts anhand eines Agrarrechtlichen Beispiels 112

NORBERT POZSONYI
Alltäglicher Rechtsstreit zwischen Eigentümer und Wohnrechtsinhaber: Exegese zu D. 8,2,41 pr. (Scaev. 1 resp.) 121

BÉLA P. SZABÓ
Grenzenlose (Rechts)Wissenschaft in der frühen Neuzeit: Ungarnstämmige Juristen im Dienste von Städten in Deutschland in den 17–18. Jahrhunderten 130

EMESE ÚJVÁRI
Die Grenzen der magistratischen Haftung für die Vormundsbestellung 145

SEKTION III / SECTION III
Lénárd Darázs

PRIVAT- UND WIRTSCHAFTSRECHT / PRIVATE AND ECONOMIC LAW

KATI CSERES
The Active and Responsible Consumer in EU Law 171

MÓNIKA JÓZON
Looking Beyond the Rules: The Difficult Marriage Between EU Unfair Contract Terms Law and Member States Private Law 187

TIBOR NOCHTA
Über das Vertragsrisiko 200

KRISZTINA ROZSNYAI
Zur Neuaustarierung des Verhältnisses von Zivilprozessrecht und Verwaltungsprozessrecht in Ungarn 209

RITA SIMON
Rechtsschutz bei Massenschäden in den Visegrad 4 Staaten – sind bessere Durchsetzungsmechanismen erreichbar? 222

LAJOS VÉKÁS
Über das europäische Verbrauchervertragsrecht und die Herausforderungen bei der Umsetzung 233

SEKTION IV / SECTION IV
Krisztina Karsai

STRAFRECHT / CRIMINAL LAW

EDUARDO DEMETRIO CRESPO
Metamorphose des rechtsstaatlichen Strafrechts 249

ANDOR GÁL
Die neuen Grenzen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit: Über die Verstärkung des Phänomens der Vorverlagerung im ungarischen Strafrecht 265

JUDIT JACSÓ
Gedanken über die neue Betrugsrichtlinie der Europäischen Union (1371/2017) aus dem Blickwinkel der Bekämpfung der Steuerhinterziehung 280

ERZSÉBET MOLNÁR
Strafrechtliche Verantwortung ohne Grenzen: Der dogmatische Charakter der Führungsverantwortung im ungarischen Strafrechtssystem 297

STEFANO RUGGERI
Nulla coactio sine lege in Transnational Evidence Law 312

KURT SCHMOLLER
„Schlepperei" (Einschleusen von Ausländern) als kriminelle Handlung 330

ARNDT SINN
Grenzen des Strafrechts 348

LIANE WÖRNER
Der „Strafanspruch" im 21. Jahrhundert – ein Plädoyer für beobachtende Strafrechtsvergleichung 358

Autorenverzeichnis / Contributors 371

Vorwort

„Gebot fordert Verbot, Grenze fordert Überschreitung … an einer Grenze wird re-flektiert, entsteht Bewusstsein der Begrenzung und Verlockung der Überschreitung" (Gaier 2017). Vor zwei Jahren hat der Humboldt-Verein Ungarn eine internationale Tagung unter dem Titel „Neue Grenzen" organisiert – nichts ahnend davon, dass unser Leben in Europa so bald wieder durch rigorose, beinahe unüberwindbare Grenzen eingeschränkt wird.

Der Mensch als soziales Wesen muss natürlich immer darauf achten, dass privates, öffentliches und berufliches Leben innerhalb gewisser Grenzen abzuläufen hat. Seit den verheerenden Kriege des 20. Jahrhunderts konnten wir jedoch glücklich vergessen, wie weit unsere persönliche Freiheit, die Grundlagen unseres Daseins durch äußere Zwänge eingeschränkt werden können. Wir mussten inzwischen bitter erfahren, dass kultureller und wissenschaftlicher Austausch, internationale Zusammenarbeit von einem Tag auf den anderen einfrieren und das Leben au fein Minimum reduziert wird.

Als der ungarische Humboldt Verein diesen erfolgreichen Humboldt-Kolleg geplant und veranstaltet hat, war die Welt noch in Ordnung. Die „neuen Grenzen" wurden eigentlich als sich immer erweiternde Horizonte verstanden, die in der wissenscahftlichen Forschung und Kooperation in jeder Hinsicht grenzüberschreitend wirken: Die Grenzen des Wissens, die Grenzen der technischen Möglichkeiten, die Grenzen der Forschung, die Grenzen der Erkennbarkeit der Welt – oder die Grenzen der Solidarität, Toleranz und Nächstenliebe.

Der Humboldt-Verein Ungarn hat Wissenschaftler aus Deutschland und aus anderen Ländern Europas (bzw. der ganzen Welt) eingeladen, um jeweils in ihren Fachgebieten – in einer konsequent interdisziplinären bzw. multidisziplinären Arbeit – grenzübergreifend zu denken, die Grenzen des Wissens zu erweitern. Die Organisatoren setzten sich zum Ziel, Humboldtianer und Nachwuchswissenschaftler aus Mittel- bzw. Osteuropa mit signifikanten deutschen wissenschaftlichen Schulen zusammenzuführen.

Der vorliegende Band präsentiert die beachtlichen Ergebnisse de Tagung – und demonstriert unsere ungebrochene Hoffnung, dass wir unsere Arbeit und Zusammenarbeit bald wieder auf dem hierin vertretenen hohen Niveau weiterführen können.

Professor Dr. Éva Jakab
Präsident, Humboldt-Verein Ungarn

SEKTION I / SECTION I

Sektionsleiter: *László Imre Komlósi*

Wissenschaftskommunikation und gesellschaftlicher Diskurs im digitalen Zeitalter

Science Communication and Social Discourse in the Digital Age

Impact of Emerging Disciplines on Social Discourse: The Case of Cultural Linguistics

JUDIT BARANYINÉ KÓCZY

This paper addresses the question how the developing interest of society and technical evolution shape the formulation of novel research disciplines and how scientific results face challenges in gaining a widespread effect on society. Novel research interests often result in emerging new fields, which establish a radically different mindset on a specific phenomenon in question. This is illustrated by drawing on the case of the newly emerging multidisciplinary field of Cultural Linguistics. The paper argues that Cultural Linguistics evolved due to a complexity of contextual factors of our age, including the emergence of digital environment, a tendency towards multidisciplinarity, an increasing interest in culturally relevant issues, and a demand to make the link between academic research and everyday life more explicit.

INTRODUCTION

This paper investigates how linguistic research is interconnected with social development and discourse. Drawing on the case study of the newly emerging discipline of Cultural Linguistics, it aims to show that the way a new discipline within linguistics is called into being is largely affected by the current and relevant questions of society, and this trend seems to be more and more valid in our contemporary society. On the other hand, the results in linguistic research are also intended to shape the perspective of society on various aspects of human life. Accordingly, I attempt to contend the following arguments:

a) Linguistic research reflects on the general trends and timely questions of society;
b) New scientific disciplines arise as a response to social developments, bringing one specific aspect of language in the limelight;
c) The current trend in the investigation of language is a more and more complex and integrative approach to it;

d) Development in technology both supports and feeds the study of language and its contextual factors;
e) Results of linguistic research have a strong potential in broadening the perspective of people in viewing language, cognition, collective values and culture.

The paper is structured as follows: First, a brief overview is given on the paradigm shifts in linguistic research in the past decades. Second, different views on the relation between language, culture and cognition are discussed. It is followed by a brief description of the basic tenets of Cultural Linguistics, including its main research areas that have evolved up to now. Finally, some ideas are proposed on the perspectives of Cultural Linguistics in the social discourses of the digital age.

FROM GENERATIVE LINGUISTICS TO CULTURAL LINGUISTICS: PARADIGM SHIFTS IN THE RESEARCH OF LANGUAGE

Linguistics has witnessed various paradigm shifts during its history. From the present paper's point of view, two of such shifts should be coined as strong markers of the second half of the twentieth century. Firstly, from mid-1950s, Noam Chomsky's generative linguistic theory had an overwhelming impact on linguistic research in the following decades. Accordingly, grammar is a precisely formulated set of rules that generates exactly those combinations of words that form grammatical sentences in a given language. The second shift arose as a clear response to the deficiencies of the Chomskyan theory: functional linguistics developed on the ground of the observation that language is not a mere system of rules, therefore the basic standpoint to its consideration should be by no means formal. Functional linguistics, which was developed in the 1960s by British linguist M. A. K. Halliday, emphasizes that language is first and foremost an instrument for communication between human beings. The functional linguistic perspective also insists on the interrelation of form and meaning and treats grammar as a meaning-making resource. While the term "functional linguistics" refers to and incorporates various linguistic theories and methodologies, these subdisciplines agree on employing a communicative, usage-based, discourse-focused, context-influenced, overall empirical approach to language and linguistic investigation.

Within functional linguistic approaches, one of the frameworks that seem to have influenced greatly the description of language in the past few decades is cognitive linguistics, which appeared in the 80's landmarked by notable books such as Lakoff and Johnson's *Metaphors We Live By* (1980) or Langacker's *Foundations of Cognitive Grammar* (1987). Although cognitive linguistics by far cannot be regarded as a homogenous discipline, rather as a cluster of overlapping approaches, the explicit

aim of it is to establish a bridge between language and mental abilities, based on the assumptions that language is an integral part of cognition and linguistic abilities are intertwined with other cognitive facets. Cognitive linguistics has challenged to introduce a fundamentally different approach to various aspects of language, including grammar or metaphor. The holistic perspective on language means that in understanding language usage, various factors external to language should also be taken into consideration. Two of the most important ones are the biological and the cultural motivations of language. The first one, the study of the biological fundaments of language, resulted in the observation of a number of universal characteristics of language (80's and 90's). Recently, there has been a growing interest towards how culture induces and formulates language, including its semantic, grammatical and pragmatic aspects. Those researchers who are interested in the cultural-cognitive relevance of language, have found that there is a high demand for an interdisciplinary theory and methodology which incorporates the results and methods of other culture-related disciplines such as cultural anthropology, folklore, sociology, philosophy, psychology, religion or complexity science. On the ground of these developments, two novel frameworks were proposed firstly by Palmer (1996) and later on by Sharifian (2003, 2017a), named Cultural Linguistics.

According to the main argument of the paper, the movement observed within the discipline of linguistics (from generative linguistics to Cultural Linguistics) cannot be considered as an ad hoc and context-free scholarly process. Instead, it should be viewed as a direct response to the rapidly developing interest of the society in language and the mind, and recently, how the (natural, social, historical etc.) environment shapes language and vice versa. Other important questions include whether people around the world share more or less the same worldview, how culture-related issues can be understood and solved through language and what characterizes collective language use as opposed to individual. In short,

> "[…] what we witness today as a result of cognitive and cultural linguistics research is an increased interest in language studies to shift focus from seeing natural language as a special and autonomous cognitive skill to treating the language phenomenon as a bundle of interacting cognitive skills and social competences. Based on the study of human verbal interaction in various social-communicative contexts, it is assumed that language use requires the integration of highly diverse cognitive, affective, social and cultural schemata resulting in contextualized and situated discourse."[1]

The development in linguistic research is also largely dependent on other related disciplines such as psychology or social sciences, which can be seen in the way they seem to merge into the same trends of interest and rely on each other's findings.

[1] Baranyiné Kóczy, Komlósi 2019, 120.

On the one hand, the issue of the role of culture has been raised from various viewpoints, e.g., cultural evolution has been thoroughly studied in relation to biological evolution,[2] and there has been a growing awareness of the problems of the dualistic thinking about nature and culture.[3] In the Digital Era, the question how cultural narratives are affected by the new forms of social discourse is hotly debated (Komlósi, 2016). On the other hand, multidisciplinarity has become essential to linguistic investigation. Contrary to some mid-20th century views that linguistic analyses have clear boundaries, it is a reasonable realization that all factors that may be in connection with language usage must be taken into consideration. Cultural Linguistics is a result of the trend to forge connections between linguistics and other scientific disciplines. Finally, as speaking of digital environment, the new forms of communication do not only give novel topics to the language-cognition interface, but they also support the study of language as the prototypical means of communication. Corpus linguistics, which has an undoubtedly big impact on the observation of "real-life" language use, has greatly benefited from the compilation of various corpora, such as the *Hungarian National Corpus* in Hungary. Big data research is a landmark in a more accurate description of language, whether it concerns grammar or semantics.

LANGUAGE, COGNITION AND CULTURE

The roots of the emergence of Cultural Linguistics can be found in various linguistic frameworks throughout the history of language research. In general, the question of how language is related to cognition, i.e., how we perceive, learn about and understand the world, and also how we construe it in our minds, has been raised by early scholars. Within the speaking-thinking theme, another crucial point was soon realized, namely, how human culture affects this process. This was, among others, considered by linguists who worked within the framework of linguistic relativity. Researchers including Wilhelm von Humboldt, Franz Boas, Edward Sapir, Benjamin Whorf touched on the culture-language issue, some of which are recalled here (for a detailed discussion on the relation between linguistic relativity and Cultural Linguistics.[4] The discussion in this section relies mostly on Sharifian's arguments proposed in 2017b).

To start with, Franz Boas claimed the following about how language interacts with environment:

[2] Boyd, Richerson 1985; Tomasello 1999; Givón 2002.
[3] Pléh, Csibra and Richerson 2014.
[4] Sharifian 2017b.

> "[i]t does not seem likely […] that there is any direct link between the culture of a tribe and the languages they speak, except in so far as the form of the language will be moulded by the state of culture, but not in so far as a certain state of culture is conditioned by morphological traits of the language."[5]

In Boas's view, different languages categorize experience differently, and the words of human languages reflect cultural interests. He also made the conviction that grammatical categories draw on the speaker's attention to peculiar aspects of human experience.

Edward Sapir has a quite contradictory view on the relation between language and environment, and culture as part of the environment also. On the one hand, Sapir doubts the direct correlation between cultural specifics and linguistic structure, arguing that cultural changes occur much faster than linguistic structure:

> "It is only very rarely, as a matter of fact, that it can be pointed out how a cultural trait has had some influence on the fundamental structure of a language. To a certain extent this lack of correspondence may be due to the fact that linguistic changes do not proceed at the same rate as most cultural changes, which are on the whole far more rapid."[6]

On the other hand, in *Language and Environment*, he contends that it is the vocabulary that reflects the speakers' physical, social and cultural context.

> "It is the vocabulary of a language that most clearly reflects the physical and social environment of its speakers. The complete vocabulary of a language may indeed be looked upon as a complex inventory of all the ideas, interests, and occupations that take up the attention of the community."[7]

He also regards the lexicon as a "very sensitive index of the culture of a people and changes to the meaning, loss of old words, the creation and borrowing of new ones are all dependent on the history of culture itself".[8] Furthermore, in *The Status of Linguistics as a Science*, he also emphasizes that linguistics should go hand in hand with other disciplines and names several culture-focused ones as strongly relevant in the study of linguistics.

[5] Boas 1911/1995, 23.
[6] Sapir 1933/1995, 59.
[7] Sapir 1912, 228.
[8] Sapir1933/1995, 59.

> "It is the main purpose of this paper, however, not to insist on what linguistics has already accomplished, but rather to point out some of the connections between linguistics and other scientific disciplines, and above all to raise the question in what sense linguistics can be called a 'science' […] it is difficult for a modern linguist to confine himself to his traditional subject matter. Unless he is somewhat unimaginative, he cannot but share in some or all of the mutual interests which tie up linguistics with anthropology and culture history, with sociology, with psychology, with philosophy, and, more remotely, with physics and physiology."[9]

Turning to Benjamin Whorf, a representative of linguistic determinism, his infamous quote is recalled, which has been referenced and analysed by numerous linguists. This excerpt suggests that language provides us pre-established categories and that we organize our experience in our minds using those categories.

> "[…] the world is presented in a kaleidoscopic flux of impressions which has to be organized by our minds – and this means largely by the linguistic systems in our minds. We cut nature up, organize it into concepts, and ascribe significances as we do, largely because we are parties to an agreement to organize it in this way – an agreement that holds throughout our speech community and is codified in the patterns of our language. The agreement is, of course, an implicit and unstated one, BUT ITS TERMS ARE ABSOLUTELY OBLIGATORY; we cannot talk at all except by subscribing to the organization and classification of data which the agreement decrees."[10]

Here, as Sharifian (2017b, p. 89) points out, Whorf refers to "the linguistic systems in our mind", but at the same time he speaks of "talking" not "thinking", so it is unclear what he refers to as "absolutely obligatory". In *An American Model of the Universe* (1950), Whorf explores the relationship between language and conceptualizations, maintaining that languages reflect systems of conceptualizations of experience, which may be based on their worldview. Whorf observes that the Hopi language does not rely on conceptualizations of time and space, as, for example, English does. Therefore, different languages may reflect different conceptual systems, and these conceptualizations may be (but will not always be) consistent with an underlying worldview associated with the language. Overall, he observes that conceptualizations that are encoded in the language reflect the model that a particular worldview imposes upon the universe. However, Whorf does not employ the term "conceptualization" but "configuration". Overall, linguistic relativism offered various theoretical and hypothetical observations on language, mind and the environment, and furthermore embraced a broad-brush and abstract notion of culture,

[9] Sapir 1929, 209.
[10] Whorf 1940, 2013–14, his emphasis.

with various meanings. Such terminological imprecisions led to consequences such as psychologists reduced "language" to vocabulary, ignoring grammatical categories, and also reduced "thought" to cognitive processes such as memory and recognition, without addressing the construal of the world.[11]

The issue of culture, language and the mind became in the centre of linguistic research again from the 80's. In cognitive linguistics, while *meaning* is in the centre of exploration, various scholars emphasized the importance of culture as a key factor in shaping language and cognition:

> "[…] meaning and value are grounded in the nature of our bodies and brains, as they develop through ongoing interactions with various environments that have physical, social, and cultural dimensions. The nature of our embodied experience motivates and constrains how things are meaningful to us."[12]

Yet for some researchers, while they focused on the conceptual-cognitive aspects of meaning making, the impact of physical environment on language was highlighted whereas the social and cultural aspects of language and cognition was side-lined by adherence to a model of "embodied realism" by Lakoff and Johnson. Cognitive linguistics initially promised to be a strong culture-oriented research paradigm, but in practice, for some scholars, it followed an individualistic, neurally embodied one.[13] This trend was represented in the call for cognitive linguists to "go outside the head and incorporate a socio-interactional perspective on the nature of language".[14] Recently, the interest in the language-culture interface among cognitive linguists is coming back.[15]

A prominent work by Gary B. Palmer was *Toward a theory of cultural linguistics* (1996). He claimed that different worldviews and culture-based thought patterns are apparent in different languages and that imagery, all that people may construe in cognitive models pertaining to vision, hearing, touch, taste, smell, and feeling states, precedes and shapes human language. Palmer asserted that cultural linguistics should be framed on the grounds of two disciplines: cognitive linguistics and anthropology. Soon after that, Farzad Sharifian proposed that Cultural Linguistics (where the capitals indicate this specific framework) should first and foremost observe cultural conceptualizations, and how language encodes culturally constructed conceptualizations of experience.

[11] Leavitt 2015, 26.
[12] Johnson 1997, 154.
[13] Frank 2016.
[14] Croft 2009, 395
[15] E.g. Ibarretxe-Antuñano 2013.

CULTURAL LINGUISTICS: BASIC TENETS OF CULTURAL LINGUISTICS

Cultural Linguistics is a multidisciplinary approach that investigates the impact of culture on the dynamic realities of human life. In the focus of its research scope is the interface between language, culture and conceptualization. The key notion of the discipline is *cultural conceptualizations*, a notion strongly related to meaning, which is both a cultural and individual phenomenon. It asserts that cognition and conceptualization are not exclusively cognitive processes, but they also operate at the cultural (collective) level of cognition. Instead of struggling with finding a proper definition for culture, the framework employs a loose term for culture: it is viewed as a specific worldview (beliefs, ideas and values) that characterizes a group of people who live together in a particular social, historical and physical environment, and interpret their experiences in a more or less homogenous way. Cultural conceptualizations cover the instantiations of cultural cognition in language and refer to a broad category that involves various types of products of human cognition, as they appear in the form of cultural schemas, categories, and metaphors, which transmit a cultural group's beliefs and ideas about their life, environment, religion, and so on. The main idea of Cultural Linguistics is that these processes are both cognitive ones and they also operate at the cultural-collective level of cognition. Cultural conceptualizations can be observed at various levels of language, such as grammar, semantics and pragmatics (Figure 1).

Cultural conceptualizations can be linguistic and non-linguistic phenomena, including cultural events, rituals, nonverbal behaviour, emotion, etc. They live in coexistence and should be observed in an integrative way.

Cultural cognition is viewed as a set of implicit knowledge shared, negotiated and re-negotiated by the members of a cultural community. It is heterogeneously distributed,[16] which means that conceptualizations are not equally present in the minds of the people within a group: "some people know more than others about a given cultural model than some other members of the cultural group".[17] Furthermore, it is a complex adaptive system, dynamic and self-organizing, and also an emergent system, which means that cognition results from the interactions of the members of the group across time and space; finally it is an open system, which is driven by a circular pattern of cause and effect: interactions are dependent on and determined by cultural cognition.

Within cultural conceptualizations, *cultural categories* are conceptual categories that are culturally constructed and manifest in the lexicon of languages. Examples include colour categories (Jap. *ao* 'blue/green', Hun. *vörös/piros* 'red'), age catego-

[16] Hutchins 1994.

[17] Sharifian 2008, 124; cf. also Borofsky 1994.

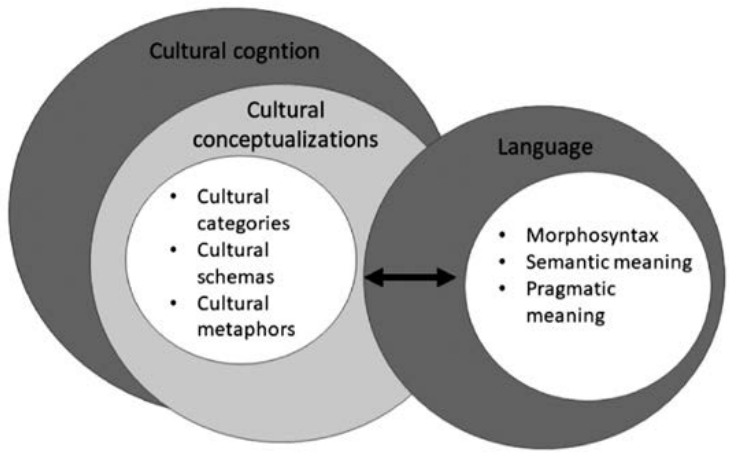


Figure 1: Cultural conceptualizations and language

ries (the meaning of 'old'), event categories (Hun. *Mohács, Trianon, Chinese opera18*), or kinship categories. Another branch of conceptualizations include *cultural schemas*, namely, beliefs, norms, and expectations of behaviour, e.g., event schemas (Christmas), emotion schemas (pride, anger), image schemas ("iconic images related to physical or social experiences"[19]) or role schemas (gender roles). The final and perhaps most extensively investigated group is cultural metaphors, i.e., conceptual constructions based on cross-domain mappings that are rooted in and reflect on cultural schemas related to folk medicine, worldview, or a spiritual belief system.[20]

Cultural Linguistics is a multidisciplinary field, which draws on analytical tools and theoretical tenets of disciplines previously observed in separation, including

- Applied linguistics
- Cognitive psychology
- Cognitive linguistics
- Sociolinguistics
- Cognitive anthropology
- Anthropological linguistics
- Ethnography
- Corpus linguistics

[18] Cf. Yu 2017.
[19] Palmer 1996, 66.
[20] Kövecses 2015; Baranyiné Kóczy 2017.

RESEARCH AREAS OF CULTURAL LINGUISTICS

There is a wide array of research that is chained to Cultural Linguistics. By giving a brief overview on the related topics, it can be highlighted that the field has a strong social relevance. Firstly, in the Hungarian context, cultural metaphors have been investigated in three main fields. Kövecses[21] extensively studied emotion metaphors, which unveil the similarities and differences in describing emotions across languages and what body-parts are considered as emotional centres in the different cultures. Second, folk cultural metaphors have been identified in Csango[22] and Hungarian folk songs[23] by employing corpus research in a doctoral dissertation and a monograph. As a benefit, Hungarians gain a better understanding of their traditional folk heritage, which is not only part of their collective identity but it is still utilized in present-day discourses. Another important research field is the metaphors of political discourse, where Putz explored how Hungarians conceptualized the peace treaty of Trianon in the past and at present.[24] Finally, recently Baranyiné Kóczy published some articles on embodied metaphors,[25] i.e., how body parts are utilized in figurative language and how they inform us about a Hungarian-specific view of the relation of body and abstract domains. For example, in connection with *szem* 'eye' she highlights that some expressions represent cultural values (e.g., *szemtelen, szemrebbenés nélkül*) and some have cultural roots (*szemmel ver, szemfedél, szemfényvesztés*). Another culturally relevant research on metaphors is Benczes & Ságvári's paper on LIFE-metaphors,[26] where in a representative survey, they show what metaphors teenagers use in connection with life and what it tells about the changing mind-set of Hungarians.

Due to its culture-focused scope, Cultural Linguistics has a considerably wide range of topics. Some of the research fields of Cultural Linguistics are:

- Cultural conceptualizations of religion
- Cultural conceptualizations of animals (proverbs)
- Cultural conceptualizations of kinship
- Cultural conceptualizations of gender roles
- (Im)politeness
- Political discourse analysis
- Cultural conceptualizations and naming (marital names vs. family values)
- Intercultural pragmatics
- World Englishes

[21] E.g. Kövecses 2005.
[22] Szelid 2007.
[23] Baranyiné Kóczy 2018a.
[24] Putz 2016; Putz 2019.
[25] Baranyiné Kóczy 2018b; Baranyiné Kóczy 2019; Baranyiné Kóczy 2020.
[26] Benczes, Ságvári 2018.

- Cultural conceptualizations in translation/interpreting
- Intercultural re-conceptualization (e.g., Christmas, Halloween)
- Cultural Linguistics and learning/teaching additional languages
- Cultural Linguistics and Teaching English as an International Language (TEIL)
- Diachronic Cultural Linguistics

As it can be observed, the topics raised by Cultural Linguistics connect to a range of linguistic themes such as intercultural communication, language teaching, translation, naming and many other areas. From a broader perspective, they comprise topics that are highly relevant to various areas external to linguistics such as religion, politics, gender roles, politeness, family ties etc. This also indicates the holistic perspective that the discipline wishes to maintain on language usage. As Cultural Linguistics is a newly emerging field, the research scope of the discipline as well as the list of related fields are in a constantly developing phase.

FINAL REMARKS: PERSPECTIVES OF CULTURAL LINGUISTICS IN THE SOCIAL DISCOURSES OF THE DIGITAL AGE

In this section, I aim to summarize some arguments in order to show that the birth and evolvement of Cultural Linguistics as a novel multidisciplinary field is strongly related to, and is partly a consequence of, the contemporary scientific, social, technical etc. context. The most influential aspects of the present-day situation that affect(ed) its development are a) the emergence of digital environment; b) a move towards multidisciplinarity; c) an increasing interest in culturally relevant topics; d) an urge to study phenomena of every day relevance (in fact, the need for science communication also relates to this issue). Among these four, digitalization can be viewed as a central one which affects the other three.

In the digital environment linguistic and non-linguistic phenomena are more comprehensible, and sources, data, corpora are available for extensive comparative research. Digitalization enables researchers to study big data and cross-linguistic corpora, which offers a more diverse and at the same time accurate and refined picture of languages. Meanwhile, the digital age, and networking of knowledge enhances the emergence of multidisciplinary and interdisciplinary research paradigms. The validity of such paradigms is a novel, prioritized focus of research, involving the theoretical framework and methodological repertoire of other disciplines. In the case of Cultural Linguistics, we can well see that while in cognitive linguistics, certain theoretical tenets have been strengthened (embodied realism), Cultural Linguistics offers a complex view on the conceptual-cultural linguistic aspect of language by setting the objective of observing group-level linguistic phenomena and cultural-conceptual aspects of language use. Its interdisciplinary approach manifests in

building a bridge between language, thought and culture, consequently, it evidences that language is strongly interwoven with everyday human life: art, politics, behaviour, customs, religion, attitudes, etc. Overall, scientific research is brought closer to non-Academic public. As another socially relevant benefit of the discipline, it enhances intercultural understanding and reduces intercultural misunderstanding.

BIBLIOGRAPHY

Baranyiné Kóczy, J. (2017) Mi a kulturális metafora? [What is cultural metaphor?] *Magyar Nyelvőr,* 140(4), 404–425.

Baranyiné Kóczy, J. (2018a) *Nature, Metaphor, Culture: Cultural Conceptualizations in Hungarian Folksongs*. Singapore: Springer Nature.

Baranyiné Kóczy, J. (2018b) A SZEM konceptualizációjáról [On the conceptualization of the EYE]. *Nyelvtudományi Közlemények,* 114, 7–28.

Baranyiné Kóczy, J. (2019) 'He cracked his head feverishly': Conceptualizations of HEAD and THINKING in Hungarian. In: Kraska-Szlenk, I. (ed.), *Embodiment in Cross-Linguistic Studies: The 'Head'*. Leiden: Brill. 219–244.

Baranyiné Kóczy, J. (2020) Keeping an eye on body parts: Cultural conceptualizations of the 'eye' in Hungarian. In: Kraska-Szlenk, I. (ed.), *Body Part Terms in Conceptualization and Language Usage*. Amsterdam/Philadelphia: John Benjamins Publishing. 216–245.

Baranyiné Kóczy, J. and Komlósi, L. I. (2019) Revisiting Literacy: Changing Learning Paradigms in Digital Culture. *Argumentum,* 15, 117–132.

Benczes, R. and Ságvári, B. (2018) Where metaphors really come from: Social factors as contextual influence in Hungarian teenagers' metaphorical conceptualizations of life. *Cognitive Linguistics,* 9(1), 121–154.

Boas, F. (1911/1995) *Handbook of American Indian languages*. *1.* Bureau of American Ethnology, Bulletin 40. Washington: Government Print Office (Smithsonian Institution, Bureau of American Ethnology).

Borofsky, R. (1994) *On the knowledge and knowing of cultural activities*. In: Borofsky, R. (ed.), Assessing Cultural Anthropology. New York: McGraw-Hill, 331–334.

Boyd, R. and Richerson, P. J. (1985) *Culture and the Evolutionary Process*. Chicago: University of Chicago Press.

Croft, W. (2009) Towards a social cognitive linguistics. In: Evans, V. and Pources S. (eds.), *New Directions in Cognitive Linguistics.* Amsterdam, Philadelphia: John Benjamins Publishing Company. 395–420.

Frank, R. M. (2016) *Cultural Linguistics vis-à-vis Cognitive Linguistics: A Critical Perspective.* Plenary talk given at the First International Conference of Cultural Linguistics, Monash University Centre, Prato, Italy, July 20–22, 2016.

Givón, T. (2002) *Bio-linguistics*. *The Santa Barbara Lectures.* Amsterdam: John Benjamins Publishing Company.

Hutchins, E. (1994) *Cognition in the Wild*. Cambridge, MA: MIT Press.

Ibarretxe-Antuñano, I. (2013) The relationship between conceptual metaphor and culture. *Intercultural Pragmatics* 10(2), 315–340.

Johnson, M. (1997) Embodied meaning and cognitive science. In: Michael Levin, D. (ed.), *Language beyond Postmodernism: Saying and Thinking in Gendlin's Philosophy.* Evanston, Illinois: Northwestern University Press. 148–175.

Komlósi, L. I. (2016) Digital literacy and the challenges of digital technologies for human learning. In: Dejica, D. Hansen, G. and Sandrini P. et al. (eds.), *Language in the Digital Era. Challenges and Perspectives*. Warsaw, Berlin: De Gruyter Open. 162–171.

Kövecses, Z. (2005) *Metaphor in Culture: Universality and Variation*. Cambridge: Cambridge University Press.

Kövecses, Z. (2015) *Where Metaphors Come From: Reconsidering Context in Metaphor*. Oxford: Oxford University Press.

Lakoff, G. and Johnson, M. (1980) *Metaphors We Live By*. Chicago, University of Chicago Press.

Langacker, R. W. (1987) *Foundations of Cognitive Grammar. Vol. I. Theoretical Prerequisites*. Stanford, California: Stanford University Press.

Leavitt, J. (2015) Linguistic relativity: precursors and transformations. In: Sharifian, F. (ed.), *The Routledge Handbook of Language and Culture*. London, New York: Routledge.

Palmer, G. B. (1996) *Toward a Theory of Cultural Linguistics*. Austin, Texas: University of Texas Press. 18–30.

Pléh, C., Csibra, G. and Richerson, P. (eds.) (2014) *Naturalistic Approaches to Culture*. Budapest: Akadémiai Kiadó.

Putz, O. (2016) *The Alternative Conceptualizations of the Peace Treaty of Trianon and its Consequences between 1990 and 2015.* Doctoral dissertation. Budapest: Eötvös Loránd University.

Putz, O. (2019) *Metaphor and National Identity: Alternative Conceptualization of the Treaty of Trianon.* Amsterdam, Philadelphia: John Benjamins Publishing Company.

Sapir, E. (1912). Language and environment. *American Anthropology,* 14(2), 226–242.

Sapir, E. (1929) The status of linguistics as a science. *Language,* 5(4), 207–214.

Sapir, E. (1933/1995) Language. In: Blount, B. G. (ed.), *Language, Culture, and Society: A Book of Readings.* IL (Original work published 1933). Waveland Press [expanded re-issue of the 1974 book], Prospect Heights.

Sharifian, F. (2003) On cultural conceptualisations. *Journal of Cognition and Culture,* 3(3), 187–207.

Sharifian, F. (2008) Distributed, emergent cultural cognition, conceptualisation, and language. In: Frank, R. M. et al. (eds.), *Body, Language, and Mind (Vol. 2): Sociocultural Situatedness*. Berlin, New York: Mouton de Gruyter. 109–136.

Sharifian, F. (2017a) *Cultural Linguistics*. Amsterdam, Philadelphia: John Benjamins Publishing Company.

Sharifian, F. (2017b) Cultural Linguistics and linguistic relativity. *Language Sciences,* 59, 83–92.

Szelid, V. (2007) *Szerelem és erkölcs a moldvai déli csángó nyelvhasználatban. Kognitív szemantikai elemzés [Love and morality in the Moldavian Southern Csango dialect. Cognitive semantic analysis]*. Doctoral dissertation. Budapest: Eötvös Loránd University.

Tomasello, M. (1999) *The Cultural Origins of Human Cognition.* Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

Whorf, B. L. (1940) Science and Linguistics. *Technology Review,* 42(6), 229–231, 247–248.

Whorf, B. L. (1950) An American Indian model of the universe. *International Journal of American Linguistics,* 16(2), 67–72.

Yu, N. (2017) Life as opera: A cultural metaphor in Chinese. In: Sharifian, F. (ed.) *Advances in Cultural Linguistics*. Berlin, New York: Springer-Verlag. 65–87.

Human Being 2.0, Industrial Revolution 4.0

GYÖRGY CSEPELI

The paper will deal with the evolutionary consequences of the digital age on the status of the human being 1.0. The digital revolution 4.0 can be considered as a driver of further evolution of the human being replacing old fashioned human intelligence with new tools of artificial intelligence such as deep learning, big data and technological infrastructure of mindfulness. Threats, however, stemming from "machination" should be taken into account as well.

Mankind has entered a new era. Volatility, uncertainty, complexity, and ambiguity define our lives in a way we have never seen before, unsustainable in the way we have been used to. We need to embark on a new path of sustainable growth, which globally puts an end to cruel social inequalities, which allows for an appropriate response to environmental challenges, and which opens a new chapter in the novel of earthly life.

Life is the new organization of matter, which, although transient, has the capacity to pass on the information necessary for its functioning to the future, to its descendants. The two basic commands of life are to persist and to reproduce. In a changing environment, only those living organisms were able to fulfill these two commands which adapted to the environmental challenges while themselves also changing. Successful changes persisted and were passed on, failures became void. The last great step in the evolution of living organisms was the appearance of man.[1] In this article, we raise the question of whether evolution is over with the advent of Man 1.0.

The information that passed on the lives of individual organisms to their offspring had been carried by the means created by nature, the genes, before the appearance of Man. While the role of genes has remained in humans, they have been

[1] Smith and Szathmáry 1999.

supplemented by memes that are essential for life in society as the building blocks of the socially edited reality created by language and culture.

Man is also radically different in his body from the primates closest to him. Its two limbs are for movement only, and its other two limbs are for manipulation only. His hands are capable of making and applying tools used in combat and work. But the biggest changes have happened in the brain. The volume of the brain has increased, and the capacity of the networks that have developed between the otherwise large number of neurons in the cerebral cortex has expanded exponentially. Only in humans can the separation of the larynx and the soft palate be observed. These neurological and anatomical developments gain importance in the context of the appearance of language. Language is not only a means of communication but also a way of constructing and making the world imaginable. Man exits from the finite into the infinite with the means of language. It is language is that creates and holds communities of people together across generations. Heidegger rightly says that "Man rises up, from a base in a popular culture [Volkstum] and by virtue of his language, stands up to the totality of what is which he questions and conceives as the being that it is."[2]

The ability to question and conceive of the totality of being provides a central position to intelligence in humans, which is a function of adaptation to the constant changes in the conditions set by nature. The first phase of intelligence operation, which enables an adequate response to change, is the perception of information, followed by the evaluation and validation of the perceived information, and finally the action. The last phase is validation of the correctness of the action. Traces of curiosity-driven, repetitive perceptual and decision-making processes remain in the appropriate network centers of the brain. Traces of the behaviors learned through the successes and failures of adaptation are retained in memory. Language provides an opportunity for reality to be drawn not only of the past from the data stored in memory, but also for the possible, imagined realities of the future.

According to Dennett, the first step on the evolutionary path to human intelligence is the adaptive competence of Darwinian creatures, which is predesigned and fixed. Individuals of all generations carry this competence in their genes, 'created by the R&D evolution by natural selection'. The second step is the intelligence of Skinnerian creatures, which widely generate new and new behaviors during adaptation. Successful, pleasurable, satisfying behaviors are retained, while unsuccessful, painful behaviors do not return. The third step is the intelligence of Popperian creatures, who are already able to set up and test hypotheses about the expected evolution of situations based on the data stored in memory. In memory of his friend Richard Gregory, Dennett ranks Man 1.0 as a Gregorian creature who can think of the world

[2] Heidegger 1985, 471–472.

as a whole, as Heidegger characterized, "questioning and conceiving as the being that it is."[3]

Bostrom raises that Man 1.0's intelligence, sensitive to opportunities, may be suitable for creating an information technology environment capable of collecting, storing, managing, and utilizing information. In the set of intelligent applications connected to a network, Bostrom sees the realization of superintelligence, which will be able to operate in a way independent of man.[4] According to Kurzweil, the appearance of Human 2.0, emerging through the fusion of biological-based human intelligence and a super-intelligent technological environment is not far, and will be present in both physical and virtual reality.[5]

A prerequisite for superintelligence is an information network available at all times, anywhere in the world. Through digitization and datafication, people and things connected to a network with a large memory capacity can be accessed, searched, and identified by all involved. The data of those existing on the network are constantly and unstoppably growing, which allows for Big Data-based analyses.[6] Artificial intelligence applications able to handle increasingly flexible and complex problems that have become networked communicate in natural language and ask questions just like humans do before making decisions.

Artificial intelligence is a machine tool created by human intelligence that helps man survive by solving technological tasks faster and more efficiently than humans would do. The very first application of artificial intelligence is oracle, which helps people in cognition by taking advantage of the opportunities provided by digitization and datafication. Connected to the network, the data sources of oracle applications are expanding, thus significantly improving their efficiency. In the future, oracles will replace simple, routine intellectual work to an increasing extent. Oracles that replace a human companion (Google Assistant, Amazon's Alex) answer frequently asked questions, solve tasks easily translated into algorithms, play, and entertain. The Rubicon of artificial intelligence applications is uncertainty management, decision making, and autonomous behavior. These applications act like a fairy-tale genie on their own, performing operations, driving cars, fighting in wars, and their performance improves after each action. By joining a network, they share their knowledge with others. Superintelligence, which does not yet exist today, competes with man commanding and ordering independently.

It is unlikely that any version of artificial intelligence will overcome man in the manner of Frankenstein's monster.[7] Intelligence is just one of human abilities im-

[3] Dennett 2017, 98–99.
[4] Bostrom 2014.
[5] Kurzweil 2006.
[6] Schönberger and Cukier 2015.
[7] Boden 2018.

portant for survival. Machines have no self-awareness, no desires, no love, no hate, no sense of guilt. The future is the coexistence of machine and human intelligence, which combines security, predictability and flexibility provided by machine intelligence with intuition, imagination and creativity, inseparable from human cognition.

Industrial Revolution 1.0 was built taking advantage of the production and logistics opportunities offered by machines powered by steam energy. Industrial Revolution 2.0 was built on mass production and the utilization of electricity made possible by the introduction of production lines. Industrial Revolution 3.0 enabled production based on automation with programmable memory computers.

Industrial Revolution 4.0 means the emergence and the widespread use of cyber-physical systems based on networked oracle and genie-type artificial intelligence applications, through which production and trade is radically changed. By connecting to the network, disabling the involvement of the human brain and hands, all elements of production and trade chain get into a visible and controllable relationship with each other. The special feature of the economy created by the 4.0 industrial revolution is that economy will be suitable for mass-production of goods and services and customization at the same time.

Each industrial revolution has triggered irreversible economic and social changes. Industrial revolution 1.0 resulted in an increase in the proportion of the population employed in industry and a decrease in the proportion of people employed in agriculture. Following industrial revolution 2.0, the role of services increased in the economy. Industrial revolution 3.0 resulted in a knowledge-based economy. The cyber-physical systems of industrial revolution 4.0 are to replace people in simple, routine jobs in production, trade, and services. Non-routine, complex jobs will be retained. A new "leisure" class will be created, with a guaranteed basic income that provides existential security. However, existential security alone is not enough. The social challenge of the future will be to create a "culture of the leisure class" that fills the increased free time with meaning.

The 4.0 industrial revolution forces changes in society as a whole. Artificial intelligence applications that take advantage of the possibilities of digitization and datafication radically change health, education and training services, transforming mass and popular culture, publicity and politics. Virtual reality penetrates everyday life.[8]

Complex, non-routine jobs will remain, but only a highly skilled "netocracy" will be able to perform them, faced with a mass of inactive "net proletarians". However, the split will not be fatal. A network that reaches all members of society provides sufficient resources for mobility, allowing for passages between the different groups.

In the electronic network that unites the university of all existing, Parmenides' thesis that the existing is a whole and complete becomes reality. The practical realization of Parmenides' proposition has both encouraging and threatening conse-

[8] Tegmark 2013.

quences. It is an encouraging consequence that network-based artificial intelligence applications can address the threats to earthly life as a whole globally. In connection with the coronavirus epidemic sweeping through the world in 2020, the implementation of the DAMA project has emerged as a means of global preparation for similar epidemics to be expected in the future. The acronym DAMA stands for four activities, each of which can be accomplished through the possibilities offered by the World Wide Web. The first activity is the collection of relevant data from all over the world (Documentation). The second activity is the analysis and evaluation of data using artificial intelligence applications (Assessment). The third activity is continuous Monitoring. These three activities are followed by Acting. Global cognition systems operated on similar principles can help prevent or reduce environmental damage if they have already occurred, otherwise it is unlikely that it will be possible to transition humanity to the path of sustainable growth.

As early as in the 1930s, Martin Heidegger noticed that the guarantee for the efficient functioning of modern society was control, cult of mass-size, and predictability, which he collectively called "Machenschaft". The price of efficiency is the forgetting of the meaning of life, the shallowness of knowledge, the domination of production over creation. Machination will be completed in the 21st century with the advent of the all-seeing and hearing information system that encompasses the entire world.

The condition of successful resistance (resilience) to the planetary power of machination on the whole of the Earth is to raise the awareness of users, to educate them, to present alternatives to algorithmic knowledge. Blockchain technology makes insights into the relationships between users communicating with each other impossible. The purpose of data protection regulations is to ensure the right to privacy and human dignity, to regain self-determination over data. The Spartacuses of digital slavery are Assange, Snowden, Manning, who make sure digital slaveholders never feel safe. Exploiting the potential of networked artificial intelligence applications, genetics, nanotechnology, and robotics pave the way for the emergence of Human 2.0, whose existence blurs the boundaries between the "created" parts of biological origin and the "manufactured" parts of technological origin. Man 2.0 fits perfectly into Nietzsche's vision of a superhuman Man who is not reconciled to the fundamentals of finite existence but, looking at infinity, wants what is not but can be.[9]

Elemér Hankiss writes that the adventure driven by Man's hope that his life has a meaning and that he has a place and role in the world does not end.[10] Increasingly sophisticated artificial intelligence applications relieve the burden of production on man, for whom the freedom for creation remains.

[9] Nietzsche 2016.
[10] Hankiss 1997.

BIBLIOGRAPHY

Boden, M. A. (2018) *Artificial Intelligence: A Very Short Introduction.* Oxford: Oxford University Press.

Brooks, D. (2020) Before the Pandemic Ends. Making Sure This Never Happens Again. *WCSA Journal,* 1(1), 7–15.

Bostrom, N. (2014) *Paths, Dangers, Strategies.* Oxford: Oxford University Press.

Dennett, D. C. (2017) *From Bacteria to Bach and Back. The Evolution of Minds.* New York: W.W. Norton and Company.

Heidegger, M. (1985) The Self-Assertation of the German University and the Rectorate 1933/34. Facts and Thoughts. *Review of Metaphysics,* 38(3), 467–499.

Hankiss, E. (1997) *Az emberi kaland.* [The Human Adventure.] Budapest: Helikon.

Kurzweil, R. (2006) *The Singularity is Near: When Humans Transcend Biology.* London: Penguin Group.

Mayer-Schönberger, V. and Cukier K. (2015) *Big Data: A Revolution that Will Transform How We Live, Work and Think.* New York: John Wiley.

Nietzsche, F. W. (2016) *Thus Spoke Zarathustra. A Book for All and None.* Project Gutenberg.

Schwab, K. (2016). *The Fourth Industrial Revolution.* World Economic Forum.

Smith, J.M. and Szathmáry, E. (1999) *The Origins of Life. From Birth of Life to the Origin of Language.* Oxford: Oxford University Press.

Tegmark, M. (2017) *Life 3.0. Being Human in the Age of Artificial Intelligence.* New York: Knopf.

Zuboff, S. (2019) *The Age of Surveillance Capitalism. The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power.* London: Profile Books.

A Note on Legitimization Strategies and Circular Argumentation in Linguistics

ANDRÁS KERTÉSZ

Current debates in theoretical linguistics include a wide range of argumentation strategies that aim at the legitimization of the approach at issue against the rivals. In order to decide whether legitimization strategies in linguistic argumentation are acceptable and even progressive, or destructive, it must be examined whether they are related to what have traditionally been called 'fallacies'. After having raised this question in Section 1, we put forward a possible definition of fallacies in Section 2. In Section 3, we give a brief overview of legitimization strategies in theoretical linguistics. Section 4 investigates whether the legitimization strategies overviewed constitute instances of fallacious or of plausible argumentation. Then, based on the findings of Sections 2, 3 and 4, in Section 5, we infer the answer to the question raised.

INTRODUCTION

One of the most spectacular features of theoretical linguistics is the adversary nature of the approaches it consists of. There are heated debates between the social groups each of which advocates its own theoretical approach and fiercely attacks those of the rivals. These debates include, among others, a wide range of argumentation strategies which aim at the *legitimization* of the approach at issue against the rivals.[1] The use of such strategies is problematic, because it is not clear at all whether they are acceptable tools of linguistic argumentation contributing to the solution of problems and to the choice between alternative theoretical approaches, or rather, destructive ones, hindering scientific progress.

[1] For a possible general definition of the notion of 'legitimization' see e.g. Suchman 1995, 574: "legitimacy is a generalized perception or assumption that the actions of an entity are desirable, proper, or appropriate within some socially constructed system of norms, values, beliefs, and definitions". Please notice that this definition does not evaluate legitimization either positively or negatively. As we will see, in our context the crucial issue is whether what we will call 'legitimization strategy in theoretical linguistics' yields a fallacy. In Section 2, the notion of 'fallacy' will be clarified.

In general, it is fallacies that are the most destructive components of argumentation. Therefore, in order to decide whether legitimization strategies in linguistic argumentation are acceptable and even progressive, or destructive, it must be examined whether they are related to what have traditionally been called 'fallacies': for example, *argumentum ad hominem*, *argumentum ad verecundiam*, *circulus vitiosus*, false analogy and the like. Should they turn out to trigger fallacies, then they have to be evaluated negatively; otherwise they may be constructive means of linguistic theorizing.

There are several reasons why fallacies are relevant components of argumentation both in everyday and in scientific communication. The first is their deceptive nature insofar as they may pretend to put forward a convincing argument in an unnoticed way, while in reality they are flawed and faulty. They may lead the recipient astray and commit her to accept false conclusions. Second, they may be self-destructive, if they are noticed by the recipient. Namely, the charge of having committed a fallacy is devastating in a debate insofar as it may ruin one's position. Third, it is almost impossible to defend oneself against such a charge, because there are no generally accepted criteria of fallaciousness, reference to which would be needed for the defence.

Since scientific argumentation strives for clarity, precision and conclusiveness, fallacies are especially intricate issues. If they remain unrevealed, they may contribute to the success of research programmes that are in fact built on sand. If, on the other hand, scholars are charged with committing fallacies in arguing for their approach, the research program as a whole will be undermined irrespective of whether the charge has been well founded or not. Consequently, it is an important and at the same time a difficult task to reflect on the nature of fallacies in scientific argumentation.

Due to the role which fallacies might play in the evaluation of legitimization strategies in linguistic argumentation, the present note raises the following question: (Q) Are legitimization strategies in theoretical linguistics fallacious?

Since there is no generally accepted definition of fallacies, we will put forward our own account in Section 2. In Section 3, we will give a brief overview of legitimization strategies in theoretical linguistics. Section 4 will investigate whether the legitimization strategies overviewed constitute fallacious or plausible argumentation stages. Then, based on the findings of Sections 2, 3 and 4, in Section 5, we will answer the question (Q). Due to the limited scope of the present note, our train of thought will necessarily be simplified and sketchy.

ON FALLACIES

Traditional logic textbooks handle fallacies as important argumentation mistakes without, however, clarifying their structure and their precise function. The turning point was Hamblin's (1970) contribution, which shed fresh light on the issue by maintaining that "a fallacious argument, as almost every account from Aristotle onwards tells us, is one that *seems to be valid* but *is not* so" (Hamblin, 1970: 12; emphasis as in the original).[2] Hamblin pointed out the shortcomings of this account and motivated intense research into the nature of fallacies. Since Hamblin's criticism of this tradition new ideas have been put forward that also question the classical view and consider alternatives.[3] During the past decades, the focus of research on fallacies shifted from logic to argumentation and communication. One of the novel insights gained is that a particular inference is not a fallacy *per se*. Rather, it depends on the peculiarities of the context as well as the content of the premises whether a certain inference with a particular pattern is fallacious or works as an effective plausible inference. The structure of fallacious inferences does not deviate from well-known patterns of plausible inferences such as 'plausible *modus ponens*', 'reduction', 'whole-part' or 'part-whole' inferences. These patterns of plausible inferences are often used with high efficiency in scientific argumentation. Whether an inference is fallacious or plausible can be decided only from case to case, with respect to the details of the argumentation process.

Today, argumentation theorists tend to agree that it is not deductive validity that matters in deciding whether an argument is fallacious or not, but, as a first approximation, 'correctness'. It is assumed that fallacies are 'incorrect' in some sense, while they 'seem' to be 'correct'.[4] Furthermore, they are, for this reason, 'deceptive' as well. Consequently, argumentation theoretical approaches are well advised to clarify what they mean by the notions 'seem', 'correct', 'incorrect' and 'deceptive' within their particular framework.

The framework we have chosen in order to account for fallacious argumentation in linguistics is Kertész and Rákosi's[5] 'p-model'. The central idea of the p-model is that linguistic theorizing is a process of *plausible argumentation* aimed at the solu-

[2] The literature uses the term 'argument' in the sense of 'inference'. We will use 'inference' and distinguish it from 'argumentation' in the sense of Kertész and Rákosi 2012.

[3] The two main trends of argumentation theory dealing with fallacies are Walton's pragmatic approach (see e.g. Walton 1995; Walton 2010; Walton 2013) and van Eemeren's pragma-dialectical account (see e.g. Eemeren and Grootendorst 2004; Eemeren et al. 2009). Here we cannot compare these approaches to our suggestions as put forward in (1)–(7).

[4] Hansen 2002, 152 maintains that "a fallacy is an argument that appears to be a better argument of its kind than it really is".

[5] Kertész and Rákosi 2012.

tion of the *problems* raised.[6] In what follows, we will sketch briefly and informally, without introducing the tenets and terms of the p-model, how it captures the notions mentioned in the previous paragraph.

As Kertész[7] has shown, according to the p-model fallacies are not single inferences, but rather, *stages* in an argumentation process consisting of several interconnected inferences. They are integral parts of the argumentation process consisting of one or more inferences that may affect many of its components. The p-model is in agreement with the argumentation theoretical literature on the fact that it is an intricate problem to draw the dividing line between fallacious and plausible argumentation.[8] Therefore, the conditions we will introduce are necessary but not sufficient. Even if they are met, possibly further factors shaping the context of argumentation have to be considered in order to decide whether a stage is fallacious or not. That this is so indeed, will be illustrated in Section 4.

First, we distinguish between 'correctness' and 'effectiveness':[9]

(1) A stage of a plausible argumentation process is *correct,* if it consists of inferences which
   (a) conform to the patterns of plausible inferences, and
   (b) have conclusions with *a positive plausibility value*.

(2) A stage of a plausible argumentation process is *effective,* if it
   (a) consists of plausible inferences which are correct in the sense of (1), and
   (b) contributes to the *solution of the problem* raised in the argumentation process.

We suggest the explication of 'seem' in accordance with (1) and (2):

(3) A stage of a plausible argumentation process *seems* to be correct, if the inferences in such a stage
   (a) conform to the patterns of plausible inferences, but
   (b) have conclusions which are *implausible* or of *neutral plausibility*.

(3) says that, since the structure of the inferences conforms to the patterns of plausible inferences, the inferences at issue *would* be correct, *if* the premises could support the conclusion – however, they are *not* able to do so.

Now, we turn to the notion of 'incorrectness':

(4) A stage of a plausible argumentation process is *incorrect*, if it consists of inferences which *do not* conform to the patterns of plausible inferences.

[6] Here we cannot go into what the p-model means by 'plausible argumentation', 'problem' and further terms; therefore, we will use these notions pre-explicatively.

[7] Kertész 2019.

[8] See e.g. Walton 1995; Walton 2013; Walton et al. 2008.

[9] Kertész 2019 motivates the explications in (1)–(7) in a considerably more detailed way.

(4) is quite trivial in that 'incorrect' is the antonym of 'correct'. The reason why it is mentioned here is to highlight the fact that cases to which (4) applies may be errors of different kinds, but are not fallacious. In order to arrive at a possible definition of the notion of fallacy, another term seems to be relevant:

(5) A stage of a plausible argumentation process is *ineffective*, if it
   (a) consists of plausible inferences which seem to be correct in the sense of (3), and
   (b) *prevents* the argumentation process from achieving the solution of the problem raised.

Finally, we must also deal with the notion of 'deceptive'. This is our most difficult task. By referring to his own approach as well as van Eemeren's, Walton[10] (self)-critically remarks: "The problem is that neither theory has fully taken into account that longstanding intuition, very much evident in Aristotle's treatment of the *sophistici elenchi*, that fallacies are deceptive".

The p-model attributes the deceptiveness of fallacies to the fact that the semantic relations in the premises of the inferences, the latent background assumptions in an enthymematic inference and the reliability of the sources in which the plausibility value of the premises of a particular inference is rooted may have different interpretations. Therefore, one may mistakenly assume that the premises support the positive plausibility value of the conclusion, although this is not the case. There may be only a minimal difference between the positive and the neutral plausibility value of the conclusion. Thus, we suggest:

(6) A stage of a plausible argumentation process is *deceptive,* if it includes inferences
   (a) whose structure conforms to the patterns of plausible inferences; and
   (b) in which there is more than one option to interpret the semantic relations within the premises or between the premises and the conclusion; or
   (c) in which there is more than one option to identify a missing premise of an enthymematic plausible inference with a possible latent background assumption; or
   (d) in which the reliability of the source of the plausibility value of a premise and, as a result, the latter's plausibility cannot be estimated with certainty; and
   (e) which, due to (b), (c) and (d), suggest that the argumentation process can reach the solution of the problem at hand only because the plausibility value of the conclusion is at least minimally higher than neutral plausibility.

[10] Walton 2010, 179.

In sum: our train of thoughts boils down straightforwardly to the following characterisation of fallacies:

(7) A stage in a plausible argumentation process is fallacious, if it
  (a) *seems* to be correct in the sense of (3);
  (b) is *ineffective* in the sense of (5); and
  (c) is *deceptive* in the sense of (6).

ON LEGITIMIZATION STRATEGIES IN THEORETICAL LINGUISTICS

Some of the most spectacular and seemingly most effective argumentation tools that have been applied in the heated debates characteristic of the current state of the art in linguistics aim at the legitimization of the author's approach as contrasted with those of the rivals'. Such tools are for example:

A relatively widespread legitimization strategy focuses on the alleged historical predecessors of the grammatical theory at issue. Through this, an analogy is drawn between the progressive, valuable, significant achievements of a former historical period and one's own theory which is, as a result, also claimed to be progressive, valuable and significant. This strategy is called 'Whig' or 'partisan' historiography.[11] For example, Chomsky's[12] intention to legitimize the perspective and some of the central theses of generative linguistics by relating them to the ideas of the Port Royal and Wilhelm von Humboldt, and by doing so to declare the superiority of his theory against its rivals, is a well-known manifestation of Whig historiography.

Methodological principles which have guided successful research in the natural sciences are projected onto one's own grammatical theory. In this way, values associated with the natural sciences in general or a particular natural science (such as physics or biology) are applied to grammatical theory. A prominent example is 'simplicity' which Chomsky[13] adapted from the methodology of the natural sciences and which is rooted in 'Occam's razor'. The fall of *Syntactic Structures* was partly due to the fact that no simplicity metric – that would have been able to make decisions between grammars – could be identified. This witnesses that the adaptation of this principle did not reflect a constitutive methodological property of generative linguistic theory, but merely served as a legitimization strategy. Another spectacular example is reference to 'the Galilean style of science' with respect to the Theory of

[11] The notion 'Whig history' was introduced in Butterfield 1931. See Kertész 2017 with respect to the historiography of linguistics.

[12] Chomsky 1966.

[13] Chomsky 1957.

Principles and Parameters and Minimalism.[14] Here again, the fierce debates have shown the unworkability of this principle and, accordingly, its merely serving the legitimization of the approach at issue.[15]

Another legitimization strategy is the use of notions like 'paradigm' and 'scientific revolution' – borrowed from Kuhn's[16] influential contribution to the history and philosophy of science – in order to characterize the progressiveness of 'the Saussurean paradigm' or 'Chomsky's revolution' or 'the cognitive revolution'.[17] Kuhn's views have fertilized not only the historiography of science but the aims of certain disciplines as well. In the social sciences and within these in linguistics, there have been attempts to legitimize a particular approach by declaring that it is the result of a 'scientific revolution' and that it has 'paradigms'. In order to characterize this situation, Lakoff[18] maintains that Kuhn's historiographical approach "has been taken up with passion within a number of the social sciences, where it has been *treated as a litmus test for legitimacy or entry in the club*".[19] If a linguistic theory is claimed to represent a 'paradigm', then it is legitimate, scientific and valuable. For example, the main thesis advocated by one camp and attacked by another is that Chomsky[20] triggered a 'scientific revolution' in linguistics and founded a new 'paradigm'.[21]

Very often terms borrowed from the analytical philosophy of science are used merely as rhetorical tools while their applicability to linguistic research has not been proven: for example, 'falsification', 'independent evidence' etc.[22] Certain linguistic theories claim that some of their properties are in compliance with what a particular approach to the philosophy of science attributes to the prestigious natural sciences. For example, Boeckx[23] legitimizes the immaturity and the pre-theoretical nature of the Minimalist Program by referring to its alleged analogy to Lakatos'[24] 'scientific research programmes'. The analogy rests on Boeckx' assumption that Lakatos developed his approach to scientific research programmes in order to show that even the most successful 'theories' in the natural sciences may be immature, not rigorous enough and not based on a solid empirical foundation. However, Boeckx misrepresents Lakatos' philosophy of science. Lakatos' intention was not to show that immature and flawed theories in the natural sciences can be successful and workable, but

[14] Chomsky 2002.
[15] See e.g. Lappin et al. 2000; Kertész 2017.
[16] Kuhn 1962.
[17] See Kertész 2017.
[18] Lakoff 1989, 966.
[19] Lakoff 1989, 966; emphasis added.
[20] Chomsky 1957 or Chomsky 1965 or Chomsky 1981 or Chomsky 1995.
[21] See the detailed analyses in Kertész 2017.
[22] See also Lakoff 1987; Lappin et al. 2000.
[23] Boeckx 2006.
[24] Lakatos 1970.

his aim was to solve the 'demarcation problem' by bridging the gap between Kuhn's[25] and Popper's[26] views.[27]

Another strategy is to claim that the linguistic theory at issue is a subfield of a discipline considered to be progressive in a particular period: linguistics as semiology, psychology, cognitive science or biology. For example, arguing against this legitimizing strategy, Katz[28] concludes: "Linguistics is not psychology or biology or anything else to which someone might wish to reduce it. Linguistics is linguistics."

Each of the above strategies should be decomposed into a series of plausible inferences constituting the argumentation processes whose aim is to support a particular linguistic approach against its rivals. However, for lack of space, rather than analysing them in detail, we assume without further analysis that the inferences applied can be subsumed under the following general pattern:

(8) Premises

(a) If the linguistic theory *X* can be characterized by the same means of the history or the philosophy of science which have been applied successfully to the prestigious natural sciences and these means represent the highest scientific standard currently available, then *X* meets the same standard and can be legitimized in opposition to its rivals.

(b) The linguistic theory *X* can be characterized by the same means of the history or the philosophy of science which have been applied successfully to the prestigious natural sciences and these means represent the highest scientific standard currently available.

Conclusion

(c) X meets the same standard and can be legitimized in opposition to its rivals.

Now let us turn to the question whether, in the light of (1)–(7), the legitimization strategies sub

sumed under (8) constitute fallacious or plausible stages of the argumentation process.

[25] Kuhn 1962.

[26] Popper 1959.

[27] The 'demarcation problem' was one of the central topics of the analytical philosophy of science raised by the Vienna Circe. It concerned the dividing line between 'scientific' ('empirical') and 'non-scientific' ('metaphysical', 'non-empirical') knowledge.

[28] Katz 1996, 292.

ARE LEGITIMIZATION STRATEGIES FALLACIOUS?

At first sight, it seems to be the case that with respect to (7), the strategies subsumed under (8) are fallacious rather than harmless for the following reasons.

(7) (a) applies to (8). Namely, (8) is not a deductive inference. Rather, the structure of (8) conforms to the pattern of 'plausible modus ponens' i.e. one of the most frequently used patterns of plausible inference (see also (3) (a)). Nevertheless, it differs from the logically valid pattern of modus ponens in that the premises (8) (a) and (b) are not true but only plausible. Moreover, as the heated discussions concerning the examples we have mentioned witness, their plausibility value is low or of neutral plausibility.[29] Therefore, the conclusion cannot be true but is implausible or of neutral plausibility, too.

(8) may be deceptive. We have claimed above that the plausibility value of the premises is low. The reason why this is so is that with plausible inferences, unlike with deductive ones, it is not their formal structure that decides the evaluation of the conclusion, but the semantic relations within the premises as well as those between the premises and the conclusion also play a pivotal role. Semantically, the relation between the two clauses of (8) (a) should be that of relevance; i.e. the antecedent should be relevant for the consequent in order to make the statement highly plausible. However, this is not so: it is not the case that meeting the condition in the antecedent relevantly influences the availability of the consequent. Nevertheless, in accordance with (6) (b), this relation can be interpreted differently, depending on the context of argumentation and the background assumptions as well as the interests of the persons advocating (8).[30] So, the condition mentioned in (7) (c) has been met (see also (6) (b) and (e)).

Nevertheless, these considerations are quite vague, because they depend on how the components of (8) are interpreted. Therefore, it is reasonable to look for further factors that might contribute to finding the answer to (Q). In particular, we also have to examine whether (7) (b) applies to (8). Therefore, the question is whether (8) is ineffective in the sense of (5).

We will obtain the answer to this question immediately if we realize that the general pattern in (8) results in vicious circularity on two levels:[31]

(9) (a) On one level, the proponents of the linguistic theory at issue apply a particular tool of historiography or the philosophy of science *in order to* legitimize the theses, the method, the aims, the theoretical terms of the same

[29] See e.g. Kertész and Rákosi 2012 and Kertész 2017 for overviews of such debates.

[30] For lack of space, here we cannot present a more detailed analysis of the factors that shape the plausibility value of a statement. See Kertész and Rákosi 2012 on this in general and Kertész 2019 with respect to fallacious argumentation in particular.

[31] See also Kertész 2017.

linguistic theory. Therefore, these tools will *indee*d legitimize the theory and will make it appear exactly as its proponents had in mind.

(b) On another level, this strategy also serves the *self-legitimization* of the tool at issue: since it is assumed to have successfully supported the theses, the method, the aims, the theoretical terms of the linguistic theory, it has to be regarded as a suitable means of capturing the theory's constitutive properties.

The characterization of fallacies in (7) suggests a possible explication of the notion of 'circular argumentation'. Thereby, the point of departure is its contrast to 'cyclic argumentation'. With cyclic argumentation, "one indeed returns to 'the same point' but does so at a different cognitive level".[32] Thereby, through the return, one reaches a qualitatively modified context which has been re-evaluated retrospectively. Accordingly, cyclic argumentation is heuristically effective in that it leads to the solution of the problem at hand. However, the argumentation process is heuristically ineffective, if it returns to the starting point without retrospectively re-evaluating it. In sum, the difference between fallacious and plausible argumentation is not structural but heuristic.

Against these considerations, we obtain the following characterization of circular argumentation:

(10) Viciously circular argumentation is a specific kind of fallacy in the sense of (7), whereby the argumentation process returns to an earlier stage *without* retrospectively re-evaluating the p-context.

In the light of (10), (8) also satisfies (7) (b). Namely, (8) is ineffective because it seems to be correct, and in addition, it yields the circularity of the argumentation process on two levels. Accordingly, due to (9), it prevents the argumentation process from obtaining the solution of the problem it has tackled.

CONCLUSION

Consequently, our answer to the question (Q) is: (AQ) Legitimization strategies in theoretical linguistics are basically fallacious. Nevertheless, due to the high level of abstraction and the limited scope of our line of reasoning, this finding should be treated with caution. Only detailed analyses of the argumentation processes indicated in Section 3 can decide whether it is indeed well motivated.

[32] Rescher 1976, 119; emphasis added.

BIBLIOGRAPHY

Boeckx, C. (2006) *Linguistic minimalism. Origins, concepts, methods, and aims*. Oxford: Oxford University Press.
Butterfield, H. (1931) *The Whig interpretation of history.* London: Bell.
Chomsky, N. (1957) *Syntactic structures*. The Hague: Mouton.
Chomsky, N. (1966) *Cartesian linguistics.* New York: Harper & Row.
Chomsky, N. (1965) *Aspects of the theory of syntax*. The Hague: Mouton.
Chomsky, N. (1981) *Lectures on government and binding*. Dordrecht: Foris.
Chomsky, N. (1995) *The minimalist program.* Cambridge, MA: MIT Press.
Chomsky, N. (2002) *On nature and language.* Cambridge: Cambridge University Press.
Eemeren, F. van and Grootendorst, R. (2004) *A Systematic theory of argumentation. The pragma-dialectical approach*. Cambridge: Cambridge University Press.
Eemeren, F. van, Garssen, B. and Meuffels, B. (2009) *Fallacies and judgments of reasonableness. Empirical research concerning the pragma-dialectical discussion rules*. Dordrecht: Springer.
Hamblin, C. L. (1970) *Fallacies*. London: Methuen.
Hansen, H. V. (2002) The straw thing of fallacy theory: The standard definition of fallacy. *Argumentation,* 16, 133–155.
Katz, Jerrold J. (1996) The unfinished Chomskyan revolution. *Mind & Language,* 11, 270–294.
Kertész, A. (2017) *The historiography of generative linguistics*. Tübingen: Narr Francke Attempto.
Kertész, A. (2019) Fallacies in the historiography of generative linguistics. *Foundations of Science,* 24, 775–801. Springer Online First. https://link.springer.com/article/10.1007/s10699-019-09612-9/
Kertész, A. and Rákosi, Cs. (2012) *Data and evidence in linguistics. A plausible argumentation model.* Cambridge: Cambridge University Press.
Kuhn, T. S. (1962) *The structure of scientific revolutions*. Chicago: The University of Chicago Press.
Lakoff, R. (1989) The way we were; or; the real truth about generative semantics. A memoir. *Journal of Pragmatics,* 13, 939–88.
Lakatos, I. (1970) Falsification and the methodology of scientific research programmes. In: Lakatos, I. and Musgrave, A. (eds.), *Criticism and the growth of knowledge.* Cambridge: Cambridge University Press, 91–195.
Lappin, S., Levine, R. D. and Johnson, D. D. (2000a) The structure of unscientific revolutions. *Natural Language and Linguistic Theory,* 18, 665–671.
Popper, K. R. (1959) *The logic of scientific discovery*. London: Hutchinson.
Rescher, N. (1976) *Plausible reasoning.* Assen, Amsterdam: Van Gorcum.
Suchman, M. C. (1995) Managing legitimacy. Strategic and institutional approaches. *Academy of Management Review, 20*, 571–610.
Walton, D. (1995) *A Pragmatic theory of fallacy*. Tuscaloosa: The University of Alabama Press.
Walton, D. (2010) Why fallacies appear to be better arguments than they are. *Informal Logic,* 30, 159–184.
Walton, D. (2013) *Methods of argumentation*. Cambridge: Cambridge University Press.
Walton, D., Reed, C. and Macagno, F. (2008) *Argumentation schemes*. Cambridge: Cambridge University Press.

Novel Aspects of Social Cognition, Social Discourse and Digital Education

LÁSZLÓ IMRE KOMLÓSI

The paper discusses the impact of novel communication technologies exerted on information processing, social cognition and learning styles. It is argued that the cognitive entities of the Digital Age – humans and non-humans alike – do not pursue the traditional practice of literacy by negotiating cultural narratives any more. Social discourse emerges on the basis of a plethora of diverse information-sharing channels in social space rendering monolithic cultural conceptualizations and consensual collective life-world narratives obsolete in the digital era. The paper assumes the spreading of a new type of social cognition which is based on continual participation in the information flow with emergent properties of a vibrant interactive behavior. It is claimed that fragmented social and scientific narratives become but flexible building-blocks for novel contexts. The paper discusses the foreseeable development of new learning styles affecting the role of informal education and secondary socialization. The discussion points at a possible risk for human literacy often referred to as the digital gap: enhanced social cognition empowers the citizens in general while the lack of social competences in underprivileged segments of the society may lead to marginalization and social disintegration.

DIVERSE VIEWS ON DIGITAL CULTURE

An approach full of doubts and reservation

A quote by the most known Italian writer, Umberto Eco, captured significant attention on the web in June 2015 when he wrote the following:

> "Social media gives legions of idiots the right to speak when they once only spoke at a bar after a glass of wine, without harming the community. Then they were quickly silenced, but now they have the same right to speak as a Nobel Prize winner. It's the invasion of the idiots."[1]

However, a prompt response to Eco's pessimism, was to be read in the blog of Dr. Jim West in which *churnalism* was defined as a term for recycling inadequately checked news:[2]

> "[…] the idiots have the right to speak but they should have no expectation that anyone with sense will listen to them much less take them seriously. The idiots have as much right to be heard as CNN and the Huffington Post and Fox News and the Discovery Channel and the History Channel. But like those outlets of infotainment, they have no right to be taken seriously when they speak about matters like theology or history or exegesis or archeology.
> Those who wish to know better will seek to know better and those who are satisfied with rank ignorance, stupidity, and misinformation will never care for the truth. Their ignorance is invincible. They should be left to rot in the swampy stew of their own putrid mindlessness."

The advance of the loss of authoritative voices increases the uncertainty in delineating valid assertions from false assertions for most of us seeking information in the social space via the social media. It is no more the issue of "having or not having right to be taken seriously", rather, it is about cultural choices, preconceptions, biases, blind adherence to causes and ideologies, and often, partisanship.

An approach head over heels for innovation and creativity

The members of the digital community function in *connected networks* created by a number of different types of cognitive entities. *Cognitive entities* in digital environments are related to each other not only by commonly shared norms, attitudes and culture, al narratives but by random and spontaneous interest in networking, information sharing and unplanned, *emergent cognition*. The thrill of emergent, connected cognition has become the driving force for digital natives for whom the collective term *Connected Cognitive Entity Generation* – CCEG – was coined in.[3] As the result of investigations in generation differences, the study asserted that networked

[1] Eco 2015.
[2] https://comipi.wordpress.com/2015/06/18/the-invasion-of-the-idiots-and-modern-churnalism/
[3] Komlósi and Waldbuesser 2015.

information exchange and knowledge transfer do not proceed in a *linear fashion*. Due to an exponential growth of potential information sources the *parallel design of connections* has become dominant. Flexible communication networks facilitate and call for the creation of contexts for interpretation which figure as innovative challenges for the interacting agents. Thus, *digital culture* is a novel and augmented environment for social cognition which inevitably undermines the permanence of monolithic cultural narratives.

Observations of up-to-date communication patterns support the claim that an *inevitable transition* from traditional social and cultural cognition based on real-world and real-time verbal interactions to *digitalized interactions in virtual spaces* is taking place around us world-wide.

This transition might induce serious concerns for traditional learning theories but promises to open new opportunities for novel and complex learning processes at the same time. I conceive of the scientific study of linguistics as a means to understand how the mind works in learning and in social and cultural cognition. Therefore, I will discuss the difference between *computationalism* and *culturalism* in linguistics frameworks first which represent different assumptions for meaning creation.

In highlighting the difference, I adopt the gist of an argument introduced by Jerome Seymour Bruner about culture, cognition, the working of the human mind and education as found in.[4] Bruner made significant contributions to human cognitive psychology and cognitive learning theory in educational psychology.

In *Acts of Meaning*[5] Bruner argues in favor of the renewal of the cognitive revolution inspired by the conviction that the central concept of a human psychology is *meaning* and *the processes and transactions involved in the construction of meaning*. His unceasing curiosity in relating the human mind to culture and education (including topics about language, meaningful acts, knowledge by doing and learning by doing) resulted in his theory of *cultural psychology*, spelled out in *The Culture of Education*.[6] Let us focus on two trends in the history of modern linguistics: *computationalism* and *culturalism* in order to have a wider perspective on two possible ways of meaning creation.

Computationalism is closely associated with information processing that is based on the presumption that information should be well-formed, systematically coded and disambiguated for identifying transparent meanings. Information processing under such circumstances can be successful and efficient without taking into consideration context-specific pieces of information. Computationalism requires no context-sensitivity since meanings are transparent and unambiguous beyond

[4] Bruner 1990; Bruner 1996.
[5] Bruner 1990.
[6] Bruner 1996.

particular context identification. Computationalism as a model for the workings of the mind supports *explanation* as opposed to *interpretation*. Explanation requires well-defined premises for system-driven reasoning. For such meaning-creating systems formal (autonomous) syntax and truth-value semantics are prime examples.

Culturalism as an alternative model for the workings of the mind supports interpretation in meaning creation. In this model, *interpretation* is context-specific and culture-driven with the intrinsic objective of *making sense of other minds by attributing mental states to others.* Thus, meaning creation is a cultural endeavor the prerequisite of which is the development of the *intentional stance* in human beings. For this type of a meaning-creating system cognitive linguistics, pragmatics, discourse analysis and cultural linguistics are prime examples.

In the realm of culturalism *language use* understood as the expression of *linguistic behavior* becomes the fundamental object of study. The crucial question to be asked then is this:

"How do we learn what others mean by what they say?"

The relevance for learning how to create meaning and how to make sense of what people mean by saying what they say is to understand the distinction between the *causal-explanatory approach* and the *interpretative-hermeneutic approach* to meaning creation.[7]

Teachers engaged in the humanities and the social sciences must be intrigued throughout their professional careers by the challenge of looking at the intricate and complex relationship between culture, language, cognition, learning and education. The different schools of linguistics have not always helped see clearly whether the search for such an intricate relationship makes sense or would be viable and worth pursuing. I am convinced that interdisciplinary research and inquiry into interrelated issues in the humanities and the social sciences are vital, inevitable and imperative. Here we are talking about research findings concerning the study of culture and language in linguistics, literary studies, cultural and social anthropology, psychology, sociology, educational science, philosophy, formal and informal logics, cognitive science and an over-arching discipline called pragmatics.

I consider *pragmatics* to say important things about the very concept of social interaction constituting *contextualized social discourse* in which meaning creation and meaning negotiation are made possible. I see verbal interaction and social discourse as the vehicle for constituting patterns of meaningful social behavior. I also

[7] A more detailed discussion of this distinction is to be found in Bruner 1996, 100–114.

believe that the competence of social cognition in human beings gets developed on the basis of *participatory engagement*.[8]

I hope it is not in vain to have compared two dominant traditions (i.e. frameworks or approaches) in the scientific study of natural language and language use: computationalism and culturalism. At this point I feel entitled to advance a non-trivial claim about the scope of linguistics. Paradigms in the language sciences have been developed *in parallel ways*, however, they *complement each other in a non-transparent interdependence*, despite the fact that at certain points of the development of individual paradigms and linguistics models, one or the other dominates research and related scientific interests at the expense of others. Provided the claim about the interdependence of the different linguistic paradigms is a valid one, the general assumption follows: *Natural language lends itself to very different scientific interests and underlying assumptions.*

A surprising consequence today concerns a *reconceptualization of the ontological foundations of linguistic meaning*. After *structuralism* (with a focus on system-internal structural interdependencies) the *mentalist paradigm* shifted interest to the *individual minds of the language users*.

In one version of the mentalist paradigm, *special-purpose mental skills* are assumed to be at work (with innate autonomous syntax and its interfaces) in the process of language acquisition and language internalization. In another version of the mentalist paradigm, individual language users are assumed to develop an *intentional stance* which enables them to attribute a great variety of mental states to others (the so-called BDI-states: beliefs, desires, intentions, feelings, attitudes, etc.). The others function, to realize a natural course of meaning-creating interactions, as their real speech and discourse partners.

There has been a long way in our scientific conceptualizations and scientific narratives about the nature and properties of natural language from assuming an *autonomous linguistic component* called the *Language Faculty* to assuming another mentalist architecture for language whose prerequisite is *interpersonal sensitivity to mental states and to shared communicative contexts*. The phenomenon, in other words, the existence of the intentional stance in humans seems to be the *ontological basis* for social cognition.[9]

In addition to individual cultural conceptualizations, *supra-individual cultural conceptualizations* play a characteristic and decisive role for culture(s). Cultural conceptualizations are supposed to provide an underlying interpretational base only to facilitate a smooth and seamless interpretation of meaning and form in natural languages.

[8] A more detailed discussion on social cognition with participatory engagement is elaborated in Komlósi 2016.

[9] Detailed discussions to be found in Dennett 1987 and Bruner 1996, 104–108.

It is inviting to evoke the foundational philosophical tradition established by Habermas's consensus-seeking communicative acts in.[10] On account of the socially situated nature of discourse, communication takes place from within the horizon of shared, unproblematic convictions which automatically constitute consensus-generating interpretative patterns.[11] It entails – at the same time – that communicative actors are always moving within the horizon of their "lifeworlds" since they cannot step outside of it. Lifeworld is the invisible and indispensable background of everything we do and of everything we are. The community of "lifeworlds" is the result of fairly homogeneous cultural conceptualizations: "their manifestation is a culturally transmitted and linguistically organized stock of interpretative patterns".[12] Lifeworld can be understood as a kind of non-thematic knowledge that is characterized by an unmediated certainty and a holistic constitution. It is composed of cultural patterns, legitimate social orders and personality structures, forming complex contexts of meaning.

The refinement of the *theory of cultural conceptualization* can be witnessed in[13] current works of Sharafian. The novelty in his formulation lies in the idea that cultural narratives are renegotiated and augmented in continual interactions which create emergent properties in contextual interpretations. It is also assumed in his theory that these augmented cultural narratives overarch generations and thus provide for the continuity of cultural traditions. His integrative view sees cognition as a complex adaptive system that emerges from the interactions between the actors of a cultural group who negotiate and renegotiate their emergent cultural cognition across time and space.

We can agree that collectively created cultural narratives have had their decisive function in shaping social cognition and social behavior in human history. These cultural narratives – as results of the complex adaptive cognitive systems of the members – have been successful in creating culturally controlled augmented realities by allowing interaction and renegotiation of emergent cultural cognition in real space and real time among flesh and blood generations in a linear mode of constitution. We argue, however, that parallel connections in virtual spaces cannot maintain controlled augmented realities any more. Different practices and different communicative competences are required.

The impact of *cognitive and cultural linguistics research* has brought about an increased interest in language studies only to shift focus from seeing natural language as a special and autonomous cognitive skill to treating the language phenomenon as *a bundle of interacting cognitive skills and social competences*. It is assumed that

[10] Habermas 1994.
[11] Cf. Habermas 1994, 66.
[12] Cf. Komlósi and Waldbuesser 2015, 440.
[13] Sharafian 2008; Sharafian 2011.

language use requires the integration of highly diverse cognitive, affective, social and cultural schemata resulting in contextualized and situated discourse. The term *cultural cognition* is suggested to be used as an umbrella term that integrates the inputs of *individual cognitive skills* (reasoning, pattern recognition, categorization, memory, attention, mental projection, etc.) and *skills determined by social cognition* (mentalization, symbol manipulation, theory of mind, attributing the mental states to others, self-awareness, motivation, imagination, etc.). In my view, *culture* is the collective conceptualization of the human experience involving social order, interpersonal relations, symbolic codes, language and language use. In other words, culture caters for collectively shared interpretation schemes (beliefs, narratives, naïve theories, discourses, etc.).

The acquisition of culture is made possible by cultural cognition, language cognition and social cognition. *Literacy*, as a consequence, comprises cognitive and affective skills, aptitudes and attitudes with which the individuals build competences for social integration and cooperative-creative behavior in the social space.[14]

Zoltán Kövecses in his explorations on metaphorical conceptualizations (Kövecses, 2006) concludes that it is the *meaningful experience* that matters which is facilitated by the same cognitive processes underlying figurative speech and metonymic and metaphoric conceptual structures across linguistic communities. With the help of these – often universal – cognitive processes humans make sense of a wide range of social and cultural phenomena. Kövecses deliberately uses the contradictory phrase *relative universality* to suggest that "Knowledge and meaning are always relative to some context, even if there is a strong universal basis that underlies them".[15] It is not surprising that advocates of culturalism, such as Bruner or Kövecses, attribute and derive contextualized, situated meanings from cultural cognition.

I find it relevant to bring into our discussion here the *flow experience* as it has been introduced in the literature of positive psychology by Mihály Csíkszentmihályi,[16] who offers a philosophical and social-psychological foundation of feeling and enjoying *social and individual gratification*.

Csíkszentmihályi spent decades investigating the relevant conditions for *creative activities and innovative attitudes in people*, and – in general terms – the pursuit of happiness of the human kind.

His investigations also focus on finding out the failure of people to find gratification and happiness in work, in social contacts and in life in general.

[14] A further discussion of these interconnected phenomena is provided in Komlósi 2016, Baranyiné Kóczi and Komlósi 2019.

[15] Kövecses 2006, 332.

[16] Csíkszentmihályi 1990.

In his seminal work *Flow: The Psychology of Optimal Experience,*[17] Csíkszentmihályi describes a special state of mind called *flow* in which individuals experience *increased and creative mental activities due to a relaxed and liberated mental state.* It is a state in which individuals are actively involved in a certain activity to such an extent that nothing else matters to them. This experience is enjoyable and they are willing and determined to continue to do the activity at great costs, merely for the sheer sake of it. In his theory the experience of *flow* in everyday life is an important component of creativity and well-being, and it is crucial to create genuine happiness. He offers an amazing formulation of happiness, saying that *"happiness takes a committed effort to be manifested."*

There is a general morale in his findings: the experience of *flow* is a key to obtaining *increased intellectual and affective satisfaction and self- realization*. Contrary to "hedonia" (pleasure), one strives to achieve "eudaimonia" (self-actualization).

Daniel Kahneman devotes serious thoughts and profound discussion to the phenomenon of the flow-experience as elaborated by Csíkszentmihályi. In *Thinking, Fast and Slow,*[18] Kahneman summarizes the empirical findings of his four-decade-long research concerning judgement, cognitive biases and mistakes in human decision-making. It is important to note that both Csíkszentmihályi and Kahneman are psychologists by education who have been able to say a lot about ways of thinking, judgement, decision-making and creativity reflected in human behavior.

In a comparable way to Csíkszentmihályi's flow experience, Kahneman's distinction between two kinds of systems in human thinking processes illuminates the complexities in understanding and evaluating human decisions as right and fruitful as opposed to those which are deemed to be failures.

Thinking in the mental state of *cognitive ease* is automatic and effortless, allows for a *free flow mode* of cognitive and affective processes, including first intuitions and emotions to induce *moves*. Thinking in the mental state of *cognitive strain*, on the other hand, takes extra concentration and effort in looking for reasons, evaluating options to achieve the desired *outcome.*

CONNECTED COGNITIVE ENTITIES (CCE)

As discussed by Komlósi and Waldbuesser,[19] connected cognitive entities share a common ground for communication that draws on the *emergent properties of digital environments* in order to maintain the permanent thrill of being continually connected to and being engaged in a throbbing digital environment. In addition,

[17] Csíkszentmihályi 1990.
[18] Kahneman 2011.
[19] Komlósi and Waldbuesser 2015.

creating contexts for interpretation means an innovative challenge for the interactive agents.

In opposition to the traditional learning conditions, the *emerging patterns of digital cognition*, digital information management and digital literacy are not only faster involving greater complexities, but they also facilitate coping with virtualization in general, leading to new cultural landscapes involving augmented reality.

The present paper is also meant to show that the effect of digitization on the social network of connected cognitive entities holds many implications. Social cognition is to be understood as a *permanent learning process*, which requires higher-level cognitive skills to process and integrate emergent properties arising in the digital space through the interaction of connected cognitive entities. I want to emphasize the *innovative drive* which resides in the interactive informational frameworks which consist of a multitude of connections of a cognitive personality to other cognitive entities, human and non-human alike.

THE PROMISES OF DIGITAL EDUCATION

The study of digital cognition in digital environments has boosted not only academic research but education research as well. Education has changed and certainly will radically change in the near future. It should be seen that education is used as a cover term for various processes including obtaining information, transmitting information, acquiring an overview of a range of subjects, retrieving and storing data, focusing on different details of learning materials, searching for and selecting new information, etc. Human cognition and cognitive processes themselves have changed due to emerging needs in information management, which call for novel methods in teaching. It seems that while big data are available for everyone nowadays, the issue of managing data turns out to be much more in the focus of education. The term "competence" is related to information management. Managing data involves the ability of both handling individually large amount of information, and also enhancing collaboration among learners in order to make them able to cooperate. This entails a sufficient change in the role of the teachers: instead of the role of "instructor," they should rather function as one who supports and enhances (assists, facilitates) learning processes. Furthermore, managing data involves identifying various perspectives on certain issues and viewing them in their complexity, to be processed in a project-like manner. Thus, self-education and collaborative learning are key points in the education of the digital age.

THE DIGITAL GAP AND THE DANGER OF MARGINALIZATION

We ought to be aware of and acknowledge the undesirable phenomenon of the digital gap in education and the socio-economic status of our fellow human beings which leads to the excl1usion and marginalization of certain social groups in society. The starting observation is that the practices of digital culture can (i) enhance new learning styles for those who have access to digital technologies and hinder those in their educational processes who are deprived of access to these opportunities, and (ii) enhance a balanced socialization for those whose social, cultural and educational competence motivations are secured and block the development of a balanced socialization for those whose primary socialization lacks active interpersonal activities and supportive verbal interactions.

In other words, individual, social, cultural and learning competence motivations will be blocked for young children in social settings in which

- there is a lack of physical object manipulation,
- there is a lack of free and active movement in space,
- there is no developing environment (primarily at the level of microsystem in mother-child and father-child interactions) due to the lack of parental behavior skills,
- there is an insufficient level of pedagogical and teaching skills (lack of supportive maternal teaching strategy),
- there is a lack of access to the digital environment.

Therefore, we identify underrepresented groups which have limited access to a supportive, competence and skills developing environments in very early childhood and early school-years.

A supportive microsystem for primary socialization should:

- provide a plethora of stimuli with speech, conversation, narration, interactive playing, role playing, enhancing phantasy and imagination by fairy tales and discursive behavior with negotiated meaning-creation in early child care
- facilitate vocabulary explosion at the age of 3–4,5 years which results in enhanced conceptualization and the development of reasoning skills
- emphasize the importance of fairy tales and stories between 4–7 to enhance event representation and text coherence (deep involvement and identification with protagonists and roles)
- guide the beginning of systematic reading between 5–7 years of age.

On the basis of the above conditions, we have to be conscious about the *stages of socio-ecological development* of young children and the possible intervention points:

(i) Primary socialization: family socialization + school socialization[20]
(ii) The educational process: formal education + informal education[21]
(iii) Secondary socialization: peer group and work place
(iv) Competence motivations for developing social discursive skills in early child development
  (a) individual competence motivation: self-awareness, self-esteem, acceptedness, kinesthetic needs, comfort, self-protection, identity, integrity, independence
  (b) social competence motivations: personal bonding, belonging, group and hierarchy formation
  (c) cognitive and emotive competence motivations: stimulations, curiosity, recognition, combination, discovery, eagerness, need for experimentation, play and playfulness, reflective interpretation, interactional perceptions, procedural understanding, creativity, encouragement of desire for success seeking and of coping with frustration and conflicts.

Considering all odds, I put forward the following assumptions. There are things that the digital environment may not be able to provide:

– participatory activities in interactive contexts
– speech and discourse practices,
– reflective interactional perceptions,
– binding to agents with social and moral responsibilities.

The digital environment, however, seems to be able to provide and support the development of interactive behavior with virtual identities in augmented realities.

BIBLIOGRAPHY

Baranyiné Kóczi, J. and Komlósi, L. I. (2019) Revisiting literacy. Changing learning paradigms in digital culture. *Argumentum,* 15, 117–132.

Bruner, J. S. (1990) *Acts of Meaning*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

Bruner, J. S. (1996) *The Culture of Education*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

Dennett, D. C. (1987) *The Intentional Stance*. Cambridge, Mass.: The MIT Press. A Bradford Book.

Csíkszetmihályi, M. (1990) *Flow: The Psychology of Optimal Experience*. New York: Harper & Row.

[20] Early experience of social relations, development of individual, social and cultural cognition.

[21] Degree of control over information access, information processing and interpretation schemes.

Eco, U. (2015) 'Con i social parola a legioni di imbecilli'. *La Stampa,* 11.06.2015.
Habermas, J. (1994) "Actions, speech acts, linguistically mediated interactions and the lifeworld". In: Guttorm F. (ed.), *Philosophical Problems Today, Vol. 1.* Dordrecht, Boston: Springer, 45–74.
Kahneman, D. (2011) *Thinking, Fast and Slow*. New York: Farrar, Straus and Giroux.
Komlósi, L. I. (2016) "Digital literacy and the challenges of digital technologies for human learning". In: Daniel, D. et al. (eds.), *Language in the Digital Era. Challenges and Perspectives.* Berlin: De Gruyter Open. 162–171.
Komlósi, L. I. and Waldbueeser, P. (2015) "The Cognitive Entity Generation: Emergent Properties in Social Cognition". In: Baranyi, P. (ed.), *6th IEEE Conference on Cognitive Infocommunications*. CogInfoCom. Proceedings 439–442.
Kövecses, Z. (2006) *Language, Mind, and Culture. A Practical Introduction.* Oxford: Oxford University Press.
Sharifian, F. (2008) Distributed, emergent cultural cognition, conceptaulisation and language. In: Frank, R. M. et al. (eds.), *Body, Language and Mind. Sociocultural Situatedness, Vol. II*, Berlin, New York: Mouton de Gruyter, 241–268.
Sharifian, F. (2011) *Cultural Conceptualization and Language*. Amsterdam: John Benjamins.

Changing Media and Changing Rhetorics in Science Communication

CSABA PLÉH

The paper looks at the cognitive impact of the technological and social changes in the light of the new ICT and social media practices. The author takes the position of the biological optimist by claiming that this impact on the human mind is allowed and constrained by existing architectures of the human mind. The study adopts the assumption by Donald that there is a harmony between the patterns of communication and the dominant knowledge architectures of the mind. Images are followed by words, but both have a social community based knowledge distribution. It is further assumed that language developed as a consequence of a cultural adaptation, of a coevolution of brain and culture, with attention to others and a metacognitive awareness of the organization of own movements. The paper emphasizes the validity of the CUDOS principles in science communication.

THE BACKGROUNDS

In this concise contribution I try to sketch the cognitive impact of the technological and social changes related to the advent of new ICT and new social media usage, with a short outlook on science communication. While there are plenty of social and philosophical worries that emphasize today the end of the Gutenberg galaxis, the advent of the immediacy based, non reflective associative network such as thinking and the like, I shall concentrate on the direct relevance of communication patterns to cognitive architectures. In the tension between the social pessimists (the internet is shrinking the mind, as emphasized by the neuro-pharmacologist Susan Greenfield[1] and the optimists (the WEB allows for democratic learning and opinion sharing), I take the middle- of-the-road position of the biological optimist. The new ICT certainly has an impact on the mind, but this impact is allowed and constrained by the existing architecture(s) of the human mind. The same way as reading is a

[1] Greenfield 2015.

relief style based on using previously existing brain and cognitive resources, the new social technologies rely on and are constrained by, for example, our ancient preference for images,[2] by our hunter-gatherer life style based on multitasking possibilities and limitations, and so on. There is a further social history aspect here. The effect of technology did have a continuous influence on the working modes, preferences and possibilities of the human mind. The *homo faber* has been with us since the stone axes. The novelties arriving with digital computers and networks are related to the information carrying devices and the nature of these new devices and organizations. In this regard, they are like the invention of writing and printing.

The consciousness about these issues is by far not entirely new. Almost two decades ago, at the invitation of the same László Komlósi as now, (then deputy state secretary for research and international relations), I raised issues similar to the ones central today.[3]

1. The *cognitive issues of information society*: sources of order: outside/inside the mind; the place of ICT in making biological and cultural architectures; the importance of the image revolution; the new reading and theoretical and narrative culture; relations of knowledge and skill; the relations and weight of vertical/horizontal knowledge transfer.
2. Socio-pragmatic new aspects of information society were initiation/passivity; Don Quixote today (ICT dependence, etc.); emotional time management; the ratio of possession and use of ICT tools.

We see very similar issues today, with the addendum that some problems that were futuristic worries 20 year ago such as the birth of a modern time Don Quixote, has become a trivial reality with the advent of addictive social media and so on.

MODIFICATIONS OF ARCHITECTURES

The concept of architecture has been crucial in modern cognitive research since the time of Alan Newell[4] and Herbert Simon on. In general, architectures are proposed as relatively stable arrangements of information flow (such as short term and long term memory), that provide for the scaffolding of thought. They also enable some basic formats of representation such as propositions, images, and skills. They have an internal system, or structure, and they do change relatively slowly. A key issue today is whether the new knowledge transmission systems do change the architectures of cognition as well?

[2] Nyíri 2017.
[3] Pléh 2007.
[4] Newell 1989.

A comprehensive proposal encompassing biologically given architectures and at the same time emphasizing the formative influence of culture has been made by Merlin Donald.[5] Donald assumes correspondences between communication and representation, external and internal worlds. Neuropsychological organization, the world of communication and economy in memory, all have a place in his interpretation of architectures that can be extended towards the changes characterizing our times. Table 1 gives a summary of his views extending towards present day knowledge platforms.

Table 1: The conception of Donald on changes in systems of representations and cultures

Culture	*Species, age*	*Memory organization*	*Transmission*
Episodic	apes, 5 million yr.	Episodic events	None
Mimetic	Homo erectus, 1.5 m	Body representation Social enactment	Enactment, imitation
Mythical	Homo sapiens sapiens 100–50 yrs.	Linguistic semantics	Myths, narrative knowledge and transmission
Modern	modern humans 10.000 yrs.	External storage Hierarchical store	Fixed knowledge External authority
Gutenberg	Printing	Mass meme diffusion	Textual authority
Networks	10 years	Distributed in networks	Personal and impersonal

The basic idea is that there is a harmony between patterns of communication and the dominant knowledge architectures of the mind. Images are followed by words, but both have a social community based knowledge distribution. In the vision of Donald, language developed as a consequence of a cultural adaptation, of a coevolution of brain and culture, with attention to others and a metacognitive awareness of the organization of own movements. "On a cultural level, language is not about inventing words. Languages are invented on the level of narrative, by collectivities of conscious intellects."[6]

This is followed by a division of individual and collective memories corresponding to reading and writing. With the advent of writing, knowledge representation and storage systems become social systems independent of us, thus establishing a division of labor between our own working memory system and the external supporting memories. External memory can be realized in many physical forms, it is unbound, stable and *in principle* always accessible. Compared to our individual brains, books are certainly a more accessible system. Writing creates a system that with the new organization of knowledge lead to new epistemologies and visions of knowledge in general. Due to writing our mental apparatus is relived from overload:

[5] Donald 1991, Donald 1997, Donald 2001, Donald 2014, Donald 2017.
[6] Donald 2001, 292.

in any given occasion sometimes it only has to contain some arrows pointing to relevant external memories, and sometimes the written "frame" as an external aid has allusions to internally stored locations.

The new options introduced by the information society extend the revolution of reading and printing by liberating users from the temporal and space constraints. The permissive visions provided by Donald that try to find some compromise between the external and internal attitudes allow for a new look at contemporary information society and at the issue of possible architectural changes related to this. As he himself claims regarding the new changes, "Cognition and culture have been locked into a symbiosis for a very long time and, given the nature of the new technologies coming down the line, that relationship is leading toward a major cultural shift on a global scale: the importance of knowledge stored in the brains of individuals is shrinking, relative to the size of our communal knowledge bank. […] knowledge is now overwhelmingly stored in new media, outside our biological systems".[7] At the same time, the new technologies of today do change the space-time accessibility dimension as well. You do not have to go to the library during given opening hours, journals are always downloadable from anywhere in the world.

Donald[8] raised three basic changes due to the new information society: personal autonomy under the shadow of external knowledge systems; the recreation of trust in a networked society; and the tensions between machine centered and human/centered governance. We cannot be sure about the future technologically conditioned features of our cultural memory systems. "As memory technology develops, it changes the possibility space for both mind and society, and for this reason, the future development of memory technology cannot be predicted with any certainty. A consequence of this is that the future forms of cultural memory are also uncertain".[9]

EXTERNAL-INTERNAL RELATIONSHIPS

The traditional two visions, the inward and outward visions of the relationships between culture and the mind do show up in the middle of electronic communicative changes as aspects of users and creators. With regard to *users*, the WEB shows the success of centripetal thought: we are using new messages and do change our thoughts this way. Communication directs human thought, and its changing patterns do change our thought. Under the impact of new communicative surfaces, we

[7] Donald 2014, 69–70.
[8] Donald 2014.
[9] Donald 2017, 37.

do become less linear, more image oriented and recognize the laws of image based thinking.[10]

The situation seems to be different, however, regarding the *creators of new communicative forms*, including even a creator or of a website. In creators, the emphasis is on creating new representations, and not on their communication. This is true both for minor details of technology and in the creation of fundamentally new systems (programs, user interfaces). This new starting point from ways of thought allows communicative innovations on the part of the users.

This very asymmetry does indeed create noisy phrasings by sociologists and cultural critics. They mean that the new media carry hidden contents and make us slaves of certain ways of life. As the neuroscientist Susan Greenfield[11] claims, by relying on digital media we are tending towards a constant 'bathing in happiness', become deconcentrated and forget about the natural contexts of learning and deep, contentful processing. This issue shows up on the quieter level of cognitive architectures as well. Communication does shape thinking in most of us, but rapid technological change makes even clearer the presence of an inverse process: we can as well shape our systems of representation, our intellectual habits, including our reading and writing habits.

POSSIBLE SOCIO-PRAGMATIC CONSEQUENCES OF CONTINUOUS COMMUNICATIVE ACCESSIBILITY

There are many important social issues that have come up related to the increased continuous virtual presence

- New conventions and temporal architectures of immediacy emerged
- Personal and source reliability, fake news and digital impostors
- New media: rescheduling is too cheap
- Needs for new etiquettes
- Emotional and instrumental codes

A specific aspect as shown by everyday considerations, is the invasion of our privacy by social media. The logo of the world of new media is *constant availability.* It is a commonplace sociological truism that the new media do lead in certain strata of society to a mixing of work and private life, and new types of interaction-based alienations. Due to our participation in the networked system we ought to have open channels all the time, but we would sometimes feel to be wanting to switch off entirely. But then we would become non-entities even in our own eyes. With the

[10] Nyíri 2017.
[11] Greenfield 2015.

spread of social media, the constant presence becomes a social must for the new generation, where missing from the social interactions is felt as a being left out. The psychological issue that touches architectures and mentalities seems too simple: in order to regain our personality, we may regulate again our communicative patterns ourselves, and reconsider what time do we spend with what. A simple aspect of this is how much time do we spend on *finding and obtaining* the constantly refreshing pieces of knowledge (search and paste), and how much time is spent on *using these pieces of valuable information.* There is no easy solution, but there certainly is an intellectual task and a social problem, that touches on the ecology of mental resources.[12]

As Dennett and Roy, a philosopher and a computer scientist pointed out, even before the big scandals over social media, the digitally unified world makes us to face similar challenges as living beings did face during evolution protecting their genome and their cell boundaries. A similar new revolution may be needed in reclaiming our privacy. "There is a self-limiting aspect to this emerging new human order. Just as ant colonies can do things that individual ants cannot, human organizations can also transcend the abilities of individuals, giving rise to superhuman memories, beliefs, plans, actions – perhaps even superhuman values. For better or for worse, however, we are on an evolutionary course to rein in our superhuman organizations by holding them accountable to individual human standards. This self-regulating dynamic, enabled by accelerating human-machine communicative capabilities, is as unique to our species as human language itself".[13] One should not forget that even in the middle of our internet consumption we as everyday users of ICT are not entirely passive. Network search itself, for example, is a rather active and initiative process contrasted with waiting to be served in traditional libraries. In its underlying structure it is a machine emulating and machine conditioned performance supported by social intelligence. Successful search engines base their solutions on the searches of a community of searchers.

Regarding new communicative media, it is emphasized that these tools focus on virtuality promising freedom. The virtual world creates inner and outer roads of unknown dimensions, thus carries a promise of freedom. One travels virtually to places and libraries one could not only lack the ways, but also would have lacked the time to do so as well. This freedom is the positive side: it appears from e-commerce to travel sites in many respects, including the world of scientific research with its new 'big data' approach as well. But as the fears concerning multimedia consuming children indicate for decades, there is another side as well: the threat of losing reality control. This is the problem of Don Quixote. The noble Spaniard was suffering from being a victim of virtuality at the dawn of the printed word. Thus, the worry is not

[12] Pléh 2007.

[13] Dennett and Roy 2015, 69.

new. It is new, however, that in this transformed world the ratio of secondary information of virtualities in our daily routines is rising. The new world of communication certainly does change our way of life, thereby rearranging the relative weight of our motives. Some of us become dependent on our tools, and at the same time the new Don Quixote tries to get away towards objects, towards nature and real life. They create virtual personas in order to reach out through virtuality to the reality.

THE NEW MEDIA AND THE RHETORICS OF SCIENCE COMMUNICATION

There are some striking *organizational* aspects of communicating (and consuming) science in the brave new world of ICT.

The first one relates to the general speed of spreading information. This is the *immediacy illusion*. This specifically entails in the case of producers a loss of textual and factual criticism in the favor of fast transmission. That should be weighed, and compensated by serious editorial work and sceptic responsibility. In the consumers of science related texts the immediacy is both temporal and non-mediated. Many consumers do not realize the many layers of transmission between first order scientific publications, and the WEB texts they are using. Not only should the responsibility of gate keepers preserved under new forms of course, but there should also be a clear public awareness of differentiation according to sources and their credibility. This is an important task of general education in the present generation, and also a special task of science education.

In these processes real tensions arise because of the publication and sometimes editorial role of money. One should find ways of promoting reliable science communication not based on the interest of private companies. The public interest should be represented by strong opinion groups, foundations and the likes even is the middle of the rather tensed free access versus publisher interest debates.

There are important *textual issues* in the new science communication domains as well. The general issue is of course the abundance of images on the WEB, together with the abundance of free texts. Parallel to this, specifically due to financial considerations of image rights and image production costs, during the last three decades, in the popular print books on science, images have become very scarce. This later feature went together with a narrative packaging of everything. Jerome Bruner[14] the path breaking educational psychologist and cultural philosopher emphasized that humans have two basic organizations of knowledge. The narrative one is teleological, interprets everything as the action sequence of human or anthropomorphic agents, and unfolds in a temporal sequence. This organization is earlier to arrive

[14] Bruner 1996.

both in children and in cultures. The other one is based on conceptual relations, it is abstract and descriptive, and unfolds in an atemporal manner, and is the typical way of communicating scientific thought. One has the impression that in the efforts to bring everything close to the reader, science communication has forgotten about the descriptive – abstract (paradigmatic) mode, and there is an overwhelming victory of narrative organization in science communication.

WHAT ARE THE TASKS AND POSSIBILITIES OF THE FUTURE?

Reinvent science writing instead of superstar gurus. Science writing classically is both the cause of Dawkins, Gardner, Csíkszemtmihályi and other gurus, but of professional science journalists as well. This aspect should be reinforced in the world of the new media.

Scientific rhetorics should be taught with its specific training emphasizing a combination of clarity and brevity combined with sufficient skepticism.

In this process the use of the descriptive – paradigmatic mode of exposition, the conceptual presentation should be brought back. Alongside with this, narration and image should be put back into their well-deserved place.

In the process of education, from elementary school to university level, we should teach differential reading and writing. One should read and write differently if the issue is a novel, a sport news on the screen, a scientific argument and the like. We should still teach desanthropomorphization in and through science. In science writing as well, we should avoid overusing the interest-based and teleological talk.

This would involve the reintroduction of the good old CUDOS principles of science outlined by the sociologist of science Robert Merton[15] at the beginning of World War II. CUDOS is a letter word. It emphasizes that science figures in its ethical meta-principles and in the actual world as well.

- Community based
- Universality ambition: tries to reveal universal laws
- Disinterest: it should not be shaped according to the interest of the participants
- Organized skepticism always should be part of it. Nothing is left unquestioned.

The ethical aims of any 'new science rhetorics' should cultivate these principles.

[15] Merton 1942.

BIBLIOGRAPHY

Bruner, J. (1996) *The Culture of Education.* Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

Dennett, D. and Roy, D. (2015) Our Transparent Future. *Scientific American,* 312, Issue 3, 64–69.

Donald, M. (1991) *Origins of the modern mind: Three stages in the evolution of culture and cognition.* Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

Donald, M. (1993) Précis of Origins of the modern mind: Three stages in the evolution of culture and cognition. *Behavioral and Brain Sciences,* 16, 737–791.

Donald, M. (2001) *A mind so rare. The evolution of human consciousness.* New York – London: W.W. Norton & Company.

Donald, M. (2014) The Digital Era: Challenges for the Modern Mind. *Cadmus,* 2(2), 68–79.

Donald, M. (2017) Key cognitive preconditions for the evolution of language. *Psychonomic Bulletin & Review,* 24, 204–208.

Donald, M. (2018) The evolutionary origins of human cultural memory. In: Wagoner, B. (ed.), *Handbook of culture and memory*. Oxford: Oxford University Press, 19–40.

Greenfield, S. (2015) *Mind Change: How Digital Technologies Are Leaving Their Mark on our Brains.* New York: Random House.

Merton, R.K. (1942) Science and technology in a democratic order. *Journal of Legal and Political Sociology,* 1, 115–126.

Newell, A. (1989) *Unified Theories of Cognition.* Cambridge: Harvard University Press.

Nyíri, K. (2017) *Pictorial Truth Essays on Wittgenstein, Realism, and Conservatism.* Dunabogdány.

Pléh, Cs. (2007) Representational Systems, Selection, and the Diffusion of Ideas. In: Nyíri, K. (ed.), *Communication in the 21st Century*. Wien: Passagen Verlag, 23–32.

#RareDisease and Information Acquisition Process in the World of Digital Healthcare: A Big Data-based Analysis on Twitter in the Context of Rare Diseases and E-patients[1]

SÁRA SIMON

In the environment of 21st century technology, the transformation of information acquisition of health care and patients has had an increasing emphasis. In spite of the earlier authoritative doctor-patient relationship, a need for an equal, cooperation-based communication has emerged.[2]

Information acquisition on the internet has allowed patients that based on the increasingly available medical information they acquire information about their condition, become part of patient communities, ask for second opinions, and become committed helpers of their doctors in their disease.[3]

This can be especially true for patients with rare diseases, where a diagnosis might take even a decade, the patient needs lifelong condition maintenance and treatment if it is available. While the proportion of patients with rare diseases is low compared to the whole of society, the number of such patients is approximately 30 million in Europe, which means patients and their relatives need not only a harmonized health care system, but extensive information so that they can live with the rare disease with less difficulty.

The aim of the research was to present the options of the information acquisition process in the social media, focusing on Twitter. In the research, therefore, it was carried out a Big Data-based social media analysis about #RareDisease. The analysis was based on Symplur social media listening dataset, concerning rare diseases and digital healthcare tendencies. Big Data methodology was used to explore the patterns of communications and the network of stakeholders.

[1] The research was supperted by the Research Support Grant by the UNKP-17-3 New National Excellence Program of the Ministry of Human Capacities.

[2] Kostkova 2015.

[3] Mesko et al. 2017.

INTRODUCTION

In the environment of 21st-century technology, the transformation of information acquisition of health care and patients has had an increasing emphasis. In spite of the earlier authoritative doctor-patient relationship, a need for an equal, cooperation-based communication has emerged[4] and there are so many digital healthcare projects to achieve this.

The relevance of the topic selection is due to the fact that the number of medical contents available for patients in online formats has significantly increased in recent years, which gradually converts the interaction schemes of the two parties. Medical information becoming available for patients lacking professional skills may provide possibilities for committed co-operation and effective health management in the future, which can increase the effectiveness of therapies.[5]

At the same time, on the information acquisition side, the Internet and social media are parts of this process, which are used by both parties involved in the bilateral interaction (physician-patient), as well as by healthcare industry actors. This tendency has allowed patients that based on the increasingly available medical information they acquire information about their condition, become part of patient communities, ask for second opinions, and become committed helpers of their doctors in their disease.[6]

The research, related to the information above put the information acquisition and content sharing of people affected by rare diseases within the framework of individual information acquisition and digital health care, and consequently provides an explorative review by Big Data-based analysis on the Twitter-based information acquisition of people living with rare diseases

In the case of rare diseases, we can set up a definition framework based on population proportionate distribution, as there is no uniformed, accepted medical definition. At present, this distribution in Europe is 1:2000, (prevalence<0.11), in the US 1:1500 or less than 20000 Americans are affected, and this proportion is different in every continent. Based on the demographical rate, the number of stakeholders is estimated to be 36 million in Europe,[7] which means this is the number of those who are already ill or are expected to be ill in the future. Therefore in spite of rare diseases the number of patients is impressive, according to studies 6–8 per cent of the overall population in Europe is affected by at least one rare disease, of which 80

[4] Chin 2002.
[5] Koskova 2015.
[6] Mesko et al. 2017.
[7] Julkowka et al. 2017.

per cent is of genetic origin. 75 per cent of the affected persons are children, 30 per cent dies before reaching the age of 5 years. (EURORDIS)[8]

Therefore the study aims to call the attention that people with rare diseases should not be approached solely based on medical aspects, but their community behaviour, disease management, and online information acquisition can be relevant for social studies, with special regard to the fact that contents targeting them are limited, yet information could save lives. Therefore my Twitter-based research focuses on the #RareDisease community and its contents, taking into consideration the information above. Twitter based on data by Symplur Signals.

On one hand, during the research were driven by the hypothesis that for people affected by rare diseases medical information obtainable on the latest therapy options, patient communities, research results or expert contacts are more relevant, as often patients themselves must take active part in the solution, which is identical to the situation of e-patients, who are equipped, enable, engaged, empowered,[9] therefore their online activities can be interpreted as a model. In addition, a rare disease due to its nature often means a long diagnostic process for both patients and physicians, which is burdensome both for those affected and the health care system, and often takes years.

Song et al.[10] call the attention to the fact that the legal background and the regulations on health care regarding patients varies from country to country. The increasing number is also due to the fact that along legal regulations state intervention was necessary to call the attention of pharmaceutical companies, health care organizations and researchers to rare diseases in spite of the low proportion of the affected population, in spite of the fact that there is no such population as in the case of diabetes, for instance. For pharmaceutical companies, developing therapies and research costs are significant.

This also means increasing social burdens with time, rising costs, and as a result of both parties, but mostly those suffering from the disease are interested in receiving a diagnosis, for which often extensive, international knowledge is necessary, which is available for everyone in the times of an informational boom.

Therefore the information acquisition and sharing of patients can greatly contribute to the establishment of a diagnosis, and also, if available, procuring information on therapy options and therapeutic aids.

The exploitability of explorative data gained during the research might help, among others, information sharing among the interest groups, the improvement of communication strategies and the more efficient notification of patients.

[8] www.eurordis.org.
[9] Fergusson 2004.
[10] Song et al. 2002.

METHODS: SOCIAL MEDIA AND TWITTER

Social media use has been increasing for the past few years, in the period examined (2011–2017) from 1.22 billion to 2.46 billion users, and this increase is also true for Twitter. While the microblog service provider had only 30 million users in the first quarter of 2010, by the fourth quarter of 2017 this number reached 330 million.[11] Facebook was absolutely the first with 2061 million users last year, however its privacy policy renders data collection rather difficult, therefore I chose Twitter providing full access and the Symplur database.

The following system of Twitter allows, mostly in the case of professional use that very remote users connect, and thus the spread of information can be appropriately extensive, which might be extremely useful for a special topic and can provide assistance via professional experts, medical organizations in obtaining information efficiently, which is an essential interest for patients.

For the Big Data analysis, the database of social media analytics company Symplur[12] was used. I chose #RareDisease because from hashtags monitored by Symplur dealing with rare diseases the hashtag with the most tweets was #RareDisease, which also has the longest monitoring period in comparison to the others. In this study, 6 years of tweet traffic was processed between 30.10.2011 (00:00)–30.10.2017 (00:00), and it was a starting point in my methodology that in the period examined the maximum character limit allowed for content was still 140 in the period examined. My methodology proposition requiring further research is the circle of users showing behavioural anomalies, and the high number of unidentifiable tweeters from the stakeholder analysis aspect. A detailed study of these might help a deeper exploration of the agenda, and the decrease of the number of robot-like users performing spam activities.

We must emphasize the information above because when I analysed the hashtag #RareDisease, it turned out there are unidentifiable users showing anomalistic behaviour who might be man-created robots by algorithms, or "spammer" users, and they can be all parts of the database.

Recognizing this was possible from two directions: on one hand, when Symplur listing stakeholder categories provides these with an "Unknown" or "Spam" tag. On the other hand, with a random 1% sampling, through human control, I managed to identify participants showing habits contrary to human behaviour. However, as the research has a social study focus and does not aim to write an algorithm able to filter out these users with anomalistic behaviour technically, during the analysis these remained in the database and the results can be interpreted accordingly.

[11] www.statista.com
[12] www.symplur.com

WHO ARE IN THE DATABASE AND WHY IS IT SO IMPORTANT?

The digression is also substantiated by the fact that the reason why these users could remain in the database is not only due to the lack of an algorithm suitable to filter them out, but the original hypothesis of the research, which put information gathering in rare diseases in focus. In this case the user, let it be a patient, an interested relative or a decision-maker will encounter robots on the platform and need to select relevant information.

This also arises a question discussing credibility of information in medical contexts, but interpreting medical information online would need a separate research, however, anybody using Twitter will encounter this, not only the researcher, and for this reason, I decided in terms of methodology not to dissect the elements of the database.

RESULTS

Regarding a six-year period (2011–2017), we can tell the following:

Table 1: General data of the analysed period about the #RareDisease hashtag database

Total tweets	621 339
Retweets	321 772
Tweets with links	402 619
Tweets with media contents	163 640
Tweets with mentions	494 151
Tweets with replies	13 471
Total users in the database	87 033
Impressions	1 669 311 610

From the data (Chart 1) it is apparent that activity concerning #RareDisease is increasing steadily annually, after the first year not to such an extent, but after that activity increased by almost 30 thousand tweets annually. The trend changed in 2016, when the number of tweets started to decrease, and users sent 6244 tweets less.

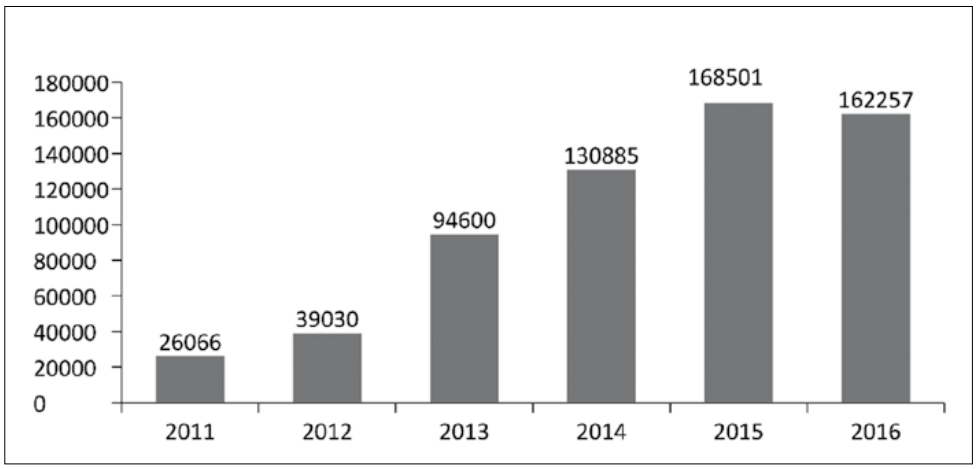


Chart 1: Tweet activity from 2011 to 2017

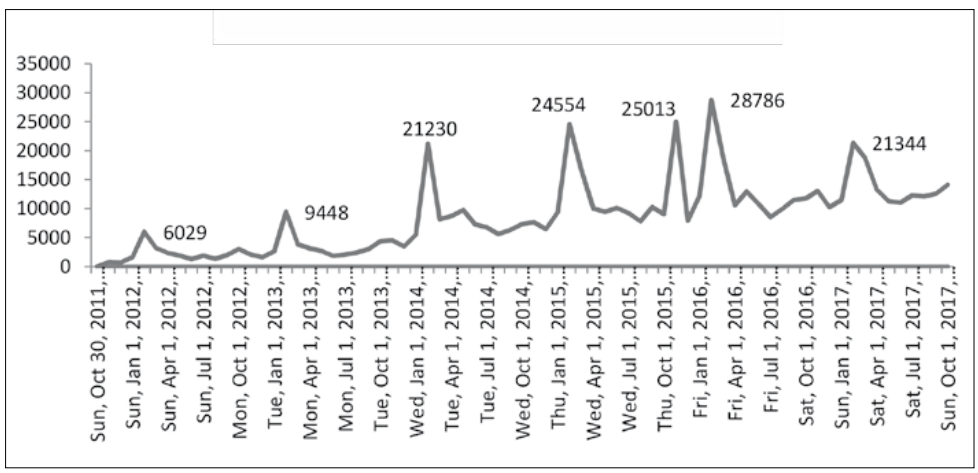


Chart 2: Tweets activity – the monthly period from 2011 to 2017

The monthly breakdown shows (Chart 2) that the number and activity of tweets concerning #RareDisease is the most significant at the last weekend in February. This is also due to the fact that this is the World Day of Rare Diseases accompanied by a significant media campaign, and it has a separate hashtag: #RareDiseaseDay.

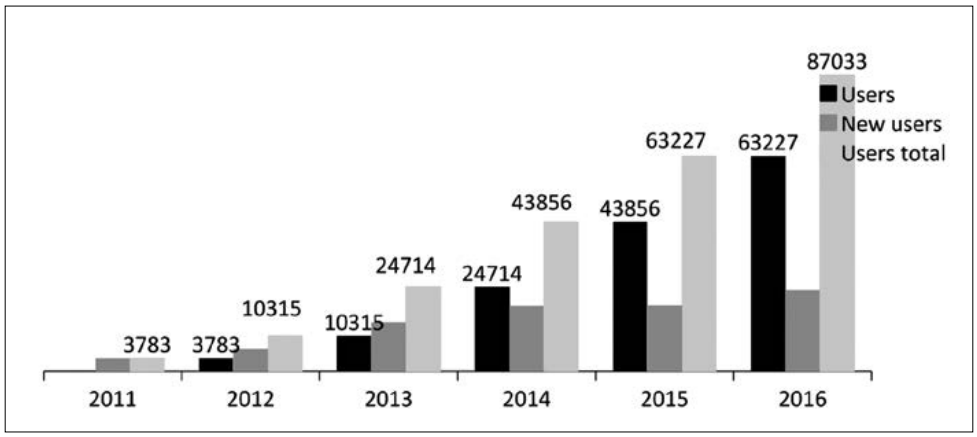


Chart 3: Cumulative results of users by year (2011–2017)

From the results (Chart 3) it is apparent that users of the #RareDisease community, all who used the hashtag in the six years under review showed a steady increase, thus in accordance with the Statista results reported earlier, according to which the number of Twitter users is increasing, this is also true to communication related to rare diseases.

The Twitter analysis pointed out the scale-independence of the communication analysed. Based on this we can say the number of users with few tweets is high, and the number of users with numerous tweets is low.

When geolocation was defined, it was difficult to provide specific data, as according to Symplur less than 1 per cent of metadata contains data on geolocation, which is based on whether the user sent their tweet by tagging location as well.

Concerning language distribution we can say that English is dominant, after a profile analysis 95 per cent of users use Twitter in English. In the meantime, this language proportion does not show the actual distribution, only which language the user uses based on their Twitter profile.

Concerning my methodology limitation, I studied those influencers only who sent at least 1000 tweets during the 6 years. According to this, the highest proportion of participants consists of counselling organizations, while the presence of both patients and caretakers is 20–20 per cent (Chart 4). An interesting finding is that the number of physicians is really low (1.40 per cent), and during the six years there is no journalist, media expert among those sending at least 1000 tweets, thus the representation of rare diseases in this segment is extremely low, not only here, but in the entire sample.

It is worth presenting the annual tweet activity of patients, followed by that of physicians.

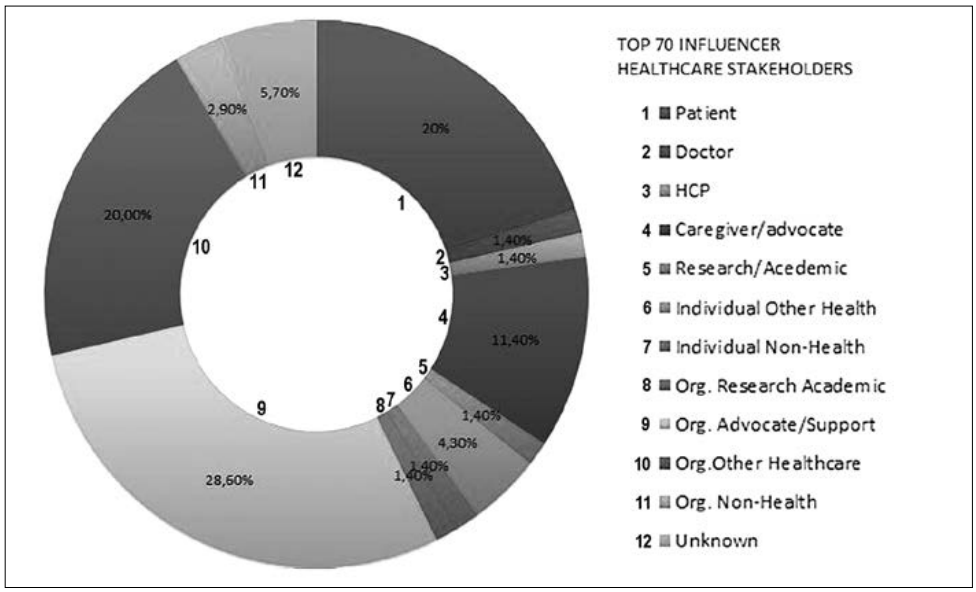


Chart 4: TOP 70 Influencers in the dataset

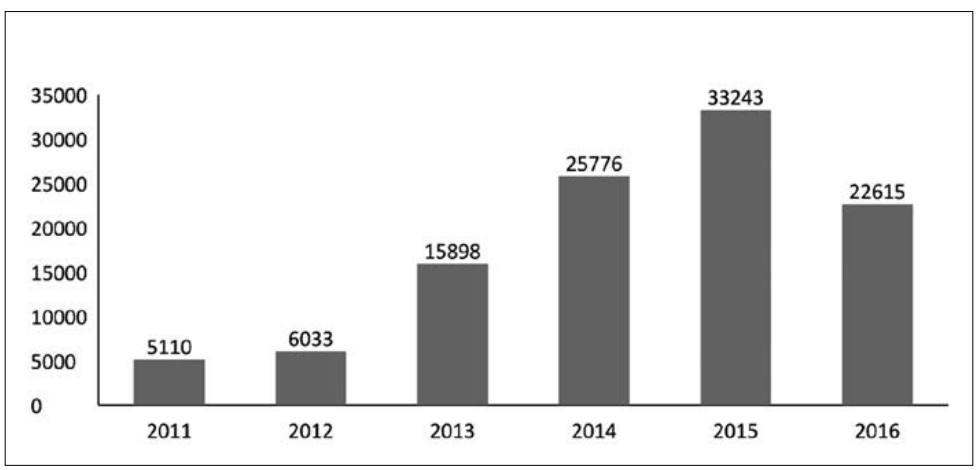


Chart 5: Tweet activity of patients per year

As for patients, apparently activity is increasing steadily annually, there is a setback only in the last year. However, as the increase is less from the fourth to the fifth year, 7457 tweets, there is a significant, bigger setback of 10628 tweets (Chart 5), which means counselling organizations tweeted slightly 1000 less, this figure with patients is 10 times more. The reasons could be the subject of further study, partly by quali-

tative in-depth interviews across patient population regarding Twitter use, or with a survey method regarding social media preferences in this interest group. The third group of relevance might be that of physicians, who are few both among influencers and in the entire sample, and this was also apparent when we analysed retweets.

When I analysed their annual activity (Chart 6), the increase was steady, the second and third years show a significant rise (the number of tweets increased from 447 to 1604), in the meantime, the setback is the lowest here, only 123 tweets. Thus, in spite of the fact that their number in the database is low, and it would be useful to explore the causes of that, their activity is more balanced.

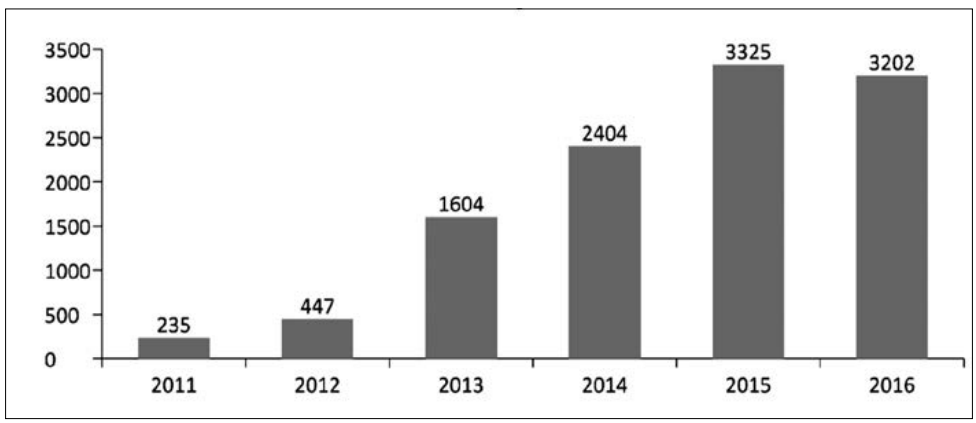


Chart 6: Tweet activity of doctors per year

Network analysis does not constitute part of this study, however, the following can be interesting both from the aspect of patients and organizations.

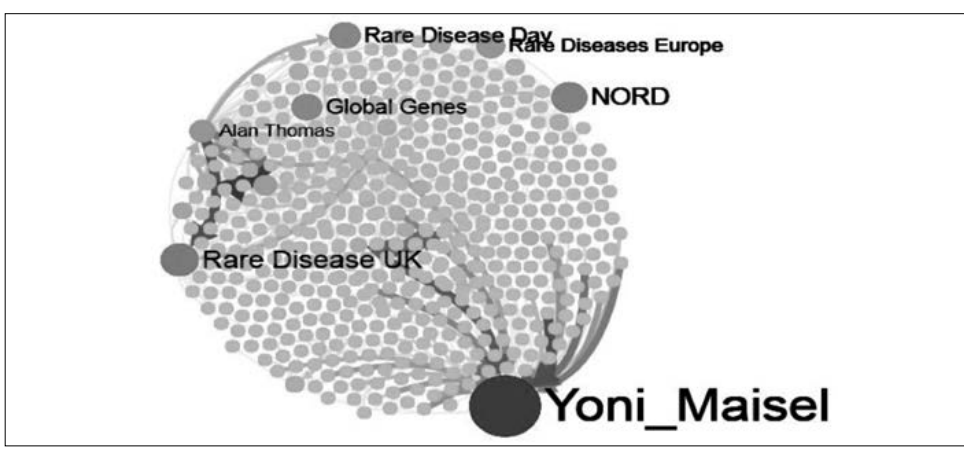


Chart 7: Network chart from the aspect of patients

With the help of Chart 7, I can give an overview of the communication of organizations and patients. Alan Thomas is second among the influencers, Yoni_Masiel is the third, both of them are patients. Global Genes, Rare Disease UK, Rare Diseases Europe, NORD are all members of the Advocate/Support interest group as counselling bodies, while Rare Disease Day is the world day of people affected by rare diseases in February, causing a lot of activity. The network chart and activity is worth mentioning because it was apparent that the activity of patients is lower than the activity of organizations, for the leading 70 influences their proportion was 20 per cent, however, the fact that the 3 leading influencers are patients makes them spectacular information forwarder hubs based on their activity.

BRIEFLY ABOUT CONTENT ANALYSIS

Concerning the content of tweets, we need to mention several methodology findings. During the analysis, I could examine words provided by Symplur, selected by the company's algorithms, and lists could be compiled from the most frequent words. The analysis also raised the question that in spite of the use of filters the presence of synonyms is unavoidable, furthermore taking out English expression from context might be misleading. In the research, I also performed an analysis which showed whether a given word which was on the list of all words also appears on the word list of individual stakeholders or not. Experiences gained during the research also showed that in order to get to know the context, which is at least as important, it is necessary to involve and apply the NLP (Natural Language Processing) software, which may be part of further research.

In this case, as it has been mentioned with regard to methodology problems and the selection of the appropriate database and data cleaning, we must take into consideration that in case of tweets, earlier 140, presently 280 characters long we have to calculate with a high number of abbreviations, links, images and hashtags, while special characters and emojis, as well as shortenings making the text of the database fragmented also constitute a part of communication.

This was also confirmed by my research experience and the sample generated by Symplur containing 15000 random tweets. Based on user data (user ID and timestamps) I made a comparison with random tweets in the sample with original tweets on Twitter. The results were identical, thus we can say tweets appearing mutilated in the database actually are mutilated, there was no distortion, thus we need to adapt. To avoid this, a possible option is to choose stakeholder groups which pursue official, organizational communication. These include users in the Advocate/Support category, and based on my experience so far their content disclosure fulfils complete sentence environment requirements to the highest extent, which may be helpful for semantic analysis.

SEMANTIC ANALYSIS

I analysed the leading 500 words in the relevant period, and some of them, which might be interesting for stakeholder distribution (Table 2).

Table 2: TOP 20 words in the full database

Words	*Number of tweets*
day	111 445
rare	81 993
disease	78 696
support	75 151
news	68 976
help	53 386
group	43 297
today	32 462
online	32 159
member	31 835
thanks	28 544
join	28 048
patient	27 388
stories	26 963
our special chidren	25 642
affected	24 527
blog	24 338
living	23 978
awareness	22 830
visit	22 605

Beyond the finding above, the processing of the words is especially important that during the analysis of the database the first 500 words never included the expressions "doctor" or "hospital". No specific disease was mentioned among the first 100 words except for "ataxia", and I only found expressions referring to disease in only eight cases from 500 words. From this, it is apparent that besides the low presence of physicians the use of medical words is not significant either, however further results could be gained by involving the NLP software in the semantic analysis of sentences.

As part of the semantic analysis we can tell that the language distribution of tweets is identical with the profiles mentioned above, 94.6 per cent is in English.

HASHTAGS IN THE #RAREDISEASE DATABASE

Besides words, analysing hashtags is also relevant. The 21 most popular hashtags are the following:

Table 3: Hashtag frequency based on the number of tweets in 6 years

Rank	Hashtag	Tweets
1	#RareDisease	621339
2	#bigdata	45933
3	#SNRTG	36704
4	#genomics	35593
5	#science	33837
6	#rarediseaseday	19756
7	#tech	16817
8	#genetics	14704
9	#cancer	14496
10	#biotech	12115
11	#crps	10241
12	#Ataxia	8632
13	#Orphandrug	8248
14	#sds	7978
15	#Wales	7764
16	#Research	7623
17	#pharma	7428
18	#chronicillness	6922
19	#rarediseases	6778
20	#ChildhoodCancer	6270
21	#healthcare	5841

As it is apparent from the table (Table 3), #healthcare is only 21th with less than 6000 tweets in six years, while #BigData is second, which also shows the relevance of the topic during semantic analysis. Besides #Ataxia, #cancer and #Childhoodcancer also appear as disease mentions, while #Research is above 7000 tweets too. Based on the hashtags, the audience of Twitter can be informed about tweets about rare diseases, however we should not forget the data that most users of the database sent one tweet only.

As part of the semantic analysis we can say that the linguistic distribution of tweets is identical of the profiles mentioned above, 94.6 per cent was written in English.

CONCLUSIONS

This research points out, besides the increasing tendencies and characteristics of hashtag use, through stakeholder analysis that the highest number of users in the Twitter conversation belongs to consulting organization during the influencer study, while among the first 70 opinion leaders I could find only one physician, no journalist presenting or promoting the topic of rare diseases, and the proportion of patients is only 20%. The analysis might call attention to this, and also to the fact that the number of hashtag #RareDisease users has increased, therefore the platform might be an important forum both for information acquisition and efficient information dissemination.

Big Data-based analysis provides an opportunity for us to understand the world of Digital Patient and examine the peculiarities of social media-based communication from the aspect of individual information acquisition and transmission. It became apparent that based on my results, their voice is lost in communication among influencers, while their credible information communication can be encouraging for fellow patients. Twitter use and the related stakeholder analysis however might point out the communication opportunities which may serve the interests of patients.

BIBLIOGRAPHY

Blöss, S. et al. (2017) Diagnostic needs for rare diseases and shared prediagnostic phenomena. Results of a German-wide expert Delphi survey. *PLoS One,* 12(2):e0172532. https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/ PMC5325301/.

Chin J. J. (2002) Doctor-patient relationship: from medical paternalism to enhanced autonomy. *Singapore Med Journal,* 43(3), 152–5. https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/12005343/.

Julkowska, D. et al. (2017) The importance of international collaboration for rare diseases research: a European perspective. *Gene Therapy,* 24, 562–571. https://www.nature.com/articles/gt201729.

Ferguson, T. (2004) The first generation of e-patients. These new medical colleagues could provide sustainable healthcare solutions. *BMJ 2004 May 15*; 328(7449), 1148–1149. https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/ articles/PMC411079.

Kostkova P. (2015) Grand Challenges. *Front Public Health,* 3, 134. https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/ articles/PMC4419711/

Meskó, B. et al. (2017) Digital health is a cultural transformation of traditional healthcare. *mHealth,* 3, 38. http://mhealth.amegroups.com/article/view/16494/16602

Song, P. et al. (2012) Rare diseases, orphan drugs, and their regulation in Asia: Current status and future perspectives. *Intractable Rare Dis Res*, febr. 2012 1(1), 3–9. www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4204590/

SEKTION II / SECTION II

Sektionsleiter: *Éva Jakab* • *Eszter Cs. Herger*

Rechtsgeschichte – Römisches Recht

Legal History – Roman Law

Der Allgemeine Teil des Privatrechts (Zivilrechts) und die Tradition des römischen Rechts

GÁBOR HAMZA

1. Das Pandektensystem bzw. die Pandektenstruktur, genannt auch Pandektensystematik, ist bekanntermaßen das Ergebnis eines Jahrhunderte lange dauernden Entwicklungsprozesses, der zur Zeit der Glossatoren begann und erst im XIX. Jahrhundert zu Ende ging. Nach der Wiederentdeckung des *ius Romanum* des justinianischen *Corpus Iuris Civilis* d.h. der justinianischen Kompilation bzw. Kodifikation in der Digestenhandschrift (der sog. Florentinischen Handschrift, *Codex Florentinus* oder *Littera Florentina*) setzte im Laufe des XII. Jahrhunderts eine intensive und fruchtbare wissenschaftliche Auseinandersetzung mit den Quellen des römischen Rechts (*fontes iuris Romani*) an dem *Studium generale* von Bologna ein.

Das wissenschaftliche System der Glossatoren und der Kommentatoren (genannt auch Postglossatoren) war noch immer das von Gaius (im zweiten nachchristlichen Jahrhundert) und den Kompilatoren von Kaiser Justinian I. (527–568) ausgearbeitete („entworfene") bzw. entwickelte Institutionensystem, in dessen Rahmen vor allem das Recht der Personen (*personae*), weiterhin das Recht der Sachen (Vermögensrecht = *res*) und letzten Endes das Recht der Aktionen (Prozessrecht = *actiones*) erörtert wurden.

Im Hinblick auf das Prozessrecht verweisen wir darauf, dass die klassische d.h. griechisch-römische Antike für den Begriff „Prozeß" keinen eigenen Terminus technicus entwickelt hat. In der lateinischen Sprache die Wörter *procedere* und *processus* hatten nur in der Umgangssprache eine Rolle. Diese Wörter (das Hauptwort und das Verb) hatten die Bedeutung wie etwa „Vorgehen". Später konnten diese Wörter im Sinne eines „Verfahrens" und einer „Handlungsweise" interpretiert werden. Die Termini (Wörter) *actio*, *iudicium* und *lis* hatten auch nicht die Bedeutung des „Prozeßrechts" im technischen Sinne.

Bartolus de Saxoferrato (1313–1357)[1] und Baldus de Ubaldis (1319/1327–1400), die bekanntesten bzw. berühmtesten Kommentatoren („Postglossatoren"), haben

[1] Im Hinblick auf die Bedeutung des Oeuvre von Bartolus de Saxoferrato siehe Bellomo 1995, 31–44.

aber die Kategorie der *res* nicht mehr eindeutig anerkannt. Ihrer Ansicht nach zerfiel diese Kategorie in zwei Teile: *iura in re* einerseits und *iura ad rem* andererseits. Zur ersten Kategorie gehörten das *dominium* und das *quasi dominium*, zur zweiten die Obligationen (Verbindlichkeiten) (*obligationes*). Hier soll darauf verwiesen werden, dass die praxisorientierte Methode der Kommentatoren („Postglossatoren") zur Ausbildung eines umfangreichen Prozessrechts (*ius processuale*) führte.

Die oben erwähnten Termini technici bzw. Rechtsbegriffe wurden von dem bekannten Humanisten Johann Apel (1486–1536) zur Begründung einer neuen Kategorisierung bzw. Systematisierung angewendet. Die Begriffe des Sachen- und Obligationenrechts sind vor allem auf seine wissenschaftliche Tätigkeit zurückzuführen. Diese zwei Teile des Vermögensrechts (*ius patrimoniale*) wurden aber in der frühen „Pandektenwissenschaft" erst seit der Mitte des XVII. Jahrhunderts ausgebildet.

2. Der Begriff *negotium* (*negotia*) wird im Sinne „rechtsgeschäftliche Tätigkeit" – keineswegs aber im Sinne des „Rechtsgeschäfts" im technischen Sinne – zum ersten Male von Johannes Althusius (1557/1563–1638) verwendet. Bei Althusius kommt weder in seinem Werk *Iurisprudentia Romana, vel potius iuris Romani ars, duobus libris comprehensa et ad leges methodi Romae conformat* aus dem Jahre 1586 (siehe auch die späteren Auflagen des Werkes) noch in seinem Werk *Dicaeologicae libri tres, totum et universum ius quo utimur methodice complectentes* (1617) der Terminus technicus *negotium iuridicum* vor.

Daniel Nettelbladt (1719–1791), der in Marburg und in Halle die Vorlesungen von Christian Wolff hörte, ist „Urheber" des *negotium juridicum*, der freilich auf der *facta*-Lehre – unter anderem - des Althusius aufbaut. Johannes Althusius spricht nur von „negotia" im Sinne der „rechtsgeschäftlichen Tätigkeit" („*negotia gerere*").[2]

In der Sekundärliteratur – natürlich mit Unrecht – schreibt man manchmal, wenn auch nicht eindeutig, im Hinblick auf das „negotium" von Johannes Althusius vom „Rechtsgeschäft" im technischen Sinne. Die Ungenauigkeiten der englischen bzw. englischsprachigen Rechtsterminologie (*legal terminology*) mögen dabei auch eine nicht zu unterschätzende d.h. beachtliche Rolle spielen. Peter Stein schreibt im Hinblick auf Johannes Althusius wie folgt: „Law is concerned with all kinds of dealing between parties, which he (sc. Johannes Althusius G. H.) called negotia, transactions."[3]

In seinem Buch „Roman Law in European History" schreibt Peter Stein (1926–2016) folgendermaßen: „Emphasis is put on the notion of *Rechtsgeschäft*, which is

[2] Die zwei bedeutendsten Werke von Daniel Nettelbladt sind: Systema elementare universae jurisprudentiae naturalis und Systema elementare universae jurisprudentiae positivae. Beide Werke wurden im Jahr 1749 veröffentlicht.

[3] Siehe Stein 1996, 155.

essentially the *negotium* of Althusius, that is, any expression of the will by which a person intends to produce a change in his legal position."[4]

Bekanntermaßen heisst „legal transaction" in der englischen Rechtsterminologie (*legal terminology*) „Rechtsgeschäft" obwohl einige Autoren eher den Terminus technicus entweder „juristic act" oder „juridical act" oder „legal transaction" verwenden.

Interessant und von nicht zu unterschätzendem Belang sind in dieser Hinsicht auch die Ausführungen von Michel Villey (1914–1988).[5] Man könnte ebensowenig das Wort „actio/nes/" bei Franciscus Connanus (1508–1551), dem Autor des *Commentariorum iuris civilis libri X*, im Sinne eines „Rechtsgeschäfts" (*negotium juridicum*) interpretieren. Der Umstand, dass die „actio" bei Franciscus Connanus nicht auf das Prozessrecht beschränkt bleibt, rechtfertigt keineswegs die Interpretation dieses Ausdrucks als „Rechtsgeschäft" im technischen Sinne des Wortes.

3. Heinrich Hahn (1605–1668), der namhafte deutsche Rechtsgelehrte („jurisconsultus") hat in seinem bekannten Buch (Werk) *Dissertatio de iure rerum et iuris in re speciebus* (Helmstedt, 1639) die Frage der Kategorisierung bzw. Systematisierung des Vermögensrechtes (*ius patrimoniale*) wieder in Vordergrund gestellt.

Seiner Meinung nach gibt es zwei Teile (*partes*) des Zivilrechts; und zwar das *ius reale* und das *ius personale*; das *ius reale* zerfällt wiederum in *ius in re* und *in ius ad rem*. Dem *ius in re* werden das Eigentum-, das Pfand-, Servituten d.h. Dienstbarkeiten-, Besitz- und Erbrecht zugeteilt und die *iura ad rem* werden – so wie früher – mit den Obligationen (Verbindlichkeiten) identifiziert. Die beiden Kategorien wurden von Heinrich Hahn strukturell dadurch auseinandergehalten, dass die dinglichen Rechte einen absoluten, die Obligationen (*obligationes*) hingegen einen relativen Charakter haben.

4. Die deutsche Historische Rechtsschule bzw. die Pandektistik oder Pandektenwissenschaft hat im Rahmen der ausserordentlich reichen wissenschaftlichen Tätigkeit von Friedrich Carl von Savigny (1779–1861) und Georg Friedrich Puchta (1798–1846) das sog. Pandektensystem und dessen „Allgemeinen Teil" ausgebildet.

Die Wurzeln des „Allgemeinen Teils" und die des Familienrechts sind im System des herausragenden Vertreters des Naturrechts, Samuel Pufendorf (1632–1694) zu suchen.[6] Nach einer philosophischen Einleitung wurde von ihm das Recht einzelner Personen, weiterhin das Recht der höheren gesellschaftlichen Einheit, d. h. der Familie (demnach das Recht des Staates und letzten Endes das Recht zwischen Staaten: Völkerrecht, auf Lateinisch: *ius inter gentes*) erörtert.

[4] Siehe Stein 1999, 123.
[5] Siehe Villey 1968, 588 ff.
[6] Philipson 1914, 305–344.

Im ganzen System ist die Teilung in allgemeinen und besonderen Teile auf die Idee der Vertreter des Naturrechts (*ius naturale* oder *ius naturae*) Christian Wolff (1679–1754), Joachim Georg Darjes (1714–1791) und Daniel Nettelbladt (1719–1791) – die ebenfalls Schüler von Christian Wolff waren – (*pars generalis et specialis, iurisprudentia naturalis generalis et specialis*) zurückzuführen.

Erwähnung verdient auch Christoph Christian Dabelows (1768–1830) *System der gesamten heutigen Civilrechtsgelehrtheit,* in dem der Verfasser bei der Darstellung der Materie im Wesentlichen dem Pandektensystem folgt. Dieses Werk von Dabelow fängt mit dem „Allgemeinen Teil" an.[7]

Die erste Auflage dieses Werkes veröffentlichte Christoph Christian Dabelow im Jahre 1794. Das *System der gesamten heutigen Civilrechtsgelehrtheit,* das im Jahre 1796 auch in einer zweiten Auflage publiziert wurde, bildete die Vorauflage eines dreibändigen Hauptwerkes unter dem Titel *Handbuch des Pandecten-Rechts in einer kritischen Revision seiner Hauptlehren* (Halle, 1816–1818).

In diesem großangelegten Werk versuchte Dabelow alle Rechtsmaterien zu vereinen. Man findet in Christoph Christian Dabelows *Handbuch des Pandecten-Rechts* das Privat- und Lehnsrechts (*ius feudale*) ebenso wie Prozessrecht und Kirchenrecht. Mit Rücksicht auf diesen Umstand kann Dabelow, neben – Daniel Nettelbladt, als Begründer eines „Allgemeinen Teils" – als wesentlicher, „organischer" Bestandteil des Pandektensystems betrachtet werden.

Das moderne Pandektensystem wurde dem Wesen nach zuerst von Gustav Hugo (1764–1844), der Professor in Göttingen war, erarbeitet. Angesichts dessen, dass er aber in einer späteren Auflage seines Werkes von diesem System bzw. dieser Systematik in wesentlichen Punkten abwich, ist dieses System eigentlich erst in der ersten Auflage des Werkes *Grundriß eines gemeinen Civilrechts zum Behufe von Pandecten-Vorlesungen* vom Jahre 1807 von Georg Arnold Heise (1778–1851) zu finden.

Der „Allgemeine Teil" des Pandektensystems bzw. dessen Inhalt ist zweifelsohne eine eigenständige Schöpfung der deutschen Pandektistik bzw. Pandektenwissenschaft. Das Recht der Personen und der Teil über den Rechtsschutz wurzeln zweifelsohne im römischen Recht (*personae* und *actiones*), während die Teile über die subjektiven Rechte und über die Theorie der Rechtsgeschäfte („Rechtsgeschäftslehre") grösstenteils aus der Naturrechtslehre (*doctrina iuris naturae*) stammen. Im Pandektensystem wird das Familienrecht autonom, selbständig. Das Familienrecht trennt sich vom Personenrecht (*res personarum*).

Das Familienrecht wurde zum ersten Male auf Gesetzgebungsebene im Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten als „autonome Rechtsmaterie"

[7] Hier verweisen wir darauf, dass Christoph Christian Dabelow vom Jahre 1791 in Halle (die sog. „Reformuniversität" Halle wurde im Jahre 1694 gegründet) eine Professur innehatte. Nach der Auflösung der Universität Halle wurde er Professor in Dorpat (heute: Tartu in Estland).

behandelt. Die philosophischen Grundlagen der Autonomie des Familienrechts wurzeln in der naturrechtlichen Denkweise von Christian Wolff, die mit den sog. „konzentrischen Kreisen" im Zusammenhang stehen.

5. Nach derartigen Vorläufern wurde das Pandektensystem in seiner Ganzheit von Georg Friedrich Puchta und Friedrich Carl von Savigny, der in Göttingen merkwürdigerweise *nie* die Vorlesungen von Gustav Hugo besuchte, ausgearbeitet.

Die Rechtsmaterie von Puchtas *Pandekten* zerfällt auf einen aus vier Teilen bestehenden allgemeinen Teil, dann werden die dinglichen Rechte, die Obligationen, das Familienrecht und am Ende das Erbrecht erörtert. Der erste Abschnitt des Allgemeinen Teiles spricht „Von den Rechtsvorschriften" (Die Lehre der Rechtsnormen), im zweiten werden die „Rechtsverhältnisse", im dritten die Anwendung der Rechtsnormen und im vierten das Recht der Persönlichkeit ("Die Rechte an der eigenen Person") erörtert.

Zwei Jahre nach der Veröffentlichung Georg Friedrich Puchtas *Lehrbuch der Pandekten* (1838) fängt Friedrich Carl von Savigny den allgemeinen Teil seines großangelegten, bahnbrechenden Werkes „System des heutigen römischen Rechts" (I–VIII. Bde, Berlin, 1840–1849.) an zu publizieren.

In diesem achtbändigen Werk wurde die Rechtsmaterie im Pandektensystem und zwar in seiner endgültigen Struktur (Systematik) dargestellt: a) Allgemeiner Teil, b) Sachenrecht, c) Obligationenrecht, d) Familienrecht und e) Erbrecht.

Das Prozessrecht bildete schon vom Gesichtspunkte der Pandektenwissenschaft her einen selbständigen d.h. autonomen Rechtszweig (auf Französisch: „branche du droit", auf Englisch: „branch of law").

6. Das Personenrecht wurde im Pandektensystem „aufgeteilt". Der eine Teil des *ius personarum* befindet sich im Allgemeinen Teil, während einige Institute des Personenrechts im Rahmen des Familienrechts geregelt werden. Es soll betont werden, dass man die Idee der „Aufteilung" (*divisio*) des Personenrechts bereits in den Werken von Samuel Pufendorf (1632–1694), Christian Thomasius (1655–1728) und Joachim Georg Darjes (1714–1791) findet.

7. Das von den Romanisten d.h. den Vertretern des römischen Rechts erarbeitetete Pandektensystem wurde auch von vielen maßgeblichen Vertretern der germanistischen Richtung der Historischen Rechtsschule angenommen. Karl Friedrich Eichhorn (1781–1854), Georg Beseler (1809–1888) und Otto von Gierke (1841–1921) haben das einheimische germanische Recht, das *ius Germanicum* im Pandektensystem dargestellt.

Das Pandektensystem beeinflusste weiterhin auch die Handelsrechtler, wie z. B. Heinrich Thöl (1807–1884). Das Gleiche bezieht sich auch auf einige namhafte Vertreter des öffentlichen Rechts (*ius publicum*) wie z.B. auf Paul Laband (1838–1918).

Auch manche Vertreter des internationalen (öffentlichen) Rechts (Völkerrechts, *ius inter gentes*) benutzten das Pandektensystem, um die Rechtsmaterie in systematischer Form darzustellen.

BIBLIOGRAPHIE

Bellomo, M. (1995) Geschichte eines Mannes: Bartolus von Sassoferrato und die moderne europäische Jurisprudenz. In: Fuhrmann (Hg.), *Jahrbuch des Historischen Kollegs 1995*. München: Oldenbourg Verlag. 31–44.

Bergfeld, Chr. (1968) Franciscus Connanus (1509–1551). Ein Systematiker des römischen Rechts. Köln, Graz: Böhlau.

Boulet-Sautel, M. (1996) L'exégèse, la glose et leurs corps de référence. *Droits (Revue Française de Théorie Juridique),* décembre 24 1996.

Boulet-Sautel, M. (1985) Sur la méthode de la Glose. *Annales des Facultés de Droit et de la Science Juridique,* 2, 17–26.

Böhmer, A. J. G. (1965) *Einführung in das bürgerliche Recht.* 2. Aufl. Tübingen: Mohr. 71.

Carbasse, J. M. (1998) *Introduction historique au droit*. Paris.

Coing, H. (1970) Trois formes historiques d'interprétation du droit – Glossateurs, pandectistes, École de l'exégèse. *Revue Historique de Droit Français et Etranger*, juillet-décembre 1970.

Coing, H. (1978) Zum juristischen Prozeßbegriff. In: Faber, K.-G. und Meier, Chr. (Hgg.) *Historische Prozesse.* München: Deutscher Taschenbuch Verlag. 365–373.

Eschbach, M. (1856) *Introduction générale à l'étude du droit*. Paris.

Esmain, A. (1925) *Histoire du droit français*. Paris.

Flach, J. (1883) Les glossateurs et les bartolistes selon Cujas. *Nouvelle Revue Historique de Droit Français et Etranger*, mars-avril 7.

Flach, J. (1890) *Etudes critiques sur l'histoire du droit romain au moyen âge*. Paris.

Földi, A. und Hamza, G. (2018) A római jog története és institúciói. (Geschichte und Institutionen des römischen Rechts) 22. verbesserte und vermehrte Auflage. Budapest: Eszterházy Károly Egyetem Oktatáskutató és Fejlesztő Intézet.

Gaudemet, J. (2006) *Les naissances du Droit. Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*. 4e éd. Paris: Montchrestien.

Gilissen, J. (1965) *Introduction historique au droit civil. Partie I: Histoire des sources du droit*. Bruxelles.

Gouron, A. (1993) *Droit et coutume en France au XII et XIII siècles.* Aldershot, Hampshire; Brookfield, Vt. Variorum.

Gouron, A. (1999) Bologne: un modèle inaccessible aux juristes européens du XIIe siècle? In: Droit romain, jus civile et droit français (sous la direction de J. Krynen) Toulouse: Université Toulouse.

Gönner, N. T. (1801) *Handbuch des deutschen gemeinen Prozessrechts in einer ausführlichen Erörterung seiner wichtigen Gegenstände*. Bd. I. Erlangen: Palm.

Hamza, G. (2005) Le développement du droit privé européen. Le rôle de la tradition romaniste dans la formation du droit privé moderne. Budapest: Biblioteca Iuridica of Eötvös Loránd University.

Hamza, G. (2009) *Entstehung und Entwicklung der modernen Privatrechtsordnungen und die römischrechtliche Tradition.* Budapest: Eötvös Univ. Verlag.

Hamza, G. (2006) The Classification into Branches of Modern Legal Systems and Roman Law Traditions („La clasificación en ramas de los sistemas legales modernos y tradiciones del Derecho romano"). *Revista de Derecho de la Pontifícia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVII, 443–472.

Lehmann, A. (1994) Nettelbladt und Dabelow als die eigentlichen Begründer eines allgemeinen Teiles. In: Stammen et al. (Hgg), *Politik – Bildung – Religion. Festschrift für Dr. G. Maier zum 65. Geburtstag*. Paderborn: Ferdinand Schöningh. 39–58.

Lipp, M. (1980) Die Bedeutung des Naturrechts für die Ausbildung der Allgemeinen Lehren des deutschen Privatrechts. Berlin: Duncker & Humblot.

Medicus, D. (1982) Allgemeiner Teil des BGB. Heidelberg: Müller.

Menezes Cordeiro, A. (1985) Evolução juscientífica e direitos reais. *Revista da Ordem dos Advogados,* 45, 71–112.

Nörr, K. W. (1967) Ordo iudiciorum und ordo iudiciarius. In: Forchielli G. und Stickler, A. M. (Hgg.), *Collectanea S. Kuttner* I. *Bologna: Institutum Gratianum*. 327–343. (K. W. Nörr=Iudicium est actus trium personarum. 1993. 3–17.)

Nörr, K. W. (1976) Naturrecht und Zivilprozeß: Studien zur Geschichte des deutschen Zivilprozeßrechts während der Naturrechtsperiode bis zum beginnenden 19. Jahrhundert. Tübingen: Mohr.

Ourliac, P. (1979) *Etudes d'histoire du droit médiéval privé.* Paris.

Ourliac, P. (1985) *Histoire du droit français de l'an mil au Code civil.* Paris.

Philipson, C. (1914) Samuel Pufendorf. In: Macdonell, J. und Manson, E. (Hgg.), *Great Jurists of the World.* Boston: Nijhoff. (reprint: New Yersey, 1997). 305–344.

Pólay, E. (1976) *A pandektisztika és hatása a magyar magánjog tudományára. (Die Pandektistik und ihr Einfluß auf die Wissenschaft des ungarischen Privatrechts)*. Acta Universitatis Szegediensis de Attila József nominata, Sectio Iuridica et Politica. Szeged.

Röttgers, K. (1985) Anmerkungen zum Ursprung des juristischen Prozeßbegriffs. *Archiv für Begriffsgeschichte*, 29, 117–125.

Schwarz, A. B. (1921) Zur Entstehung des modernen Pandektensystems. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Romanistische Abteilung)*, 42, 578–610. (=Rechtsgeschichte und Gegenwart. Gesammelte Schriften zur Neueren Privatrechtsgeschichte und Rechtsvergleichung. Von Dr. A. B. Schwarz. Hgg. von H. Thieme und F. Wieacker Karlsruhe, 1960. 1–25.)

Stein, P. (1996) The Quest for a Systematic Civil Law. Maccabean Lecture in Jurisprudence. *Proceedings of the British Academy,* 90.

Stein, P. (1999) Roman Law in European History. Cambridge: *Cambridge* University Press.

Stein, P. G. (1997) Römisches Recht und Europa. Die Geschichte einer Rechtskultur. Frankfurt am Main: Fischer Taschenbuch.

Stein, P. G. (1999) *Roman Law in European History*. Cambridge: University Press. 123.

Testu, F. X. (1993) Les Glossateurs. Regards d'un civiliste. *Revue trimestrielle de droit civil*, avril-juin, 279–303.

Villey, M. (1968) *La formation de la pensée juridique moderne*. Paris: Montchrestien. 588 ff.
Viollet, P. (1893) *Histoire du droit civil*. Paris.
Wieacker, F. (1967) *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung.* 2. Aufl. Göttingen.
Wilhelm, W. (1958) *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*. Frankfurt am Main. 62–63.
Zitelmann, E. (1906) Der Wert eines «allgemeinen Teils» des bürgerlichen Rechts. *Grünhuts Zeitschrift*, 33, 1–32.

Textual Evidences of the Executive Legal Effects of a 'καθάπερ ἐκ δίκης' Formula in Early Roman Egypt*

JOSÉ-DOMINGO RODRÍGUEZ MARTÍN

In the frame of the discussion on the legal nature of the contractual clause 'καθάπερ ἐκ δίκης' (the most important legal formula used in Egyptian legal papyri during the Roman period) and on its hypothetical practical function, this paper offers what appears to be the first textual evidence of the executive legal effects of the clause.

THE PROBLEMATIC LEGAL NATURE OF THE 'ΚΑΘΑΠΕΡ'ΕΚ ΔΙΚΗΣ' FORMULA IN ROMAN PAPYRI

'Καθάπερ ἐκ δίκης' is, without any doubt, the most important legal formula used in Egyptian legal papyri during the Roman period,[1] for it can be found in all sorts of contracts, from obligational (loan, selling renting, promises, etc.) to real-state conventions (cessions of land), as well as matrimonial agreements or *donationes mortis causa,* just to mention a few.

In addition to the aforementioned examples, the formula was clearly used all throughout the Roman period, from the annexation of Egypt as a Roman province (31 BC) to the latest documents of the Byzantine era (7th century AD), and there are testimonies of it geographically widespread all along the Egyptian territory. Furthermore, it can be found not only in Ptolemaic papyri, but also in epigraphical documents all around the maritime Greek domains.

* The oral version of this paper was presented in the Humboldt-Kolleg „Neue Grenzen – New Frontiers" (Budapest 2018) in German, under the title: „Erste Indizien einer Anwendung von Exekutivtiteln im römischen Ägypten". The author developed this research in the frame of he Spanish National Research Project PGC2018-096572-B-C22 ("Leyendo Vidas: Religion, Derecho y Sociedad en los papiros de las colecciones españolas").

[1] «C'est sans doute la plus importante des clauses contractuelles qui apparaissent dans les papyrus grecs d'Égypte» (Modrzejewski 1963, 114).

But despite the great number of testimonies and the variety of the documents in which the formula is found, its exact nature, meaning, and legal function have been recently under discussion among romanists.

This may be surprising, since for a long time its use had been a settled and undiscussed matter: since the first time the clause was identified (1843 edition of *P.Leid.* O[2]) and after the first detailed studies were done about it (Dareste,[3] Wachsmuth,[4] Revillout,[5] Goldschmidt,[6] and especially Mitteis[7]), legal scholars were almost unanimous in considering it an 'enforcement clause', that is to say, a formula that allowed the creditor to seize the debtor and his belongings in case the latter had not accomplished his or her obligations included in a contract.

According to this interpretation, the approximate meaning of the expression 'καθάπερ ἐκ δίκης' could be: '(the execution will take place) as if a verdict was announced'.[8] In other words, the creditor could enforce the contractual obligations without having to resort to a judge in order to obtain a previous verdict in his favour. Therefore, the inclusion of a καθάπερ ἐκ δίκης formula into a document would make the contract turn into what German scholars used to call an 'Exekutivurkunde', nowadays 'vollstreckbare Urkunde' – or a document that allows the direct enforcement of unfulfilled obligations without the intervention of the court.

This view was developed by scholars such as Hitzig,[9] Brassloff,[10] Schwarz[11] or Jörs,[12] and followed afterwards by research done by later generations like Wenger,[13] Taubenschlag,[14] Seidl[15] or Cantarella.[16]

But, as said, more recent Roman Law studies have put this generally assumed interpretation under discussion. One of the main critics is based on the fact that Roman legal sources of the Imperial period seem to limit or even banish direct enforcement practices (in this sense mainly Kaser[17]). But if it were truly the case, it

[2] Leemans 1843, 81; on this work see Mitteis 1891, 402 nt. 4; Velissaropoulos-Karakostas 2011, 423–424.

[3] Dareste 1884, 362–376.

[4] Wachsmuth 1885, 283–303.

[5] Revillout 1886, 73.

[6] Goldschmidt 1889, 352–396.

[7] Mitteis 1891, 402.

[8] So for example David and Van Groningen 1965, 44 fn. 12. See nevertheless below other translation options.

[9] Hitzig 1895, 59–62.

[10] Brassloff 1900, 374–381; idem 1902, 1–25.

[11] Schwarz 1911, 70–136.

[12] Jörs 1919, 12–18.

[13] Wenger 1925, 319–321; Wenger 1953, 797.

[14] Taubenschlag 1955, 531–537.

[15] Seidl 1962, 99–102.

[16] Cantarella 1965, 30–37; specific bibliography on this question in Cantarella 1965, 35 nt. 100.

[17] Kaser 1971, 330 nt. 4, 5 and 6, with commented bibliography on the topic.

would be then very difficult to explain why the καθάπερ ἐκ δίκης formula managed to become so long-lasting and geographically so widespread.

In order to explain this apparent contradiction of the sources, an original (and quite successful) new interpretation was proposed by German scholar H.J. Wolff in 1970:[18] the expression 'καθάπερ ἐκ δίκης' would have been created by Ptolemaic notaries about 170 BC, the hypothetical date in which the traditional Ptolemaic judicial system based on *dicasteria* was apparently substituted by a new one based on the *chrematistai*-courts; but also the chronological point from which a sudden increase in the number of papyri containing the καθάπερ ἐκ δίκης formula can be attested.

Ptolemaic notaries, according to Wolff, would have added the 'καθάπερ ἐκ δίκης' formula to the '*praxis* clauses' of the documents, in order to expressly clarify that, despite the derogation of the *dicasteria,* enforcement could still be carried out according to the old system ('καθάπερ ἐκ δίκης' meaning accordingly: 'As one did when bringing a δίκη to the *dicasteria*'). The formula would, therefore, resort to an analogy, not to a legal fiction.[19]

METHODOLOGICAL PROBLEMS AND LACK OF TEXTUAL TESTIMONIES OF THE USE OF THE FORMULA IN DAILY LEGAL PRACTICE

But all these perspectives suffer from some exegetical limitations: first of all, the 'apparent' contradiction between Roman Law and papyrological testimonies may be explained by the methodological prejudices by means of which Kaser and other romanists approached the papyri, since there is only a 'contradiction' if you assume an exegetical perspective that forces every document in the Roman Empire to match the pandectistic conception of Roman Law –a methodological burden that did not determine the papyrological studies of Mitteis' generation, as above commented. On the contrary: the enforcement procedure of executive documents in Roman Egypt is well-known and widely attested ('Mahnverfahren', via διαστολικόν, intervention of the πράκτωρ χενικῶν, ἐνεχυρασία and afterwards ἐμβάδεια of the goods, possibility of ἀντίρρησις, etc.).[20] A prejudice-free exegesis of legal documents of Egypt under Roman rule displays an accepted, widespread daily practice that does not seem to come into conflict with any official regulation.

[18] Wolff 1970, 527–535. The German scholar had also previously supported the traditional view of the formula as producer of 'Exekutivurkunden' (see Wolff, 'Die Praxisklausel in Papyrusverträgen', 1961, 102–128).

[19] Wolff 1970, 535.

[20] See for all Rupprecht 1994, 149–150, with related bibliography.

Besides, we possess numerous testimonies of enforcement clauses (πρᾶξις) without the καθάπερ ἐκ δίκης-Formula, whose executive character is not under discussion; it is therefore not surprising that some scholars, sharing Wolff's exegetical doubts and lacking other textual testimonies, consider the 'καθάπερ ἐκ δίκης' formula nothing more than a mere *Floskelklausel,*[21] an empty formality inherited from previous times but with no real effect in Roman legal practice.[22] The formula 'καθάπερ ἐκ δίκης' would be nothing more than an empty formal clause, whose survival in legal documents was only due to the well-known formal rigidity of documentary papyri;[23] that would also explain the presence of a clause that 'apparently' collided with imperial Roman Law.

It is nevertheless important to point out that all these researches were based, on the other hand, on a restricted number of testimonies, since until the moment there has been no scientific attempt to collect a comprehensive corpus of all the papyri containing the 'καθάπερ ἐκ δίκης' formula, in order to obtain a complete and therefore reliable overview of the whole textual basis. It is indeed significant that Wolff himself had to admit the 'tentative character' of his proposal, «being restricted entirely to circumstantial evidence».[24]

Besides, all these discussions about nature, function or survival of the 'καθάπερ ἐκ δίκης' formula under Roman rule stumbled upon the same obstacle: they have to stand on theoretical conjectures or legal speculation, since there is no textual testimony of the use of the formula in daily legal practice. In other words: even though the formula is to be found in hundreds of legal documents all along the Roman period – and being to our disposal so many documents describing the enforcement procedure –, until now there is no official proceeding, imperial constitution, jurisprudential text nor literary source that describes the application of this specific formula in legal practice and its hypothetical legal consequences: a creditor avoid-

[21] In Schwarz's own words (Schwarz 1911, 73–74): "Ob den Worten 'καθάπερ ἐκ δίκης' in solchen Fällen eine exekutive Wirkung auch zukam, erscheint aber als sehr zweifelhaft und ich möchte vielmehr meinen, daß dieselben als bloße Floskel zu beurtelien sind".

[22] In this sense Meyer-Laurin 1975, 204; Primavesi 1986, 112–113; Llewelyn 1994, 215–218; Rupprecht 1994, 143, 184. Meyer-Laurin 1975, 204 even comes to the conclusion that between the Greek, Ptolemaic and Roman testimonies of the 'καθάπερ ἐκ δίκης' formula there is no connection, "außer einer zufälligen Ähnlichkeit des Wortlauts"; a conclusion that surely exceeds the cautious interpretation of Wolff himself (in this sense see Grotkamp 2018, 150: the discussion aroused by Wolff should be considered "eine Randfrage").

[23] "It bears witness to the stability of the documentary style throughout the centuries" Wolff 1970, 535.

[24] Wolff 1970, 527: "I should not, of course, conceal its tentative character. Being restricted entirely to circumstantial evidence, a hypothesis is all I am able to offer…"; "I am fully aware of the hypothetical character of my proposal…", (533); "With all the reserve imposed on us by the scantiness of our sources…" (534).

ing the judge and proceeding directly against the goods (or person) of the debtor, thanks to the insertion of a 'καθάπερ ἐκ δίκης' formula in the contract.

Being such an interesting question still open,[25] in the past years I have been gathering and studying all testimonies of Roman papyri containing 'καθάπερ ἐκ δίκης', as well as all the Ptolemaic and Greek precedents, not only in papyrus but also in legal epigraphy and literature. Although this research is about to be finished and its final results will be soon published, it can already be stated that a first exegetical analysis of the corpus has been very fruitful, since in my opinion, it is now already possible to provide, for the first time, a textual evidence of the legal meaning of the 'καθάπερ ἐκ δίκης' formula and its consequences in daily legal practice in early Roman Egypt. The aim of this paper is thus to identify these testimonies in order to add some more exegetical clues to the problem of the legal nature and real applicability of the 'καθάπερ ἐκ δίκης' formula.

'ΚΑΘΑΠΕΡ'ΕΚ ΔΙΚΗΣ' IN THE MARRIAGE ΣΥΓΧΩΡΗΣΕΙΣ OF AUGUSTAN ALEXANDRIA

A textual evidence – or at least, a significant trace – of an effective application of the 'καθάπερ ἐκ δίκης' formula and its specific meaning can be detected, in my opinion, in the Alexandrian marriage συγχωρήσεις of Augustan times.

As it is well known, these documents were extracted from mummy cartonnage discovered in the Abusir el-Meleq (former Busiris) excavations, conducted by Otto Rubensohn between 1903 and 1908. The cartonnage were sent to Berlin, where Schubart was in charge of the extracted papyri. At the moment the papyri were

[25] See in this sense already Modrzejewski 1963, 116: "Il semble cependant que le problème posé par la *Praxis-Klausel* ne soit pas épuisé […] C'est dire assez que la discussion sur la *praxis* est loin d'être close"; and again Modrzejewski 1970b, 326: „Tout le problème de la clause exécutoire mériterait d'ailleurs une étude d'ensemble nouvelle"; Cantarella 1965, 31 confirms „la necessità di riesaminare il problema sotto la luce gettatavi [by Wolff]"; Rupprecht 1967, 104: „eine ausfürhliche Behandlung der damit zusammenhängenden Fragen, auch aufgrund der Inschriften, wäre dringend zu wünschen", *uid.* también *ibid.* 106; Hengstl 1976, 343: „Zu dieser bedeutsamen, grundsätzlich sicherlich zutreffenden These bestehen immer noch oder ergeben sich immer wieder Einzelfragen, die zu gesonderter Erörterung anregen, allerdings auch den Wunsch nach einer profunden, insbesondere auch die epigraphischen Quellen berücksichtigenden Gesamtuntersuchung dieses Themas wecken"; Mitthof 2009, 221: „Die hier behandelten Papyri werfen Fragen auf, die zwar das Verfahren der Zwangsvollstreckung im ptolemäischen und frührömsichen Ägypten betreffen, meines Erachtens aber auch für das Verständnis der Pfändungspraxis in der Poliswelt von Relevanz sind und daher am inschriftlichen Material geprüft werden sollten"; Jördens 2012, 400: „Den unbefangenen Historiker und Papyrologen lassen diese Ausführungen zunächst perplex zurück, steht ihm doch unmittelbar eine ganze Reihe von Fällen aus dem Vertragswesen vor Augen, in denen die Fiktion eine nicht unwesentliche Rolle spielt". Even Kaser himself, after expressing his own doubts on the nature of the formula, still considered the matter far from being solved, cf. Kaser and Hackl 1996, 624.

expected to come from Abusir el-Meleq or other from its vicinity, but instead, the extracted papyri were about to reveal a great discovery: a part of the new documentation came from the city of Alexandria. In other words, for the first time, we had documents produced in one of the most important cultural, political and legal placemarks of the whole Ancient Egypt, at the very beginning of Roman rule. The publication of those texts in the fourth volume of *BGU* (1912) logically aroused great expectations among specialists.[26]

Among those Alexandrian texts there is a group of marriage contracts, which were written up in the form of a συγχώρησις, that is to say, private nuptial conventions written up following the model of a judicial transaction.[27] In particular, those marriage agreements of interest for the present study are *BGU* IV 1050, 1051, 1052, 1098 and 1101.[28]

In these nuptial agreements the obligations of husband and wife are recorded in detail, and – following the old Ptolemaic tradition even since *P.Eleph.* 1, the oldest dated preserved documentary papyrus, which by the way already contains a 'καθάπερ ἐκ δίκης' formula – fines are provided for both of them in case of breach.[29] The relevant information for this study is preserved in this part of the συνχώρησις text.

Let us begin with the husband's obligations: in case of unfulfillment on his side, the wife can resort to the πρᾶξις clause of the agreement, by means of which the recovery of the dowry can be enforced 'καθάπερ ἐκ δίκης'. Let's take a look at *BGU* IV 1050 (12-11 BC, l. 11-19) an example of this:

[26] See Schubart 1913, 35–131, where the author describes the discovery in detail; on its significance see also Brashear 1996, 367–368. Wolff 1939, 34, refers to them as the 'well-known marriage συγχωρήσεις of Alexandria'.

[27] On συγχώρησις als document type see for all Wolff 1978, 91–95, who defines them as 'gerichtsnotarielle Urkunde'. They would have originally consisted in real judicial transactions, but with the passage of time they would have evolved to become an abstract contrat model, destinated to be filed upon the *Katalogeion* of Alexandria (see examples of these two types of συγχώρησις in Preisigke 1915, v 'συγχώρησις', 161). The documentation procedure of nuptial agreements by means of this type of document is a discussed matter among scholars, for it suggests a double formality while documenting marriages: first συγχώρησις and then a subsequent register upon the city's *hierothytai;* on this see Montevecchi 1936, 16; Erdmann 1940, 165 nt. 4; Wolff 1939, 34; Wolff 1978, 29 nt. 90a and 138 nt. 7; Modrzejewski 1981, 256–258; Yiftach-Firanko 1997, 178–182; Vérilhac and Vial 1998, 18–21; Velissaropoulos-Karakostas 2011, 278–283.

[28] For a description of their legal content see Wolff 1939, 34–35. Apart from the here studied testimonies some other different marriage documents were discovered, such as two divorce agreements (*BGU* IV 1102 and 1103), a separation between mother- and daughter-in-law after the husband's death (*BGU* IV 1104) and a claim on the recovery of a dowry after a divorce (*BGU* IV 1105). On these documents as a whole and on their value as source of information about Greek-Egyptian marriage law under Augustus see Vérilhac and Vial 1998, 15–28.

[29] On the relationship between this kind of penal clauses and the freedom of divorce in the context of Roman law see Urbanik 2016, 1044. The author studies specifically *BGU* 4 1050 in relationship with the imperial constitution of Alexander Serverus in *Cod.Iust.* 8,38,2 (223 AD).

(…) τὸν Διονύσιον ἀπεσχη-
κότα τὴν προκειμένην φερνὴν τρέφειν καὶ
ἱματίζειν τὴν Ἰσιδώραν ὡς γυναῖκα γα[μετὴν]
κατὰ δύναμιν καὶ μὴ κακουχεῖν αὐτὴν μήδ᾽ ὑ-
βρίζειν μήδ᾽ ἐγβάλλειν μήδ᾽ ἄλλην γυναῖκα
ἐπεισάγειν ἢ ἐκτίνειν τὴν φερνὴν σὺν ἡμιο-
λίᾳ τῆς πράξεως γινομένης ἔκ τε αὐτοῦ
Διονυσίου καὶ ἐκ τῶν ὑπαρχόντων αὐτῷ πάντων
καθάπερ ἐγ δίκης (…)

19 l. ἐκ

"(They marry on the understanding that) Dionysios, taking the aforementioned dowry, supports and clothes Isidora as befits a married woman, according to his means, and that he not mistreat her or abuse her or throw her out or bring another woman into (the house) or (if he does), he pays back in full the dowry plus 50 percent, there being the right (to Isidora) to exact payment from the same Dionysios[30] and from all his possessions as if by a court judgement[31] […]"

As it can be seen, the agreement provides the wife with a typical πρᾶξις clause, in which the type of enforcement is qualified by a 'καθάπερ ἐκ δίκης' formula, as in a great number of Roman documentary papyri containing πρᾶξις clauses. And the same model of enforcement clause including a 'καθάπερ ἐκ δίκης' formula is also followed in all the other marriage συνχωορήσεις of Augustan time; little modifications are only due to the specific details of each individual agreement:

[30] The expression 'ἔκ τε αὐτοῦ' refers to the personal execution on the body of the debtor; in this sense, the text could also be translated as: 'there being the right (to Isidora) to exact payment from Dionysios himself'. About personal execution see Weiss 1935, 1935, cols. 56–59; Mitteis 1891, 445–446; Rupprecht 1994, 149–150, with bibliography. A very good summary in F.v. Woess 1931, 426. See also Seidl 1962, 103; Modrzejewski 1962, 78.

[31] Text translation by Grubbs 2002, 124–125. For other translation examples of the 'καθάπερ ἐκ δίκης' formula, see Jörs 1919, 13 nt. 1: „wie aus einem Urteil", „als ob er einen Prozeß verloren hätte", „ebenso wie ein Urteil"; Wenger 1953, 797: „[…] der Verpflichtete sich für den Fall der Nichterfüllung der Obligation unter Verzicht auf ein weiteres Prozeßverfahren sofort der Exekution wie ein rechtskräftig Verurteilter unterwirft"; Modrzejewski 1963, 115: „comme à la suite d'une sentence judiciaire"; Kaser 1975, 330 nt. 4: „wie aus Urteil"; Platschek 2013, 273: „come sulla base di una sentenza".

BGU IV 1051, 30-14 BC, l. 20–28:

20 […] ἢ ἐκτ[ι-]
νειν αὐτόν τε καὶ τὴν Διδύμην παρα-
χρῆμα τὴν προκειμένην φερνὴν σὺν
ἡμιολίᾳ τῆς πράξεως γεινομένης
τῇ Λυκαίνῃ ἔκ τε αὐτοῦ Ἱέρακος καὶ
25 ἐκ τῆς ἐνγύου Διδύμης καὶ ἐξ ἑνὸς οὗ
ἐὰν αὐτῶν αἱρῆται καὶ ἐκ τῶν ὑπαρχόν-
των αὐτοῖς πάντων καθάπερ ἐγ δί-
κης [..]

"[…] or (if he does), he and Dydyme pays back immediately the handed dowry plus 50 percent, there being the right to Lucaina to exact payment from the same Hierax and from Dydyme's security and from one of them chosen by her and from all his possessions as if by a court judgement […]"

27 l. ἐκ

BGU IV 1052, 13 BC, l. 18–22:

ἢ ἐκτίν[ειν] παραχρῆμα τὸ φερνάριον
σὺν ἡμ[ιολίᾳ] τῆς πράξεως γινομένης
20 ἔκ τε [αὐτο]ῦ Ἀπολλωνίου τοῦ Πτολεμαίου
[καὶ] ἐκ τῶν ὑπαρχόντων αὐτῷ πάν-
[των κα]θάπερ ἐγ δίκης […]

"[…] or (if he does), he pays back immediately the dowry plus 50 percent, there being the right (to her) to exact payment from the same Apollonius son of Ptolemaios and from all his possessions as if by a court judgement […]"

22 l. ἐκ

BGU IV 1098, 19-15 BC, l. 27–32:

27 [. . . . .]. . . . ἐὰν δέ τ[ι τούτων παραβαί-]
[νῃ, ἐκτίν]ειν αὐτὸν παρ[αχρῆμα τὴν προκει-]
μένην φερνὴν σὺν ἡμ[ιολίαι τῆς πράξεως]
30 [γειν]ομ[έ]νης τῆι Ἀπολλω[ναρίωι ἔκ τε αὐ]τοῦ
Τρ[ύφω]νος καὶ ἐκ τῶν ὑ[παρχόντω]ν αὐ-
τοῦ πάντων καθάπερ ἐγ δ[ίκης […]

"[…] but if (the husband) commits any of these, he pays back immediately the handed dowry plus 50 percent, there being the right (to her) to exact payment to Apollonaria from the same Triphon and from all his possessions as if by a court judgement […]"

32 l. ἐκ

BGU IV 1101, 13 BC, l. 12–14:

(12) […] ἢ ἐκτίν(ειν) τὴν φερνὴ(ν) σὺν ἡ(μιολίαι)
τῇ(ς) πράξ(εως) γεινο(μένης) τῇ Διο(νυσίαι)
ἔκ τε αὐτοῦ Ἀμμω(νίου) καὶ ἐκ τῶν
ὑπαρχ(όντων) αὐ(τοῦ) πάντων
καθ(άπερ) ἐκ δίκ(ης) […]

"[…] he pays back the dowry plus 50 percent, there being the right to Dionysia to exact payment to Apollonaria from the same Ammonios and from all his possessions as if by a court judgement […]"

But the relevant information for this research is revealed while reading the document text just after the πρᾶξις clause, where the wife's obligations are recorded and accordingly also her husband's prerogatives in case of unfulfillment on her side. Let's take again *BGU* IV 1050 as a sample:

καὶ τὴν δὲ Ἰσιδώραν μήτε ἀπό-
κοιτον μήτε ἀφήμερον γείνεσθαι ἀπὸ τῆς
Διονυσίου οἰκίας ἄνευ τῆς Διονυσί[ου] γνώμης
μηδὲ φθείρειν τὸν οἶκον μήδ᾽ ἄλλῳ ἀνδρὶ
συνεῖναι ἢ καὶ αὐτὴν τούτων τι διαπραξαμέ-
νην κριθεῖσαν στέρεσθαι τῆς φερνῆς.

"And (on the understanding that) Isidora does not sleep away or be away for a day from Dionysios' house without Dionysios' approval, or damage the home, or be with another man, or (if she does), after being judged guilty of having done so, she is deprived of her dowry."[32]

The comparison between the legal positions of husband and wife reveals an absolutely precious information: while the wife, as it was already stated above, is legally entitled to act directly against her husband in case of breach of contract on his side, the husband, on the contrary, can deprive his wife of the dowry only after having obtained a judicial decision in his favour, proving her guilty ('κριθεῖσα').

Just like the πρᾶξις clause in favour of the wife recurs in all the other Alexandrian συγχωρήσεις, also this opposition between 'καθάπερ ἐκ δίκης' and the passive aorist participle of κρίνω is included in all the marriage agreements:

BGU IV 1051, l. 32–35:

ἢ καὶ αὐτὴν τούτων τι διαπραξαμέν[ην]
κριθεῖσαν [καὶ] τέρεσθαι τῆς φερνῆς χορὶς
τοῦ τὸν παραπαίνοντα ἐνέχεσθαι τῷ
ὡρισμένῳ προστίμῳ

"[…] or if she does, after being judged guilty of having done so, she is deprived of her dowry, and besides she, as an offender, will be subjected to the provided fine"

33. l. <σ>τέρεσθαι 34. l. παραβαίνοντα

BGU IV 1052, l. 29–33:

[…] ἢ καὶ αὐτὴν
τούτ[ω]ν τι διαπραξαμένην κριθῖσαν
στέρεσθαι τοῦ φερναρίου χωρὶς τοῦ
τὸν παραβαίνοντα ἐνέχεσθαι καὶ τῷ
ὡρισμένῳ προστίμωι.

"[…] or if she does, after being judged guilty of having done so, she is deprived of her dowry, and besides she, as an offender, will be also subjected to the provided fine"

30. l. κριθεῖσαν

BGU IV 1098, l. 39–40:

[ἐὰν] δέ τι τούτων ἐπιδειχθῇ ποιοῦσα
κ[ριθεῖσαν] στ̣έ̣ρεσθαι αὐτὴν τῆς φερνῆς

"[…] but if it is proved that she has done so, after having been judged she is deprived of her dowry"

[32] Translation by Grubbs 2002, 124–125.

BGU IV 1101, l. 17-18:

(17) ἢ καὶ αὐτὴ(ν) τούτων <τι> διαπραξαμέ(νην) κριθ(εῖσαν) στέρεσθαι τοῦ φερνα(ρίου) χωρὶς τοῦ τὸν παραβ(αίνοντα) ἐνέχ(εσθαι) τῷ ὡρ(ισμένῳ) προστ[ί]μ(ωι)

"[…] or if she does, after being judged guilty of having done so, she is deprived of her dowry, and besides she, as an offender, will be also subjected to the provided fine"

Although in *BGU* 4 1098 y 1101 the term 'κριθεῖσαν' has been restored or developed by the editors, the exact syntactical and semantical parallelism between all the nuptial συνχωρήσεις leave no space for doubt about its presence in the text.[33]

As it has been pointed out, the comparison between the fact that the wife is entitled to enforce directly without any previous judicial decision ('καθάπερ ἐκ δίκης') while the husband must always take her to court ('κριθεῖσα') first, is very significant. If we begin by submitting these pieces of evidence to a semantical analysis, the clear technical (i.e., procedural) meaning of the passive aorist participle of κρίνω cannot be questioned, and so it is understood by scholars, both in their translations[34] as well as in the very few cases in which the meaning of the expression: 'ἢ καὶ αὐτὴν τούτων τι διαπραξαμένην κριθεῖσαν…' has briefly drawn their attention while studying other problems – such as the substitution of Ptolemaic arbitration by court procedures[35] or the history of *actio dotalis.*[36]

[33] In this sense, if 'κριθεῖσα' cannot be found also in other Alexandrian *synchoreseis* must be only due to their fragmentary state of preservation: in fact both *BGU* IV 1099 and 1100 are interrupted in the part of the text where the list of obligations for the wife should begin.

[34] Since Alexandrian συνχωρήσεις have drawn the scholars' attention since the very beginning, there are plenty of translations of the term of interest to this research ('κριθεῖσα'): so for example Johnson 1936, 293 § 182: "after trial"; Lewis 1983, 55: "if tried and found guilty"; Hunt and Edgar 1988, 11: "if guilty of these actions, shall after trial." similar Katzoff 1995, 43; Sherk 1988, 243: "will be judged (an deprived of…)"; Migliardi Zingale 1992, 33 § 16: "sia condannata in giudizio"; Pestman 1994, 102, n. 23–24: "'κρίνεσθαι': to be declared guilty of having perpetrated – 'διαπράσσω' – something"; Brashear 1996, 383: "after having stood trial"; Grubbs 2002, 124: "after being judged guilty…"; Manning 2014, 152: "after trial". On the other side, Berger 1911, 222 points out the specific use of 'ἐπιδειχθῆι' ('to prove') together with 'κριθεῖσαν' in *BGU* IV 1098, a fact that does not leave space for doubts about the procedural meaning of the participle.

[35] Berger 1911, 222 mentions the term 'κριθεῖσα' but only to prove that the old Ptolemaic arbitration system, to which the marriage legal conflicts were submitted (as documented in *P.Eleph.* 1, l. 7–8 and 10, with three arbitrators: 'ἐναντίον ἀνδρῶν τριῶν') had in the 1st century BC already been substituted by a judicial procedure. On arbitration in *P.Eleph.* 1 see Wolff 1960, 191–223.

[36] Häge 1968, 88 is the other author that considers the term 'κριθεῖσα' to have a clear procedural meaning, although — in my opinion — he understands it the wrong way: Häge considers that the term 'κριθεῖσα' reveals that the woman had to go to court in order to get back the dowry in case her husband did not want to render it. According to the German scholar, the husband had no reason to bring his wife to court, since he would be already in possession of the dotal goods in any case. This hypothesis is however conditioned by Häge's assumption that there was no specific action for recovery of the dowry in Hellenistic law (*ibidem,* 82–83), since the πρᾶξις clause in favour of the wife would have make it

The logical deduction is to assume that also the expression 'καθάπερ ἐκ δίκης' belongs to the same semantic field, and therefore, that also its original meaning must be strictly procedural. By comparison with the procedural meaning of 'κριθεῖσα', an appropriate translation of the formula 'καθάπερ ἐκ δίκης' seems to be: 'as if by a court judgement', that is to say, 'without having to bring the debtor to trial first'. In this sense is not irrelevant that in three of the documents – *BGU* IV 1051, 1052 and 1098 – it is specifically stated that the husband ought to give the dowry back 'immediately' (παραχρῆμα).

This view, on the other hand, is also coherent with the fact that both in Greek and Roman marriage law the wife has the possibility to get the dowry back from the husband in case of divorce, as it is well known. This rule, being especially respectful of the wife's rights over those of the husband – for the financial and thus social survival of the woman without husband will depend on the recovery of the dowry –, matches perfectly the legal difference established in these contracts between the two parties: while she has the privilege to enforce directly against her husband without any previous judicial decision ('καθάπερ ἐκ δίκης'), he must always bring her to court ('κριθεῖσα') first, before he can deprive her of the dowry.[37]

---

unnecessary (*ibidem,* 85). Häge's view is however difficult to accept, for several reasons: although it is indeed significant that almost all marriage documents include the πρᾶξις clause in favour of the wife (in this sense Mitteis 1891, 435, who considered it to be a general rule), some testimonies such as *P.Tebt.* I 104 (marriage document of 92 BC, entirely preserved and without πρᾶξις clause) prove that the wife beared right to recover her dowry independently of the presence or not of an enforcement clause (supporting this critical opinion already Modrzejewski 1970a, 58 nt. 26; it must be pointed out that also in *P.Tebt.* I 104 appears the term 'κριθεῖσαν', although it is just an editorial conjecture. On this question see Winter 1933, 119–121; Vérilhac and Vial 1998, 202, nt. 161; Velissaropoulos-Karakostas 2011, 290 and in detail Yiftach-Firanko 2003, 235–237; summary of marriage documents in Montevecchi 1981, cit. nt. 150, 4–6). On the other side, Häge's interpretation does not match, in my opinion, with the technical meaning of the term 'στέρεσθαι' ('deprive of'), used in the papyri to describe the fact that the husband is forced to go to trial in order to judicially 'deprive' his wife of the dowry (on the technical-procedural sense of 'στέρεσθαι' see Häge 1968, 73–75; Modrzejewski 1970a, 56–57; Modrzejewski 2011, 267–268. See also *ibidem* 267 nt. 38 on the esssencial literature relating the controversial question on the property of dowry goods, which Modrzejewski considers to belong to the wife even though they had entered his husband's patrimony; hence the need for the husband to take her to court in order to judicially prove her unfullfilment – 'κριθεῖσα' – and by these means be entitled to lawfully adquire the dowry, although it may already be in his possession). Yiftach-Firanko 2003, (cit. *supra*), 232 points out that the πρᾶξις had indeed substituted the old judicial procedure against the husband.

[37] Modrzejewski pronounces himself for the full compatibility between Roman and Greek legal policies towards the divorced wife's protection; see Modrzejewski 1970a, 81, where he studies the legal Hellenistic traditions and those of Roman law on the base of the Alexandrian *synchoreseis*: the Polish scholar speaks of "faktische Kontinuität landesüblicher Rechtsgebräuche", although nuancing: "Von 'Geltung' im strengen Sinn des Wortes kann keine Rede sein". Velissaropoulos-Karakostas 2011, 289 considers that even the famous definition of marriage in Mod., *Dig.* 23,2,1 could perfectly match both Roman and Greek coneptions of marriage in this periode.

The semantical opposition 'καθάπερ ἐκ δίκης' vs. 'κριθεῖσα' is, therefore, a crucial piece of information. If this view is correct, it would mean that we have found for the first time evidence – or at least an indirect one – for the real (and not fictional or merely formal) executive and procedural meaning of the 'καθάπερ ἐκ δίκης' formula under early Roman rule, referring to an actual avoidance of the trial. The formula would be, at least in this case, no '*Floskelklausel*', but quite the opposite: provided with full technical meaning, it would grant one of the contractual parties a great advantage in the moment of enforcement of unfulfilled obligations.

Anyway, one has to be cautious, since the significance of this evidences is restricted to a specific geographical and chronological space: the opposition 'καθάπερ ἐκ δίκης' vs. 'κριθεῖσα' does not take place in any other documents apart from those produced in Alexandria. In fact, only one other document[38] can be added to those studied in this paper, namely *SB* XXIV 16073, another marriage *synchoresis* belonging to the same group of papyri originally published in *BGU* IV – and dated in the same period of Augustan Alexandria, 12 BC –, but only recently published.[39]

SB XXIV 16073, l. 37–38:

ἢ καὶ αὐτὴν τούτων τι [δι]απραξαμένην κριθίσαν στέρεσθαι τῆς φερ[ν]ῆς· "[…] or (if she does), after being judged guilty of having done so, she is deprived of her dowry"

30. l. κριθεῖσαν

It is also very interesting that in the back side of *SB* XXIV 16073 we can find the draft of the document,[40] in which both the καθάπερ ἐκ δίκης formula is to be found (l. 13), as well as the reference 'κρι`θ´(εῖσαν)' in line 16.[41]

Maybe the formal and material specificity of the Alexandrian documents would explain the fact that only in them can be found the opposition between the contractual party that can avoid the court and enforce 'καθάπερ ἐκ δίκης' and the one that has to wait for a favourable sentence ('κριθεῖσα') before being entitled to execute his claim; but they have preserved for us the valuable testimony of the survival, already under Roman rule, of a 'καθάπερ ἐκ δίκης' formula with full, procedural meaning,

[38] Apart from the above mentioned papyrus, only another remote precedent can be found in *P.Freib.* III 30 (179 BC), but the document has no 'καθάπερ ἐκ δίκης' formula and 'κριθεῖσαν' is just a conjecture of the editor, due to the poor state of the papyrus. On this other testimony see Häge 1968, 73 and 87; Vérilhac and Vial 1998, 202, nt. 161.

[39] Edited by Brashear in 1996 (Brashear 1996, 376–378). The editor explains in p. 368 that the document remained unedited because it lied under the minor scraps of the papyri edited by Schubart, "to expend the next 80 years of its existence the way it spent the first 1900 – in oblivion".

[40] Edited separately as *SB* XXIV 16072.

[41] For the draft transcription see Brashear 1996, 26 and 373–374; on the whole document see Yiftach-Firanko 1997, 178–182.

still attesting direct executive consequences clearly inherited from the Ptolemaic and Greek legal tradition.

In any case, it is a very significant piece of information: while, on the one hand, it seems that in future Roman Egypt the possibility of enforcement did not depend any more on the addition of a 'καθάπερ ἐκ δίκης' formula to the πρᾶξις-clauses – and therefore testimonies of the documents including formula would mean no more than an obvious statement, since *superflua non nocent* –, on the other hand the examples above commented may be the last and precious testimonies of a specific, still technical – and not merely formal – meaning of the wording 'καθάπερ ἐκ δίκης'. It is in any case an interesting evidence that should be kept in mind in future researches on the legal nature 'καθάπερ ἐκ δίκης' formula and its practical effects.[42]

BIBLIOGRAPHY

Berger A. (1911) *Die Strafklauseln in den Papyrusurkunden. Ein Beitrag zum gräko-ägyptischen Obligationenrecht.* Leipzig–Berlin.

Bozza, F. (1934) 'Il matrimonio nel diritto dei papiri dell'epoca tolemaica'. *Aegyptus,* 14–2, 240.

Brashear, W. (1996) 'An Alexandrian Marriage Contract'. In: Katzoff, R. et al. (eds.), *Classical Studies in Honor of David Sohlberg.* Ramat Gan. 367–384.

Brassloff, S. (1900) 'Zur Geschichte des römischen Compensationsrechtes'. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Rom. Abt.,* 2, 362–384.

Brassloff, S. (1902) *Zur Kenntniss des Volksrechtes in den romanisierten Ostprovinzen des römischen Kaiserreiches.* Weimar.

Cantarella, E. (1965) *La fideiussione reciproca („ΑΛΛΗΛΕΓΓΥΗ" e „MUTUA FIDEIUSSIO").* Milan.

Dareste, R. (1884) 'Sur la συγγρᾰφή en droit grec et en droit romain'. *Bulletin de correspondence hellénique,* 8, 362–376.

David, M. and Van Groningen, B. A. (1965) *Papyrological Primer*. 4th. ed. Leyden.

[42] It is nevertheless striking that this relevant piece of information has remained unnoticed by scholars. The explanation may lie in the fact that scholars before Wolff's groundbreaking study took for granted that documents with a 'καθάπερ ἐκ δίκης' formula adquired executive force: "It follows that there can be no quarrel with accepted opinion as to its premise that there existed in the legal system of Roman Egypt ways of extrajudicial enforcement of claims embodied in documents", Wolff 1970, 528. Therefore the opposition 'καθάπερ ἐκ δίκης' vs. 'κριθεῖσα' did not draw their attention, for they would consider the alternative between judicial and extrajudicial claims as something common both in Greek and Roman law (in this sense for example Bozza 1934, 240, regarding *BGU* IV 1050; Erdmann 1940, 182; Erdmann 1941, 44; and even Häge 1968, 82, oddly enough following Wolff's previous view of the 'καθάπερ ἐκ δίκης' formula in Wolff 1961, 102–128). But as usual, an special mention is due to Pestman, who with great intuition detects a semantical opposition between 'καθάπερ ἐκ δίκης' and 'κριθεῖσαν' in one of his succint but rich translation notes to *BGU* IV 1050, cf. Pestman 1994, 102.

Erdmann, W. (1940) 'Die Eheschließung im Rechte der graeco-aegyptische Papyri von der Besetzung bis in die Kaiserzeit'. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Rom. Abt.,* 60, 151–184.

Goldschmidt, L. (1889) 'Inhaber-, Order- und executorische Urkunden im classischen Alterthum'. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Rom. Abt.,* 10, 352–396.

Grotkamp, N. (2018) *Rechtsschutz im hellenistischen Ägypten.* Munich.

Grubbs, J.E. (2002) *Women and the Law in the Roman Empire*. London – New York.

Häge, G. (1968) *Ehegüterrechtliche Verhältnisse in den griechischen Papyri Ägyptens bis Diokletian*. Köln-Graz.

Hengstl, J. (1976) review on: Wolff, H. J., Modrzejewski, J. and Nörr, D. (eds.), Symposion 1971. Cologne-Vienna. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Rom. Abt.,* 93, 339–346.

Hitzig, H. F. (1895) *Das griechische Pfandrecht. Ein Beitrag zur Geschichte des griechischen Rechts.* Munich.

Hunt, A. S. and Edgar, C. C. (1988) *Select Papyri.* Vol. I. Cambridge.

Johnson, A. C. (1936) Roman Egypt to the Reign of Diocletian. In: Frank, T. et al. (eds.), *An Economic Survey of Ancient Rome*. vol. II. Baltimore.

Jördens, A. (2012) 'Fiktion im Recht der Papyri und Fritz Pringsheim. Antwort auf Andréas Helmis'. In: Legras, B. and Thür, G. (eds.), *Symposion 2011. Études d'histoire du droit grec et hellénistique (Paris, 7-10 septembre 2011). Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte (Paris, 7–10 September 2011).* Vienna. 399–406.

Jörs, P. (1919) 'Erzrichter und Chrematisten. Untersuchungen zum Mahn- und Vollstreckungsverfahren im griechisch-römischen Ägypten'. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte Rom. Abt*., 1–97.

Kaser, M. (1971) *Das römische Privatrecht I. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht,* 2nd ed. (*Handbuch der Altertumswisseschaft 3. Teil - 3. Band - 2. Abschnitt)*. Munich.

Kaser, M. (1975) *Das römische Privatrecht II. Die nachklassische Entwicklungen,* 2nd ed. [=*Handbuch der Altertumswisseschaft* 3. Teil - 3. Band - 2. Abschnitt]. Munich.

Kaser, M. and Hackl, K. (1996) *Das römische Zivilprozessrecht,* 2nd ed. (*Handbuch der Altertumswisseschanft 3. Teil - 4. Band).* Munich.

Katzoff, R. (1995) 'Hellenistic Marriage Contracts'. In: Geller, M. J. and Maehler, H. *et al.* (eds.), *Legal Documents of the Hellenistic World. Papers from a Seminar arranged by the Institute of Classical Studies, the Institute of Jewish Studies and the Warburg Institute, University of London, February to May 1986.* London. 37–45.

Leemans, C. (1843) '*P.Leid.* O', *Papyri Graeci Musei Antiquarii Publici Lugduni-Bataui*. I. Leiden, 76–81.

Lewis, N. (1983) *Life in Egypt under Roman Rule.* Oxford.

Llewelyn, S. R. (1994) 'The Procedure of Execution and the prosbole'. *New Documents Illustrating Early Christianity,* vol. 7. Michigan, CA.

Manning, J.G. (2014) 'Greek Marriage Contract: *BGU* 4 1052'. In: Manning, J. G., Keenan, J. G. and Yiftach Firanko, U. (eds.), *Law and Legal Practice in Egypt from Alexander to the Arab Conquest.* Cambridge.

Meyer-Laurin, H. (1975) 'Zur Entstehung und Bedeutung der καθάπερ ἐκ δίκης-Klausel in den griechischen Papyri Ägyptens'. In: Modrzejewski, J., Nörr, D. and Wolff, H.J. (eds.), *Symposion 1971*. Cologne–Vienna. 189–204.

Migliardi Zingale, L. (1992) *Vita privata e vita pubblica nei papiri d'Egitto. Silloge di documenti greci e latini dal I al IV secolo d.C.* Torino.
Mitteis, L. (1891) *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs.* Leipzig [repr. 1935 Leipzig; 1963 Hildesheim].
Mitthof, F. (2009) *Answer* to: Rubinstein, L. 'The Enforcement of Penalties in the Late Classical and Early Hellenistic Periods'. In: Thür, G. (ed.), *Symposion 2009. Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte (Seggau, 25–30. August 2009).* Vienna.
Modrzejewski, J. M. (1962) 'Servitude pour dettes ou legs de créance? (Note sur *CPJud.* 126)', *Recherches de Papyrologie,* 2, 75–98.
Modrzejewski, J. M. (1963) review on: Wolff H.J. (1961), Beiträge zur Rechtsgeschichte Altgriechenlands und des hellenistisch-römischen Ägypten. Weimar. *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis (Revue d'Histoire du Droit).* 31, 106–119.
Modrzejewski, J. M. (1970a) review on: Häge (1968). *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Rom. Abt*., 87, 50–84.
Modrzejewski, J. M. (1970b) review on: Wolff H.J. (1970). *Iura,* 21, 325–326.
Modrzejewski, J. M. (1981) 'La structure juridique du mariage grec'. In: Bresciani, E. et al. (eds.), *Scritti in Onore di Orsolina Montevecchi*. Bolonia. 254–268.
Modrzejewski, J. M. (2011) *Droit et Justice dans le monde grec et hellénistique* [=*Journal of Juristic Papyrology Supl.* X]. Warsaw.
Montevecchi, O. (1936) 'Ricerche di sociologia nei documenti dell'Egitto greco-romano'. *Aegyptus,* 16, 3–83.
Pestman, P. W. (1994) *The New Papyrological Primer*. 2nd ed. Leiden – New York. 1994.
Platschek, J. (2013) *Das Edikt* De pecunia constituta. *Die römische Erfüllungszusage und ihre Einbettung in den hellenistischen Kreditverkehr.* Munich.
Preisigke, F. (1915) *Fachwörter des öffentlichen Verwaltunsdienstes Ägyptens in den griechischen Papyrusurkunden der ptolemäisch-römischen Zeit*. Göttingen.
Primavesi, O. (1986) '*P.Cair.Inv.*10554r: Mahnverfahren mit Demiosis'. *Zeitschrift für Papyrologie und Epigrafik,* 64, 99–114.
Revillout, E. (1886) *Les obligations en Droit Égyptien comparé aux autres Droits de l'Antiquité.* Paris.
Rupprecht, H.-A. (1967) *Untersuchungen zum Darlehen im Recht der Graeco-Aegyptischen Papyri der Ptolemäerzeit.* Munich.
Rupprecht, H.-A. (1994) *Kleine Einfühung in die Papyruskunde.* Darmstadt.
Schubart, W. (1913) 'Alexandrinische Urkunden aus der Zeit des Augustus'. *Archiv,* 5, 35–131.
Schwarz, A. B. (1911) *Hypothek und Hypallagma.* Leipzig–Berlin.
Seidl, E. (1962) *Ptolemäische Rechtsgeschichte.* 2nd ed. Glückstadt – Hamburg – New York.
Sherk, R. K. (1988) *The Roman Empire: Augustus to Hadrian.* Cambrige – New York *et al.*
Taubenschlag, R. (1955) *The Law of the Greco-Roman Egypt in the Light of the Papyri.* 2nd ed. Warsaw.
Urbanik, J. (2016) 'Dissolubility and Indissolubility of Marriage in the Greek and Roman Tradition'. In: Benincasa, Z. and Urbanik, J. (eds.), *Mater familias. Scritti romanistici per Maria Zabłocka* [= *Journal of Juristic Papyrology,* Supplement 29]. Warsaw. 1039–1068.
Velissaropoulos-Karakostas, J. (2011) *Droit Grec d'Alexandre à Auguste (323 av. J.-C. - 14 ap. J.-C.)* [= *ΜΕΛΕΤΗΜΑΤΑ* 66 (2011)].

Vérilhac A. M. and Vial, C. (1998) *Le mariage grec du VIe siècle av. J.-C. à l'époque d'Auguste*. Athens-Paris.

Wachsmuth, C. (1885) 'Oeffentlicher Credit in der hellenistischen Welt während der Diadochenzeit'. *Rheinisches Museum für Philologie,* 40, 283–303.

Weiss, E. (1935) v. 'Exekution'. *Paulys Real-Encyclopädie der Classischen Alterthumswissenschaft.* Suppl. VI. Stuttgart. Cols. 56–59.

Wenger, L. (1925) *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts*. Munich.

Wenger, L. (1953) *Die Quellen des römischen Rechts*. Vienna.

Winter, J. G. (1933) *Life and Letters in the Papyri.* Ann Arbor.

Woess, F. v. (1931) 'Schuldknechtschaft und Sklaverei im ptolemäischen Ägypten'. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, *Rom. Abt.,* 51, 426.

Wolff, H. J. (1939) *Written and Unwritten Marriages in Hellenistic and Postclassical Roman Law.* Haverford.

Wolff, H.J. (1960) 'Plurality of Laws in Ptolemaic Egypt'. *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité,* 7, 191–223.

Wolff H. J. (1961) *Beiträge zur Rechtsgeschichte Altgriechenlands und des hellenistisch-römischen Ägypten*. Weimar.

Wolff, H. J. (1970) 'Some Observations on *Praxis', Proceedings of the Twelfth International Congress of Papyrology, Michigan 13-18. VIII 1968 (American Studies in Papyrology,* vol. VII*).* Toronto. 527–535.

Wolff, H. J. (1978) *Das Recht der griechischen Papyri Ägyptens in der Zeit der Ptolomäer und des Prinzipats. II. Band: Organisation und Kontrolle des privaten Rechtsverkehrs*. Munich.

Yiftach-Firanko, U. (1997) The Role of Syngraphe «compiled through the Hierothytai». A Reconsideration of W. Schubart's Theory in Light of a recently published Alexandrian Marriage Contract (*P.Berol*. 25423)'. *Zeitschrift für Papyrologie und Epigrafik,* 115, 178–182.

Yiftach-Firanko, U. (2003) *Marriage and Marital Agreements. A History of the Greek Marriage Document in Egypt. 4th Century BC - 4th Century CE.* Munich.

Religion und Recht in der postsäkularen Gesellschaft

GIORGI KHUBUA

Die religiöse und weltanschauliche Neutralität des Staates ist ein Verfassungsprinzip von grundlegender Bedeutung. Der moderne Staat ist von der Religion emanzipiert und seine Weltanschauungsneutralität ist Ausdruck einer freien demokratischen Ordnung. Jede Einmischung des Staates in der Religion wird die individuelle Autonomie des Individuums einschränken. Solche Eingriffe im Bereich der Religion bergen auch ein großes Risiko der Umwandlung religiöser Lehren in Ideologie. Sobald sich die Religion in eine politische Ideologie verwandelt, besteht eine große Möglichkeit ihrer Instrumentalisierung für politische Zwecke.

Die Trennung von Religion und Staat verringert das Risiko religiöser Konflikte erheblich. Die Weltanschauungsneutralität des Staates erkennt zwei unterschiedliche Konzepte an. Nach dem ersten Modell kann sich Religion auch im öffentlichen Raum entwickeln. Das zweite Modell ist als Säkularismus bekannt, bei dem die Religion auf die Privatsphäre beschränkt ist. Im Falle des Säkularismus wird die religiöse Neutralität des Staates negativer konnotiert und dient zu strikte Trennung von der Religion. Die Anhänger der „Politik ohne Tradition und Transzendenz" fordern die Streichung des Gottesbegriffs aus allen Staatsdokumenten. Gott ist weder der Urheber der Menschenrechte noch die Grundlage seiner Legitimität. Wir sind nur vor Gott verantwortlich – die Quelle der Macht ist nur das Volk.

Parallel zu diesen Ansätzen verstärkt sich auch der entgegengesetzte Trend. Es wird immer wichtiger, nicht nur zu berücksichtigen, wie viel Religion von der Gesellschaft toleriert wird, sondern auch, welche Mindestdosis an Religiosität für das Überleben der Gesellschaft erforderlich ist (Udo di Fabio).

In der modernen Welt ist der Säkularismus nicht mehr das vorherrschende Paradigma. Wir erleben zwar keine „Renaissance" der Religion, aber parallel zu der zunehmende Säkularisierung und Individualisierung der Gesellschaft ist auch eine wachsende Nachfrage nach Religion zu beobachten.

Jürgen Habermas hat im Jahr 2001 moderne Gesellschaften als „postsäkulare Gesellschaften" bezeichnet. Habermas zufolge gibt es eine „post-säkulare Gesellschaft", in der religiöse Vereinigungen in einem ständig säkularisierten Umfeld existieren.

Bei vielen Autoren ist mit dem Säkularisierungsprozess nicht nur die Marginalisierung, sondern auch die „Ende" der Religion verbunden. Nun ist aber genau das nicht geschehen: Religion besteht vielmehr auch in säkularisierten Gesellschaften fort. Heute muss sogar eine neue Aufmerksamkeit für Religion konstatiert werden- trotz aller Säkularisierung bleibt die Religion als eine bedeutende Macht.

Die moderne Gesellschaft ist sensibler für das Thema Religion geworden, und die Religion ist zum Mittelpunkt einer breiten öffentlichen und philosophischen Diskussion geworden. Die Moderne und Religiosität schließen sich nicht aus, und das Thema Religion ist in beeindruckendem Maße auf die wissenschaftliche Agenda zurückgekehrt.

Der Appell an Gott in der Verfassungen sollte als „Formel für Verantwortung" interpretiert werden. Diese Formel ist einfach gegen die Absolutisierung von Regierung, Politik und Recht eingerichtet. Auf diese Weise erinnert die Verfassung die Menschen auch an die Verantwortung, die sie bei der Ausübung ihrer Macht berücksichtigen müssen.

Die Ansprache an Gott hängt nicht mit der theologischen oder religiösen Legitimität des Staates zusammen. Sie weist nur darauf hin, dass der bestehende Staat und Volk an die metaphysische Instanz von „Gott" gebunden sind und ihm gegenüber rechenschaftspflichtig sind.

Die Bezugnahme auf Gott in einigen europäischen Ländern ist als ethische Grundlage für die absolute Bedeutung der Rechtsstaatlichkeit angesehen. Der christliche Glaube und die christlichen Kirchen […] sind die wichtigsten Determinanten für ein Staat, der die Religionsfreiheit gewährleistet und religiös-weltneutral ist (BVerfG).

Nach der Form der Ansprache an Gott werden nominatio dei und i nvocatio dei unterschieden. invocatio dei ist in den Verfassungen von drei europäischen Ländern zu finden – der Schweiz, Irland und Griechenland. Die Schweizer Verfassung zum Beispiel erklärt sich als „im Namen des allmächtigen Gottes". Der erste Bundesvertrag in der Schweiz im Jahr 1291 begann mit den Worten „In nomine Domini, Amen". In Griechenland wird Gott als heilige und unteilbare Dreifaltigkeit formuliert. Eine ähnliche Norm findet sich in der irischen Verfassung. Bei einem Modell der Trennung von Staat und Kirche genießt der Religionsverein den Status einer privatrechtlichen juristischen Person. Dieses Modell ist in den Niederlanden, Irland und den USA zu finden. Die religiöse Neutralität des Staates schließt auch eine positive Einstellung zur Religion nicht aus.

In der Verfassungspraxis gibt es neben nominatio dei noch andere Konstruktionen – nämlich commemoratio dei oder provocatio ad deum. Die institutionelle und funktionale Union zwischen Staat und religiösen Vereinigungen wird von den Verfassungen Dänemarks, Finnlands, mehrerer Kantone der Schweiz und Griechenlands anerkannt.

Europäische Verfassungen geben in der Regel nicht direkt an, was unter der Konstruktion von „Gott" zu verstehen ist- dem christlichen Gott oder Gott im Allgemeinen

als höchstem Wesen. Eine Ausnahme bildet die irische Verfassung, die sich direkt auf Jesus Christus bezieht. Die Verfassung Irlands beginnt zwar mit einer Ansprache an die Allheilige Dreifaltigkeit und an Christus, unterscheidet jedoch rechtlich klar zwischen Staat und Kirche und verbietet die finanzielle Unterstützung jeglicher Religion. Die griechische Verfassung bezieht sich auch auf den christlichen Gott.

Während der Arbeit am Verfassungsentwurf der Europäischen Union forderten viele Länder, dass der Text einen Hinweis auf Gott oder das christliche Erbe Europas enthält. Schließlich setzte sich die französische Position durch und lehnte die Notwendigkeit ab, sich angesichts ihrer weltlichen Traditionen auf Gott oder das Christentum zu beziehen.

Warum nennen die Verfassungen diese Instanz als „Gott"? Was keinen Namen hat, existiert auch nicht. Es gibt auch keine anonyme Verantwortung. Der einzige Name, der der transzendentalen Instanz gegeben werden kann, die über dem Menschen und den politischen Institutionen steht, ist nur „Gott". In diesem Sinne ist der Gottesbegriff ein Symbol sowohl für Gläubige als auch für diejenigen, die nicht an Gott glauben, aber die Verantwortung nicht leugnen – einschließlich der Verantwortung gegenüber dem Gewissen. Gefährlich ist ein politisches und spirituelles Konstrukt, das die Verantwortungsthese vor Gott verspottet oder die Symbole der tausendjährigen Kulturgeschichte ablehnt und die Entwicklung nur im Hinblick auf aktuelle, alltägliche Probleme diskutiert (Udo die Fabio). Die verfassungsrechtliche These der Verantwortung vor Gott ist die Ablehnung des theoretischen Absolutismus des positiven Geistes (Klaus Schlaich). Mangelnde soziale Verantwortung und soziale Kontrollinstitution kann fatale Folgen für die politische Ordnung haben.

Der Staat muss von der Religion getrennt werden. Ein von der Religion getrennter Staat bedeutet nicht gleichzeitig einen „gottlosen Staat". Die Verantwortung gegenüber Gott erinnert uns ständig an die „gottlosen Verbrechen" des Staates gegen die Menschlichkeit. Verantwortung vor Gott lehnt die Idee eines „allmächtigen Staates" ab. Die Verantwortung vor Gott begründet gleichzeitig das Recht auf zivile Ungehorsam und Widerstand. Die Menschen haben das Recht, sich unmenschlichen und völlig ungerechten staatlichen Regimen zu widersetzen. Die Trennung von Religion und Staat bildet das Fundament von moderne westliche Demokratien. Zugleich strebt die Trennungsthese nicht „gottloses Gesellschaft" als Ziel. Der Appel an Gott erinnert uns ständig an „gottlos Verbrechen" von totalitären Staaten und ist gegen „den allmächtigen Staat" gerichtet.

Der Ansprache an Gott in die Verfassungen ist eine Art Garantie für den Schutz vor autoritären und totalitären Regimen. Der Glaube allein kann uns jedoch nicht vor Totalitarismus schützen. Gewalt wurde oft im Namen der Religion verübt. Die aktuellen Ereignisse in der modernen Welt zeigen, wie Religion dazu beitragen kann, Konflikte zu provozieren und Terror zu „legitimieren".

Verantwortung vor Gott erfordert nicht nur die Trennung von Politik und Religion, sondern auch die Überwindung des religiösen Fanatismus. Der Fundamentalis-

mus versucht die komplexen Strukturen der Gesellschaft zu vereinfachen und eine klare Frontlinie zwischen „Unseren" und „Nicht-unseren" zu ziehen. Ein solcher Ansatz lässt keinen Raum für Diskurs, Kritik und Dissens. Fundamentalismus kann auch von der Mehrheit kommen. Das Verfassungskonstrukt der Verantwortung vor Gott dient auch dazu, einen solchen Totalitarismus zu verhindern.

Der Begriff von Gott wird in der Verfassungen bewusst offen gelassen. Auf diese Weise können sich verschiedene Mitglieder der Community, Gruppen, freier und einfacher mit dem „Gotteskonstrukt" zu identifizieren. Das konstitutionelle Modell der Ansprache an Gott ist auch so formuliert, dass eine ständige Erneuerung seines Inhalts möglich ist.

Der Zweck der Verfassung ist sozialer Frieden und Einheit. Die Verfassung versucht, verschiedene religiöse Gruppen zu integrieren und sie nicht zu isolieren oder zu trennen. Die einzige Legitimationsquelle des Staates sind die Menschen, einschließlich derjenigen, die nicht an Gott glauben. Die Verfassung ist das Grundgesetz eines jeden Bürgers, unabhängig von ihrem religiösen Glauben und Weltanschauung. Die Verfassung schützt gleichzeitig die Götter von Christen, Muslimen und Juden. Das Grundgesetz muss die Funktion der Selbstidentifikation für jeden Bürger übernehmen, unabhängig davon, ob sie Gläubiger, Atheist oder Agnostiker sind.

Gleichzeitig ist ein säkularer Staat kein „atheistischer Staat". Neutralität erfordert, dass der Staat sich nicht in religiöse und weltanschauliche Streitigkeiten einmischt und keine Partei sein kann. Gleichzeitig sollte der Staat den Säkularismus oder die Religionsfeindlichkeit nicht fördern. Säkularität des Staates ist nicht zu verwechseln und schon gar nicht gleichzusetzen mit der Säkularität der Gesellschaft im Sinne einer laizistischen Kampfparole- säkulare Staat darf sich nicht als „säkularisierender Staat" auftreten (Martin Heckel). Religion und Staat soll voneinander getrennt sein. Gleichzeitig ist der säkulare Staat kein „atheistischer Staat". „Staat ohne Gott" ist nicht mit einen kämpferischen Atheismus gleichzusetzen. Säkularität des Staates ist auch „kein anti-religiöses Projekt".

Indem die Verfassung an Gott appelliert, zwingt sie niemanden, Gott anzuerkennen. Die Verfassung beraubt auch niemanden Gottes. An Gott zu appellieren hat nicht die Funktion, Macht zu legitimieren. Die Geschichte der modernen europäischen Staaten reicht bis in die Zeit zurück, als die Religion ihre Legitimität verlor (Böckenförde). Die einzige Legitimationsquelle für den Staat ist das Volk, zu dem auch diejenigen gehören, die nicht an Gott glauben. Die Verfassung ist das Grundgesetz aller Bürger, unabhängig von ihren religiösen Überzeugungen und Glaubensbekenntnissen. Gleichzeitig schützt die Verfassung den Gott der Christen, Muslime und Juden. Die Verfassung ist bestrebt die Funktion der Selbstidentifikation für jeden Bürger zu erfüllen, unabhängig davon, ob er gläubig, atheistisch oder agnostisch ist. In der Verfassung festgelegten Ordnung sollte sich jeder, sowohl Gläubige als auch Ungläubige, zu Hause fühlen.

Die Staaten sind zu der Religion nicht absolut gleichgültig. Neutralität verlangt, dass der Staat sich nicht in religiöse und weltliche Streitigkeiten einmischt und keine Partei vertritt. Gleichzeitig sollte der Staat keinen Laizismus oder Feindseligkeit gegenüber der Religion fördern. Staat ohne Gott und Religiosität in der Gesellschaft schließen sich mithin keineswegs aus. Im Gegenteil: Die verschiedenen religiösen Gruppen können sich überhaupt entfalten, wenn der Staat selbst sich weltanschaulich strikt neutral verhält und nicht Partei ergreift. Die Säkularisierung des Staates ist daher freiheitsnotwendig.

Recht und Ordnung sind nicht „bedingungslos" – der Staat und Menschen sind an vorgegebene Werte gebunden, vor allem an Menschenrechte und Freiheiten. Die Funktion des Staates besteht nicht darin, die Werteskala zu bestimmen. Es kann keine „Staatsmoral" geben. Die Menschen sind an vorab festgelegte Werte gebunden- Der Verfassungsstaat ist auf kulturelle Grundlagen basiert, die er selbst nicht garantieren kann (Böckenferde).

Die Religion hat immer mit dem Ewigen, Wahren zu tun. Der Staat distanziert sich von solche absoluten Wahrheitsfragen- sie will und kann auch diese Fragen nicht beantworten. Auch Horizont des Rechts ist viel schmaler als Religion und begrenzt sich mit der Regulierung der inter-menschlichen Beziehungen. Das Gesetz ist nicht in der Lage Verbindung zwischen Menschen und Gott zu Regeln. Der Glaube ist ein individuelles Recht der Bürger und keine Angelegenheit des Staates oder des Gesetzes. Das Recht kann nicht den Begriff Gott bestimmen oder die Vorstellung über Gott mit Hilfe gesetzlichen und rechtliche Kategorien definieren.

Der religiöse Pluralismus ist das Fundament der europäischen Demokratie und der modernen Rechtsordnung. Es ist der säkulare Charakter der europäischen Demokratie, der den Menschen enorm breiten Freiheitsraum verliehen hat und Eigeninitiative und Eigenverantwortung fördert. Es ist kein Zufall, dass die Religionsfreiheit eines der ersten Rechte auf Freiheit ist. Die logische Fortsetzung der Glaubensfreiheit war auch politische Freiheit.

Gleichzeitig kann sich Demokratie nicht allein auf der Grundlage einer säkularen Gesellschaft entwickeln. Die historische Erfahrung des atheistischen Regimes und anderer totalitärer Systeme der Sowjetzeit zeigt auch, dass die Verfolgung der Idee von Gott nicht zu mehr Demokratie geführt hat. Die Demokratie kann nicht nur auf der Grundlage der säkularen Gesellschaft entwickeln. Die Konfrontation mit der Religion bedeutet nicht automatisch, dass wir damit im Dienste der Freiheit sind.

Die Verfassung ist nicht nur ein juristisches Dokument – sie spiegelt das kulturelle Erbe wider und bildet die Grundlage für die Hoffnung der Nation (Peter Häberle). Das Gesetz basiert auf den kulturellen Prinzipien, die er selbst nicht schaffen kann. Christliche Traditionen spielen eine wichtige Rolle bei der Bildung dieser kulturellen Grundsätze. Das europäische Verständnis der Menschenrechte, insbesondere der Menschenwürde, basiert auf den Traditionen christlicher, anthropozentrischer Lehren.

Rechtsstaatlichkeit erfordert eine moralische Rechtfertigung. Auch die Idee des Staates erfordert eine moralische Skala, auf der Rechtsstaatlichkeit beruhen wird. Diese Skala selbst kann nicht rechtlich formuliert werden. Die Verfassung ist Teil des gesellschaftlichen Wertesystems, aber nur ein Teil davon. Das Gesetz basiert auf dem Konsens über den Wertesystems der Gesellschaft.

Die Bildung einer freien, offenen Gesellschaft bedeutet nicht, auf normative Skalen und Wertorientierungen zu verzichten. Im Gegenteil, diese Orientierungen sollten als eine Art Unterstützung dienen und uns helfen, uns auf dem schwierigen Weg in die Freiheit fester und hoffnungsvoller zu fühlen.

Wertorientierungen werden nicht nur von Gläubigen benötigt. Diese Richtlinien sind auch für diejenigen notwendig, die die Idee Gottes ablehnen, aber die Verantwortung vor dem Gewissen nicht ablehnen. Solche Orientierungen sind sowohl in politischen als auch in alltäglichen, zwischenmenschlichen inter-personellen Beziehungen erforderlich.

Weltanschauung, religiöser Pluralismus und Toleranz allein reichen nicht aus, um die Einheit der Gesellschaft zu formen. Diese Einheit kann nur auf Konsens und breitem öffentlichen Konsens beruhen. Der einzige Weg, um zu einem Konsens zu gelangen, ist der freie Diskurs, in dem jeder seine eigene Position vertreten kann. Der freie Diskurs stellt die Koexistenz von „Unterschieden" und die Überwindung der Entfremdung sicher.

Toleranz erfordert nicht, dass wir zu unseren geistigen und religiösen Wurzeln gleichgültig sind. Die moderne Gesellschaft wird zunehmend „atomisiert" und fragmentiert. Ein Mangel an sozialer Solidarität ist ebenfalls offensichtlich. Neben der Bereitstellung persönlicher Autonomie und individueller Souveränität ist es nicht weniger wichtig, die Einheit der Gesellschaft zu erreichen. Auf was basiert unsere Gemeinschaft? Ist das Religion, Tradition, Gewohnheit, Geschichte, Sprache, Kultur oder andere Werte? Die Antworten auf diese Fragen können nur auf der Grundlage eines breiten öffentlichen Konsenses erfolgen.

Die pluralistische Gesellschaft bietet Freiräume für die Entwicklung „anderer". „Anders" sein bedeutet nicht automatisch „Fremd" zu sein". Der „Vielfalt" ist eine normale Situation. Aber „Entfremdung" ist kein normaler Zustand. Das Integrationspotential der Religion sollte genutzt werden, um die Einheit der Gesellschaft zu maximieren.

Die Bildung einer freien, offenen Gesellschaft bedeutet nicht, dass wir die Standardskala und die Wertorientierung total ablehnen können. Im Gegenteil, diese Orientierungen sollten als Funktion einer Säule dienen und uns helfen, auf dem schwierigen Weg zur Freiheit immer hoffnungsvoller zu werden.

Ein weltlicher, religiöser Pluralismus und Toleranz reichen nicht aus, um eine Einheit der Gesellschaft zu bilden. Diese Einheit kann nur auf einem Konsens und einem breiten öffentlichen Konsens basieren. Die einzige Möglichkeit, einen Konsens zu erreichen, ist ein freier Diskurs, in dem jeder seine Position vertreten kann.

Der freie Diskurs verstärkt das Nebeneinander von „Differenzierungen" und die Überwindung der Entfremdung. Nur freie, aktive und integrierte Bürger können die Verantwortung für Gott und das Land übernehmen.

BIBLIOGRAPHIE

Benda, E. (1983) In: Benda, E. et al. (Hgg.), *Handbuch des Verfassungsrechts*. 1. Auflage, Rn 6. Berlin – New York: de Gruyter.

Schmidt-Bleibtreu, F. et al. (Hgg.) (2014) *GG Kommentar zum Grundgesetz*. 13. Auflage. Köln: Carl Heymanns Verlag. 94.

BVerfGE 12, 1.

BVerfGE, 36, 1 (17).

Dreier, H. et al. (Hgg.) (2013) *Grundgesetz-Kommentar*. Bd. 1, 3. Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck.

Dreier, H. (2018) *Staat ohne Gott. Religion in säkularen Moderne*. München: C.H. Beck.

Häberle, P. (1992) Gott im Verfassungsstaat. In: Häberle, P*., Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates.* Berlin: Duncker & Humblot.

Habermas, J. (2009) Die Revitalisierung der Weltreligionen – Herausforderung für ein säkulares Selbstverständnis der Moderne? In: *Philosophische Texte* Bd. 5, 387–404.

Habermas, J. (2001) *Glauben und Wissen.* Berlin: Suhrkamp Verlag.

Münch, I. von und Kunig, P. (2012) *Grundgesetz-Kommentar*. Band 1. Präambel. München: C.H. Beck.

Jarass, H. D und Pieroth, B. (2014) *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: GG. Kommentar*. 13. Auflage. München: C.H. Beck.

Mahlmann, M. (2017) *Konkrete Gerechtigkeit. Eine Einführung in Recht und Rechtswissenschaft der Gegenwart*. 3. Auflage. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag.

Mangoldt, H. et al. (2013) *Kommentar zum Grundgesetz*. Band 1, Rn. 17. München: Franz Vahlen.

Morlok, M. (2013) In: Dreier, H. (Hg.), Grundgesetz-Kommentar. Bd. 1, 3. Auflage. Art. 4 Rn. 161. Tübingen: Mohr Siebeck.

Murswiek, D. (2013) In: Kahl, W. et al. (Hgg.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*. Präambel Rn. 199. Heidelberg: C.F. Müller.

Robbers, G. (2005) *Staat und Kirche in der Europäischen Union*. 2. Aufl. Baden-Baden: Nomos.

Schmidt-Bleibtreu, B. und Klein, F. (2018) *Grundgesetz: GG. Kommentar,* Präambel, Rdnr. 2. Köln: Carl Heymanns Verlag.

Süsterhenn, A. und Schäfer, H. (1996) *Kommentar der Verfassung für Rheinland Pfalz: mit Berücksichtigung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland*. Frankfurt am Main: Keip.

Unruh, P. (2015) *Religionsverfassungsrecht*. 3. Auflage. Baden-Baden: Nomos Lehrbuch.

Die „unscharfe“ Grenze des Eigentumsrechts anhand eines Agrarrechtlichen Beispiels

MARKUS STEPPAN

EINLEITUNG

Ausgangspunkt meiner Darstellung der unscharfen Grenze des Eigentumsrechts im österreichischen Zivilrecht, stellt die „Waldweide in Österreich als Zankapfel zwischen Bauern und Waldeigentümern“ dar. Die Fragestellung entstand aus einem überwiegend drittmittelfinanzierten Forschungsprojekt im Forschungsbereich Agrarrecht am Institut für Rechtswissenschaftliche Grundlagen, Abteilung Rechtsgeschichte und Europäische Rechtsentwicklung. Gegenstand der Untersuchung war die Fragestellung, inwieweit und vor allem in welchem Umfang die Waldeigentümer verpflichtet sind, fremde Weiderechte in ihrem Wald zu dulden. Das heißt im Konkreten, inwieweit der Waldeigentümer sein Eigentumsrecht am Wald unumschränkt oder eben nur eingeschränkt ausüben kann. Die zweite wesentliche Frage, mit der sich das Projekt beschäftigte, bestand darin, zu erforschen was für bzw. gegen die Ausübung der Waldweide in der bestehenden Form spricht und welche Lösungsmodelle vorstellbar wären, um den Konflikt zwischen Berechtigten und Verpflichteten aufzulösen. Die Projektleitung und Dissertationsbetreuung oblag mir, die Zweitbetreuung wurde von meinem Kollegen Helmut Gebhardt übernom-

men. Die Projektmitarbeit erfolgte durch Herrn Mag. Dr. Gernot Gallor, der zu diesem Thema seine Dissertation verfasst hat, die mittlerweile als Band 68 der Grazer Rechtswissenschaftlichen Reihe im Leykam Verlag veröffentlicht wurde.[1]

Um sich ein Bild vom Umfang der Waldweiderechte in Österreich zu machen, muss man sich vergegenwärtigen, dass im Jahre 1993 ungefähr 394.000 Hektar Waldfläche mit Waldweiderechten belastet waren. Dies entspricht ca. 11,3% der gesamten österreichischen Waldfläche bzw. 7,5 Mal der flächenmäßigen Ausdehnung von Budapest. Im Jahre 2002 umfassten die Waldweiderechte in Österreich immerhin noch 285.146 Hektar, was ca. 7,8% der gesamten Waldfläche Österreichs bzw. 5,4 Mal der Fläche Budapests entspricht.

RECHTLICHE GRUNDLAGEN

Heute werden Waldweiderechte in der österreichischen Bundesverfassung unter Artikel 12 Abs 1 Z 3 B-VG geregelt und fallen unter den Tatbestand der Bodenreform.[2] Hier liegt die Grundsatzgesetzgebung beim Bund, die Ausführungsgesetzgebung und Vollziehung liegt bei den Ländern.[3] Unter Bodenreform sind gemäß der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes „Aktionen auf dem Gebiet der Landeskultur, durch welche die gegebenen Bodenbesitz-, Benützungs- und Bewirtschaftungsverhältnisse den geänderten sozialen oder wirtschaftlichen Bedürfnissen entsprechend einer planmäßigen Neuordnung oder Regelung unterzogen werden", zu verstehen. Ein Teil dieser angesprochenen „Aktionen" umfasste und umfasst auch die Servitutenablösungs- und -regulierungsverfahren, die ab der Mitte des 19. Jahrhunderts als Folge der Grundentlastung und der damit verbundenen Ablösung von Servituten durchgeführt wurden. Aus rechtshistorischer Sicht sind hier insbesondere das Servitutenpatent aus dem Jahre 1853[4] und die auf dessen Basis erlassene Durchführungsverordnung aus dem Jahre 1857[5] zu erwähnen. Wobei es sich aber, unabhängig von der häufig fälschlicherweise verwendeten Bezeichnung als Servituten, bei den Einforstungsrechten und somit auch den „Wald- und Weidenutzungsrechten" um eine Grunddienstbarkeit, eine Reallast, handelt. Der Unterschied zwischen Servitut und Reallast besteht darin, dass ein Servitutsbelasteter nur zu einem Dulden oder zu einem Unterlassen verpflichtet werden kann,[6] nicht jedoch zu einem „positiven" Handeln, im Sinne einer „rege-

[1] Gallor 2019.

[2] Artikel 12, Abs. 1, Z 3 BGBl. 1/1930 idF BGBl. I 100/2003.

[3] Vgl. dazu Gallor 2019, 435 ff.

[4] Kaiserliches Patent vom 5. Juli 1853 (Servitutenpatent), RGBl. 130/1853.

[5] Verordnungen der Ministerien des Inneren und der Justiz vom 31. October 1857 (Durchführungsverordnung zum Servitutenpatent), RGBl. 218/1857.

[6] Iro 2008, 221.

lmäßigen oder wiederkehrenden aus dem belasteten Grundstück auf eine bestimmte oder unbestimmte Zeit zu erbringende Leistung (im Sinne einer Reallast)".[7] Darüber hinaus bestehen Einforstungsrechte unabhängig vom Willen der Berechtigten bzw. Verpflichteten. Sie können auch gegen deren Willen abgelöst bzw. aufrechterhalten werden. Der Bestand von Einforstungsrechten ist unabhängig von der Eintragung im Grundbuch. Es besteht somit kein grundbücherlicher Vertrauensschutz! Eine Verjährung oder Ersitzung von Einforstungsrechten ist nicht möglich.[8] Diese Grundsätze wurden bereits im § 43 des Servitutenpatents 1853: „Vom Tage der Kundmachung dieses Patentes können Rechte von der Art, welche nach der Bestimmung des § 6, a) von Amtswegen in Verhandlung gezogen werden müssen, nicht mehr ersessen werden, […]" und in der Folge dann in § 2 Abs.1 Wald- und Weidenutzungs-Grundsatzgesetz aus dem Jahre 1951: „Nutzungsrechte können nicht ersessen werden. Die Verjährung derartiger Rechte durch Nichtausübung findet nicht statt. Dieselben erlöschen auch nicht durch Vereinigung des berechtigten und verpflichteten Gutes in der Hand desselben Eigentümers" festgehalten.[9]

Ein weiterer Meilenstein in der Reglementierung von Nutzungsrechten an fremden Wäldern war das Forstgesetz aus dem Jahre 1975 und hier insbesondere § 37, worin die Nebennutzungen von Wäldern unter anderem auch die Waldweide, geregelt ist.[10] Vorläufer dieses Gesetzes war das Reichsforstgesetz aus dem Jahre 1852, welches die bis dahin geltenden Waldordnungen ablöste.[11] Primärer Regelungsinhalt dieses Gesetzes waren die Erhaltung des Waldbestandes der Monarchie und die angemessene Bewirtschaftung der Wälder, wozu auch die Einrichtung von Schonflächen zählte, um den Wald vor zu extensiver Nutzung, unter anderem auch durch die Waldweideausübung, zu schützen.[12]

Zuständige Behörden für die Durchführung der oben genannten Regulierungs- und Ablöseverfahren waren zur Mitte des 19. Jahrhunderts die politischen Behörden, die gemischten Bezirksämter und ab 1868 die Bezirksverwaltungsbehörden erster Instanz.[13] Ab der Mitte des 20. Jahrhunderts übernahmen diese Aufgaben die Agrarbehörden. Als erste Instanz fungierten auf Landesebene die Agrarbezirks-

[7] Twaroch 2010, 84. „Reallasten stellen privatrechtliche dingliche Belastungen einer Liegenschaft mit der persönlichen Haftung des jeweiligen Eigentümers für positive, idR. wiederkehrende Leistungen für die Dauer seines Eigentumsrechts dar." Vgl. dazu auch Iro 2008, 236.

[8] Lang 1991, 34 ff.

[9] Servitutenpatent 1853, RGBl 130/1853; Kundmachung der Bundesregierung vom 13. Februar 1951 über die Wiederverlautbarung von Rechtsvorschriften auf dem Gebiete der Bodenreform, Anlage 3 – Grundsatzgesetz 1951 über die Behandlung der Wald- und Weidenutzungsrechte sowie besonderer Felddienstbarkeiten, BGBl 103/1951.

[10] Bundesgesetz vom 3. Juli 1975, mit dem das Forstwesen geregelt wird (Forstgesetz 1975), BGBl. 440/1975 idF BGBl. I 56/2016.

[11] Kaiserliches Patent vom 3. Dezember 1852 (Reichsforstgesetz 1852), RGBl. 250/1852.

[12] Gallor 2019, 212 ff.

[13] Gallor 2019, 229 ff.

behörden, als zweite Instanz die Landesagrarsenate bei den Ämtern der jeweiligen Landesregierungen und als oberste Instanz fungierte der Oberste Agrarsenat beim Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft.[14]

Nach dieser allgemeinen, bewusst kurz gehaltenen, rechtlichen Einführung in das Thema Waldweide auf Basis der verfassungsrechtlichen und einfachgesetzlichen Verankerung, der Abgrenzung zwischen Servituten und Reallasten und der überblicksartigen Darlegung der Verfahrenszuständigkeit bei Streitigkeiten bzw. der Durchführung von Regulierungs- und Ablöseverfahren, will ich zur eingangs gestellten Frage zurückkommen.

Inwieweit ist das Eigentumsrecht des Waldeigentümers im ABGB im Zusammenhang mit der Ausübung von Waldweiderechten eingeschränkt?

Im zweiten Hauptstück des ABGB aus dem Jahr 1812 erfolgt die Definition des Begriffes Eigentum in den § 353 ff. Hier wird zwischen Eigentum im objektiven Sinne „Alles, was jemandem zugehört, alle seine körperlichen und unkörperlichen Sachen heißen sein Eigenthum" (§ 353) und Eigentum im subjektiven Sinne „Als ein Recht betrachtet, ist Eigenthum das Befugniß, mit der Substanz und deren Nutzungen einer Sache nach Willkühr zu schalten, und jeden Anderen davon auszuschließen." (§ 354)

Zeiller schreibt in seinem Kommentar dazu, dass sowohl körperliche als auch unkörperliche Sachen, also auch Rechte, von dem Eigentumsbegriff umfasst sind (Zeiller Band II, 109). Dem Eigentümer kommt daher an einer körperlichen Sache das umfassende Recht zu, nach Belieben darüber zu verfügen und damit zu verfahren. Dem Eigentümer einer unkörperlichen Sache, eines Rechtes, hingegen „[…] kommen bey weitem nicht alle jene Verfügungen, wie dem Eigenthümer…" zu.[15]

Im ABGB von 1812 differenziert der Gesetzgeber zwischen Ober- und Untereigentum insofern, als „wenn das Recht auf die Substanz einer Sache mit dem Rechte auf die Nutzung in Einer und derselben Person vereinigt ist, so ist das Eigenthumsrecht vollständig und ungetheilt. Kommt aber Einem nur ein Recht auf die Substanz der Sache; dem Anderen dagegen, nebst einem Rechte auf die Substanz, das ausschließliche Recht auf derselben Nutzungen zu, dann ist das Eigenthumsrecht getheilt und für beyde unvollständig. Jener wird Obereigenthümer, dieser Nutzungseigenthümer genannt."[16]

Daraus leitet Zeiller ab, dass derjenige vollständiger Eigentümer ist und bleibt, der ein ausschließliches Recht auf die Substanz hat. Unabhängig davon kann einem

[14] § 1 Agrarbehördengesetz 1950, BGBl 1/1951 (Wiederverlautbarung des Bundesgesetzes betreffend die Einrichtung von Agrarbehörden BGBl 133/1937).

[15] Zeiller 1812, 110.

[16] § 357 ABGB 1812, vgl. dazu auch: Hans-Rudolf Hagemann, Eigentum, HRG I, Sp 1271–1285 (www.HRGdigital.de/HRG.eigentum, Abfragedatum: 15.7.19).

anderen ein ausschließliches Recht auf alle Nutzungen oder den vollen Gebrauch der Sache zustehen.[17]

Grundsätzlich ist der Eigentümer berechtigt, unbeschränkt „nach Willkür über die Sache zu verfügen".[18] Jedoch sei jedes Recht schon nach dem Begriff durch die Rechte anderer eingeschränkt. Zeiller verweist hier auf § 16 ABGB: „Jeder Mensch hat angeborne, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte, und ist daher als Person zu betrachten […]". In seinem Kommentar dazu führt er aus, dass das Individuum in der Gemeinschaft und in den Wechselwirkungen zu seinem Mitmenschen eine Einschränkung seiner „äußeren Freiheit" hinnehmen muss, da neben ihm auch andere „freytätige Wesen ihre Zwecke verfolgen können".[19] Er sieht die Beschränkung des Eigentumsrechts immer dann als gerechtfertigt, sobald durch dessen Ausübung in fremde Eigentumsrechte eingegriffen wird.

Winiwarter führt in seinen Erläuterungen zu § 358 ABGB aus, dass die Ausübung des Eigentumsrechts nur insoweit zulässig ist, als dadurch weder in die Rechte eines anderen eingegriffen wird, noch die Vorschriften, welche „die Erhaltung und Beförderung des allgemeinen Wohles" gewährleisten sollen, beeinträchtigt werden.[20]

Dieser letzte Halbsatz findet Konkretisierung in den Artikeln 5 und 7 des Staatsgrundgesetzes aus dem Jahre 1867.[21] Artikel 5 postuliert, dass das Eigentum unverletzlich ist und eine Enteignung gegen den Willen des Eigentümers nur auf gesetzlicher Basis erfolgen darf. Gleichzeitig damit werden durch Artikel 7 des Staatsgrundgesetzes 1867 die Untertänigkeits- und Hörigkeitsverbände abgeschafft und sind jegliche Belastungen von Liegenschaften auf Grundlage des „geteilten Eigentums" abzulösen und aufzuheben.[22]

Eine wesentliche Grundlage für die ab Mitte des 19. Jahrhunderts erfolgten Ablösungs- und Regulierungsverfahren war das sogenannte Grundentlastungspatent vom 7. September 1848.[23] In diesem Patent werden in § 1 das Untertänigkeitsverhältnis und alle damit verbundenen gesetzlichen Regelungen aufgehoben. In § 7 wird auf die Holzbezugs- und Weiderechte eingegangen. Die Ablösung dieser Rechte hat ausdrücklich entgeltlich zu erfolgen. Gleichzeitig wird in § 8 das Prozedere dieser Ablösungen näher erläutert. Abgeordnete aus allen Provinzen haben eine Kommission zu bilden, die eine entsprechende Vorlage für einen Gesetzesentwurf, welcher der Reichsversammlung vorzulegen ist, auszuarbeiten haben. Dieser Ge-

[17] Zeiller 1812, 115.

[18] Zeiller 1812, 116.

[19] Zeiller 1811, 102.

[20] Winiwarter 1832, 101.

[21] Staatsgrundgesetz vom 21. Dezember 1867 über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder, RGBl 172/1867.

[22] Art. 6 StGG 1867.

[23] Allerhöchstes Patent vom 7. September 1847. Aufhebung des Unterthänigkeitsverbandes und Entlassung des bäuerlichen Besitzes (Grundentlastungspatent), PGS 112/1848.

setzesentwurf hat genaue Bestimmungen „über die Art und Weise der Aufhebung oder Regulierung der im § 7 angeführten Rechte" zu enthalten.[24] Als Ergebnis dieses Auftrages wurde 1849 das Durchführungspatent zur Grundentlastung erlassen, welches die konkrete Umsetzung der Grundentlastung regelte.[25] Aber erst das Patent vom 5. Juli 1853 sollte die Regulierung und Ablösung der Bezugsrechte von Holz –, Weide- und Forstprodukten zwischen den Servituts -, gemeinschaftlichen Besitz- und Benützungsberechtigten festlegen.[26] War noch in § 7 des Grundentlastungspatents ausdrücklich auf die Entgeltlichkeit der Ablösung von Einforstungsrechten hingewiesen worden, wich das 1853 erlassene Patent davon doch erheblich ab. So wurde neben der entgeltlichen Ablösung, die primär angewendet werden sollte, auch die „Regulierung" von Einforstungsrechten vorgesehen, die jedoch in der Folge als Regelfall angewandt wurde. Nur in Ausnahmefällen kam es zur entgeltlichen Ablösung der Bezugsrechte an Holz-, Weide- und Forstprodukten.[27] Die Regulierungsurkunden hielten die jeweilige Auftriebsberechtigung von landwirtschaftlichen Nutztieren hinsichtlich Ort, Zeit und Anzahl der Tiere fest.

Und genau dieser Inhalt, die Anzahl der weideberechtigten Tiere, die Dauer und die räumliche Ausdehnung der Weideberechtigungen in fremden Wäldern, birgt heute nach wie vor Konfliktpotenzial zwischen Berechtigten und Verpflichteten in sich.

WAS SIND NUN DIE VOR- UND NACHTEILE DER WALDWEIDE?

Auf Seiten der Vorteile finden sich vor allem Aspekte des Erhalts und des Schutzes des Ökosystems Wald. Werden über längere Zeit die Weiderechte im Wald nicht ausgeübt, so führt dies zu nachhaltigen Veränderungen der Vegetation. Beispielsweise veröden Almwiesen zunehmend und forstliche Jungpflanzen werden von Gestrüpp überwuchert. Dies hat zur Folge, dass das Wild, um ausreichend Nahrung zu finden, von höher gelegenen Lagen ins Tal abwandert und dort vermehrt Schälschäden an landwirtschaftlichen Kulturflächen verursacht. Ein weiterer positiver Nebeneffekt der Waldweide besteht auch im Erhalt der Artenvielfalt von Gräsern, weil ohne Beweidung die Gräser durch Überwucherung am Wachstum gehindert werden. Für die Weidetiere lässt sich ebenfalls ein positiver Effekt durch die Waldweide

[24] §§ 1, 7 und 8 Grundentlastungspatent.

[25] Kaiserliches Patent vom 4. März 1849, wirksam für alle jene Kronländer, für welche das Patent vom 7. September 1848 gilt, wodurch die Durchführung der Aufhebung des Unterthans-Verbandes und der Entlastung des Grund und Bodens angeordnet wird, RGBl 152/1849.

[26] Kaiserliches Patent vom 5. Juli 1853, wodurch die Bestimmungen über die Regulierung und Ablösung der Holz, Weide- und Forstproducten-Bezugsrechte, dann einiger Servituts- und gemeinschaftlichen Besitz- und Nützungsrechte festgesetzt werden (Servitutenpatent), RGBl 130/1853.

[27] Schiff 1899, 32.

nachweisen. Die Vielfalt des Futterangebotes ist deutlich erhöht und insbesondere werden den Tieren wichtige Mineral- und Bitterstoffe durch das Weiden im Wald zugeführt. Darüber hinaus bedingen das geringere Futterangebot und die in der Regel steilen Hanglagen einen „Trainingseffekt" für die Weidetiere. Durch die erhöhte körperliche Beanspruchung nimmt nicht nur die Muskelmasse zu, sondern es lassen sich auch positive Effekte auf die Milchleistung, Fruchtbarkeit und generell auf die Gesundheit der Tiere belegen. Aber auch aus dem Aspekt des Naturschutzes und aus touristischer Perspektive gibt es Gründe für die Beibehaltung der Waldweide, hier aber vorrangig der Lärchenwaldweide. Dieser positive Effekt ist durch zwei Faktoren bestimmt. Einerseits lässt sich durch die zu Boden fallenden Nadeln der Lärchenbäume ein Düngungseffekt des Waldweidebodens erzielen und zum anderen wird die Grasnarbe, bedingt durch die weiter auseinander stehenden Bäume und durch den damit verbundenen stärkeren Lichteinfall dichter, was sich wiederum auf die Futterqualität aber auch den Futterertrag positiv auswirkt. Und nicht zuletzt stellt die Vielfalt der Waldlandschaft für Touristen ein attraktives Wandergebiet dar.[28]

Als Nachteile sind beispielsweise die Reduktion von Waldbäumen und damit verbunden eine Abnahme des Holzvorrates zu verzeichnen. Durch die Waldweide kommt es zu einer Auflockerung des Waldbestandes, sogenannte Lichtweiden entstehen, und dies führt wiederum zu einer allmählichen Absenkung der Waldgrenze über Jahrzehnte und Jahrhunderte. Damit ist eine schleichende, aber nachhaltige Beeinflussung des Ökosystems Wald-Alm-Gebirge verbunden. Diese negative Beeinflussung wird beispielsweise durch erhöhte Bodenerosion, die Überschwemmungen und Vermurungen begünstigt, sichtbar. Dass die Waldweide die Verjüngungsfähigkeit und damit die Holzproduktion durch das Abfressen von jungen Baumtrieben nachteilig beeinflusst, steht außer Zweifel. Aber auch Trittschäden, die durch weidendes Vieh in den Wäldern verursacht werden, tragen zur Schädigung des Ökosystems Wald bei.[29] Gerade die Tiergewichte spielen dabei eine zentrale Rolle. So haben sich die Tiergewichte seit der Regulierung der Einforstungsrechte zur Mitte des 19. Jahrhunderts fast verdoppelt. Mit dem höheren Gewicht der Weidetiere geht eine höhere Belastung des Waldbodens durch Trittschäden einher. Durch die höhere Verdichtung des Waldbodens wird die Aufnahmefähigkeit des Bodens für Regenwasser reduziert, was zu einem rascheren Abfließen des Wassers und zu erhöhter Gefahr von Ab- und Überschwemmungen führt. Auf der anderen Seite hat ein deutlich schwereres Weidetier auch einen wesentlich höheren Futterbedarf, was wiederum eine extensivere Beweidung/Nutzung des Waldbodens nach sich zieht. Die Summe der genannten Faktoren kann die wichtige Schutzfunktion

[28] Gallor 2019, 615 f.
[29] Gallor 2019, 607 ff.

der Gebirgswälder als lebensnotwendiger Schutz vor Vermurungen und Lawinen nachhaltig gefährden.[30]

Welche Lösungsansätze sind denkbar, um den Konflikt zwischen Waldweideberechtigten und Waldeigentümern, Verpflichteten aufzulösen?

Eine Variante wäre die Ablösung von Waldweiderechten durch die „Abgabe von Grund und Boden" an den Berechtigten. Das heißt im Konkreten, Wald- und Weideflächen werden getrennt und der Berechtigte erhält ein Ersatzgrundstück vom Verpflichteten, auf dem das Weiderecht zukünftig ausgeübt werden kann. Der Wert des abzulösenden Waldweiderechts orientiert sich am Verkehrswert zum Zeitpunkt der Ablösung. Probleme, die damit verbunden sind, sind die Ermittlung des Weideertrages einer Fläche und die auch dabei nach wie vor herangezogenen „urkundlichen Viehgewichte", die, wie bereits erwähnt deutlich unter den Viehgewichten der derzeit weidenden Tiere liegen. Eine weitere Möglichkeit, Waldweiderechte abzulösen, besteht in der Abgabe eines Baugrundstückes an den Berechtigten. Dies wird aber nur dann vom Berechtigten angenommen werden, wenn der Eigenbedarf an der Waldweidefläche nicht mehr bzw. nicht mehr im ursprünglichen Umfang benötigt wird.[31]

Als dritte Variante wäre auch die Ablösung des Waldweiderechts durch eine Geldzahlung des Verpflichteten möglich. Wobei damit, ähnlich wie bei der Ablöse durch Grund und Boden, das Problem der „Kapitalisierung" des Weiderechts verbunden ist. Die Höhe des Ablösungsbetrages wird sich nach der Anzahl der weideberechtigten Tiere und des damit verbundenen Futterbedarfes berechnen. Auch hier kommt erschwerend dazu, dass sich die Tiergewichte fast verdoppelt haben und daher auch der Futterbedarf entsprechend höher anzusetzen ist.[32]

Ein wesentlicher Schritt in Richtung Ausgleich der Interessen von Weideberechtigten und Weideverpflichteten wäre die längst überfällige Anpassung des Berechnungsfaktors in den Regulierungsurkunden. Auf Grund der höheren Gewichte der derzeitigen Rinderrassen im Gegensatz zu den Rinderrassen zur Mitte des 19. Jahrhunderts ist es unbedingt erforderlich, entweder die Anzahl der weideberechtigten Tiere bei gleich bleibender Weidefläche um zumindest 25% oder aber bei gleich bleibender Anzahl der Tiere die Weidetage zu reduzieren. Auch eine Mischlösung dieser beiden Varianten wäre denkbar. Ebenso, wie bereits oben erwähnt, wäre auch die Trennung von Wald- und Weidewirtschaft ein Lösungsansatz, indem die Waldweiderechte entweder in Geld, in Form eines Ersatzweidegrundstückes oder eines Baugrundes abgelöst werden. Es ist zu hoffen, dass der österreichische Gesetzgeber diese Anregungen und Vorschläge aufgreift, um eine zufriedenstellende Lösung für alle Beteiligten, im Streit um die Nutzung der Wälder für Weidezwecke, zu finden.

[30] Gallor 2019, 613 f.
[31] Gallor 2019, 645 ff.
[32] Gallor 2019, 647 f.

BIBLIOGRAPHIE

Gallor, G. (2019) Die Waldweide in Österreich als Zankapfel zwischen Bauern und Waldeigentümern. In: Steppan, M. und Gebhardt, H. (Hgg.), *Grazer Rechtswissenschaftliche Studien.* Band 68. Graz: Leykam.

Iro, G. (2008) *Bürgerliches Recht IV*. Sachenrecht, 3. Aufl. Wien, New York: Springer. 221.

Lang, E. W. (1991) *Tiroler Agrarrecht II. Das Recht der Einforstungsrechte (Wald- und Weideservituten) und der agrargemeinschaftlichen Grundstücke.* Wien. 34 ff.

Schiff, W. (1899) *Die Regulierung und Ablösung der Wald- und Weideservituten. Die Gesetzgebung über agrarische Gemeinschaften. Die Arrondierung und Zusammenlegung der Grundstücke.* Wien: Commissionsverlag M. Perles. 32.

Twaroch, Ch. (2010*) Liegenschaft und Recht.* Wien, Graz: NWV, Neuer Wiss. Verlag. 84.

Winiwarter, J. (1832) *Das österreichische Bürgerliche Recht.* Band II. Wien: Mösle. 101.

Zeiller, F. von (1811) *Kommentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch.* Band I, Wien: Geistinger.

Zeiller, F. von (1812) *Kommentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch.* Band II, Wien: Geistinger. 110.

Alltäglicher Rechtsstreit zwischen Eigentümer und Wohnrechtsinhaber: Exegese zu D. 8,2,41 pr. (Scaev. 1 resp.)

NORBERT POZSONYI

Aus dem Verhältnis eines Eigentümers und eines Berechtigten des beschränkten dinglichen Rechtes ergibt sich im römischen Alltagsleben – eben wie heutzutage – viel Interessenkonflikt. Im Mittelpunkt der vorliegenden Abhandlung steht ein – in der Fachliteratur unbeachtetes – Digestenfragment vom hochklassischen Juristen Q. Cervidius Scaevola, worin eben eins der – in der Alltagspraxis oft vorkommenden – Probleme erörtert wird. Cervidius Scaevola gehörte der Schicht der römischen Juristen an, die in der zweiten Hälfte des 2. Jahrhunderts n. Chr. das Kaiserprivileg des *ius respondendi ex auctoritate principis* besaßen.[1] Er war also ein praktizierender Jurist, demnach liegt es auf der Hand, dass er in seinen Schriften auf die Alltagspraxis großen Wert legte. Die jetzt erörterte Quelle stammt aus seinem *libro primo responsorum*[2] (also aus dem 1. Buch seiner Rechtsgutachten), die von den Kompilatoren unter dem Digestentitel *de servitutibus praediorum urbanorum* (Über die Dienstbarkeiten an städtischen Grundstücken) gestellt wurde. Die *responsorum libri VI* sind Sammlungen von Rechtsgutachten, „die anscheinend alle wirklich praktische Fälle betreffen".[3] Aller Wahrscheinlichkeit nach sind die *responsorum libri VI* nicht Originalwerke von Scaevola, sondern sie sind nur nachklassische Auszüge aus der „posthumen Veröffentlichung" seiner Rechtsgutachten.[4] Der überlieferte Text von Scaevola lautet wie folgt (D. 8,2,41 pr.):

Olympico habitationem et horreum, quod in ea domo erat, quoad viveret, legavit: iuxta eandem domum hortus et cenaculum, quod Olympico legatum non est, fuerunt:

[1] Waldstein und Rainer 2014, 229 f.

[2] Schulz 1961, 148 schrieb: „Wer sich in den zentralen Schriften der klassischen Jurisprudenz vertieft, wer nicht bloß die Institutionen des Gaius oder einzelne Stellen liest, sondern wirklich die erhaltenen Fragmente der *Digesta* und *Responsa* des Cervidius Scaevola, der *Responsa* und *Quaestiones Papinians* oder der *libri ad edictum* Ulpians im Zusammenhang studiert, der wird überfallen von dem Gefühl eines überströmenden und sicher unerschöpflichen Reichtums juristischer Probleme und Ideen".

[3] Schulz 1961, 294.

[4] Kunkel 2001, 217.

ad hortum autem et cenaculum semper per domum, cuius habitatio relicta erat, aditus fuit: quaesitum est, an Olympicus aditum praestare deberet. Respondi servitutem quidem non esse, sed heredem transire per domum ad ea quae commemorata sunt posse, dum non noceat legatario.[5]

Der Sachverhalt, der dem Juristen vorgelegt wurde, lässt sich aus dem Quellentext wie folgt rekonstruieren: Person „A" – der spätere Erblasser – war ursprünglich Alleineigentümer einer Liegenschaft, worauf sich ein mehrstöckiges Haus und ein daran anknüpfender Garten (*hortus*) befand. (Meiner Auffassung nach bedeutet hier das Wort *cenaculum* das Stockwerk [oder der Dachboden],[6] ähnlich wie in D. 43,17,3,7: *sed si supra aedes, quas possideo, cenaculum sit.*) Person „A" ist mit der Hinterlassung eines schriftlichen Privattestaments gestorben, worin er Person „B" zum Erben eingesetzt hat. Außer Erbsetzung enthielt dieses Testament – unter anderem – eine Vermächtnisbestellung an Person „C" (Olympicus),[7] deren Inhalt nach das dingliche Wohnrecht (*habitatio*) am Haus (*domus*) des verstorbenen Erblassers dem Vermächtnisnehmer – d.h. dem Olympicus – bis zu seinem Tod zustehen solle. Darüber hinaus hinterließ er dem Olympicus noch einen Speicher (*horreum*), der sich in demselben Haus befand,[8] d.h. im technischen Sinne: Olympicus hat Nutzungsrecht am Speicher erworben. Nach dem Tod des Erblassers hat Person „B" als Universalsukzessor an der Liegenschaft Eigentum erworben, aber sein Eigentum war mit dem Wohnrecht des Vermächtnisnehmers (also: Olympicus) belastet.

Der Personenname vom Vermächtnisnehmer deutet auf eine griechische Herkunft an. Er war vermutlich der ehemalige Sklave des Erblassers, der freigelassen wurde. Den Umständen nach lässt sich auch vermuten, dass Olympicus nach seiner Freilassung mit seinem Patron weiterhin in einem engen Treuverhältnis geblieben ist (z. B. war er ein Geschäftsführer oder Verwalter von ihm).[9] Die Theorie – dass Olympicus ein Freigelassener gewesen sein könnte – wurde auch durch die epigraphischen Quellen unterstützt, bei denen der Name Olympicus mehrmals als der

[5] D. 8,2,41 pr.: „Dem Olympicus hatte jemand ein Wohnrecht und einen Speicher, der sich in demselben Haus befand, auf Lebenszeit vermacht. Neben diesem Haus befanden sich ein Garten und ein Speiseraum, der dem Olympicus nicht vermacht worden war. Der Zugang zu Garten und Speiseraum führte seit jeher durch das Haus, an dem das Wohnrecht vermacht worden war. Es wurde angefragt, ob Olympicus den Zugang gestatten müsse. Ich habe gutachtlich entschieden, dass zwar keine Dienstbarkeit bestehe, dass aber der Erbe durch das Haus zu den erwähnten Örtlichkeiten gehen dürfe, sofern er den Vermächtnisnehmer dadurch nicht schädigt." Übersetzung von Bund 1995.

[6] Vgl. Oxford Latin Dictionary s.v. *cenaculum*: „a top-story, garret, attic". Ich übersetze also das Wort *cenaculum* nicht – wie Elmar Bund in der Fn. 7 – als ‚Speiseraum', sondern als ‚Stockwerk'.

[7] Scaevola zitiert die Formel der testamentarischen Wohnrechtsbestellung in D. 33,2,34 pr. wie folgt: *hoc amplius libertis libertabusque meis habitationes in domo, quamdiu vivant*. Zu dieser Quelle siehe Platschek 2018, 241 ff.

[8] Vgl. Vitruv. 6,5,2: *Qui autem fructibus rusticis serviunt […] in aedibus […] horrea […], quae ad fructus servandos magis quam ad elegantiae decorem possunt esse, ita sunt facienda.*

[9] Vgl. AE 1939, 0150: *Platoni Caesaris / dietarchae / fecit / Olympicus vilic(us) / et ilus.*

Name eines Freigelassenen vorkommt.[10] Diese enge private Verbindung könnte vermutlich im Hintergrund der Versorgungswille des Erblassers gestanden sein.

Darüber hinaus lässt sich darauf schließen, dass Olympicus vor dem Tod des Erblassers bereits in diesem erwähnten Haus gewohnt hatte und der Erblasser möchte ihm durch das vermachte Wohnrecht erst zusichern, dass er nach seinem Tod (also dem Tod des Testators) weiterhin im Wohnort bleiben kann, woran sich schon gewöhnt hat. (Dabei ist nicht zu bedenken, dass die *habitatio* aufgekommen ist, um eine Wohnungsversorgung gewisser Personen zu ermöglichen.)

Aus dem Kontext des Fragments geht auch das hervor, dass die erörterte Liegenschaft in einer Stadt lag.[11] Die städtischen Häuser wurden nämlich in den Quellen als *domus* bezeichnet. Wenn wir Oxford Latin Dictionary aufschlagen, dann lesen wir unter dem Stichwort „*domus*" die folgende Bedeutungsbestimmung: „a house as a building, especially a town house". Um dem Rechtsproblem näher zu kommen, lohnt es sich einen Blick z. B. auf die Rekonstruktionszeichnung der Ruine der pompejianischen *casa del Fabbro* zu werfen:[12]

Diesem Plan gemäß: Der Eingang zum Haus lag an der Straßenfront. Im Gebäude befinden sich die Räumlichkeiten verschiedener Arten und der Garten (Nummer 12) schließt an das Haus an. Zugang von der hinteren Grundseite war nicht möglich (war nämlich der Garten durch Mauer umgenommen).

Es ist hochwahrscheinlich, dass der Grundriss der in unserem behandelten Fall erwähnten Immobilien ähnlich war, wie der *casa del Fabbro*. Anhand des Quellentextes geht nämlich Folgendes hervor: *iuxta eandem domum hortus et cenaculum […] fuerunt*.

Jetzt kehren wir zur Ausgangslage unseres dargestellten Falles zurück: Der Erbe hat also das Alleineigentum am Immobilien mit Belastung des Wohnrechts des Olympicus geerbt. Hier stellt sich zunächst die erste Frage nach dem rechtlichen In-

[10] Siehe etwa CIL 06, 40415.

[11] Wie bereits früher erwähnt wurde, wurde das erörterte Fragment von den Kompilatoren Justinians unter dem Digestentitel *de servitutibus praediorum urbanorum* gestellt.

[12] Wallace-Hadrill 1994, 56.

halt des Wohnrechts (*habitatio*) in der Hochklassik. In einer Konstitution von Justinian lesen wir Folgendes (C. 3,33,13 pr.): *antiquitas dubitabat usu fructu habitationis legato, et primo quidem cui similis est, utrumne usui vel usui fructui […],* ins Deutsche: die alten Rechtsgelehrten zweifelten in dem Fall, wenn der Nießbrauch an einer Wohnung (das heißt das Wohnrecht) vermacht worden war und zwar zuerst darüber, welchem Rechtsverhältnisse derselbe gleich stände, ob dem Gebrauch, oder dem Nießbrauch.[13]

Es ist allgemein bekannt, dass die *habitatio* von jeher kein selbständiges Rechtsinstitut war, daraus wurde erst von Justinian ein *ius proprium* gemacht. Anhand dieser Quelle lässt sich feststellen, dass es bei den Klassikern umstritten war, ob die Bestellung eines Wohnrechts einen *usus* oder einen *ususfructus* begründe. Ulpian lehrt im seinem 17. Buch zu Sabinus wie folgt (D. 7,8,10 pr.): *Si habitatio legetur, an perinde sit atque si usus, quaeritur. Et effectu quidem idem paene esse legatum usus et habitationis et Papinianus consensit libro octavo decimo quaestionum*, deren Übersetzung wie folgt lautet: Wenn ein Wohnrecht vermacht ist, stellt sich die Frage, ob es sich damit ebenso verhält wie mit dem Gebrauchsrecht. Und Papinian stimmt im 18. Buch der Rechtsfragen der Ansicht zu, dass immerhin im Ergebnis das Vermächtnis des Gebrauchsrechts und des Wohnrechts fast dasselbe seien.[14]

Wir müssen hier darauf hindeuten, dass es von Papinian nicht behauptet wurde, dass *habitatio* und *usus* ein und dasselbe Rechtseinrichtungen seien, sondern dass sie im Effekt (also: *effectu*) fast (*paene*) dasselbe seien. Und wegen dieses Adverbs „*paene*" stellt sich wieder die Frage, worin der rechtliche Unterschied zwischen dem Gebrauchsrecht am Haus (*usus domus*) und dem Wohnrecht (*habitatio*) lag.

Ich bin der Meinung, dass wir die Antwort auf diese Frage bei Ulpian finden, der uns wie folgt lehrt (D. 7,8,12,1): *Praeter habitationem quam habet, cui usus datus est, deambulandi quoque et gestandi ius habebit*, also außer dem Wohnrecht, das derjenige hat, dem der Gebrauch eingeräumt ist, hat er auch die Befugnis, spazieren zu gehen oder sich in der Sänfte tragen zu lassen. Meinem Interpretationsentwurf nach konnte der Berechtigte anhand der *habitatio* ausschließlich das – auf dem Grundstück (*fundus*) stehende – Gebäude zu Wohnzweck nutzen, aber ein darüber hinausgehende Nutzungsrecht steht ihm nicht zu. Z. B. der Träger des Wohnrechts darf an das Haus anschließender Garten nicht benutzen, weil das *ius utendi* in diesem Fall dem Eigentümer zusteht und das Wohnrecht erstreckt sich nicht darauf.

Demgegenüber im Falle vom Gebrauchsrecht war der Usuar berechtigt die ganze Liegenschaft (also nicht nur die bewohnbare Teile des Hauses) zu seinen Bedürfnissen zu benutzen. Meiner Auffassung nach war also die *habitatio* ein beschränktes Gebrauchsrecht an die Liegenschaft, wobei die Regeln der *usus* an-

[13] Anhand der Übersetzung von Otto, Schilling, und Sintenis.
[14] Übersetzung von Horak 1995.

zuwenden sind. (Hier ist zu bemerken, dass der *usus* auf weite Strecken den Regeln des *ususfructus* folgt.[15])

Mit dieser Erwägung stimmt der Text der erörterten Quelle überein: „Dem Olympicus hatte jemand ein Wohnrecht und einen Speicher, der sich in demselben Haus befand, auf Lebenszeit vermacht. Neben diesem Haus befanden sich ein Garten […], der dem Olympicus nicht vermacht worden war." Gebrauchsrecht dieser Teile der Liegenschaft wäre erst dann dem Olympicus vermacht worden, wenn *usus* (und nicht *habitatio*) vom Erblasser in seiner letztwilligen Verfügung bestellt worden wäre.

Im nächsten Schritt prüfen wir die Besitzlage der Beteiligten. Der oben skizzierten rechtlichen Denkweise gemäß ist die faktische Sachherrschaft der Immobilie zwischen den Streitparteien geteilt: Olympicus ist also Inhaber des Gebäudes und der Erbe ist Besitzer des Gartens, welcher nur durch das Haus zugänglich ist. Nach geltendem Recht handelt sich hier um ein Teilbesitz, demgemäß mehrere Personen eine Sache auch derart besitzen können, dass jeder nur einen abgegrenzten Teil davon besitzt (siehe z.B. unten § 865 BGB).

Die Streitigkeit zwischen Olympicus und dem Erbe entsteht daraus, dass der Erbe der in der Vergangenheit herausgebildeten Gebrauchspraxis gemäß weiterhin durch das Haus zum Garten kommen mochte, was Olympicus als Träger des Wohnrechts störte.

Anhand des überlieferten Quellentextes lässt sich leider nicht eindeutig feststellen, wie die Parteipositionen der Beteiligten im Streitverfahren aussahen. Es liegt also im Dunkeln, ob Olympicus z. B. der Kläger oder der Beklagte gewesen war? Ich neige dazu, dass Olympicus in diesem Fall als Beklagte fungierte. Ich finde die folgende Situation nämlich lebensnahe: Der Erbe möchte nach wie vor durch das Haus zum Garten kommen, aber es wurde ihm vom Olympicus nicht zugelassen. Vielleicht könnte Olympicus gerade mit den Worten von Labeo folgenderweise argumentiert haben (D. 7,8,10,4): *et Labeo ait habitare eum in fundo posse dominumque prohibiturum illo venire*. Nach Auffassung Labeos darf der Inhaber des Gebrauchsrechts auf dem Landgut wohnen und den Eigentümer daran hindern, es zu betreten.

Demgegenüber vertritt der Erbe der Ansicht, dass er dazu berechtigt war, den Garten – der nur aus der Richtung des Hauses zugänglich ist – zu benutzen. In dieser Hinsicht war also – nach der Argumentation des Erben – die Handlung von Olympicus rechtswidrig. Die Rechtsausübung von Olympicus führte nämlich zum Ergebnis, dass der Erbe die Ausübungsmöglichkeit der ihm zustehenden Rechte verloren hat.

Aus der klagenrechtlichen Denkweise der römischen Juristen erhebt sich die Frage, welches Rechtsmittel dem Erbe in diesem Fall zugestanden ist? Welche Klage konnte also der Erbe gegenüber dem Olympicus anstrengen?

[15] Vgl. Kaser und Knütel 2014, 172.

Bei Besitzentziehung oder – störung kamen sowohl die possessorischen als auch die petitorischen Ansprüche in Betracht. Anhand der Fragestellung dieser Quelle lässt sich feststellen, dass es hier um ein Recht gegangen sei, weil die Frage wie folgt lautet: *quaesitum est, an Olympicus aditum praestare deberet.* Der Terminus technicus „*praestare*" bezieht sich in den Rechtsquellen nämlich – in der Regel – auf rechtliche Verpflichtungen.[16] Daraus folgt, dass es sich hier um eine Rechtsfrage handelt, daher hat der Kläger einen petitorischen Anspruch gegenüber dem Beklagten geltend gemacht.

M. E. nach die Rechtsfrage, wonach der Jurist gefragt wurde, lässt sich auf folgender Weise zusammenfassen: Steht das Durchgangsrecht dem Erben über das Haus trotzt des Wohnrechts von Olympicus zu oder nicht?

Zur Durchsetzung eines sich aus diesem Verhältnis ergebenden Anspruches muss eine dingliche Klage dem Kläger zustehen. M. E. nach kommt die ordentliche Eigentumsklage (die *rei vindicatio*) nicht in Betracht, wurde nämlich von Olympicus das Eigentumsrecht des Erbes an der Liegenschaft nicht bestritten. Daraus folgt, dass wir im Kontext dieser Quelle noch andere Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung untersuchen müssen.

Nach der ersten Variante: Als Ausgangspunkt dient vielleicht, dass der erörterte Text von den Kompilatoren unter dem Digestentitel *de servitutibus praediorum urbanorum* eingereiht wurde. Daraus lässt sich folgern, dass der Kläger seinen Anspruch vermutlich auf ein Dienstbarkeitsrecht begründet hat. In diesem Zusammenhang lässt sich vermuten, dass der Erbe sein Recht in analoger Weise zum Notweg geltend machen mochte. Meiner Ansicht nach kommt im Sachverhalt dem vorliegenden Fall am nächsten das Fragment des Marcellus in D. 8,2,10, dessen – verkürzter – Text wie folgt lautet: *binas aedes habeo, alteras tibi lego <vel usum fructum earum> […] et de illo quero, an per alienas aedes accessum heres ad eam rem quae legatur praestare debet, sicut solet quaeri, cum usus fructus loci legatus est, ad quem locum accedi nisi per alienum non potest. Marcellus respondit: […] non autem semper simile est itineris argumentum, quia sine accessu nullum est fructus legatum*. Laut dem Sachverhalt: Der Eigentümer (*ego*) zwei Häuser hatte. Das eine vermachte er dem "B" (*tu*) zu Eigentum oder zu Nießbrauch, das andere wurde vom testamentarischen Erben (C) erworben. Das vermachte Haus ist nur über fremdes Grundstück (Grundstück des Erben) zugänglich (*ad quem locum accedi nisi per alienum non potest*). Damit stellt sich die Frage: Muß der Erbe dem Vermächtnisnehmer den Zugang zum vermachten Haus über sein – als fremdes – Grundstück gewähren (*quero, an per alienas aedes accessum heres ad eam rem quae legatur praestare debet*). Gemäß der Entscheidung des Juristen muß der Erbe dem Vermächtnisneh-

[16] Mayr 1921, 214 ff. schrieb: „Als juristischer Terminus wird praestare […] in der dreifachen Bedeutung von gewähren, leisten und haften verwendet. Gewährt werden […] Servituten und was deren Inhalt ausmacht".

mer den Zugang gewähren. Marcellus kommt nämlich zum Schluß, dass ein vermachter Nießbrauch (oder ein vermachtes Haus) ohne Zugang gegenstandlos ist, deshalb steht das Durchgangsrecht (*itiner*)[17] dem Vermächtnisnehmer – als dem Berechtigten des herrschenden Grundstücks – zu. In diesem Fall wurde das Servitut nicht durch Rechtsgeschäft bestellt, das heißt, es handelt hier um einen Notweg, der (höchstwahrscheinlich) durch Richterspruch begründet wurde.

Nach diesem kurzen Exkurs kehren wir zur ersten Variante zurück. Der Servitutsberechtigte hatte nach *ius civile* die *vindicatio servitutis*, deren Intentio auf folgender Weise abgefasst wurde: „*Si paret Aulo Agerio ius esse per eum fundum ire etc.*“,[18] das heißt: „Wenn es sich erweist, dass dem Kläger das Recht hat, über das bezeichnete Grundstück zu gehen“. Auf den ersten Blick würde diese Klage zum erörterten Sachverhalt passen, aber wenn wir tiefer darüber nachdenken, müssen wir zum Schluß kommen, dass die Anwendbarkeit dieser Klage sowohl der prozess- als auch materiellrechtlichen Voraussetzungen entbehrte.

Einerseits richtet sich die *vindicatio servitutis* gegen den Eigentümer des dienenden Grundstücks, andererseits gemäß dem Grundprinzip *nulli res sua servit* kann niemand eine Servitut am eigenen Grundstück haben. Dementsprechend schrieb Scaevola folgendes: *Respondi servitutem quidem non esse,* also „Ich habe gutachtlich entschieden, dass zwar keine Dienstbarkeit bestehe“. Aber Scaevolas Formulierung *servitutem quidem non esse* läßt vermuten, dass das dargestellte Rechtsproblem vom Juristen aus dem Blickwinkel des Servitutsrechts betrachtet wurde. Nach – richtige – Auffassung Scaevolas kam zwischen den Streitparteien eine servitutsähnliche Rechtssituation (ein quasi Servitut) zustande. Demgemäß riskiere ich die Vermutung, dass der Prätor eine der *vindicatio servitutis* nachgebildete Klage dem Kläger gewährte, in deren Klageformel der Richter vom Prätor z. B. angewiesen wurde, den Olympicus (also den Beklagten) als Eigentümer zu betrachten (z. B. im Formel: *si dominus esset*).[19]

Zweite Möglichkeit: Vielleicht kann die Eigentumsfreiheitsklage (*actio negatoria*) auch in Frage kommen, die dem Eigentümer zur Abwehr der Anmaßung des Beklagten diente. Mit dieser Klage hätte der Kläger nicht das Wohnrecht des Olympicus streitig gemacht, sondern nur dessen Umfang.

[17] *Itiner = iter*. Heumann und Seckel s.v. *iter*: das Servitutrecht über ein fremdes Grundstück zu gehen oder zu reiten.

[18] Vgl. Lenel 1956, 193.

[19] Kaser und Hackl 1996, 329 f.: „Bisweilen schafft der Prätor eine neue *actio* in Anlehnung an eine im Edikt enthaltene zivile oder honorarische Formel, indem er sie für den Einzelfall abwandelt, etwa ein Tatbestandsmerkmal abändert, wegläßt oder ein neues hinzufügt. Die so gestaltete Klage wird als *actio utilis* oder *actio ad exemplum* (der primären Klage) bezeichnet, sie bedeutet eine Erweiterung der Ausgangsklage mittels Analogie.”

Zum Schluß werfen wir einen Blick auf materiellrechtliche Lage: *quaesitum est, an Olympicus aditum praestare deberet*, also: „Es wurde angefragt, ob Olympicus den Zugang gestatten müsse", die von Scaevola auf folgender Weise positiv beantwortet wurde: „Ich habe gutachtlich entschieden, dass zwar keine Dienstbarkeit bestehe, dass aber der Erbe durch das Haus zu den erwähnten Örtlichkeiten gehen dürfe, sofern er den Vermächtnisnehmer dadurch nicht schädigt".

Dem festgestellten Sachverhalt gemäß führte der Zugang zu Garten seit jeher (*semper*) durch das Haus und diese Tatsache wurde vom Jurist zum Vorteil des Klägers ausgelegt. Wie schon oben angeführt wurde, der Vermächtnisnehmer Olympicus vermutlich bereits zur Lebenszeit des Erblassers in diesem Haus gewohnt hat. Die faktische Lage des Vermächtnisnehmers wurde dadurch nicht bedeutsam verschlechtert, wenn der neue Eigentümer zum Garten nach wie vor durch das Haus kommt, vorausgesetzt, dass er sein Recht ordnungsgemäß ausübt (z. B. nicht in der Nacht). Demgegenüber wäre es bei der Seite des Erben eine ernsthafte Interessenverletzung, wenn er die Zugriffsmöglichkeit zum Garten verloren hätte, indem seinen eigenen – lastenfreien – Grundstücksteil nicht benutzen könnte.

Nach Bewertung der Parteiinteressen kam der Jurist zur Schlussfolgerung, dass der gestellte dingliche Anspruch des Klägers begründet war. Darüber hinaus müssen wir nach darauf hinweisen, dass das Verhalten des Olympicus nach einer Äußerung von Gaius als Rechtsmissbrauch angesehen werden könne. Gaius lehrt nämlich in seinem Anfangslehrbuch wie folgt (Gai. 1,53): *male enim nostro iure uti non debemus*, das heißt: wir dürfen unser Recht nicht missbrauchen. Ein Rechtsmissbrauch liegt immer vor, wenn die Rechtsausübung zur Verletzung eines besonders zu berücksichtigenden Privatinteresses führt. M. E. nach führt die Rechtsausübung des Olympicus in diesem konkreten Fall zur Verletzung des Privatinteresses des Erben.

Meiner Meinung nach lässt sich das (quasi) Durchgangsrecht des Eigentümers auch aus D. 7,8,12 pr. ableiten, dessen Text wie folgt lautet: *venire plane proprietarium ad fructus percipiendos magis dicendum est, et per tempora fructuum colligendorum etiam habitare illic posse admittendum est*. Ins Deutsche: „Allerdings ist richtigerweise anzunehmen, dass der Eigentümer kommen darf, um die Früchte zu ziehen, und es ist ihm zuzubilligen, dass er zur Zeit der Einbringung der Früchte dort wohnen darf". Die *ratio decidendi* dieser Entscheidung lässt sich knapp in folgender Weise zusammenfassen: Wenn das wirtschaftliche Interesse des Eigentümers begründet, dann darf er zeitweise im mit Gebrauchsrecht belasteten Haus wohnen. Nach Auslegungsprinzip *argumentum a maiori ad minus* (also Schluß vom Größeren zum Kleineren) lässt sich feststellen, wenn der Eigentümer – falls es ihm nützlich (*utilis*) ist – im mit Gebrauchs- oder Wohnrecht belasteten Haus übernachten darf, dann steht ihm auch das Zugangsrecht sicher zu.

Zum Schluß müssen wir noch darauf hinweisen, dass dieses Zugangsrecht des Erben nicht schrankenlos ist. Der Berechtigte soll dieses Recht im Einklang des Prinzips der Felddienstbarkeiten ausüben. Er muss also nach D. 8,1,9 unter tun-

lichster Schonung (*civiliter*)[20] des Interesses der anderen Partei vorgehen, die von Scaevola in folgender Weise abgefasst wurde: *dum non noceat legatario,* das heißt: sofern er den Vermächtnisnehmer dadurch nicht schädigt.

BIBLIOGRAPHIE

Bund, E. (1995) In: Behrends et al. (Hg.), CIC. Text und Übersetzung II. Bonn: C. F. Müller.

Heumann, H. G. und Seckel, E. (2007) *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts.* Frankfurt a. M.

Horak, F. (1995) In: Behrends et al. (Hg.), *CIC. Text und Übersetzung* II. Bonn: C. F. Müller.

Kaser, M. und Hackl, K. (1996) *Das römische Zivilprozessrecht*. München: C. H. Beck.

Kaser, M. und Knütel, R. (2014) *Römisches Privatrecht.* München: C. H. Beck.

Kunkel, W. (2001) *Die römischen Juristen. Herkunft und soziale Stellung.* Köln, Weimar: Böhlau.

Lenel, O. (1956) *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*. Leipzig: Aalen: Scientia Antiquariat.

Mayr, R. (1921) Praestare. *ZRG RA,* 42, 198–227.

Möller, C. (2010) *Die Servituten. Entwicklungsgeschichte, Funktion und Struktur der grundstückvermittelten Privatrechtsverhältnisse im römischen Recht. Mit einem Ausblick auf die Rezeptionsgeschichte und das BGB.* Göttingen: Wallstein.

Platschek, J. (2018) Das vermachte Wohnrecht in Scaevola D. 33,2,34 pr. (18 dig.). In: Finkenauer, T. und Boudewijn Sirks, A. J. (Hgg.), *Interpretationes iuris antiqui. Dankesgabe für Shigeo Nishimura.* Wiesbaden: Harrassowitz. 241–255.

Schulz, F. (1961) *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft.* Weimar: Hermann Böhlaus Nachfolger.

Waldstein, W. und Rainer, M. (2014) *Römische Rechtsgeschichte.* München: C. H. Beck.

Wallace-Hadrill, A. (1994) *Houses and society in Pompeii and Herculaneum.* New Jersey: Princeton University Press.

[20] Zu *civiliter uti* siehe Möller 2010, 266.

Grenzenlose (Rechts)Wissenschaft in der frühen Neuzeit: Ungarnstämmige Juristen im Dienste von Städten in Deutschland in den 17–18. Jahrhunderten

BÉLA P. SZABÓ

Wendet man sich mit archontologischem Interesse der Geschichte der ungarischen Städte in der Frühen Neuzeit zu, kann man ziemlich oft feststellen, dass in den meistens von Deutschen bewohnten königlichen Städten West- und Nordungarns solche Beamten und Vorsteher eine bedeutende Rolle spielten, die aus den verschiedensten Territorien des Heiligen Römischen Reichs Deutscher Nation entstammten.[1]

Es ist auch eine wohlbekannte Tatsache, dass Tausende von jungen Studenten aus Ungarn und Siebenbürgen sich während der 16.–18. Jahrhunderten an westeuropäischen Universitäten in den höheren Wissenschaften (Theologie, Medizin und Jurisprudenz) ausgebildeten. Meistens kehrten sie in ihr Heimatland zurück und verwandten ihr Wissen zum Wohle der heimischen Gemeinden.[2] Die Juristen unter ihnen konnten – ähnlich zu den Fachleuten, die aus dem Reich aus verschiedensten Gründen nach Ungarn gezogen und dort ansässig geworden sind – ihre an den westlichen Universitäten im damaligen europäischen *ius commune* erworbenen Kenntnisse in der Verwaltung und in der Rechtspflege der Städte und Verwaltungsbezirke der zweier Staaten des Karpatenbeckens verwerten.

Es ist immerhin weniger bekannt, dass – aus verschiedenen Gründen – viele ungarnstämmige Intellektuellen (besonders Geistlicher und Lehrer, aber – natürlich in weit geringerem Maße – auch gelernte Juristen) ihr Glück schon damals in Deutschland oder in Zisleithanien, besonders in städtischen Lebensbereichen suchten und gegebenenfalls auch wichtige Beamtenstellen bekleiden konnten.

Im Folgenden versuche ich nach sporadisch auffindbaren und teilweise neuen Daten, die Lebenswege einiger aus dem frühneuzeitlichen Ungarn stammenden

[1] Die prosopographische Zusammenstellung der Bürger der west-ungarischen Stadt Ödenburg für die frühe Neuzeit beweist, dass die Intelligenz der Stadt sich immer wieder durch protestantischen Einwanderer aus dem Reich „erfrischte". Házi, Soproni polgárcsaládok. Nach der Rückeroberung von Pest und Buda am Ende des 17. Jahrhunderts stellte sich die Juristenelite der zwei Städten fast ausschließlich aus Deutschland und Österreich gekommenen Fachmänner zusammen. Bónis 1962, 310–320. Für ein allgemeines Bild siehe etwa Brunner 1999, 107–129.

[2] Zusammenfassend siehe unter anderem Fata 2006, 3–8; Szögi 2010, 33–47; Szögi 2017, 71–78.

Juristen zu skizzieren, die aus dem Königreich Ungarn startend, an deutschen Universitäten studierend, aus ihren erworbenen Kenntnissen im Reich Nutzen zogen.

Meine heutigen Ausführungen kann man auch als einen bescheidenen Beitrag eines Rechtshistorikers zur historischen Migrationsforschung betrachten, welche Forschungsrichtung – in den letzten Jahrzehnten zu den wachsenden Teilbereichen der Geschichtswissenschaft gehörend – sich zu einem integrativen Teil sowohl zahlreicher Nationalgeschichten als auch zum zentralen Gegenstand moderner Globalgeschichte entwickelte.[3] In diesem Forschungsbereich kann man in der letzten Zeit eine Art Paradigmenwechsel beobachten, wobei die frühere Vorliebe für diverse Statistiken durch aussagekräftige Fallbeispiele entsprechender migrantischer Lebensläufe abgelöst wird.

Meine Lebenslaufskizzen können mindestens zweifacher weise die in Europa in der Frühen Neuzeit stattfindenden historischen Migrationsprozessen exemplifizieren.

Zum Ersten können wir die Juristenschicksale an das Phänomen der Bildungsmigration, der *Peregrinatio academica* anknüpfen. Wie bekannt, repräsentierten in der Frühen Neuzeit die Studienreisen und Aufenthalte an den Universitäten der europäischen Zentrumsgebiete die Verbindungslinien eines europäischen Kulturtransfers. Es ist auch eindeutig, dass in den 16. und 17. Jahrhunderten ein nach konfessionellen Gesichtspunkten differenziertes und determiniertes – freilich durch externe Faktoren, vor allem Kriege und Seuchen, zeitweise stark beeinflusstes – Zentrum-Peripherie-Modell mit Nord-Süd und Ost-West-Wanderungen zustande kam. Dieses Modell hatte eine sehr starke Auswirkung auf die kulturelle Integration der peripheren Länder in Europa, etwa auf Rezeption von Humanismus, Reformation und katholischer Reform,[4] aber auch auf die Verbreitung von rechtlichen Werten und Ordnungsprinzipien. Das Modell wirkte in einem europäischen Bildungsraum, wo – dank der gemeinsamen humanistischen Bildungsgrundlagen – Wissensbestände und Kommunikationsformen auch über Grenzen von Konfessionen, Nationen und Staaten hinweg erhalten blieben. Diese Verständigungsbasis erleichterte den Studenten ihre Bildungswanderungen quer durch Europa, wie es besonders bei Jungen von Ostmittel- und Nordeuropa üblich war. Das humanistische Bildungsideal und der „Drang nach Westen" vermochten sowohl den künftigen Theologen oder bürgerlichen Gelehrten als auch den Adeligen (also auch denjenigen, die sich für die universitäre Rechtsausbildung interessierten) Orientierungswissen, literarische Leitbilder, sowie praktisch anwendbares Wissen zu vermitteln.[5]

Bezüglich der Ausbildung der Juristen soll man kurz darauf hinweisen, dass vom Spätmittelalter bis zum Ende des 18. Jahrhunderts die Länder des europäischen

[3] Bade 2008; Hahn 2012; Lucassen und Lucassen 2005; Manning 2005; Oltmer 2012.

[4] Asche 2008, 31–32. Weiterhin siehe Asche 2004, 27–52.

[5] Schindling 2006, 47.

Kontinents durch ein gemeinsames Recht verbunden waren. Obwohl die heute bevorzugte Auffassung des *ius commune* sich gegen ein Modell eines ausschließlich an den Universitäten betriebenen wissenschaftlichen Rechts einer Juristenelite wendet, bildete das – grenzenlose – gemeine Recht auch in der Frühen Neuzeit den wichtigsten Gegenstand der Rechtswissenschaft und des Rechtsunterrichts und wurde von den Gerichten beim Fehlen von spezielleren Rechten als generelles, allen Rechtskreisen gemeinsames und überall verwertbares Recht angewendet.[6] Es ist auch zu bemerken, das im konfessionellen Zeitalter zwar auch die deutschen Juristenfakultäten von bestimmten konfessionellen Einflüssen tangiert wurden, aber die Folgen – verglichen mit den anderen Fakultäten – weniger einschneidend waren. Eine Konfessionalisierung des Juristenstandes gab es – mindestens in europäischer Ebene – nicht und der Juristenstand empfand sich weitgehend als überkonfessionelle soziale Schicht.

Trotzdem müssen wir eine zweite Form der frühneuzeitlichen Migration in Erinnerung rufen, die vielleicht nicht unbedingt ausgesprochen hinter den skizzierten Juristenschicksalen erscheint, aber als immerhin determinativ die ungarische Geschichte in der zweiten Hälfte des 17. Jahrhunderts bestimmte: die konfessionelle Migration.[7]

Wie es allgemein bekannt ist, die Angriffe, die besonders zwischen 1671 und 1681 auf die ungarischen protestantischen Kirchen, Schulen und geistlichen Intelligenz erbarmungslos erfolgten und mittels der Verweigerung von Bürgerrechten und berufliche Freiheiten die Gefährdung der Lebensexistenz der Protestanten weitgehend verursachten, brachten erzwungene und freiwillige Migrationswellen mit sich.[8] Die Erforschung der Zusammenhänge und Folgen der Glaubensmigration aus Ungarn ist fortgeschritten, aber die Kenner des Forschungsgebietes betrachten die weitere Aufarbeitung von Exulantenschicksalen dringend notwendig,[9] da bisher nur ältere Darstellungen der Tätigkeit weniger, meist Exulanten-Priester und Lehrer zur Verfügung stehen.[10] Es ist aber wichtig zu bemerken, dass das Bild der ungarischen Auswanderung nicht ausschließlich von den Geistlichen und Theologiestudenten geprägt wurde, sondern auch von anderen Personen, die auch in weltlichen – sowohl intellektuellen, als auch gewerblichen – Berufen tätig waren. Die Letzteren trugen auch dazu bei, die Gruppenidentität der ungarnstämmigen Exulanten zu bewahren.[11]

Wie aus unseren Beispielen auch herauszulesen sein wird, die Flüchtlingsmigration baute öfters auf bereits vorhandenen familiären und freundschaftlichen Bezie-

[6] Lepsius 2012, 1333–1336.
[7] Bucsay 1977; Fata 2007, 519.
[8] Kowalska 2003, 25–34; Kowalska 2006, 297–313; Kowalska 2011, 197–207.
[9] Fata 2007, 527.
[10] Pukánszky 1925, 144–154. Kowalska 2004, 61–71; Kowalska 2013; Kowalska 2007, 49–64.
[11] Kowalska 2007, 52.

hungen auf, aber wir können dies auch bei der Bildungsmigration nicht außer Acht lassen. Besonders die Exulanten aus den Orten entlang der ungarischen Westgrenze konnten mit der Unterstützung der Verwandten und Freunden rechnen, da in diesen Gemeinden schon seit der Verbreitung der Reformation viele Pfarrer und Lehrern aus den deutschen protestantischen Territorien arbeiteten.[12]

Nach diesen einleitenden Gedanken bezüglich der Ortung meiner aktuellen Bemühungen werden wir einige Juristenschicksale kennenlernen. Bestimmt hätte man auch viel aussagekräftigere Beispiele aussuchen können, aber ich möchte jetzt eher die Buntheit der Vita in Vordergrund stellen.

WITTENBERGER STADTRICHTER AUS OBERUNGARN

Über unsere erste Beispielperson wissen wir ziemlich wenig, obwohl er vielleicht die glänzendste Beamtenlaufbahn unter den heute Vorgeführten arrivierte dadurch, dass er in Geburtsort der Protestantismus, in Wittenberg das Stadtrichteramt erreichte.

Matthias Christophori stammte aus Crombach, aus einer alten Bergstadt im Gömör-Zipser Erzgebirge, in der heutigen Ostslowakei. Sein gleichnamiger Vater war evangelischer Geistlicher. Matthias Geburtsjahr ist unbekannt, er kam um die Mitte der 30-er Jahre im 17. Jahrhundert zur Welt. Nach Erlangung des nötigen Grundwissens – laut neuerer Daten – studierte er sechs Jahre lang im *Gymnasium Magdalenaeum* in Breslau, mit der Unterstützung des dortigen Rates. Nach seinem späteren Selbstzeugnis[13] zeichnete er sich schon hier mit zwei theologischen Disputationen aus und von hier brach er in Studienreisen auf. Er immatrikulierte sich in Leipzig im Sommersemester 1654[14] und nach einem Jahr in Wittenberg, wahrscheinlich als Theologiestudent.[15] Er integrierte sich schnell ins Universitätsmilieu[16] und nahm seine Studien so ernst, dass er in den nächsten zwei Jahren mit zwei aussagekräftigen theologischen Disputationen hervortat.[17] Die zweite Schrift widmete er dem Stadtrat von Bartfeld, einer der wichtigsten Städte der Zips und bezeichnete die Ratsherren als seine Gönner und Mäzene.

Seine aller Wahrscheinlichkeit nach erfolgreichen theologischen Studien schloss aber Christophori nicht ab, er wurde nicht als Geistlicher ordiniert. Aber wir wissen, dass er sich 1657 in Wittenberg verheiratete. Er führte die Tochter eines

[12] Für zahlenmäßige Beispiele siehe Fata 2007, 525.

[13] Dieses Schriftstück ist heute nicht mehr aufzufinden.

[14] Szögi 2011, Nr. 1845. Szögi zeichnet seine Immatrikulation in Wittenberg nicht auf.

[15] Bartholomeides 1817, 149; Asztalos 1930, 127.

[16] Unter anderem wurde gerade ihm 1655 eine philologische Arbeit gewidmet. Siehe VD17 32:646952F.

[17] VD17 39:132231R; VD17 23:656801P.

Ratsherrn zum Altar, also sein „in der Fremde bleiben" kann primär mit familiär-persönlichen Gründen erklärt werden. 1659 trat er noch als Theologiestudent in Erscheinung, aber zwei Jahre danach ist er schon als *Notarius Publicus Caesariensis* in den Quellen aufzufinden,[18] also er wählte statt einer geistlichen eine weltliche Berufslaufbahn. Wir wissen es nicht, aus welchen Gründen dieser Wechsel geschah und ob Christophori nach 1659 eventuell auch Jura in Wittenberg studierte. Nach der damaligen Praxis wurde ein *publicus notarius* nach bestandenen Prüfungen von dem zuständigen Pfalzgrafen mit einer Urkunde und Siegel bestellt, um seiner Beurkundungstätigkeit nachgehen zu können.[19] Christophori's Berufswechsel zum praktizierenden Juristen erfolgte also ziemlich schlagartig, aber er stieg – betrachtet man, dass er ein Ausländer war – auch ganz zügig an der Stufenleiter der städtischen Beamten auf. Nach der wahrscheinlich frühen Erlangung des Bürgerrechts begegnen wir Christophori schon 1663 als Mitglied des Stadtrates[20] und in den nächsten drei Jahrzehnten bekleidete er die wichtigsten Führungsämter in der Stadt von Luther. Informationen über die von ihm bekleideten Ämter bekommen wir interessanterweise aus den von Christophori in großer Zahl geschriebenen Gelegenheitsgedichten, wo neben seinem Namen auch das von ihm eben besetzte Amt angegeben wurde. Er war augenscheinlich ein Dichter aus Leidenschaft, Mitglied der „*Teutschgesinnte Genossenschaft*".

Nach den bekannten Daten war er bis zu seinem Lebensende Ratsmitglied und immer wieder betonte er mit Stolz seine Abstammung aus Ungarn.[21] Er wurde mehrmals zum Stadtrichter und zum Kämmerer gewählt, war Schul- und Kirchenkasseninspektor und längere Zeit Befehlshaber der Bürgerwehr.[22]

Eine beneidenswerte Beamtenlaufbahn ohne juristische Studien oder einen Abschluss – könnten wir feststellen, wenn wir in der Lebensgeschichte von Christophori nicht auf ein interessantes Ereignis aufmerksam werden könnten, wodurch auf die Beziehung von Christophori zur Rechtswissenschaft ein neues Licht geworfen wird. Es geschah nämlich, dass der angesehene Wittenberger Senator, am Ende des vierten Dezenniums seines Lebens wegen einer Disputation wieder als Respondent den Hörsaal der Universität betrat. Eine Druckschrift aus dem Jahre 1673 beweist nämlich, dass Christophori unter der Leitung des angesehenen Rechtsprofes-

[18] Siehe Asztalos 1930, 127.

[19] Lück 2012, 573–575.

[20] Kettner 1731, 95.

[21] Im Jahre 1672 betitelte er sich selbst wie folgt: „*Aus Ober Ungern, anjetzo des Raths in der Chur Stadt Wittenberg Verwandter*". Szabó und Hellebrant 1898, Nr. 2601. Fünf Jahre später: „*von Crombach aus Ober-Ungarn, Not. Publ. Caes., und der Chur-Stadt Wittenberg anietzo Raths-Cämmerer*". Siehe VD17 23:320389G.

[22] Kettner 1731, 95.

sors, Joachim Nerger[23] ein prozessrechtliches Thema analysierende Thesenschrift[24] verteidigte. In der Widmung der Schrift zum Rat von Breslau bezeichnet Christophori die Arbeit als sein juristischer Erstling („*Legalis mei Studii Primitias*").[25] Am Titelblatt bat Christophori um Einsicht wegen seiner Alter, aber er gab sich als Verfasser der Arbeit an. Dass der Text wirklich aus seiner Feder stammt, macht auch die Angabe des „Studenten" wahrscheinlich, dass zwar das Thema vom Professor empfohlen wurde, die Ausarbeitung aber von sich selbst stammt.

Im Text analysierte der betagte Student nach römisch rechtlichen Quellen und laut zeitgenössischer Literatur (Carpzov, Pufendorf) eine prozessrechtliche Anordnung der *Sächsische Proceß- und Gerichtsordnung* aus dem Jahre 1622, welche in ihrem 27. Artikel über die „*examen testium ad perpetuam rei memoriam*" (also über die Möglichkeit, die Zeugenaussagen vorzeitig, nötigenfalls vor dem eigentlichen Prozessbeginn zu besorgen) sprach. Die Bearbeitung des Themas zeugt darüber, dass Christophori sich mit Akribie und mit Vergnügen mit dem Thema beschäftigte.

Die interessante Frage, warum ein Senator eine wissenschaftliche Arbeit auf sich schwang, können wir heute nicht mehr nachvollziehen. Aber es konnte bestimmt nicht oft in der damaligen Zeit vorkommen, dass ein angesehener Ratsherr als Respondent an einer *disputatio exercitii gratia* teilnahm. Die Tatsache zeigt aber, dass die praktizierenden Juristen der damaligen Zeit, besonders in einer Universitätsstadt nicht so weit von der Welt der Rechtswissenschaft standen, auch dann nicht, wenn sie keinen akademischen Grad besaßen, oder ihre juristische Vorkenntnisse lückenhaft waren.

Der im Jahre 1690 in Wittenberg verstorbene Christophori war auf seine Disputation so stolz, dass 1689 diese wieder drucken ließ.[26] Aber auch diesmal wies er ausdrücklich auf seine Abstammung hin. Anlässlich seines Begräbnisses verabschiedeten die Wittenberger Notabilitäten von ihrem *custos legis* mit zahlreichen Gedächtnisgedichten.[27]

[23] Friedensburg 1917, 452; Zedler 1740, 1774–1775.

[24] Nerger und Christophori, De Testimonio – VD17 12:142925F.

[25] Damals wurde Christophori vom Kurfürst von Sachsen zum Senator der Schlesischen Stadt gewählt: „*nunc, cum in numerum hujus Senatus Oppidiani a Serenissimo Electore Saxonico optatus essem*".

[26] Szabó und Hellebrant 1898, Nr. 3581, 3582.

[27] VD17 3:698461C; Szabó und Hellebrant 1898, Nr. 3660.

DER STADTNOTAR VON ARNSTADT AUS ÖDENBURG

Der zweite, von mir ausgesuchte Jurist wählte sowohl aus persönlichen Gründen als auch durch äußere Einflüsse gezwungen nach seiner Peregrination die Emigration und suchte sein Glück im Ausland, in einer kleineren Stadt in Thüringen.

Georg Christoph Melchioris de Zuanna wurde 1656 geboren,[28] als Sohn eines Anwalts der bedeutenden westungarischen Stadt, Ödenburg. Sein Großvater war eine Zeit lang Richter,[29] also der zweite ranghöchste Beamte der Stadt. Nach ziemlich ruheloser Kindheit verlor Georg Christoph seine Eltern kurz nacheinander im Jahre 1667. Dann übernahm die Großmutter seine Erziehung und sie wollte ihn zum Handwerker ausbilden lassen. Trotzdem besuchte de Zuanna die unteren Klassen des Ödenburger Gymnasiums. Wegen der im Jahre 1674 erlassenen Maßnahmen gegen die Protestanten der Stadt konnte er die *studia humaniora* nicht in seiner Heimatstadt anfangen. Wegen finanzieller Schwierigkeiten schien ein Schulbesuch in einer ausländischen Lehranstalt unmöglich zu sein. Aber sein Vormund, der berühmte Jurist, Johannes Serpilius[30] und der damalige Pastor der evangelischen Gemeinde, Matthias Lang[31] gaben ihm Empfehlungsschreiben nach Breslau und Regensburg mit der Verheißung, dass sie die Studien von de Zuanna nach Kräften unterstützen werden. Beide Städte hießen de Zuanna willkommen und er wählte Regensburg, wo der kinderlose evangelische Pastor, Gottlieb Balduin[32] die Fürsorge um ihn übernahm. De Zuanna konnte so seine Studien im *Gymnasium Poeticum* in Regensburg weiterführen und sich eigentlich auf die Universitätsstudien vorbereiten. Als Korrepetitor jüngerer Schulkameraden nebenbei tätig, konnte de Zuanna seine Vorbereitungsstudien beenden. Er entschloss sich für Universitätsstudien, deren Finanzierung teils von seiner Großmutter, teils von der – übrigens in sehr schwierige Lage befindlichen – evangelischen Gemeinde von Ödenburg unterstützt wurde. Dank dieser Mittel konnte er sich 1677 in Wittenberg immatrikulieren, wo – und ab 1679 in Jena – er juristische Vorlesungen und Veranstaltungen besuchte.[33] Während seiner Studien verfasste er mehrere Begrüßungsgedichte und gab sich stets als Jurastudent an.[34]

[28] Bezüglich seines Vaters und seiner Ödenburger Jahre siehe Házi 1982, Nr. 12078. Sein Lebenslauf: Olearius, Des menschen ruhiges Leben – VD18 90013433.

[29] Házi 1982, Nr. 12074.

[30] Szinnyei 1908, 12. 949–950; Németh 1943, 271–277; Házi 1982, Nr. 10198.

[31] Szinnyei 1908, 7. 739–742.

[32] Bautz und Bautz 1990, 353–354.

[33] Er immatrikulierte sich 5. 5. 1677. in Wittenberg, 4. 4. 1679. in Jena, in beiden Fällen ohne Anführung der Fakultät. Vö. Szögi 2011, Nr. 4770 und 1179.

[34] VD17 3:678854K; VD17 7:710359T; VD17 12:145816Q; VD17 3:696881D.

Als indirektes Zeugnis seines Jurastudiums gilt die von ihm – unter dem Vorsitz des weitsichtigen Rhetorikprofessors Georg Kaspar Kirchmaier[35] – wahrscheinlich im Jahre 1678 verteidigte genealogisch-staatsgeschichtliche *Dissertatio*,[36] die wahrscheinlich aus der Feder des Professors stammte, und sich mit der Geschichte der Herrscherhäuser der Habsburger und der Hohenzollern beschäftigte.

Wir sind in der glücklichen und seltenen Lage, dass wir eine zeitgenössische Lebensbeschreibung von de Zuanna besitzen,[37] laut deren er in Wittenberg und Jena sehr eifrig die Lehrveranstaltungen besuchte, aber wegen Gesundheitsgründen und gänzlicher Ermangelung der finanziellen Mittel, seine Studien vorzeitig aufgeben musste.

Aus dieser Lage eiste ihn der Jenaer Juraprofessor Heinrich Balthasar Roth[38] dadurch aus, dass er den jungen de Zuanna seinem Bruder, dem *Cantzley-Director* der nahe liegenden thüringischen Stadt, Arnstadt empfahl. So stand de Zuanna zwischen 1679 und 1683 im Dienste dessen und erwarb weitreichende juristische Erfahrungen. Dank seiner Arbeit wurde er 1686 zum Stadtnotar ernannt und blieb in diesem Amt 24 Jahre lang. Als einer der bestbezahlten Beamten der Stadt führte de Zuanna die Gerichtsprotokolle und stand mit juristischen Ratschlägen dem Rat bei. 1700 wurde er auch Stadtsyndikus und genoss ein großes Ansehen unter seinen Mitbürger.

Zweimal heiratete er. Beide Mal vermählte er sich mit den Töchter seiner Wohltäter, des Superintendenten Balthasar Balduin und des Rechtsprofessors Roth. Die Ehen blieben kinderlos, aber ermöglichten für de Zuanna eine starke Eingliederung in die Sozialgefüge seiner Wahlheimat. Als er 1715, nahe zu seinem sechzigsten Lebensjahr – nach fünfjähriger, durch Schlaganfall verursachter Lähmung – verstarb, konnte er also keine neue Dynastie in seiner neuen Heimat vorweisen. (Die de Zuannas blieben noch Generationen lang eine der bedeutendsten Familien von Ödenburg, deren Reihen bedeutender Beamten, Geistlicher und Intellektueller entstammten.)[39]

Georg Christoph de Zuannas Schicksal legt aber ein schönes Zeugnis über die Hilfsbereitschaft ab, mit welcher die Intellektuellen des Reiches ihre Konfessionsbrüder aufgenommen und nach Kräften unterstützt haben. De Zuanna drückte seine Dankbarkeit mit seinem im Dienste der Gemeinde gestellten Leben aus.

[35] Heß 1882, 16.

[36] De Originibus Habspurgico-Austriacis, Et Hohenzollerano-Brandenburgicis, Disserent in Publico Praeses Georgius Caspar Kirchmajerus Prof. Publ. & Respondens Georg. Christoph. Melchior de Zuanna, Nob. Sempron. Ad. d. […] Iunii hor. Lq; solit. (Wittebergae o.J.); VD17 3:009704Q.

[37] Siehe Olearius, Des Menschen ruhiges Leben.

[38] Roth 1889, 309–310.; Günther 1858, 63.

[39] Házi 1982, Nr. 12068–12079.

DAS MITGLIED DES REGENSBURGER INNEREN RATES AUS PRESSBURG

Unter den hier wachgerufenen Juristen hatte die lockerste Verbindung zu Ungarn der in Pressburg geborene Johann Christoph Thill,[40] der schon als Kind seine Geburtsstadt verlassen musste, aber als renommierter graduierter Jurist bewahrte er sein *Hungarus*-Bewusstsein während seines ganzen Lebens, obwohl seine Familie nur ziemlich wenige Zeit auf dem Gebiet des Königreichs Ungarn verbrachte.

Sein Vater, der aus einer Württemberger Beamtenfamilie entstammte, geriet als kaiserlicher Funktionär, als Präfekt des kaiserlichen Militärfiskus nach Ungarn.[41] Thills Mutter war Tochter eines Wiener Handelsmannes, der auch Mitglied des dortigen inneren Rates war.[42]

Thill wurde aus der vierten Ehe seines Vaters, Johann Georg im Jahre 1659 geboren, und blieb nur bis 1663 in Pressburg, als die Familie wegen der Türkengefahr nach Regensburg umsiedelte. Der seinen Vater früh (1668) verlierende Thill[43] besuchte – ähnlich zu de Zuanna – das *Gymnasium Poeticum* der Stadt an der Donau und bekam sehr gründliche Unterweisung in den verschiedensten philosophischen Disziplinen. Nach dem Tode seiner Mutter nahm ihn (und wahrscheinlich auch seine Geschwister) die Stadt unter ihrer Obhut. 1681 ließ man ihn sich an der Universität Altdorf immatrikulieren,[44] wo er zuerst ein Jahr lang die öffentlichen Vorlesungen und Disputationen der *Artes*-Fakultät frequentierte und dann sich intensiv mit der Jurisprudenz zu beschäftigen begann. Nach zwei Jahren nahm er – gesundheitsbedingt – Privatunterricht in den verschiedensten juristischen Fächern. Nach einer längeren Unterbrechung seiner Studien nahm er 1687 sein Jurastudium an der Universität Jena wieder auf, wo er unter der Aufsicht des Pandekten-Professors Johann Philipp Slevogt[45] in allen Teilbereichen der Jurisprudenz eine gute Ausbildung erhielt. Nach dreijähriger fleißiger Arbeit – wie die von dem damaligen Dekan der juristischen Fakultät, Nicolaus Christoph Lyncker[46] verfasste Einladungsschrift zu

[40] Bezüglich seines lückenhaften Lebenslaufes siehe Zoványi 1977, 635; Szinnyei 1908, 14, 123. In den letzten Jahren wurden zwei Lebensbeschreibungen von Thill bekannt. Die Erstere ist in der Einladung zu seiner Doktorpromotion in Jena, die Andere ist in seiner Leichenpredigt zu lesen. Siehe Lyncker (Diese Schrift ist in zwei Versionen erhalten geblieben: VD17 12:639476G – VD17 14:060960Q.); Brunner, Ein Muster 20–26. Thill's Lebenslauf wird jetzt laut dieser Schriften rekunstruiert.

[41] Lyncker 5.

[42] Ebd.

[43] Der Vater ließ neun Kinder, fünf Jungen und vier Mädchen hinter, denen (bzw. deren Vormund) die Stadtkasse von Regensburg z. B. im Jahre 1670 mehrmals Geld auslieh. Siehe Hüttner 1901, 259.

[44] Steinmeyer 1912, Nr. 12019. Szögi 2011, Nr. 164.

[45] Landsberg 1892, 463.

[46] Eisenhart 1884, 737–740.; Neef 1987, 585–586.

seiner Promotion sagt – hat er sich zu den Prüfungen und zur Promotion[47] angemeldet. Nach bestandenen Prüfungen[48] wurde seine *disputatio inauguralis*[49] im Oktober 1690 veranstaltet. Den Vorsitz führte der Gönner von Thill, Professor Slevogt, unter dessen Namen nach Jahrzehnten die Thesen von Thill noch zweimal (1743, 1745) veröffentlicht wurden. In Anbetracht dieser Tatsache können wir vermuten, dass der Text der Disputation aus der Feder von Professor Slevogt stammte, obwohl es auch vorkam, dass die Verleger – aus kommerziellen Gründen – auch die von den Respondenten verfassten Thesen unter den Namen der Professoren herausgaben.

Die 40 Thesen von Thills Disputation beschäftigten sich mit der Schutzmacht des Staates bezüglich der Religion und der Konfessionen, was von der Pflicht des Herrschers, die „*beatitudo civilis & salus reipublicae*" zu gewähren, abgeleitet werden konnte. Der katholische Kaiser sei verpflichtet, auch die lutherische und calvinistische Kirche zu schützen, um die in den Westfälischen Frieden festgeschriebene Religionsfreiheit zu gewährleisten.[50]

Am Ende des Thesenheftes wurden noch 8 Behauptungen (*Corollaria*) aufgestellt, um eine weitere Möglichkeit offenzuhalten, die den Doktoren zumutbare Gelehrsamkeit und Debattierfähigkeit des Kandidaten zu prüfen. In unserem Fall konnte Thill mit der detaillierten Analyse dieser Probleme seine Fähigkeiten und Informiertheit unter Beweis stellen.

Obwohl Thill mit der Verteidigung der Inauguraldisputation alle Voraussetzungen erfüllte, wurde er nicht zum *doctor utriusque iuris* kreiert, wahrscheinlich deshalb, weil er – wie viele andere Studenten in der Frühen Neuzeit – die unerschwinglichen Kosten einer feierlichen Doktorpromotion nicht auftreiben konnte, und so mit dem Titel eines *licenciatus* sich zufriedengeben musste. Als Lizenziat ließ er sich als Begleiter von zwei Adelsknaben im Jahre 1691 auch in Leipzig immatrikulieren.[51] Damals war er schon 32 Jahre alt.

Nach dem Aufenthalt in Leipzig stand er zwei Jahre lang im Dienste des Reichskammergerichts, womöglich in Wetzlar, dann kehrte er nach Regensburg zurück, wo er als Anwalt seinen Lebensunterhalt verdiente. 1695 wurde er mit richterlichen Aufgaben („*Schulteissen-Amt – Praetorat*") von der Stadtführung betraut und blieb in dieser Funktion 10 Jahre lang allgemein anerkannt. 1705 wurde er Mitglied des

[47] Über das Prüfungssystem siehe Coing 1977, 49–52. Die Prüfungsleistung von Thill in August kann man – nach Coing's Auffassung – als *repetitio* betrachten.

[48] „*[…] cui honestae petitioni postquam annuimus, in utroque examine, tam quoad doctam textuum resolutionem, quam promptam solidamque dubiorum discussionem, dignissimum invenimus, qui ad Summos Honores Dotoreos admitteretur*". Siehe Lyncker 7.

[49] Slevogt und Thill, De Advocatia – VD17 12:138205C; Szabó und Hellebrant 1898, Nr. 3631. Das Werk wurde dem Rat von Regensburg gewidmet.

[50] Slevogt und Thill, De Advocatia th. XXXIV.

[51] Im Sommersemester 1691 immatrikulierte sich Thill als *lic. jur.* in Leipzig. Siehe Erler 1909, II., 456; Szögi 2011, Nr. 2050.

Beraterkollegiums des Stadtrats („*Raths-Consulenten Collegium*"), dann Schulinspektor (*Scholarcha*) und schließlich Angehöriger des inneren Rats,[52] gleichzeitig Direktor des Vormundsamtes. Längere Zeit war er Vertreter von Lübeck am „*fürwährender Reichstag*", der seit 1663 in Regensburg tagte.[53]

Zweimal heiratete er und er ließ nach seinem Tode in seinem siebzigsten Lebensjahr einen Sohn hinter. Er wurde mit einer langen Leichenpredigt verabschiedet,[54] die Lehrer des *Gymnasium Poeticum* schrieben deutsche und lateinische Gedichte für sein Gedächtnis.

Obwohl Thill schon in seiner Kindheit Ungarn verließ, nannte er sich während seiner Peregrination immer wieder *Hungarus*, und seine Regensburger Mitbürger beriefen öfters auf seine Abstammung aus Pressburg.

Wie wir sahen, in den Lebensschicksalen der vorgestellten Personen sind sowohl Differenzen, als auch Ähnlichkeiten zu vermerken. Eine wichtige Gemeinsamkeit, dass sie sich lebenslang als *Hungari* begriffen, und ihr Geburtsland immer in Erinnerung behielten. Es ist auch gemeinsam, dass sie während ihrer Studienreise (Peregrination) solche Kenntnisse angeeignet haben, die sie zur Bekleidung hoher Beamtenstellen qualifizierten. Und es ist natürlich auch eine Überschneidung, dass ihre Heimatgemeinden immerhin einen hoch qualifizierten Fachmann dadurch verloren, dass sie durch ihre personelle Tyche in eine deutsche Stadt getrieben wurden. Aber es ist auch aufschlussreich, dass die deutschen Gemeinden diese fremden Männer meistens ohne Weiteres aufnahmen, unterstützten und anerkennend ihre Kenntnisse und menschliche Haltung sie mit wichtigen Gemeinschaftsaufgaben betrauten.

Auch dementsprechend können wir aus einem Bild des – immerhin zu Fuß, in Wandern begehbaren – globalisierten Europas der Frühen Neuzeit ausgehen und es in vieler Hinsicht als Beispiel betrachten.

BIBLIOGRAPHIE

Asche, M. (2008) Peregrinatio academica in Europa im Konfessionellen Zeitalter: Bestandsaufnahme eines unübersichtlichen Forschungsfeldes und Versuch einer Interpretation unter migrationsgeschichtlichen Aspekten. In: *Jahrbuch für Europäische Geschichte,* 6, 3–33.

[52] Paritius 1724, 85.

[53] „*Reichs-staͤdtische Collegium… Stadt Lübeck. Herr Thill. Dessen Titel ist: Dem Hoch-Edl-Gestrengen Fürsichtig- und Wohlweisen Herrn Johann Christoph Thill J.U.L. des Innern Raths Löbl. freyen Reichs-Stadt Regensburg und der auch Löbl. freyen Reichs-Stadt Lübeck Abgesandten bey fürwährendem Reichs-Tag zu Regensburg […] Logirt in seiner eigenen Behausung neben der neuen Uhr*". Siehe Paritius 1724, 77; Fürnrohr 1987.

[54] Brunner, Ein Muster.

Asche, M. (2004) Bildungsbeziehungen zwischen Ungarn, Siebenbürgen und den deutschen Universitäten im 16. und frühen 17. Jahrhundert. In: Kühlmann, W. und Schindling, A. (Hgg.), *Deutschland und Ungarn in ihren Bildungs- und Wissenschaftsbeziehungen während der Renaissance*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag. 27–52.

Asztalos, M. A (1930) Wittenbergi Egyetem magyarországi hallgatóinak névsora 1601–1812. In: Mályusz, E. (Hg.), *Magyar protestáns egyháztörténeti adattár,* XIV.

Bade, K. J. et al. (Hgg.) (2008) *Enzyklopädie Migration in Europa: vom 17. Jahrhundert bis zur Gegenwart.* Paderborn: Ferdinand Schöningh Verlag.

Bartholomeides, I. L. (1817) *Memoriae Vngarorum qui in Alma condam Universitate Vitebergensi a tribus proxime concludendis seculis*. Pesthini.

Bautz, F. W. und Bautz, T. (Hgg.) (1990) *Biographisch-Bibliographisches Kirchenlexikon I.* Hamm (Westf.): Bautz.

Bónis, Gy. (1962) *Buda és Pest bírósági gyakorlata a török kiűzése után 1686–1708.* Budapest: Akadémiai Kiadó.

Brunner, W. (1999) Westungarn als Zuflucht steirischer Glaubensflüchtlinge. In: Reingrabner, G. und Schlag, G. (Hgg.), *Reformation und Gegenreformation im Pannonischen Raum.* Eisenstadt: Burgenländisches Landesmuseum.

Bucsay, M. (1977) *Der Protestantismus in Ungarn 1521–1978. Ungarns Reformationskirchen in Geschichte und Gegenwart. I. Im Zeitalter der Reformation, Gegenreformation und katholischen Reform*. Wien: Hermann Böhlaus Nachf.

Coing, H. (1977) Die juristische Fakultät und Ihr Lehrprogramm. In: Coing, H. (Hg.), *Handbuch der Quellen und Literatur neueren europäischen Privatrechtsgeschichte. Band II./1. Neuere Zeit (1500–1800) Das Zeitalter des gemeinen Rechts, Wissenschaft*. München: C. H. Beck. 3–102.

Eisenhart, J. A. R. von (1884) *Lyncker, Nikolaus Christoph Freiherr von.* In: Allgemeine Deutsche Biographie 19. Leipzig: Duncker & Humblot. 737–740.

Erler, F. (1909) *Die jüngere Matrikel der Universität Leipzig 1559–1809 als Personen- und Ortsregister bearbeitet und durch Nachträge aus den Promotionslisten ergänzt*. I–III. Leipzig: Giesecke & Devrient.

Fata, M. (2006) Peregrinatio Hungarica. Studenten aus Ungarn an deutschen und österreichschen Hochschulen vom 16. bis zum 20. Jahrhundert. In: Fata, M et. al. (Hgg.), *Peregrinatio Hungarica. Studenten aus Ungarn an deutschen und österreichischen Hochschulen vom 16. bis zum 20. Jahrhundert*. Wiesbaden: Franz Steiner Verlag.

Fata, M. (2007) Glaubensflüchtlinge aus Ungarn in Württemberg im 17. und 18. Jahrhundert. Forschungsaufriss mit einer Dokumentation der Exulanten. In: Erdélyi, G. und Tusor, P. (Hgg.), *Mindennapi választások. Tanulmányok Péter Katalin 70. születésnapjára.* Budapest: MTA Történettudományi Intézet. 519–547.

Friedensburg, W. (1917) *Geschichte der Universität Wittenberg*. Halle [Saale]: Max Niemeyer Verlag.

Fürnrohr, W. (1987) *Der Immerwährende Reichstag zu Regensburg. Das Parlament des Alten Reiches.* Kallmünz: Verlag M. Lassleben Regensburg.

Günther, J. J. (1858) *Lebensskizzen der Professoren der Universität Jena seit 1558 bis 1858.* Jena: Druck und Verlag von Friedrich Moute.

Hahn, S. (2012) *Historische Migrationsforschung.* Frankfurt am Main: Campus Verlag.

Házi, J. (1982) *Soproni polgárcsaládok 1535–1848.* 2. Bde. Budapest: Akadémiai Kiadó.

Heß, W. (1882) Kirchmayer, Georg Kaspar. In: *Allgemeine Deutsche Biographie 16.* Leipzig: Duncker & Humblot. 16.

Hüttner, F. (1901) Auszug aus den Schuldbüchern der Reichsstadt Regensburg 1652–1677. In: *Verhandlungen des Historischen Vereins für Oberpfalz und Regensburg.* 53. Regensburg: Historischer Verein für Oberpfalz und Regensburg. 231–264.

Kettner, P. G. (1731) *Historische Nachricht Von dem Raths-Collegio Der Chur-Stadt Wittenberg.* Wolfenbüttel: Meißner 1734.

Kowalska, E. (2003) Der Habsburgische Staat und die protestantischen Kirchen vom 16. bis zum 18. Jahrhundert. *Annales Universitatis Apulensis - Series Historica*, 7, 25–34.

Kowalska, E. (2004) Die Verfolgung und Rettung: Die lutherischen Pastoren in Westungarn in und nach der Trauerdekade. In: Kriegläder, W. und Seidler, A. (Hgg.), *Deutsche Sprache und Kultur, Literatur und Presse in Westungarn/Burgenland.* Bremen: edition lumière. 61–71.

Kowalska, E. (2006) Konfessionelle Exulanten aus Ungarn: Akzeptanz und Wirken im Alten Reich. In: Deventer, J. (Hg.), *Konfessionelle Formierungs-prozesse im frühneuzeitlichen Ostmitteleuropa. Vorträge und Studien.* Leipzig: GWZO. 297–313.

Kowalska, E. (2007) Günther, Klesch, Lani und die anderen. Zur Typoligie der ungarischen Exulanten des 17. Jahrhunderts. *Acta Comeniana. Internationale Revue für Studien über. J. A. Comenius und Ideengeschichte der Frühen Neuzeit,* 20–21, 49–64.

Kowalska, E. (2011) Confessional Exile and National Identity: The Slovak Case. In: Doležalova, E. und Panek, J. (Hgg.), *Confession and Nation in the Era of Reformations. Central Europe in Comparative Perspective.* Prague: Institute of History. 197–207.

Kowalska, E. (2013) *Georg Lani. Ideolog des ungarischen lutherischen Exils*. Konferenzpapier, Budapest. [https://www.academia.edu/6119821/Georg_Lani_Ideolog_des_ungarischen_lutherischen_Exils] (30. 11. 2018)

Landsberg, E. (1892) Slevogt, Johann Philipp. In: *Allgemeine Deutsche Biographie 34.* Leipzig: Duncker & Humblot. 463.

Lepsius, S. (2012) Ius commune. In: *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte.* 2. Berlin: Erich Schmidt Verlag. 1333–1336.

Lucassen, J. und Lucassen L. (Hgg.) (2005) *Migration, Migration History, History. Old Paradigmas and New Perspectives*. Bern: Peter Lang.

Lück, H. (2012) Zur Geschichte des Notariats in Sachsen. In: Schmoeckel, M. und Schubert, W. (Hgg.), *Handbuch zur Geschichte des Notariats seit der Reichsnotariatsordnung von 1512.* Baden-Baden: Nomos. 569–588.

Manning, P. (2005) *Migration in World History*. New York: Routledge.

Neef, F. (1987) Lyncker, Nikolaus Christoph Freiherr von. In: *Neue Deutsche Biographie*. 15. Berlin: Duncker & Humblot. 585–586.

Németh, S. (1943) Serpilius János. Sopron városbírája és országgyűlési követe 1681-ben. *Soproni Szemle*, 7/4, 271–277.

Oltmer, J. (2012) *Globale Migration. Geschichte und Gegenwart*. München: C. H. Beck.

Paritius, G. H. (1724) *Das jetzt lebende Regensburg*. Regensburg.

Pukánszky, B. (1925) A magyarországi protestáns exuláns irodalom a XVII. században. *Protestáns Szemle,* 144–154.

Schindling, A. (2006) Bildungsinstitutionen im Heiligen Römischen Reich Deutscher Nation als Ziele der studentischen Migration. Wanderungen im Zeichen von Konfessionen

und geistigen Strömungen. In: Fata, M. et al. (Hgg.), *Peregrinatio Hungarica. Studenten aus Ungarn an deutschen und österreichischen Hochschulen vom. 16. bis zum 20. Jahrhundert*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag. 39–54.

Schulte, J. F. von (1889) Roth, Heinrich Balthasar. In: *Allgemeine Deutsche Biographie* 29. Leipzig: Duncker & Humblot. 309–310.

Steinmeyer, E. von (1912) *Die Matrikel der Universität Altdorf (1575–1809),* I–II. Würzburg: Stürtz.

Szabó, K. und Hellebrant, Á. (1898) *Régi Magyar Könyvtár.* III/2. Budapest: Magyar Tudományos Akadémia Könyvkiadó Hivatala.

Szinnyei, J. (1908) *Magyar írók élete és munkái.* 1-14. Budapest: Magyar Tudományos Akadémia.

Szögi, L. (2010) Neueste Forschungsergebnisse über die Studentenmigration aus Ungarn 1117–1918. In: *Österreichisch-ungarische Beziehungen auf dem Gebiet des Hochschulwesens.* (Székesfehérvár, Budapest: Kodolányi János Főiskola – ELTE Könyvtára. 33–47.

Szögi, L. (2011) *Magyarországi diákok németországi egyetemeken és akadémiákon 1526–1700.* Budapest: ELTE Levéltár.

Szögi, L. (2017) A magyar protestáns peregrináció a 16–18. században. *Gerundium – Egyetemtörténeti közlemények*, 8/1, 71–78.

Zedler, J. H. (1740) *Grosses vollständiges Universal-Lexicon aller Wissenschafften und Künste.* Band 23. Leipzig.

Zoványi, J. (1977) *Magyarországi protestáns egyháztörténeti lexikon.* Budapest: Magyarországi Református Egyház Zsinati Irodájának Sajtóosztálya.

Quellen

Brunner, W. Ch. Ein Muster eines Gott-beliebten Raths-Herrn wurde bey vornehmer und volckreicher Leich-Bestattung des … Johann Christoph Thillns, J.U.L. des Innern Raths … vorgestellet und … anjetzo übergeben von… (Regenspurg 1728).

Kirchmajerus, G. C. Georg Christoph Melchior de Zuanna, De Originibus Habspurgico-Austriacis, Et Hohenzollerano-Brandenburgicis, Disserent in Publico Praeses Georgius Caspar Kirchmajerus Prof. Publ. & Respondens Georg. Christoph. Melchior de Zuanna, Nob. Sempron. Ad. d. […] Iunii hor. Lq; solit. (Wittebergae o.J.) – VD17 3:009704Q

Lyncker, N. Ch. IC. Consil. Saxon. Intim. Iur. Fac. Senior, & h.t. Decanus. L.S.P.D. (Jenae [1690].) – VD17 12:639476G – VD17 14:060960Q

Nerger, J. und Christophori, M. Cum Benevolo Magnifici & Nobilissimi ICtorum Ordinis permissu, Exercitium Iuridicum, De Testimonio ad Perpetuam rei memoriam in causis Civilibus, ex Novae Electoralis Saxonicae Ordinationis Iudiciariae Tit. XXVII. Sub Praesidio … Dn. Joachimi Nergeri, J. U. D. & Professor Pandectar. Publ. Curiae Elect. Scabinatus & Facult. Juridivca, qvae hic loci sunt, nec non Judicii Ducalis qvod in inferioris Lusatiae Marchionatu est, Assessoris Gravissimi. Dn. Compatris, Patroni, & Studiorum Promotoris omni observantia aetatem proseqvendi, Publice discutiendum proponit Autor Matthias Christophori, Hungarus, Senator Wittebergensis n Auditorio Juris Consultorum ad diem 23. Octobr. (Wittebergae 1673) – VD17 12:142925F

Olearius, Ioh. Ch. Des menschen ruhiges Leben hat bey des seel. verstorbenen S. T. Herrn Georg Christoph Melchioris de Zuanna, vornehmen JCti, wie auch E.E. und wohlweisen Raths zu Arnstadt treu-verdient-gewesenen Syndici und Stadt-Schreibers Leichen-Begängnis in der Lieben Frauen-Kirche allhier A. C. 1715. den 6. Aug. aus dem verlangten Text Ebr. IV, 9. 10. in einer Bedächtnis-Predigt fürgestellet und auff Begehren in Druck gegeben Dessen gewesener Beicht-Vater … (Arnstadt [1715]) – VD18 90013433

Slevogt, J. P. und Thill, J. Ch. De Advocatia Imperatoris Ecclesiastica Disputato Inauguralis Qvam Rectore Magnificentissimo Serenissimo Principe ac Domino Domino Iohanne Gvilielmo Duce Saxoniae, Juliaci, Cliviae Ac Montium, Ut Et Angriae Ac Westphaliae, Etc. Ex Decreto Illustris JCtorum Ordinis In Inclyta Salana Praeside Dn. Ioh. Philippo Slevogtio, D. Et Pandect. Prof. Collegiiqve Juridici Et Scabinatus Assessore, Patrono ac Fautore suo aetatčm colendo Pri Licentia Summos in Utroque Jure Honores & Privilegia Doctoralia legitimè consequendi Publico Eruditorum Examini sistit Ioh. Christophorus Thill, Poson. d. XV. Octobr. A. D.M. DC. XC. In Auditorio JCtorum horis ante- & pomeridianis. Jenae, Literis Bauhoferianis – VD17 12:138205C

Abkürzungen

VD17: Verzeichnis der im deutschen Sprachraum erschienene Drucke des 17. Jahrhunderts – www.vd17.de

VD18: Das Verzeichnis Deutscher Drucke des 18. Jahrhunderts – https://gso.gbv.de

Die Grenzen der magistratischen Haftung für die Vormundsbestellung

EMESE ÚJVÁRI

EINFÜHRUNG

Die allgemeine privatrechtliche Haftung der (ehemaligen) Magistrate[1] für die Schäden, die sie Privatpersonen zugefügt haben, ist in der Literatur umstritten.[2] Es gibt aber einen gut umgrenzbaren Aufgabenkreis der Magistrate, nämlich die Vormundsbestellung (*datio tutoris*), mit der sich zahlreiche Quellen beschäftigen, die bezeugen, dass bestimmte Magistrate, insbesondere die Munizipalmagistrate (*magistratus municipales*) dafür hafteten, wenn sie ungeeignete Vormünder für ein Mündel bestellt hatten, bzw. keine geeignete Sicherheitsleistung bei der *datio tutoris* von den Vormündern verlangt hatten, und sie dadurch dem Mündel – mittelbar – Schäden verursachten. Die Voraussetzungen – oder aus anderer Hinsicht betrachtet – die Grenzen dieser Haftung werden in Rahmen des folgenden Beitrages näher untersucht.

[1] Der Begriff von Magistrat (*magistratus*) bezieht sich in dieser Abhandlung nicht nur auf die durch die Volksversammlung oder durch den Senat gewählten Beamten, sondern (insbesondere bezüglich der Kaiserzeit) gehören die staatlichen und örtlichen Beamten im Römischen Reich in weiterem Sinn zu diesem Begriff.

[2] Es gibt in der Literatur mehrere gegenüberstehende Standpunkte bezüglich der Haftung der Magistrate für die Schäden, die sie Privatpersonen zugefügt haben, bzw. für ihre Delikte. Theodor Mommsen vertritt den Standpunkt, dass die Privatpersonen diejenigen Magistrate hätten belangen können, die ihre Rechte verletzten. Er hält dabei die Magistrate mit *imperium* und die Magistrate mit *potestas* auseinander: Die Ersteren hätten erst nach dem Ablauf ihrer Amtszeit – gegen ihren Willen – belangt werden dürfen. Gegen die Letzteren hätte man aber auch während ihrer Amtszeit eine Klage erhalten können, es sei bei ihnen aber auch häufiger vorgekommen, dass der Prozess lieber auf die Zeit nach ihrer Amtszeit verschoben worden sei, damit sie durch den Prozess nicht der Verwaltung der öffentlichen Angelegenheiten entzogen worden seien. Vgl. Mommsen 1887, 698–708. Kunkels Meinung nach beruhe sich aber Mommsens Annahme, dass die Privatpersonen, denen die Magistrate Schäden verursachten, sie nach ihrer Amtszeit in Rahmen eines Privatverfahrens verklagen konnten, nur auf einer Äußerung von Cicero (Caec. 18) und mangels der diesbezüglichen Quellen, könne diese Annahme nicht bestätigt werden. Vgl. Kunkel und Wittmann 1995, 265–272. Éva Jakab folgert aus den einschlägigen Quellen, dass die Privatpersonen die Magistrate oft hätten belangen können, wenn die Magistrate ihnen rechtswidrig Schäden zugefügt hätten. (Vgl. Jakab Éva, Immunitás? Az állam kárfelelősségének történeti gyökereihez. [Manuskript], Vielen Dank der Verfasserin für die Zurverfügungstellung des Manuskripts.) Zum Thema siehe auch Bajánházy 2018, 99–111.

DIE RÖMISCHE VORMUNDSCHAFT

Die Vormundschaft war in Rom ein wichtiges Rechtsinstitut, da schon der Tod des *pater familias* eines Minderjährigen die Folge hatte, dass es einen Vormund brauchte, auch wenn seine Mutter noch im Leben war. Der Vormund war in diesem Fall grundsätzlich für die Vermögensverwaltung verantwortlich, die Erziehung und Betreuung des Unmündigen stand in erster Linie weiterhin seiner Mutter (oder eventuell seiner Großmutter) zu.[3]

Bei der Vermögensverwaltung des Vormundes trat mit der Zeit das Interesse des Mündels in den Vordergrund und dem Vormund oblagen Treuepflichten hinsichtlich seiner Geschäftsführung.[4] Seit der jüngeren Republik stand dem gewesenen Mündel nach der beendeten Vormundschaft eine Klage, die *actio tutelae directa* zu, mit der es von seinen Vormündern Rechenschaft über ihre Vermögensverwaltung, die Herausgabe des Mündelvermögens, sowie Schadensersatz verlangen konnte.[5] Es konnte trotzdem leicht vorkommen, dass die verurteilten Vormünder wegen ihrer Insolvenz nicht (mehr) fähig waren, die Schäden des Mündels zu ersetzen. Deswegen konnte die Frage entstehen, ob eventuell auch die Magistrate dafür – subsidiär – haften mussten, wenn sie für das Mündel keine geeignete Person als Vormund bestellt hatten, und deswegen selbst wohl indirekt für die Schäden verantwortlich waren, die aus der treuwidrigen Vermögensverwaltung des Vormundes entstanden.

DIE MAGISTRATISCHE VORMUNDSBESTELLUNG

Die magistratische Vormundsbestellung selbst war aber auch subsidiär, da in erster Linie der *pater familias* die Befugnis hatte, in seinem Testament einen Vormund für diejenigen Personen zu ernennen, die seiner Hausgewalt unterworfen waren (*tutor testamentarius*).[6] Wenn es keinen *tutor testamentarius* gab, wurden im Sinne des Zwölftafelgesetzes die gradnächsten Agnaten[7] (später, ab der nachklassischen Zeit, die Kognaten) zum gesetzlichen Vormund berufen (*tutor legitimus*). Die Magistrate mussten sich mit der Vormundsbestellung (*tutoris datio*) nur dann beschäftigen,

[3] Kaser 1971, 360–366; Földi und Hamza 2016, 263; Benedek und Pókecz Kovács 2017, 159; Molnár und Jakab 2015, 164–165; C.5,49,1,1.

[4] Jakab 2017a, 205; Jakab 2017, 201; Földi und Hamza 2016, 262–263; Kruse 2017, 176; Chevreau 2017, 191.

[5] Vgl. Kaser 1971, 365–366; Kaser und Knütel et al. 2017, 375–381.

[6] Gai.1,144–150; Iust.Inst.1,13,3–5.

[7] Gai.1,155; Iust.Inst.1,15,1

wenn ein *sui iuris* Mündel weder einen *tutor testamentarius* noch einen *tutor legitimus* hatte.[8]

Das Recht der Vormundsbestellung, also das *ius tutoris dandi* war sowohl in den verschiedenen Epochen als auch auf den verschiedenen geografischen Gebieten des Römischen Reiches unterschiedlich geregelt.

Die magistratische Vormundsbestellung wurde durch die *lex Atilia*[9] ermöglicht.[10] In Rom hatten ursprünglich der *praetor urbanus* und der Mehrzahl der Volkstribune über die Vormundsbestellung einen Beschluss zu treffen.[11] Seit Claudius (41–54 n. Chr.) stand auch dem *consul*[12] und seit Marc Aurel (161–180 n. Chr.) dem *praetor tutelarius*[13] das *ius tutoris dandi* zu.[14] In der nachklassischen Zeit hatte in Rom und in Konstantinopel der *praefectus urbi* die Befugnis der Vormundsbestellung.[15]

In den italienischen Munizipien konnte ab der Zeit von Marc Aurel und Lucius Verus (161–169 n. Chr.) der *iuridicus regionis* Tutoren bestellen.[16]

[8] Gai.1,185; Iust. Inst.1,20,1–5; Kaser und Knütel 2017, 376–377; Földi und Hamza 2016, 262; Molnár und Jakab 2015, 164–165; Benedek und Pókecz Kovács 2017, 159; Talamanca 1990, 159–160, 421–424; Újvári 2016, 184–192.

[9] Die Entstehung des Gesetzes kann auf 210 v. Chr. datiert werden. Vgl. Nörr 2001, 2; Kaser 2017, 377. Nach Grelles Meinung bildeten die großen Menschenverluste des 1. und 2. punischen Krieges den Grund für den Erlass dieses Gesetzes; Grelle 2006, 413.

[10] Vgl. Guzmán 1976, 27–131.

[11] Gai.1,185; Iust. Inst.1,20,pr.; Fiebiger und Liebenam 1905, 1835.

[12] Suet. Claud. 23,2.; Sachers 1948, 1512–1513; Pókecz Kovács 2015, 104; Pókecz Kovács 2015a, 100.

[13] Frag. Vat. 244.

[14] Kaser und Knütel 2017, 377; Kaser 1971, 357; Benedek und Pókecz Kovács 20174, 159; Talamanca 1990, 160; Galaboff 2016, 137–138; Nörr 2001, 20, 31; Kruse 2017, 176; Chevreau 2017, 190–191; Sciuto 2007, 351.

[15] Kaser und Knütel 2017, 377; Talamanca 1990, 160; Iust. Inst.1,20,4; Sachers 1948, 151.; Galaboff 2016, 184.

[16] Frag. Vat.205, 232, 241; In D. 26,5,28 steht der *iudex* wahrscheinlich statt des *iuridicus*. Vgl. Sachers 1948, 1514; Galaboff 2016, 184. Das Amt der *iuridici* wurde von Marc Aurel im Interesse der effektiveren Rechtssprechung zustande gebracht. Vgl. Pókecz Kovács 2016, 125. Die *iuridici* waren kaiserliche Beamten, sie wurden von dem Kaiser ernannt, ihre Amtsdauer hing von dem Willen des Kaisers ab, und ihre Gerichtsgewalt leitete sich vom Prinzeps her. Vgl. Simshäuser 1973, 241.

In den Provinzen stand die Befugnis der *datio tutoris* im Sinne der *lex Iulia et Titia*[17] dem Prokonsul und dem *praeses provinciae* zu.[18] In den lateinischen Munizipien und römischen Kolonien[19] (sowie zwar es umstritten ist, wahrscheinlich auch in den römischen Munizipien[20]) konnten ab Ende der klassischen Zeit (Ende 2. Jh. n. Chr.) neben dem Statthalter auch die *magistratus municipales* (also meistens die *duumviri,* oder gegebenenfalls die *quattuorviri* der betroffenen Munizipien oder Kolonien) aufgrund der munizipalen Verfassung der betroffenen Stadt Vormünder bestellen.[21]

Hinsichtlich der Peregrinen-Gemeinden ist es aber in der Literatur strittig, ob das *ius tutoris dandi* auch den örtlichen Beamten zustand. Was die Zeit vor der *constitutio Antoniniana* (212 n. Chr.) betrifft, wird es hinsichtlich der römischen Bürger meistens bezweifelt, bezüglich der Peregrinen wird es aber zumeist bejaht,[22] wie auch hinsichtlich der Zeit nach der *constitutio Antoniniana*.[23] Es ist aber strittig, ob es ein selbstständiges Recht der örtlichen Beamten war, oder sie die Vormundsbestellung nur aufgrund einer Delegation ausüben durften.[24]

DIE VERPFLICHTUNGEN DER MAGISTRATE HINSICHTLICH DER *DATIO TURORIS*

Was die Pflichte der Magistrate bezüglich der Vormundsbestellung betrifft, mussten sie sich dann um die Vormundsbestellung kümmern, wenn jemand, der einen Vormund brauchte, weder einen *tutor legitimus* noch einen *tutor testamentarius* hatte, oder wenn das Vorhandensein eines Vormundes ungewiss war. Die Vormundsbestellung musste beantragt werden, wozu jeder das Recht hatte. Einige nahe Ver-

[17] Nörr 2001, 2. Diese waren wahrscheinlich zwei Gesetze. Sachers Meinung nach sei die *lex Titia* wahrscheinlich im Jahre 99 v. Chr. entstanden und habe ursprünglich für alle Provinzen gegolten, aber später sei dieses Gesetz in den Senatsprovinzen angewandt worden. Die *lex Iulia de tutela* sei für das Jahr 32 v. Chr. anzusetzen, und sie sei in den *provinciae Cesaris* bei der Vormundsbestellung angewandt worden. Vgl. Sachers 1948, 1513. Nörr datiert die Entstehung der *lex Titia* auf 31. v. Chr. Vgl. Nörr 2001, 2.

[18] Gai. 1,185; Iust. Inst. 1,20,pr.; Kaser und Knütel 2017, 377; Nörr 2001, 29; Benedek und Pókecz Kovács 2017, 159; Talamanca 1990, 160; Sachers 1948, 1513; Sciuto 2007, 350, 390. Als *praeses* wurden ab dem 2. Jahrhundert die Provinzstatthalter genannt. Vgl. Pókecz Kovács 2016, 128.

[19] *c. 29 lex municipi (Irnitani, Salpensani)*; *c. 109 lex Coloniae Genetivae Iuliae (lex Ursonensis).*

[20] Kaser 1971, 357; Fiebiger und Liebenam 1905, 1834–1835. Rudorff vermutet, dass das *ius tutoris dandi* den *magistratus municipales* zustand. Vgl. Rudorff 1832, 354.

[21] Vgl. Erman 1894, 247–253; Talamanca 1990, 160; Glück 1829, 30. Theils, 411; Rudorff 1834, 159; Ziegler und Sonthemeier 1979, 880–881.

[22] Mitteis 1908, 393.

[23] Sciuto 2007, 370–371; Mitteis 1908, 396.

[24] Kruse 2017, 181–182.

wandten (so besonders die Mutter des Mündels) hatten aber unter Strafdrohung die Pflicht, die *tutoris datio* zu beantragen.[25]

Die Beamten hatten oft zu prüfen, ob die gegebene Person geeignet (*idoneus*) für die Vormundschaft war.[26] Die Magistrate versuchten die richtige Vermögensverwaltung weiterhin meistens dadurch zu sichern, dass sie am Anfang der Vormundschaft den Vormund zur *satisdatio/cautio rem pupilli salvam fore* verpflichteten.[27] Es war eine mit Bürgen gesicherte Stipulation, in der der Vormund versprach, dass er das Vermögen des Mündels richtig verwalten werde, und er alles in Zusammenhang der Vormundschaft tun werde, was die *bona fides* verlangt.[28]

Zu dieser Sicherheitsleistung war aber nicht jeder Vormund verpflichtet. Normalerweise hatten nur die gesetzlichen Vormünder, die von den *magistratus municipales* bestellten Vormünder[29] und die von höheren Magistraten *sine inquisitione* (ohne vorherige Prüfung) bestellten Tutoren die *satisdatio* zu versprechen.[30]

Wenn die Vormünder das Mündelvermögen nicht richtig verwalteten und ihr Vermögen nicht ausreichend war, die dadurch entstandenen Schäden dem Mündel zu ersetzen, hafteten dafür mit der Zeit bestimmte Magistrate dem Mündel subsidiär, dass sie keinen geeigneten Vormund bestellten, und/oder sie die Vormünder nicht zur geeigneten Sicherheitsleistung verpflichteten, obwohl es nötig gewesen wäre.[31]

DER KREIS DER SUBSIDIÄR HAFTENDEN MAGISTRATE

Wie es in einer Konstitution von den Kaisern Diocletian und Maximian (C. 5,75,5) erwähnt wird, verordnete ursprünglich auf Vorschlag von Trajan ein Senatsbeschluss, dass dem Mündel nach der Beendigung der Vormundschaft eine Klage (die später *actio subsidiaria* genannt wurde) gegen die *magistratus municipales*, die seine Vormünder vorgeschlagen hatten (*nominare*), zustehen sollte, wenn die Vollstre-

[25] D. 26.6.1; D. 26,6,2,1–2; Kaser und Knütel 2017, 377; Kaser 1971, 358; Sachers 1948, 1518–1519; Galaboff 2016, 181–183.

[26] D. 26,2,18; D. 26,7,3,3; Sachers 1948, 1519–1520.

[27] Gai. 1,119. Földi und Hamza 2016, 263. Sie dazu auch Carbone 2017, 1–28.

[28] D. 46,6,11; Sachers 1948, 1569–1571; Lenel 1927, 540–541; Kaser und Knütel 2017, 380; Kaser 1971, 365; Carbone 2017, 1.

[29] D. 26,4,5,1; D. 26,3,5; Gai. 1,199; Sachers 1948, 1569–1570; Kaser und Knütel 2017, 380; Kaser 1971, 365; Galaboff 2016, 92.

[30] C. 5,59,5,pr; Levy 1916, 36–37; Glück 1829, 30. Theils 357; Kübler 1918, 185–186. Zum Thema siehe noch Carbone 2017, 15–23; Carbone 2007, 261–262.

[31] Siehe dazu unten.

ckung sowohl gegen die Vormünder als auch gegen die Bürgen (mindestens teilweise) erfolglos geblieben war.[32]

Im Sinne eines Reskriptes von Hadrian konnte das Mündel auch diejenigen Personen verklagen, die die Aufgabe hatten, die von dem Vormund zu leistende *satisdatio* zu bewerten.[33]

Das Mündel konnte – in bestimmten Ausnahmefällen[34] – auch gegen die Mitglieder der *ordo decurionum* (Stadtrat) auftreten. So insbesondere dann, wenn die *decuriones*[35] selbst Vormünder bestellten, weil diejenigen, denen das Recht der Vormundsbestellung zustand, nicht anwesend waren.[36] Oder, wenn der Stadtrat die Haftung für die Vormundsbestellung auf sich genommen hat.[37] In solchen Fällen konnten nur diejenigen *decuriones* belangt werden, die an der Vormundsbestellung teilnahmen.[38]

Diese subsidiäre Haftung belastete aber die höheren Magistrate, die in erster Linie befugt waren, Vormünder zu bestellen, nie. So wurde dem Mündel die *actio subsidiaria* weder gegen den Stadtpräfekten, noch den Prätor, den Konsul oder den Statthalter gewährt.[39] Für die Vormundsbestellung hafteten also nur die Beamten von niedrigerem Rang,[40] wie zum Beispiel die *magistratus municipales*, der *scriba* des Prätors, oder gegebenenfalls die Mitglieder der *ordo decurionum*.[41]

[32] C. 5,75,5; D. 27,8,2, Levy 1915, 41; Karlowa 1855, 596; Nörr 2001, 25–26; Rudorff 1834, 154; Sachers 1948, 1581; Glück 1829, 30. Theils 411; Kaser 1971, 367; Rampazzo 2011, 373–374; Sciuto 2007, 372–373.

[33] D. 27,8,1,8; Carbone 2017, 127. In der klassischen Zeit hatte in Rom und in Konstantinopel der *scriba* des *praetor tutelaris* die Aufgabe, das Vermögen des Mündels einzuschätzen, und aufgrund dieses Inventars die Höhe der *satisdatio* festzustellen. Siehe: Nov. 94. [Epilogus], Rudorff 1834, 159; Sachers 1948, 1582; Glück 1829, 30. Theils 416–417.

[34] Nörr 2001, 33; Sachers 1948, 1581.

[35] Die *decuriones* waren in den Gemeinden mit Selbstverwaltung die Mitglieder der *ordo decurionum,* also des Stadtrates. Vgl. Havas et al. 2001, 182–183.

[36] D. 26,5,19pr.

[37] D. 27,8,1pr.

[38] Sachers 1948, 1581.

[39] Iust. Inst. 1,24,4; Rudorff 1834, 161; Karlowa 1855, 596; Glück 1829, 30. Theils 412.

[40] Im Folgenden werden in erster Linie sie als Magistraten bezeichnet.

[41] Vgl. Sachers 1948, 1582.

DIE VORAUSSETZUNGEN BZW. DIE GRENZEN DER HAFTUNG DER MAGISTRATE

Die Voraussetzungen und – aus anderer Hinsicht betrachtet – die Grenzen der Haftung der (betroffenen) Magistrate und gleichzeitig der Gewährung der *actio subsidiaria*[42] dem Mündel, waren die Folgende:

A. Subsidiarität

Aus den Quellen stellt es sich heraus, dass die Magistrate für die Vormundsbestellung nur subsidiär hafteten, deswegen wird die gegen sie gewährte Klage später *actio subsidiaria* genannt. Aus dem Prinzip der Subsidiarität folgend, stand diese Klage dem gewesenen Mündel gegen die Magistrate erst dann zu, wenn das Mündel sowohl von seinen Vormündern, als auch von deren Bürgen mindestens teilweise erfolglos versuchte, für die aus der Vormundschaft entstandenen Schäden einen vollen Schadensersatz zu erlangen.[43]

Die Subsidiarität der Haftung der Munzipalmagistrate wird auch durch die erwähnte Konstitution C. 5,75,5 bestätigt. Sie handelt sich um einen Senatsbeschluss, der verordnete, dass dem Mündel gegen die *magistratus municipales*, die seine Vormünder nominierten, eine *actio utilis* zustehen soll. Das Mündel konnte die Magistrate aber nur dann belangen, wenn die Vormünder bei der Beendigung der Vormundschaft insolvent waren und das Mündel seine ganze Forderung auch von den Bürgen der Vormünder nicht vollkommen beitreiben konnte:

> C. 5,75,5: *Imperatores Diocletianus, Maximianus*
> *In magistratus municipales tutorum nominatores, si administrationis finito tempore non fuerint solvendo nec ex cautione fideiussionis solidum exigi possit, pupillis quondam in subsidium indemnitatis nomine actionem utilem competere ex senatus consulto, quod auctore divo Traiano parente nostro factum est, constitit.* (294 ?)

Im Sinne einer Konstitution von Diocletian und Maximian mussten wegen derjenigen Geschäfte, die die Vormünder besorgt hatten, zuerst die verwaltenden Vormünder oder – da nicht nur die Vormünder, sondern auch ihre Erben einklagbar waren[44] – deren Erben belangt werden. Dann mussten die übrigen Vormünder, die gemeinschaftlich verwaltet haben, wegen ihrer Fahrlässigkeit für die Schäden, die nicht ersetzt wurden, als Gesamtschuldner gemeinsam haften. Das Mündel konnte zwar einen Einzelnen von ihnen in Anspruch nehmen, aber dann musste das Mündel seine Klagen gegen die anderen Mitvormünder den belangten Vormund abtreten:

[42] Kaser 1971, 367; Albertario 1912, 3; Levy 1915, 41; Lenel 1927, 321; Sachers 1948, 1581.
[43] Vgl. Sachers 1948, 1581; Glück 1829, 30. Theils 406.
[44] Vgl. C. 5,51,10; C. 5,51,12.

C. 5,51,6 pr.–1: Imperatores Diocletianus, Maximianus
(pr.) Cum interdictae venditionis vitium etiam pretii fraude tutor vester cumulasse proponatur, non dubitabit praeses provinciae, quando venditionem confirmare voluistis, residuum pretium cum usuris venditae a tutore possessionis celeriter vobis restitui iubere.
(1) Quod autem petitis ab heredibus eius qui vendidit pretium vobis exsolvi, superfluo a nobis desideratis, quia nec praesidis experientiam possit latere, tutores qui gesserint sive heredes eorum obea negotia, quae per eos administrata sunt, principali loco conveniri debere, ceteris ob culpae rationem non servati detrimenti periculo substitutis, vel, si pariter administrasse doceantur, etiam adversus unum liberum experiundi arbitrium competere, ita ut actiones, quas adversus alios habetis, ad electum transferantur. (290)

Aus der zitierten Quelle kann also darauf gefolgert werden, dass zuerst der das gegebene Geschäft besorgende Vormund oder dessen Erben belangt werden mussten und dann die Mitvormünder, die das Mündelvermögen gemeinsam verwalten mussten.[45]

In der nächsten Konstitution wird die Subsidiarität der Haftung der Nominatoren, also derjenigen Personen, die die Vormünder vorgeschlagen haben, betont und auch konkretisiert:

C. 5,75,4: *Imperator Gordianus*
Adversus nominatorem tutoris vel curatoris minus idonei non ante perveniri potest, quam si bonis nominati itemque fideiussoris eius nec non collegarum quoque, ad quorum periculum consortium administrationis spectat, excussis non sit indemnitati pupilli vel adulti satisfactum. (242)

Im Sinne der Konstitution von Gordian kann die Person, die einen untüchtigen Vormund oder Pfleger vorgeschlagen hat, nicht eher belangt werden, als bis in das Vermögen der vorgeschlagenen Person und ihrer Bürgen, weiterhin ihrer Kollegen, die die Verantwortung für die Vermögensverwaltung gemeinschaftlich tragen, die Vollstreckung versucht worden ist, um das Mündel oder Minderjährige zu entschädigen, ohne aber die vollkommene Schadloshaltung des Mündels oder des Minderjährigen erreichen zu können.

Hinsichtlich der Subsidiarität der magistratischen Haftung wird es also in den Quellen betont, dass außer dem gerierenden Vormund und seinen Bürgen, auch diejenigen Mitvormünder, die gemeinschaftlich für die Vermögensverwaltung verantwortlich sind (*ad quorum periculum consortium administrationis spectat*), noch vor den Magistraten verklagt werden mussten.

[45] Vgl. Sachers 1948, 1581–1582.

Andere Quellen[46] weisen darauf hin, dass diejenigen Mitvormünder, unter denen die Geschäftsführung und Vermögensverwaltung von den Magistraten meistens nach Provinzen oder nach Geschäftsbereichen geteilt wurde, normalerweise nicht für die Tätigkeit voneinander hafteten. Das ist auch aus der nächsten Konstitution zu entnehmen:[47]

C. 5,38,2: *Imperator Alexander Severus*
Ad eos, qui in alia provincia tutelam administrant, periculum administrationis ex persona tutorum, qui in alia provincia res pupilli gerunt, non porrigitur. (226)

In der Konstitution von Alexander Severus wird festgestellt, dass die Vormünder, die in einer bestimmten Provinz die Vormundschaft ausüben, nicht für die Tätigkeit der Vormünder haften, die in einer anderen Provinz die Geschäfte des Mündels führen.

Aus den Quellen kann aller Wahrscheinlichkeit nach darauf gefolgert werden, dass die Mitvormünder nur dann vor den Magistraten verklagt werden mussten, wenn die Geschäftsführung unter ihnen nicht, oder nicht von den Magistraten geteilt wurde, bei „offiziell" geteilter Geschäftsführung aber nicht.[48] Also die subsidiäre Haftung der Magistrate bestand im Falle der aufgeteilter Vormundschaft nur hinsichtlich der von ihnen bestellten Vormund, der den betroffenen Vermögensteil nicht richtig verwaltete und dessen Bürgen, aber hinsichtlich der Mitvormünder, die einen anderen Vermögensteil verwalteten, bestand sie nicht.

B. Mangel betreffend der Vormundsbestellung

Als zweite Voraussetzung der magistratischen Haftung für die Vormundsbestellung kann unterstrichen werden, dass die Magistrate nur dann haften mussten, wenn sie bei der *datio tutoris* etwas unterlassen, bzw. etwas nicht richtig gemacht haben.

a) Diese Unterlassung konnte zum Beispiel darin bestehen, dass die Magistrate jemandem, der einen Vormund benötigte, überhaupt keinen Vormund bestellten, obwohl sie über die Notwendigkeit der Vormundsbestellung Bescheid wussten, weil jemand die *tutoris datio* beantragte:[49]

[46] D. 26,7,51; C. 5,52,2,1.

[47] Kaser 1971, 307.; Honsell et al.1987, 428; Schmieder 2007, 268; Voci 1970, 76. Levy und Seiler bestreiten, dass in der klassischen Zeit die Mitvormünder bei „offiziell" aufgeteilter Vermögensverwaltung verpflichtet gewesen wären, sich gegenseitig zu kontrollieren. Vgl. Levy 1916, 23–24, 75–82; Seiler 1968, 177.

[48] Vgl. die Vermutungen von Knütel hinsichtlich D.27,3,1,15: Knütel et al. 2005, 484; Glück 1829, 30. Theils 399–401.

[49] Sachers 1948, 1582.

D. 27,8,1,6 *Ulpianus 36 ad ed.*
Magistratibus imputatur etiam, si omnino tutor vel curator datus non sit: sed ita demum tenentur, si moniti non dederint. Ideo damnum, quod impuberes vel adulescentes medio tempore passi sunt, ad eos magistratus pertinere non ambigitur, qui munere mandato non paruerunt.

Ulpian schreibt, dass die Magistrate auch dafür hafteten, wenn sie gar keinen Vormund oder Pfleger bestellt hätten. Sie hafteten dafür aber nur dann, wenn sie dazu aufgefordert worden seien. Die Schäden, die den Mündeln oder Heranwachsenden in der Zwischenzeit entstanden seien, müssten diejenigen Magistrate ersetzen, die ihre Pflicht, die ihnen übertragen worden sei, nicht erfüllt hätten.[50]

Wie wir es bei Ulpian weiter lesen können, sind die Folgen auch in dem Fall ähnlich, wenn die Magistrate anderer Weise versuchten, von deren Pflicht zur Vormundsbestellung hervorzukommen:

D. 27,8,1,7 *Ulpianus 36 ad ed.*
Sciendum autem est, si magistratus municipales data opera tutelam distulerint in successores suos vel si satisdationem data opera traxerint quoad successores accipiant, nihil eis prodesse.

Nach Ulpians Meinung nutze es den *magistratus municipales* nichts, wenn sie absichtlich die *datio tutoris* ihrer Nachfolger zugeschoben, oder die *satisdatio* bis zur Amtsübernahme ihrer Nachfolger hinausgezögert haben.[51]

Im Sinne der Stelle haben also die Magistrate für die Schäden einzustehen, die wegen ihrer Verzögerung entstanden sind.

b) Die Magistrate hafteten weiterhin auch dafür, wenn sie in solchen Fällen, in denen es nötig gewesen wäre, den Vormund nicht zur *satisdatio* verpflichteten, und/oder keinen Bürge von ihm verlangten:[52]

D. 26,3,5 *Papinianus 11 quaest.*
Tutores a patruo testamento datos iussit praetor magistratus confirmare: hi cautionem quoque accipere debuerunt nec voluntas eius, qui tutorem dare non potuit, neglegentiam magistratuum excusat. Denique praetor non ante decretum interponere potest quam per

[50] Grelle 2006, 431.
[51] Carbone 2014, 127; Grelle 2006, 431.
[52] D. 27,8,1,2; D. 27,8,1,11; D. 27,8,5. Rudorff 1934, 169–170; Glück 1829, 30. Theils 412.; Sachers 1948, 1519–1520, 1582.

inquisitionem idoneis pronuntiatis. Unde sequitur, ut, si tutelae tempore solvendo non fuerunt, in id, quod de bonis eorum servari non possit, contra magistratus actio decernatur.

In dem Papinian-Fragment geht es darum, dass der Prätor die Magistrate (einer Stadtgemeinde) angewiesen hat, die Vormünder, die ein Onkel väterlicherseits in seinem Testament für das Mündel ernannt hat, zu bestätigen. Die Magistrate hätten sich um die *satisdatio (cautio)* kümmern müssen und nach Papinians Meinung werde ihre Nachlässigkeit durch die Anordnung von dem, der zur Vormundsbestellung nicht ermächtigt war (Onkel), nicht entschuldigt. Und der Prätor könne seinen Beschluss solange nicht erlassen, bis die Vormünder durch amtliche Untersuchung (*per inquisitionem*) nicht für geeignet erklärt werden. So, wenn die Vormünder bei Beendigung der Vormundschaft insolvent gewesen seien, stehe dem Mündel eine Klage gegen die Magistrate zu. Mit dieser Klage könne das Mündel verlangen, was es aus dem Vermögen der Vormünder habe nicht erlangen können.[53]

In Zusammenhang mit dieser Stelle könnte sich die Frage erheben, warum die Magistrate die Vormünder zur Sicherheitsleistung verpflichten mussten, wenn es sich um *tutores testamentariae* handelte, da bei der *tutela testamentaria* die Vormünder in der Regel nicht zur *satisdatio* verpflichtet waren, weil es angenommen wurde, dass der Erblasser die Vormünder für seinen Gewaltunterworfenen mit der größten Umsicht aussuchte. Im Sachverhalt ernannte aber nicht der *pater familias* die Tutoren, sondern nur ein Onkel väterlicherseits. So wurde die *satisdatio* seitens der Vormünder nötig, die die Magistrate im Sinne der Anordnung des Prätors auch hätten verlangen müssen. Da aber die Magistrate doch keine Sicherheitsleistung von den Vormündern verlangten, mussten sie nach der Beendigung der Vormundschaft für die Schäden, die die Vormünder verursachten, subsidiär haften.

Auch in der nächsten Konstitution wird es bestätigt – zwar in diesem Fall nur bezüglich der Ernennung von Vormündern oder Pflegern für Personen vom Stand der *Clarissimi* –, dass die *curiales* mit ihrem eigenen Vermögen dafür haften müssen, wenn sie die Sicherheitsbestellung (*debitam cautionem*) unterlassen haben:

C. 5,33,1,5: *Imperatores Valentinianus, Theodosius, Arcadius*
In provinciis autem curiales in nominandis tutoribus et curatoribus clarissimarum personarum exhibeant debitam cautionem, et discriminis sui memores cognoscant indemnitati minorum obnoxias etiam suas deinceps esse facultates. (389)

[53] Vgl. dazu auch Manfredini 1990, 51–60.

c) Die Magistrate hafteten aber nicht nur dafür, wenn sie überhaupt keine Sicherheitsleistung verlangten, sondern auch dafür, wenn sie untüchtige (*non idoneus*) Vormünder bestellten, oder ungeeignete Bürgen akzeptierten, wie es auch durch die nächste Konstitution bestätigt wird:[54]

C. 5,75,3: *Imperator Gordianus*
Si tu et collega tuus, cum magistratu fungeremini, minus idoneum tutorem dedistis cautionemque idoneam non exegistis nec alias servari pupillo indemnitas potest et utrique solvendo estis, pro virili parte in vos actionem dari non iniuria postulabis. (238)

Im Sinne der Konstitution von Gordian, wenn die zwei zuständigen Magistrate einen ungeeigneten Vormund (*minus idoneum tutorem*) bestellt haben, und keine geeigneten Bürgen gefordert haben (*cautionemque idoneam non exegistis*), und sich auch keine andere Weise um die Entschädigung des Mündels gekümmert haben, wenn beide Magistrate zahlungsfähig sind, kann der von dem Mündel belangte Magistrat verlangen, dass die Klage gegen ihm und seinem Kollegen auf gleiche Anteile gegeben werde.

Im Mittelpunkt der kaiserlichen Entscheidung steht zwar die Frage des *beneficium divisionis*, dessen Voraussetzung die Zahlungsfähigkeit beider Magistrate war, gleichzeitig wird aber auch auf die allgemeine Voraussetzung der Haftung der Magistrate hingewiesen, nämlich auf die Bestellung von einem ungeeigneten, untüchtigen Vormund, die Unterlassung der Forderung von geeigneter Sicherheitsleistung und das Fehlen einer Entschädigung des Mündels.

Auch im nächsten Ulpian-Fragment, in dem hauptsächlich das Problem untersucht wird, ob der *pater familias* des Magistrats dafür zu haften hat, wenn sein Haussohn bei der Vormundsbestellung nicht richtig verfahren ist, werden die Tatbestände aufgezählt, die normalerweise die Haftung der Munizipalmagistrate für die *tutoris datio* begründen:

D. 50,1,2,5 *Ulpianus 1 disp.*
Sed si filius tutores dare non curaverit vel minus idoneos elegerit nec satis exegerit vel non idoneum acceperit, ipse quidem quin sit obstrictus, nulla dubitatio est: pater vero ita demum obligatur, si et fideiussores solent hoc nomine obligari. sed non solent (hoc enim et relatum et rescriptum est), quia fideiussores rem publicam salvam fore promittunt, rei publicae autem nihil, quod ad rem pecuniariam attinet, interest pupillis tutores dari.

[54] Siehe noch: D. 27,8,1,3; D. 27,8,1,5; C. 5,75,4. Rudorff 1934, 170.; Sachers 1948, 1582.

In der Stelle geht es darum, dass ein *filius familias* (als Magistratus) sich um die Vormundsbestellung nicht gekümmert hat, bzw. untüchtige Vormünder erwählt hat, oder keine, bzw. nicht geeignete Sicherheitsleistung gefordert hat. Nach Ulpians Meinung sei es unzweifelhaft, dass in diesem Fall der Magistrat selbst haftete. Sein *pater familias* würde aber nur soweit haften, als die Bürgen in dieser Hinsicht zu haften pflegen. Die Bürgen hafteten aber normalerweise dafür nicht, weil sie nur im Interesse des Gemeinwesens (*rem publicam salvam fore*) sich verpflichteten. Es sei aber für das Gemeinwesen gleichgültig, ob die Unmündigen (geeigneten) Vormünder bekommen, da es das Vermögen der Stadt nicht betreffe.

Als Ulpian darauf hinweist, dass der *pater familias* nur soweit haftete, wie die Bürgen zu haften pflegen, spricht er nicht von den Bürgen der Vormünder, sondern von den Bürgen, die sich für die Munizipalmagistrate im Interesse der Gemeinde sich verbürgten. Deswegen ist Ulpian an dem Standpunkt, dass der Vater, der so wie die Bürgen der Munizipalmagistrate zu haften habe, die Schäden, die sein Sohn dem Mündel verursachte, nicht zu ersetzen habe, da die Bürgen der Munizipalmagistrate nur dann hafteten, wenn der Magistrat der Gemeinde Schäden verursachte.[55]

Wie es sich aus dem Ulpian-Fragment herausstellt, haftete der *pater familias* für die Schäden die sein Haussohn als Munizipalmagistrat einem Mündel infolge einer fehlerhaften Vormundsbestellung verursachte ursprünglich nicht. In einer anderen Quelle sagt aber schon Ulpian, dass auch der *pater familias* für die Schäden, die sein Haussohn als Munizipalmagistrat in Zusammenhang mit der *datio tutoris* verursachte, zu haften habe, aber nur bis zur Höhe des *peculium*:[56]

D. 27,8,1,17 *Ulpianus 36 ad ed.*
Si filius familias fuit magistratus et caveri pupillo non curaverit aut non idonee cautum sit culpa eius, an et quatenus in patrem eius actio danda sit, quaeritur. Et ait Iulianus in patrem de peculio dandam, sive voluntate eius filius decurio factus sit sive non: nam et si voluntate patris magistratum administravit, attamen non oportere patrem ultra quam de peculio conveniri, quasi rem publicam salvam solam fore promittat, qui dat voluntatem, ut filius decurio creetur.

C. Vorwerfbarkeit

Die dritte Voraussetzung der magistratischen Haftung war die Vorwerfbarkeit des Versäumnisses: Die Magistrate hafteten nur dann, wenn sie bei der *datio tutoris* entweder vorsätzlich, oder fahrlässig nicht richtig vorgingen.[57]

[55] Vgl. Glück 1829, 30. Theils 413.

[56] Levy 1915, 45; Sachers 1948, 1583; Glück 1829, 30. Theils 415; Rudorff 1834, 165-166; Siehe auch: D. 15,1,1,13.

[57] Rudorff 1834, 168; Sciuto 2007, 372.

Aufgrund der Quellen kann darauf gefolgert werden, dass die Haftung der *magistratus municipales* strenger war, wenn sie die Vormünder selbst bestellten, wenn aber die Vormünder aufgrund des Vorschlags (*nominatio*) oder der vorherigen Untersuchung der Munizipalmagistrate unmittelbar von dem *praeses provinciae* bestellt wurden, war die Haftung der Magistrate für ihren Vorschlag oder Untersuchung milder:

D. 27,8,1,2 *Ulpianus 36 ad ed.*
Si praeses provinciae denuntiare magistratus tantum de facultatibus tutorum voluit, ut ipse daret, videamus, an et quatenus teneantur. Et extat divi Marci rescriptum, quo voluit eos, qui praesidi renuntiant, non perinde teneri atque si ipsi dedissent, sed si deceperunt, gratia forte aut pecunia falsa renuntiantes. Plane si praeses provinciae satis eos exigere iussit, non dubitabimus teneri eos, etiamsi praeses dederit.

D. 27,8,1,3 *Ulpianus 36 ad ed.*
Si praeses provinciae nominibus ab alio acceptis ad magistratus municipales remiserit, ut se de nominibus instruant, et perinde instructus dederit tutores: an exemplo eorum qui praetorem instruunt debeant magistratus teneri, quaeritur: utique enim interest, utrum ipsi magistratus nomina electa dederint praesidi an ea, quae ab alio praeses accepit, inquisierint, et puto utroque casu sic teneri, quasi dolo vel lata culpa versati sunt.

Aus den zitierten Ulpian-Stellen geht Folgendes hervor: Wenn der Provinzstatthalter von den Magistraten nur verlangte, ihn über die Vermögensverhältnisse der Vormünder zu benachrichtigen, um nachher selbst die Vormünder zu bestellen, war es zu prüfen, ob die Magistrate hafteten, und wenn ja, in welchem Umfang sie hafteten. In einem Reskript von Marc Aurel wurde es verordnet, dass diejenigen die dem Statthalter nur eine Auskunft geben, nicht genauso haften, wie sie dann haften würden, wenn sie selbst die Vormünder bestellt hätten, sondern sie müssen nur dann haften, wenn sie den Statthalter getäuscht haben, indem sie ihm aus Gefälligkeit oder für Geld falsche Informationen gaben. Wenn aber der Statthalter anordnete, dass sie Sicherheit verlangen sollten, und sie es unterließen, hafteten sie auch dann, wenn selbst der Statthalter die Vormünder bestellte.

Wenn der Statthalter – fährt Ulpian fort – die Namen, die er von einem Dritten erhalten hat, an den Munizipalmagistraten weitergeleitet hat, um von den genannten Personen Auskunft zu erhalten, und der Statthalter nach der Erhaltung dieser Auskunft, diese Personen als Vormünder bestellt hat, stellt sich die Frage, ob die Munizipalmagistrate so, wie diejenigen die dem Prätor Auskunft geben, haften müssen. Es ist nämlich ein großer Unterschied, ob die Magistrate selbst die Namen ausgesucht haben, und dem Statthalter dann weitergegeben haben, oder sie solche Namen überprüft haben, welche der Statthalter von einem Dritten erhalten hat. Nach der Meinung von Ulpian müssten sie aber in beiden Fällen

nur dann haften, wenn sie arglistig (*dolus*) oder grob fahrlässig (*culpa lata*) verfahren sind.

Wie wir sehen, ließ der Statthalter – wenn er selbst die Vormünder bestellte – normalerweise die Munizipalmagistrate prüfen, wer für die Vormundschaft geeignet wäre. In solchen Fällen mussten entweder selbst die Magistrate die geeigneten Personen aufspüren, oder ein Dritter hat dem Statthalter bestimmte Personen vorgeschlagen, und der Statthalter hat die Liste der vorgeschlagenen Personen den Magistraten weitergeleitet, damit sie ihre Geeignetheit überprüfen. Aus den vorgeführten Quellen geht es hervor, dass die Magistrate, wenn sie in solchen Fällen ungeeignete Vormünder vorgeschlagen haben, oder sie dem Statthalter falsche Auskunft von den Vermögensverhältnissen der Kandidaten gegeben haben, nur dann haften mussten, wenn sie es aus Arglist oder aus grober Fahrlässigkeit getan haben. Für die leichte Fahrlässigkeit hat sie die Haftung also nicht getroffen.

Aus der D. 27,8,1,2 kann aber (*argumentum a contrario*) darauf gefolgert werden, dass diejenigen *magistratus municipales* strenger haften mussten, die die Vormünder selbst bestellten. Aus der D. 27,8,1,2-3 – in Zusammenhang mit den folgenden Fragmenten – kann man dementsprechend die Folgerung ziehen, dass in solchen Fällen, wo der Munizipalmagistrat selbst die *datio tutoris* vorgenommen hat, er nicht nur für das *dolus* und die *culpa lata* haftete, sondern auch für die *culpa levis*,[58] die gewiss auch durch den Begriff des „*omne periculum*" erfasst wurde:

> D. 27,8,4 *Ulpianus 3 disp.*
> *Non similiter tenentur heredes magistratuum, ut ipsi tenentur: nam nec heres tutoris neglegentiae nomine tenetur. Nam magistratus quidem in omne periculum succedit, heres ipsius dolo proximae culpae succedaneus est.*

Ulpian stellt fest, dass die Erben des Magistrats nicht genauso hafteten, wie der Magistrat selbst. Die Erben des Vormundes hafteten ja nicht für die Fahrlässigkeit. Der Magistrat müsse zwar in die volle Haftung (*omne periculum*) eintreten, auf seine Erben gehe aber die Haftung nur für solche Fahrlässigkeit über, die der Arglist sehr nahe liegt. (Also nur für die *culpa lata*.)

Ulpian betont also, dass die Magistrate hinsichtlich der Vormundsbestellung für „*omne periculum*" haften müssten. Zur Begriff des *omne periculum* könnte eventuell auch der *casus* gehören,[59] aber die nächste Stelle beweist, dass die Magistrate für den Zufall, also für die unvorhersehbaren zukünftigen Ereignissen doch nicht verant-

[58] Vgl. Karlowa 1855, 596.

[59] Es ist zu erwähnen, dass der Begriff des *periculum* in der *communis opinio* gewöhnlich zwei Bedeutungen hat: Es wird einerseits als *periculum custodiae* verstanden, andererseits als *vis maior*, oder genauer gesagt als die Gefahrtragung in Zusammenhang mit der *vis maior.* Imre Molnár macht aber darauf aufmerksam, dass das *periculum* ein mehrdeutiger Ausdruck sei, der in den Quellen oft in der Bedeutung von Schaden angewandt werde. Vgl. Molnár 1993, 196, 212.

wortlich gemacht werden konnten, wenn sie alles Mögliches getan haben, was in Zusammenhang mit der Vormundsbestellung zu erwarten war, so wenn sie geeignete Vormünder bestellt, und auch Sicherheitsleistung verlangt haben:[60]

D. 27,8,1,11 *Ulpianus 36 ad ed.*
Si magistratus ab initio tutorem idoneum dedit et satis non exegit, non sufficit: quod si satis exegit et idoneum exegit, quamvis postea facultatibus lapsi sint tutores vel fideiussores, nihil est, quod ei qui dedit imputetur: non enim debent magistratus futuros casus et fortunam pupillo praestare.

Ulpians Meinung nach, genüge es nicht, wenn der Magistrat einen ursprünglich tauglichen Vormund bestellt habe, aber er keine Sicherheitsleistung verlangt habe. Wenn er aber eine Sicherheitsleistung verlangt habe und einen tauglichen Vormund ausgewählt habe, sei dem Magistrat nichts vorzuwerfen, nicht einmal dann, wenn der Vormund oder die Bürgen ihr Vermögen später verloren hätten. Da die Magistrate dem Mündel für die Zufälle und zukünftige Vermögensverluste nicht einzustehen hätten.

D. Zeitliche Grenze
Aus den Quellen kann auch darauf gefolgert werden, dass die Haftung, beziehungsweise die Gefahrtragung der Magistrate auch eine Art von zeitliche Grenze hatte: nur die während (oder unmittelbar nach) der Vormundschaft aufgetretene Insolvenz der Vormünder konnte gegebenenfalls die Haftung der Magistrate begründen. Bei Ulpian können wir nämlich lesen, dass es genug sei, wenn der Vormund noch in dem Zeitpunkt zahlungsfähig sei, wann er mit der Vormundschaftsklage schon verklagt werden könnte, und das sei auch in dem Fall so, wenn der Magistrat es unterlassen habe, Sicherheitsleistung zu verlangen:

D. 27,8,1,12 *Ulpianus 36 ad ed.*
Sed et si satis non exegit, idoneus tamen tutor eo tempore fuit, quo tutelae agi potest, sufficit.

Im Sinne der Stelle hat der Magistrat zwar es unterlassen, eine *satisdatio* von dem Vormund zu verlangen, das ehemalige Mündel (oder wenn es um einen *minor* geht, sein *curator*) hätte aber nach dem Aufhören der Vormundschaft noch die Möglichkeit gehabt, den ehemaligen Vormund erfolgreich zu belangen, da der Vormund in dieser Zeit noch solvent war. Wenn der Vormund später, zur Zeit der (verspäteten) Klageerhebung, bzw. Vollstreckung zahlungsunfähig wurde, dann wurde die Vollstreckung wegen der Säumnis des ehemaligen Mündels oder eventuell seines Pflegers erfolglos. In diesem Fall handelte aber das Mündel oder sein Pfleger fahr-

[60] Siehe: Partsch 1908, 409; Levy 1915, 43.

lässig, aber ihre Fahrlässigkeit oder ihre Säumigkeit kann dem Magistrat nicht vorgeworfen werden, so steht die *actio subsidiaria* dem ehemaligen Mündel gegen den Magistrat auch nicht zu.[61]

Von einer ähnlichen Entscheidung können wir auch in dem nächsten Paulus-Fragment lesen:

> D. 26,7,53 *Paulus 2 decr.*
> *Aemilius Dexter magistratus sui tempore datis tutoribus cessaverat in exigenda satisdatione, deinde quibusdam excusatis a sequentibus magistratibus Dexter tutor adsumptus fuerat: creatus conveniebatur in solidum duplici ratione, quod cum magistratus esset et tutores dedisset satisdationem non exegisset. Ex diverso dictum est, licet satis exactum non esset, tamen in diem tutelae finitae idoneos fuisse tutores neque cessationem curatorum obesse tutoribus debere. Pronuntiavit, si in diem finitae tutelae idonei permansissent tutores, licet et satis non esset exactum, curatorum esse periculum, si minus, tutorum et magistratuum: hoc est tunc esse periculum eius, qui suspectum non fecisset aut satis non exegisset, cum finita tutela non inveniretur idoneus fuisse.*

In der Quelle geht es um Folgendes: Aemilius Dexter hatte es als Magistrat bei der Vormundsbestellung versäumt, von den Vormündern eine Sicherheitsleistung (*satisdatio*) zu verlangen. Nachdem einige Vormünder die Vormundschaft abgelehnt hatten, wurde Dexter von den nachfolgenden Magistraten als (weiterer) Vormund bestellt. Später wurde er aus zwei Gründen auf dem gesamten Betrag (*in solidum*) belangt: einerseits als Vormund, andererseits weil er als Magistrat bei der Vormundsbestellung es versäumte, die *satisdatio* zu verlangen. Gegenüber diese Forderungen argumentierte er damit, dass er zwar keine *satisdatio* verlangte, aber die Vormünder bis zum Zeitpunkt der Beendigung der Vormundschaft solvent waren, und das Versäumnis der Pfleger nicht zu Lasten der Vormünder gehen sollte. Im Sinne der Entscheidung von dem Kaiser Septimius Severus, wenn die Vormünder bis zum Zeitpunkt der Beendigung der Vormundschaft zahlungsfähig waren, müssten die Pfleger haften, auch wenn von den Vormünder keine *satisdatio* verlangt wurde, andernfalls belastete aber die Haftung die Vormünder und die Magistrate. In dem letzten Fall – wenn der betreffende Vormund insolvent ist – müssten also diejenigen haften, die ihre Mitvormünder nicht als vertrauens-unwürdig angeklagt

[61] Rudorff 1834, 168. Im Sinne der Stelle haben die Magistrate zwar versäumt, die *satisdatio* zu verlangen, aber der Vormund war sowohl während der Vormundschaft, als auch nachher, als die Vormundschaftsklage schon dem Mündel zur Verfügung gestanden hätte, zahlungsfähig, also *idoneus*, und in diesem Fall steht die *actio subsidiaria* dem Mündel gegen die Magistrate nicht zu. Carbones Meinung nach, werde durch diese Entscheidung die Annahme bestätigt, dass die *magistratus municipales* nicht unbedingt die Pflicht gehabt hätten, den Vormund zu der *satisdatio* zu zwingen. Siehe Carbone 2014, 125–126.

haben, oder die Haftung treffe denjenigen, der als Magistrat keine *satisdatio* verlangt hat.

Aus dem Sachverhalt kommt es also heraus, dass Aemilius Dexter aus zwei Gründen (*duplici ratione*), sowohl mit der *actio tutelae*, als auch mit der *actio subsidiaria* belangt wurde. Mit dem Letzteren deswegen, weil er als Magistrat bei der *tutoris datio* die Vormünder nicht zur Sicherheitsleistung verpflichtete. Mit der *actio tutelae* deswegen, weil er für alles, was aus der Vormundschaft erfolgt, haften muss. Aemilius Dexter beruft sich darauf, dass er zwar tatsächlich versäumt hat, die *satisdatio* zu verlangen, aber die Vormünder bis zum Zeitpunkt der Beendigung der Vormundschaft zahlungsfähig waren. Nach dem Aufhören der Vormundschaft, da das ehemalige Mündel ein *minor* war, wurde für ihn ein Pfleger bestellt. Und der Pfleger hätte die Pflicht gehabt, den ehemaligen Vormund zu verklagen, die Unterlassung des Pflegers dürfte aber den Mitvormündern nicht zu Lasten gehen.

Nach Levys Meinung, während in dem Fragment in erster Linie die Ausschließung der Haftung von Aemilius Dexter als Mitvormund betont werde, trete die Frage der Gewährung der *actio subsidiaria* in Hintergrund. Er vermutet, dass es entweder wegen der Parteien so sei, oder mit der Kurze des Referats zu erklären sei.[62]

Es könnte aber eventuell auch damit erklärt werden, dass Aemilius Dexter in erster Linie als (Mit)vormund zu haften hat, und er nur mit einer subsidiären Haftung hinsichtlich der von ihm bestellten Vormünder belastet wird. Primär ist also die Haftung der Vormünder (sowohl von Aemilius Dexter als Vormund als auch von den Vormündern, die früher von ihm bestellt wurden), deshalb muss erstens diese Haftung geprüft werden. Mit der *actio subsidiaria* kann nur in dem Fall der (ehemalige) Magistrat verklagt werden, wenn die Schäden des (ehemaligen) Mündels sowohl dem gerierenden Vormund vorwerfbar sind (nur er kann sie nicht vollkommen ersetzen), als auch dem Magistrat, der den Vormund bestellt hat, da er bei der *datio tutoris* irgendeinen Fehler begangen hat, so zum Beispiel keine Sicherheitsleistung von Letzterem verlangt hat.

Levy macht darauf aufmerksam, dass der Grundgedanke der Entscheidung die Folgende sei: Wenn der Vormund, der mittlerweile zahlungsunfähig wurde, rechtzeitig belangt worden wäre, wäre Aemilius Dexter nicht verurteilt worden, wenn aber Letztere *nominae alterius* verklagt worden wäre, hätte er auch gegen seinen Mitvormund Rückgriff nehmen können. Da aber beide Möglichkeiten wegen der Säumnis des Pflegers (*cessatione curatorum*) scheiterten, könne diese Tatsache als *exceptio* gegen die (sonst fundierten) *actio tutelae* angewandt werden. Die Haftung von Dexter entfalle also wegen der *ex fide bona* zu berücksichtigende *cessatio curatorum*.[63]

[62] Levy 1916, 40.
[63] Levy 1916, 40–41.

Davon ergibt sich weiterhin auch, dass der Zeitrahmen des *periculum tutelae* bis zur Beendigung der Vormundschaft dauerte, nach dieser Zeitpunkt haftete aber schon der Pfleger dafür, wenn er die Vormünder nicht rechtzeitig verklagte, um die aus der Vormundschaft entstandenen Schäden ersetzen zu lassen. Und aus den Quellen kann auch darauf gefolgert werden, dass auch der Zeitraum des „*periculum magistratus*" sich nach diesem Zeitrahmen richtete.

Zu diesem Themenkreis gehört auch die nächste Stelle:

D. 27,8,1,13 *Ulpianus 36 ad ed.*
Probatio autem non pupillo incumbit, ut doceat fideiussores solvendo non fuisse cum acciperentur, sed magistratibus, ut doceant eos solvendo fuisse.

Ulpian stellt hier fest, dass die Beweislast nicht dem Mündel obliege, also nicht er habe zu beweisen, dass die Bürgen nicht zahlungsfähig gewesen seien, als sie bestellt wurden, sondern die Magistrate hätten zu beweisen, dass die Bürgen zahlungsfähig gewesen seien.

Aufgrund dieser Fragmente können wir also feststellen, dass es reicht, wenn das Mündel beweisen kann, dass die von den Magistraten bestellten Vormünder und Bürgen in dem Zeitpunkt der Beendigung der Vormundschaft insolvent waren (oder eventuell die Magistrate gar keine Bürgen verlangten). Um das beweisen zu können, reicht es wahrscheinlich, wenn das Vollstreckungsverfahren gegen sie (mindestens teilweise) erfolglos ist. Danach haben aber schon die Magistrate entweder das zu beweisen, dass die Vormünder und die Bürgen wegen nicht voraussehbarer Ursachen zahlungsunfähig wurden, weil sie am Anfang der Vormundschaft noch solvent waren; oder eventuell das, dass das Mündel und sein Pfleger nach der Beendigung der Vormundschaft versäumt haben, die Vormünder rechtzeitig zu verklagen, und Letzteren erst nach der Beendigung der Vormundschaft insolvent wurden, und deswegen das Mündel und sein Pfleger die Gefahr der Zahlungsunfähigkeit der Vormünder selbst zu tragen haben.

Aufgrund der untersuchten Quellen kann hinsichtlich der Haftung und der Gefahrtragung der Magistrate auch eine weitere wichtige Folgerung gezogen werden: Wenn die Magistrate keine *satisdatio*, also praktisch keine geeigneten Bürgen von den Vormündern verlangten, aber die von ihnen bestellten Vormünder bis zum Ende der Vormundschaft zahlungsfähig waren, haben die Magistrate für den nachträglichen Verlust ihrer Zahlungsfähigkeit nicht zu haften. (Weil die Gefahr von dieser nachträglichen Insolvenz schon das Mündel und dessen Pfleger zu tragen habe.) Wenn aber die ohne *satisdatio* bestellten Vormünder noch während der Vormundschaft insolvent wurden, belastet die subsidiäre Haftung die Magistrate, weil sie es versäumt haben, sich um geeignete Sicherheitsleistung zu kümmern, sie also nicht alles Mögliches für die Sicherung des Mündels getan haben.

Wenn aber die Magistrate geeignete Vormünder ernannten und sich gelichzeitig auch um die *satisdatio* kümmerten, in deren Rahmen die Vormünder geeignete Bürgen bestellten, haben die Magistrate alles getan, um die Interessen des Mündels zu schützen. So haben sie nicht einmal dafür zu haften, wenn sowohl die Vormünder als auch die Bürgen, die am Anfang noch solvent waren, später während der Vormundschaft aus unvorhersehbaren Gründen zahlungsunfähig wurden.

In dieser Hinsicht kann man wahrscheinlich mit Carbone[64] einverstanden sein: Die Magistrate waren im Grunde genommen nicht jedes Mal dazu verpflichtet, von den Vormündern Sicherheitsleistung zu verlangen, wenn sie es aber versäumten, könnten sie sich nicht exkulpieren, wenn der Vormund dem Mündel Schäden verursachte, und während der Vormundschaft auch insolvent wurde. So war es nicht nur im Interesse des Mündels empfehlenswert, die *satisdatio*, also eine Bürgschaftsleistung zu fordern, sondern gleichzeitig auch im Interesse der Magistrate selbst.

Aus dem nächsten Ulpian-Fragment stellt es sich auch heraus, dass dem Mündel hinsichtlich des Vermögens der Magistrate – abweichend von dem Vermögen der Vormünder[65] – kein Vorrecht (*privilegium exigendi*) zustand. Es konnte nur gleichrangig mit den anderen Gläubigern der Magistrate seinen Anteil von dem Vermögen der Magistrate bekommen:[66]

D. 27,8,1,14 *Ulpianus 36 ad ed.*
Privilegium in bonis magistratus pupillus non habet, sed cum ceteris creditoribus partem habiturus est.

ZUSAMMENFASSUNG

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass für die Vormundsbestellung nur bestimmte Beamten hafteten, so insbesondere die Munizipalmagistrate, die Mitglieder des Stadtrates, und eventuell der *scriba* des Prätors, aber weder die römischen Stadtmagistrate, wie z. B. der Prätor oder der Konsul, noch der Statthalter mussten dafür haften.

Das Mündel konnte eine *actio subsidiaria* gegen die erwähnten Magistrate aber nur dann erhalten, wenn es Schäden in Zusammenhang mit der Vormundschaft erlitt, und es oder sein Pfleger nach der Beendigung der Vormundschaft rechtzeitig versuchte, seine Schäden sowohl mit den Vormündern als auch mit deren Bürgen ersetzen zu lassen, aber diese Versuche wegen der Insolvenz der Vormünder und der Bürgen mindestens teilweise erfolglos blieben. Die Magistrate mussten aber

[64] Carbone 2014, 125–126, 138–161.
[65] D.26,7,42; D.42,5,19.
[66] Ähnliches steht auch in dem sog. Straßburger Fragment von Ulpian. Siehe Lenel 1903, 932.

auch in diesem Fall nur dann haften, wenn sie bei der Vormundsbestellung irgendeinen Fehler begangen haben: Wenn sie arglistig oder fahrlässig gar keine, oder keine geeigneten Vormünder oder Bürgen bestellten, bzw. akzeptierten.

BIBLIOGRAPHIE

Albertario, E. (1912) Dell' "‹actio subsidiaria" concessa al minore contro i magistrate. In: *Studi dell' Istituto di Esercitazioni nelle scienze giuridiche e sociali della R Università di Pavia,* 3–13.

Bajánházy, I. (2018) A római magisztrátusok magánjogi felelőssége a D. 18.6.13(12) fragmentum alapján. In: Boóc, Á. et al. (Hgg.), *Studia in honorem József Szalma.* Budapest. 99–111.

Benedek, F. und Pókecz Kovács, A. (2017) *Római magánjog.* Budapest–Pécs.

Carbone, M. (2014) *Satisdatio tutoris: Sull'obbligo del tutore di garantire per il patrimonio del pupillo*. Milano.

Carbone, M. (2017) Tutori magistratuali ed esonero dalla satisdatio in Gaio e in Giustiniano. *Teoria e Storia del Diritto Privato*, Nr. X., 1–28.

Carbone, M. (2007) Un intervento del Senato in tema di libertas ed hereditas disposte per fideicommissum. In: *Studi per Giovanni Nicosia.* II. Milano: Giuffrè Editore. 247–268.

Chevreau, E. (2017) The Evolution of Roman Guardianship through the Mechanism of excusatio tutelage. In: Yiftach, U. und Faraguna, M. (Hgg.), *Ancient Guardianship: Legal Incapacities in the Ancient World (Legal Documents in Ancient Societies VI Jerusalem, 3-5.11.2013.)* (GRAECA TERGESTINA STORIA E CIVILTÀ 4). Trieste. 189–202.

Erman, H. (1894) Eine römisch-ägyptische Vormundschaftssache. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung,* 15, 241–255.

Fiebiger, O. (1905) Wilhelm Liebenam, Duoviri. In: Wissowa, G. (Hg.), *Paulys Real-Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*. Band 5. Stuttgart. 1798–1842.

Földi, A. und Hamza, G. (2016) *A római jog története és institúciói.* Budapest.

Galaboff, N. G. (2016) *Die Palingenesie der römischen Vormundschaftsgesetze*. Frankfurt am Main.

Glück, Ch. F. (1829) *Ausführliche Erläuterung der Pandecten.* 30. Theils, 1. Abteil. Erlangen.

Grelle, F. (2006) La datio tutoris dei magistrati municipali. In: Colognesi, L. C. und Gabba, E. (Hgg.), *Gli Statuti Municipali.* Pavia. 411–442.

Guzmán, A. (1976) *Dos estudios en torno a la historia de la tutela romana.* Pamplona. 27–131.

Havas, L. et al. (2001) *Római történeti kézikönyv.* Budapest.

Honsell, H. et al. (1987) *Römisches Recht*. Berlin–Heidelberg.

Jakab, É. Immunitás? Az állam kárfelelősségének történeti gyökereihez. [Manuskript]

Jakab, É. (2017) Vis ac potestas. Gyámi vagyonkezelés a klasszikus római jogban. In Görög, M. und Hegedűs, A. (Hgg.), *Lege duce, comite familia: Ünnepi tanulmányok Tóthné Fábián Eszter tiszteletére, jogászi pályafutásának 60. évfordulójára.* Szeged. 199–211.

Jakab, É. (2017a) Vormundschaft in lateinischen tabulae. In: Yiftach, U. und Faraguna, M. (Hgg.), *Ancient Guardianship: Legal Incapacities in the Ancient World (Legal Documents*

in Ancient Societies VI Jerusalem, 3-5.11.2013.), (GRAECA TERGESTINA STORIA E CIVILTÀ 4). Trieste. 203–220.
Karlowa, O. (1855) *Römische Rechtsgeschichte.* Bd. I. Leipzig.
Kaser, M. (1971) *Das Römische Privatrecht.* I. Abschnitt. München.
Kaser, M. und Knütel, R. et al. (2017) *Römisches Privatrecht.* München.
Knütel, R. et al. (Hgg.) (2005) *Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung.* IV. Digesten 21–27.
Kruse, T. (2017) Governmental Control of Guardianship over Minors in Roman Egypt. In: Yiftach, U. und Faraguna, M. (Hgg.), *Ancient Guardianship: Legal Incapacities in the Ancient World (Legal Documents in Ancient Societies VI Jerusalem, 3-5.11.2013.).* (GRAECA TERGESTINA STORIA E CIVILTÀ 4). Trieste. 175–188.
Kübler, B. (1918) Die Haftung für Verschulden bei kontraktsähnlichen und deliktsähnlichen Schuldverhältnissen. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung,* 39, 172–223.
Kunkel, W. und Wittmann, R. (1995) *Staatsordnung und Staatspraxis der Römischen Republik.* 2. Abschnitt: Die Magistratur. München.
Levy, E. (1916) Die Haftung mehrer Tutoren. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung,* 37, 14–88.
Levy, E. (1915) *Privatstrafe und Schadensersatz im klassischen römischen Recht*. Berlin.
Lenel, O. (1927) *Das Edictum Perpetuum*. Leipzig. 540–541.
Lenel, O. (1903) Zwei neue Bruchstücke aus Ulpians Disputationen. In: *Sitzungsberichte der Königlichpreussischen Akademie der Wissenschaften.* Bd. 1903, 2. Halbband. Berlin. 922–936.
Manfredini, A. D. (1990) Papiniano il patruus e la conferma dei tutori da parte dei magistrati municipali (D. 26, 3, 5). *Annali Univ. Ferrara - Scritti giuridici, Nuova Serie,* Vol. IV, 51–60.
Mitteis, L. (1908) Über die Kompetenzen zur Vormundsbestellung in den römischen Provinzen. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung,* 29, 390–403.
Molnár, I. (1993) *A római magánjog felelősségi rendje.* Szeged.
Molnár, I. und Jakab, É. (2015) *Római jog.* Szeged.
Mommsen, Th. (1887) *Römisches Staatsrecht.* 1. Bd. Leipzig.
Nörr, D. (2001) Zur Palingenesie der römischen Vormundschaftsgesetze. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung,* 118, 1–72.
Partsch, J. (1908) Der ediktale Garantievertrag durch receptum. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung,* 29, 403–422.
Pókecz Kovács, A. (2016) *A principátus közjoga*. Budapest–Pécs.
Pókecz Kovács, A. (2015) A római közigazgatás Claudius uralkodása idején (Kr. u. 41–54). *IURA* 1, 100–110.
Pókecz Kovács, A. (2015a) Róma városának közigazgatása a principatus korában. *IURA* 2, 100–108.
Rampazzo, N. (2011) La ‹‹nominatio›› e la responsabilità dei magistrati municipali. *Index* 39, 363–378.
Rudorff, A. A. F. (1832) *Das Recht der Vormundschaft.* Bd. I. Berlin.
Rudorff, A. A. F. (1834) *Das Recht der Vormundschaft.* Bd. III. Berlin.

Sachers, E. (1948) Tutela. In: Mittelhaus, K. und Ziegler, K. (Hgg.), *Paulys Real-Enciklopädie der classischen Altertumswissenschaft 2. Reihe (R-Z), 7. Bd. Tributum bis Valerius* (RE 7A/2). (Waldsee [Württ.]). 1497–1599.

Schmieder, Ph. (2007) *Duo rei. Gesamtobligationen im römischen Recht.* Berlin.

Sciuto, P. (2007) I limiti alia competenza dei magistrati municipali in materia di datio tutoris. *Studi per Giovanni Nicosia*, VII, Milano. 349–392.

Seiler, H. H. (1968) *Der Tatbestand der negotiorum gestio im römischen Recht.* Köln–Graz.

Simshäuser, W. (1973) *Iuridici und Munizipialgerichtsbarkeit in Italien.* München.

Talamanca, M. (1990) *Istituzioni di diritto romano*. Milano.

Újvári, E. (2016) Contutores – a gyámok jogviszonya többes gyámság esetén a római jogban. *JURA,* 22/2, 184–192.

Voci, P. (1970) La responsabilità dei contutori e degli amministratori cittadini. *IURA,* 21, 71–154.

Ziegler, K. und Sonthemeier, W. (Hgg.) (1979) *Der Kleine Pauly. Lexikon der Antike.* Bd. 3. München: Iuppiter – Nasidienus.

SEKTION III / SECTION III

Sektionsleiter: *Lénárd Darázs*

Privat- und Wirtschaftsrecht

Private and Economic Law

The Active and Responsible Consumer in EU Law*

KATI CSERES

INTRODUCTION

Consumers are now participants in a global market. Consumers' economic and social roles have changed dramatically over the past two decades as a result of globalization, demographic shifts, technological developments and regulatory reforms. These changes present fundamental challenges to national and supranational legal systems that regulate and facilitate the role consumers fulfill in the marketplace.

With the availability of cheaper technology and the rise of digital markets, consumers – persons acting *'outside [their] trade, business, craft or profession* – can now offer their own services (host through AirBnb, transport through Uber) or self- or co-produce products and services. Moreover, consumers are more conscious of the negative externalities their consumption and their purchases can have on the environment. They seek ways that enable them to contribute to a more sustainable global economy.

These technological, social and economic developments offer new commercial opportunities and brought new types of risks for consumers. Therefore, these developments also lead to the proliferation of consumer roles and imageries. Hence modern consumers do not fit easily into simple dichotomies between weak/passive and active/confident actors, nor can their changing behaviour and position be captured by a mono-disciplinary perspective.

These developments challenge the way (EU) law has defined the consumer and shaped the normative concept of the average consumer. The aim of this paper is to critically reflect on the EU law definition and the normative concept of the consumer in light of these technological, economic and social challenges and revisit both the legislation and the CJEU's interpretation of these concepts.

The aim of this paper is to provide a tentative answer to the question how EU law conceptualizes the active and responsible consumer. In order to do so, the paper will first investigate the definition of the consumer through the Court of Justice of the

* This article was written within framework of Mobility project "Revisiting the definition and the normative concept of the consumer, case studies in four EU Member States" MTA 19–10.

European Union case law and then analyse how EU law theorizes the active consumer as a normative concept. This part will make use of the EU's Circular Economy Action Plan and the new electricity market rules.

WHO IS THE CONSUMER? – THE DEFINITION

Consumers today enter into more frequent and technologically more complex transactions than in the period when current EU consumer law was developed. They offer services through online platforms; (co-)produce their own energy; and provide financial services peer to peer. In this way, consumers have also become *producers*.

The definition of the consumer defines who the law aims to protect and thus delineates who can rely on consumer protection rules. The definition delineates what conditions have to be met in order to qualify a contractual party as a consumer and not a producer. These are external characteristics of the consumer that differentiate between B2C and B2B transactions.[1]

To date there is no common and uniform definition of the consumer in EU law. In fact, the EU legislator has adopted legislation that contains narrowly construed definitions often centred around and related to specific issues.

Consumer Rights Directive in its Article 2 (1)[2] defines consumers as "any natural person who, in contracts covered by this Directive, is acting for purposes which are outside his trade, business, craft or profession".

Directive 2002/65/EC concerning the distance marketing of consumer financial services Article 2 (d) „consumer" means any natural person who, in distance contracts covered by this Directive, is *acting for purposes which are outside his trade, business or profession*.[3]

The core of these definition is negatively conceptualized. The existing EU law definition is neither consistent nor uniform across the various consumer law Directives. Still, this definition of the consumer relies on: "natural persons acting *outside [their] trade, business, craft or profession*".

[1] Hedegaard and Wrbka 2016, 71. This chapter differentiates between external and internal parameters of the consumer notion. Internal parameters define the consumer model, *Verbrauchersleitbild*. The consumer who is wroth protection.

[2] Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council.

[3] Directive 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 concerning the distance marketing of consumer financial services and amending Council Directive 90/619/EEC and Directives 97/7/EC and 98/27/EC.

In the area of financial regulation the notion of consumer can cover investors and retail clients, too[4] and in energy law.

Furthermore, in cross-border civil procedure Brussels I *bis*[5] and Rome I Regulation the definition differs also. In recital 18 to Brussels I bis Regulation lists consumers as a weaker party who has to be protected by rules of jurisdiction in a more favourable way. Consumer contracts are defined in Article 17(1) as "a contract concluded by a person, the consumer, for a purpose which can be regarded as being outside his trade or profession".[6]

This EU law definition has been transposed by the in different ways across the Member States resulting in a certain fragmentation of the concept across national jurisdictions.[7] Most Member States define the consumer in a positive way.[8] Some Member States have extended the core EU definition to SMEs for example or legal persons acting for personal and non-commercial capacity.[9]

Turning to the case law of the CJEU we see one central issue in the past few years that raised the question whether consumer protection rules apply only to those transactions falling entirely outside of professional activity of the relevant contract party or whether it extends to those 'predominantly or "mainly" outside of professional activity.

In the past few years with cases where the Court had to interpret the notion of the consumer with regard to situations where the relevant parties were engaging in trade on the foreign currency market and concluded highly speculative transactions in the market for foreign exchange[10]; offered goods or services *via* an online platform[11] or in the context of digital social networks they engaged in activities of publishing books, lecturing, operating websites, fundraising and were assigned the

[4] Articles 4 and 5 Directive 2014/65 on.

[5] Regulation 1215/2012. jurisdiction shall be determined […]if: (a) it is a contract for the sale of goods on instalment credit terms; (b) it is a contract for a loan repayable by instalments, or for any other form of credit, made to finance the sale of goods; or (c) in all other cases, the contract has been concluded with a person who pursues commercial or professional activities in the Member State of the consumer's domicile or, by any means, directs such activities to that Member State or to several States including that Member State, and the contract falls within the scope of such activities.

[6] Recital 23 of Rome I Regulation and Article 6 is slightly more comprehensive.

[7] European Commission, An evaluation study of the impact of national procedural laws and practices on the equivalence and effectiveness of the procedural protection of consumers under EU law JUST/2014/RCON/PR/CIVI/0082, p.67 available at.

[8] Austria uses a negative definition: persons who are not entreprenueres.

[9] SMEs: France, legal persons: Scotland. See An evaluation study of the impact of national procedural laws and practices on the equivalence and effectiveness of the procedural protection of consumers under EU law 69.

[10] C-208/18 Petruchová, ECLI:EU:C:2019:825.

[11] C-105/17 Kamenova, ECLI:EU:C:2018:808.

claims of numerous consumers.[12] Other examples include a debtor who has entered into a credit agreement in order to have renovation work carried out in an immovable property which is his domicile with the intention, in particular, of providing tourist accommodation services be regarded as a 'consumer'[13]

And a natural person who under a contract concluded with a financial company, carries out financial transactions through that company when that person carried out a high volume of transactions within a relatively short period or that he or she invested significant sums in those transactions.[14] All these cases included active.

The CJEU has repeatedly held that the notion of the consumer is an objective notion and in order to determine whether a person must be regarded as a consumer, reference must be made to the nature and objective of the contract, not to the *subjective* situation of the person concerned. The concept of 'consumer' is distinct from the concrete knowledge the person in question may have, or from the information that person actually has.[15]

Already in C-269/95 *Benincasa*[16] the Court argued that in order to determine whether a person has the capacity of a consumer, a concept which must be strictly construed, reference must be made to the position of the person concerned in a particular contract, having regard to the nature and aim of that contract, and not to the subjective situation of the person concerned. The same person may be regarded as a consumer in relation to certain transactions and as an economic operator in relation to others. Consequently, only contracts concluded for the purpose of satisfying an individual's own needs in terms of private consumption come under the provisions designed to protect the consumer as the party deemed to be the weaker party economically.

Accordingly, it is consistent with the wording, the spirit and the aim of the provisions concerned to consider that the specific protective rules enshrined in them

[12] Case C-498/16, Schrems, ECLI:EU:C:2018:37, The question posed to the Court was whether these activities entailed the loss of a private Facebook account user's status as a 'consumer'.

[13] Case C-630/17 Milivojevic, ECLI:EU:C:2019:123.

[14] C-500/18 AU v Reliantco.

[15] Case C-110/ Costea, ECLI:EU:C:2015:538, para 21. This case concerns Article 2(b) of Directive 93/13.

[16] The specific protection sought to be afforded by those provisions is unwarranted in the case of contracts for the purpose of trade or professional activity, even if that activity is only planned for the future, since the fact that an activity is in the nature of a future activity does not divest it in any way of its trade or professional character.

C-269/95 *Benincasa* ECLI:EU:C:1997:337 The point sought to be clarified by the national court's first question is whether the first paragraph of Article 13 and the first paragraph of Article 14 of the Convention must be interpreted as meaning that a plaintiff who has concluded a contract with a view to pursuing a trade or profession, not at the present time but in the future, may be regarded as a consumer.

apply only to contracts concluded outside and independently of any trade or professional activity or purpose, whether present or future.[17]

Moreover, as the Court argued in *Costea*[18] and *Faber,*[19] the national court is required to determine, taking into account all the evidence and in particular the terms of that contract, whether the purchaser may be categorised as a consumer within the meaning of the specific Directive.[20]

In a number of other cases that were related to jurisdictional issues concerning consumer contracts in cross-border situations falling under Articles 15 and 16 of Regulation 1215/2012 (former 44/2001)(Brussels I) the Court stated that the notion of a 'consumer' for the purposes of Articles 15 and 16 of Regulation No 44/2001 must be strictly construed, reference being made to the position of the person concerned in a particular contract, having regard to the nature and objective of that contract and not to the subjective situation of the person concerned, since the same person may be regarded as a consumer in relation to certain transactions and as an economic operator in relation to others.[21]

More recently, in *Schrems*, the Court held that the notion of a consumer is defined by contrast to that of an 'economic operator' and it is 'distinct from the knowledge and information that the person concerned actually possesses'.[22] Neither the expertise which that person may acquire in the field covered by those services nor his assurances given for the purposes of representing the rights and interests of the users of those services can deprive him of the status of a 'consumer' within the meaning of Article 15 of Regulation No 44/2001.[23]

As the Court explained the interpretation of the notion of 'consumer' is relevant because if the notion excluded such certain activities that would have the effect of preventing an effective defence of the rights that consumers enjoy in relation to their contractual partners who are traders or professionals. Such an interpretation would disregard the objective set out in Article 169(1) TFEU of promoting the right of consumers to organise themselves in order to safeguard their interests.[24]

Consequently, a person can only rely on the jurisdictional privilege available to consumers if the link between the contract and that person's trade or profession is

[17] C-269/95 *Benincasa* paras 16–18.

[18] Case C-110/ Costea, ECLI:EU:C:2015:538, para 21.

[19] *Faber*, C-497/13, EU:C:2015:357, paragraph 48.

[20] In *Costea* that was Direcive 93/13, in Faber it was Directive 1999/44/EC – Sale of consumer goods and associated guarantees.

[21] Case C-498/16, Schrems, para 29.

[22] Case C-498/16, Schrems, para 39.

[23] Case C-498/16, Schrems, para 39.

[24] Case C-498/16, Schrems, para 40.

so slight as to be marginal and, therefore, has only a negligible role in the context of the supply in respect of which the contract is concluded, considered in its entirety.[25]

With the technological, economic and other developments the question arose how narrowly the definition is construed and where the borderlines of the consumer status are. This question often arose in so-called dual contract or mixed contracts, where person concludes a contract for a purpose which is partly concerned with her trade or profession and is therefore only partly outside it. Whether such a person could rely on the consumer provisions and thus qualify as a consumer, the Court has held that only if the link between the contract and the trade or profession of the person concerned was so slight as to be marginal and, therefore, had only a negligible role in the context of the supply in respect of which the contract was concluded, considered in its entirety.[26]

It has been argued that the judgment stressed the incongruity between the CJEU's early case law on mixed contracts and the subsequent legislative developments on that matter. Indeed, in a number of more recent acts such as Directive 2011/83/EU on consumer rights (recital 17) or Directive 2013/11/EU on consumer ADR (recital 18) the EU legislator opted for a different and more consumer-friendly approach towards mixed purpose contracts. The more strict standpoint concerning consumer status in private international law can potentially be justified by reasons of procedural certainty.[27]

Kamenova addressed a corresponding matter, namely at which point a person offering goods or services via an online platform can be qualified as a 'trader'.

Accordingly, the CJEU made it clear in *Kamenova* that „the mere fact that the sale is intended to generate profit or that a natural person publishes, simultaneously, on an online platform a number of advertisements offering new and second-hand goods for sale" is not, by itself, sufficient to make such a classification.[28]

In this judgment the Court underlined the connection between the determinants of the consumer status and the weaker party rationale of consumer law, ie fact that the consumer is in a weaker position and as such she is less informed, economically weaker and legally less experienced than the other party to the contract.[29]

[25] Case C-498/16, Schrems, para. 32. In para 37: *I]t is necessary, in particular, to take into account, as far as concerns services of a digital social network which are intended to be used over a long period of time, subsequent changes in the use which is made of those services"* Consequently, "*a user of such services may, in bringing an action, rely on his status as a consumer only if the predominately non-professional use of those services, for which the applicant initially concluded a contract, has not subsequently become predominately professional*" (para. 38)

[26] Case C-498/16, Schrems, para 32. *Gruber*, C-464/01, EU:C:2005:32, paragraph 39.

[27] ,Agnieszka Jabłonowska, *Is Max Schrems a consumer? AG Bobek in C-498/16*, available at: http://recent-ecl.blogspot.com/2017/11/is-max-schrems-consumer-ag-bobek-in-c.html.

[28] C-105/17 Kamenova, ECLI:EU:C:2018:808 paras. 40 and 44.

[29] C-105/17 Kamenova, ECLI:EU:C:2018:808 para 34.

At the same time, this traditional weaker party protection rationale of consumer law seems to be isolated from the fact that consumers do enter more actively into various transactions through online platforms, social media networks or third party intermediaries.

The active behavior of the consumer has been specifically addressed in the Court's judgment in *Petruchová*,[30] where the Court had to answer the question whether a person, who engages in trade on the foreign currency market [FOREX market] on the basis of *actively placing* her own orders, although through a third party who is professionally engaged in that trade, must be regarded as a consumer under Article 17(1) of Regulation No 1215/2012[31] that determines the jurisdiction over consumer contracts. More specifically, the question was, among others whether the consumer's active behavior in transactions involving financial instruments is a relevant factor to qualify a person as a consumer within the meaning of Article 17(1) of Regulation No 1215/2012.

In this case the Court clearly stated that the "active conduct, on the FOREX market, of a person who places orders through a brokerage company and thus remains responsible for the return on his investments is, as such, irrelevant to the classification of that person as a 'consumer' within the meaning of Article 17(1) of Regulation No 1215/2012."[32] This interpretation of the consumer status may raise questions with regard to the underlying rational of consumer law, namely to protect the weaker parties in transactions. It differentiates between active behavior and professional activity and draws the line of consumer status prominently around the non-professional i.e. weaker position.

Whether this judgment, that decided on a jurisdictional issue, will have similar effects when the Court has to decide on substantive EU consumer law on the basis of a specific Directive remains thus a question.

Accordingly, this section concludes that the active behavior of natural persons who conclude transactions on online platforms, are active on social media or the financial services market still enjoy the consumer status in the Court's interpretation. While the Court has been restrictive in its approach to mixed contracts, where both private and professional activities may be present in the area of conflict of laws, the interpretation of the consumer status in the area of substantive EU consumer law has been more flexible. Still, the active behavior of natural persons does not change their consumer status. The following section will analyze how the active consumer

[30] C-208/18 Petruchová, ECLI:EU:C:2019:825.

[31] Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters tra.

[32] C-208/18 Petruchová, ECLI:EU:C:2019:825, para 57.

as a normative concept in EU law has been so far conceptualized in EU law. A short overview of the Circular economy Action Plan and a case study of the energy legislation serves here as illustration.

THE NORMATIVE CONCEPT OF THE ACTIVE CONSUMER

Consumers used to be embedded in political arrangements[33] such as the welfare state that approached them as passive actors and citizens with universal rights.[34] As neoliberalism lead to shrinking state mandate, deregulation and privatization, it also created a conviction that markets can govern social life, and alongside an increased emphasis on personal choice and freedom.[35] Citizens have increasingly been addressed in regulatory mechanisms as market actors who make free choices.

Neo-liberalism exported the logic of the market to other social domains and spread the model of economic conduct outside the economy itself, generalizing it as a principle of action for areas of life so far considered as being outside of the market: "the economization of the social". The neoliberal notion of the responsible individual builds on these shifts of responsibility from the state to private actors, whereby governments seek to create active citizens. In this sense, responsibility has been seen as a feature of emerging neoliberal governance and depicted as enabling individuals' independence and empowerment.[36]

At the same time, the central premise of consumer laws has been the protection of the 'weaker party' by regulating contractual aspects of the relationship between consumers and traders with the goal of promoting fair and efficient markets for the benefit of consumers. Consumer protection has generally been understood as a wide range of different regulatory tools ranging from information disclosure and transparency requirements to legislation to protect consumers against unfair contract terms and commercial practices. The foundation of consumer law is based on the idea of the consumer lacks bargaining power *vis-à-vis* traders and can be subject to exploitation and market abuses.[37]

[33] The notion of responsibility used to be underlying the 'citizen-subject' over the last two centuries but has been socially politically transformed through the changing forms of state-citizen relations. Trnka and Trundle 2014, 136–153, At 138. Rose and Miller 1992, 173–205.

[34] Giesler and Veresiu 2014, 840–857.

[35] Rose and Miller 2008.

[36] Trnka and Trundle 2014, 138; Rose and Miller 1992.

[37] The various aims of consumer protection law include the following: to ensure consumers are provided with accurate information about the goods and services they choose to purchase, to mandate minimum standards of quality applying to the supply of goods and services, to preclude unfair/misleading market practices, and to prevent the exploitation of vulnerable members of the community. The fundamental goals of consumer law are often organized around five principles: (i) the right to information, (ii) the right to choose, (iii) the right to protection of health and safety, (iv) the right to

However, EU consumer law and policy have developed by following the logic of reducing barriers to intra-EU trade and the completion of the Single Market. It is the internal market that lies at the heart of EU consumer law.

This instrumentalist concept is reflected in the fact that consumer law did not develop as an autonomous area of EU law but on the legal basis of the internal market Article 114 TFEU. Therefore, the development of consumer rules was not an end in itself, and consumers were merely regarded as the passive beneficiaries of free trade and market integration.[38]

This instrumentalist perception is also mirrored in the way the consumer is conceived as a self-confident market actor in EU law who contributes to the well-functioning of markets. In this sense, the role of the consumer goes beyond her individual transactions with suppliers and is sub-ordered to the public law objectives of market integration and the regulation of the internal market.[39] In a similar veine, the normative concept of the consumer developed in the CJEU's free movement jurisprudence, which is also based on the aim to complete the internal market and to facilitate the functioning of free movement and competition rules.[40]

As a result, EU law relies on the benchmark of the 'average' consumer who is a well-informed, reasonable and circumspect market actor.[41] The current definition of the normative concept is based on *Gut Springheide* where the Court explained that '[…] an average consumer, [who] is reasonably well informed and reasonably observant and circumspect'.[42] According to this jurisprudence, the consumer is a well-informed and confident market actor, who is able to use information and participate actively in the market by making informed choices rather than their choices being defined by governmental regulation and corrective legal measures. The aver-

---

good bargains, (v) the right to count on business liability, and (vi) the right to be heard (consumer participation). President Kennedy's message to the United States Congress in 1962;

[38] Most of the directives were based on Article 114 TFEU and thus their stated rationale was to combat market fragmentation. Early directives regulated misleading advertising, doorstep selling, consumer credit, package travel, distance selling. See Weatherill 1996. 887–908. This situation changed after the Maastricht Treaty as a result of the incorporation of consumer protection as a new legal basis for EU policy making.

[39] Bartl 2015, 572–598.

[40] Micklitz 2002, 583–598.

[41] In cases such as C-238/89 *Pall Corp,* C-315/92 *Clinique,* C-470/93 *Mars* and C-373/90 *Procureur de la Republique v. X.* the ECJ condemned national rules allegedly promoting consumer protection as being over-regulatory and relied on the 'reasonably circumspect consumer' who is capable of processing information and making informed choices. Case C-373/90 *Procureur de la Republique v. X.*, ECLI:EU:C:1992:17. (C-126/91 *Yves Rocher*, para. 17).

[42] C-210/96 *Gut Springenheide GmbH and Rudolf Tusky v Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt – Amt für Lebensmittelüberwachung*, ECLI:EU:C:1998:369, para. 31, 32. See also C-540/08 *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG*, ECLI:EU:C:2010:660, para. 103.

age consumer is granted mandatory rights[43] in order to participate in markets and to realise the EU goal of market integration.

This instrumentalist link between the consumer and the internal market has also been the underlying EU law that was adopted from the end of the 1990s in sectors where public utilities became subject to market liberalization and accelerated EU integration.[44] For example, in the process of liberalizing of the energy markets in the EU the first enacted consumer rights were choice and switching between suppliers.[45]

ACTIVE CONSUMERS AS DRIVERS OF SUSTAINABLE ECONOMY

As the relation between markets and society is changing, consumers are increasingly seen as agents of change and market actors who can shape sustainable consumption and production models.[46] Consumers can actively contribute to regulatory practices through the role they fulfill in the market. Consumers can be active contributors to sustainable economy through their actions both on the demand side as well as on the supply side.[47]

Consumers active behavior on the demand side has been underlined in the Commission's Circular Economy Action Plan[48] by pointing to the relevance of empowering consumers and providing them with cost-saving opportunities as a key building block of the sustainable product policy framework. In order to enhance the participation of consumers in the circular economy, the Commission will propose a revision of EU consumer law to ensure that consumers receive trustworthy and relevant information on products at the point of sale, including on their lifespan and on the availability of repair services, spare parts and repair manuals. The Commission will also consider further strengthening consumer protection against green washing and

[43] Micklitz 2002, 588.

[44] In these sectors the EU adopted a market-oriented approach in order to deliver public goods and services by restructuring the sector, activating competition and introducing customer choice of suppliers. Cseres 2018, 227–244.

[45] Cseres 2018, 227–244.

[46] Maitre-Ekern and Dalhammar 2019, 394–420.

[47] Mak and Terryn 2019, 1–22. Consumers can also be active on the supply side by the help of online platforms and by providing services or products to other consumers. Consumers can offer their own services (host through AirBnb, transport through Uber, share postal service delivery) or self- or co-produce products and services. These so-called prosumers have the capacity to create or produce as well as consume the creations of others Toffler 1980.

[48] A new Circular Economy Action Plan For a cleaner and more competitive Europe. COM/2020/98 final.

premature obsolescence, setting minimum requirements for sustainability labels/ logos and for information tools.[49]

Moreover, the Commission's measures will include measures, among others, to to allow consumers to choose, reusable, durable and repairable products.It will analyse the need for a 'right to repair', and curb the built-in obsolescence of devices, in particular for electronics. Consumer policy will help to empower consumers to make informed choices and play an active role in the ecological transition. New business models based on renting and sharing goods and services will play a role as long as they are truly sustainable and affordable.[50]

Consumers' active behavior on the demand side can be facilitated by various forms of information provisions and by the fact that consumer law and regulation acknowledges new consumption patterns and enable active consumer behavior.[51]

Such regulatory framework has been emerging in the energy markets, where the availability of technological devices at lower costs have enabled consumers to make use of technologies, such as smart meters, rooftop solar panels and batteries that empower them to directly control and manage their individual consumption patterns and thus enables efficient energy use. Digitalization, the fast development of internet-based metering and trading solutions enable households to generate and store electricity. Accordingly, the current economic and technical factors of the market support consumers to manage their consumption and reduce their energy bills while participating actively in the shift from fossil fuels to renewable energy sources.

Against this background, it was for energy policy makers to facilitate consumers to take an active role in the transition towards a secure and sustainable low-carbon energy system. These policies often addressed the personal responsibility of consumers and transform them into economically independent agents who are considered functional actors to the development and stability of the energy markets.

In the EU the new energy market design as adopted in 2019[52] is based on this policy of active participation of consumers. Instead of being dependent on a top-down energy model, consumers should actively manage their own consumption and even (co-)produce their own energy. Accordingly, active consumers are crucial to realize the energy efficiency, sustainability and thus manage the energy transition in a cost-effective way. The new EU rules are claimed to make it easier for individuals to produce, store or sell their own energy, and strengthen consumer rights with more transparency on bills, and greater choice flexibility.

[49] A new Circular Economy Action Plan For a cleaner and more competitive Europe. COM/2020/98 final.p.2.2.

[50] European Commission, The European Green Deal, COM(2019) 640 final.

[51] Maitre-Ekern and Dalhammar 2019, 398.

[52] https://ec.europa.eu/info/news/clean-energy-all-europeans-package-completed-good-consumers-good-growth-and -jobs-and-good-planet-2019-may-22_en

The new market design as established by Directive 2019/944[53] enables consumers' participation in all forms of demand response[54] and allow them to adjust their consumption according to real time price signals that reflect the value and cost of electricity or transportation in different time periods. With demand response, consumers are individually responsible for their decision and they can manage their consumption by using smart meters and thus using energy when the price is lower or selling energy when the price is higher.[55]

More specifically, Directive 2019/944 not only reinforces existing energy consumer rights, but it also introduces new consumer rights. It lays down rules ensuring that consumers are able to freely choose suppliers (Article 4) as well as change suppliers (Article 12) or aggregators (Article 13). Basic contractual rights were renewed in Article 10. Consumers are entitled to a dynamic price contract (Article 11) that is an electricity supply contract between a supplier and a final customer that reflects the price at the spot market. Article 14 gives consumers access, free of charge to at least one certified price comparison tool and reinstate the obligation to provide consumers with frequent billing and billing information, which correct, clear, concise and presented in a manner that facilitates comparison (Article 18). Consumers can engage in demand response (Article 17), self-generation and self-consumption of electricity (Article 15 (b)). Moreover, Article 19 entitles every consumer to request a smart meter equipped with a minimum set of functionalities. Article 16 defines a framework for local energy communities which may engage in local energy generation, distribution, aggregation, storage, supply or energy efficiency services. The Directive also provides clarifications to pre-existing provisions on smart meters, single points of contacts, and rights to out-of-court settlement (Article 26), universal service and vulnerable consumers.

More specifically, the revised Renewable Directive (Directive 2018/2001)[56] lays down the first EU legislation that aims to facilitate the involvement of household

[53] DIRECTIVE (EU) 2019/944 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 5 June 2019 on common rules for the internal market for electricity and amending Directive 2012/27/EU (recast).

[54] Demand side response (DSR) is a voluntary reduction in electricity consumption taken from the grid by retail customers to react to an increase in the power price, or to some form of incentive payment.

[55] Upon receiving a scarcity message, in particular a very high day-ahead price at a specified hour, they can decrease their consumption at that hour by disconnecting specific appliances, or use distributed generation equipment and/or rely on storage capabilities. To incentivise demand response, energy prices should vary between peak and off-peak periods according to supply and demand ('dynamic pricing'). CERRE Report, C. Crampes, C. Waddams, Empowering electricity consumers in retail and wholesale markets, 170309_CERRE_EnergyConsumers_Final, 23.

[56] In December 2018, the revised renewable energy directive 2018/2001/EU entered into force, as part of the Clean energy for all Europeans package, aimed at keeping the EU a global leader in renewables and, more broadly, helping the EU to meet its emissions reduction commitments under the Paris

consumers in the deployment of renewable energy. The new Directive facilitates self-consumers of renewables and their joint collectives. Even though self-consumers and prosumers were already recognized in certain national renewable energy policies, they are addressed for the first time in EU law together with 'renewable energy communities'.

Final consumers are now explicitly recognized (Article 2 and Article 21) to be able to generate, store and consumer renewable energy and excess production and participate in the applicable support scheme, without losing their consumer rights and obligations as end customers connected to the grid and without being faced with discriminatory or disproportionate procedures and charges.

They can also participate in 'renewable energy communities' (Article 22) without losing their consumer rights and obligations as end customers connected to the grid and without being faced with discriminatory or disproportionate procedures and charges.[57]

These provisions aim at facilitating the active engagement of the energy consumer in energy markets by providing them with comprehensive, transparent and detailed information concerning new forms of contracts and new technological possibilities. The underlying idea of these new or renewed provisions is that active consumers can bring down their own energy costs, can offer flexibility services in energy markets and have better access to renewable energy sources. At the same time, their behaviour contributes to flexibility in balancing demand and supply, to more efficient use of the network and ultimately by contributing to a sustainable energy supply.

However, consumers are not seen as powerful market actors and legislators perceive consumers as traditionally the weaker part in a contractual relationship, requiring special protection against the seller. Consumers will not only need to be informed for the energy transition to be successful but also supported and nudged throughout the transition process.

Whether consumers can fully benefit from the new legal provisions in the energy market depend on a number of different issues. First of all, it depends on the consumer's own behaviour.

Agreement. The recast RED changes perspective and only sets an EU-wide target of 32% without any binding national targets.

[57] 'Renewable energy communities' are autonomous legal entities, based on open and voluntary participation, and effectively controlled by their shareholders or members (being natural persons, SMEs or local authorities), of which the primary purpose is to provide environmental, economic or social community benefits for its shareholders, members or for the local areas where it operates, rather than financial profits. Renewable energy communities can produce, consume (i.e. share within the community), store and sell renewable energy. In that regard they are entitled to access all suitable energy markets, directly or via an aggregator.

Energy consumers are inactive, often disengaged in energy markets which results in low levels of switching and ultimately also low levels of competition. Energy markets have the inherent feature of these markets characterised by being essential component of people's daily life as well as complexity of offers through which consumers can gain access to this essential good.

Consumers find it difficult to assess the amount and complexity of information they need when making a specific decision in energy markets. Tariff information and the variety of energy products not only increased but have become more complex partly due to bundling of products. While digitalization has enabled new forms of services as well as dynamic pricing contracts, it also poses new challenges for consumers requiring digital skills and literacy to engage in digitally enabled transactions.[58]

In fact, consumers have not actively engaged with the energy market. Many consumers have not changed their suppliers since the liberalisation of the market. This is even soin markets where there are many suppliers competing and the gains from switching are high. A Greek consumer organization, found in a survey that only 17% of respondents have ever changed their provider.[59]

Moreover, the number and complexity of the information on energy suppliers, offers and products has increased over recent years.[60] For example, in order to establish whether a dynamic price contract is cheaper than a fixed price offer, a consumer or comparison tool will need to forecast consumption patterns and market price patterns. This requires help to consumers to navigate the different options available to them.

Secondly, it also depends on broader institutional and technical issues that Member States have to decide on, such as the active managing role of National regulatory authorities and tariff regulations.[61] It has been argued that consumer responsibility is produced by institutions, governments and broader sociocultural processes.[62] This line maintains that consumers are made responsible through processes of responsibilization. The notion of the responsible consumer has, in fact, been theorized as a governmental process, one that focuses on markets as fundamentally moral projects.[63]

Accordingly, national and supranational policy makers and legislators have to assess the implementation of smart technologies, new offers and emerging busi-

[58] ACER Monitoring Report 2014, CERRE, 2017.

[59] https://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2019-055_the_future_of_energy_consumers.pdf.

[60] *ACER/CEER, "Monitoring Report on the Performance of European Retail Markets in 2017", 2018.*

[61] Lavrijssen 2017.

[62] Shamir 2008, 1–19.

[63] Giesler and Veresiu 2014, 840–857.

ness models and make sure consumers benefit from the new opportunities offered by technology and the digitalization of the energy sector. Knowledge-sharing and incentivize awareness-raising campaigns by Member States, regulators and other relevant stakeholders about the changes that energy markets are undergoing.

CONCLUSIONS

As global economic restructuring processes, large scale liberalization took place and technological changes expanded consumer markets, new consumer roles materialized in markets and new consumer images have emerged in (EU) law and policy. The deepening of global and EU integration, the retreat of the interventionist nation state and the rise of the neo-liberal model of economic regulation changed regulatory goals and techniques shifting and sharing regulatory powers of the State with international and regional organizations, independent authorities, the industry, non-governmental organizations and individuals. As a result, consumers are addressed to directly participate in markets and actively contribute to regulatory practices through their ordering role.

These new consumer roles prompted a transformation from the so-far adopted image of the passive and weak consumer to the active market actor. The active consumer's purchasing decisions are key to well-functioning markets and to the attainment of public policy goals such as EU market integration, stability of financial services markets, sustainability and efficiency of energy markets and to European society and the legitimacy of market processes.

The active role for consumers is enabled by technology and economic models in our current and society. It is now the task of EU law to recognize this role of consumers and facilitate that behaviour. The CJEU in its interpretation has confirmed that active behaviour by natural persons still falls within the definition of the consumer and guarantees the protection by consumer laws. While the EU legislator has also recognized the active consumer as a normative consumer and acknowledges the key role active consumers play in sustainable global economy, it has not yet moved towards a new legal conceptualization of the active consumer as an agent of change. It mostly has dealt with information rights as the revised rules for the electricity markets show and still face legal, market related and behavioural barriers of consumers.

The widening of consumer markets as well as technological developments, have lead to the proliferation of consumer roles but also significantly increased the amount and complexity of information consumers have to process, as well as the risks they take when entering transactions in the global marketplace.

The needs and interests of consumers are shifting and extending to issues such as ethical and social objectives. As a result, a proliferation of consumer images is

taking place within and beyond the singular economic role of consumers towards their societal and political roles. Hence, EU consumer law still faces fundamental challenges with regard to the definition and the notion of the consumer.

BIBLIOGRAPHY

Bartl, M. (2015) Internal Market Rationality, Private Law and the Direction of the Union: Resuscitating the Market as the Object of the Political. *European Law Journal,* 21, 572–598. doi:10.1111/eulj.12122. 582.

Cseres, K. (2018) The Active Energy Consumer in EU Law. *European Journal of Risk Regulation,* 9(2), at 227–244.

Giesler, M. and Veresiu, E. (2014) Creating the Responsible Consumer: Moralistic Governance Regimes and Consumer Subjectivity. *Journal of Consumer Research,* Vol. 41, Issue 3, 840–857.

Hedegaard J. S. and Wrbka S. (2016) The Notion of Consumer Under EU Legislation and EU Case Law: Between the Poles of Legal Certainty and Flexibility. In: Fenwick M. and Wrbka S. (eds.), *Legal Certainty in a Contemporary Context*. Singapore: Springer. 71.

Jabłonowska*, A. (20177) Is Max Schrems a consumer? AG Bobek in C-498/16***,** available at: http://recent-ecl.blogspot.com/2017/11/is-max-schrems-consumer-ag-bobek-in-c.html.

Lavrijssen, S.A.C.M. (2017) Power to the energy consumer. *TILEC Papers,* 12.

Maitre-Ekern, E. and Dalhammar C. (2019) Towards a hierarchy of consumption behaviour in the circular economy. *Maastricht Journal of European and Comparative Law,* 26(3), 398.

Maitre-Ekern, E. and Dalhammar, C. (2019) Towards a hierarchy of consumption behaviour in the circular economy. *Maastricht Journal of European and Comparative Law,* 26(3), 394–420

Mak, V. and Terryn, E. (2019) Circular economy and consumer protection: The consumer as a citizen and the limits of empowerment through consumer law. *Journal of Consumer Policy,* 1–22.

Micklitz, H-W. (2002) An expanded and systemized Community Consumer Law as alternative or complement? *EBLR,* 13 (6), 583–598

Rose, N. and Miller, P. (2008) *Governing the present: administering economic, social and personal life.* Cambridge: Polity Press.

Rose, N. and Miller. P.(1992) Political power beyond the state: Problematics of government. *The British Journal of Sociology,* 43, 173–205.

Shamir, R. (2008) The age of responsibilization: On market-embedded morality. *Economy and Society,* 37(1), 1–19.

Toffler, A. (1980) *The Third Wave.* New York: William Morrow.

Trnka, S. and Trundle, C. (2014) Competing Responsibilities: Moving Beyond Neoliberal Responsibilisation. *Anthropological Forum,* 4(2), 136–153, At 138.

Weatherill, S. (1996) After KECK: Some Thoughts on How to Clarify the Clarification. *Common Market Law Review,* Vol. 33, Issue 5, 887–908

Looking Beyond the Rules: The Difficult Marriage Between EU Unfair Contract Terms Law and Member States Private Law

MÓNIKA JÓZON

The paper assesses the changes taking place in consumer contract justice in the EU, led by the judicial dialogue between the CJEU and Member State courts on the enforcement of Directive 93/13/EEC on unfair contract terms and the social justice implications of the evolving new consumer contract law. Section I presents the actors and factors framing the legal developments in unfair contract terms law and their system impacts at level of Member State law; Section II discusses the regulatory policy beyond the developments in EU judicial law; Section III comments on the social justice policy of Directive 93/13/EEC and the social justice pursued by the case law of the CJEU on Directive 93/13/EEC.

FACTORS AND ACTORS FRAMING UNFAIR CONTRACT TERMS LAW IN THE EU

Economic crises work as testing grounds for measuring the *state of law* and the *rule of law* in the societies affected. Economic crises usually produce legal crises as well. One may wonder why it took for Europe almost 3 decades and a global financial crisis to come in 2008 to acknowledge that unfair contract terms law is an unfinished piece of EU market legislation. The answer is more simple than we think at first sight: the global economic and financial crisis revealed the *missing consumer justice concept* beyond Directive 93/13/EEC on unfair contract terms[1] and the implementing Member State laws, which has driven to conflicts between '*diffuse interests*[2] promoted by EU consumer law.

Directive 93/13/EEC was founded on the standard contract approach proclaiming that: "there is no special problem in transactions concluded by companies with con-

[1] Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, *OJ L 95, 21.4.1993, 29–34.*

[2] Concept used by Reich and Micklitz 2013, 7.

sumers, the free will of the contracting parties may grant justice; thus other justice goals, such as *distributive justice* that protects the weaker party against other social groups, were playing a secondary role".[3] Nothing else reflects better this approach than Article 4(2) of Directive 93/13/EEC stating that assessment of unfairness shall relate neither to the definition of the main subject matter of the contract nor to the adequacy of the price and remuneration, on the one hand, as against the services or goods supplies in exchange, on the other, in so far as these terms are drafted in plain intelligible language. Nevertheless, Directive 93/13/EEC worked without giving raise to serious policy concerns before the global financial crisis evolved in 2008. Between 1994 and 2007 only in 7 instances felt Member State judges the need to ask guidance from the European Court of Justice on Directive 93/13/EEC.[4]

As consequence of the global financial crisis in the Member States affected by consumer over-indebtedness (Spain, Greece, Hungary, Romania, Portugal), unfair contract terms law was exposed to spontaneous developments after 2010 in relatively short time under high economic, social and political pressure, hence Member State judges could not solve by Directive 93/13/EEC the litigations to which the crisis gave raise.[5] During the first years of crisis management individual justice provided by civil law courts, based on unfair contract terms law, was almost the exclusive legal tool available for curing severe imbalances in consumer transactions caused by unexpected changes in economic and financial circumstances in Europe as consequence of the global financial crisis. In response to the quick evolving *justice deficit* at Member State level, reflected in the increasing number of preliminary questions (24 such references in 2008–2014), the CJEU elaborated innovative gap-filling solutions in attempt to bridge the different layers of the EU and national legal framework on consumer contract justice, attributing to civil law judges roles that exceed their statutory tasks, such as proceeding *on own motion* with the unfairness test in case of consumer contracts. In absence of regulatory interventions at Member State level on markets deregulated by EU law, civil justice found isfelf in the role of *ex post market police*, aimed to compensate for missing ex ante market survaillance.[6] Civil law courts had to assume roles, which typically belong to market surveillance authorities by being compelled under EU judicial law to proceed on own motion with the fairness control of consumer contracts and also often the task of judicial law-making, based on adjudication and value setting that again is not a typical job for private law courts.

[3] Wilhelmsson 2008, 52.

[4] Micklitz and Reich 2014, 771.

[5] On the causes of consumer – over – indebtedness and follow up legislative and judicial responses in Spain, Greece, Hungary, Romania and Portugal: Micklitz and Domurath 2015.

[6] Józon 2017, 159.

Consumer contract justice was forced under the impact of the global financial and economic crisis to step out from its traditional function that of providing *commutative justice*, under which the private law relationship should be governed only by the criteria set up by the parties themselves and not by reference to external social, economic or political goals,[7] and was turned into an instrument of *distributive justice,* that perceives private law as part of larger public goals, aimed at curing market failures.[8] This turn was impacting on Member State contract law, regulatory law, civil procedural law, constitutional law and fundamental rights law. Such changes deeply affected the *traditional balance between public law and private law* and *between positive law and judicial law* in the field of consumer contract justice. As further consequence of the innovative judicial solution- finding one must also mention the following: a) increasing shift from legislative policy-making to judicial policy-framing from *bottom-up, led by Member State courts* and *framed from top-down by the CJEU*; b) shift in focus from special regulatory needs and special protection for consumers to general contract law and transfer of substantive justice back to national level; c) *proceduralization* of unfair contract terms law at European and national level *at the expense of material justice*; d) *redefinition of the borders of contractual freedom* by mandatory private law and regulatory law.

The role of private law was over-estimated by the CJEU in curing consumer over-indebtedness, altough this had multiple causes, among which the highest share have the under-regulation of the affected national markets and missing market surveillance and the weak enforcement of unfair commercial practice law.[9] This is why unfair contract terms law along could not and cannot render contract unfairness, to which the consumers were exposed before and during the global economic and financial crisis.

At Member State level consumer over-indebtedness transcends in effects the contracting parties by affecting thousands hundred families. In 2009 41% of the population of Greece was over-indebted, affecting 2,000,000 people by 2013.[10] In 2012 the over-indebtedness rate of housholds was 129% in Portugal,[11] whereas in the same year 43% of the Romanian families were over-indebted.[12] Hungary asked the CJEU at the beginning of 2012 to rule in emergency in the *Kásler* case on the very reason that houshould debts amounted to 32.56% of the GDP.[13] In Hungary according to

[7] Schmidt 2006, 257.

[8] Józon 2017, 160.

[9] On the reasons, size and social consequences of consumer over-indebtedness: Micklitz and Comparato and Domurath 2014.

[10] Mentis and Panzau 2015, 29–34.

[11] Frade and Pinheiro 2015, 53–56.

[12] Grigoiu and Moraru 2015, 121–123.

[13] Case C-26/13 *Árpád Kásler, Hajnalka Káslerné Rábai v OTP Jelzálog Bank Zrt,* ECLI: EU: 2014: 282.

information made public by the minister of justice in 2014 around *1.8 million unfair contract terms lawsuits* were expected to be lodged, as compared to an average annual number of 160,000 new civil lawsuits, which would have resulted in a caseload increase paralysing the activity of civil law courts.[14]

With sustained Member States efforts the immediate economic and social effects of the crisis are under control today, thanks to a set of regulatory and contractual measures mostly *aimed to re-distribute the cost of the crisis* and to reschedule for the coming decades the individual burdens of consumer over-indebtedness. However, the preliminary questions reaching the CJEU from Member State courts continue to rise. During the period of 2008–2018 national courts made use of the procedure of preliminary reference more than 100 times, and if we add to this the actual number of questions referred to the CJEU, this would amount to more than 500 questions about a very short EU directive comprising 11 provisions, all together.

In light of such reality is fully justified the question: *whose job is to turn unfair contract terms law into a fully-functioning legal institution*? More specifically: is it the task of the national legislators or of the judiciary to find innovative solutions when the legal system runs out of legislative solutions? In such situations always arise the question of *competence* and *responsibility*, with other words the question of *governance*. As obvious from the questions referred to the CJEU, Member State courts' main problem is their new roles they were forced in. This way the focus of *problem-solving gradually shifted from substantive justice to access justice*, concerning whether the national courts may and must assist the consumers, instead of how to compensate the consumers (*substantive justice*). Directive 93/13/EEC does not provide clear guidance on substantive justice, this question being left to the Member States, who did not hurry in elaborating specific rules on damages when the general rules of civil law did not help in technically or financially sophisticated consumer transactions. One main reason beyond such reluctance of Member State legislators is that as the EU has no direct competence to enact measures in private law, this field belonging to Member State competence, the impact of EU consumer law is usually considered an unwelcome intrusion in the unity and philosophy of the national civil law. For this reason, the implementation of EU directives is usually kept at the necessary minimum to comply with the obligation to realign the conflicting provisions of the national law to the requirements resulting from the EU legislation and case law.

This is the main reason why law-framing takes place mostly in form of a *multilayer judicial dialogue* between the national courts and the CJEU and substantive justice remains in most cases unsolved to the dissatisfaction of hundred thousand consumers in Europe. One may wonder why is so, whereas is clear that Directive

[14] Data referred to in Decision No. 34/2014 (XI.14) of the Hungarian Constitutional Court, delivered on November 11, 2014.

93/13/EEC is based on *minimalistic harmonisation* allowing the Member States to adopt more stringent rules and the 2011 amendment[15] of the Directive allows the Member States by *Article 8a* to extend the unfairness assessment to individually negotiated terms or to the adequacy of the prices or remuneration in a contract. National legislators may also decide under *Article 8a* that lack of transparency may directly lead to the invalidity of the term, without being necessary to make the unfairness test of the alleged term (black list). However, according to the Commission's database (as of May 31, 2019)[16] only *Spain, Portugal, Luxembourg, Malta, Slovenia, Finland and Sweden* extended the unfairness assessment to contract terms relating to the definition of the main subject matter of the contract and to the adequacy of price and remuneration, regardless whether such terms are plain and intelligible. Two of them (*Luxembourg* and *Sweden*) plus *France* extended Directive 93/13/EEC also to terms individually negotiated. Most Member States introduced black lists indicating the terms, which are considered unfair per se, except *Denmark, Ireland, Croatia, Cyprus, Latvia and Lithuania,* who did not go beyond the minimum standard of the Directive.

THE ECONOMIC POLICY BEYOND THE CURRENT STATE OF UNFAIR CONTRACT TERMS LAW AND ITS REGULATORY APPROACH

The reasons of the current crisis of unfair contract terms law are to be searched not only in the state of development of national consumer protection law via private law instruments under the impact of European private law, or the current state of legal doctrine and legal methodology on unfair contract terms law, which leaves the judges mostly without tools in search for innovative solutions. A high share to the increasing enforcement difficulties of Directive 93/13/EEC has above all its initial *market policy and later changes in EU consumer policy pursuing the financial inclusion of EU citizens on deregulated markets of consumer finances*. For all these reasons Directive 93/13/EEC was not suitable after the global financial crisis has hit Europe to cure the externalities of market liberalisation in the sector of consumer finances and of increasing '*financial inclusion*' of the consumers, pursued by other market regulatory tools.

The process of mapping the reasons beyond low enforcement effectiveness of unfair contract terms law despite of the increasing involvement of the CJEU must start thus with recalling the policy of Directive 93/13/EEC and the subsequent changes in EU consumer protection in the financial sector, because unfair contract terms law

[15] A new Article 8a was introduced in Directive 93/13/EEC by Article 32 of Directive 2011/83/EU on consumer rights, OJ L 34, 22.11.2011.

[16] Commission notice, C(2019) 5325 final, 99–101.

at EU and Member State level is framed even today by the *preliminary rulings of the CJEU on consumer finances*.

First, Directive 93/13/EEC was meant to be and remains an instrument of *minimalistic and partial harmonisation* that operates with *principles based rules*, as the Commission also emphasized this in its Notice issued on June 22, 2019. Such a regulatory approach leaves to the Member State judiciary large room, not usual under the domestic law, to proceed in developing the rules that detail and also bind and tie the principles-based rules to the rules of the national law. This inevitably drives to a new divide of competence between the legislative and the judiciary, if the Member State legislator does not proceed in turning the principles based-rules into fully functioning domestic legal institutions. Depending on how far the Member States acknowledged and exploited this room left to national legislation, and how much statutory role the courts have in judicial law-framing, Member State courts have more or less difficulties as guardians of effective enforcement of such directives.

Second, the increasing judicial law-framing in consumer contract fairness law has also severe systemic and methodological causes. We have to do with internally closed national systems of private law and an open system of European private law operating with different tools under different methodologies, not yet sufficiently theorized by the domestic private law theory or the European law theory. The lacking theorisation, doctrinal clarification and methodological guidance on the innovative judicial law developed or confirmed by the CJEU has driven to second generation and third generation interpretation problems concerning the enforcement of Directive 93/13/EEC. This is why national courts remain helpless even when assisted by the CJEU with *policy type reasoning and guidance*. They do not have the methodology at hand in their nation legal doctrine *for transposing the policy type reasoning into judicial tools*. This is why today we have a vast body of judicial law *still unable to provide substantive justice* to most of the consumers affected by contract unfairness. This field is led by market considerations and are missing specific rules on damages and specific procedural rules that take into account that the consumer is a weaker party vis a vis the business entities. Without such rules effective justice provision in most cases remains desiderate only.

Third, since 2000 the European Union has developed policy documents that are meant to fight *social exclusion*. The first EU document promoting the inclusion of more citizens into the financial market was the *Commission's White Paper on Financial Services Policy 2005–2010*.[17] The first directives on consumer credit, although not using yet the term, were advocating in such direction. The term '*financial inclusion*' was used starting from 2007.[18] The major paradigm-shift in consumer protec-

[17] COM(2005) 629 final, 1.12.2005.

[18] Forum of User Experts in the Area of Financial Services (FIN-USE), annual reports are available at http://ec.europa.eu/internal_market/fin-use_forum/reports/index_en.htm.

tion developed upon *Lisbon,* resulted in a shift to *market-state* from the *welfare-state*, moving the focus from *social redistribution* to *social inclusion*, from *social justice* to *access justice*, with the consequence of long-term paradigm shift of key parameters of the European legal order,[19] as *Micklitz* summarizes the process of changes in EU consumer policy during the past 2 decades.

These paradigm changes are not yet fully acknowledged at level of Member State private law, although the process has been consequently signalled by the CJEU in its rulings. The global financial crisis, which hit Europe at end of 2008 has revealed among others the fragility and weak system-embeddedness of the EU's consumer policy at the Member States level, especially its weak anchoring in legal-judicial tools and the risks of '*financial inclusion*' on the deregulated markets of consumer finances in the Member State.[20] On such policy landscape, the justice philosophy beyond the evolving EU case law was that *is not the job of the EU law to provide substantive justice*, its role being limited to granting access to civil courts, where the national judge is compelled under EU judicial law to proceed on *own motion* with the unfairness control of the contractual terms in the case before it.

Although the financial crisis is over, the new *private law governance via Directive 93/13/EEC still takes place under the constraint of the global financial crisis*. European Union law continues to confer an exaggerated role to private law in consumer protection, while being led by the aim of market deregulation and market liberalisation. This caused a lot of social costs in the Member States and *seriously disrupted the system and unity of Member State civil law*, causing weak enforcement, high legal uncertainty and ineffective justice provision at the expense of the citizens.

The task of anchoring the EU rules into the system and concept of national law is by definition a legislative job, because law-making needs *democratic control* and a clear *social justice* policy for the consumers. Unfair contract terms law implies the consideration of much larger spectrum of social values than those evolving within the framework of individual (private law) litigations and the preliminary rulings of the CJEU aimed at granting a well-functioning EU internal market. This is not an easy exercise for policy-makers and legislators. They need to be assisted and backed-up by methodology. The *ex post* theorisation and conceptualisation of European private law, that is the product of the interaction between the EU case law and the strongly culture-embedded private law systems is extremely difficult. *New methods need to be developed*, suitable to assess the multilayer system of a hybrid law, which is no longer pure national or pure EU law and often exceeds the boundaries between the legal fields and their own methodology.

[19] Micklitz 2018, 183.

[20] On the interplay of market regulation, market surveillance and unfair commercial practices and unfair contract terms in the Member States affected by consumer over-indebtedness: Micklitz and Domurath 2015.

SOCIAL JUSTICE BEYOND UNFAIR CONTRACT TERMS LAW

The fathers of Directive 93/13/EEC did not consider relevant to attach to the new rules a clear social justice concept; it was regarded sufficient to make clear the market aims of the new contract law. *Wilhelmsson* signalled almost at the same time with starting of the global financial crisis that consumer contract justice implies more than individual justice in the narrow meaning of the word, hence basic questions wait for clarification concerning Directive 93/13/EEC, such as the criteria of assessing substantive justice, the question whether the fairness control should involve also the content of the contract (substantive fairness) or should stay limited to contract conclusion (procedural fairness).[21] He considered the Directive 93/13/EEC as a mix of consensualism with consumer fairness aims, opinion shared also by *Collins*[22] and *Caruso.*[23] Consensualism is reflected in Directive 93/13/EEC in the business entity's obligation to provide information to the consumer before contract conclusion, based on the presumption that the consumers always read the contract and make a well informed decision, as well as in the entitlement of the business entity to unilaterally amend the contract, if the contract fulfils the requirement of transparency. Social justice (fairness) is there in the fairness test stating that a term, which has not been individually negotiated shall be regarded as unfair if, contrary to the requirement of good faith causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract to the detriment of the consumer (Article 3) and in the sanction of unfairness (Article 6).

The unfair contract terms law subsequently evolved via CJEU judicial law under the impact of the global financial crisis[24] has been theorised by legal scholarship in many different ways by help of social justice concepts elaborated in the eighties, abandoning the view that *contract law should only be a tool of commutative justice.* According to *Ramsay* "consumer credit should be primarily understood through distributive justice lens as promoting values of social security, autonomy, *equality of access to credit*, with a view of changing the balance of power between consumers and firms".[25] More recently, *Fejős* attempted to define the social model pursued by regulatory contract law under *equality status based social justice*.[26] In *Fejős*'s view, status based equality is distinct from distributive justice and is not concerned with access justice but with equality of treatment within the contractual relationship.[27]

[21] Wilhelmsson 2008, 52.
[22] Collins 1994, 253.
[23] Caruso 2013, 486.
[24] More than 80% of unfair contract terms cases concern consumer finances.
[25] Ramsay 1997, 187, 181.
[26] Fejős 2019, 72–73.
[27] Ibidem.

The policy answer of the EU to the growing risk of consumer over-indebtedness or even consumer insolvency is an *ever stronger pursuit of financial inclusion*. This is clearly reflected by the rulings of the CJEU that remained consequent to the idea that unfairness of certain terms may not make as a rule invalid the whole contract that must stay in place,[28] and in case the unfair term would affect the existence of the contract, the national judge is allowed to replace the unfair term with the default rules of the national civil code.[29] The CJEU clearly states that is not the job of the Member State courts to adjudicate or replace by judicial solution the unfair terms by making value judgements. With other words, *it is not for courts, but for the legislator to render substantive justice*. However, the CJEU later conferred the right upon the national legislators to enact legislation under which may declare the whole contract void in case this would better serve the interest of the consumers.[30]

Meantime, the *CJEU did significant steps in changing the balance of consensualism and fairness in favour of more social justice considerations.* The CJEU reinforced repeatedly in its rulings that Directive 93/13/EEC aims to cure situations of inequality of the contracting parties in relation to contract terms, due to an *asymmetry of information or expertise*[31] *or bargaining power* [32] and that through the non-binding character of unfair contract terms Article 6(1) aims to create an *effective balance*[33] between the contracting parties by removing the imbalance created by unfair contract terms[34] in order to compensate for the weaker position of consumers.[35]

The CJEU extended the test of fairness also to the substance of the contract, regardless whether the other party was well informed at the time of the contract conclusion. Accordingly, the judge must compare the contract term with the national

[28] Case C-618/10 *Banco Español de Crédito,* ECLI:EU:C:2012:349, para. 73.

[29] Case C-26/13 *Árpád Kásler, Hajnalka Káslerné Rábai v OTP Jelzálog Bank Zrt.*, ECLI: EU: 2014: 282.

[30] Case C-618/10 *Banco Español de Crédito* ECLI: EU:C:2012:349 para. 68; Case C-26/13 *Árpád Kásler, Hajnalka Káslerné Rábai v OTP Jelzálog Bank Zrt.*, ECLI: EU:C:2014:282, para.78; Case C-485/13 *Jose Labella Crespo et al* and Case C-487/*13 Alberto Galán Luna and Dominigo Galán Luna*, ECLI: EU:C:2015:21, para. 30.

[31] Case C-147/16 *Karel de Grote – Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen VZW v Susan Romy Jozef Kuijpers*, ECLI:EU:C:2018:320, para. 59.

[32] Case C-110/14 *Horațiu Ovidiu Costea v SC Volksbank România* SA, ECLI:EU:C:2015:538, para. 27.

[33] Case C-421/14 *Banco Primus SA v Jesús Gutiérrez García*, ECLI:EU:C:2017:60, para. 41; Case C-169/14, *Juan Carlos Sánchez Morcillo and María del Carmen Abril García v Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA,* ECLI:EU:C:2014:2099, para. 23; Joined Cases C-154/15, C-307/15 and C-308/15 *Francisco Gutiérrez Naranjo és Ana María Palacios Martínez v Cajasur Banco és Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA (BBVA),* ECLI:EU:C:2016:980, paras. 53 and 55.

[34] Cases C-96/16 and C-94/17 *Banco Santander SA v Mahamadou Demba and Mercedes Godoy Bonet and Rafael Ramón Escobedo Cortés v Banco de Sabadell SA,* ECLI:EU:C:2018:643, para. 69.

[35] Case C-169/14 *Juan Carlos Sánchez Morcillo and María del Carmen Abril García v Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA*, ECLI:EU:C:2014:2099, para. 2. COMMISSION NOTICE, C(2019) 5325 final, 6.

default rules that would apply in case the parties would not have agreed the term challenged, and when the default rule is more favourable to the consumer the challenged term is considered to cause a significant imbalance in the contract to the detriment of the consumer.[36]

The two most important innovative solutions of the CJEU developed in favour of the consumers with clear social justice message are: a) that declaring that protection of consumers against unfair contract terms under the Directive is a matter of public interest, emphasizing that Article 6(1)of the Directive is of equal standing to the rules of public policy laid down in the law of the Member States,[37] and b) that obliging the courts to proceed on own motion with the unfairness control in case of consumer contracts, regardless whether the consumer has asked this in the course of litigation.[38]

Nevertheless, despite of such positive developments to the benefit of the consumers, *the CJEU fails to promote a clear-cut social justice policy* that would reconcile the *'diffuse interests'* pursued by Directive 93/13/EEC. In the same time the CJEU strongly promotes the information paradigm, according to which the consumer is protected through information by the firms to make informed market choices. This is why in most Member States even today the market still fights against consumer protection, challenging unfair contract terms law mostly on fundamental rights and human rights reasons, while also questioning the concept of consumer interest as public interest. Although, significant steps can be reported in the approach of the ECtHR on legislative measures enacted by EU Member States in the public interest of the consumers, such as in Hungary, we are still far from having recognized under the EU law or under the European Convention on Human Rights that *consumer protection implies the acknowledgment of consumer weakness in all its dimensions*: *at level of substantive contract law, civil procedural law, constitutional law, fundamental rights law and human rights law.*

In its recent decision in the *Merkantil case*[39] the European Court of Human Rights (ECtHR) established that: „as concerns the public interest of consumer protection the margin of appreciation available to the legislature in implementing social and

[36] Case C-92/11 *RWE Vertrieb AG kontra Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV,* ECLI:EU:C:2013:180, *para. 49*; Case C-226/12 *Constructora Proncipalo SA v José Ignacio Menédez Álvarez*, ECLI:EU:C:2014:10, para. 24.

[37] Cases C-154/15, C-307/15 and C-308/15 *Francisco Gutiérrez Naranjo and Ana María Palacios Martínez v Cajasur Banco and Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA (BBVA),* ECLI:EU:C:2016:980, para. 54; Case C-488/11 *Dirk Frederik Asbeek Brusse and Katarina de Man Garabito v Jahani BV,* ECLI:EU:C:2013:341, para. 44; Case C-40/08 *Asturcom Telecomunicaciones SL v Cristina Rodríguez Nogueira*, ECLI:EU:C:2009:615, para. 52.

[38] Case C-243/08 *Pannon GSM Zrt. v Erzsébet Sustikné Győrfi*, ECLI: EU:C:2009: 350; C-397/11 *Erika Jőrös v Aegon Magyarország Hitel Zrt.*, EU: C:2013:340.

[39] Case EHRC 2009/18 *Merkantil Car ZRT v Hungary*, ECLI:CE:ECHR: 2018:1127DECOO 2285315.

economic policies should be a wide one […] particularly when balancing the interests of the consumers, banks and national economy." This is a clear social justice message from the ECtHR, conferring to Directive 93/13/EEC a *distributive justice* function that should be also acknowledged by the CJEU and the European Commission. This is a promising development when considering that a clear and enforceable social policy approach for Directive 93/13/EEC is still missing today, including fundamental rights law and human rights law. Article 38 of the *EU Charter on Fundamental Rights* is too general and not directly enforceable, being a principle only.

Nevertheless, until changes will occur in EU law, this decision of the ECtHR hopefully will calm down the 'fundamental rights saga' practiced by companies before constitutional courts and the CJEU against national consumer protection law implementing Directive 93/13/EEC, which significantly delayed the process of justice provision.

The current state of CJEU case law has been recently summarized by the European Commission in a *Commission Notice,*[40] in order to provide the Member States guidance on how to interpret Directive 93/13/EEC instead of proposing the revision of Directive 93/13/EEC in line with emerging regulatory needs, as reflected by the increasing number of preliminary reference reaching the CJEU. It is indisputable, that such guidance may offer a good summary for Member State courts and enforcement authorities on the criteria of assessment of unfairness and the role of the courts in policy-framing, and is also welcome that the *Commission Notice* contains a whole chapter explaining the relationship between the room left by the Directive (including its subsequent amendments and the case law of the CJEU) to the Member States in imposing much stricter requirements than the minimalistic approach of the Directive and the relationship of the Directive with the provisions of the national private law and national civil procedural law. However, the Commission remains silent on justice issues. As *Fejős* correctly advances: "a much more prominent position should be given to social justice as a policy driver in EU financial consumer law, the EU being more systematic in developing social justice based rules and clearly labelling them as such, hence it has a clear legal basis in proceeding so in Article 3 TEU that envisions the EU as a 'highly competitive social market economy'".[41] This is needed not only in consumer finances, but for unfair contract terms law in general. Much larger societal concerns than market efficiency considerations should balance the interest of the consumers against that of business entities.

[40] COMMISSION NOTICE, Guidance on the interpretation and application of Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair contract terms in consumer contracts, published on July 22, 2019, C(2019)5323 final.

[41] Fejős 2019, 72.

CONCLUSIONS

Judicial governance in private law drives to serious competence concerns both at national and at EU level, because it makes the borderline between interpretation and law-making superfluous. Unfair terms law as framed by the CJEU and the national courts impacted much on the balance of powers between the Member State judiciary and the Member State legislator on one hand, and between the executive and the judiciary, on the other hand. Multilevel private law governance removed from democratic policy framing, as happened with unfair contract terms law, may have long term consequences on the relationship between the state and the market and the state and the society.

The increasing judicialization of unfair contract terms law under low enforcement effectiveness frames serious tasks for the private law research at Member State level as well. The global financial crisis has been managed more or less in its economic effects. However, it has left a legal crisis behind with which Europe still struggles. This is a system crisis in its essence, as consequence of the system impacts unsolved at Member State level, which is not the job of EU internal market law.

Private law needs sustainable solutions that cure the externalities caused by the innnovative solutions advanced by the national judiciaries and the CJEU at time of economic crisis. Under legal sustainability I mean: the elaboration of such legislative and judicial solutions in response to the specific regulatory needs of the consumers, which do not affect negatively the whole private law system and the balance in functions performed by different legal tools.[42]

BIBLIOGRAPHY

Caruso, D. (2013) The baby and the bath water: The American critique of European contract law. *American Journal of Comparative Law,* Vol. 61, Issue 3, 486.

Collins, H. (1994) Good Faith in European Contract Law. *Oxford Journal of Legal Studies, 14*(2), 229–254.

Fejős, A. (2019) Social Justice in EU Financial Consumer Law. *Tilburg Law Review,* 24(1), 72–73.

Frade, C. and Pinheiro, M. (2015) Almeida, Country Report Portugal. In: Micklitz, D. and Domurath, I. (eds.), *Consumer Debt and Social Exclusion in Europe.* 53–56.

Grigoiu, B. A. and Moraru, M. (2015) In: Micklitz, D. and Domurath, I. (eds.), *Consumer Debt and Social Exclusion in Europe.*121–123.

Józon, M. (2017) Unfair contract terms law in Europe in times of crisis: Substantive justice lost in the paradise of proceduralisation of contract fairness. *Journal of European Consumer and Market Law,* 4, 159.

[42] Józon 2020, 925.

Józon, M. (2020) Judicial governance by unfair contract terms law in the EU: Proposal for a New Research Agenda for Policy and Doctrine. *European Review of Private Law,* 4, 909–930.

Mentis, G. and Panzau, K. (2015) Country Report. In: Micklitz, D. and Domurath, I. (eds.), *Consumer Debt and Social Exclusion in Europe.* 29–34.

Micklitz, H.-W. (2018) *The Politics of Justice in European Private Law.* Cambridge: Cambridge University Press. 183.

Micklitz, H.-W. and Comparato, G. and Domurath, I. (eds.) (2014) The Over-indebtedness of European Consumers – a View from Six Countries. *EUI Working Paper,* 10.

Micklitz, H.-W. and Domurath, I. (eds.) (2015) *Consumer Debt and Social Exclusion in Europe*. Ashgate, England.

Micklitz, H.-W. and Reich, N. (2014) The Court and the Sleeping Beauty: The Revival of the Unfair Contract Terms Directive (UCTD). *Common Market Law Review,* 50(3) 771.

Ramsay, I. (ed.) (1997) *Consumer Law in Global Economy.* UK: Ashgate. 187, 181.

Reich, N. and Micklitz, H-W. (2013) Economic Law, Consumer Law and EU Integration. In Reich, N. et al. (eds.), *European Consumer Law.* 2nd edition. Cambridge: Intersentia. 7.

Schmidt, Ch. (2006) 'Instrumentalist Conception of the *Acquis Communautaire* in Consumer Law'. In: Grundmann, S. and Schrauer, M. (eds.), *The Architecture of European Codes and Contract Law*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International. 257.

Wilhelmsson, Th. (2008) Various Approaches to Unfair Terms and their Background Philosophies. *Juridica International,* 52.

Über das Vertragsrisiko

TIBOR NOCHTA

DIE THEORETISCHEN FRAGEN DES VERTRAGSRISIKOS

Wie *Oliver W. Holmes* schon vor mehreren Jahrzenten darauf hingewiesen hatte: *„ein wesentliches Element jedes Vertrags ist das Risiko"*. Der Vertrag ähnelt dem Würfelspiel, wir wissen nicht, was daraus entsteht! Wie können diese wichtigen Aussagen heute belegt werden?

Der Vertrag wird immer *für die Zukunft* gemacht, und von beiden Parteien wird erwartet, die möglichen Risiken nach Maßgabe ihrer Möglichkeiten zu ermessen. Dieses Erfordernis ist das Pfand auch für die Erhaltung des Vertragsgleichgewichts. Die Vertragsrisiken haben zahlreiche Ursachen. Vor allem die Unsicherheit unseres Lebens, das Fehlen einer absolut guten oder schlechten Lösung, nur die Verringerung des Risikos ist das Ziel. Vertragliche Risiken werden durch wirtschaftliche und politische Umstände beeinflusst, deren Änderung kontinuierlich ist. Wirtschafts- und Sozialkrisen, Preisänderungen, Inflation, wirtschaftliche Turbulenzen, aber auch die Globalisierung.[1] Es ist nicht möglich, die wirtschaftlichen und sozialen Risiken einer einzigen Partei zu tragen. Risikoteilung ist auf der Grundlage von Gerechtigkeit, Zweckmäßigkeit und Solidarität erforderlich. Diese Überlegungen sind insbesondere auf die Gesetzgebung und auf gerichtliche Praxis bei der Anwendung der Rechtsfolgen von Vertragsverletzungen anzuwenden.

Verträge mit hohem Risiko werden in der Literatur als Aleatorisch-Verträge bezeichnet. Diese Verträge haben normalerweise einen längeren Zeitraum, sie sind eng mit den wirtschaftlichen und Marktbedingungen verbunden und haben daher einen wirtschaftlichen Inhalt. Risiken sind schwer zu bestimmen, aber es ist ziemlich sicher, das Risiko zu erhöhen, wenn eine Partei nicht angemessen, lange Zeiträume, Verbraucherverträge selbst, Preis- und Gebührenermittlung, wirtschaftliche Dominanz ausgewählt werden.[2] Bei den Rechtsgeschäften von einem im engeren Sinne genommenen wirtschaftlichen Inhalt kann man über solche Plusrisiken sprechen, infolge derer, die vom Vertrag gebotenen Möglichkeiten in vielen Fällen

[1] Nochta 2011, 89–91.
[2] Svoboda 2015, 689–692.

nicht ausreichend sind, und später ist es notwendig, sich mit Rechtsetzungsmitteln oder mit richterlichen Mitteln einzumischen.[3] Diese Rechtsgeschäfte beruhen in gewissem Sinne auf Spekulation – sie sind die Schlusssteine der Erwägung der wirtschaftlichen Interessen der am Rechtsgeschäft Beteiligten. Diese Erwägung zieht die voraussichtlichen Vorteile und die zu übernehmenden Nachteile in Betracht. Auch die im Interesse der zu erreichenden Wirtschaftsziele gewählten Vertragstypen beruhen darauf.

In Wirtschaftsbeziehungen kommt die Unausgeglichenheit der Parteien im Rechtsgeschäft schon beim Vertragsabschluss häufig vor, die sogar mit einer Rechtsfolge der Ungültigkeit verbunden sein kann (Anwendung von unanständigen allgemeinen Vertragsbedingungen, Wuchervertrag, objektive Wertunangemessenheit), und die nach dem Vertragsabschluss eingetretenen Änderungen der Umstände ermöglichen eine Änderung oder Aufhebung (Rückgängigmachung) des Vertrags.

Jede sinnvolle Risikoübernahme ist eine immanente Folge der Verträge. Bis zur Grenze des rationell und zweckmäßig voraussichtlichen Risikos kommt die mit dem Schuldverhältnis durchflochtene Gleichgewichtslage der Vertragsparteien in keine solche Gefahr, die eine Einmischung beanspruchen würde. Zu einer Einmischung kann es nur in dem Falle kommen, wenn die rationelle Risikoübernahme infolge der Änderungen der Wirtschaft, des Marktes schon von einem solchen Umfang und dermaßen unvoraussichtlich ist, das für irgendeine der Parteien eine unerträgliche Mehrlast bedeutet. Zugleich kann zur Befreiung von einer Vertragspflicht nicht führen, wenn irgendeine der Parteien ihre eigene Erfüllungsfähigkeit, die Vertrags- und Marktsrisiken nicht richtig ermessen hat.[4]

Das heißt, wenn eine von den nach dem Vertragsabschluss eingetretenen Umständen verursachte solche Ungleichheit zwischen den vertraglichen Leistungen entsteht, deren Risiko die benachteiligte Partei nicht übernahm, kann sie zum Beispiel mit der Hilfe *des hardship* eine erneute Verhandlung des Vertrags beantragen, beziehungsweise im Falle der Ablehnung der Wiederverhandlung kann sie die Rückgängigmachung des Vertrags initiieren.[5]

Wegen des Eintritts des Wirtschaftsrisikos (zum Beispiel Konkurs, Inflation, Wirtschaftskrise usw.) wird die Erhaltung des Vertrags mit unverändertem Inhalt in vielen Fällen sinnlos (irrationell) oder hinsichtlich irgendeiner Partei unbillig. In der Wirklichkeit wird der immanente Inhalt des Vertrags in diesen Fällen vereitelt. Die ihrem unbedingten Inhalt entsprechende Erfüllung der Verträge kann wirtschaftlich unmöglich werden. Auf dessen Anerkennung haben die kontinentalen und die angelsächsischen Rechtssysteme auf verschiedene Weise reagiert. Zum Beispiel war das Haus der Lords in England im Zusammenhang mit einem

[3] Ernst und Sethe 2013, 691–693.

[4] Siehe Pf IV. 21. 185/1984-BH 1985/12/470, LB Pfv. VIII.20.872/1999-BH 2001/4. 169.

[5] Siehe UNIDROIT Grundprinzipien Artikel 6.2.3, Absatz 4, Punkt b) Szabó 2014, 47.

wohl bekannten Fall zur *Feststellung der Unmöglichkeit* der Erfüllung gezwungen, als die Krönung nicht stattgefunden hat, wurde die Aufrechterhaltung des Mietzins der zur Besichtigung gemieteten Fensterplätze sinnlos, folglich gab es keine Erfüllungspflicht mehr.[6] Die deutsche Dogmatik identifizierte die Unmöglichkeit schon am Ende des 19. Jahrhunderts gerade mit dem *Wegfall der Geschäftsgrundlage,* auf Grund des französischen Rechts ergab *das unvorsehbare Vertragsrisiko* die Rückgängigmachung des Vertrags.

Der Begriff der wirtschaftlichen Unmöglichkeit bedeutete: Wenn eine solche, das gewöhnliche Vertragsrisiko erheblich überschreitende eingehende Änderung nach dem Vertragsabschluss im Falle des zweiseitig verpflichtenden Vertrags eingetreten ist, mit der die Parteien vernunftgemäß nicht rechnen konnten, und infolge deren das von den Parteien vor Augen gehaltene wirtschaftliche Gleichgewicht der Leistung und Gegenleistung umgestürzt ist, oder eine dem Vertrag zugrunde liegende anderweitige Vermutung auf solche Weise vereitelt wurde, dass sich die eine Partei im Gegensatz zur Gutgläubigkeit und Billigkeit einen nicht erwarteten unangemessenen Gewinn verschaffen, die andere Partei jedoch einen ebensolchen Verlust erleiden würde (wirtschaftliche Unmöglichkeit). In diesem Fall kann das Gericht die gegenseitigen Verpflichtungen der Parteien entsprechend ändern, oder es kann die eine Partei – auch eventuell mit der billigen Verteilung des Schadens – zum Rücktritt berechtigen.

Das Gericht hat die Möglichkeit, den Vertrag zu ändern, wenn *„die Erfüllung des Vertrags infolge des nach dem Vertragsabschluss eingetretenen Umstandes im dauerhaften Rechtsverhältnis der Parteien die wesentlichen und berechtigten Interessen irgendeiner Partei verletzen würde"*.

Nach den stabilen Gesichtspunkten der einheimischen Judikatur im Zusammenhang mit der Abänderung des Vertrages: a) gilt lediglich die Veränderung von solchen Umständen als Ursache zur Abänderung des Vertrages, *die sich unmittelbar an die Bedingungen des konkreten Vertrags knüpfen,* b) gibt das Gesetz keine Ermächtigung dazu, dass *die Gerichte das Ganze des Gesellschaftslebens, oder, wegen Änderungen, die alle Subjekte von verschiedenen Vertragstypen betreffen, die einzelnen Verträge abändern.*

Mit Sicherheit lässt sich durch die entsprechende Verteilung der durch im Voraus nicht entsprechend kalkulierbaren Vertragsrisiken vermeiden, dass nur eine Partei eine wesentliche und ungerechte wirtschaftliche Beeinträchtigung seines Interesses erleidet. Die entsprechende Garantie für die kulante Verteilung der Lasten kann durch den Konsens der Parteien gesichert werden. In dieser Hinsicht ist die Erfüllung der Mitwirkungspflicht von besonderer Bedeutung und zwar gerade bei der Veränderung der äußeren Umstände – zum Beispiel in einer wirtschaftlichen Krisensituation, wo die Verminderung der Folgen im Interesse beider Parteien liegt,

[6] Siehe den Fall Krönungsidylle aus dem Jahre 1902.

weil es wirtschaftlich und langfristig ein Verlust ist, wenn die Leistungsfähigkeit der anderen Partei unmöglich wird.

Die Rettung des Vertrages ist ein gemeinsames wirtschaftliches Interesse, und aus diesem Grund braucht man die kulante Verteilung der Lasten der im Voraus nicht absehbaren Extrarisiken. Ein entsprechendes Mittel dazu kann die Vertragsbedingung sein, dass die Parteien die gemeinsame Tragung der eine Partei in ungerechtem Maße betroffenen Auswirkungen der Folgen der geänderten wirtschaftlichen Verhältnisse übernehmen. Weitere Bedingungen können die Neuverhandlung des Vertrages und die entsprechende Abänderungspflicht im Rahmen eines Mediationsverfahrens sein. Das richterliche oder rechtsetzerische äußere Einschreiten in die Welt der Verträge werden als solche äußeren Faktoren angesehen, die weniger wirksam sind und in vielen Fällen eine nicht auf dem Willen beider Parteien beruhende Lösung anbieten, darüber auch nicht sprechend, dass der Sieg in diesen Prozessen in Wirklichkeit langfristig ein Sieg *von Pyrrhus* sei.

ÜBER DAS VERTRAGSRISIKO AUFGRUND DES UNGARISCHEN ZIVILGESETZBUCHES

Wir finden zum vertraglichen Risiko im ungarischen ZGB viele Normen.

Neues Risiko im elektronischen Vertragsabschluss

Die natürliche Form von Verträgen sind heutzutage der elektronische Weg, und ein völlig neues Risiko ist der elektronische Vertragsabschluss. Eine neue Art von Herausforderung bedeutet heute, ein neues Vertragsrecht zu schaffen, das mit Hilfe der Informationstechnologie durchgeführt werden kann. Dies wird zu einem neuen Bereich der vertraglichen Risiken, der Vertraulichkeit der Verträge und der Sicherheit.

Für die Minderung dieses Vertragsrisikos sind in einigen Vorschriften des uZGB. Bei einem elektronischen Vertragsabschluss muss die den elektronischen Weg sichernde Partei vor der Abgabe ihrer Rechtserklärung zum Vertragsabschluss die andere Partei über Folgendes informieren:

a) über die technischen Schritte des Vertragsabschlusses;
b) darüber, ob der abzuschließende Vertrag als schriftlich abgefasster Vertrag angesehen wird, ob die den elektronischen Weg sichernde Partei den Vertrag festhält bzw. ob der Vertrag später zugänglich sein wird;
c) über die Mittel, die vor der Abgabe der Rechtserklärung zum Vertrag die Identifizierung und Ausbesserung der bei der elektronischen Eingabe der Daten auftretenden Fehler gewährleisten;
d) über die Sprache des Vertrags und

e) wenn einer existiert, über den Verhaltenskodex für die Dienstleistungstätigkeit und dessen elektronische Erreichbarkeit, den die den elektronischen Weg sichernde Partei für sich als verbindlich anerkennt. Die den elektronischen Weg sichernde Partei muss ihre allgemeinen Vertragsbedingungen so zugänglich machen, dass es für die andere Partei möglich wird, diese zu speichern und aufzurufen.[7]

Unsicherheit im Inhalt des Vertrags

Wenn der Vertrag zustande gekommen ist, doch von den Parteien die Höhe der Gegenleistung nicht eindeutig bestimmt oder als Gegenleistung ein Marktpreis ausgemacht wurde, ist ein Durchschnittspreis zu zahlen, der sich zum Zeitpunkt der Erfüllung auf dem Markt laut dem Erfüllungsort herausgebildet hat. Die Parteien müssen sich nicht in Fragen einigen, die eine Rechtsnorm regelt. Zum Inhalt des Vertrags werden alle Gewohnheiten, deren Anwendung die Parteien in ihren früheren Geschäftsbeziehungen vereinbart hatten, und alle Praktiken, die zwischen ihnen ausgestaltet worden sind. Zum Inhalt des Vertrags werden auch alle im gegebenen Geschäftszweig den Subjekten ähnlicher Verträge allgemein bekannten und von diesen regelmäßig angewandten Gewohnheiten, außer, wenn deren Anwendung zwischen den Parteien – angesichts ihrer früheren Beziehung – unbegründet wäre.[8]

Das Risiko beim Vorvertrag

Den Abschluss des endgültigen Vertrags kann jede Partei verweigern, wenn sie nachweist, dass

a) infolge eines nach dem Abschluss des Vorvertrags eingetretenen Umstandes eine Erfüllung des Vorvertrags unter unveränderten Bedingungen eine ihrer wesentlichen rechtlichen Interessen verletzen würde;
b) die Möglichkeit der Änderung der Umstände zum Zeitpunkt des Abschlusses des Vorvertrags nicht vorhersehbar war;
c) die Änderung der Umstände nicht von ihr hervorgerufen wurde und
d) die Änderung der Umstände nicht in ihr gewöhnliches Geschäftsrisiko fällt.[9]

[7] uZGB §§ 6:82–6:85.
[8] uZGB § 6:63.
[9] uZGB § 6:73.

Auffallende Unverhältnismäßigkeit (laesio enormis)

Wenn zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses das Missverhältnis zwischen der Leistung und der Gegenleistung auffallend hoch ist, ohne dass eine Partei die Absicht einer unentgeltlichen Zuwendung leiten würde, kann die geschädigte Partei den Vertrag anfechten. Wer die auffallende Unverhältnismäßigkeit erkennen konnte oder das Risiko dafür auf sich genommen hat, darf den Vertrag nicht anfechten. Die Parteien können das Anfechtungsrecht – mit Ausnahme des Vertrags zwischen Verbraucher und Unternehmen – im Vertrag ausschließen.[10]

Haftung für durch die Vertragsverletzung verursachte Schäden

Die Person, die der anderen Partei mit der Vertragsverletzung einen Schaden verursacht, muss diesen erstatten. Die Person wird von der Haftung befreit, wenn sie nachweist, dass die Vertragsverletzung durch einen außerhalb ihrer Kontrolle fallenden und zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht vorhersehbaren Umstand verursacht wurde und nicht zu erwarten war, dass sie den Umstand umgeht oder den Schaden abwendet. Diese Haftung (Verbindlichkeit) basiert auf der Risikoverteilung.

Risiko bei Schlechterfüllung

Der Schuldner erfüllt mangelhaft, wenn die Leistung zum Zeitpunkt der Erfüllung nicht den im Vertrag oder in einer Rechtsnorm festgelegten Qualitätsanforderungen entspricht. Der Schuldner erfüllt ordnungsgemäß, wenn der Gläubiger den Mangel bei Vertragsabschluss kannte oder den Mangel bei Vertragsabschluss kennen musste.

Im Vertrag zwischen Verbraucher und Unternehmen ist die Klausel nichtig, die von den Bestimmungen dieses Abschnitts in Bezug auf Mängelhaftung und Garantie zum Nachteil des Verbrauchers abweicht. Im Falle eines Vertrags zwischen Verbraucher und Unternehmen ist bis zum Nachweis des Gegenteils anzunehmen, dass ein innerhalb von sechs Monaten nach der Erfüllung durch den Verbraucher erkannter Mangel bereits zum Zeitpunkt der Erfüllung bestand, es sei denn, diese Annahme ist mit der Natur der Sache oder dem Charakter des Mangels unvereinbar.[11]

[10] uZGB § 6:98.
[11] uZGB §§ 6:157–158.

Vertragsänderung auf dem Gerichtsweg (clausula rebus sic stantibus)

Jede Partei kann eine gerichtliche Änderung des Vertrags beantragen, wenn in einem dauerhaften Rechtsverhältnis zwischen den Parteien infolge eines nach Vertragsabschluss eingetreten Umstandes eine Vertragserfüllung unter unveränderten Bedingungen ihr wesentliches rechtliches Interesse verletzen würde und

a) die Möglichkeit der Änderung der Umstände zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht vorhersehbar war;
b) die Änderung der Umstände nicht von ihr hervorgerufen wurde und
c) die Änderung der Umstände nicht in ihr gewöhnliches Geschäftsrisiko fällt.

Das Gericht kann den Vertrag von dem gerichtlich festgelegten Zeitpunkt und frühestens vom Zeitpunkt der gerichtlichen Geltendmachung des Anspruchs auf Vertragsänderung an so ändern, dass durch die Änderung der Umstände die wesentlichen rechtlichen Interessen keiner der Parteien verletzt werden.[12]

Verweigerung der Erfüllung

Der Schenker kann die Erfüllung des Vertrags verweigern, wenn er nachweist, dass nach Abschluss des Vertrags bei seinen eigenen Bedingungen oder in seinem Verhältnis zum Beschenkten eine so wesentliche Änderung eingetreten ist, dass die Erfüllung des Vertrags von ihm nicht erwartet werden kann.[13]

Frachtgebühr

Ist die Frachtgebühr aufgrund der in den Frachtbrief eingetragenen Daten zu bestimmen, sind die in den Frachtbrief eingetragenen Daten bis zum Nachweis des Gegenteils selbst dann als genau und geeignet zu betrachten, wenn der Frachtführer auf dem Frachtbrief von einem Vorbehalt Gebrauch macht, wonach keine Kontrolle der Daten möglich war.

Wird die Frachtsendung vollständig oder teilweise verloren und vernichtet, kann der Frachtführer keinen Anspruch auf eine Frachtgebühr oder einen proportionalen Anteil davon stellen, es sei denn, er weist nach, dass der Verlust oder die Vernichtung der Frachtsendung durch einen außerhalb seiner Kontrolle fallenden und

[12] uZGB § 6:192.
[13] uZGB § 6:236.

zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht vorhersehbaren Umstand verursacht wurde und nicht zu erwarten war, dass er den Umstand umgeht oder den Schaden abwendet.[14]

Risikoüberlassung – Anweisungen

Der Beauftragte muss die Anweisungen des Auftraggebers befolgen. Wenn der Auftraggeber eine unzweckmäßige oder unsachgemäße Anweisung erteilt, muss der Beauftragte ihn darauf aufmerksam machen. Wenn der Auftraggeber seine Anweisung ungeachtet der Warnung aufrechterhält, kann der Beauftragte vom Vertrag zurücktreten bzw. den Vertrag kündigen oder die Aufgabe den Anweisungen des Auftraggebers entsprechend, auf Risiko des Auftraggebers erledigen.[15]

Versicherungsvertrag als Phänomen des Vertragsrisikos

In Versicherungsverträgen wurde das Risiko berechnet. Wir zahlen die Versicherungsgebühr möglicherweise jahrelang, aber die Zahlungsverpflichtung des Versicherers wird nie aktiviert, da das Versicherungsereignis nicht eintritt.

Aufgrund eines Versicherungsvertrags muss das Versicherungsunternehmen für das im Vertrag festgelegte Risiko eine Deckung gewähren und bei einem nach dem Beginn der Risikoübernahme eintretenden Versicherungsfall die im Vertrag festgelegte Leistung erfüllen; die mit dem Versicherungsunternehmen einen Vertrag abschließende Partei ist zur Zahlung einer Prämie verpflichtet.

SCHLUSSWORT

Es kann festgestellt werden, dass der Vertrag bei der Regelung der internationalen Handelsbeziehungen größere Bedeutung hat, als das Gesetz.[16] Demzufolge ist der Vertrag derzeit ein wichtigeres Mittel der Rechtsvergleichung, als die gesetzliche Verordnung. Für das Vertragsrecht sind heute die atypische Eigenschaft, die Flexibilität und diejenige Tatsache charakteristisch, dass die Schuld eine immer mehr

[14] uZGB § 6:258 Abs. 2.
[15] uZGB § 6:273.
[16] Galgano 2006, 10–11.

verkäufliche Ware ist,[17] die Kontrakte neue finanzielle Produkte erschaffen und die Gegenstände der Verträge außer den körperlichen Gegenständen immer mehr auch die immateriellen Güter sind. Diese Entwicklung erhöht auch das Vertragsrisiko.

BIBLIOGRAPHIE

Ernst, W. und Sethe, R. (2013) Zivilrechtliche Folgefragen der Finanz- und Währungskrise. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht,* 4, 691–693.

Galgano, F. L. (2006) *Globalisierung im Spiegel des Rechts. Die Analyse des Wirtschaftsrechts.* Budapest: Übersetzt von Peter Metzinger HVG ORAC Verlag. 10–11.

Nochta, T. (2011) Mennyiben szerződési kockázat a gazdasági válság? *Jog–Állam–Politika,* 2, 89–91.

Svoboda, P. (2015) The Common European Sales Law-Will the Phoeix rise from the Ashes again? *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht,* 4, 689–692.

Szabó, S. (2014) *A Bécsi Vételi Egyezmény, mint nemzetközi Lingua Franca*. Doktori Értekezések 3. Budapest: Pázmány Press. 47.

[17] Galgano 2006, 12–14.

Zur Neuaustarierung des Verhältnisses von Zivilprozessrecht und Verwaltungsprozessrecht in Ungarn

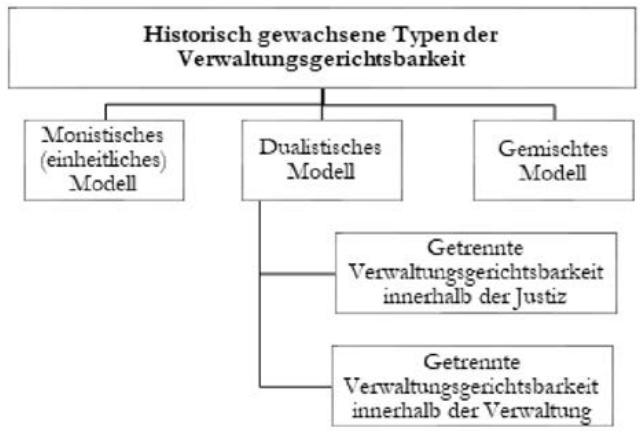
KRISZTINA ROZSNYAI

EINFÜHRUNG: DER SCHRITTWEISE AUSBAU DER VERWALTUNGSGERICHTSBARKEIT IN UNGARN IM LICHTE DER MODELLE DER VERWALTUNGSGERICHTSBARKEIT

In Ungarn war die Schaffung der Verwaltungsgerichtsbarkeit sowohl im 19. Jahrhundert als auch nach der Wende in 1989–1990 kein einfaches Unternehmen, das nur in mehreren Etappen sukzessiv verwirklicht werden konnte.[1] Im rechtspolitischen und im wissenschaftlichen Diskurs war die erstrangige Frage die der Verfassungsgerichtsbarkeit und der außergerichtlichen Kontrollmechanismen der Verwaltung, der Verwaltungsgerichtsbarkeit wurde keine große Bedeutung zugemessen, obwohl das Verfassungsgericht den Gesetzgeber zur Schaffung eines rechtsstaatlichen Rahmens der gerichtlichen Kontrolle von Verwaltungsentscheidungen verpflichtete. Wegen der hierzu festgestellten kurzen Zeitspanne wurde einfach der Rechtsweg gegen Verwaltungsentscheidungen ausgeweitet, aber weder die Organisation noch das Prozessrecht wurden neugestaltet. Die Bindung zur Zivilgerichtsbarkeit und zum Zivilprozess blieb erhalten: der Verwaltungsprozess wurde als ein besonderer Zivilprozess gewertet und recht sprachen in diesen Verfahren die Zivilrichter. So konnte die ungarische Lösung der 1990-er Jahre als monistisch gewertet werden. Bis 1949 war die Verwaltungsgerichtsbarkeit an dem dualistischen Modell ausgerichtet, das Ungarische Königliche Verwaltungsgerichtshof wurde stark an das österreichische System angelehnt aufgestellt, aber auch Lösungen anderer Staaten wurden mit eingebracht.[2] Im dualistischen Modell entwickelt sich historisch ein getrennter Gerichtszweig für verwaltungsrechtliche Streitigkeiten innerhalb der Justiz, wie in

[1] Rozsnyai 2019, Bd 2. 1569–1599.
[2] Stipta 2014, 73–79.

Deutschland, oder von der ordentlichen Gerichtsbarkeit völlig getrennt, ursprünglich innerhalb der Verwaltung nach dem französichen Motto *„juger l'administration, c'est encore une fois administrer"*.[3]



Es kann natürlich auch eine genauere Typisierung erstellt werden, indem mehrere Typisierungsaspekte herangezogen werden. So kann neben der vollständigen Trennung auch eine partielle Trennung, d.h. die Schaffung von Verwaltungsgerichten mindestens auf einer Instanz, oder gar die Trennung der Spruchkörper innerhalb der Gerichte beachtet werden. Ebenso wichtig ist der Aspekt der etwaigen prozessualen Selbstständigkeit, deren Indiz die Trennung der Prozessrechte, d.h. die Existenz einer Verwaltungsgerichtsordnung oder einer Verwaltungsprozessordnung ist. Auch erscheint es angebracht, den Rechtsweg für Amtshaftungsansprüche – als sekundären gerichtlichen Rechtschutz – in Betracht zu ziehen. Mit Hilfe dieser Aspekte können wir eine genauere Typisierung in der Form einer Skala aufstellen, auf der zwischen dem monistischen und dem dualistischen Modell mehrere Übergangslösungen definiert werden können:

Diese Typisierung trägt den Tendenzen, die in den letzten Jahrzehnten auf dem Gebiet der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Europa zu verzeichnen sind, besser Rechnung. Diese sind sehr kurz zusammengefasst die Schaffung von eigenständigen verwaltungsprozessualen Regelwerken, d.h. Verwaltungsprozess- oder Verwaltungsgerichtsordnungen, die Ausweitung der verwaltungsrechtlichen Rechtswegs sowie eine organisatorische Annäherung der meisten nationalen Verwaltungsgerichtsbar-

[3] Henrion de Pansley 1818.

keiten an das dualistische System deutscher Art. In den neuen Demokratien sowohl in Süd-, als auch später in Osteuropa kam es in den letzten drei Jahrzehnten entweder zu einer vollkommenen Trennung der Verwaltungsgerichtsbarkeit von der ordentlichen Gerichtsbarkeit, wie mit zwei Instanzen in Polen, Bulgarien, Lettland und Kroatien, und sogar mit drei Instanzen (und auch einer getrennten Finanzgerichtsbarkeit) in Portugal und in der Ukraine. Es gibt auch Ausdifferenzierungen des gerichtlichen Systems, in dem es nur teilweise zur Verselbständigung der Verwaltungsgerichte kam. Dies passierte nur auf unterster Instanz in Slowenien und Estland, auf der ersten und zweiten Instanz in Spanien und Litauen und nur auf oberster Instanz in der Tschechei.[4]

In Ungarn waren diese Tendenzen zur Jahrtausendwende etwas sporadisch auch schon präsent. Zum einen Entwickelte sich die Kategorie des Verwaltungsrichters in der zentralungarischen Region[5] in welcher ungefähr 80% der Verwaltungsprozesse anfielen. Zum anderen hat diese Richterschaft durch in der Rechtsprechung praktisch schon einige verwaltungsprozessuale Regeln durch die Umdeutung der Regeln der ZPO geschaffen. Zwar kam auch die Idee der Schaffung einer Verwaltungsprozessordnung anlässlich der Neukodifikation der allgemeinen Regeln des Verwaltungsverfahrens in 2003–2004 von Seiten der Wissenschaft und Lehre wage auf, wurde aber vom Gesetzgeber nicht aufgegriffen. In 2005, parallel zum Inkrafttreten des neuen Verwaltungsverfahrensgesetzes wurden lediglich einige Elemente der Rechtsprechung in die Regelung der Verwaltungsprozesse im Kapitel XX der ZPO aufgenommen, es kam aber zu keiner umfassenden Reform.

Auf organisatorischer Seite, da die Regelung der Gerichtsverfassung einer Zweidrittelmehrheit bedarf, konnte wegen der politischen Gegebenheiten die Frage der Schaffung der Verwaltungsgerichtsbarkeit bis 2010 seriös gar nicht aufgeworfen werden. Die Idee der eigenständigen Verwaltungsgerichtsbarkeit verstärkte sich zwar im Zuge der Vorbereitung der neuen Verfassung in 2010–2011, führte aber nur zur Schaffung sogenannter Verwaltungs- und Arbeitsgerichten auf unterster Instanz, wobei die Verwaltungsgerichtsbarkeit aber keine tatsächliche Selbstständigkeit erlangt hat. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit ist also kein selbstständiger Gerichtszweig geworden.[6]

[4] Zu der Typisierung s. ausf. Rozsnyai 2017, 323–331.

[5] d.h. in Budapest und in dem um Budapest herum gelegenem Komitat Pest.

[6] Von der ordentlichen Gerichtsbarkeit sind die Verwaltungs- und Arbeitsgerichte auf der untersten Ebene auch nicht gänzlich losgelöst worden: die Verwaltungstätigkeit der Präsidenten der VAG unterlag den Weisungen des Präsidenten des Komitatgerichts, welcher auch die wichtigsten Gerichtsverwaltungsentscheidungen über die Amtsgerichte und die VAG traf (Ausschreibung von Richterstellen, Entscheidung über Bewerbungen, Finanzentscheidungen, usw.). Auf den oberen Instanzen wurde der Verwaltungsrechtsschutz weiterhin durch die ordentliche Gerichtsbarkeit gewährt. S. ausf. Rozsnyai 2013, 335–342.

BESTREBUNGEN ZUR EMANZIPATION DES VERWALTUNGSPROZESSES – ZUGLEICH ANNÄHERUNG AN DAS DUALISTISCHE MODELL

Hinsichtlich der Trennung der Prozessrechte kam der Drehpunkt mit der konzeptionellen Vorbereitung der Neukodifikation der Zivilprozessordnung. Hier wurde seitens der ZPO-Sachverständigenkommission – gleichwohl nur als Minderheitenmeinung – auch die Möglichkeit der getrennten Kodifikation der verwaltungsprozessualen Regeln unterbreitet. Der in 2014 in Amt tretende Minister, selbst ein akademischer Befürworter der Verwaltungsgerichtsbarkeit,[7] hat diesen Vorschlag aufgegriffen, so hat die Regierung Anfang 2015 die Kodifikation einer Verwaltungsprozessordnung ihm auch zur Aufgabe gemacht. war, welche schließlich am 1. März 2017 als Gesetz 2017: I. über die Verwaltungsprozessordnung (VPO) verkündet wurde und am 1. Januar 2018 in Kraft trat.[8]

Aus dem Konzept einer Verwaltungsprozessordnung, welche durch den Justizminister im Mai 2015 der Regierung unterbreitet wurde, erschließen sich drei Schritte in die Richtung des dualistischen Modells, denn neben dem eigenständigen Verwaltungsprozessrecht kam die Notwendigkeit der Schaffung eines zweitinstanzlichen Verwaltungsgerichtes, und somit die Erweiterung der Organisation der Verwaltungsgerichtsbarkeit auf. Die Möglichkeit der Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs für Amtshaftungsansprüche wurde auch erörtert. Mit der VPO wurde aber schließlich nur ein Schritt vorwärts getan, der der Verselbstständigung des Verwaltungsprozessrechts. Es wurde keine Sonderzuweisung für Ansprüche aus der im Zivilgesetzbuch geregelten Amtshaftung geschaffen. Gleichwohl wurden in diesem Bereich kleinere prozessrechtliche Änderungen vorgenommen, die als ein halber Schritt gewertet werden können.

Die Gerichtsorganisation konnte wegen der fehlenden qualifizierten Parlamentsmehrheit nicht geändert werden.[9] Im Jahr 2016 hat die Regierung nach Einreichung des Entwurfs der VPO zum Parlament versucht, eine Organisationsreform einzuleiten. Die Beratungen mit der Opposition scheiterten aber, und so konnte das Kardinalgesetz über die Gerichtsverfassung nicht geändert werden. Als funktionalen Ersatz hat die VPO einige verfahrensrechtliche Änderungen vorgenommen. Einerseits bekamen acht Gerichte eine regionale örtliche Zuständigkeit, mit wenigen Ausnahmen waren diese VAGs ab 2018 generell für Verwaltungssachen in erster Instanz zuständig. Den übrigen dreizehn VAGs fielen nur die Fälle aus der Sozialverwaltung und dem Beamtenrecht zu, der entscheidende Teil der Verwal-

[7] Mit einer Doktorarbeit über die Verwaltungsgerichtsbarkeit: Trócsányi 1990.

[8] Gesetz 2017: I über die Verwaltungsprozessordnung vom 1. März 2017. Deutsche Übersetzung von Herbert Küpper, *Jahrbuch für Ostrecht* (2020) 485–549.

[9] Bei dem GVG handelt es sich um ein sog. Kardinalgesetz, zu dessen Abänderung und Abberufung die Zweidrittelmehrheit der anwesenden Abgeordneten erforderlich ist. Zu dieser Kategorie siehe Jakab und Sonnevend 2012, 79–102.

tungssachen gehörte in die Zuständigkeit von den 8 ausgewählten VAGs. Andererseits wurde dem Hauptstädtischen Gericht für die Berufungen gegen die Entscheidungen der VAGs die ausschließliche Zuständigkeit erteilt,[10] und auch die Befugnis für erstinstanzliche Verfahren in speziellen Verwaltungssachen, vor allem Entscheidungen autonomer Verwaltungsorgane (Regulierungsbehörden sowie Kammern und andere nicht territoriale Selbstverwaltungsorgane).[11] Die Kurie hatte auf allen drei Instanzen Zuständigkeiten: neben den Revisionen war sie für Berufungen gegen die Entscheidungen des Hauptstädtischen Gerichts zuständig, und behielt auch ihre erstinstanzlichen Befugnisse in der Wahlgerichtsbarkeit und für kommunale Normenkontrollverfahren.

Die VPO war aber Zugleich der wichtigste Schritt der Distanzschaffung von der ZPO, die Grundlage für die organische Entwicklung und optimale Leistung der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Das Fehlen der eigenständigen Organisation kann vergleichsweise völlig dahingestellt werden. Der Grundsatz der Autonomie des Verwaltungsprozessrechts, welche sowohl die Existenz der VPO als auch dessen Artikel 6 unterstreichen, ist zu einem gewissen Grad auch Kristallisationspunkt der Entwicklung der ungarischen Verwaltungsgerichtsbarkeit: reflektiert sowohl die geschichtliche Entwicklung der letzten Jahrzehnte als auch die Bestrebungen der Kodifikation wider.

UNTERSCHIEDLICHE FUNKTIONEN BENÖTIGEN UNTERSCHIEDLICHE REGELN

Wichtiges Ziel der Kodifikation war, effektiven Rechtsschutz in Verwaltungssachen zu sichern. Dieses Bestreben hatte vier Richtungen. Zum einen sollte lückenloser Rechtsschutz geschaffen werden was durch die Ausweitung des verwaltungsrechtlichen Rechtwegs zu erreichen war. Zum zweiten sollte der Rechtsschutz auch in Verbindung mit der Waffengleichheit effektiver werden: es musste im detaillierten Regelungswerk der Tatsache Rechnung getragen werden, das im Verwaltungsprozess in der Regel nicht zwei gleichgeordnete Parteien teilnehmen, sondern die

[10] Die Entscheidung Nr. 1/2017. (I. 17.) des Verfassungsgerichts erklärte die hiermit zusammenhängende Norm, die dem Hauptstädtischen Gericht die Benennung des „als Verwaltungsobergericht verfahrendes Gericht" zuteilte, für Verfassungswidrig erklärt aufgrund eines ex ante Normenkontrollantrags des Staatspräsidenten. Diese Benennung wurde folglich aus dem Gesetz entfernt und durch Zuständigkeitsregeln ersetzt.

[11] Die VAGs werden mit dem 31. März 2020 aufgelöst, und aus dem System der Verwaltungsgerichtsbarkeit wird dadurch eine Instanz entfernt. Ab dem 1. April 2020 verfahren acht ausgewählte Komitatsgerichte mit derselben territorialen Zuständigkeit, wie bis dahin die acht ausgewählten VAGs. Zweite Instanz wird nunmehr immer die Kurie sein (zugleich Revisionsinstanz). S. ausf. Rozsnyai 2020, 185–206.

Verwaltung in den meisten Fällen doch viel gewichtiger ist, als der Kläger. Zum dritten hatte die Effektivierung des Rechtsschutzes auch eine zeitliche Dimension. Zeitnahen Rechtsschutz zu gewähren schien – auch der guten Ergebnisse in den Statistiken auf EU-Ebene nach – hierbei die Sicherung des Rechtsschutzes vor und nach dem verwaltungsgerichtlichen Urteil zu sein. Darauf zielte die VPO durch die Ausweitung der Möglichkeiten der Eilmaßnahmen zum einen vor dem eigentlichen Verwaltungsprozess,[12] und zum anderen durch die richterliche Befugnisse zur Sanktionierung des Unterlassens des Vollzugs von verwaltungsgerichtlichen Urteilen durch die Verwaltung.[13]

Diesen drei Ausrichtungen der Effektivierung des Rechtschutzes tritt auch die Richtung der Effektivierung durch die Professionalisierung, durch die Qualitätssteigerung verwaltungsrechtlicher Rechtsprechung bei. Diese Professionalisierung ist sehr stark mit der Wahrnehmung der Funktionen der Verwaltungsgerichtsbarkeit verbunden werden – welche alle durch die Regeln des Verwaltungsprozessrechts – und die diese in der Rechtsprechung aktivierende Richterschaft – gewährt werden müssen.

Gewichtiger als im Zivilprozess ist neben der wichtigsten Funktion des subjektiven Rechtsschutzes aufgrund von den verfassungsrechtlichen Vorgaben der Gewaltenteilung die Funktion der objektiven Verwaltungskontrolle, welche auch bei Fehlen der subjektiven Rechtsschutzanspruchs erforderlich sein kann, eben zur Wahrung öffentlicher Belange, bzw. des Legalitätsgrundsatzes.[14] Um dieser Funktion gerecht zu werden, müssen gewisse prozessuale Rechtsverhältnisse anders ausgestaltet werden als im Zivilprozess. Die bisherige Nähe zur ZPO und die daraus stammende „Tradition" erlaubten es faktisch nicht, die Verwaltungsprozesse auf den Untersuchungsgrundsatz umzustellen. Der objektive Rechtsschutz wird deshalb weiterhin durch verschiedene Regeln und Rechtsinstitute gesichert. Zum einen kommt der Untersuchungsgrundsatz im Rahmen der Gesetze an den wichtigsten Stellen zum Tragen.[15] So ist es weiterhin bei den schwersten Fehlern und bei den schwächsten Klägern möglich, Beweisführung von Amts wegen anzuordnen,[16] zum anderen muss der Richter gewisse Fehler von Amts wegen beachten.[17] Auch schreibt die VPO die Umkehr der Beweislast für Fälle vor, in denen das vorhergehende Verwaltungsverfahren von Amts wegen eingeleitet wurde und der Kläger den dort festgestellten Sachverhalt streitig macht.[18] Eine wichtige Neuheit ist, dass nun der Rich-

[12] Kapitel IX (Art. 50–55) VPO.

[13] Kapitel XXVI (Art. 152–153) VPO.

[14] Diese doppelte Rechtsschutzfunktion zu wahren ist die wichtigste Aufgabe des Gerichts, Art 2 (1) VPO.

[15] Als Grundsatz verankert in Art 2 (5) VPO.

[16] Art 78 (5) VPO.

[17] Art 85 VPO.

[18] Art 79 VPO.

ter, falls er einer Klage stattgibt, von Amts wegen die Verwaltung verpflichten muss, die Folgen ihrer rechtswidrigen Verwaltungshandlung zu beseitigen.[19] Diese Möglichkeit fließt auch aus der verfassungsrechtlichen Aufgabe der Legalitätskontrolle.

Falls der Richter Beweisführung oder Verfahren von Amts wegen angeordnet hat, aber das Verfahren danach wegen Klagerücknahme oder fehlender Rechtsnachfolge einzustellen wäre, steht es dem Richter auch frei, sofern er aus Gründen des Gemeinwohlschutzes das Weiterbetreiben des Verfahrens für notwendig hält, statt der Einstellung des Verfahrens den Staatsanwalt zu benachrichtigen. Darüber entscheidet der Richter nach Ermessen, und der Staatsanwalt entscheidet auch nach freiem Ermessen über den Prozessbeitritt. Tritt er nicht bei, muß das Verfahren eingestellt werden.[20]

Mit diesen Regeln, beziehungsweise der Lockerung der Klagegebundenheit durch dessen Umformulierung,[21] sowie der Verschiebung in die Richtung der materiellen Kontrolle durch die Betonung der richterlichen Aufgabe der materiellen Prozessführung nach deutschem Muster[22] soll der objektive Rechtsschutz, d.h. die Rechtmäßigkeitskontrolle stärker gewährt werden. Eine andere Richtung des objektiven Rechtsschutzes ist auch weiterhin die Möglichkeit der Klageerhebung ohne persönliche Betroffenheit durch die sog. privilegierten Kläger.[23] Für die Schaffung der prozeduralen Waffengleichheit, die die Eingangsbestimmungen auch als Grundsatz hervorheben, sorgt die VPO mit vielen Regeln, die auch mit der Legalitätskontrolle in Verbindung stehen. So muß z.B. der Richter selber die Fehler der Benennung des Beklagten aufgrund der rechtlichen Zuständigkeitsregelung korrigieren, und auch die Änderungen in der Person des Beklagten aufgrund der Umgestaltung des Verwaltungsorganisationssystems darf nicht zur Last des Klägers fallen.[24]

Neben diese zwei grundlegenden Funktionen treten auch zwei weitere, der Zivilgerichtsbarkeit völlig fremde Aufgaben gegenüber der Verwaltung: zum einen die Stabilisierung von Verwaltungsentscheidungen, welche nur durch verwaltungsgerichtliche Urteile rechtskräftig werden können. Diese Rechtskraft dient nicht nur der Stabilisierung einzelner Verwaltungsentscheidungen durch die Abweisung der Klagen, sondern bei Rechtswidrigkeit der Korrektion der Aufgabenwahrnehmung von Verwaltungsorganen. Dadurch nimmt die Verwaltungsgerichtsbarkeit eine besondere Rolle in der Steuerung der verwaltungsrechtlichen Rechtsanwendungstätigkeit ein. Die Urteile der Verwaltungsgerichte ergehen zwar *inter partes*, da sie aber das zukünftige Verwaltungshandeln des Verwaltungsorgans in ähnlichen Sachen generell betreffen, haben sie eine steuernde oder regulierende

[19] Art 89 (3) VPO.
[20] Art. 81 (4) VPO
[21] Art. 85 (1) VPO.
[22] Art 71 (2) VPO.
[23] Art 17 VPO.
[24] Art 25 VPO.

Funktion auf die Verwaltungstätigkeit der einzelnen beklagten Organisationen, und auch auf die der über- und untergeordneter Verwaltungsorgane des beklagten Verwaltungsorgans aus.

Schließlich müssen wir noch eine Funktion nennen, die in der Verwaltungsgerichtsbarkeit eine enorme Rolle spielt. Diese Funktion üben auch die Zivil- bzw. Strafgerichtsbarkeit aus, aber da sie dies schon auf einer viel längeren Zeitspanne, mit dem Ergebnis von umfangreichen Gesetzbüchern und fein herausgearbeiteter Dogmatik tun, ist sie nicht so fokussiert, wie im Verwaltungsrecht: die Wahrung der Entwicklungsfähigkeit des Verwaltungsrechts. Verwaltungsrichter leisten nämlich einen großen Teil darin, die Verwaltungsrechtsdogmatik weiterzuentwickeln, beziehungsweise überhaupt herauszubilden. In der Gesetzgebung fehlt das oft, was auch darauf zurückzuführen ist, dass diese Gesetzgebung sektoral erfolgt, und die einzelnen Spezialgesetzgeber (bzw. diese Rechtsnormen vorbereitende Ministerien) nur auf ihre eigenen Erscheinungen fokussiert sind. Um dieser Funktion gerecht werden zu können, schafft die VPO sog. „dogmatische Beurteilungsspielräume" für die Richter.[25]

MASSGEBLICHE ÄNDERUNGEN IM VERHÄLTNIS VON VERWALTUNGSPROZESS UND ZIVILPROZESS – SCHAFFUNG VON DISTANZ

Das Prinzip der Autonomie der verwaltungsprozessualen Regeln

Um dieses Ziel der Effektivierung der Funktionen der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu erreichen, war es unabdingbar, die nötige Distanz von den zivilprozessualen Regeln beziehungsweise von der ZPO selber durch die Regeln des Verwaltungsprozessrechts zu schaffen. Dies resultierte in der Erarbeitung des Grundsatzes der Autonomie des Verwaltungsprozessrechts. Wieso war dies von Nöten? Bis 2017 spiegelte die Zivilprozessordnung, wie auch die herrschende Meinung der Richter die Auffassung wider, dass das Verwaltungsprozess nur ein besonderer Zivilprozess sei. Diese Auffassung hinderte die funktionale Weiterentwicklung der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung. Wenn wir uns die Ergebnisse der Zeit zwischen 1991 und 2016 ansehen, fällt es auf, dass die Verwaltungsrichterschaft eine enorme Menge von ZPO-Regeln zur funktionalen Anwendung im Verwaltungsprozess völlig umgedeutet hat. Trotzdem gab es in der Rechtsprechung viele Unsicherheiten, vor allem bei der Anwendung des Allgemeinen Teils der ZPO. So war zum Beispiel die herrschende Auffassung, dass Verwaltungsrichter keine Befugnis haben, einstweilige Anordnungen zu erlassen, da es im Kapitel XX des ZPO über Verwaltungs-

[25] S. ausführlich Rozsnyai 2020, Fn. 11.

prozesse diese nicht erwähnt wurde, sondern die Aussetzung der Vollstreckung als Mittel des einstweiligen Rechtsschutzes bereit stellte. Diese Regel deutete die Richterschaft nicht als ergänzende, sondern als alle anderen Formen von einstweiligem Rechtsschutz ausschließende Anordnung. Laut der Anwendungslogik der Regeln der besonderen Zivilprozesse waren die allgemeinen Regeln der ZPO in Verwaltungsprozessen mit den Abweichungen des Kapitels XX anzuwenden, die Rechtsprechung folgte aber nicht der ausweitenden, sondern der einengenden Interpretation. Dies führte dann später, in der Zeit der Vorbereitung der VPO dazu, dass die jüngeren Richter anfingen, den Begriff der Aussetzung der Vollstreckung zum Teil *contra legem* zu interpretieren, und Konstellationen, die eigentlich die einstweilige Anordnung benötigten, als Unterfälle der Aussetzung der Vollstreckung zu deuten.

Aus diesen historisch gewachsenen Eigenheiten finden wir zwischen den Eingangsbestimmungen der VPO den Grundsatz, dass die Vorschriften der ZPO nur bei explizitem Verweis der VPO und nur in Einklang mit deren Regeln und Prinzipien anzuwenden sind. Es hätte sich freilich auch der Weg geboten, ein vollständiges Regelwerk zum ZPO zu schaffen, dies hatte aber sowohl praktische als auch theoretische Hindernisse. Einerseits gilt das Gebot der Normsparsamkeit, bzw. das Verbot der unnötigen Duplizierung von Regeln gleicher Rechtsinstitute, die ein solches Unterfangen nicht nur zwecklos machen, sondern auch die Gefahr der Verletzung der Rechtssicherheit in sich tragen. Andererseits wurde die neue ZPO parallel zur VPO kodifiziert, und die Kodifikation der VPO erfolgte in einem solch angestrengtem Tempo, dass die Zeit nicht einmal zur Ausarbeitung der eigentümlichen Regeln der Verwaltungsprozesse reichte – es gab keine Zeit für die Kodifikation der nicht eigentümlichen Regeln zur Kodifikation der gemeinen Regeln, bzw. keine „ausleihbaren" Regeln, die die Parallelität der Regelung gemeiner verfahrensrechtlichen Institute nicht gefährdet hätten. Aus diesen Gründen entschied sich der Gesetzgeber zur Kodifikation der schon erwähnten Regel des Art. 6 VPO. Dies hatte zum Zweck, die nicht eigentümlichen Regeln dem verwaltungsprozessualen Regelwerk in einer Weise zuzuführen, welche die althergebrachte Dominanz der zivilprozessualen Regeln über die eigentümlichen Regeln des Verwaltungsprozesses nicht erlaubt. Es sollte verhindert werden, dass die Regeln der ZPO in einem zu großen Maß angewendet würden. Die Richter waren an diese Situation der Subsidiarität des Allgemeinen Teils der ZPO hinsichtlich der Anwendung der verwaltungsprozessualen Regeln gewöhnt und hätten diese Gewohnheit weiterhin beibehalten. So wären die neuen eigentümlichen Regeln der VPO in einem dysfunktionalen Rahmen eingebettet. Auch von dem Autonomieprinzip her war es wichtig, zu betonen, dass die VPO mit der ZPO gleichrangig ist – sie entwickelte sich sozusagen von der kleinen Tochter zur gleichgestellten Schwester. Ja, von der Perspektive der VPO her änderte sich die Relation von den zwei Prozessordnungen noch stärker, denn die VPO bestimmt nun selber, welche Regeln der ZPO im Verwaltungsprozess wie angewendet werden.

Der Verwaltungsrechtsweg und der Zivilrechtsweg: gleichrangige Alternativen

Art 4 VPO eröffnet den Verwaltungsrechtsweg allgemein gegen rechtswidriges Verwaltungshandeln. Für die Bestimmung des Verwaltungsrechtswegs reichte aber wegen deren Neuheit – und der wenig ausgebauten Dogmatik – der Hinweis auf die Zuordnung der Rechtsstreitigkeit zum Verwaltungsrecht aber nicht aus, deshalb wurde eine Generalklausel geschaffen, die die Streitigkeiten in Zusammenhang mit Verwaltungstätigkeit dem Verwaltungsrechtsweg zuwies, wobei die Verwaltungstätigkeit mit drei Elementen charakterisiert wird: es ist das (1) durch Verwaltungsrecht geregelte, (2) Rechtswirkung aufweisende Verwaltungshandeln (3) von Verwaltungsorganen beziehungsweise das Unterlassen solches Verwaltungshandelns.

Dies bedeutet einerseits, dass es nun für einzelne verwaltungsrechtliche Streitigkeiten des Weiteren keine Sonderzuweisungen mehr nötig sind, dies ist nur in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten verfassungsrechtlicher Art notwendig. Andererseits folgt daraus auch, dass die Zuweisung zum Zivilrechtsweg nicht die einzige generelle Rechtswegbestimmung ist: es bedarf immer der Klassifizierung des Rechtsstreits, um entscheiden zu können, welchen der zwei Rechtswege es zu beschreiten gilt.

In diesem Zusammenhang ist es interessant, auf den Rechtswegzuweisung der ZPO einen Blick zu werfen. In Art 1 der alten ZPO von 1952 wurde dessen Geltungsbereich durch eine Zielsetzung bestimmt: „Dieses Gesetz dient dazu, eine unparteiische Entscheidung der in Verbindung mit den Vermögens- und Persönlichkeitsrechten von natürlichen Personen und anderen Personen anhängigen Rechtsstreitigkeiten in einem Gerichtsverfahren unter Durchsetzung der in diesem Abschnitt festgelegten Grundsätze zu gewährleisten." Art. 1 der neuen ZPO bestimmt ihr Geltungsbereich nunmehr in Art 1. ohne Konkretisierung der Rechtsverhältnisse, der Zivilrechtsweg wird generell eröffnet, falls es keine andere gesetzliche Zuweisung gibt. „(1) Dieses Gesetz ist auf das Verfahren des Gerichts anzuwenden, wenn eine Rechtsnorm den Rechtsweg sichert und ein Gesetz nicht die Anwendung abweichender Vorschriften anordnet." Auf die Natur der Rechtsverhältnisse wird im Allgemeinen Teil der ZPO nirgends Bezug genommen, auch nicht in der Präambel. Dies kann einerseits so gedeutet werden, dass die ZPO keine Kenntnis davon nimmt, dass es auch andere generelle Rechtswegzuweisungen im Rechtssystem gibt, aber auch im Gegenteil so, dass der Gesetzgeber hier einen Auffangrechtswegzuweisung machen wollte, damit keine Streitigkeiten ohne Rechtsweg bleiben.

Auf jeden Fall bringt die neue Rechtswegzuweisung der VPO verstärkt die Gefahr der Zuständigkeitskonflikte mit sich. Diese Gefahr wird dadurch erhöht, dass mehrere Prozesse, die bislang als Zivilprozesse geführt wurden, mit dem Inkrafttreten der VPO dem verwaltungsrechtlichen Rechtsweg zugewiesen wurden: Streitig-

keiten in Zusammenhang mit Berufskammern, Verwaltungsverträgen, öffentlichen Dienstleistungen.[26]

Für deren adäquate Lösung galt es wiederum, die Dominanz der Zivilgerichtsbarkeit zu verhindern. Dazu stellte – umgekehrt wie die VwGO im deutschen Verwaltungsprozessrecht – Art 11 VPO und gleichlautend Art 24 (3) ZPO fest: Stellt das Verwaltungsgericht seine sachliche Zuständigkeit in einer Sache fest, so ist diese Entscheidung für das Zivilgericht bindend. Demnach sind keine positiven Zuständigkeitskonflikte möglich. Für negative Zuständigkeitskonflikte sieht die VPO die Entscheidung der Kurie vor, die in einem gemischten Senat zur Mehrheit mit Verwaltungsrichtern besetzt, vor.

DIE AMTSHAFTUNG

Wie schon erwähnt, wurde für Amtshaftungsansprüche keine Sonderrechtswegzuweisung geschaffen. Der schon erwähnte halbe Schritt in Richtung des dualistischen Modells bestand darin, die Rechtskraftwirkung der verwaltungsgerichtlichen Urteile auf diese Streitigkeiten auszuweiten. So ist Zulässigkeitsvoraussetzung eines Amtshaftungsanspruchs nach Art 24 (3) ZPO, dass das Verwaltungsgericht – soweit der Verwaltungsrechtsweg gegeben ist – die Rechtsverletzung rechtskräftig feststellt. Diese Zulässigkeitsvoraussetzung resultiert aus der materiellrechtlichen Regel des Zivilgesetzbuches, der den Anspruch nur dann statthaft macht, falls die Rechtsverletzung mit verwaltungsrechtlichen Rechtsmitteln nicht abzuwenden war. Daraus resultiert auch die andere neue Regel des Art 246 (4) ZPO, laut der die rechtskräftige Entscheidung des Verwaltungsgerichts hinsichtlich der Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns im Zivilprozess bindend für das Gericht ist.

Dies ist eine gesetzgeberische Reaktion auf die in der zivilrechtlichen Rechtsprechung ausgearbeiteten – m. E. völlig unbegründeten – Doktrin der „rechtsbereichsbezogener Rechtswidrigkeit" nach der das Zivilgericht die Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandeln im Zuge der Entscheidung über den Amtshaftungsanspruch autonom, nach dem Zivilrecht beurteilt. Es wird sich zeigen, welche Wirkung dies in der Rechtsprechung ausüben kann. Das Problem des Nacheinanders der Prozesse und die damit einhergehende lange Verfahrensdauer bleiben mit dieser Lösung leider erhalten, dies könnte nur durch den Transfer der Zuständigkeit für Amtshaftungsansprüche gelöst werden. Diese Konstruktion verhindert nur das Ausei-

[26] Diese Prozesse waren durch Kapitel XX der alten ZPO nicht handhabbar, da sie nicht auf Anfechtungsklagen beruhten, und auch drängte die meist nebengeordnete Position der Parteien diese Lösung auf wegen der althergebrachten Auffassung, dass verwaltungsrechtliche Rechtsverhältnisse auf Subordination bzw. Hierarchie beruhen. S. dazu Rozsnyai 2010, 61–122.

nanderhalten der Urteile der Zivil – und Verwaltungsgerichte in der Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns, die eine Charakteristik der früheren zivilrechtlichen Rechtsprechung war.

FAZIT: VON DER KLEINEN TOCHTER ZUR GLEICHGESTELLTEN SCHWESTER

Die Art der Regelung der Zuständigkeitskonflikte, das Prinzip der Autonomie des Verwaltungsprozessrechts, vor allem die Möglichkeit unterschiedlicher Auslegungen der ZPO in der Zivil- und in der Verwaltungsgerichtsbarkeit und die Teilung der Entscheidung über die Tatbestands-Voraussetzungen bei der Amtshaftung sind Regeln, die insgesamt als eine Art Hilfestellung zur Erlangung der tatsächlichen Autonomie der Verwaltungsgerichtsbarkeit dienen sollen. Die Distanzierung von der Zivilgerichtsbarkeit ist nach mehr als einem halben Jahrhundert Zusammenleben ist gewiss kein leichtes und schon gar nicht kurzfristiges Vorhaben, aber unabdingbar für eine funktionale Verwaltungsgerichtsbarkeit.

Natürlich birgt die VPO, und vor allem die Ausweitung des Rechtswegs mögliche langfristige Wirkungen für die Beziehungen zwischen Zivil(prozess)recht und Verwaltungs(prozess)recht in sich. Jetzt sei nur auf die zu erhoffenden dogmatischen Erträge zu verweisen, wobei das Zusammenwirken von Zivilrecht und Verwaltungsrecht sehr wichtig sind. So zum Beispiel die Aussicht auf eine eigenständige Dogmatik der Verwaltungsverträge oder die Fortentwicklung der Lehren und Regelung hinsichtlich der Personen des öffentlichen Rechts. Auch wird es lange nicht mehr vermeidbar sein, die Staatshaftung neu zu regeln. Hierbei könnten auch die Probleme der Amtshaftung ins Visier genommen werden. Dies sind nur ein paar Beispiele, die zeigen, dass Zivilrecht und Verwaltungsrecht aufeinander angewiesen sind, und als wechselseitige Auffangordnungen zu sehen sind.[27]

Distanz zu halten heißt nicht, dass die beiden Gerichtsbarkeiten streng voneinander getrennt werden sollten. Die Synergien, die sich aus dem Zusammenwirken und gemeinsamen Problemlösungen ergeben, bedeuten eine gegenseitige Bereicherung und Anstöße zur Fortentwicklung der Rechtsprechung beider Gerichtsbarkeiten. Grundlage hierzu bildet der Dialog zwischen den Gerichtsbarkeiten. Dafür hat die VPO auch vorgesehen, nicht nur bei der Zuständigkeitsregelung, sondern auch bei der Möglichkeit der Formung von gemischten Senaten an der Kurie. Diese Ände-

[27] S. ausf. z.B. Wolfgang Hoffmann-Riem, Eberhardt Schmidt-Aßmann (Hgg), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen (Baden.Baden, 1996); Ulrich Stelkens, Verwaltungsprivatrecht: Zur Privatrechtsbindung der Verwaltung, deren Reichweite und Konsequenzen (Berlin 2005).

rungen, die von Teilen der Richterschaft etwas zögerlich akzeptiert werden, müssen als Chancen hierfür gesehen werden, und das Miteinander der Gerichtszeige auf das Fundament der Selbständigkeit und Gleichwertigkeit neu aufgebaut werden.

BIBLIOGRAPHIE

Henrion de Pansley, M. (1818) *De l'autorité judiciaire en France*. Paris.

Hoffmann-Riem, W. und Schmidt-Aßmann, E. (Hgg) (1996) *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*. Baden-Baden.

Jakab, A. und Sonnevend, P. (2012) Kontinuität mit Mängeln. Das neue ungarische Grundgesetz. *ZaöRV,* 72, 79–102.

Rozsnyai, K. F. (2010) *Közigazgatási bíráskodás Prokrusztész-ágyban* [Die Verwaltungsrechtsprechung im Prokrustesbett]. Budapest: ELTE Eötvös Kiadó. 61–122.

Rozsnyai, K. F. (2013) Änderungen im System des Verwaltungsrechtsschutzes in Ungarn. *DÖV,* 9, 335–342.

Rozsnyai, K. F. (2017) A közigazgatási bíráskodás európai fejlődése [Die europäische Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit]. In: Fazekas, M. (Hg*.), Közigazgatási Jog Általános Rész III*. [Verwaltungsrecht Allgemeiner Teil III.] Budapest. 323–331.

Rozsnyai, K. F. (2019) Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Ungarn. In: Sommermann, K-P. und Schaffarzik, B. (Hgg.), *Handbuch der Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Europa*. Berlin – Heidelberg. Bd 2. 1569–1599.

Rozsnyai, K. F. (2020) Anfängliche Schwierigkeiten bei der Anwendung der ungarischen Verwaltungsprozessordnung. *Jahrbuch für Ostrecht,* 185–206.

Stelkens, U. (2005) *Verwaltungsprivatrecht: Zur Privatrechtsbindung der Verwaltung, deren Reichweite und Konsequenzen.* Berlin: Duncker & Humblot.

Stipta, I. (2014) Die Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Ungarn und die internationalen Modelle. *Journal on European History of Law,* 2, 73–79.

Trócsányi, L. (1990) *A közigazgatási bíráskodás egyes elméleti és gyakorlati kérdései* [Einige theoretische und praktische Fragen der Verwaltungsgerichtsbarkeit]. Budapest: MTA Államtudományi Kutatások Programirodája.

Rechtsschutz bei Massenschäden in den Visegrad 4 Staaten – sind bessere Durchsetzungsmechanismen erreichbar?*

RITA SIMON

Bei schwerwiegenden Massenschäden, wie bei dem Zusammenbruch eines Einkaufzentrums in Katowiceoder bei dem „Dieselgate"-Abgasskandal beschäftigt die Betroffenen nur eine gravierende Frage, wie sie für ihre Schäden am schnellsten und kostengünstigsten entschädigt werden können. In den Visegrad 4 Staaten – ähnlich zu anderen europäischen Ländern – existieren relativ viele kollektive Durchsetzungsmechanismen, jedoch bringen sie kaum die gewünschte Lösung. Die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen ist mühsam und schwierig und die Gerichtsverfahren dauern Jahre, wenn nicht Jahrzehnte. Im Mittelpunkt dieses Artikels steht die Problematik der Verbraucher-Massenschäden in den Visegrad 4 Staaten. Zum ersten werden die zwei Hauptarten der Massenschäden (qualifizierte Massenschäden und Bagatellschäden) unterschieden, dann die Lücken der existierenden osteuropäischen Durchsetzungsmechanismen dargestellt. Abschließend werden einige Lösungsvorschläge für die Verbesserung dieser Kollektiv-Mechanismen vorgeschlagen. Der Artikel geht von den Erkenntnissen aus, die in dem zweijährigen Projekt „Progress in collective redress mechanisms in environmental and consumer mass harm situations" erlangt wurden.[1]

* Dieser Artikel wurde durch das Programm zur langfristigen konzeptionellen Entwicklung des Instituts, gefördert (RVO: 68378122).

[1] Siehe Simon und Müllerova 2019, und Informationen über das Projekt [https://www.ilaw.cas.cz/en/research-and-projects/research-projects/collectiveredress/info.html] (19.10.2020).

HAUPTARTEN DER MASSENSCHÄDEN UND IHRE EIGENART

Bevor man sich mit den Hauptarten der Massenschäden beschäftigt, muss man Individualinteressen von Kollektivinteressen trennen. Laut ErwägG. 3) der Richtlinie 2009/22/EG über Unterlassungsklagen:[2]

> „Unter Kollektivinteressen sind die Interessen zu verstehen, bei denen es sich nicht um eine Kumulierung von Interessen durch einen Verstoß geschädigter Personen handelt. Dies gilt unbeschadet von Individualklagen der durch einen Verstoß geschädigten Personen."

Bei einem Kollektivinteresse ist ein allgemeines Interesse vorhanden, welches durch ein rechtswidriges Verhalten, z.B. durch unlautere Geschäftspraktik oder missbräuchliche Vertragsbedingungen beschädigt wird. Umgekehrt handelt es sich bei Massenschäden immer um Individualinteressen, die kumuliert werden; abgesehen davon, dass Massenschäden auch Kollektivinteressen betreffen können. Laut II. 3 b) der Empfehlung der Kommission (2013/396/EU) über Gemeinsame Grundsätze für kollektive Unterlassungs- und Schadensersatzverfahren vom 11. Juni 2013 wird als Massenschadenereignis[3] definiert:

> „[…] ein Ereignis, bei dem zwei oder mehr als zwei natürliche oder juristische Personen geltend machen, durch dasselbe rechtswidrige Verhalten oder durch ähnliche rechtswidrige Verhaltensweisen einer oder mehrerer natürlicher oder juristischer Personen geschädigt worden zu sein".

Oft werden beide Interessen durch dieselben Abwehrinstrumenten geschützt. Während es bei Kollektivinteressen vor allem um die Abstellung von rechtswidrigem Verhalten oder die Beendigung der Verwendung einer missbräuchlichen Vertragsklausel geht, ist bei den Privatinteressen die Kompensation der Betroffenen die Hauptzielrichtung.

Massenschäden können – je nach Höhe der erlittenen individuellen Schäden – sehr unterschiedliche prozessrechtliche Probleme aufwerfen, deswegen werden

[2] Richtlinie 2009/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen, *OJ L 110, 1.5.2009, p. 30–36,* ELI [http://data.europa.eu/eli/dir/2009/22/oj] (19.10.2020).

[3] Empfehlung der Kommission vom 11. Juni 2013 Gemeinsame Grundsätze für kollektive Unterlassungs- und Schadensersatzverfahren in den Mitgliedstaaten bei Verletzung von durch Unionsrecht garantierten Rechten, *OJ L 201, 26.7.2013, p. 60–65,* ELI [http://data.europa.eu/eli/reco/2013/396/oj] (19.10.2020).

zwei Hauptgruppen unterschieden: a) sog. qualifizierte Massenschäden und b) Bagatellschäden.[4]

Bei qualifizierten Massenschäden, wie z.B. bei den Telekom-Anlegerschäden in Deutschland, oder bei dem „Dieselgate"-Skandal geht es um relativ hohe Individualschäden, sodassdie Verbraucher höchstwahrscheinlich versuchen werden, ihre Schaden ersetzt zu bekommen. Aus prozesstechnischer Sicht ist es wichtig, dass ein Verfahren ins Leben gerufen wird, bei dem die Geschädigten-Gruppe sich schnell und kostengünstig organisieren kann und der Prozess nicht zu aufwendig für das Gericht wird. Bei Bagatellschäden, wie z.B. bei überhöhten Produktpreisen, bei niedrigerem Kakaogehhalt in der Schokolade, oder bei geringeren Füllmengen beim Bier, ist die Höhe der individuellen Schäden meistens unerheblich; deswegen versinkt der Verbraucher in sog. rationaler Apathie[5] und versucht kaum seinen Schaden ersetzt zu bekommen. Die Prozesskosten würden nämlich den Individualschaden überschreiten. Jedoch kumulieren sich Bagatellschäden auf Beträge von erheblichem wirtschaftlichem Belang. Jährlich schätzt man z.B. die Schäden von Füllmengenunterstreitung in Deutschland auf ca. 750 Millionen EUR.[6] Wegen unterlassener individueller Rechtsdurchsetzung scheint der Gewinn des „systematischen Rechtsbrechers" bei Bagatellschäden relativ sicher zu sein. Jedoch ist zu berücksichtigen, dass ohne Sanktion verbleibende unlautere Geschäftspraktiken nicht nur den Verbrauchern schädigen, sondern auch den gesamten Marktprozess. Deswegen sollten solche Mechanismen eingeführt werden, die geeignet sind Bagatellschäden schnell und effizient zu erstatten.

Bei der weiteren Analyse der vorhandenen juristischen Durchsetzungsinstrumente wird besonders darauf geachtet, ob mit dem unter Luppe genommenen juristischen Instrument beide Arten von Massenschäden ersetzt werden können.

LÜCKEN DER EXISTIERENDEN OSTEUROPÄISCHEN DURCHSETZUNGSMECHANISMEN

Die in Visegrad 4 Staaten eingesetzten Rechtsdurchsetzungsmechanismen von Verbrauchern unterscheiden sich von den westeuropäischen dadurch, dass hier die zivilrechtliche Durchsetzung eine untergeordnete Rolle spielt, auch wenn zahlreiche zivilrechtliche Durchsetzungsinstrumente in den Rechtssystemen vorhanden sind.[7] In dieser Hinsicht weisen die die Visegrader-Verbraucherschutzsysteme mehr Ähnlichkeit zu den skandinavischen auf, wo die verwaltungsrechtliche Durchsetzung –

[4] Karner 2015, 166.
[5] Reich 2014, 73.
[6] Micklitz und Stadler 2005, 13.
[7] Simon 2014.

von Aufsichtsbehörden durchgeführt – eine zentrale Rolle spielt. Was die einzelnen kollektiven Durchsetzungsmechanismen der Visegrad 4 Staaten betrifft, findet man auch gewisse Unterschiede, auch wenn die Rechtsrahmen relativ ähnlich sind. Im Allgemeinen werden folgende Durchsetzungsinstrumente in diesen Ländern eingesetzt: Unterlassungsklagen, Beschwerden bei der Aufsichtsbehörde, Actio popularis-Klagen, Gruppenklagen und kollektive Schadenersatzklagen. Unterlassung-, Actio-popularis-, Gruppen,- und Schadenersatzklagen sind zivilrechtliche Durchsetzungsmaßnahmen; Beschwerden verwaltungsrechtliche Maßnahmen. Die folgende Darstellung folgt den eingesetzten Instrumenten.

Unterlassungsklagen

Die Unterlassungsklagen sind europäische zivilrechtliche Durchsetzungsmechanismen[8] die in drei von den 4 Visegrad Länder relativ früh ins nationale Rechtssystem implementiert wurden. Als erstes setzte Ungarn 1997 Unterlassungsklagen in sein Rechtssystem um, dann Polen im Jahr 2000 und die Tschechischen Republik im Jahr 2002; die Slowakei nahm diesen Schritt jedoch erst im Jahr 2007 vor.[9] Der Geltungsbereich dieser Unterlassungsklagen ist in allen vier Ländern sehr breit, gilt praktisch in jedem Bereich, wo Verbrauchern ein Schutzrecht zukommt. Interessanterweise kann diese Klageart in der Slowakei[10] nicht nur im Fall missbräuchlicher Vertragsklauseln, sondern auch bei unlauteren Handelspraktiken als Hilfsmaßnahme angewendet werden.

Der slowakische Gesetzgeber hat der Unterlassungsverfügung den Erga-omnes Effekt so weit ermöglicht, dass das Klauselverbot nicht nur für den betroffenen Unternehmen gilt, sondern auch in jedem sonstigen Vertrag. Damit sollte die missbräuchliche Klausel von jedem Verbrauchervertrag eliminiert werden, was eine sehr wirksame Sanktion sein könnte. Jedoch ergeben sich bei der Umsetzung der Unterlassungsverfügung in der Slowakei mehrere praktische Probleme. Laut der slowakischen Zivilprozessordnung kann sich die Wirkung einer Gerichtsentscheidung nur auf die betroffenen Parteien beziehen, auch wenn das slowakische BGB eine Erga-omnes Wirkung der Entscheidung erlaubt. Auch die Formulierung des Wortlautes der konkreten missbräuchlichen Vertragsbedingungen ist häufig sehr kompliziert und weil in gewissermaßen jeder Vertrag einzigartig ist, wird die uni-

[8] Erlassen durch die Richtlinie 2009/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen, *OJ L 110, 1.5.2009, p. 30–36,* ELI [http://data.europa.eu/eli/dir/2009/22/oj] (19.10.2020) .

[9] Gesková 2019, 44.

[10] Gesková 2019, 45.

versale Definition derverbotenen Klausel sehr schwierig.[11] Diese zwei Hindernisse mindern die Wirkung des Erga-omnes-Effektes bedeutend.

In den Visegrad 4-Ländern kann eine relativ große Gruppe Antrag auf Unterlassungsklage stellen. Neben den Verbrauchern und Verbraucherorganisationen verfügt in Polen auch der Präsident des Wettbewerbsamtes und die Verbraucherombudsleute über ein Unterlassungsklagerecht, und in Ungarn auch die Staatsanwälte,[12] die Finanzaufsicht, die Verbraucherbehörde, die Kammern und Minister. Trotz der großen Initiatorengruppe sind die Unterlassungsklagen in den Visegrad 4-Ländern nur sehr selten eingesetzte kollektive Mechanismen. Jährlich reichen die größten Verbraucherverbände höchstens 1–2 solcher Klagen pro Land vor ihren nationalen Gerichten ein[13] und eine Statistik darüber, wie oft einzelne Verbraucher diese Klageart benutzen mangelt es leider. Theoretisch wäre dieses Mechanismus sowohl für die Geltendmachung von qualifizierten als von Bagatellen-Individualschäden möglich, vor allem wenn das Verdikt Erga omnes-Effekt haben kann, was in bestimmtem Maße – bis auf Tschechien – in allen diesen Ländern möglich ist. Als Hautprobleme dieser Klageart werden seine Länge, Komplexität und die Kosten des Verfahrens erwähnt. Ein weiteres Problem, welches dieses Instrument unpraktisch macht, besteht darin, dass es nur selten eine direkte Entschädigung der geschädigten Verbraucher erlaubt. Dies war auch der Grund warum der ungarische und polnische Gesetzgeber diese Klageart verbesserten und die Entschädigung durch Actio-Popularis Klagen oder Beschwerdemechanismen vor dem Wettbewerbsamt möglich machten.

Beschwerde bei der Aufsichtsbehörde

Verbraucherbeschwerden bei den zuständigen Behörden scheinen vielfach die einfacheren, billigeren und schnelleren Durchsetzungsmechanismen zu sein als Unterlassungsklagen.[14] Sowohl Verbraucher, als auch Verbraucherverbände verwenden dieses Instrument häufiger als Unterlassungsklagen. Auch wenn nicht alle Behörden gleich positiv auf die Beschwerden reagieren, sind die Auswirkungen eines Verwaltungsverfahrens im generell sehr positiv. Erstens verfügt die zuständige Aufsichtsbehörde, z.B. die nationale Handelsaufsichtsbehörde, oder die Finanzaufsicht über sektorspezifische Kenntnisse, was bei dem Prozess von Vorteil sein kann. Zweitens müssen die Verbraucherschutzorganisationen oder Verbraucher keine

[11] Gesková 2019, 47.

[12] Zwischen 2008 und 2013 waren gerade die Staatsanwälte in Ungarn die Initiatoren von Unterlassungsklagen, damit missbräuchliche Vertragsbedingungen von den Fremdwährungshypothekenverträgen eliminiert werden. Kritik siehe Csehi 2011, 27.

[13] Simon und Müllerová 2019, 247.

[14] Simon und Müllerová 2019, 249.

weitreichenden Nachweise vorlegen, um die Beweislast zu ermitteln. Drittens ist die durchschnittliche Verfahrensdauer eines Verwaltungsverfahren viel kürzer als ein Gerichtsverfahren.[15] Besonders effizient wird das Verfahren dadurch, dass die Behörde verwaltungsrechtliche Sanktionen verhängen darf, was die Unternehmen weitergehend motiviert und dem Verfahren eine abschreckende Wirkung verleiht.

In der Slowakei kann die slowakischen Handelsinspektion in dem Verwaltungsverfahren sogar einstweilige Maßnahmen festlegen, falls die Verbraucherorganisation dem Unternehmen vorher einen „Unterlassungsaufruf" bezüglich seines rechtswidriges Verhalten gesendet hat. Wenn der Gewerbetreibende nicht innerhalb von zwei Wochen auf den Aufruf reagiert, kann sich die Verbraucherorganisation an die Handelsinspektion wenden. Die Behörde kann als vorläufige Maßnahme die Einstellung von unlauteren Geschäftspraktiken oder missbräuchlichen Vertragsbedingungen anordnen, was viel billiger und schneller ist, als das Abwarten einer Gerichtsentscheidung. Das Verfahren ist auch flexibler als ein Gerichtsverfahren. Der Erfolg der verwaltungsrechtlichen Durchsetzung von Verbraucherrechten ist sehr bemerkenswert, obwohl behördliche Entscheidungen nicht die gleichen Wirkungen haben können wie Gerichtsurteile. Das Hauptproblem mit verwaltungsrechtlicher Durchsetzung ist, dass sie den geschädigten Verbrauchern normalerweise keine direkte Entschädigung bringt. Als einzige Ausnahme gilt Polen, wo eine direkte Entschädigung der Verbraucher durch den Präsidenten des Wettbewerbsamtes möglich ist. Als einziges relevantes Problem dieser sonst bei den Verbrauchern beliebten Maßnahme ist der Zeitrahmen anzusehen. Die betroffenen Unternehmen erheben nämlich regelmäßig eine Klage beim Verwaltungsgericht gegen die Entschädigungsverfügung, was das Verwaltungsverfahren drastisch verlängert. Zusammenfassend sollte festgestellt werden, dass verwaltungsrechtliche Maßnahmen sehr wirkungsvolle Instrumente sind, und wenn noch eine Entschädigung von Verbrauchern in einem Folge-Verfahren mit diesen verbunden werden könnte, wären sie optimal sowohl für Bagatell- als auch für qualifizierte Massenschäden.

Actio popularis-Klagen

Die Actio popularis Klagen sind sehr interessante Durchsetzungsmechanismen, die im Jahre 1997 in Ungarn eingeführt, und s im Jahr 2012 weiterentwickelt wurden. Durch diese Klagen können individuelle Verbraucheransprüche aus öffentlichem Interesse durchgesetzt werden. Diese Lösung verbindet einerseits individuelle Privatinteressen mit dem kollektiven Interesse, andererseits Unterlassungs- mit Schadenersatzansprüchen. Die Voraussetzung für die Anwendung dieser Instrumente ist, dass das rechtsverletzende Verhalten des Unternehmens eine Vielzahl von Ver-

[15] Simon und Müllerová 2019, 250.

brauchern betrifft, die zwar nicht einzeln identifiziert werden, aber leicht zu definieren sind. Zum Einreichen von Actio popularis Klagen sind Verbraucherorganisationen und bestimmte öffentliche Behörden berechtigt. Man muss zwischen zwei Arten von Actio popularis Klagen unterscheiden: Zwischen dem Anspruch von öffentlichem Interesse und der Durchsetzung von öffentlichem Interesse.

Bei dem Anspruch von öffentlichem Interesse kann eine Verbraucherorganisation oder ein Staatsanwalt vor dem Gericht verlangen, dass das Unternehmen seine rechtwidrige Handlung einstellt und die betroffenen Verbraucher entschädigt. Wenn der Verstoß bereits durch eine endgültige Entscheidung der Verbraucherschutzbehörde festgestellt wurde, dann kann eine Durchsetzung von öffentlichem Interesse beansprucht werden. Diese zweite Actio popularis Klageart ist praktisch eine follow-on Schadenersatzklage vor dem Gericht, wo eine Verbraucherorganisation oder die Verbraucherbehörde selbst die geschädigten Verbraucher zu entschädigen sucht.

Obwohl Actio popularis Klagen zu schneller Entschädigung verhelfen sollten, leidet die ungarische Praxis unter bestimmten Mängel. Nach Angaben der ungarischen Verbraucherorganisationen besteht das Hauptproblem bei dem Anspruch aus öffentlichem Interesse darin, dass Gerichte meistens nur den Rechtsverstoß feststellen, aber dem Entschädigungsanspruch nicht zusprechen. Eine Durchsetzung des öffentlichen Interesses wird nur selten angewendet, da eine vorherige endgültige Entscheidung der Verbraucherschutzbehörde erforderlich ist, was den gesamten Prozess verlängert.

Actio popularis Klagen könnten unter zwei Bedingungen sehr wirksame Mechanismen sowohl für die Entschädigung von qualitativen als auch von Bagatellschäden sein: Erstens, wenn die Gerichte bereit wären, Entschädigungsansprüche einer breiten Verbrauchergruppe zu erfüllen; und zweitens, wenn das Verwaltungsverfahren der Verbraucherschutzbehörde schneller wäre, oder die Behörde die Entschädigung in demselben Verfahren beantragen könnte. Eine beschleunigte Erledigung von diesen beiden Maßnahmen würde maßgeblich zu ihren Effektivität beitragen.

Gruppenklagen

Sammelklagen oder ähnliche Gruppenklagen wurden erstmals 2009 in Polen und 2016 in Ungarn eingeführt. Der tschechische und slowakische Gesetzgeber planen seit langem die Einführung von ähnlichen Klagearten,[16] aber die Geschäftslobby hindert weitgehend die Verabschiedung dieser Gesetze. Es scheint so, als ob bei-

[16] Tichý und Balarin 2013, 18.

de auf das endgültigen Erlassen der europäischen Verbandsklage-Richtlinie warten würden, der sich allerdings seit 2018 hinauszögert.[17]

Beim Vergleich der Gruppenklagegesetze in Polen und Ungarn ist zu beachten, dass beide Länder in gewisser Hinsicht dem amerikanischen Sammelklage-Modell folgen, jedoch ausschließlich eine Opt-in-Möglichkeit anbieten, wie Betroffene der Klägergruppe beitreten können. Beide Gesetze enthalten zahlreiche Schutzelemente, damit eine zerstörerische Klageindustrie auf Anwaltsinitiative[18] verhindert werden kann. Die ungarische Gruppenklage ähnelt mehr einer Musterklage, die polnische ist eine echte Gruppenklage. Die Gruppe der mit Klagerecht ausgestatteten Personen ist in beiden Ländern relativ begrenzt. Eine Gruppenklage kann nur durch die Betroffenen eingereicht werden, und in Polen auch noch durch Verbraucherombudsleute. Sonstige gemeinnützige Organisationen oder Behörden sind nicht zur Klageerhebung berechtigt. Die Hauptunterschiede zwischen den beiden Gruppenklagen werden durch die folgende Tabelle veranschaulicht.

Tabelle 1: Vergleich der Gruppenklagen in Polen und in Ungarn

Gruppenklage	*Polen*	*Ungarn*
Klageart	Class-action	Musterklage
Opt-in Mechanismus	+	+
Opt-out Mechanismus	–	–
Anwendungsbereich	Sehr begrenzt	Weiter
Klageberechtigte	Mmitglied der Gruppe Verbraucher-Ombudsmann	Mitglied der Gruppe
Gerichtskosten	Gesenkt max. 2%, bei Ombudsmann - kostenfrei	Allgemeine Regel
Loser pay-Prinzip	+	+
Anwaltshonorar	2-20 % (max 4-10%)	Je nach Vertrag

In Polen wurden in den letzten neun Jahren mehr als 250 Gruppenklagen eingereicht, was die Relevanz dieses Verfahrens belegt, wobei ca. ein Viertel der Klagen schon in der Zertifizierungsphase beendet wurden. In Ungarn wurden aufgrund der strengen Vorschriften der neuen Zivilprozessordnung nach Einreichung der Anspruchserklärungen noch keine Gruppenklage erfolgreich beendet. Jedoch lösten Gruppenklagen in beiden Ländern heftige Diskussionen aus und auch einige juristische Aspekte der Gruppenklagen wurden lautstark kritisiert. In Polen ist vor

[17] Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlamens und des Rates über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/22/EG, COM/2018/184 final – 2018/0089 (COD), Informationen über die Gesetzgebung [https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-area-of-justice-and-fundamental-rights/file-representative-actions-for-consumers] (19.10.2020).

[18] Reich 2014, 74.

allem das Anordnen von unterschiedlichen Forderungen in Untergruppen problematisch und der beschränkte Anwendungsbereich der Klage, weil ausschließlich Deliktische und Produkthaftungsansprüche Geltend gemacht werden können und die Geltendmachtung von Personenschäden nicht möglich sind. In Ungarn kritisiert man die laxe Regelung bezüglich der Streitführung und der Kooperation zwischen dem Gruppenleiter und den Gruppenmitgliedern.

Gruppenklagen könnten sehr effiziente Mechanismen zur Durchsetzung von individuellen Ansprüchen sein, wenn sie als Folgeklagen mit Unterlassungsklagen oder mit Verwaltungsentscheidungen verknüpft werden. Darüber hinaus wäre es sehr hilfreich, wenn dieses Instrument nicht nur von Betroffenen, sondern auch von Verbraucherorganisationen oder von Behörden verwendet werden könnte oder zumindest, wenn Verbraucherverbände als Gruppenkoordinatoren auftreten könnten. Es sollte auch beachtet werden, dass Opt-in-Mechanismen nur dann geeignet sind, wenn der Verbraucher einen relativ hohen finanziellen Verlust erlitten hat; geringfügige Forderungen von Verbrauchern werden bei einem Opt-in Mechanismus weiterhin unbeansprucht bleiben („rationale Apathie"). Für die Entschädigung von Bagatellschäden sollten Opt-out-Mechanismen verfügbar sein, sonst ist keine Erstattung zu erhoffen.

Kollektive Schadenersatzklagen

Schadenersatz ist für die effiziente Durchsetzung von Verbraucherrechten von wesentlicher Bedeutung. Aber nach Erläuterung der führenden Verbrauchorganisationen der vier Länder scheint der Mechanismus in der Praxis kaum zu funktionieren.[19] In der Tschechischen Republik und in Polen sind Verbraucherschutzorganisationen überhaupt nicht berechtigt Klagen auf Entschädigung von Verbrauchern für erlittene Schäden einzureichen. In der Slowakei und Ungarn besteht eine solche Berechtigung – bzw. in der Slowakei bestand sie nur bis 2013 – aber die Gerichte lehnten diese Ansprüche normalerweise ab. In der Slowakei wurde betont, dass Verbraucherorganisationen als Parteien der Klagen keine Entschädigung zugunsten der Verbraucher verlangen können, weil sie diese nicht vertreten. In Ungarn sind Verbraucherorganisationen zwar berechtigt, eine Wiederherstellung (in integrum restitutio) bei der Unterlassungsklage zu beantragen, aber die Gerichte zögerten, diesem Entschädigungsanspruch nachzukommen. Als besseres Beispiel für ein funktionierendes Entschädigungssystem sind die – schon angesprochenen – öffentlichen Entschädigungsmaßnahmen der polnischen Wettbewerbsbehörde zu erwähnen. Wie schon dargestellt ist dieser Mechanismus bei unlauteren Geschäftspraktiken sehr

[19] Detaillierter Simon 2019, 1395.

abschreckend, nur wegen der Einschaltung der Gerichte durch die Unternehmen verlängert sich dieses Verfahren bedeutend.

Zusammenfassend sollte es jedoch betont werden, dass die Berechtigung von Verbraucherorganisationen, kollektive Schadenersatzansprüche geltend zu machen; elementar für die erfolgreiche Durchsetzung der individuellen Ansprüche ist.

ZUSAMMENFASSUNG UND AUSBLICK

Diese Tabelle fasst die kollektiven Durchsetzungsmechanismen der Visegrad 4 Staaten zusammen. In Ungarn und in Polen sind nicht nur Unterlassungsklagen und Verwaltungsbeschwerden möglich, wie in der Tschechischen Republik und der Slowakei. Kollektive Schadensersatzklagen bringen sehr selten eine finanzielle Entschädigung zugunsten des Verbrauchers.

Tabelle 2: Kollektive Rechtsdurchsetzungsmechanismen in den Visegrad 4 Staaten

Kollektive Mechanismen	*Polen*	*Ungarn*	*Tschechien*	*Slowakei*
Unterlassungsklage gegen missbräuchliche Vertragsbedingungen	Administrativ oft angewendet	Justiziell	Justiziell, kaum angewendet	Justiziell, oft angewendet
Unterlassungsklage gegen unlautere Geschäftspraktiken	+	+	–	+
Actio popularis	Kollektive Kompensation, als administrative Maßnahme	1. Anspruch von öffentlichem Interesse 2. Durchsetzung von öffentlichem Interesse	–	–
Gruppenklage	+ (seit 2009)	+ (seit 2017)	Entwurf	–

Um unsere Ergebnisse zusammenzufassen muss festgestellt werden, dass die bestehenden Rahmenbedingungen für die Durchsetzung der Verbraucherrechte in den Visegrad 4-Ländern nicht zufriedenstellend sind. Aufgrund der Komplexität der Verfahren und des Mangels an materiellen Ressourcen der Verbraucherorganisationen sind die beliebtesten Maßnahmen in den Visegrad 4-Ländern billige und schnelle Verfahren, bei denen die Organisation keine ausreichenden Nachweise vorlegen muss, um die Beweislast zu ermitteln. Unterlassungsklagen sind sehr selten verwendete, langwierige und teure Mechanismen mit unbefriedigenden Ergebnissen. Die in integrum restitutio funktioniert nicht, entweder fehlt die Berechtigung von Verbraucherorganisation wegen mangelnden gesetzlichen Vorschriften oder wegen der Zurückhaltung der Gerichte.

Bei qualifizierten Massenschäden könnten Gruppenklagen prozessökonomisch sein, aber die Schadensberechnung im selben Prozess kann den Zivilprozess stark

beanspruchen. Unterlassungsklagen ohne follow-on Schadenersatzklagen sind für die effiziente Entschädigung nicht ausreichend.

Bei den Bagatellschäden versinkt der Verbraucher nach einer Risiko-Nutzen Berechnung der individuellen Prozessführungschancen in rationaler Apathie, deswegen sind Actio popularis Klagen undVerbandsklagen zu empfehlen; oder verwaltungsrechtliche Beschwerden, wo die Behörde nicht nur die Unterlassung des missbräuchlichen Verhaltens, aber auch die Entschädigung von Verbrauchern vorschreiben kann.

Ohne solche Mechanismen, die eine schnelle und effiziente Entschädigung der geschädigten Verbraucher gewährleisten, können Verbraucherrechte nicht zufriedenstellend durchgesetzt werden. Deswegen müssen unterschiedliche Klagearten als follow-on Mechanismen kombiniert werden.

BIBLIOGRAPHIE

Csehi, Z. (2011) Kételyek és kérdések az ügyész közérdekű keresetindításának jogáról. *Istum Aequum Salutare,* VII, 2.

Gesková, K. (2019) Collective redress mechanisms in Slovakia – "nothing ventured, nothing gained". In: Simon, R. und Müllerová, H. (Hgg.), *Efficient Collective Redress Mechanisms in Visegrad 4 Countries: An Achievable Target?* Praha.

Karner, E. (2015) Massenschäden und Verbraucherschutz. In: Schmidt-Kessel, M. und Strünck, Ch. und Kramme, M. (Hg.), *Im Namen der Verbraucher? Kollektive Rechtsdurchsetzung in Europa.* Jena: JWV.

Micklitz, H. W. und Stadler, A. (2005) *Verbrandsklagerecht in der Informations- und Dienstleistungsgesellschaft.* Münster: Hiltrup.

Reich, N. (2014) Der Effektivitätsgrundsatz im individuellen und kollektiven Rechtschutz im EU-Verbraucherrecht. *EUVR,* Vol. 3. (2).

Simon, R. (2014) Kollektive Durchsetzung der Verbraucherrechte in Ungarn und Tschechien. *Donau-Institut Working Paper,* No. 32.

Simon, R. (2019) More Efficient Collective Redress Mechanisms? Will the New Deal Directive on representative Actions for Protecting CollectiveInstruments of Consumers Improve the Resolution of Mass Harm Situation in the Visegrad 4 Countries? *ERPL,* Vol. 27, No. 6.

Simon, R. und Müllerová, H. (Hgg.) (2019) *Efficient Collective Redress Mechanisms in Visegrad 4 Countries: An Achievable Target?* Praha.

Tichý, L. und Balarin, J. (2013) Kolektivní ochrana procesních práv v ČR: sen či skutečnost. *Bulletin advokacie,* 3, 18.

Über das europäische Verbrauchervertragsrecht und die Herausforderungen bei der Umsetzung

LAJOS VÉKÁS

RICHTLINIENRECHTSETZUNG

Ein Rückblick

In den letzten dreieinhalb Jahrzehnten ist das Verbrauchervertragsrecht allmählich *europäisch geworden*. Angefangen hat dieser Prozess mit den Richtlinien über die außerhalb von Geschäftsräumen geschlossen Verträge („Haustürgeschäfte"), sowie über die Verbraucherkreditverträge und die Reiseverträge.[1] Diese Richtlinien haben eminent neuralgische Gebiete des Verbrauchervertragsrechts geregelt. Sie haben aber den Kern des klassischen Vertragsrechts noch nicht berührt. Die Klauselrichtlinie[2] und insbesondere die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie[3] waren die ersten Unionsrechtsakte, die das Zentrum des allgemeinen Vertragsrechts getroffen und damit bei der Umsetzung für den mitgliedstaatlichen Gesetzgeber eine echte Herausforderung bedeutet haben. Im deutschen Privatrecht hat man die Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie zum Anlass genommen, die seit längerer Zeit diskutierte, umfangreiche Reform des Schuldrechts und des Verjährungsrechts im BGB durchzuführen.[4] In den erst 2004 Mitgliedstaat gewordenen Staaten, wie Ungarn, sind die Verbraucherrichtlinien in der Regel bereits vor ihrer EU-Mitgliedschaft in ihr Rechtssystem freiwillig übernommen worden.[5]

Trotz ihrer Unvollkommenheit haben die Verbraucherrichtlinien auf dem jeweiligen Rechtsgebiet zu einer Vereinheitlichung oder zumindest zu einer starken *Annäherung der Vertragsrechte* innerhalb der Europäischen Union geführt und dadurch den *Binnenmarkt* gefördert. Außerdem konnte die Richtlinienumsetzung Chancen

[1] 85/577/EWG, 87/102/EWG, 90/314/EWG.

[2] 93/13/EWG. Die Klauselrichtlinie wurde 2019 durch die sogenannte „Omnibus-Richtlinie Verbraucherschutz" geändert.

[3] 1999/44/EG.

[4] Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 11. 10. 2001, in Kraft seit dem 1. 1. 2002.

[5] Siehe dazu Reich 2005, 239–262.

zur *Modernisierung* des veralteten nationalen Vertragsrechts geben. Der inzwischen ziemlich umfangreich gewordene Korpus des Verbrauchervertragsrechts in der EU hat aber für die Mitgliedstaaten *kodifikationstechnische und inhaltliche Probleme* bei der Umsetzung bedeutet. Die Richtlinien forderten die herkömmliche Rechtsdogmatik des Vertragsrechts heraus: sie setzten neue Grenzen für die Privatautonomie, veränderten die Regelung für das Zustandekommen des Vertrags, die Willensmängel, den Wegfall der Geschäftsgrundlage und viele andere.[6] Insbesondere hat ihre systemsprengende Wirkung für ein kodifiziertes Privatrecht Probleme verursacht.[7] Selbst die EU-Organe haben wiederholt die Verbesserung der Qualität der geltenden Rechtsvorschriften gefordert und auf die Hindernisse der einheitlichen Anwendung des Gemeinschaftsprivatrechts hingewiesen. Selbst sie äußerten sich kritisch über die bruchstückhafte Vereinheitlichung auf dem Gebiet des Privatrechts.[8] Diese Unzufriedenheit der EU-Organe führte zu der umfangreichen Umarbeitung der Materie des europäischen Verbrauchervertragsrechts durch die Verbraucherrechte-Richtlinie.[9]

Die Verbraucherrechte-Richtlinie

Die Verbraucherrechte-Richtlinie hat eine Wende in der Verbraucherschutzphilosophie der Kommission angekündigt. Sie hat das europäische Verbraucherprivatrecht auf neue Beine gestellt und die nationalen Gesetzgeber bei der Umsetzung in eine ganz neue Situation versetzt.[10] Sie hat erstmals den Grundsatz der *Vollharmonisierung* auf eine Horizontalrichtlinie angewendet. Dies galt sowohl für strengere als auch für weniger strenge Rechtsvorschriften zur Gewährleistung eines anderen Verbraucherschutzniveaus. Die beträchtlichen Schwierigkeiten wegen der Vollharmonisierung haben sich eindeutig schon bei der Umsetzung der neuen Verbrau-

[6] Siehe Micklitz und Reich 2009. Eine umfangreiche theoretische Bearbeitung dieser Problematik mit zusammenfassenden Thesen findet man in Eidenmüller 2011.

[7] Siehe Pfeiffer 2001, 9–33. (10).

[8] So etwa die Mitteilung der Kommission zum europäischen Vertragsrecht vom Juli 2001, KOM (2001) 398 endgültig = Abl.EG 2001 C 255 (Punkt 3.3 ff., 5.7 ff.); der Aktionsplan der Kommission über ein kohärentes europäisches Vertragsrecht – eine an das Europäische Parlament und den Rat gerichtete Mitteilung vom 12. 2. 2003, KOM (2003) 68 endgültig (Punkt 4.1.), sowie mehrere spätere Äußerungen der EU-Organe.

[9] Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte des Verbrauchers (Amtsblatt der EU 22.11.2011). Die Richtlinie galt für Verträge, die nach dem 13. Juni 2014 geschlossen worden sind. Die Richtlinie wurde 2019 durch die sogenannte „Omnibus-Richtlinie Verbraucherschutz" geändert.

[10] Zur Problematik der Verbraucherrechte-Richtlinie siehe Howells und Schulze 2009; Jud und Wendehorst 2009; Unger 2012, 270–304; Zöchling-Jud 2012, 550–574.

cherkreditrichtlinie gezeigt. Meines Erachtens kann die Vollharmonisierung nur für bestimmte konkrete Probleme, wie zum Beispiel bei Fristen und Folgen des Widerrufs, sinnvoll sein. Auch bei solchen Teilfragen muss sich die Regelung auf eine theoretische Grundlage stützen.

Der Grundsatz der Vollharmonisierung in der Verbraucherrechte-Richtlinie galt jedoch nicht für die „allgemeinen Regeln". Dementsprechend konnten die Mitgliedstaaten über den allgemeinen vorvertraglichen Informationspflichten hinausgehen. Zudem hat die Richtlinie das Prinzip der Vollharmonisierung auch anderswie aufgelockert. Beispielsweise konnten die Mitgliedstaaten im Bereich der Richtlinie 2006/123/EG, der Richtlinie 2000/31/EG und im Einklang mit denen zusätzliche Informationspflichten vorschreiben. Sie konnten außerdem sprachliche Anforderungen in Bezug auf die Vertragsinformationen in ihrem nationalen Recht aufrechterhalten oder einführen, um damit sicherzustellen, dass diese Angaben vom Verbraucher ohne weiteres verstanden werden.

DIE UMSETZUNGSPROBLEMATIK UND DIE UNGARISCHE PRIVATRECHTSKODIFIKATION

Die Umsetzungsproblematik

Die mitgliedstaatlichen Gesetzgeber haben bei der Umsetzung der Verbraucherrichtlinien *drei Lösungen* verwendet. Sie haben die Richtliniennormen in Einzelgesetzen oder in einem Sondergesetz für Verbraucherschutz (Verbraucherschutzgesetz) oder aber durch Integration in das Bürgerliche Gesetzbuch umgesetzt. Die meisten Mitgliedstaaten haben diese Methoden parallel angewandt. Wo liegen die *Vor- und Nachteile* der verschiedenen Umsetzungsmethoden?

a) Bei der in *Einzelgesetzen* erfolgten Umsetzung („*Copy and paste*"-Methode) ist zwar die europarechtliche Herkunft der Regeln leichter zu erkennen, auch den nötigen daraus folgenden Konsequenzen, d. h. der einheitlichen Auslegungspflicht und der Vorabentscheidungspflicht kann am einfachsten Rechnung getragen werden. Diese Methode führt jedoch zu einer Zersplitterung des Privatrechts. Deshalb ist diese Lösung, die lange Zeit bevorzugte Methode, insbesondere für ein kodifiziertes Rechtssystem, längerfristig nicht zu empfehlen. Dies hat man sogar in dem Vereinigten Königreich erkannt. Auf den gemeinsamen Vorschlag der Law Commissions of England und Schottland wurde das umfangreiche Consumer Rights Act 2015 verabschiedet.[11] Es gibt aber noch immer Mitgliedstaaten mit kodifiziertem Privatrecht (beispielswei-

[11] http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/15/contents/unacted.

se Frankreich), in deren Rechtsordnung die Einzelgesetz-Methode praktiziert wird.

b) Die zweite Methode fügt die privatrechtlichen Verbraucherrichtlinien in einem Sondergesetz (*Verbraucherschutzgesetz*) zusammen. Diese Lösung entspricht den Transparenzerfordernissen des Verbraucherschutzes, vermengt jedoch Normen unterschiedlichen Charakters und nimmt gleichzeitig das heute so wichtige Gebiet des Privatrechts aus dem Gesetzbuch heraus. Diese zweite Methode wird in Österreich bevorzugt und seit 2005 wendet man sie auch in Italien grundsatztreu an.[12]

c) Die dritte Methode integriert die Richtlinien thematisch *in das Bürgerliche Gesetzbuch* des jeweiligen Staates und hebt damit den grundsätzlich privatrechtlichen Charakter der Richtliniennormen hervor. Sie wird der Einheit des Privatrechts am ehesten gerecht. Man muss aber gleichzeitig sehen, dass bei dieser Methode das Transparenzgebot zu kurz kommen kann. Dieser dritten Option folgen das deutsche BGB und der neue tschechische Kodex vom Jahre 2012. Die beiden Gesetzbücher machen es doch auf verschiedene Weise. Das deutsche BGB stellt die Richtlinien möglichst thematisch ein. Das tschechische Gesetzbuch bildet dagegen einen separaten Abschnitt für die Verbraucherverträge im Buch I des Vierten Teils. In einem Kodex ist die deutsche Lösung eleganter.

Über die allgemein bekannten Vorteile einer Kodifizierung hinaus bringt die Integration in das Gesetzbuch auch jenen zusätzlichen Vorteil, dass sich die ansonsten unvermeidlichen Widersprüche zwischen den Bestimmungen der einzelnen Richtlinien verringern. So werden etwa auf den einzelnen Gebieten nicht unterschiedliche Fristen für das Widerrufsrecht des Verbrauchers festgelegt, wie es in den Richtlinien und in den umsetzenden Rechtsnormen immer wieder vorkommt. Ebenfalls können Probleme bei der Rechtsanwendung vermieden werden, die sich aus möglichen Überschneidungen der Regelungsbereiche ergeben.

Der gemeinsame schwache Punkt der zweiten und der dritten Lösung besteht darin, dass der Gesetzgeber die europarechtliche Herkunft der Regelungen eigens klarstellen muss, um damit ihre einheitliche Auslegung zu sichern.

d) Theoretisch wäre auch eine *vierte Lösung* möglich. Wie Stefan *Grundmann* mit Recht darauf hingewiesen hat, könnten die Verbraucherverträge wohl als einseitige Unternehmerverträge aufgefasst und in das HGB/UGB aufgenommen werden.[13]

[12] Decreto legislativo 206/2005.

[13] Grundmann 2002, 40–71. (68).

Über die Neukodifizierung des ungarischen Privatrechts

Parallel mit der Entwicklung des europäischen Verbrauchervertragsrechts wurde in Ungarn zwischen 1999 und 2013 eine umfangreiche Neukodifizierung des Privatrechts durchgeführt und 2013 ein neues Zivilgesetzbuch (im Folgenden: ZGB) verabschiedet.[14] Das Verhältnis zu dem europäischen Verbrauchervertragsrecht war eine der wichtigsten konzeptionellen Fragen während des ganzen Kodifikationsprozesses. Von Anfang an hat die Kodifikationskommission die in Einzelgesetzen erfolgte Umsetzung („*Copy and paste*"-Methode) abgelehnt. Um die strukturelle Einheit des Privatrechts möglichst zu bewahren, ist die 2003 angenommene Gesamtkonzeption davon ausgegangen, dass die Verbraucherrichtlinien möglichst vollständig in den neuen Kodex, wie ins deutsche BGB, integriert werden sollten. Im Verlauf der Ausarbeitung des ZGB hat sich aber die Meinung in der Kodifikationskommission geändert. Bei der Verwirklichung der Konzeption hat sich nämlich herausgestellt, dass die ursprüngliche Idee aus mehreren Gründen nicht oder nur sehr schwer zu verwirklichen war. Manche Richtlinien sind für eine echte Kodifikation gar nicht geeignet, weil sie eine zu detaillierte und schon deshalb oft zu ändernde Regelung darstellen. Außerdem enthalten mehrere Richtlinien nicht nur zivilrechtliche, sondern auch öffentlichrechtliche Normen. Verständlicherweise können die Letzteren nicht in einen privatrechtlichen Kodex eingebaut werden. Zudem hindert die Vollharmonisierung den mitgliedstaatlichen Gesetzgeber, bei einer überschießenden Umsetzung eigene moderne Akzente zu setzen.

Aus diesen Gründen hat die ungarische Kodifikationskommission die deutsche Lösung, d. h. die komplette Eingliederung der Verbraucherrichtlinien in das BGB, nicht mehr als Modell betrachtet und ihren ursprünglichen Ausgangspunkt aufgegeben. Stattdessen hat sie das Richtlinienrecht nur selektiv in den Entwurf für das ZGB eingebaut.[15] Damit hat die Kommission und ihrem Vorschlag folgend auch der Gesetzgeber die Bewahrung der Kodifikationsidee auf Kosten des Transparenzgebots bevorzugt. Sie sind davon ausgegangen, dass man dem Transparenzgebot auf andere Weise, etwa mit einer Art von Kompilation aller Verbraucherschutzvorschriften für die Verbraucher und die Verbraucherverbände, wie im französischen *Code de la consommation*, Genüge tun könnte.

[14] Gesetz Nr. V. vom 11. Februar 2013, in Kraft getreten am 15. März 2014. Siehe dazu Vékás 2016, 37–52.

[15] Siehe dazu Vékás 2009, 536–563.

Dementsprechend hat der verabschiedete Kodex von 2013 aus dem europäischen Verbraucherrichtlinienrecht nur die „*kodifikationsfähigen Kernelemente*" – und zwar thematisch – integriert und die übrige Rechtsmaterie des Verbraucherschutzes für ein neues Verbraucherschutzgesetz überlassen. Dies ist in drei Punkten wie folgt zusammenzufassen.

a) In das ZGB *integrierte Richtliniennormen*:
- Der Kodex enthält den *Verbraucher- und den Unternehmerbegriff*.[16] Verbraucher ist jede natürliche Person, die zu Zwecken handelt, die außerhalb ihrer gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit liegen.
- Die Regeln der *Klauselrichtlinie* sind – überschießend – in dem allgemeinen Vertragsrecht des ZGB unter den Normen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen aufgenommen worden.[17] Die missbräuchlichen Klauseln sind in Verbraucherverträgen zugunsten des Verbrauchers (d. h. relativ) nichtig,[18] in sonstigen Verträgen nur anfechtbar.[19] Das deutsche Schuldrechtsmodernisierungsgesetz hat eine ähnliche Lösung gewählt. Die Klauselrichtlinie ist in das BGB integriert worden.[20] Im deutschen Recht finden jedoch nicht alle umgesetzten Regeln für Nichtverbraucherverträge Anwendung[21] und die neugefassten Normen für Verbraucherverträge sind mit speziellen Maßgaben anzuwenden.[22]
- Ähnlich wurden die Regeln der *Verbrauchsgüterkaufrichtlinie* – überschießend und teils überobligatorisch – in das allgemeine Vertragsrecht des ZGB unter den allgemeinen Normen über Gewährleistung und Garantie integriert.[23]

Mit der Integration der Klauselrichtlinie und der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in dem ZGB konnte man die *soziale Dimension* des Privatrechts in dem Gesetzbuch zum Ausdruck bringen. Trotz des privatrechtsfremden Charakters der Unabdingbarkeit der Regelungen für Verbraucherverträge und anderer Schwierigkeiten inhaltlicher und systematischer Art, wollte man derart wichtige Gebiete des Vertragsrechts wie die Kontrolle missbräuchlicher Klauseln sowie die Gewährleistung und

[16] § 8:1. ZGB.
[17] § 6:102–§ 6:104. ZGB.
[18] § 6:103. Abs. (3) ZGB.
[19] § 6:102. Abs. (5) ZGB.
[20] §§ 305–309 BGB.
[21] § 310 Abs. (1) BGB.
[22] § 310 Abs. (3) BGB.
[23] § 6:157 ff. ZGB und § 6:171 ff. ZGB. Diese Normen müssen bis zum 1-sten Juli 2021 an die Richtlinie des Parlaments und des Rates (EU) 2019/771 (20. Mai 2019) angepasst werden.

Garantie bei mangelhafter Erfüllung nicht in dem Verbraucherschutzgesetz regeln. Die Eingliederung dieser Regeln wurde durch jenen Umstand erleichtert, dass in diesen Richtlinien Lösungen gewählt worden sind, die zur Verallgemeinerung geeignet waren und in überschießender, teils auch überobligatorischer Umsetzung, eine wahre Kodifizierung und eine echte inhaltliche Reform ermöglicht haben.

- Die privatrechtlichen Kernregeln der *Pauschalreise-Richtlinie* haben Platz unter den Regeln über den Reisevertrag gefunden.[24]
- Auch die Umsetzung der *Produkthaftungsrichtlinie* ist noch zu erwähnen, obwohl sie nicht nur verbraucherschützendem Zweck dient. Ihre vollharmonisierten Normen sind im Deliktsrecht des Gesetzbuches umgesetzt worden.[25]

b) Das ZGB hat außer diesen meist überschießend integrierten europäischen Normen noch einige gemeinsame Regel aus den Verbraucherrichtlinien herauskristallisiert, als *allgemeine Normen* für Verbraucherverträge definiert und thematisch eingebaut. Als solche können die folgenden Begünstigungen für den Verbraucher erwähnt werden:
   - allgemeine *erhöhte Informationspflicht* gegenüber dem Verbraucher;[26]
   - *Vertragsauslegung* zugunsten des Verbrauchers;[27]
   - *günstigere Frist* für den Verbraucher zur Geltendmachung seiner Rechte;[28]
   - gesetzliche *Vermutung des Mangels* der Ware zugunsten des Verbrauchers;[29]
   - *Ausschluss eines Bereicherungsanspruchs* des Unternehmers bei Ausbesserung oder Austausch der mangelhaften Ware;[30]
   - spezielles *Rücktrittsrecht*;[31]
   - *vorzeitige Erfüllung* einer Geldzahlungspflicht durch den Verbraucher kann nicht ausgeschlossen oder mit zusätzlichen Kompensationspflichten sanktioniert werden.[32]

Diese Rechte sind für den Verbraucher im allgemeinen Vertragsrecht des ZGB teils in verallgemeinerter Form *durch zwingende Normen* gesichert worden.

[24] § 6:254. ZGB.

[25] § 6:550 ff. ZGB.

[26] Siehe z. B. § 6:82. ZGB beim elektronischen Vertragsabschluss. Vgl. Schulze, Ebers und Grigoleit 2003.

[27] § 6:86. Abs. (2) ZGB.

[28] Z. B. 2 Monate für Reklamation wegen Mangels der Ware und 2 Jahre für die Verjährung der Gewährleistungspflicht des Unternehmers in § 6:162. Abs. (2) ZGB, bzw. 6:163. Abs. (2) ZGB.

[29] § 6:158. ZGB.

[30] § 6:167. Abs (1) ZGB.

[31] Z. B. § 6:220. Abs. (2) und (3) ZGB.

[32] § 6:131. ZGB.

c) Schließlich sind aus der Verbraucherrechte-Richtlinie die *beiden kaufrechtlichen Regeln* in das ZGB eingefügt worden. So enthält das Gesetz die Rechtsvorschriften über die Lieferungsfrist und das Rücktrittsrecht des Verbrauchers bei Versäumung der Lieferungsfrist,[33] sowie über den Gefahrübergang bei Versendung der Ware.[34] Die sonstigen Regeln dieser Richtlinie, insbesondere die vollharmonisierte Neuregelung der Fernabsatz- und Haustürgeschäfte sind in das Verbraucherschutzgesetz integriert worden.

Ein zusätzliches Argument für die monistische Kodifikation

In den Staaten Zentral- und Osteuropas hat sich nach der politischen Wende bei den Privatrechtskodifikationen die Diskussion darüber entfacht, ob der Gesetzgeber in der Kodifizierung dem monistischen oder eher dem dualistischen Prinzip folgen sollte. Es wurde vor allem die Frage gestellt, ob die traditionellen *Handelsverträge* als Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, oder in einem eigenständigen Handelsgesetzbuch (oder, wie in Österreich, in einem Unternehmensgesetzbuch[35]) geregelt werden sollten.[36] Für die erste Lösung sprachen sowohl die historischen Erfahrungen[37] als auch die Lehren der Rechtsvergleichung.[38] Aus diesen Überlegungen wurde das Vertragsrecht in dem Bürgerlichen Gesetzbuch einheitlich geregelt. So geschah es nicht nur in Ungarn, sondern, bis auf Bulgarien, in allen Neukodifikationen Zentral- und Osteuropas.[39] Man wollte dadurch eine strukturelle Doppelregelung (BGB, HGB/UGB) oder gar eine Tripelregelung (BGB, HGB/UGB, VbrSchG/KSchG) des Vertragsrechts innerhalb einer Rechtsordnung vermeiden.

Bei der Ablehnung eines separaten Handelsvertragsrechts in Ungarn haben neben den bekannten historischen Erfahrungen und den rechtsvergleichenden Argumenten auch die Entwicklungen im europäischen Verbrauchervertragsrecht eine gewisse Rolle gespielt. Wenn nämlich Verbraucherverträge, wie der Verbrauchsgüterkauf, der Reisevertrag oder der Verbraucherkreditvertrag in dem privatrechtli-

[33] Artikel 18 Verbraucherrechte-richtlinie, § 6:220. ZGB.

[34] Artikel 20 Verbraucherrechte-richtlinie, § 6:219. ZGB.

[35] Handelsrechts-Änderungsgesetz (NR: GP XXII RV 1058 AB 1078 S. 122. BR: AB 7388 S. 725.), BGBl., Teil I. – 27. Oktober 2005 – Nr. 120. Siehe dazu Schauer 2004, 23–31; *derselbe* 2006, 64–79.

[36] Siehe hinzu Vékás 2009, 536–563 (541 ff.).

[37] Eine rechtshistorische Analyse des eigenständigen Handelsrechts siehe bei Raisch 1962; *derselbe* 1965; Müller-Freienfels 1978, 583–621. Es ist hier zu erwähnen, dass es auch in der „Hochkonjunktur" der selbständigen Handelsgesetze Ausnahmen gab. Der Codice civile des Herzogtums von Parma, Piacenza und Guastalla vom Jahre 1820 und genauso der Codice civile von Modena vom Jahre 1851 sind eher dem monistischen Konzept gefolgt. Vgl. dazu Hamza 2002, 192.

[38] Vgl. dazu ausführlich Vékás 2004, 462 ff.

[39] Auch die russische Privatrechtskodifikation in den 1990-er Jahren ist dem monistischen Prinzip gefolgt. Vgl. dazu Shadikov 1996, 259–272; 1999, 903–919.

chen Kodex einen Platz bekommen haben, wie es in Ungarn und auch in anderen Mitgliederstaaten geschehen ist, dann war dies ein zusätzlicher Grund, auch die ehemals im Handelsgesetzbuch geregelten Verträge in das Bürgerliche Gesetzbuch aufzunehmen.

ÜBEROBLIGATORISCHE UND ÜBERSCHIESSENDE UMSETZUNG

Überobligatorische Umsetzung

Wie ein Kompendium aus dem Jahre 2008 zeigt, sind früher die Mitgliedstaaten fast ausnahmslos über den Mindeststandard der Verbraucherrichtlinien hinausgegangen.[40] Sie haben die Verbraucherrichtlinien in vielen Fällen *überobligatorisch* umgesetzt und dem Verbraucher möglichst mehr Recht gesichert als es die Mindestharmonisierung in den Richtlinien verlangt hat. Seitdem jedoch die EU-Organe zu der Methode der Vollharmonisierung übergegangen sind, besteht diese Möglichkeit nicht mehr. In dem Regelungsbereich der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie haben jedoch die Mitgliedstaaten auch nach der Verbraucherrechte-Richtlinie die Möglichkeit, dem Verbraucher mehr Recht zu gewähren als es ihm in der Richtlinie zugesichert ist. Diese Rechtslage wird vom 1-sten Januar 2022 durch die Richtlinie des Parlaments und des Rates (EU) 2019/771 (20. Mai 2019) grundlegend geändert. Diese Richtlinie hat von diesem Zeitpunkt die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie außer Kraft gesetzt und grundsätzlich die Vollharmonisierung eingeführt.

Überschießende Umsetzung

a) Beim Einbau des Richtlinienrechts in ein bürgerliches Gesetzbuch kann man aus *zwei Möglichkeiten* wählen. Bei der *ersten Option* beschränkt man die Anwendung des umgesetzten europäischen Rechts auf die Verbraucherverträge. So besteht aber die Gefahr, dass die Regelung des betroffenen Vertrags (vertraglichen Problems) innerhalb des Gesetzbuches zumindest teilweise verdoppelt wird. So ist es beispielsweise im tschechischen Gesetzbuch von 2012 hinsichtlich der Regelung von Kaufverträgen geschehen. In diesem Kodex regelt Abschnitt 4 im Teil IV den Verbrauchsgüterkauf[41] und daneben gelten Sonderbestimmungen für die Kaufverträge zwischen Nichtunternehmern.[42] Das deutsche BGB hat bei ähnli-

[40] Schulte-Nölke, Twigg-Flesner und Ebers 2008.
[41] §§ 1810–1867. tschechisches BGB.
[42] §§ 2158–2174. tschechisches BGB.

cher Ausgangposition diesen Nachteil damit gemindert, dass für den Verbrauchsgüterkauf nur einige abweichende Bestimmungen aufgestellt worden sind.[43] Sonst ist auch das allgemeine Kaufvertragsrecht des BGB an die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie angepasst und dadurch modernisiert worden. Dies ist vor allem mit der Annahme der Erfüllungstheorie, der Definition des Sachmangelbegriffs, der Verankerung des Nacherfüllungsanspruchs und der Neuregelung der Verjährungsfristen verwirklicht worden.[44]

b) Bei der *zweiten Option* erstreckt der mitgliedstaatliche Gesetzgeber die Anwendung der Richtlinienregeln auch auf die Nichtverbraucherverträge: *überschießende Umsetzung*.[45] Auf diese Weise kann eine überflüssige Wiederholung der Normen vermieden werden. Außerdem hat die überschießende Umsetzung weitere augenfällige Vorteile. Vor allem können auf diese Weise die aus der Umsetzung der Richtlinie entstehenden Chancen zur Modernisierung des alten Rechts auf alle Verträge ausgedehnt genutzt werden. Aus diesen Gründen haben mehrere Mitgliedstaaten die Klauselrichtlinie und noch mehr die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie überschießend umgesetzt. Zu diesem Kreis gehört auch Ungarn. Der ungarische Gesetzgeber hat die Anwendung dieser beiden Richtlinien auch auf die Nichtverbraucherverträge erweitert. Der zwingende Charakter der Vorschriften zugunsten des Verbrauchers (aber nur bei diesen Verträgen) musste natürlich klar zum Ausdruck gebracht werden.[46]

Bei einer überschießenden Umsetzung der Richtliniennormen erhebt sich die Frage, ob das europarechtliche Erfordernis der *einheitlichen Auslegung* auch bei der Anwendung der Richtliniennormen für Nichtverbraucherverträge besteht. Diese Frage ist in der Literatur mehrfach diskutiert worden. Man kann beispielsweise fragen, ob die Auslegung der Absätze (2) und (3) des Artikels 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie durch den EuGH in den Vorlagefällen Gebrüder Weber GmbH und Ingrid Putz[47] auch bei Nichtverbraucherverträgen maßgebend wäre. *Hartkamp* vertritt die Ansicht, dass die Interessenlage der Parteien in solchen Fällen anders ist als in dem Sachverhalt der Richtlinie.[48] Aus der Sicht der Einheit des nationalen Privatrechts kann man jedoch die gegenteilige Meinung vertreten und so auch den überschießenden Normbereich im Licht der EU-Vorgabe auslegen. Auf diese Weise

[43] §§ 474–479. BGB.
[44] § 434 ff. BGB.
[45] Siehe dazu Habersack und Mayer 2015, 298–326; Jäger 2006.
[46] So in den §-en 6:85. Abs.(2) ZGB; 6:98. Abs (2) ZGB; 6:100–6:101. ZGB; 6:157. Abs. (2) ZGB.
[47] C-65/09 und C-87/09.
[48] Hartkamp, Sieburgh und Devroe 2017, 20–21, 403–418.

kann eine gespaltene Auslegung derselben Norm vermieden werden. Diese Auffassung kann man heute als die eher herrschende Lehre betrachten.[49] Auch der BGH hat die richtlinienkonforme Auslegung bei einer überschießenden Umsetzung der ehemaligen „Haustürgeschäfte"-Richtlinie verlangt.[50]

FAZIT

Zweifelsohne haben die Verbraucherrichtlinien zur *Stärkung der Rechte* der Verbraucher in der Europäischen Union beigetragen und die diesbezüglichen Regelungen in den Mitgliedstaaten harmonisiert. Die unreifen rechtsdogmatischen Lösungen und die systemsprengende Wirkung der Richtlinien haben jedoch die mitgliedstaatliche Gesetzgebung bei ihrer *Umsetzung vor eine schwere Aufgabe* gestellt. Es war nicht einfach, den wechselnden Konzeptionen der Kommission zu folgen und die pointilistisch bestimmten Themen in ein geordnetes Rechtssystem umzusetzen, gar in ein Gesetzbuch zu integrieren. Man kann nur hoffen, dass die alten Fehler im Rahmen des 2018 in Gang gesetzten neuen, umfangreichen und anspruchsvollen Reformprogramms („*New Deal for Consumers*") nicht wiederholt werden. Mit der in diesem Programm bereits ausgearbeiteten sogenannten „*Omnibus-Richtlinie Verbraucherschutz*" werden die Verbraucherrechte wesentlich gestärkt. Diese Rahmenrichtlinie will vor allem den Herausforderungen auf dem Gebiet der digitalen Dienstleistungen gerecht werden. Für die neuen Mitgliedstaaten ist die Regelung über die sogenannte „Dualität in der Qualität von Produkten" von eminenter Bedeutung. Sie sanktioniert die Situationen, wenn die mit derselben Marke auf den Markt gebrachten Produkte in verschiedenen Mitgliedstaaten unterschiedliche Qualität haben.

BIBLIOGRAPHIE

Eidenmüller, H. et al. (2011) *Revision des Verbraucher-acquis*. Tübingen: Mohr Siebeck.

Grundmann, S. (2002) Verbraucherrecht, Unternehmensrecht, Privatrecht – warum sind sich UN-Kaufrecht und EU-Kaufrechts-Richtlinie so ähnlich? *AcP,* 202, 40–71. (68).

Habersack, M. und Mayer, Ch. (2015) Die überschießende Umsetzung von Richtlinien. In: Riesenhuber, K. (Hg.), *Europäische Methodenlehre*[3]. Berlin, München: De Gruyter, [u. a.] 298–326.

[49] Seihe dazu mit vielen weiteren Nachweisen Kramer 2016, 330 Fn 1098; nuancierter und ausführlicher Kramer 2019, 206 f.

[50] Urteil Az. XI ZR 91/99, 9. April 2002; vgl. jedoch die „Granulat"-Entscheidung: BGH VIII ZR 226/11 = EuZW 2013, 157 = JZ 2013, 189.

Hamza, G. (2002) *Die Entwicklung des Privatrechts auf römischrechtlicher Grundlage unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsentwicklung in Deutschland, Österreich, der Schweiz und Ungarn*. Budapest: Andrássy. 192.

Hartkamp, A. S., Sieburgh, C. H. und Devroe, W. (Hgg.) (2017) *Cases, Materials and Text on European Law and Private Law*. Oxford, Portland (Oregon): Hart Publishing. 20–21, 403–418.

Howells, G. und Schulze, R. (Hgg.) (2009) *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*. München: Sellier.

Jäger, T. (2006) *Überschießende Richtlinienumsetzung im Privatrecht*. Baden-Baden: Nomos.

Jud, B. und Wendehorst, Ch. (Hgg.) (2009) *Neuordnung des Verbraucherprivatrechts in Europa? Zum Vorschlag einer Richtlinie über Rechte der Verbraucher*. Manz, Wien.

Kramer, E. A. (2016) *Juristische Methodenlehre*[5]. München: Beck, Manz, Stämpfli.

Kramer, E. A. (2019) Methodologische Sonderprobleme bei der Interpretation rezipierten Rechts. *Juristische Blätter,* 141, 201–209.

Micklitz, V und Reich, N. und Rott, P. (Hgg.) (2009) *Understanding EU Consumer Law.* Antwerpen, Oxford, Portland: Intersentia.

Müller-Freienfells, W. (1978) Zur „Selbstständigkeit" des Handelsrechts, in *Festschrift für Ernst von Caemmerer*. München: Beck. 583–621.

Pfeiffer, Th. (2001) Richtlinien der EU und ihre Umsetzung: Umsetzungstreue und Harmonie der Richtliniengebung mit zivilrechtlicher Dogmatik. In: Hohloch, G. (Hg.), *Richtlinien der EU und ihre Umsetzung in Deutschland und Frankreich.* Baden-Baden: Nomos. 9–33. (10).

Raisch, P. (1962) *Die Abgrenzung des Handelsrechts vom bürgerlichen Recht als Kodifikationsproblem des 19 Jahrhunderts*. Stuttgart: Encke Verlag.

Raisch, P. (1965) *Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts*. Karlsruhe: C. F. Müller.

Reich, N. (2005) Wandlungen des Rechts der vertraglichen Schuldverhältnisse in neuen Mitgliedstaaten unter dem Einfluss des EG-Rechts. In: Brüggemeier, B. (Hg.), *Liber Amicorum Eike Schmidt.* Heidelberg: Müller. 239–262.

Schauer, M. (2004) Das Sondervertragsrecht der Unternehmer im UGB. *JBl,* 126.

Schauer, M. (2006) Handelsrechtsreform: Die Neuerungen im Vierten und Fünften Buch. *ÖJZ,* 64–79.

Schulte-Nölke, H., Twigg-Flesner, Ch. und Ebers, M. (Hgg.) (2008) *EC Consumer Law Compendium.* München: Sellier.

Schulze, Th. R., Ebers, M. und Grigoleit, H. Ch. (Hgg.) (2003) *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire.* Tübingen: Mohr Siebeck.

Shadikov, O. (1996) Das neue Zivilgesetzbuch Russlands. *ZEuP,* 4, 259–272.

Shadikov, O. (1999) Das neue Zivilgesetzbuch Russlands. *ZEuP,* 7, 903–919.

Unger, O. (2012) Die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher – Eine systematische Einführung. *ZEuP,* 20, 270–304.

Vékás, L. (2004) Integration des östlichen Mitteleuropas im Wege rechtsvergleichender Zivilrechtserneuerung. *ZEuP,* 12, 454–476.

Vékás, L. (2009) Über die Expertenvorlage eines neuen Zivilgesetzbuches für Ungarn. *ZEuP,* 17, 536–563.
Vékás, L. (2016) Über das ungarische Zivilgesetzbuch (ZGB) im Spiegel der neueren europäischen Privatrechtsentwicklung. *ZEuP,* 24, 37–52.
Zöchling-Jud, B. (2012) Acquis-Revision, CESL und Verbraucherrechte-Richtlinie. *AcP,* 212, 550–574.

SEKTION IV / SECTION IV

Sektionsleiterin: *Krisztina Karsai*

Strafrecht

Criminal Law

Metamorphose des rechtsstaatlichen Strafrechts

EDUARDO DEMETRIO CRESPO[1]

I. Einführung. II. Grundrechtsorientierung als Delegitimierungsmodell; III. Bedeutungsebenen bei der Definition von Grundrechtsorientierung; IV. Krise des grundrechtsorientierten Strafrechtsmodells. 1. Beccaria, Grundrechtsorientierung und Konstitutionalismus; 2. Von der Ausbreitung zum strafrechtlichen Paroxysmus. V. Ein Fazit.

EINFÜHRUNG

Dieser kurze Beitrag – der in besonderer Verbundenheit Herrn Prof. Dr. Dr. h. c. Juan Mª Terradillos Basoco anlässlich seines 70. Geburtstages gewidmet ist – beschäftigt sich mit dem rechtsstaatlichen Modell des Strafrechts und der starken Krise, die dieses derzeit durchläuft. Nach hiesiger Ansicht lassen sich mindestens vier Bereiche ausmachen, in denen sich diese Krise zeigt: Der Anstieg des Vergeltungsgedankens, das Abdriften des Grundrechtsgedankens selbst, der juristisch-strafrechtliche Umgang mit Gefährdungen und die vermehrte Ausweitung bzw. Banalisierung des Strafrechts. Der Geehrte hat sich brillant mit einem Großteil dieser Probleme beschäftigt.[2]

[1] Ich danke Herrn Kollegen Kurt Schmoller (Universität Salzburg), sowie den wissenschaftlichen Mitarbeitern Herrn Robin Leick (LMU-München) und Herrn Malte Thurm (Universität Bonn) sehr herzlich für ihre wertvolle Mithilfe beim Korrekturlesen der deutschen Übersetzung.

[2] Vgl. u.a. Terradillos 1981; Terradillos 1986, 651–666; Terradillos 2006, 86–115; Terradillos 2010a; Terradillos 2010.

GRUNDRECHTSORIENTIERUNG ALS DELEGITIMIERUNGS-MODELL

Zunächst möchte ich auf einige Grundgedanken hinweisen, um zu erläutern, was mit einem grundrechtsorientierten Modell des Strafrechts gemeint ist. Zu diesem Zweck eignet sich hervorragend die Lektüre von Luis Prietos Ansatz – in seinem brillanten Kompendium über *Grundrechtsorientierung („garantismo") und Strafrecht*[3] – über die Gedankenlehre von Luigi Ferrajoli,[4] dem größten Vertreter dieser systematischen Konstruktion, der sich im Ursprung auf Cesare Beccaria[5] beruft.

Angesichts der Garantie eines Mindeststrafrechts, das auf der Wiederherstellung der Postulate der Aufklärung in der Rechtswissenschaft beruht, wird heute in Theorie und Praxis ein Strafrechtsmodell befürwortet, das nicht (wie Ferrajoli sagte) „das Gesetz des Schwächeren",[6] sondern eine unverhohlene Machtdarstellung postuliert. Interessanterweise tragen wir zu dieser „Darstellung" bei, und in gewisser Weise dienen auch wir Strafrechtler diesem Ansatz durch unsere Theorien über die Rechtfertigung der Bestrafung, in deren Rahmen es zu einer Wiederbelebung und sogar zur Blüte alter und neuer Vergeltungs-Argumente kommt.[7] Im Gegensatz zu den verschiedenen straflegitimierenden Theorien und sogar zu dem Vorschlag des grundrechtsorientierten Mindeststrafrechts – wenngleich mit einigen Unterschieden, auf die später noch eingegangen werden wird – werden abolitionistische Theorien vertreten, zu denen ein gemeinsamer Ansatzpunkt gefunden werden kann: Wünschenswert wäre es, Konflikte mit etwas Besserem als dem Strafrecht zu lösen.[8] Angesichts der Tatsache, dass es für die Ordnung des Zusammenlebens und zur Vermeidung oder Vorbeugung nicht nur von Verbrechen, sondern – wie Ferrajoli betont – auch von unverhältnismäßigen Strafen und privater Rache heute nicht möglich erscheint, darauf zu verzichten, könnte man argumentieren, dass nicht nur ein „Recht zu bestrafen", sondern umgekehrt auch ein minimales Strafrecht, das strengen Grenzen unterliegt, unvermeidlich sei. Nur ein solches Strafrecht könnte im verfassungsmäßigen Rechtsstaat als gültig angesehen werden, in dem der Gesetzgeber selbst per Definition ganz bestimmten Grenzen unterliegt, die sich aus

[3] Prieto 2011.

[4] Ferrajoli 1995; Ferrajoli 2011. Zur Rechtstheorie von Ferrajoli und Marcilla 2009; Vives 2013, 281 ff.

[5] Beccaria 2015. Vgl. u.a. Zaffaroni 1986, 521–552; Llobet 2005; Llobet 2013; Matus 2011; Ferrajoli 2014, 51–63; Arroyo Zapatero 2003.

[6] Ferrajoli 1999.

[7] Vgl. u.a. Feijoo 2007; Duff 2015; White 2011; Walter 2016; Kubiciel 2015; Braithwaite und Pettit 2015.

[8] Ausführlicher Demetrio Crespo 1999.

der Minimierung der staatlichen Gewalt und der Suche nach Frieden ergeben,[9] deren letztendliche Grundlage im Schutz der Menschenrechte liegt.[10]

Ebenso wie die Abschaffungstheorie ist auch das grundrechtsorientierte Strafrechtsmodell insofern eine *kritische Theorie,* als Ausgangspunkt nicht die Legitimierung, sondern die Delegitimierung des Strafrechts ist.[11] Dabei ist die Grundrechtsorientierung jedoch nicht im gleichen Maß kritisch wie die erstgenannte Theorie, da sie sich mit einem „Mindeststrafrecht" zufrieden gibt und sich nicht für dessen Abschaffung einsetzt sowie gleichzeitig sich Gedanken über die mögliche Reaktion auf die neuen Phänomene der Kriminalität macht. Die Grundrechtsorientierung wird in erster Linie als ein – heute in der Praxis nicht wiederzuerkennendes – *Modell der Delegitimierung* des Strafrechts dargestellt. Im Gegensatz zum Strafrecht, das als perfekte Verkörperung des Leviathan des Staates verstanden wird, postuliert die Grundrechtsorientierung eine Ausübung der Strafgewalt unter Einhaltung von Grenzen zur Wahrung der Rechtsgarantien.[12]

BEDEUTUNGSEBENEN BEI DER DEFINITION VON GRUNDRECHTSORIENTIERUNG

Bei der Definition von Grundrechtsorientierung („*garantismo*") und damit auch von strafrechtlicher Grundrechtsorientierung lassen sich mindestens drei Bedeutungsebenen unterscheiden, nämlich die der politischen Philosophie, die der Rechtswissenschaft und Rechtsdogmatik sowie schließlich die der Theorie und Praxis des Rechts.[13] Methodisch lassen sich dem Begriff nach der Charakterisierung

[9] Prieto 2011, 11.

[10] Demetrio Crespo 2004, 114; Demetrio Crespo 2006, 429.

[11] Prieto 2011, 13: „Seine Funktion ist nicht die Legitimierung, sondern die Delegitimierung der Macht unter der Perspektive eines ethischen oder normativen Modells, das, kurz gesagt, das Modell der Menschenrechte ist, welche *logischerweise* einer jeden Rechtsordnung zuvorkommen und diese bedingen. Die, wie wir noch sehen werden, streng positivistische Grundrechtsorientierung („*garantismo*") findet seinen Hauptgegner heute nicht in der ehrwürdigen Doktrin des natürlichen Rechts, sondern in den ethischen Positivismen, die sich derzeit unter den verschiedensten Bezeichnungen und Erscheinungsformen vervielfältigen und stets versuchen, den Erfahrungswerten der Positivität die edle Aureole der Gerechtigkeit hinzuzufügen".

[12] Nach der Auffassung von Prieto 2011, 13 sichern die Grundrechte gleichzeitig die Freiheit und die Wahrheit. Im Unterschied zur Herangehensweise der meisten Dogmatiker hat sich das Modell der Grundrechtsorientierung nicht die Beschreibung und schon gar nicht die Rechtfertigung des Bestehenden zur Aufgabe gesetzt. Es würde sich zudem um eine *Theorie des positivistischen Rechts* handeln, deren Hauptverdienst die Verknüpfung der Postulate des juristischen Positivismus mit den Prinzipien der Aufklärung wäre.

[13] Ferrajoli 1995, 851 ff. versteht unter Grundrechtsorientierung („*garantismo*") zunächst ein *normatives Rechtsmodell*, das sich auf epistemologischer Ebene durch ein System der Erkenntnis oder der minimalen Macht bzw. auf politischer Ebene durch eine Schutztechnik, die es vermag, die Gewalt

von Prieto zumindest die folgenden Merkmale zuschreiben: Die Grundrechtsorientierung („*garantismo*") wirft einen kritischen Blick von außen auf das, was wirklich existiert; sie geht von der positivistischen Trennung zwischen Recht und Moral[14] sowie von der Konzeption des Vertrags zwischen Staat und Institutionen aus, hat keine eigene Begründung oder Autopoiesis und ist bestrebt, die maximale Selbstbestimmung der Mehrheiten mit dem maximalen Schutz von Minderheiten zu verbinden.[15]

An dieser Stelle ist strafrechtliche Grundrechtsorientierung in erster Linie eine *strafrechtliche Philosophie*, die sich für die Minimierung der staatlichen Gewalt und damit des Strafrechts selbst einsetzt. Dieser Ausgangspunkt hat eine Reihe von Konsequenzen, die bei der Prüfung der Leistung dieser Konzeption für die Bewältigung der Herausforderungen des – mit bisher terminologisch schwer fassbaren, zahlreichen Widersprüchen gekennzeichneten – Strafrechts in der heutigen Zeit nicht übersehen werden dürfen.[16] Wir können zumindest auf Folgendes hinweisen: a) Die Strafe stellt ein Übel dar, das zu keiner Zeit den Makel der Grundrechtswidrigkeit verliert.[17] Dies ist die einzige Möglichkeit, zu erkennen, dass es gerade aus diesem Grund notwendig ist, sie maximal zu rechtfertigen. b) Eine Legitimation der Strafe im Vorhinein ist nicht vorgesehen. Vielmehr wird von der methodischen Unterscheidung zwischen der beschreibenden Ebene des Seins und der präskriptiven oder axiologischen Ebene des Sollens ausgegangen.[18] c) Die Rechtfertigung für

---

zu minimieren (und die Freiheit zu maximieren) und auf juristischer Ebene durch ein System der Grenzen auszeichnet, das der Strafbefugnis des Staates auferlegt wird, um die Rechte der Bürger zu garantieren. In einem zweiten Sinne wäre „*garantismo*" als nicht nur untereinander, sondern auch in Bezug auf die Existenz oder Gültigkeit der Normen eigenständig zu betrachtende Kategorie einer Rechtstheorie der Gültigkeit und der Wirksamkeit zu sehen. Die dritte Bedeutung des „*garantismo*" wäre schließlich eine *politische Philosophie,* die dem Recht und dem Staat die Last der externen Rechtfertigung gemäß den Gütern und den Interessen, deren Gewährleistung der Zweck von beiden ist, zuschreibt.

[14] Zur Trennung zwischen Recht und Moral, dem klassischen Ausgangspunkt des Rechtspositivismus, merkt Vives Antón, Ferrajoli y después 306, kritisch an, dass die Behauptung Ferrajolis, dass die Trennung zwischen Recht und Moral die notwendige Voraussetzung einer jeden grundrechtsorientierten Theorie sei, hinterfragt werden müsse. Konkret vertritt Vives die Meinung, dass der juristische Positivismus von der Überzeugung ausgehe, dass die Worte des Gesetzes an sich Bedeutung haben, während diese Worte in Wirklichkeit Teil eines hochkomplexen Wortspiels seien, bei dem der Sinn der Normen mit den Handlungen, die diese anwenden oder überschreiten, und den Gründen für ihre Rechtfertigung verwoben sei (S. 300). Ausgehend von der ebenso offensichtlichen wie richtigen Feststellung, dass „der Prozess der Positivierung einen Unterschied, nicht eine Kluft, zwischen Recht und Moral aufgestellt hat", kommt der Autor zu dem Schluss, dass das Verhältnis zwischen Recht und Moral mehr als reiner Zufall sein muss, weil es der „tiefen Grammatik" des Wortes Recht angehöre (S. 306).

[15] Prieto 2011, 24 ff.

[16] In diesem Sinne Beck, 2017.

[17] Prieto 2011, 29.

[18] Prieto 2011, 47.

strafrechtliche Eingriffe gründet sich in keinem Fall zirkulär auf den Verstoß gegen das Verbotene, sondern entspricht ethisch-politischen Parametern außerhalb des Gesetzes selbst. d) Unbeschadet der Aufnahme des liberalen Aspekts des Vergeltungsprinzips als Antwort auf die Frage*, wann zu bestrafen ist,* nach dem Prinzip *nulla poena sine crimine*, ist die Bedeutung (der Zweck) der Strafe nicht in der Strafe selbst erschöpft,[19] sondern wird um die Vermeidung von Verbrechen zusammen mit der Vermeidung übermäßiger Strafen oder informeller Gewalt, die sich aus dem Fehlen eines Strafrechts ergeben könnte, erweitert.[20] e) Für die Grundrechtsorientierung vorrangig sind daher entgegen mancher Behauptungen stets die Garantien im Sinne des Rechts des Schwächeren, einschließlich der Grundrechte möglicher Opfer, Verurteilter und Angeklagter.[21]

Zweitens ist die Grundrechtsorientierung ein *Modell der Rechtswissenschaft und der juristischen Dogmatik*, das nur innerhalb des rechtspolitischen Rahmens des Konstitutionalismus voll umgesetzt werden kann. Nach Ferrajoli trägt die Grundrechtsorientierung („*garantismo*") insbesondere dazu bei, eine Theorie der Divergenz zwischen Normativität und Realität, zwischen gültigem Recht und wirksamem Recht, die beide gleichermaßen in Kraft sind, zu bilden.[22] Darüber hinaus fügt er hinzu, dass eine Theorie der Grundrechtsorientierung nicht nur die Kritik des positiven Rechts in Bezug auf seine Parameter der äußeren oder inneren Legitimation untermauert, sondern zudem auch eine *Kritik der Ideologien* politischer oder juristischer Natur ist. Die ersteren würden auf der äußeren politischen Ebene Justiz mit Recht (naturalistischer Irrtum) oder Recht mit Justiz (positivistischer Irrtum) verwechseln, während letztere auf der inneren oder rechtlichen Ebene Geltung mit Wirksamkeit oder Wirksamkeit mit Geltung verwechseln würden.[23] Wenn die strafrechtliche Grundrechtsorientierung als philosophisch-politische Grundlage die Notwendigkeit der maximalen Rechtfertigung der Strafe voraussetzt, müsste sie als rechtsdogmatisches Modell außerdem nicht nur eine bloße Beschreibung oder Systematisierung der Rechtsbegriffe zum Ziel haben, sondern vielmehr eine Funktion, die man als „delegitimierende Gegenposition" bezeichnen könnte, die auf den Verfassungsgrundsätzen beruht, die als Grundlage für Garantien dienen. Die Umsetzung dieser komplexen Aufgabe hat zunächst in der Theorie der Strafzwecke (frühere Ebene der Strafrechtsphilosophie) zu erfolgen und darauf aufbauend in der Dogmatik der Verbrechens- und Strafzumessungslehre (Ebene der Anwendung des Strafrechts).[24] Während das erste Feld für die Beantwortung der großen Fragen aus-

[19] Prieto 2011, 54.
[20] Prieto 2011, 61.
[21] Prieto 2011, 61.
[22] Ferrajoli 1995, 852.
[23] Ferrajoli 1995, 855.
[24] Zur Wechselwirkung zwischen Begründung des Strafrechts und justizieller Individualisierung der Strafe siehe u. a. Köhler 1983; Demetrio Crespo1999, 91 ff; Grosse-Wilde 2017, 9 ff.

schlaggebend ist, werden im zweiten Feld weitreichende praktische Konsequenzen gezogen, die in hohem Maße vom gewählten Ausgangspunkt abhängen. Das dritte Feld ist nach wie vor einer enormen Irrationalität ausgesetzt, die vor allem einer unzureichenden Klärung der Voraussetzungen und einem offensichtlichen Mangel an dogmatischer Vertiefung geschuldet ist.

Allerdings ist die Grundrechtsorientierung auch eine im Wesentlichen unbequeme *Theorie und Praxis des Rechts und des Strafrechts*. Der Beweis dafür ist die immer häufiger verwendete Bezeichnung einer übertriebenen Grundrechtsorientierung („*hipergarantismo*") in Anspielung auf die Exzesse, zu denen die Grundrechtsorientierung bei der konsequenten Verteidigung seiner Postulate führen könnte. Ein grundrechtsorientiertes System ist ein solches, das sich nicht darauf beschränkt, Rechte zu postulieren, sondern das auch die notwendigen Mechanismen schafft, um sie auf der Grundlage einer starken und auch für den Gesetzgeber verbindlichen Verfassung zu schützen, der auch durch die darin enthaltenen Grundsätze eingeschränkt wird.[25] Grundrechtsorientierung ist in diesem Sinne ein Stufenmodell, das in mehr oder weniger hohem Maße erreicht wird, ebenso wie die *Konstitutionalisierung der Rechtsordnung*[26] selbst.

KRISE DES GRUNDRECHTSORIENTIERTEN STRAFRECHTSMODELLS

Beccaria, Grundrechtsorientierung und Konstitutionalismus

Es ist wichtig darauf hinzuweisen, dass die Entwicklung der Kriminalwissenschaft, wie wir sie heute verstehen, mit dem Gedanken der Aufklärung beginnt, insbesondere mit dem berühmten Werk von Beccaria (1738–1794) *Von den Verbrechen und den Strafen,* das 1764 anonym erschien und dessen 250. Jahrestag 2014 gefeiert

[25] Zu den Aspekten bezüglich einer vollständigen Moral- und Politiktheorie der Rechtfertigung der Strafgesetze vgl. Paredes Castañón 2013, 2013.

[26] Vgl. Atienza, 2012, 21; zuletzt ausgeführt in Demetrio Crespo 2013, 57–110. Prieto 2011, stellt fest, dass es eine *logische Implikation zwischen primären und sekundären Grundrechtsgarantien* (z. B. des Verbots des Mordens als primäre Garantie des Rechts auf Leben und die Pflicht, unrechtmäßige Taten, die gegen das Leben gerichtet sind, zu bestrafen, als sekundäre Garantie) und den Rechten gebe. Diese sei *jedoch nicht empirisch* in dem Sinne, dass „die Grundrechte vor den Garantien existierten" und „auch nicht oder schlecht garantierte Rechte sind" (S. 45). An dieser Stelle wird die Unterscheidung zwischen *abstrakter Geltung* und *konkreter Geltung* in Bezug auf den Rechtsstaat selbst relevant, die von Jakobs im Zusammenhang mit dem so genannten „Feindstrafrecht" – auf das an späterer Stelle eingegangen werden soll – angeführt wurde und die (vorgeblich) dessen Existenz beschreiben sollte. Wir beziehen uns hier jedoch auf etwas grundlegend Anderes, das mit der echten Geltung der Rechte zu tun hat, wenn die Garantien zur Anwendung kommen, und nicht mit seiner Nicht-Geltung, wenn sie nicht oder nur unzureichend zur Anwendung kommen.

wurde. Die Aktualität seines Denkens wurde von Ferrajoli zu Recht unterstrichen, der ihm einen immer noch revolutionären Charakter zuschrieb und die in dem erwähnten Buch zum Ausdruck gebrachten Postulate nicht nur als ein Bollwerk des Strafliberalismus, sondern auch des demokratischen Konstitutionalismus in einem dreifachen Sinne bezeichnete: die Ausgestaltung des Strafrechts als grundrechtsorientiertes System, die Konsolidierung des konstitutionellen Rechtsdenkens und seines abwehrenden Charakters angesichts der heute so offensichtlichen Krise der Grundrechtsorientierung.[27] Dies manifestiert sich übrigens nicht nur im nationalen Strafrecht, sondern auch in Prozessen der Regionalisierung oder Internationalisierung, wie es im europäischen und internationalen Strafrecht der Fall ist.[28]

Nun lässt sich dieses Strafrecht als Ausgangspunkt eines Garantiesystems mit allen Nuancen, die man berücksichtigen möchte, mit dem *rechtsstaatlichen Modell des Strafrechts* gleichsetzen. Ferrajoli versteht darunter ein Rechtssystem, in

[27] Ferrajoli 2014, 51 ff. Die *Gestaltung des Strafrechts als System von Garantien* wurde eindeutig von Beccaria, Tratado de los delitos y de las penas erklärt in dem allgemeinen Theorem am Ende seines Buches zu Felde geführt, wo es heißt: „damit die Strafe keine von einem oder vielen gegen einen konkreten Bürger ausgeübte Gewalt ist, muss sie im Wesentlichen öffentlich, sofortig, notwendig, den Umständen nach so gering wie möglich, den Taten angemessen und von den Gesetzen vorgegeben sein" (S. 87). Das *philosophisch-juristische Fundament seines Denkens rund um die Legitimierung der Strafe* wäre nur ausgehend vom Kriterium der absoluten Notwendigkeit denkbar und würde auf der einen Seite auf dem vertraglichen Postulat utilitaristischer Art des „maximalen Glücks geteilt durch eine möglichst hohe Anzahl" basieren (was ihn zu einem Vorgänger Benthams machen würde). Auf der anderen Seite würde es auf dem kategorischen Postulat beruhen, nach dem „es keine Freiheit gibt, wenn die Gesetze unter bestimmten Umständen zulassen, dass der Mensch keine Person mehr ist und zur Sache wird" (womit er ein Vorgänger Kants wäre). Beccaria, Tratado de los delitos y de las penas erklärt: „Somit sahen sich die Menschen durch die Notwendigkeit gezwungen, einen Teil ihrer eigenen Freiheit abzutreten. So stimmt es wohl, dass niemand von ihnen mehr als das nötige Mindestmaß an Freiheit der Öffentlichkeit anvertrauen möchte, also nur so viel, wie ausreicht, um die restlichen Menschen zu ihrer Verteidigung zu verleiten. Die Hinzufügung dieses Mindestmaßes bildet das Recht zu bestrafen: Alles, was darüber hinaus geht, ist Missbrauch und nicht Gerechtigkeit; ist Tat nicht Recht" (S. 73). Diesen beiden Schlüsselelementen wäre seine Aussage zur Todesstrafe hinzuzufügen: „Welches Recht mag sich der Mensch anmaßen, um Seinesgleichen zu zerstückeln? Sicherlich nicht jenes, welches aus der Souveränität und den Gesetzen hervorgeht. […] Die Todesstrafe ist somit kein *Recht*, da sie keines sein kann, wie ich aufgezeigt habe, sondern ein Krieg der Nation gegen einen Bürger, weil sie die Zerstörung eines Wesens für notwendig oder sinnvoll erachtet. Wenn ich jedoch beweise, dass der Tod weder sinnvoll noch notwendig ist, so habe ich den Kampf der Menschheit gewonnen" (S. 56).

Ein gutes Beispiel für den heutigen Zeitgeist ist die Einführung der lebenslangen Haft in unsere Rechtsordnung, der sich in großen Teilen das Denken von Cesare Beccaria entgegen stellen ließe siehe u.a. Acale 2016; Arroyo Zapatero 2016.

[28] Bei dem Erstgenannten trifft immer noch die notorische Vermischung der Prinzipien zu, auf die sich Silva 2004 vor einiger Zeit bezog und nach der sie zwar im Prinzip erhalten bleiben, tatsächlich aber aufgrund eines höchst bestrafenden Ansinnens ignoriert werden (S. 124). Bei dem zweiten hat Pastor 2006, die Unvereinbarkeit der Erklärung der Präambel des Rom-Statuts der Vermeidung der Straffreiheit mit der Grundrechtsorientierung angeführt und gleichzeitig eine gewisse Diskreditierung über den bestrafenden Diskurs der Menschenrechte festgestellt (S. 179).

dem die öffentliche Gewalt, insbesondere die strafrechtliche, streng begrenzt und auf materieller (oder der Ebene der relevanten strafrechtlichen Inhalte) sowie auf Verfahrensebene (oder der Ebene der verbindlichen Verfahrensformen) an das Gesetz gebunden ist. Nach Ferrajoli „bedeutet die Unterordnung des Gesetzes unter die verfassungsmäßigen Grundsätze die Einführung einer wesentlichen Dimension nicht nur in die Bedingungen für die Gültigkeit der Regeln, sondern auch in die Natur der Demokratie, für die sie eine Grenze darstellt und die sie gleichzeitig ergänzt".[29] Die so verstandene strafrechtliche Grundrechtsorientierung führt also dazu, dass das Strafrecht von seinen Grenzen aus zu betrachten ist. Ausgangspunkt sind dementsprechend die in den Verfassungen bezeichneten Grundrechte und die in den verschiedenen internationalen Übereinkommen und Verträgen bezeichneten Menschenrechte. Hierbei werden Probleme der noch erheblich entwicklungsbedürftigen Hermeneutik bezüglich des *Global Law* aufgeworfen, u.a. das Problem verschiedener Schutzniveaus.[30] In diesem Zusammenhang hat Ferrajoli von der kritischen, gestalterischen und konstruktiven Rolle des *Paradigmas der begrenzten Macht* als Konfigurator der historischen Entwicklung der Rechtsstaatlichkeit gesprochen.[31]

Von der Erweiterung zum strafrechtlichen Paroxysmus

Die Vorschläge zur Reduzierung des Strafsystems waren von der Akzeptanz seiner Existenz und der Suche nach „realistischen" Alternativen zu seinem jetzigen Erscheinungsbild – mit einem humanistischen Geist – geprägt. Vorgeschlagen wurden neben der Entkriminalisierung bestimmter Verhaltensweisen Alternativen zur Freiheitsstrafe und die Entschädigung des Opfers als alternativer Weg zur Konfliktlösung. Der humanistische Geist, der beiden zugrunde lag, wurde jedoch schon vor langer Zeit „gestört" und ad absurdum geführt. Im ersten Fall wegen der Verschärfung der Strafen, im zweiten wegen der „Instrumentalisierung" der Opfer, um das zugrunde liegende maximalistische kriminalpolitische Programm zu rechtfertigen (als ob das Strafrecht mit der Strafe die „materielle Gerechtigkeit" wiederherstellen könnte).[32] Die Diskrepanz zwischen solchen Ansätzen und der Realität ist so groß, dass sogar von einer *unhaltbaren Situation des Strafrechts*[33] die Rede ist.

Dies geht so weit, dass der Begriff „Mindeststrafrecht" bereits als ein Schlagwort ohne greifbaren Inhalt angesehen wird. Demgegenüber besteht derzeit eine

[29] Ferrajoli 1995, 104.
[30] Vgl. beispielhaft für alle Glenn 2013; Somek 2014.
[31] Ferrajoli 2014, 57 ff.
[32] Ausführlicher Demetrio Crespo 2004, 87–115.
[33] Vgl. versch. Autoren (2000), La insostenible situación del Derecho Penal (Granada 2016).

Tendenz zur Erweiterung des Anwendungsbereichs des Strafrechts, die in klarem Widerspruch zu dem Versuch steht, das Strafrecht auf einen harten Kern zu reduzieren, der inhaltlich dem so genannten „klassischen Strafrecht" entspricht, wie es die so genannte „Frankfurter Schule" befürwortet hatte.[34] Diese Erweiterung ist eine Folge des Aufkommens eines „neuen" Strafrechts, das auf den Schutz neuer Rechtsgüter abzielt, die für die postindustrielle Gesellschaft charakteristisch sind. Dieses zeichnet sich durch mehrere Besonderheiten aus, darunter in erster Linie die außerordentliche Zunahme kausaler Zusammenhänge und die Ablösung der Handlungskontexte des Einzelnen durch kollektive Handlungskontexte, bei denen der zwischenmenschliche Kontakt durch anonyme und standardisierte Verhaltensformen ersetzt wird.[35] Das Phänomen ist anhand einiger Schlüsselfaktoren wie der Bürokratisierung, der Globalisierung und der fortschreitenden Dekonstruktion des liberalen Paradigmas des Strafrechts erklärt worden.[36] Sicherlich ist das Strafrecht und insbesondere das Wirtschaftsstrafrecht mit seinen eigenen Grenzen und einer realistischer Weise geringen Effektivität angesichts globaler Phänomene wie der internationalen Finanzkrise konfrontiert.[37]

Die Erweiterung hat eine beträchtliche „Modernisierung" mit sich gebracht, die nicht nur hilfreich, sondern unerlässlich war.[38] Allerdings hatte das Phänomen Vor- und Nachteile. Erstens lässt sich insofern von einem gewissen *Banalisierungseffekt* sprechen, indem es nicht mehr erkennbar ist, welches Verhalten strafrechtlich verboten und vor allem, wofür das Strafrecht eigentlich vorgesehen ist. Andererseits ist wohl bekannt, dass mittlerweile konzeptionelle Neuschöpfungen wie das so genannte „Feindstrafrecht"[39] – das darauf abzielt, bestimmten Subjekten die Kategorie des Bürgers abzusprechen und sie als bloße „Gefahrenquellen" zu behandeln – zutage treten, deren „Reichweite" unmöglich zu begrenzen ist. Tatsächlich kommt diese Theorie nicht zufällig auf, sondern ist das auf die Spitze getriebene Ergebnis der Annahme einer funktionalistischen Methodik soziologischer Natur.[40] Das „Feindstrafrecht" ist unter anderem durch ein weites Vorrücken der Strafbarkeit, das Einnehmen einer im Wesentlichen zukunftsorientierten Perspektive, eine deutliche Erhöhung der Strafen und die Lockerung bzw. Streichung bestimmter individueller Verfahrensgarantien gekennzeichnet. Der wichtigste Theoretiker dieses Konzepts, Jakobs, betont, dass das Strafrecht zwei Pole oder Tendenzen seiner Regelungen

[34] Vgl. u.a.: Arroyo Zapatero 2016. Vives 2016, 365–381.

[35] Schünemann 1996, 30, 31.

[36] Siehe beispielhaft für alle Silva, 2011.

[37] Vgl. und die hier zitierten Werke. Terradillos 2006, Terradillos 2010b; Demetrio Crespo 2014, 3–19.

[38] Siehe beispielhaft für alle Gracia 2013; Quintero 2004; Portilla 2007; Berdugo 2012.

[39] Siehe u.a. Jakobs 2003; Cancio und Gómez-Jara 2006; Heinrich 2006, 94–130; Polaino-Orts 2009.

[40] Ausführlicher Demetrio Crespo 2006.

kenne: Auf der einen Seite den *Umgang mit dem Bürger*, bei dem man wartet, bis seine Handlung nach außen dringt, um zu reagieren und um die normative Struktur der Gesellschaft zu bestätigen, und auf der anderen Seite den *Umgang mit dem Feind*, der schon früh im Vorfeld abgefangen und aufgrund seiner Gefährlichkeit bekämpft wird.[41]

Seiner Meinung nach besteht kein normativer Kontext, einschließlich der Rechtsperson, als solcher, sondern stets nur insoweit, als er die Gesellschaft weitgehend bestimmt. Diese These führt ihn zu der Behauptung, dass derjenige, der keine ausreichende kognitive Sicherheit eines persönlichen Verhaltens bietet, nicht erwarten kann, als Person behandelt zu werden, weil andernfalls das Recht auf Sicherheit der restlichen Menschen verletzt würde. Daher sei es völlig falsch, das so genannte „Feindstrafrecht" zu dämonisieren, weil auf diese Weise keine Lösung für das Problem der Personen, die sich nicht in eine Bürgerverfassung eingliedern lassen, erreicht werde. Die Auswirkungen des hier kurz beschriebenen Phänomens auf den Rechtsstaat zeigen sich nach Ansicht von Zaffaroni in Ausnahmen von den Menschenrechten der ersten Generation in drei Richtungen: außergewöhnliche Befugnisse für die Polizei, Schaffung von schwammigen Strafformen und Einschränkung von Verfahrensgarantien.[42]

Eine der schärfsten Kritiken an Jakobs Theorie wurden einst von Baratta geäußert, der diese Theorie beschuldigte, konservativ, technokratisch und gar autoritär zu sein, die Ausweitung des Strafrechts zu begünstigen und die ideologische und materielle Reproduktion der bestehenden sozialen Beziehungen zu fördern und somit das Schlimmste der Systemtheorie von Luhmann[43] zu übernehmen. Seitens der Rechtsphilosophie wurde jedoch nicht nur die Treue, mit der Luhmanns Thesen in der Strafrechtswissenschaft akzeptiert werden, in Frage gestellt, sondern auch geleugnet, dass die als systemisch identifizierten funktionalen Vorschläge der positiven Generalprävention wirklich so sind.[44] Mit diesem Problem habe ich mich in einer anderen Arbeit auseinander gesetzt,[45] so dass ich mich jetzt nur noch darauf beziehen werde, wie man in diesem Kontext die Kritik an den Fragen der Legitimität des normativen Systems angehen kann. Jakobs ist dieser Aspekt nicht unbekannt, obwohl er ihn derart vermeidet, dass für eine funktionalistische Theorie Legitimationsfragen nicht auf der nationalen Ebene des Strafrechts gelöst werden können. In diesem Sinn hat sich auch Müssig geäußert, als er warnte, dass die Fragen nach den Kriterien der materiellen Legitimation von Strafnormen den formalen Rahmen der positiven Generalprävention sprengen würden, und deshalb auf

[41] Jakobs 2003, 42, 43.
[42] Zaffaroni 2009, 370.
[43] Baratta 1984, 533 ff.
[44] Prieto Navarro 2000, 267; García Amado 2000, 288.
[45] Demetrio Crespo 2010, 13 ff.

die Analyse der materiellen Identitätskriterien einer bestimmten Gesellschaft verwies.[46] Der größte Exzess dieser Strömung bestand jedoch in der „*Normativierung des Personenbegriffs*", die es Jakobs ermöglicht hat, zwischen einem Strafrecht, das auf Handlungen von Personen beruht, und einem Strafrecht, das auf Handlungen von „Unpersonen" oder auf „Feindstrafrecht" beruht, zu unterscheiden.[47] Die Normativierung des Personenbegriffs bedeutet für Jakobs, dass „aus gesellschaftlicher Sicht nicht Menschen die persönliche Kommunikation auf sich selbst gründen, sondern die persönliche Kommunikation die Individuen als Personen definiert".[48] Hier sollen zwar nicht alle Dimensionen der Analyse, für die dieses Konzept anfällig ist, angesprochen, aber doch einige Dinge hervorgehoben werden: In erster Linie die enge Verknüpfung und Entwicklung, die von der systemisch positiven Generalprävention durch die eigentliche Normativierung (Abstraktion) des Personenbegriffs bis zum Feindstrafrecht führt.[49] Zweitens ist auch anzumerken, dass der Diskussion über den deskriptiven oder präskriptiven Charakter der Formel des so genannten „Feindstrafrechts" wiederum eine rechtswissenschaftliche Frage zugrunde liegt. Erneut hat sich Ferrajoli in die Debatte eingebracht, um zu unterstreichen, dass aufgrund des vorherrschenden realistischen Irrglaubens in der Hegel'schen Rechtskultur, wonach „rational ist, was real ist", die metalinguistische Unterscheidung zwischen dem „Beschreibenden" und dem „Normativen", die in der Rechtskultur und funktionalistischen Politik nicht vorhanden ist, übersehen wird.[50] Ferrajoli hat überzeugend hervorgehoben, dass damit ein Konzept als legitim angesehen wird, das in Wirklichkeit im Widerspruch zum Strafrecht steht oder gar seine Negation darstellt, da die Figur des Feindes tatsächlich der Logik des Krieges angehört, die im Wesentlichen die Negation des Rechts ist."[51] Drittens, so offensichtlich es auch sein mag, gibt es nichts, was der Grundrechtsorientierung mehr entgegensteht als die „permanente Ausnahme" bzw. eigentlich jede Ausnahme, da „weder Rechtsgarantien teilbar sind, noch das Strafrecht zweierlei Adressaten kennt".[52]

[46] Müssig 1994, 137 ff.

[47] Zur Reichweite u. a. siehe Portilla 2005, 1–27; Demetrio Crespo 2016.

[48] Jakobs 1996, 81.

[49] Aus diesem Grund kann ich mich der Kritik von Vives Antón, Ferrajoli y después an der Reichweite der Kritik von Ferrajoli an Jakobs nicht anschließen, da die positive Generalprävention bei Jakobs nicht einfach „ein untrennbar mit jedem gut kalkulierten Strafsystem verbundener Effekt", sondern die Daseinsberechtigung des Strafrechts selbst ist.

[50] Ferrajoli 2006, 17.

[51] Ferrajoli 2006, 16.

[52] Prieto 2011, 95.

FAZIT

Nach dem Gesagten ist es leicht zu erkennen, dass wir, wenn Grundrechtsorientierung als Ausdruck eines sowohl normativen als auch erkenntnistheoretischen Modells angesehen werden kann,[53] in jüngster Zeit eine Krise und gewissermaßen eine „Dekonstruktion" dieses Paradigmas erlebt haben.

Tatsächlich ist die Auffassung der Dekonstruktion des grundrechtsorientierten Modells bereits ein Widerspruch an sich, denn die Grundrechtsorientierung als solche ist ein unvollendetes Ideal, dem man sich nähert oder von dem man sich entfernt. Unter Dekonstruktion wird jedoch hier der fortschreitende und stückweise Abriss (deshalb handelt es sich eher um eine „Fragmentierung") jener Teile des Modells verstanden, die, wie wir gesehen haben, teilweise vom Strafrecht in Gang gesetzt wurden. Es ist nicht die Absicht dieses Beitrags, eine Katastrophenvision zu propagieren; das Strafsystem versucht, die Garantien der Grundrechte zu schützen, aber im Allgemeinen bewegt es sich heute in die der Grundrechtsorientierung entgegengesetzte Richtung. Dies kann sowohl auf der Ebene der rechtskriminologischen Philosophie bestätigt werden, wo neue Vergeltungsvisionen, welche die materielle Gerechtigkeit über jede andere Auffassung von Strafe stellen, an Bedeutung gewinnen und sogar vermehrt auftreten, als auch auf Ebene der Ausarbeitung der strafrechtlichen Dogmatik, die einerseits missachtet und andererseits zu einem funktionalen, rein praktische Zwecke verfolgenden Instrument wird.

Ich spreche von einem Paradigmenwechsel durch Fragmentierung, weil er sich nach und nach vollzieht, parallel zum Wandel der Realität verläuft und mehrere Fronten auf einmal öffnet, so dass es sehr schwierig ist, eine Gesamtanalyse vorzunehmen. Dadurch wird der wissenschaftliche Fortschritt oft aus den Augen verloren und längst erarbeitete Errungenschaften (wie das Persönlichkeitsprinzip der Strafen oder das Konzept der Schuld für die Tat) werden über Nacht aufgegeben.

An dieser Stelle könnten konkrete Beispiele diskutiert werden, wie z. B. die Verfassungswidrigkeit der vorgenannten revidierbaren lebenslangen Haft: Hier wird festgestellt, dass nur eine nicht-fragmentierte Analyse der Verfassungsgrundsätze – verstanden als Grundsätze, die den Zusammenhang zu ihrer programmatischen Bedeutung nicht aus den Augen verlieren – angemessene Schlussfolgerungen zulässt. Die Tatsache, dass parallel zur Veränderung der Realität ein *Paradigmenwechsel* stattfindet, bedeutet jedoch keineswegs, dass wir über ein alternatives Paradigma verfügten. Wenn es sich bei dem, was wir erleben, nicht um eine Veränderung im engeren Sinn, sondern um ihre Dekonstruktion handelt, wäre es vielleicht angebrachter, von der „Metamorphose des Strafrechts" zu sprechen. Um Beck in seinem posthumen Buch *Die Metamorphose der Welt* zu zitieren, sind die Ereignisse, die uns in der modernen Gesellschaft begegnen, nicht mehr unter den

[53] Prieto 2011, 83.

Begriffen „Evolution", „Revolution" oder „Transformation" zu begreifen, weil wir nicht inmitten einer sich einfach verändernden Welt leben, sondern inmitten einer Metamorphose.[54][55]

BIBLIOGRAPHIE

Acale, M. (2016) *La prisión permanente revisable: ¿pena o cadalso?* Madrid: Iustel.

Arroyo Zapatero, L. et al. (Hgg.) (2003) *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Cuenca: Ediciones Universidad de Castilla-La Mancha.

Arroyo Zapatero, L. et al. (Hgg.) (2016a) *Metáfora de la crueldad: la pena capital de Cesare Beccaria al tiempo presente*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Arroyo Zapatero, L. et al. (eds.) (2016b) *Contra la cadena perpetua*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Baratta, A. (1984) Integración-prevención: una «nueva» fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica. *CPC*, 24, 533–552.

Atienza, M. (2012) Constitucionalismo y Derecho penal. In: Mir Puig, S. und Corcoy Bidasolo M. (Hgg.), *Constitución y sistema penal*. Madrid: Marcial Pons. 19–39.

Beccaria, C. (2015) *Tratado de los delitos y de las penas.* Madrid: Universidad Carlos III de Madrid (https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/20199).

Beck, U. (2017) *La metamorfosis del mundo.* Barcelona: Paidós.

Berdugo, I. (2012) *Viejo y nuevo Derecho penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy*. Madrid: Iustel.

Braithwaite, J. und Pettit, Ph. (2015) *No sólo su merecido*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

Cancio, M. und Gómez-Jara, C. (Hgg.) (2006) *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusion*. Vol. I y II. Madrid: Edisofer, BdeF.

Demetrio Crespo, E. (1995) El Pensamiento abolicionista. In: Díaz Santos, R. D. und Caparrós, E. F. (Hgg.), *Reflexiones sobre las Consecuencias Jurídicas del Delito.* Madrid: Tecnos. 35–52.

Demetrio Crespo, E. (1999) *Prevención general e individualización judicial de la pena*. Salamanca: Ediciones de la Universidad de Salamanca. (2ª ed., 2017, BdeF, Montevideo-Buenos Aires)

Demetrio Crespo, E. (2004) Del Derecho Penal liberal al Derecho penal del enemigo. *Revista de Derecho Penal y Criminología,* (2ª Época), 14, UNED, Madrid. 87–115.

Demetrio Crespo, E. (2006) El derecho penal del enemigo *darf nicht sein*. Sobre la ilegitimidad del llamado derecho penal del enemigo y la idea de seguridad. In: Meliá, M. C. und

[54] Beck 2017.

[55] Der Artikel wird in von Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (JCCLM) und Europäischer Fonds für regionale Entwicklung (EFRE/FEDER) finanzierten Forschungsprojekt „Crisis del Derecho penal del Estado de Derecho: manifestaciones y tendencias" (SBPLY/17/180501/000223) eingefügt. Weitere Informationen: https://blog.uclm.es/proyectocresta/

Gómez-Jara Díez, C. G. (Hgg.), *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusion*. Madrid, Montevideo, Buenos Aires: Edisofer, BdeF. 473–509.
Demetrio Crespo, E. (2010) Crítica al funcionalismo normativista. *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3, 13–26.
Demetrio Crespo, E. (2013) Constitución y sanción penal. *Libertas*, 1, 57–110.
Demetrio Crespo, E. (2014) El significado político del Derecho penal económico. In: Crespo, E. D. und Calatayud, M. M. (Hgg.), *Crisis financiera y Derecho penal económico*. Madrid: Edisofer, Montevideo-Buenos Aires: BdeF. 3–19.
Demetrio Crespo, E. (2016) Derecho penal del enemigo y teoría del derecho. In: Contreras, G. P. und Pérez, A.I. (Hgg.), *Terrorismo y contraterrorismo en el Siglo XXI. Un análisis penal y político-criminal.* Salamanca: Ratio Legis. 35–45.
Duff, A. (2015) *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
Feijoo, B. (2007) *Retribución y prevención general*. Montevideo–Buenos Aires: BdeF.
Ferrajoli, L. (1995) *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta: Madrid.
Ferrajoli, L. (1999) *La ley del más débil*. Madrid: Trotta.
Ferrajoli, L. (2006) El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho penal. *NFP*, 69, 13–31.
Ferrajoli, L. (2011) *Principia iuris: Teoría del derecho y de la Democracia. Tomos I y II*. Madrid: Trotta.
Ferrajoli, L. (2014) La actualidad del pensamiento de Cesare Beccaria. *Jueces para la Democracia,* 79, 51–63.
García, J. A. (2000) ¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal. *Doxa,* 23, 233–264.
Glenn, P. (2013) *The Cosmopolitan State.* Oxford: Oxford University Press.
Gracia, L. (2003) *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de Resistencia.* Valencia: Tirant lo Blanch.
Grosse-Wilde, Th. (2017) *Erfolgszurechnung in der Strafzumessung*. Tübingen: Mohr Siebeck.
Heinrich, B. (2009) Die Grenzen des Strafrechts bei der Gefahrprävention. Brauchen oder haben wir ein «Feindstrafrecht». *ZStW,* 121, Heft 1, 94–130.
Jakobs, G. und Cancio, M. (2003) *Derecho Penal del enemigo.* Madrid: Civitas.
Jakobs, G. (1996) *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal functional*. Madrid: Civitas.
Jakobs, G. (2003) Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo. In: Jakobs, G. und Cancio, M. (Hgg.), *Derecho Penal del enemigo.* Madrid: Civitas. 19–56.
Köhler, M. (1983) *Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung (erortert am_Problem der Generalpravention).* Heidelberg: R.v.Decker‘s & C.F.Müller.
Kubiciel, M. et al. (Hgg.) (2017) *Hegel´s Erben? Strafrechtliche Hegelianer vom 19. bis zum 21. Jahrhundert*. Tübingen: Mohr Siebeck.
Llobet, J. E. (2005) *Cesare Beccaria y el Derecho penal de hoy*. 2ª ed. San José de Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.
Llobet, J. E. (2013) La actualidad del pensamiento de Beccaria. In: Velásquez, F. V. et al. (Hgg.), *Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado. Libro Homenaje a Nodier Agudelo Betancur*. Ibáñez. 255–270.

Marcilla, G. (Hg.) (2009) *Constitucionalismo y garantismo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Matus, J. P. (Hg.) (2011) *Beccaria 250 años después*. Montevideo–Buenos Aires: BdeF.

Müssig, B. (1994) *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschtuz*. Frankfurt am Main: Lang.

Paredes Castañón, J. M. (2013) *La justificación de las leyes penales*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Pastor, D. R. (2006) *El poder penal internacional*. Barcelona: Atelier.

Polaino-Orts, M. (2009) *Lo verdadero y lo falso en el Derecho penal del enemigo*. Lima: Grijley.

Portilla, G. (2005) Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal. *RGDP*, 4, 1–27.

Portilla, G. (2007) *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Prieto, E. (2000) Teoría de sistemas, funciones del Derecho y control social. Perspectivas e imposibilidades para la dogmática penal. *Doxa*, 23, 265–288.

Prieto, L. (2011) *Garantismo y Derecho penal*. Madrid: Iustel.

Schünemann, B. (1996) *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.

Quintero, G. (2004) *Adónde va el Derecho Penal. Reflexiones sobre las leyes penales y los penalistas españoles.* Madrid: Civitas (2ª ed., 2016).

Silva, J. M. (2004) Los principios inspiradores de las propuestas de un Derecho penal europeo. Una aproximación crítica. *Revista Penal*, 13, 138–150.

Silva, J. M. (2011) *La expansión del Derecho penal*. 3ª ed. Montevideo–Buenos Aires: Edisofer-BdeF.

Somek, A. (2014) *The Cosmopolitan Constitucion*. Oxford: Oxford University Press.

Terradillos, J. (1981) *Peligrosidad social y Estado de Derecho*. Madrid: Akal.

Terradillos, J. (1986) Constitución y ley penal: la imposible convergencia. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 11, 651–666.

Terradillos, J. (2006) Globalización, administrativización y expansión del Derecho penal económico. *Nuevo Foro Penal*, 70, 86–115.

Terradillos, J. (2010a) El Estado de Derecho y el fenómeno del terrorismo. In: Serrano-Piedecasas Fernández, J. R. und Crespo, E. D. (Hgg.), *Terrorismo y Estado de Derecho*. Madrid: Iustel.

Terradillos, J. (2010b) Financiarización económica y política criminal. In: Serrano-Piedecasas Fernández, J. R. und Crespo, E. D. (Hgg.), *El Derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo*. Madrid: Colex. 129–152.

Vives, T. S. (2016) Estado autoritario y adelantamiento de la «línea de defensa penal». In: Maqueda Abreu, Mª. L. et al. (Hg.), *Derecho penal para un Estado social y democrático de Derecho*. Madrid: Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid. 365–381.

Vives, T. S. (2013) Ferrajoli y después: una reflexión sobre los fundamentos de la teoría del derecho. *teoría & derecho*, 13, 281–327.

Walter, T. (2016) *Strafe und Vergeltung – Rehabilitation und Grenzen eines Prinzips*. Baden-Baden: Nomos.

White, M. D. (Hg.) (2011) *Retributivism. Essays on Theory and Policy*. Oxford: Oxford University Press.

Zaffaroni, E. R. (1989) La influencia del pensamiento de Cesare Beccaria sobre la política criminal mundial. *ADPCP,* 42, 521–552.

Zaffaroni, E. R. (2009) El antiterrorismo y los mecanismos de desplazamiento. In: Serrano-Piedecasas, JR. und Demetrio Crespo, E. (Hgg.), *Terrorismo y Estado de Derecho*. Madrid: Iustel. 359–378.

Die neuen Grenzen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit. Über die Verstärkung des Phänomens der Vorverlagerung im ungarischen Strafrecht

ANDOR GÁL

ERKLÄRUNG DES VORVERLAGERUNGSBEGRIFFS

Das Phänomen der Vorverlagerung als eine Art der Ausweitung der Strafbarkeit bedeutet eine neue strafrechtliche Regelungstechnik, mithilfe der Grenze der Strafbarkeit in der *zeitlichen* Ebene erweitert werden kann.[1] In diesem Fall war das konkrete Rechtsgut schon mit strafrechtlichen Mitteln geschützt, trotzdem entscheidet sich der Gesetzgeber für weiteren strafrechtlichen Eingriff, weil das Strafrecht wegen verschiedener und nachfolgend untersuchter Gründe *(Punkt III.)* zeitlich früher sich verwirklichte Handlungen kriminalisieren will. Hauptsächlich wird dieses Method der neuen Strafbarkeit im materiellen Strafrecht durch sowohl die Versuchsstrafbarkeit, die strafbaren Vorbereitungshandlungen als auch die Gefährdungsdelikte *(Punkt IV.)* erscheint.[2]

Nach der Ansicht Sinns könne die Ausdehnung der Strafbarkeit durch die Einbeziehung weiterer Rechtsgüter in den Schutzbereich einer Vorschrift *sachlich* sein.[3] Als eklatantes Beispiel für *sachliche* Ausweitung der Strafbarkeit könne die fahrlässige Begehung einer Straftat oder die Tatbestandsneuschöpfungen – die sog. Neuinkriminierungen – erwähnt werden. Um die Eigenartigkeiten der Vorverlagerungsstrafbarkeit besser verständlich machen zu können, hat der Beitrag auch das Ziel die Regelungstypen dieser anderen Art der Ausweitung der Strafbarkeit im ungarischen Strafrecht darzustellen *(Punkt V.)*.

[1] Nach der Auffassung Sinns bei einer Vorverlagerung der Strafbarkeit werde das die Strafbarkeit auslösende Moment allein auf horizontaler Ebene (in Richtung »Vorbereitung«) verschoben. Siehe Sinn 2011, 16 ff.

[2] Gropp 2011, 102 ff.

[3] Sinn 2011, 17.

Da diese neue Richtung der Kriminalpolitik im neuen ungarischen Schrifttum[4] intensiv kritisiert ist, scheint es nötig zu sein, zuerst die verfassungsrechtlichen und prinzipiellen Fundamente, die gegenüber der heutigen strafrechtlichen Gesetzgebung bestehen, zur Schau zu stellen *(Punkt II.)*.

VERFASSUNGSRECHTLICHER UND PRINZIPIELLER HINTERGRUND

Die verfassungsrechtliche Kontrolle der Neuinkriminierung

Der ungarische Verfassungsgerichtshof (ungVerfG) hat gar in den '90en Jahren seinen Standpunkt eingenommen, dass die Bestimmung der Strafbarkeitssphäre im *nationalen* Strafrecht[5] ausschließlich die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers sein müsse.[6] Mit anderen Worten: das Strafrecht beruhe auf der Strafgewalt („ius puniendi") des Staates, weil diese ein Teil der Staatsgewalt sei.[7]

Diese Macht dürfe aber nicht unbegrenzt sein.[8] Vor der Kodifizierung habe der Gesetzgeber die Pflicht die zu erwägenden Aspekte (Notwendigkeit, Geeignetheit, Verhältnismäßigkeit) des Eingriffs zu untersuchen. Nämlich solle das strafrechtliche Eingriff als letzte Rechtsfolge einen sog. „Sanktionsschlussstein" und „*Ultima Ratio*" der Rechtsordnung fungieren.[9]

Mithilfe dieser Annäherung des ungVerfG war das *Ultima Ratio-Grundsatz* im neuen Schrifttum zu einem speziellen Prinzip des materiellen Strafrechts geworden.[10] Nach der Ansicht Roxins über die ursprüngliche Bedeutung des Prinzips müsse das Strafrecht nur die letzte unter allen in Betracht kommenden Schutzmaßnahmen sein; d. h. es dürfe nur dann eingesetzt werden, wenn andere Mittel der sozialen Problemlösung – wie die zivilrechtliche Klage, polizie- oder gewerberecht-

[4] Gönczöl 2014, 538 ff..; Nagy 2019, 262 ff.; Nagy 2013, 128 ff.; Nagy 2017, 78 ff.

[5] Die Ausübung dieser Gewalt des Staates ist auf *internationaler* Ebene sowohl von den völkerrechtlichen als auch EU-rechtlichen Rechtsharmonisierungspflichten beeinflusst. Im Einklang mit dieser Auffassung die neue wissenschaftliche Beobachtung stehen, dass die EU selbst eine Macht von „ius puniendi" hat. Siehe Karsai 2014, 15 ff.

[6] Entscheidungen von ungVfG 21/1996. (V. 17.); 58/1997. (XI. 5.), 13/2000. (V. 12.), 3/2019. (III. 7.).

[7] Entscheidung von ungVfG 30/1992. (V. 26.). ähnlich Jescheck 1996, 11.

[8] Früher wurde die ius puniendi des Staates aufgrund seiner Souveränität als unbeschränkt angesehen. Nach Jescheck: „Heute muss sich jeder Staat jedoch Beschränkungen seiner Autonomie auf strafrechtlichem Gebiet sowohl durch übergeordnete Rechtsnormen als auch (in Anfängen) durch eine überstaatliche Gerichtsgewalt gefallen lassen." Jescheck 1996, 11.

[9] Entscheidungen von ungVfG 11/1992. (III. 5.), 4/2013. (II. 21.).

[10] In der ungarischen Lehrbuchsliteratur siehe Nagy 2008 und 2010, 59 ff.; Karsai 2012, 258 ff.

liche Anordnungen, nicht-strafrechtliche Sanktionen – versagen würden.[11] In diesem Sinne nenne man die Strafe „ultima ratio der Sozialpolitik" und definiere ihre Aufgabe als subsidiären Rechtsgüterschutz.[12]

Nach der oben dargestellten Auffassung des ungVerfG könnten die unnötigen, unverhältnismäßigen, willkürlichen und das Ultima Ratio-Prinzip verletzenden Gesetze als verfassungswidrige Rechtsnormen von dem ungVerfG aufgehoben werden.

In den letzten zwei Jahrzehnten war diese Funktion des ungVerfG überwiegend in den Vordergrund getreten, wenn der strafrechtliche Eingriff die Ausübung *der Meinungsfreiheit oder der Pressefreiheit* beschränkt hat. Demzufolge hat das ungVerfG die Tatbestände sowohl von *Gerüchtemacherei*[13] als auch von *Benutzung von Symbolen der Willkürherrschaft*[14] aufgehoben.

Über die Effektivität der Kontrollfunktion

Nach der neuen Rechtsprechung[15] des ungVerfG habe jedes Rechtssubjekt das Recht gegen die neu kodifizierten, strafrechtlichen Tatbestände eine sog. unmittelbare[16] Verfassungsbeschwerde[17] einzugeben. Dementsprechend hätten alle Leute im Fall einer Tatbestandsneuschöpfung wegen des grundrechtsbeschränkten Effekts der strafrechtlichen Kodifizierung eine wirkliche Betroffenheit, weshalb sei die Untersuchungsmöglichkeit des Gremiums durch eine unmittelbare Verfassungsbeschwerde erreichbar.

Diese Entwicklung der Empfangspraxis der unmittelbaren Verfassungsbeschwerden müsste einen breiteren verfassungsrechtlichen Rechtsschutz gegen die unbe-

[11] Roxin 1997, 25.

[12] Roxin 1997, 25.

[13] Entscheidung von ungVfG 18/2000. (VI. 6.)

[14] Entscheidung von ungVfG 4/2013. (II. 21.)

[15] Entscheidung von ungVfG 3/2019. (III. 7.)

[16] Ausnahmsweise kann das Verfahren des Verfassungsgerichtshofes durch eine Verfassungsbeschwerde gemäß Artikel 24 Abs. 2. c) des Grundgesetzes auch angeregt werden, wenn die ohne richterliche Entscheidung verursachte und unmittelbar zur Geltung kommende Rechtsverletzung wegen der Anwendung einer grundgesetzswidrigen Rechtsnorm eingetroffen war, und es gibt kein Rechtsmittel zur Herstellung der Rechtsverletzung oder der Antragsteller hat seine Rechtsmittel schon erschöpft. [Gesetz über den Verfassungsgerichtshof § 26 Abs. 2. a)–b)].

[17] Seit dem Jahr 2012 kennt das ungarische Grundgesetz sowohl die sog. echte als auch die sog. unechte Verfassungsbeschwerde. Auf Grund einer echten Verfassungsbeschwerde prüft das Verfassungsgerichtshof die Vereinbarkeit einer richterlichen Entscheidung mit dem Grundgesetz [Artikel 24 Abs. 2. d) des Grundgesetzes] nach. Im Fall einer unechten Verfassungsbeschwerde hat das Verfassungsgerichthof die Kompetenz die Vereinbarkeit des in einer konkreten Rechtsangelegenheit angewandten Gesetzes mit dem Grundgesetz nachzuprüfen [Artikel 24 Abs. 2. c) des Grundgesetzes]. Für nähere Vorführung siehe Manhertz 2018, 263 ff.; Chronowski 2018, 91 ff.

gründete und unnötige Gesetzgebung sichern. Ebenfalls könnte nach der obenstehenden Rechtsprechung des ungVerfG die Schlussfolgerung auf die Existenz einer wirklichen Kontrollwirkung des Ultima-Ratio-Prinzips[18] gezogen werden.

Demgegenüber muss es betont werden, dass der Ultima Ratio-Grundsatz als Mittel dieser verfassungsrechtlichen Kontrolle tatsächlich den Gesetzgeber *sich nicht daran hindert, die Strafbarkeit zu erweitern*.

Zur Begründung dieser Feststellung können die folgenden Argumente aufgelistet werden.

i. Nach der zutreffenden Ansicht Karsais ein verfassungsrechtliches Ultima Ratio-Prinzip, das die Gestaltungsbefugnisse des Strafgesetzgebers begrenzt, solle nur im Falle der *steigerungsfähigen* Rechtgüter wirksam sein.[19] Bei anderen Rechtsgütern, deren geschütztes Interesse nur von sich selbst auslegbar[20] sei, könne die Beschränkungsfunktion des Prinzips überhaupt nicht denkbar sein. So muss es hervorgehoben werden, dass *der potenzielle Wirkungskreis des Ultima Ratio-Grundsatzes von vornherein sehr begrenzt ist*.

ii. *Das Ultima Ratio-Paradigma funktioniert sowohl in der Kriminalpolitik als auch in der traditionellen Strafrechtswissensschaft nur als „Beschwörungsformel", und praktisch auf die strafrechtliche Gesetzgebung kein Eindruck machen kann.* Im Einverständnis mit der Auffassung Gärditzs sei Ultima Ratio nicht Grenze, sondern politischer Grund der Pönalisierung. Es sei letztlich ein legislatives Leitbild, das mit der Strafgesetzgebung verbunden wird.[21] Trotz allgemeiner Anerkennung habe dieser Gedanke keine große Wirkkraft zu entfalten vermocht.[22]

iii. In der neuen Rechtsprechung des ungVerfG ist es wahrnehmbar, dass das Gremium sich der wegen der Verletzung des Ultima Ratio-Prinzips notwendigen Aufhebung enthalten. In diesen Fällen wendet der ungVerfG viel eher ein milderes Rechtsmittel an: die Entscheidung des ungVerfG gibt die verbindliche und mit dem Grundgesetz vereinbare Auslegung des Tatbestandes.[23]

[18] Nagy 2017, 312 ff.

[19] Karsai 2012, 259.

[20] Dies bedeutet, dass das bedrohtes Gut mit anderen von Strafrecht geschützten Werten nicht vergleichbar sein. Siehe Karsai 2012, 259.

[21] Gärditz 2016, 644.

[22] Gärditz 2016, 641.

[23] Nach dem Gesetz über den Verfassungsgerichtshof kann der ungVerfG während der Ausübung sein Wirkungskreis verfassungsrechtliche Anforderungen in Verbindung mit der untersuchten Rechtsnorm feststellen (§ 46, Abs. 3).

DIE MUTMASSLICHEN GRÜNDE DER WEITEREN KRIMINALISIERUNG

Nach der traditionellen Annäherung des Legalitätsprinzips von Strafrecht kann die Kriminalisierungspflicht des Gesetzgebers auf zweifache Weise entsprungen werden. Erstens handelt es sich um ein hervorragend schutzwürdiges Rechtsgut, dessen rechtlicher Schutz nur mit strafrechtlichen Mitteln sichern kann. Zweitens ist es auch vorstellbar, dass einige Sanktionen, die gegen Rechtsverletzungen bestimmt worden sind, so schwer sind, weshalb können sie nur mithilfe der Inanspruchnahme der Garantiefunktion des Strafrechts ehrenhaft gemacht werden.[24]

Es muss aber betont werden, dass im modernen europäischen Strafrecht diese traditionelle Vorstellung ein überholter Standpunkt ist, weil die gesetzgeberische Souveränität (sog. „Ius Puniendi") des Staates wegen europäischer und internationaler Rechtsharmonisierungspflichten beschränkt ist.[25] Selbstverständlich beeinflussen die Erfüllung dieser Pflichten die zeitlichen und sachlichen Rahmen der Strafbarkeit. Diese Neuinkriminierungen sind in dem nächsten Abschnitt dargestellt.

Rechtsharmonisierungspflicht des nationalen Gesetzgebers

Rechtsquelle des EU-Rechts

Nach dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union bildet die Union einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, in dem die Grundrechte und die verschiedenen Rechtsordnungen und -traditionen der Mitgliedstaaten geachtet werden.[26] Ein Teil dieser mehrteiligen Kooperation ist die *justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen*, die – unter anderen strafprozessrechtlichen Regelungsbereichen – in dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union genannten Bereichen die Angleichung der materiellen Strafrechtsvorschriften der Mitgliedstaaten umfasst.[27] Dies bedeutet, dass das Europäische Parlament und der Rat die gemeinsame gesetzgeberische Möglichkeit hat, den Mitgliedsstaaten verbindlichen Richtlinien zu verabschieden. In diesen Rechtsakten können sog. Mindestvorschrif-

[24] Gellér 2013, 175 ff., neuerdings ähnlich Németh 2019, 264.

[25] Karsai 2014, 15 ff.

[26] Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union Artikel 67.

[27] „Das Europäische Parlament und der Rat können gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren durch Richtlinien Mindestvorschriften zur Festlegung von Straftaten und Strafen in Bereichen besonders schwerer Kriminalität festlegen, die aufgrund der Art oder der Auswirkungen der Straftaten oder aufgrund einer besonderen Notwendigkeit, sie auf einer gemeinsamen Grundlage zu bekämpfen, eine grenzüberschreitende Dimension haben." Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union Artikel 83, Abs. 1.

ten für die Definition von Straftatbeständen und die Festlegung von Sanktionen bestimmt werden. Dann müssen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften in Kraft setzen, die erforderlich sind, um die Richtlinie spätestens bis zum Ende der Implementierungsfrist nachzukommen.

Mit der *EU-Rechtlichen* Rechtsharmonisierungspflicht erwähnten Regelungsbereichen sind in der folgenden Tabelle dargestellt. Im Einklang mit der Zielbestimmung dieses Beitrags präsentiert die Tabelle nur im Sinne der heutigen Kriminalpolitik relevanten – in den letzten zehn Jahren kodifizierten – Neuinkriminierungen.

Themenbereich	*Rechtstakt*	*ungStGB*	*Erweiterungseffekt*
Terrorismus-finanzierung und Geldwäsche	2015/849 (EU) Richtlinie[1]	§§ 318-318/A Terrorismus-finanzierung	Sachliche Erweiterung durch Tatbestandsneuschöpfung
Terroristische Handlungen	2017/541 (EU) Richtlinie[2]	§ 316/A Reisen für terroristische Zwecke § 314 Abs. (2), Punkt a) Straftaten im Zusammenhang mit einer terroristischen Vereinigung	Zeitliche Erweiterung: Vorverlagerung
Menschenhandel und sexuelle Ausbeutung von Frauen und Kindern	2011/93 (EU) Richtlinie[3]	§ 203 Ausbeutung der Kinderprostitution	Sachliche Erweiterung durch Tatbestandsneuschöpfung
Kinderpornografie	2011/93 (EU) Richtlinie	§ 204 Kinderpornografie	Sachliche Erweiterung durch Tatbestandsneuschöpfung
Rechtswidrige Beschäftigung von Drittstaatsangehörigen	2009/52 (EG) Richtlinie[4]	§ 356 Rechtswidrige Beschäftigung von Drittstaatsangehörigen	Sachliche Erweiterung durch Tatbestandsneuschöpfung
Computerkriminalität	2013/40 (EU) Richtlinie[5]	§ 424 Ausspielen der den Schutz des Informationssystems sichernden technischen Maßnahme	Zeitliche Erweiterung: Vorverlagerung
Missbrauch von Stoffen, die zum Abbau der Ozonschicht beitragen	2008/99 (EG) Richtlinie[6]	§ 249 Missbrauch von Stoffen, die zu einem Abbau der Ozonschicht beitragen	Sachliche Erweiterung durch Tatbestandsneuschöpfung
Missbrauch von radioaktiven Stoffen	2008/99 (EG) Richtlinie	§ 249 Missbrauch von radioaktiven Stoffen	Sachliche Erweiterung durch Tatbestandsneuschöpfung

[1] Richtlinie (EU) 2015/849 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2015, zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung, zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates

und zur Aufhebung der Richtlinie 2005/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinie 2006/70/EG der Kommission.

[2] Richtlinie (EU) 2017/541 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. März 2017, zur Terrorismusbekämpfung und zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2002/475/JI des Rates und zur Änderung des Beschlusses 2005/671/JI des Rates.

[3] Richtlinie (EU) 2011/93 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011, zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornografie sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI des Rates.

[4] Richtlinie (EG) 2009/52 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Juni 2009, über Mindeststandards für Sanktionen und Maßnahmen gegen Arbeitgeber, die Drittstaatsangehörige ohne rechtmäßigen Aufenthalt beschäftigen

[5] Richtlinie (EU) 2013/40 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. August 2013, über Angriffe auf Informationssysteme und zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2005/222/JI des Rates.

[6] Richtlinie (EG) 2008/99 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008, über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt.

Rechtsquelle des Völkerrechts

Nach dem Grundgesetz Ungarns: „Ungarn sichert zur Erfüllung seiner völkerrechtlichen Verpflichtungen den Einklang zwischen Völkerrecht und ungarischem Recht. Ungarn akzeptiert die allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechts. Andere Quellen des Völkerrechts werden mit ihrer Verkündung in einer Rechtsnorm zum Bestandteil des ungarischen Rechtssystems."[28] Wegen dieser verfassungsrechtlichen Pflicht müssen das nationale Strafrecht den für Ungarn verbindlichen völkerrechtlichen Anforderungen entsprechen. Mit der *völkerrechtlichen* Rechtsharmonisierungspflicht erwähnten Regelungsbereichen sind in der folgenden Tabelle präsentiert.[29]

Themenbereich	*Übereinkommen*	*ungStGB*	*Erweiterungseffekt*
Computer-kriminalität	Cybercrime-Konvention[7] (Unterzeichnung: 4. XII. 2003; Verkündung: Gesetz Nr. LXXIX. von 2004)	§ 424 Ausspielen der den Schutz des Infor-mations-systems sichernden technis-chen Maßnahme	Zeitliche Erweiter-ung: Vorverlagerung
Fälschung mediz-inischer Erzeu-gnisse	Medicrime-Konvention[8] (Unterzeichnung: 26. IX. 2013; Verkündung: Gesetz Nr. CCVIII. von 2013)[9]	§ 186 Fälschung von Mediz-in-produkten	Sachliche Erweit-erung: Vorverlagerung

[28] Artikel Q) Abs. 2–3.

[29] Ebenfalls enthält diese Zusammenstellung nur in den letzten zehn Jahren kodifizierten Neuinkriminierungen. ähnlich siehe III.1.1.

Themenbereich	*Übereinkommen*	*ungStGB*	*Erweiterungseffekt*
Sexuelle Ausbeutung von Kindern	Lanzarote-Konvention[10] (Unterzeichnung: 29. XI. 2010; Verkündung: Gesetz Nr. XCII. von 2015)	§ 203 Ausbeutung der Kinder-prostitution, § 204 Kinderpornografie	Sachliche Erweiterung durch Tatbestands-neuschöpfung
Kinderarbeit	IAO 182. Konvention[11] (Unterzeichnung: 20. IV. 2000; Verkündung: Gesetz Nr. XXVII. von 2001)	§ 209 Kinderarbeit	Sachliche Erweiterung durch Tatbestands-neuschöpfung
Terrorismus	Warschau-Konvention[12] (Unterzeichnung: 10. X. 2007; Verkündung: Gesetz Nr. II. von 2011)	Vorbereitungs-strafbarkeit bei der „Straftat gegen die Verkehrs-sicherheit“ (§ 232 Abs. 3)	Zeitliche Erweiterung: Vorverlagerung
Nuklearer Terrorismus	Internationale Konvention über die Zurückdrängung der nuklearen terroristischen Handlungen[13] (Unterzeichnung: 14. IX. 2005; Verkündung: Gesetz Nr. XX. von 2007)	Vorbereitungs-strafbarkeit bei der Straftat von „Missbrauch der Betreibung einer kerntechnischen Anlage“ (§ 251 Abs. 3)	Zeitliche Erweiterung: Vorverlagerung

[7] Übereinkommen des Europarates über Computerkriminalität. Budapest, 23.XI.2001.

[8] Übereinkommen des Europarates über die Fälschung von Arzneimitteln und Medizinprodukten und über ähnliche die öffentliche Gesundheit gefährdende Straftaten. Moskau, 28.X.2011.

[9] Zur Analyse der Mindestvorschriften der Konvention siehe Katona 2015, 14 ff.

[10] Übereinkommen des Europarates zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch (sog. Lanzarote-Konvention). Lanzarote, 25.X.2007.

[11] Übereinkommen der Internationale Arbeitsorganisation über das Verbot und unverzügliche Maßnahmen zur Beseitigung der schlimmsten Formen der Kinderarbeit, 1.VI.1999.

[12] Übereinkommen des Europarats zur Verhütung des Terrorismus. Warschau, 16.V.2005.

[13] Übereinkommen der UNO, New York, 13.IV.2005.

Symbolische Gründe der Neuinkriminerung

In dem neuen ungarischen wissenschaftlichen Gedankenaustausch wird häufig der Vorwurf erhoben, dass der Gesetzgeber sich unzulässigerweise des Strafrechts bediene, um in der Gesellschaft symbolische Wirkungen hervorzurufen.[30] Dieses sog. symbolische Strafrecht[31] könne als die herrschende Richtung der modernen Krimi-

[30] Gönczöl 2014, 538 ff., Nagy 2019, 265 ff. Im deutschen Schrifttum siehe Ripollés 2001, 516 ff.

[31] Zur erstmaligen Erwähnung siehe Hassemer 1989, 553 ff. Später eingehend Hassemer 2008, 93 ff.

nalpolitik Ungarns betrachtet werden.[32] Die bestimmenden Eigenartigkeiten dieser Gesetzgebung sind die folgenden Faktoren:

- Grunderscheinung: die Erweiterung des Wirkungskreises der Strafbarkeit,
- mit der Neuinkriminierung hat der Gesetzgeber nur das Ziel die Gesellschaft, die sich für Sicherheit sehnt, zu beruhigen, und das Vertrauen für Rechtsordnung wiederherzustellen,[33]
- in den Fällen dieser unbegrenzten Gesetzgebungen hat die strafrechtsdogmatische Annäherung nichts zu bedeuten (funktionsschwache Strafrechtsdogmatik),
- die Tatbestände, die die Ergebnisse einer symbolischen Gesetzgebung sind, haben im Allgemeinen in der Rechtspraxis keine Anwendung (die sog. „Tote Tatbestände")[34],
- die „bewahrende" Rechtsgüter sind unverhältnismäßig abstrahiert, weil der strafrechtliche Eingriff nur auf einem Geschehen, das in der Außenwelt früher passiert worden ist, reagieren möchte (die sog. Ad-Hoc-Gesetzgebung).[35]

Typischerweise äußert der symbolische Effekt der heutigen Kriminalpolitik sich mit *sachlicher* Erweiterung der Strafbarkeit. Die nach der Meinung des Gesetzgebers strafwürdigen Rechtsgüter können nur durch Tatbestandsneuschöpfungen geschützt werden. Damit diese Entwicklungstendenz den Lesern leicht sinnfällig sein, möchte ich drei Regelungsbespiele aus der rezenten Gesetzgebung präsentieren.

1) *Tatbestände vor der Neuinkriminierung*
Spionage (StGB § 261.)
Abs. (1) Wer für eine fremde Macht oder fremde Organisation gegen Ungarn eine nachrichtendienstliche Tätigkeit betreibt, ist wegen eines Verbrechens mit Freiheitsstrafe von zwei Jahren bis zu acht Jahren zu bestrafen.

Neuer Tatbestand (Neuinkriminierung)

Spionage gegen Institutionen der Europäischen Union (StGB § 261/A.)

Nach § 261 ist zu bestrafen, wer für ein Drittland außerhalb der Europäischen Union gegen das Europäische Parlament, die Europäische Kommission oder den Rat der Europäischen Union eine nachrichtendienstliche Tätigkeit betreibt.

Der Grund der Neuinkriminierung: nach dem begründeten Verdacht hat ein ungarischer Abgeordneter des EP vertraulichen Informationen in Verbindung mit der Tätigkeit des EP dem Geheimdienst von Russische Föderation geteilt.

[32] Nagy 2019, 265 ff.
[33] Nagy 2013, 129.
[34] Kinzig 2017, 415 ff.
[35] Nagy 2019, 266.

2) *Neuer Tatbestand (Neuinkriminierung)*[36]
Verbotene Beeinflussung von Sportergebnissen (§ 349/A.)
Abs. (1) Wer eine Vereinbarung trifft, durch die sich das Ergebnis von im Wettkampfsystem eines Sportverbandes veranstalteten oder ansonsten im Wettkampfkalender des Sportverbandes geführten Wettkämpfen bzw. Spielen nicht auf eine der Wettbewerbsordnung oder den Grundsätzen des Fair Play entsprechende Art und Weise ergibt, ist, soweit keine andere Straftat realisiert wird, wegen eines Verbrechens mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen.

Abs. (2) Die Strafe ist eine Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu fünf Jahren, wenn die Straftat in einer Bande oder gewerbsmäßig begangen wird.

Der Grund des Eingriffs war der ungarische Wette-Skandal im Fußball im Jahr 2012.

3) *Neuer Tatbestand (Neuinkriminierung)37*
Anfertigung von zur Herabwürdigung in der öffentlichen Meinung geeigneten falschen Ton- oder Bildaufnahmen § 226/A (1) Wer, um eine oder mehrere andere Personen in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen, falsche, gefälschte oder inhaltlich unwahre Ton- oder Bildaufnahmen anfertigt, soweit keine andere Straftat realisiert wird, wegen eines Vergehens mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr zu bestrafen.

Der Grund der Neuinkriminierung war der ungarische Skandal von Beweismittelsfälschung im Jahr 2013. Nach dem Verdacht hat ein Abgeordneter der Opposition gegen einen unbekannten Täter eine Anzeige gemacht, weil er eine Tonaufnahme, die der Wahlschwindel der Regierungspartei beweist, bekommen hatte. Später war es aufgeklärt, dass die Tonaufnahme gefälscht gewesen war.

DIE REGELUNGSVARIANTEN DER WEITEREN KRIMINALISIERUNG

Sachliche Erweiterung

Die verschiedenen Fallgruppen der sachlichen Erweiterung der Strafbarkeit sind die Folgenden:

– fahrlässige Strafbarkeit, weil die fahrlässige Begehung ausnahmsweise strafbar,[38]

[36] Der Tatbestand hatte keine vorhergehende Regelung.

[37] Der Tatbestand hatte keine vorhergehende Regelung.

[38] Nach der Gesetzesbestimmung der Straftat (§ 4 Abs. 1) „Eine Straftat ist die vorsätzlich oder – wenn dieses Gesetz auch ein fahrlässiges Begehen unter Strafe stellt – fahrlässig begangene Tat, die für die Gesellschaft gefährlich ist und für welche dieses Gesetz das Verhängen einer Strafe anordnet."

– gemischte Schuld im Fall eines qualifizierten Erfolgsdelikts,
– Strafbarkeit des Unterlassens im Fall eines „offenen Straftatbestandes",
– Strafrechtlicher Schutz von neuen Rechtsgütern (Tatbestandsneuschöpfung).

Vorverlagerung

Im ungarischen Strafgesetzbuch werden sowohl die Vorbereitung und als auch der Versuch als Verwirklichungsstufen der vorsätzlichen Straftat geregelt. Unter einer Vorbereitungshandlung wird eine Verhaltensweise verstanden, bei der die Tat noch nicht in das Stadium des Versuchs gelangt ist.[39] Gegenüber der generellen Strafbarkeit des Versuchs, ist die Vorbereitung nach dem heute geltenden StGB nur ausnahmsweise strafbar, wenn ihre Strafbarkeit im Besonderen Teil ausdrücklich bestimmt ist. Die Grundlage des Verhältnisses, das zwischen diesen Verwirklichungsphasen besteht, ist die negative Definition der Vorbereitungshandlungen: sie dürfen noch nicht das Versuchsstadium erreichen.[40] Denn das Vorbereitungsstadium endet, wenn der Täter die Verwirklichung eines Tatbestandmerkmals beginnt. Infolgedessen folgt die ungarische Regelung der so genannten *formal-objektiven* Theorie.[41]

Neben diesen generellen dogmatischen Anmerkungen ist es notwendig zu erwähnen, dass der Gesetzgeber eine allgemeine Legaldefinition der Vorbereitung in dem Allgemeiner Teil des StGB kodifiziert hat:

> „Wenn dieses Gesetz es ausdrücklich bestimmt, ist wegen Vorbereitung zu bestrafen, wer zwecks Begehung der Straftat, die dafür erforderlichen oder diese erleichternden Bedingungen schafft, zur Begehung auffordert, sich erbietet, sie übernimmt, oder die gemeinsame Begehung verabredet."[42]

Auf der *objektiven* Seite der Vorbereitung sind fünf Vorbereitungshandlungen bestimmt:
– Schaffung der Bedingungen zur Begehung,
– Aufforderung,
– Sich-Erbieten,
– Übernahme,
– Verabredung der gemeinsamen Begehung.

[39] Siehe ähnlich Knobloch 2011, 197 ff.
[40] Szomora 2011, 224.
[41] Gropp 2002, 176 ff., Gál 2018, 23.
[42] Gesetz Nr. C von 2012 (ungStGB) § 11 Abs. 2.

Auf der *subjektiven* Seite der Vorbereitung sollte hervorgehoben werden, dass die Vorbereitungshandlungen die Begehung einer konkreten Straftat bezwecken müssen, d. h. die Vorbereitung ist ein Absichtsdelikt und erfordert dolus directus 1. Grades.[43]

Die ausnahmsweise, aber ausdrückliche Strafbarkeit der Vorbereitungshandlungen im Besonderer Teil des StGB hat keine einheitliche Regelungsform: die anerkannten Typen der strafbaren Vorbereitung können in vier Gruppen unterteilt werden.

Die Regelungsstruktur dieser Typen beruht auf der Legaldefinition des Allgemeinen Teils. Deshalb kann man sagen, dass heute im ungarischen Schrifttum und in der Rechtsprechung eine formelle Vorbereitungsbegriff[44] zur Geltung kommt, da nur diejenigen Handlungen als Vorbereitung kategorisiert werden können, die in der Legaldefinition gelistet sind.

Die anerkennten Typen der strafbaren Vorbereitung sind die Folgenden.[45]

a) Vorschriften des Besonderen Teils, die auf die Legaldefinition der Vorbereitung im Allgemeinen Teil verweisen. Wird das Wort „Vorbereitung" im Besonderen Teil des StGB verwendet, dann bedeutet dies immer einen Hinweis auf die allgemeine Bestimmung über die strafbare Vorbereitung im Allgemeinen Teil. In diesem Fall sind alle fünf in § 11 ungStGB enthaltenen auf die konkrete Straftat gerichteten Vorbereitungshandlungen strafbar. Dieses gesetzesmethodische Modell hat einen akzessorischen Charakter, weil es die Bestimmung der Vorbereitungsstrafbarkeit mit dem Tatbestand der Straftat verbindet (z. B. Totschlag § 160). Die Zahl der strafbaren Vorbereitungshandlungen hat sich aber in den letzten Jahren wesentlich erhöht.[46]
b) Delikte, bei denen nicht alle fünf, sondern nur bestimmte Vorbereitungshandlungen für strafbar erklärt sind. [z. B. der qualifizierten Kuppelei (§ 200), bei der nur die Verabredung zur gemeinsamen Begehung strafbar ist].
c) Im Besonderen Teil sind auch Vorbereitungsstraftaten *sui generis* zu finden, bei denen Handlungen, die inhaltlich die Vorbereitung einer konkreten Straftat darstellen, als selbständige vollendete Straftaten geregelt sind. (z. B. Aufforderung zur Falschaussage § 276).
d) Als letzte Gruppe sind die systemfremden/unkategorisierten Vorbereitungsstraftaten sui generis zu erwähnen. (Förderung der Geldfälschung § 390).

[43] Szomora 2011, 231.

[44] Im deutschen Schrifttum soll der Vorbereitungsstadium in zwei großen Gruppen unterteilt werden. Insoweit ist zwischen formalen und materiellen Vorbereitungshandlungen zu differenzieren. Pintaske 2011, 278 ff.

[45] Nagy 2010, 194; Karsai und Szomora 2011, 311.

[46] Die Zahl der Vorbereitungskriminalisierung im Besonderen Teil der früheren StGB: StGB (1961): 19, StGB (1978): 20, StGB (2012): 58, StGB (2018): 62.

ZUSAMMENFASSUNG

Dieser Beitrag verfolgt das Ziel, die Strafbarkeit von Vorbereitungshandlungen, als geradezu klassische Vorverlagerung, aus ungarischer Sicht genauer zu untersuchen. Ebenfalls hatte ich das Vorhaben die verschiedenen Gründe der ausgedehnten Kriminalisierung darzustellen. Aus dieser Analyse kann man als Konsequenz ziehen, dass die traditionellen rechtsstaatlichen Mittel sich die Gesetzgebungsmacht des ungarischen Staates nicht daran hindert, die Strafbarkeit zu erweitern. Im Allgemeinen bleibt der Ultima Ratio-Grundsatz funktionslos, zugleich sind die symbolischen Überlegungen in der Kriminalpolitik herrschend. Die Veränderung der Zahl der strafbaren Vorbereitungshandlungen ist sprechend: im Jahr 1961 wurde die Vorbereitungsstrafbarkeit nur bei den 19 Straftaten reguliert, während ist diese Zahl im Fall der heutigen Rechtslage 82!*

BIBLIOGRAPHIE

Chronowski, N. (2018) Alkotmányjogi panasz és alkotmányvédelem. *Fundamentum,* 22, 91–95.

Gál, A. (2018) Az előkészületi cselekmények büntetendővé nyilvánításának egyes típusairól. *Magyar Rendészet,* 3, 23–37.

Gärditz, K. F. (2016) Demokratizität des Strafrechts und Ultima Ratio-Grundsatz. *Juristen Zeitung,* 13, 641–650.

Gellér, B. (2013) *Legalitás a vádpadon*. Budapest.

Gönczöl, K. (2014) A punitív kriminálpolitika és a büntető populizmus – egymást fedő fogalmak? *Jogtudományi Közlöny,* 69, 538–544.

Gropp, W. (2002) Vom Rücktrittshorizont zum Versuchshorizont. Überlegungen zur Abgrenzung zwischen Vorbereitung und Versuch. In: Dölling, D. und Erb, V. (Hgg.), *Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag.* Heidelberg. 175–183.

Gropp, W. (2011) Tatstrafrecht und Verbrechenssystem und die Vorverlagerung der Strafbarkeit. In: Sinn, A. Ders. und Nagy, F. (Hgg.), *Grenzen der Vorverlagerung in einem Tatstrafrecht: Eine rechtsvergleichende Analyse am Beispiel des deutschen und ungarischen Strafrechts.* Osnabrück. 99–100.

Hassemer, W. (1989) Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz. *NStZ,* 9, 553–558.

Hassemer, W. (2008) Das Symbolische am symbolischen Strafrecht. In: Hassemer, W. (Hg.), *Strafrecht*. Berlin. 93–114.

Jescheck, H.-H. (1996) *Lehrbuch des Strafrechts.* Berlin.

* Die Forschung wird durch das Projekt EFOP-3.6.2-16-2017-00007 „Die Aspekten von der Entwicklung einer intelligenten, nachhaltigen und inklusiven Gesellschaft: soziale, technologische, Innovationsnetze in der Beschäftigung und in der digitalen Wirtschaft" unterstützt. Das Projekt wird von der Europäischen Union finanziert, und vom Europäischen Sozialfonds und ungarischer Staatshaushalt kofinanziert.

Karsai, K. (2012) Az ultima ratio elvről – másképpen. In: Juhász, Zs., Nagy, F. und Fantoly, Zs. (Hgg.): *Sapienti sat. Ünnepi kötet dr. Cséka Ervin 90. születésnapjára*. Szeged. 253–260.

Karsai, K. (2014) Ius Puniendi of the European Union. In: Hack, P. und Koósné Mohács, B. (Hgg.) *Emberek őrzője. Tanulmányok Lőrincz József tiszteletére.* Band I. Budapest. 117–128.

Karsai, K. (2015) *Alapelvi (r)evolúció az európai büntetőjogban.* Szeged.

Karsai, K. und Szomora, Zs. (2011) Anknüpfungspunkte für eine Vorverlagerung im ungarischen Strafgesetzbuch – Eine Bestandsaufnahme. In: Sinn, A., Gropp, W. und Nagy, F. (Hgg.), *Grenzen der Vorverlagerung in einem Tatstrafrecht: Eine rechtsvergleichende Analyse am Beispiel des deutschen und ungarischen Strafrechts*. Osnabrück. 309–322.

Karsai, K. und Szomora, Zs. (2011) Anknüpfungspunkte für eine Vorverlagerung im ungarischen Strafgeseztbuch – Eine Bestandsaufnahme. In: Sinn, A., Gropp, W. und Nagy, F. (Hgg.), *Grenzen der Vorverlagerung in einem Tatstrafrecht: Eine rechtsvergleichende Analyse am Beispiel des deutschen und ungarischen Strafrechts*. Osnabrück. 309–322.

Katona, T. (2015) Célcsoportban a hamis gyógyszerek és gyógyászati eszközök – regionális csapás a bűnözésre: a Medicrime Egyezmény – Epizód vagy nyitány a Globális Éra felé? *Európai Jog,* 15, 14–19.

Kinzig, J. (2017) „Tote Tatbestände". *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* 129, 415–424.

Knobloch, N. (2011) Die Bestrafung von Vorbereitungshandlungen aus deutscher Sicht – Eine Untersuchung insbesondere des § 30 dStGB. In: Sinn, A., Gropp, W. und Nagy, F. (Hgg.), *Grenzen der Vorverlagerung in einem Tatstrafrecht: Eine rechtsvergleichende Analyse am Beispiel des deutschen und ungarischen Strafrechts*. Osnabrück. 197–215.

Manhertz, T. I. (2018) Az alkotmányjogi panasz magyarországi helyzete. *Iustum Aequum Salutare,* 14, 263–288.

Nagy, F. (2008) *A magyar büntetőjog általános része.* Budapest.

Nagy, F. (2010) *A magyar büntetőjog általános része.* Budapest.

Nagy, F. (2013) *Régi és új tendenciák a büntetőjogban és a büntetőjog-tudományban*. Budapest.

Nagy, F. (2017) Az állami büntetőhatalom behatárolásáról: a büntetőjog fragmentáris, szubszidiárius természetéről és ultima ratio jellegéről. In: Gellén, K. (Hg.), *Honori et virtuti. Ünnepi tanulmányok Bobvos Pál 65. születésnapjára.* Szeged. 312–325.

Nagy, F. (2018) Az állami büntetőhatalom korlátozása ellen ható tendenciák a büntetőjogban. *Állam- és Jogtudomány,* 59, 78–92.

Nagy, F.(2019) Reflexiók a jogállami büntetőjog helyzetéről. *Magyar Jog,* 66, 262–269.

Németh, I. (2019) Redukált nemzeti szuverenitás és nemzetközi kriminalizációs kötelezettség. *Miskolci Jogi Szemle*, 14, 264–275.

Pintaske, P. M. (2011) Anknüpfungspunkte für eine Vorverlagerung im deutschen Strafgesetzbuch – Eine Bestandsaufnahme. In: Sinn, A., Gropp, W. und Nagy, F. (Hgg.), *Grenzen der Vorverlagerung in einem Tatstrafrecht: Eine rechtsvergleichende Analyse am Beispiel des deutschen und ungarischen Strafrechts*. Osnabrück. 277–308.

Ripollés, J. L. D. (2001) Symbolisches Strafrecht und die Wirkungen der Strafe. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* 113, 516–538.

Roxin, C. (1997) *Stafrecht Allgemeiner Teil I.* 3. Ausgaben. München.

Sinn, A. (2011) Vorverlagerung der Strafbarkeit – Begriff, Ursachen und Regelungstechniken. In: Sinn, A., Gropp, W. und Nagy, F. (Hgg.), *Grenzen der Vorverlagerung in einem Tatstrafrecht: Eine rechtsvergleichende Analyse am Beispiel des deutschen und ungarischen Strafrechts*. Osnabrück. 13–40.

Szomora, Zs. (2011) Die Bestrafung von Vorbereitungshandlungen aus ungarischer Sicht. In: Sinn, A., Gropp, W. und Nagy, F. (Hgg.), *Grenzen der Vorverlagerung in einem Tatstrafrecht: Eine rechtsvergleichende Analyse am Beispiel des deutschen und ungarischen Strafrechts*. Osnabrück. 223–234.

Wörner, L. und Szomora, Zs. (2011) Deutsche und ungarische Versuchsdogmatik als Frage der Vorverlagerung von Strafbarkeit – Rechtsvergleichende Beobachtungen. In: Sinn, A., Gropp, W. und Nagy, F. (Hgg.), *Grenzen der Vorverlagerung in einem Tatstrafrecht: Eine rechtsvergleichende Analyse am Beispiel des deutschen und ungarischen Strafrechts*. Osnabrück. 177–196.

Gedanken über die neue Betrugsrichtlinie der Europäischen Union (1371/2017) aus dem Blickwinkel der Bekämpfung der Steuerhinterziehung

JUDIT JACSÓ

EINFÜHRUNG

Allgemein bewusst ist, dass seither Steuer existieren, seither gibt es auch Steuerhinterziehung. Seither der Staat versucht ihre Aufgaben aus Steuergeldern zu finanzieren, versuchen die Bürger ihre Steuerpflichten umzugehen. Die Regelung der Steuerhinterziehung und die für sie vorgesehene Sanktionen erfuhren seit den Anfängen aber große Änderungen. Es ist ein Charakteristikum der Kriminalität im 21. Jahrhundert, dass ihre transnationalen Bezüge immer bedeutender werden. In der globalisierten und digitalisierten Welt sind neue, *„grenzenlose" Formen der Steuerhinterziehung* erschienen. Bestimmte Formen der Steuerhinterziehung haben immer mehr eine *„grenzübergreifende Dimension"* erhalten. Der Kampf gegen diese Form der Kriminalität erfordert deswegen neue Mittel. Der Auftritt gegen die Steuerhinterziehung bedarf innerhalb der Europäischen Union (EU) eines gemeinsamen komplexen Auftritts, dessen wichtiges Element ist die Angleichung der materiellstrafrechtlichen Regelungen der Mitgliedstaaten. Die dazu erforderliche Rechtgrundlage sichern die Vorschriften des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (Art. 83 und Art. 325 AEUV).

In den vergangenen Jahren ist der Auftritt gegen die Steuerhinterziehung nicht nur in den Mitgliedstaaten, sondern auch auf nationaler und europäischer Ebene ein wichtiges und zentrales politisches Ziel geworden ist. Das Ausmaß der infolge der Steuerhinterziehung nicht erhobenen Steuereinnahmen ist schwer zu bestimmen. Es liegen diesbezüglich nur Schätzungen vor, die aber auf der Ebene der EU oft nicht alle Steuerarten, sondern grundsätzlich nur die länderübergreifend begangenen Mehrwertsteuerbetrugsfälle umfassen.[1] Jedoch kann nicht in Frage gestellt werden, dass es um Beträge in Milliardenhöhe geht.

[1] Vgl. Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, 29. Jahresbericht über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union – Betrugsbekämpfung (2017), COM(2018) 553 final, Brüssel, 3.9.2018.

Zahlreiche internationale Dokumente und Rechtsakte der Union betonen die Wichtigkeit des entschlossenen Kampfes gegen diese Form der Steuerkriminaltat und heben die in der Zusammenarbeit liegenden Möglichkeiten hervor.[2] Unter den erlassenen Rechtsakten hat die neue Betrugsbekämpfungsrichtlinie aus dem Jahre 2017[3] eine besondere Bedeutung. Nach einem kurzen geschichtlichen Überblick steht diese Richtlinie im Mittelpunkt der Ausführungen.

Aber nicht nur die Anzahl der Rechtsakte der Union, sondern auch die Meinung der Unionsbürger beweisen die Wichtigkeit des Themas. Die Ergebnisse der Eurobarometer-Umfragen zeigen, dass zweidrittel der EU-Bürger gemeinsame Antworten und Vorgehensweise auf globale Herausforderungen, statt nationalstaatlichen Vorgehen bevorzugen. Nach dem Terrorismus, Bekämpfung der Arbeitslosigkeit und Schutz der Umwelt wollen die Bürger, dass die EU entschlossener gegen die Steuerhinterziehung auch auftritt.[4] Die Bemühungen der EU um besseren Auftritt gegen die Steuerkriminalität steht somit in Übereinstimmung mit der deutlichen Mehrheit der Bevölkerung der Union. Diese Aspekte sind auch zu betonen.

GESCHICHTLICHER ÜBERBLICK

Am Anfang der europäischen Integrationen wurden das Strafrecht sowie auch das Steuerstrafrecht als Ausprägungen der nationalen Souveränität der Mitgliedstaaten aufgefasst, darauf die Mitgliedstaaten nicht verzichten wollten. Diese waren „Basteien" der nationalen Souveränität. Die Kommission (und der Europäische Gerichtshof[5]) vertreten seit langer Zeit die Auffassung, dass in der Europäischen Union ohne strafrechtsbezogene Kompetenzen die gemeinsamen Ziele nicht erreicht werden können.

Die Vertiefung des Vorgangs der europäischen Integration und die Globalisierung haben Änderungen auf dem Gebiet des Europäischen Strafrechts und auch auf dem Gebiet des Steuerstrafrechts mit sich gebracht. Ein Prozess wurde angefangen,

[2] Siehe dazu Jacsó 2017, 133–134.

[3] Richtlinie (EU) 2017/1371 über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Europäischen Union, *ABl L 198, 28.7.2017, 29–41.*

[4] Quelle: http://www.europarl.europa.eu/hungary/hu/aktualis/2017-hirek/hirek-2017-aprilis/az-eu-hoz-jo-tartozni-mondja-egyre-tobb-unios-polgar.html (06.05.2018).

[5] Die Defizite der unterschiedlichen nationalen Regelungsniveaus im Bereich der Betrugsbekämpfung wurden durch das *„Griechische Maisurteil"* des EuGH Ende der achtziger Jahre aufgezeigt. Nach Auffassung des EuGH *„müssen die Mitgliedstaaten, denen allerdings die Wahl der Sanktionen verbleibt, namentlich darauf achten, daß Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht nach ähnlichen sachlichen und verfahrensrechtlichen Regeln geahndet werden wie nach Art und Schwere gleichartige Verstöße gegen nationales Recht, wobei die Sanktion jedenfalls wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein muß."* (Vgl. EuGH, Urt. v. 21.9.1989, Rechtssache 68/88, Slg. 2965, 2979 (Kommission/Griechenland)). Siehe zu der strafrechtlichen Rechtsangleichung in der Europäischen Union: Karsai 2008, 439–449.

der zusammenfassend als *Europäisierung* genannt werden kann, die viele Fragen aufwirft. Unter Europäisierung im Zusammenhang meines Beitrages ist der Einfluss der europäischen Gesetzgebung auf das nationale Recht zu verstehen, dessen unterschiedliche Erscheinungsformen sind. In den Richtlinien der Europäischen Union werden verbindliche Ziele für die Mitgliedstaaten vorgeschrieben. In diesem Prozess spielen aber auch die unverbindliche Rechtsakte der EU eine wichtige Rolle, so zum Beispiel die Mitteilungen der Europäischen Kommission[6] oder die Entschließungen des Europäischen Parlaments. Im engeren Sinne fallen aber auch die mitgliedstaatlichen Maßnahmen, welche die Angleichung der nationalen Regelungen zu den europäischen Standards bezwecken, darunter.

Der Vertrag von Lissabon spielt im Prozess der Europäisierung des Strafrechts (der Europäisierung der Strafrechtspflege) eine besondere Rolle, da damit der Begriff des Europäischen Strafrechts einen neuen Inhalt erhalten hat. Als Abgrenzung zu den anderen Bereichen des im weiteren Sinne verstandenen Europäischen Strafrechts empfiehlt es sich heute den Begriff des Unionsstrafrechts zu verwenden. Die Grundverträge geben die eindeutige Ermächtigung dem Unionsgesetzgeber zum Erlass strafrechtsbezogenen Rechtsakten, auch wenn dieses Gebiet zur geteilten Zuständigkeit der Union gehört.[7] In den vergangenen Jahren sind zahlreiche Richtlinien sowohl auf dem Gebiet des materiellen Strafrechts als auch auf dem Gebiet des Strafprozessrechts erlassen worden. Die Wirkung des Europarechts auf das nationale Strafrecht ist unbestreitbar. Gilt aber diese Behauptung auch für das Steuerstrafrecht, was noch mehr als die Ausprägung der nationalen Souveränität der Mitgliedstaaten aufgefasst wurde? Die Aufarbeitung jeder Grundfrage der Europäisierung des Steuerstrafrechts ist im Rahmen der jetzigen Analyse nicht möglich. Somit werden die Überlegungen auf den wesentlichen Inhalt des Problemkreises beschränkt und vor allem die Bedeutung der neuen Betrugsrichtlinie der EU auf dem Gebiet des Steuerstrafrechts hervorgehoben. Auf eine allgemeine Einführung über die Bedeutung des Kampfes gegen die Steuerhinterziehung ist jedoch nicht zu verzichten.

[6] Vgl. die neueste Betrugsbekämpfungsstrategie der Kommssion: Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss, den Ausschuss der Regionen und den Europäischen Rechnungshof. Die Betrugsbekämpfungsstrategie der Komssion: verstärkte Maßnahmen zum Schutz des EU-Haushalts, Brüssel, 29.4.2019, COM(2019) 196.

[7] Siehe Art. 83. AEUV.

Die erste Phase des Auftritts

Im Folgenden sollen nun die wichtigsten Phasen der Betrugsbekämpfungsstrategie[8] der Europäischen Gemeinschaft/Europäischen Union aufgezeigt bzw. der Frage nachgegangen werden, welche Anknüpfungspunkte zwischen der Betrugsbekämpfung und der Bekämpfung der Steuerhinterziehung zu entdecken sind.

Sowohl das Strafrecht als auch das Steuerrecht sind sensible Politikbereiche der Europäischen Union, weil diese von den Mitgliedstaaten als Ausprägung ihrer Souveränität aufgefasst werden. Die EU kann nicht selbst Steuern und Abgaben erheben, wie auch kein EU-Organ eine Kriminalstrafe im engeren Sinne verhängen kann. Zwei Faktoren haben bei der *Entwicklung des Steuerstrafrechts* in der EU eine wichtige Rolle gespielt:[9] die *fortgeschrittene Steuerharmonisierung*[10] (besonders auf dem Gebiet der mittelbaren Steuern)[11] bzw. die *Einführung des Eigenmittelsystems der EG* im Jahre 1970.[12]

Die erste Phase der Bekämpfung des Steuerbetruges innerhalb der Gemeinschaften kann durch den *Abschluss von bilateralen Verträgen* über die *Zusammenarbeit der nationalen Steuerbehörden* gekennzeichnet werden. Dadurch wurde der Auftritt auf verwaltungsbehördlicher Ebene effizienter gestaltet. Die bilateralen Verträge ergaben aber eine Vielzahl von unterschiedlichen Zusammenarbeitsformen, deren Koordinierung und Vereinheitlichung die erste zu bewältigender gemeinschaftsrechtlicher Herausforderung darstellte. Dies wurde schon in den 70-er Jahren von der Kommission erkannt. Die Kommission hat die damit verbundene Problematik früh erfasst und erließ zahlreiche Mitteilungen über die Betrugsbekämpfungsstrategie, welche der internationalen Steuerhinterziehung und Steuerflucht entgegenzuwirken beabsichtigten. Durch den griechischen Maisskandal wurde die Aufmerksamkeit auf die aus den unterschiedlichen nationalen strafrechtlichen Regelungen abgeleitete Problematik gelenkt. Die Lösung für das Problem „Betrügereien, die

[8] Siehe dazu Karsai 2002, 14–22.

[9] Siehe dazu mehr Jacsó 2016, 117 ff.

[10] Wichtigste Station war die Einführung des gemeinsamen Mehrwertsteuersystems, das zum Funktionieren des gemeinsamen Marktes erforderlich geworden ist. Am 11.04.1967 wurden die ersten beiden MwSt-Richtlinien erlassen, die die Grundsätze des Systems festgelegt haben. Erwähnenswert ist noch die sechste MwSt-Richtlinie aus dem Jahre 1977. Die heute geltende MwSt-Richtlinie ist: Richtlinie 2006/112/EG des Rates vom 28. November 2006 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem, ABl. L 347 v. 11.12.2006, 1–118.

[11] Siehe zur Entwicklung der Steuerharmonisierung in der EU Őry 2013, 15-46; Erdős 2012, 79–95.

[12] Vgl. Beschluß des Rates vom 21. April 1970 über die mehrjährige finanzielle Vorausschau, ABl. L 94 v. 28.04.1970, 23. Mit dem Eigenmittelbeschluss wurde die Finanzautonomie der EG gestärkt. Das Eigenmittelsystem hat das System der einzelstaatlichen Beiträge ersetzt. Dadurch unterscheidet sich diese Organisation von anderen internationalen Organisationen.

http://europa.eu/legislation_summaries/budget/l34011_de.htm (07.01.2017).

sich gegen die finanziellen Interessen der Gemeinschaft richten",[13] wurde in der Einführung des Assimilierungsprinzips durch den Vertrag von Maastricht gesehen. Damit wurde aber die Aufmerksamkeit von der Steuerhinterziehung auf den Schutz der finanziellen Interessen der EG gelenkt.[14]

Zweite Phase: Strafrechtlicher Schutz der finanziellen Interessen der Gemeinschaften

Ein Wechsel der Betrugsbekämpfungsstrategie erfolgte 1995 durch *das Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften (PIF-Übereinkommen)*,[15] das erst nach siebenjährigem Ratifikationsprozess im Jahre 2002 in Kraft getreten ist.[16] Das Übereinkommen gehörte zu den wichtigsten „Hauptrechtsinstrumenten" der Verbesserung des Schutzes der finanziellen Interessen der Gemeinschaften.[17]

Die Form des Rechtsaktes resultiert aus der damals fehlenden Kompetenz der Gemeinschaften zum Erlass von Strafvorschriften. So konnte nur auf völkerrechtlicher Grundlage der entsprechende Schutz aufgebaut werden.[18]

Im Jahre 1995 wurde parallel dazu eine *Verordnung über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften*[19] erlassen wurde, in der die Vorschriften über die einheitlichen Kontrollen und die bei „Unregelmäßigkeiten"[20]

[13] § 209a EGV Fassung nach Maastricht.

[14] Dannecker 1996, 577–629.

[15] Übereinkommen vom 26. Juli 1995 aufgrund von Artikel K.3 des Vertrags über die Europäische Union über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften, ABl. C 316 v. 27.11.1995. Die dazugehörenden Protokolle sind: Erstes Protokoll vom 27. September 1996 zum Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften, ABl. C 313 v. 23.10.1996, 2 (Betrug); Protokoll zum Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften vom 19. Juni 1997, ABl. C 221 v. 19.07.1997 (Geldwäsche).

[16] Siehe ausführlich zur Entstehung des Übereinkommens Killmann und Schröder 2011, Rn. 13.

[17] Fromm 2008, 87 ff.; Udvarhelyi 2014, 367–372.

[18] Zum Schutz der finanziellen Interessen der Gemeinschaften mit Mitteln außerhalb des Strafrechts siehe Tiegs 2006, 96–114.

[19] Verordnung (EG, Euratom) Nr. 2988/95 des Rates vom 18. Dezember 1995 über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften, ABl. L 312 v. 23.12.1995, 1–4.

[20] Der Begriff der *Unregelmäßigkeit* ist in Art. 1 Abs. 2 der Verordnung (EG, Euratom) Nr. 2988/95 wie folgt definiert: „Der Tatbestand der Unregelmäßigkeit ist bei jedem Verstoß gegen eine Gemeinschaftsbestimmung als Folge einer Handlung oder Unterlassung eines Wirtschaftsteilnehmers gegeben, die einen Schaden für den Gesamthaushaltsplan der Gemeinschaften oder die Haushalte, die von den Gemeinschaften verwaltet werden, bewirkt hat bzw. haben würde, sei es durch die Verminderung oder den Ausfall von Eigenmitteleinnahmen, die direkt für Rechnung der Gemeinschaften erhoben werden, sei es durch eine ungerechtfertigte Ausgabe." (Ein wichtiger Unterschied zum Begriff des Betrugs ist, dass die Unregelmäßigkeiten nicht kriminalstrafrechtlich geahndete Handlungen darstel-

anzuwendenden verwaltungsrechtlichen Maßnahmen und Sanktionen festgelegt wurden. Die Verordnung bildet den gemeinsamen rechtlichen Rahmen für alle Bereiche der Gemeinschaftspolitik. Allerdings ist zu beachten, dass die in der Verordnung geregelten Sanktionen einen verwaltungsrechtlichen und nicht strafrechtlichen Charakter aufweisen.[21]

Eine *zweite Phase* hat ihren Anfang 1995 mit dem Erlass des PIF-Übereinkommens genommen, durch welches ein einheitlicher Betrugsbegriff eingeführt wurde, der jedoch die Mehrwertsteuer nicht erfasst hat. Nach langer Ratifikation konnte das Übereinkommen allerdings sein Ziel nicht erreichen. Wie in den Berichten der Kommission eindeutig aufgezeigt wurde, blieben die Unterschiede in den nationalen Strafgesetzbüchern bestehen. Daraus ergab sich, dass kein gleichwertiger Schutz innerhalb der Gemeinschaft gesichert werden konnte. Dies hatte die praktische Wirkung, dass die Kriminellen die nationalen Unterschiede zu ihren Gunsten ausnützen konnten und die kriminellen Tätigkeiten in jenen Mitgliedstaat verlegt haben, wo die Sanktion nicht so abschreckend war. Im Jahr 2000 wurde durch die Kommission die Gesamtstrategie zur Betrugsbekämpfung vorgelegt, welcher Aktionspläne gefolgt sind, in denen die Bekämpfung von *Betrug bei den indirekten Steuern* für erforderlich gehalten wurde. Die Kommission erließ *im Jahre 2001 einen Vorschlag*[22] *für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der Gemeinschaft, die aber nicht angenommen wurde.* Eine neue Wende in der Politik erfolgte 2006 durch die Mitteilung der Kommission über die *koordinierte Strategie zur Verbesserung der Bekämpfung des Steuerbetruges*[23], der dann mehrere den MwSt-Betrug betreffende, „sektorale" Steuerhinterziehungsbekämpfungsstrategien (2007, 2008) gefolgt sind. Nimmt man die Strategien näher unter die Lupe, fällt auf, dass diese vordergründig verwaltungsrechtlichen Maßnahmen gegen die Steuerhinterziehung erläutern. Die Kommission ist aber aufgrund des im Unionsrecht verankerten Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und dem daraus ableitbaren Ultima-Ratio-Prinzip verpflichtet, das beabsichtigte legitime Ziel durch das mildeste Mittel zu erreichen. Es ist aber auch ersichtlich, dass die Kommission in der späteren Phase der Entwicklung die Anwendung der

---

len. Wenn es um eine strafbare Handlung geht, dann wurden im Gemeinschaftsrecht andere Begriffe (Betrügerei oder, nach dem PIF-Übereinkommen, Betrug) verwendet. Der allgemeine Begriff der Unregelmäßigkeit erfasst auch den Betrug, der jedoch im Gegensatz zur oben angeführten Definition Vorsätzlichkeit voraussetzt; vgl. Schutz der finanziellen Interessen der Gemeinschaft und Betrugsbekämpfung – Jahresbericht 1998, COM(1999) 590 endg., Brüssel, den 17.12.1999, 7, 10; zum Begriff der Unregelmäßigkeiten und Abgrenzungsfragen vgl. ferner Fromm, Der strafrechtliche Schutz der Finanzinteressen der EG, 2003, 114 ff.

[21] Siehe dazu Killmann 2011; Farkas 2005, 11 ff.

[22] Richtlinienvorschlag KOM(2001) 272.

[23] Mitteilung der Kommission KOM(2006) 254.

materiellen strafrechtlichen Mittel erwogen hat.[24] Die verstärkte Aufmerksamkeit ist mit der fortgeschrittenen Entwicklung des Integrationsprozesses innerhalb der Union und mit der Finanzkrise zu erklären. Hervorgehoben werden muss schließlich der Richtlinienvorschlag der Kommission über den strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der EU, durch welchen die Mehrwertsteuer, gestützt auf die Rechtsprechung des EuGHs, in den Anwendungsbereich der EU-Betrugsbekämpfung aufgenommen werden sollte. Dies war im PIF-Übereinkommen noch nicht der Fall. Das Gesetzgebungsverfahren wurde aber noch nicht abgeschlossen.[25]

Die dritte und die vierte Phase: Bekämpfung der Steuerhinterziehung und des Steuerbetrugs innerhalb der Union

In der nächsten Phase der Entwicklung wurde die Aufmerksamkeit wieder auch getrennt auf die Bekämpfung des Steuerbetruges gerichtet. Die Diskussion über die Schaffung von koordinierten Strategien zur Bekämpfung des Steuerbetruges wurde vor dem Erlass des Vertrages von Lissabon durch die *Mitteilung der Kommission im Jahre 2006*[26] auf europäischer Ebene erneut aufgenommen, vorher wurden aber noch einige erwähnenswerte Initiativen der Kommission ergriffen.[27]

Anlass zu einer verstärkten gemeinsamen Zusammenarbeit waren hierbei die globale *Wirtschaftskrise* sowie die bekannt gewordenen Fälle *international organisierter Steuerhinterziehungen*.[28] Die Aktualität der Reform des Steuerstrafrechts und die Schaffung von einheitlich geltenden Standards sind auch außerhalb der EU international diskutiert und insbesondere durch die OECD vorangetrieben worden. Ein wichtiges Anliegen der OECD ist es, Ausgangsbedingungen, die grenzüberschreitende Steuerhinterziehung ermöglichen oder erleichtern, durch den besseren Informationsaustausch zwischen den Steuerbehörden zu beseitigen.

Der vierte entscheidende Schritt ist im Jahre 2011 der Erlass der *Mitteilung der Kommission zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union*[29] durch strafrechtliche Vorschriften und verwaltungsrechtliche Untersuchungen, die im fol-

[24] Mitteilung der Kommission KOM(2006) 254, 9.

[25] Siehe dazu auch: Udvarhelyi 2014, 173.

[26] Mitteilung der Kommission COM(2006) 254.

[27] Siehe dazu auch http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/tax_cooperation/reports/index_de.htm (20.11.2012).

[28] Vgl. „Die Arbeit der OECD gegen Steuerhinterziehung", http://www.oecd.org/document/4/0,3343,de_ 34968570_34968795_42360324_1_1_1_1,00.html (04.10.2010).

[29] Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union durch strafrechtliche Vorschriften und verwaltungsrechtliche Untersuchungen Gesamtkonzept zum Schutz von Steuergeldern, COM(2011) 293 (im Weiteren: Mitteilung der Kommission COM(2011) 293).

genden Punkt dargestellt wird. Die *Kommission* verfasste im Jahre 2011 eine Mitteilung über das *Gesamtkonzept zum Schutz von Steuergeldern.* Diese Mitteilung ist deshalb von besonderer Bedeutung, weil darin die bislang getrennt erörterten *strafrechtlichen und verwaltungsrechtlichen* Maßnahmen nun in einem Gesamtkonzept zusammengefasst wurden.

Der Schutz der finanziellen Interessen der EU ist nach wie vor ein wichtiges Anliegen der Kommission. Diese Aufgabe erlangte durch den Vertrag von Lissabon eine noch größere Bedeutung, wurden doch hierdurch weitere Mittel zum Schutz der finanziellen Interessen der EU zur Verfügung gestellt. Vorrangiges Ziel der Kommission ist, das Vertrauen der Öffentlichkeit darin zu bestärken, dass die *Steuergelder ordnungsgemäß verwendet werden.*[30]

In der Mitteilung wurden vier *Richtungen des Schutzes der finanziellen Interessen* der EU aufgeführt:

a) Maßnahmen im Rahmen der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen (Art. 82 AEUV),
b) Richtlinien mit strafrechtlichen Mindestvorschriften (Art. 83 AEUV),
c) Rechtsvorschriften zur Bekämpfung und Verhütung von gegen die finanziellen Interessen der EU gerichteten Betrugsdelikten (Art. 310 Abs. 6 und Art. 325 Abs. 4 AEUV),
d) Ausstattung von Eurojust mit Untersuchungsbefugnissen (Art. 85 AEUV) und Einsetzung einer Europäischen Staatsanwaltschaft zur Bekämpfung von Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der EU (Art. 86 AEUV).

Trotz der Bemühungen wurden divergierende nationale strafrechtliche Regelungen erlassen, durch die in den einzelnen Mitgliedstaaten ein unterschiedlicher Schutzstandard existiert. In mehreren Rechtsakten wurde aus diesem Grund darauf hingewiesen,[31] dass in der EU *kein gleichwertiger Schutz der gemeinsamen finanziellen Interessen* besteht. Nach Auffassung der Kommission sind die angewandten Betrugsbekämpfungsmaßnahmen der EU zudem *nicht abschreckend genug*. Dies folgt aus den Berichten der Kommission über die Umsetzung des PIF-Übereinkommens.[32] Sowohl die Betrugstatbestände als auch die jeweiligen Sanktionen sind national vielfältig ausgestaltet. Dies hat zur Folge, dass diese Unterschiede den Kriminellen die Möglichkeit bieten, strategisch zu wählen, in welchem Land *sie ihre kriminelle Handlung begehen bzw. ob sie nach Begehung einer nur einen einzigen Mitgliedstaat betreffenden Straftat in einen anderen Mitgliedstaat ausweichen.*[33]

[30] Mitteilung der Kommission COM(2011) 293, 2.

[31] Mitteilung der Kommission COM(2011) 293, 2 f.

[32] Berichte der Kommission über die Umsetzung des Übereinkommens über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften COM(2004) 709 endg., Brüssel, den 25.10.2004 und COM(2008) 77 endg., Brüssel, den 14.02.2008.

[33] Mitteilung der Kommission COM(2011) 293, 6.

DIE NEUE BETRUGSBEKÄMPFUNGSRICHTLINIE DER UNION

Nach langem Gesetzgebungsverfahren haben das Europäische Parlament und der Rat am 5. Juli 2017 die Richtlinie über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtetem Betrug erlassen.[34] Die endgültige Fassung der Regelung ist das Ergebnis einer politischen Einigung, in welcher sich der Standpunkt des Rates in erster Lesung[35] widerspiegelt.

Eine grundlegende Änderung im Vergleich zum PIF-Übereinkommen ist, dass sich nunmehr der Schutz der finanziellen Interessen der EU nicht nur auf die EU-Haushaltsmittel, sondern auch auf die *Vermögenswerte der Mitgliedstaaten* erstreckt, soweit diese für die Unionspolitiken von Belang sind.[36] Im Hinblick auf diese Erweiterung wurde der Begriff des Unionsbetruges im weiteren Sinne auf die Untreuedelikte erweitert. Die Richtlinie enthält eine viel detailliertere Regelung, die die strafrechtliche Ahndung der in Art. 3 und in Art. 4 umschriebenen Handlungen für die Mitgliedstaaten vorschreibt. Besonders zu betonen ist, dass nunmehr die *Mehrwertsteuerbetrugsfälle* unter Erfüllung bestimmter Voraussetzungen ausdrücklich unter den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen, was beim PIF-Übereinkommen noch nicht der Fall war.

Die *Rechtsgrundlage* der Richtlinie wurde im Vergleich zum Vorschlag der Kommission geändert, sie beruht auf Art. 83 Abs. 2 AEUV. Ddie Institutionen der Europäischen Union waren sich bezüglich dieser Frage nicht einig. Letztendlich wurde der Rechtsakt aufgrund der sog. *Annexkompetenz* erlassen. Für die Ausübung dieser Kompetenz ist Voraussetzung, dass eine außerstrafrechtliche Harmonisierung vorher stattgefunden hat. Diese Maßnahme war die Verordnung (EG, Euratom) 2988/95 über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften. Der Unionsgesetzgeber hat es als unerlässlich erachtet, den zivilrechtlichen und verwaltungsrechtlichen Schutz im Bereich des EU-Betrugs und bei anderen Formen betrugsähnlichen Verhaltens mit strafrechtlichen Mitteln zu ergänzen.[37]

Um die einheitliche Rechtsanwendung sicherstellen zu können, bestimmt die Richtlinie den Begriff der „*finanziellen Interessen der Union*" (Art. 2 Abs. 1).

Die Notwendigkeit einer *einheitlich geltenden, gemeinsamen Betrugsdefinition* auf der Ebene der Europäischen Union wurde in der Präambel der Richtlinie be-

[34] Richtlinie (EU) 2017/1371 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2017 über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtetem Betrug, ABl. L 198 v. 28.07.2017, 29–41.

[35] Standpunkt (EU) Nr. 4/2017 des Rates in erster Lesung im Hinblick auf den Erlass einer Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtetem Betrug. Vom Rat am 25.04.2017 angenommen, ABl. C 184 v. 09.06.2017, Punkt A.

[36] Präambel der Richtlinie (EU) 2017/1371, Punkt 1.

[37] Präambel der Richtlinie (EU) 2017/1371, Punkt 3.

tont. Der Begriff des Betrugs wird weit gefasst verstanden. Darunter fallen *sämtliche betrügerischen Handlungen zu Lasten der Einnahmen- oder der Ausgabenseite und der Vermögenswerte des Gesamthaushalts der Europäischen Union* und auch *Finanzoperationen, wie Anleihe- und Darlehenstätigkeiten.*[38] Für die Einnahmen-, Ausgabenseite und die Vermögenswerte des Gesamthaushaltes der EU wird der Oberbegriff *„Unionshaushalt"* eingeführt.

Dementsprechend wurde die Begriffsbestimmung in Art. 1 geändert: Unter *finanziellen Interessen der EU „sind sämtliche Einnahmen, Ausgaben und Vermögenswerte"* zu verstehen, *„die durch Folgendes erfasst, erworben oder geschuldet werden:*

i) den Haushaltsplan der Union,

ii) den Haushaltsplänen der nach den Verträgen geschaffenen Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union oder in den von diesen direkt oder indirekt verwalteten und überwachten Haushaltsplänen."

Bezüglich der *MwSt-Betrugsfälle* enthält die Richtlinie *eine einschränkende Regelung.* Durch einen speziellen Hinweis in Art. 1 Abs. 2 findet die Richtlinie in Bezug auf Einnahmen aus den Mehrwertsteuer-Eigenmitteln nur *bei schwerwiegenden Verstößen gegen das gemeinsame Mehrwertsteuersystem* Anwendung. Zuerst ist zu klären, was unter einem schwerwiegenden Verstoß in diesem Kontext zu verstehen ist. Die Richtlinie gibt dafür in Art. 1 eine Legaldefinition, die zwei Voraussetzungen festlegt. Relevant ist einerseits der verursachte Gesamtschaden (a) und die grenzüberschreitende Dimension des Betrugsfalles (b).

a) Gesamtschaden. In der Richtlinie wurde als Grundvoraussetzung ein *Mindestbetrag von 10 Mio. EUR* für den Gesamtschaden festgelegt. Im Vergleich zum Richtlinienvorschlag der Kommission, in den die MwSt-Betrugsfälle uneingeschränkt eingebunden waren, schien diese Grenze zu hoch angesetzt zu sein. Nach den Verhandlungen im Europäischen Parlament wurde letztendlich der MwSt-Betrug in die Richtlinie aufgenommen, nun aber mit erheblicher Einschränkung. Es muss bemerkt werden, dass die von der Kommission geschätzte Summe der mutmaßlichen Betrugsfälle, die zulasten der finanziellen Interessen der EU begangen werden, pro Jahr durchschnittlich 500 Mio. EUR beträgt; angenommen wird, dass eine viel beträchtlichere Summe (3 Mrd. EUR) pro Jahr durch Betrug gefährdet sein könnte.[39] Im Vergleich dazu ist die Untergrenze anders zu beurteilen.

[38] Präambel der Richtlinie (EU) 2017/1371, Punkt 2.

[39] Vgl. Entschließung des Europäischen Parlaments vom 29. April 2015 zu dem Vorschlag für eine Verordnung des Rates über die Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft (COM[2013]0534 2013/0255[APP]), P8_TA(2015)0173, ABl. C 346 v. 21.09.2016.

Der Begriff des *Gesamtschadens* wurde in der Präambel näher umschrieben: Damit *„wird der aus dem gesamten Betrugssystem resultierende geschätzte Schaden für die finanziellen Interessen sowohl der betroffenen Mitgliedstaaten als auch der Union" bezeichnet*. Ausgenommen sind nur die Zinsen und Geldstrafen.[40]

b) Grenzüberschreitende Dimension des Betrugsfalles. Eine zweite Voraussetzung ist, dass die in Art. 3 Abs. 2 lit d bestimmten vorsätzlichen Handlungen oder Unterlassungen mit dem Hoheitsgebiet *von zwei oder mehr Mitgliedstaaten der Union* in Zusammenhang stehen. Der EU-Betrugsfall muss somit mindestens zwei Mitgliedstaaten betreffen.

In der Präambel sind bestimmte spezielle schwerwiegende Mehrwertsteuerbetrugsfälle genannt, wie „Karussellbetrug", „Missing-Trader-Mehrwertsteuerbetrug" und im Rahmen einer kriminellen Vereinigung begangener Mehrwertsteuerbetrug, aus denen eine ernsthafte Bedrohung für das gemeinsame Mehrwertsteuersystem und somit den Unionshaushalt erwächst". Laut der Präambel müssen diese „Straftaten in strukturierter Form mit dem Ziel begangen werden, einen ungerechtfertigten Vorteil aus dem gemeinsamen Mehrwertsteuersystem zu ziehen, und wenn der durch die Straftaten verursachte Gesamtschaden sich auf mindestens 10.000.000 EUR beläuft."[41]

Die Richtlinie macht einen Unterschied zwischen dem *Betrug zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union* und *anderen gegen die finanziellen Interessen der Union gerichteten Straftaten*. Anhand der folgenden Tabelle ist ersichtlich, welche Änderungen die Richtlinie im Vergleich zum Vorschlag der Kommission eingeführt hat.

Richtlinienvorschlag		*Richtlinie*	
Betrug zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union (Art. 3)	Gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtete betrugsähnliche Straftaten (Art. 4)	Betrug zum Nachteil der finanziellen Interessen der EU (Art. 3)	Andere gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtete Straftaten (Art. 4)
Betrug	„Betrugsähnliche" Straftaten	Betrug	Andere Straftaten
		a) Ausgabenbetrug	
aa) Ausgabenbetrug	a) Unredliches Verhalten von Bietern bei öffentlichen Ausschreibungen	aa) Ausgabenbetrug	Geldwäsche
	b) Geldwäscherei	ab) Ausgabenbetrug bei Auftragsvergabe	Bestechlichkeit/ Bestechung

[40] Präambel der Richtlinie (EU) 2017/1371, Punkt 4.
[41] Präambel der Richtlinie (EU) 2017/1371, Punkt 4.

Richtlinienvorschlag		*Richtlinie*	
ab) Einnahmen-betrug		b) Einnahmenbetrug	
	c) Bestechlichkeit/ Bestechung	ba) Einnahmenbetrug	Missbräuchliche Verwendung
	d) Missbräuchliche Verwendung	bb) MwSt-Eigenmittel-betrug	

Gemäß Art. 3 Abs. 1 müssen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen treffen, um sicherzustellen, dass *vorsätzlich* begangener Betrug zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union eine strafbare Handlung darstellt.

a) Im Hinblick auf den *Ausgabenbetrug* sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, *„Handlungen und Unterlassungen betreffend*
   i) die Verwendung oder Vorlage falscher, unrichtiger oder unvollständiger Erklärungen oder Unterlagen mit der Folge, dass Mittel oder Vermögenswerte aus dem Gesamthaushalt der Union oder aus den Haushalten, die von der Union oder in deren Auftrag verwaltet werden, unrechtmäßig erlangt oder zurückbehalten werden,
   ii) das Verschweigen einer Information unter Verletzung einer spezifischen Pflicht mit derselben Folge oder
   iii) die missbräuchliche Verwendung dieser Mittel oder Vermögenswerte zu anderen Zwecken als denen, für die sie ursprünglich gewährt wurden" unter Strafe zu stellen.

Bezüglich des *Betrugs bei der Auftragsvergabe* ist anzumerken, dass die Kriminalisierungspflicht der Mitgliedstaaten zumindest bei *Absichtlichkeit* vorausgesetzt wird. Der Betrug wird in der Absicht begangen, dem Täter oder einer anderen Person durch Schädigung der finanziellen Interessen der Union einen rechtswidrigen Vorteil zu verschaffen.

b) Bezüglich der Einnahmenbetrugsfälle enthält die Richtlinie ebenso eine Differenzierung. Beim MwSt-Eigenmittelbetrug müssen *spezifische Pflichten* verletzt werden und darüber hinaus muss die Tat im *„Rahmen eines grenzüberschreitenden Betrugssystems"* begangen werden.

Beim „Grundfall" des Einnahmenbetrugs muss „jede Handlung oder Unterlassung betreffend

i) die Verwendung oder Vorlage falscher, unrichtiger oder unvollständiger Erklärungen oder Unterlagen mit der Folge, dass Mittel aus dem Haushalt der Union oder aus den Haushalten, die von der Union oder in deren Auftrag verwaltet werden, rechtswidrig vermindert werden,

ii) das Verschweigen einer Information unter Verletzung einer spezifischen Pflicht mit derselben Folge oder
iii) die missbräuchliche Verwendung eines rechtmäßig erlangten Vorteils mit derselben Folge" in den nationalen Strafgesetzbüchern unter Strafe gestellt werden.

Bezüglich des MwSt-Betrugs fällt jede „Handlung oder Unterlassung betreffend
i) die Verwendung oder Vorlage falscher, unrichtiger oder unvollständiger Mehrwertsteuer-Erklärungen oder -Unterlagen mit der Folge, dass die Mittel des Unionshaushalts vermindert werden;
ii) das Verschweigen einer mehrwertsteuerrelevanten Information unter Verletzung einer spezifischen Pflicht mit derselben Folge oder
iii) die Vorlage richtiger Mehrwertsteuer-Erklärungen zur betrügerischen Verschleierung einer nicht geleisteten Zahlung oder zur unrechtmäßigen Begründung von Ansprüchen auf Erstattung der Mehrwertsteuer." unter den Anwendungsbereich der Richtlinie.

Trotz der Unterteilung des Begriffs des EU-Betruges in vier Gruppen ist weiterhin vom einheitlichen Schutz der Einnahmen- und Ausgabenseite des Gesamthaushaltes der Europäischen Union auszugehen, da damit im Grunde genommen die gleichen Handlungsformen beschrieben wurden.

Es muss noch angemerkt werden, dass die *Anstiftung, Beihilfe und der Versuch* in den mitgliedstaatlichen Strafgesetzbüchern ebenso unter Strafe gestellt werden müssen (Art. 5).

Die nächste wichtige Frage ist, welche Vorgaben die Richtlinie bezüglich der *Strafen* für die oben beschriebenen Handlungen beinhaltet. Im Vergleich zum Richtlinienvorschlag der Kommission beinhaltet die endgültige Fassung diesbezüglich eine einfachere Regelung. Als eine generelle Verpflichtung schreibt die Richtlinie vor, dass die Straftaten in Bezug auf natürliche Personen mit *wirksamen, verhältnismäßigen und abschreckenden strafrechtlichen Sanktionen* zu ahnden sind (Art. 7).

Sanktionen				
Straftaten	Alle Straftaten im Sinne der RL	Alle Straftaten im Sinne der RL (ausgenommen MwSt-Eigenmittel-betrug)	MwSt-Eigenmittel-betrug	MwSt-Eigenmittel-betrug
Wertgrenzen (Schaden oder Vorteile) (EUR)	0 – 10.000	10.000 – 100.000	100.000 –	10 Mio, –
Sanktionen	*Unter der Bagatellgrenze von 10.000 EUR andere als strafrechtliche Sanktionen*	Strafrechtliche Sanktionen *(auch Freiheitsentzug)*	Freiheitsstrafe im Höchstmaß von mindestens *vier Jahren*	Freiheitsstrafe im Höchstmaß von mindestens *vier Jahren*

Die Mitgliedstaaten können andere schwerwiegende Umstände außerhalb der Wertgrenze von 100.000 EUR festlegen. Der Unionsgesetzgeber bestimmt nur einen erschwerenden Umstand für alle Straftaten, nämlich *die Begehung der Straftat innerhalb einer kriminellen Vereinigung* im Sinne des Rahmenbeschlusses 2008/841/JI (Art. 8).

Der Unionsgesetzgeber hat das Problem erkannt, dass die finanziellen Interessen der EU auch durch ein juristischen Personen zurechenbares Verhalten geschädigt oder bedroht werden können.[42] Der Rechtsakt regelt aus diesem Grund sowohl die *Haftung juristischer Personen* (Art. 6) als auch die Formen der *Sanktionen* (Art. 9). Die Mitgliedstaaten müssen die Maßnahmen, die erforderlich sind, damit *Tatwerkzeuge und Erträge aus Straftaten* entsprechend der Richtlinie 2014/42/EU[43] *sichergestellt und eingezogen* werden können, ebenfalls einführen.

Nebst der Regelung über die *Gerichtsbarkeit* (Art. 11) bestimmt die Richtlinie auch die *Verjährungsfristen* der Verfolgung und Vollstreckung der Strafe für die gegen die finanziellen Interessen der Union gerichteten Straftaten (Art. 12). Im Vergleich zum PIF-Übereinkommen erachtet es der Unionsgesetzgeber als wichtig, bezüglich dieser Hindernisse der Strafbarkeit einheitliche Regelungen auf der Ebene der EU einzuführen. Die Strafbarkeitsverjährungsfrist für die Straftaten, welche mit einer Freiheitsstrafe im Höchstmaß von mindestens vier Jahren zu ahnden sind, muss mindestens 5 Jahre ab dem Zeitpunkt der Straftatbegehung (Art. 12 Abs. 2) festgelegt werden. Die Mitgliedstaaten haben aber die Möglichkeit, eine Verjährungsfrist von weniger als fünf Jahren (aber nicht weniger als 3 Jahre) festzulegen,

[42] Präambel der Richtlinie (EU) 2017/1371, Punkt 14.

[43] Richtlinie 2014/42/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. April 2014 über die Sicherstellung und Einziehung von Tatwerkzeugen und Erträgen aus Straftaten in der Europäischen Union, ABl. L 127 v. 29.04.2014, 39–50.

sofern die Frist bei bestimmten Handlungen unterbrochen oder ausgesetzt werden kann (Art. 12 Abs. 3). Die Richtlinie beinhaltet darüber hinaus Vorgaben auch für die Verjährung der Vollstreckung der Freiheitsstrafe, welche im Vergleich zum Vorschlag der Kommission niedriger festgelegt wurden, da darin anstatt 10 Jahren 5 Jahre bestimmt wurden (Art. 12 Abs. 4).

Unter den Schlussbestimmungen sind auch Regelungen über die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten und der Kommission (OLAF) und anderen Organen, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Union zu finden (Art. 15).

Die Mitgliedstaaten hatten die Richtlinie bis zum 6. Juli 2019 in ihre Rechtsordnungen durch Einführung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften umzusetzen (Art 18).[44] Die Kommission muss dem Europäischen Parlament und dem Rat bis zum 6. Juli 2021 einen Bericht vorlegen, in dem sie bewertet, inwieweit die Mitgliedstaaten ihrer aus der Richtlinie ableitbaren Verpflichtungen nachgekommen sind (Art. 18).

Hervorzuheben ist schließlich, dass die *Europäische Staatsanwaltschaft*[45] für die in der PIF Richtline festgelegten Straftaten zuständig sein wird, wovon zu erwarten ist, dass die Effektivität der Bekämpfung des EU-Betrugs auf europäischer Ebene verbessert werden kann.[46] Bezüglich der Mehrwertsteuerbetrugsfälle sind die zwei einschränkende Voraussetzungen in diesem Rechtsakt auch festgelegt. Die EUStA ist dafür nur dann zuständig, wenn die vorsätzlichen Handlungen oder Unterlassungen mit dem Hoheitsgebiet von zwei oder mehr Mitgliedstaaten verbunden sind und einen Gesamtschaden von mindestens 10 Mio. EUR umfassen. Die EUStA ist außerdem aber für alle anderen Straftaten zuständig, die mit diesen Delikten untrennbar verbunden sind. Es muss aber betont werden, dass die EUStA nach ausdrücklicher Regelung der Verordnung für Straftaten in Bezug auf nationale *direkte* Steuern nicht zuständig sein wird.[47]

[44] Siehe zu den mitgliedstaatlichen Regelungen (Deutschland, Griechenland, Italien, Österreich, Rumänien, Ungarn) des strafrechtlichen Schutzes der finanziellen Interessen der EU das HERCULE III Project: https://hercule.uni-miskolc.hu/EN; Siehe zur Schlussfolgerung des Projektes Farkas, Jacsó und Udvarhelyi 2019, 160–178. Es sind Mitgliedstaaten wo die bestehenden strafrechtlichen Regelungen geändert werden müssen, in anderen Mitgliedstaaten erfüllen die in der PIF Richtlinien festgelegten Voraussetzungen die bestehenden Regelungen. In Deutschland wurde ein eigenständiges Gesetz ausgearbeitet, ein Entwurf des Gesetzes zur Stärkung des Schutzes der finanziellen Interessen der Europäischen Union zur Umsetzung der PIF Richtlinie (https://www.bmjv.de/SharedDocs/ Gesetzgebungsverfahren/DE/Umsetzung_RL-EU-2017-1371.html). Siehe zu der ungarischen Regelung Jacsó 2015.

[45] Verordnung (EU) 2017/1939 des Rates vom 12. Oktober 2017 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft (EUStA) (ABl. L 283., 31.10.2017., 1–71.)

[46] Siehe zur EUStA Karsai 2018, 670–678.

[47] Vgl. Art 22 Verordnung (EU) 2017/1939.

SCHLUSSWORT

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die neue Richtlinie im Vergleich zum PIF-Übereinkommen eine viel detailliertere und strengere Regelung beinhaltet, worin sich ein einheitliches Regelungskonzept widerspiegelt. Bezweckt wird dadurch die Harmonisierung des Betrugstatbestandes und der Sanktionsvorschriften in den Mitgliedstaaten, wodurch der effektivere Schutz der finanziellen Interessen der EU gewährleistet werden sollte.

Als Bewertung der neuen europäischen Regelung ist aus dem Blickwinkel des Steuerstrafrechts zu behaupten, dass die Richtlinie einen wichtigen Schritt auf dem Weg zu einer Europäisierung des Steuerstrafrechts bedeutet, auch wenn die gemeinsame Regelung entsprechend dem Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auf einen Teilbereich, auf den der schwerwiegenden MwSt-Betrugsfälle, beschränkt ist.

Zusammenfassend ist zu sagen, dass die Rechtsgrundlagen für die Harmonisierung der Steuerhinterziehung im nationalen Strafrecht seit dem Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon gegeben sind (Art. 83 AEUV, Art. 325 AEUV). In einem Teilbereich (Mehrwertsteuerbetrugsfälle) wird durch die Umsetzung der Vorschriften der Richtlinie (EU) 2017/1371 eine Harmonisierung der Steuerhinterziehungsregelungen der Mitgliedstaaten stattfinden. Schutzzweck der strafrechtlichen Regelung könnte das ordnungsgemäße Funktionieren des Binnenmarktes sein, wobei durch die Steuerhinterziehung „erwirtschaftete" Vorteile Wettbewerbsverzerrungen verursachen können. Ziel der gemeinsamen Unionsregelung sollte abschreckender, effektiver und gleichwertiger Schutz der Steuergelder sein. Im Mittelpunkt steht das Interesse der einzelnen Bürger. Die gemeinsamen Mindestvorschriften über die Steuerhinterziehung könnten zum gegenseitigen Vertrauen zwischen den Mitgliedstaaten auch beitragen, woraus sich ein Mehrwert im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen ergeben könnte.

BIBLIOGRAPHIE

Dannecker, G. (1996) Strafrechtlicher Schutz der Finanzinteressen der Europäischen Gemeinschaften gegen Täuschung. *ZStW,* 108, 577–629.

Erdős, É. (2012) *A beruházásösztönzés adójoga* [*Steuerrecht der Anlageförderung*], Miskolc.

Farkas, Á. (2005) Az OLAF szerepe az EU csalások elleni fellépésében [*Die Rolle des OLAF im Kampf gegen den EU-Betrug*]. In: Farkas, Á. (Hg.), *Az Európai Csalás elleni Hivatal (OLAF) az Európai Unió bűnügyi együttműködési rendszerében.* Budapest.

Farkas, Á., Jacsó, J. und Udvarhelyi, B. (2019) Az EU pénzügyi érdekeinek büntetőjogi védelme – Beszámoló az ME ÁJK által koordinált HERCULE III projekt eredményeiről [*Der strafrechtliche Schutz der finanziellen Interessen der EU – Bericht über die Ergebnisse des*

Projektes HERCULE III] *Miskolci Jogi Szemle,* 1, 160–178. https://hercule.uni-miskolc.hu/EN

Fromm, I. E. (2008) Der strafrechtliche Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften durch das EU-Übereinkommen vom 26. Juli 1995. *HRRS,* 2, 87–94.

Jacsó, J. (2015) Neue Wege zur Bekämpfung der Steuerhinterziehung durch den Straftatbestand des Haushaltsbetrugs im ungarischen StGB. *ZStW,* 1, 187–224.

Jacsó, J. (2016) Az adócsalás elleni büntetőjogi fellépés, uniós törekvések, tagállami reformok [*Auftritt gegen die Steuerhinterziehung: Bestrebungen der Union, Reformen der Mitgliedstaaten]* In: Róth, E. (Hg.), *Decem Anni in Europaea Unione,* V. Miskolc. 117–158.

Jacsó, J. (2017) *Europäisierung des Steuerstrafrecht am Beispiel der gesetzlichen Regelungen in Deutschland, Österreich und Ungarn*. Miskolc.

Karsai, K. (2002) Mozaikkép a közösségi pénzügyi érdekek büntetőjogi védelméről [*Mosaikbild über den strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interesse der Gemeinschaft*] *Európai Jog,* 5, 14–22.

Karsai, K. (2008) Büntetőjogi jogközelítés az Európai Unióban [*Strafrechtsangleichung in der Europäischen Union*]. In: Kondorosi, F. und Ligeti, K. (Hgg.), *Az európai büntetőjog kézikönyve.* Budapest. 439–449.

Karsai, K. (2014) Intézményi és jogi keretek [*Institutionelle und rechtliche Rahmen*]. In: Hollán, M. (Hg.), *Az EU mint a szabadság, a biztonság és a jog térsége. Magyarország az Európai Unióban 2004–2014.* Budapest.

Karsai, K. (2018) A kívülmaradás lehetetlensége [*Die Unmöglichkeit des Außenbleibens*] Az Európai Ügyészség működésének várható hatásai a kimaradó tagállamokban. *Magyar Jog*, 12, 670–678.

Killmann, B. R. (2011) *Verordnung (EG, EURATOM) Nr. 2988/95 über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften: Kommentar.* Berlin: BWV.

Killmann, B. R. und Schröder, J. (2011) § 12 Betrugs- und Finanzdelikte. In: Sieber, U. et al. (Hgg.) *Europäisches Strafrecht.* Baden-Baden. 281–293.

Őry T. (2013) Az adóharmonizáció alapjai [*Grundzüge der Steuerharmonisierung]*. In: Erdős, G. Földes, B. und Őry, T. (Hgg.), *Az Európai Unió adójoga* [*Steuerrecht der Europäischen Union]*, e-book, Budapest. 15–46.

Tiegs, W. A. H. (2006) *Betrugsbekämpfung in der Europäischen Gemeinschaft. Eine Bestandsaufnahme des englischen und deutschen Strafrechts zum Schutz der EG-Finanzinteressen*. Berlin. 96–114.

Udvarhelyi, B. (2014) Az Európai Unió pénzügyi érdekeinek védelme a magyar büntetőjogban. *Miskolci Jogi Szemle,* 1, 170–188.

Udvarhelyi, B. (2017) Az asszimiláció elvének szerepe az Európai Unió pénzügyi érdekeinek védelme terén [*Die Bedeutung der Rolle des Assimilationsprinzips im Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union].* In: Szabó, M. (Hg.) *Doktoranduszok Fóruma, Állam- és Jogtudományi Kar szekciókiadványa*. Miskolc. 367–372.

Strafrechtliche Verantwortung ohne Grenzen: Der dogmatische Charakter der Führungsverantwortung im ungarischen Strafrechtssystem

ERZSÉBET MOLNÁR

EINLEITUNG UND FRAGESTELLUNG

In den letzten Jahrzehnten hat sich die Bestrebung auf europäischer Ebene verstärkt, die Führungskräfte des Unternehmens für in seinem Unternehmen durch Mitarbeiter begangene Straftaten zu bestrafen. Infolge dieser Bestrebung[1] ist im ungarischen Strafgesetzbuch im Jahre 2003 die in sui generis Straftatbestand geregelte strafrechtliche Verantwortung des Unternehmensleiters in Kraft getreten.[2] Die neue Verantwortungsform knüpft sich an den Tatbestand der amtlichen Bestechung *(Unterlassung der Aufsichts- oder Überwachungspflicht in Verbindung mit einer amtlichen Bestechung)*[3] und des Haushaltsbetruges *(Unterlassung der Aufsichts- oder Überwachungspflicht in Verbindung mit einem Haushaltsbetrug4)* an und ahndet die Verletzung der Aufsichts- und Überwachungspflicht des Leiters der Wirtschaftsorganisation, wenn einer der genannten Straftatbestände durch das Verhalten des Mitglieds oder des Arbeiters der Wirtschaftsorganisation verwirklicht worden ist, und die Pflichterfüllung des Leiters die Begehung der Anknüpfungsstraftat hätte

[1] Anhand des Artikels 3 des Übereinkommens über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften aus dem Jahr 1995 und anhand des Artikels 6 des Übereinkommens über die Bekämpfung der Bestechung, an der Beamte der Europäischen Gemeinschaften oder der Mitgliedstaaten der Europäischen Union beteiligt sind (1997).

[2] Sántha 2018, 345.

[3] Der Leiter, bzw. die zur Überwachung oder Beaufsichtigung berechtigte und für oder zugunsten der Wirtschaftsorganisation eine Tätigkeit ausübende Person zu bestrafen, wenn die für oder zugunsten einer Wirtschaftsorganisation eine Tätigkeit ausübende Person eine amtliche Bestechung im Interesse der Wirtschaftsorganisation begeht und die Erfüllung ihrer Aufsichts- oder Überwachungspflichten das Begehen der Straftat hätte verhindern können (StGB § 293Abs. 4).

[4] Der Leiter bzw. der zur Überwachung oder Aufsicht berechtigte Mitglied oder Mitarbeiter einer Wirtschaftsorganisation ist, wenn er die Erfüllung seiner Aufsichts- oder Überwachungsplicht unterlässt und dadurch ermöglicht, dass ein Mitglied oder Mitarbeiter der Wirtschaftsorganisation den Haushaltsbetrug bei der Tätigkeit der Wirtschaftsorganisation begehen kann, wegen eines Verbrechens mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen (StGB § 397).

verhindern können, oder gerade das pflichtwidrige Unterlassen hat es ermöglicht, dass das Mitglied oder der Arbeiter der Wirtschaftsorganisation bei Ausübung seiner Tätigkeit im Interesse der Wirtschaftsorganisation oder in deren Tätigkeitskreis die Tat begehen konnte.[5]

Nach meiner Ansicht bei der Erscheinung neuer Rechtsinstitute ergibt sich die wissenschaftliche Anforderung, sie ins herrschende dogmatische System einzugliedern. Also ergibt sich die Frage: *wo diese Straftatbestände ihren Platz in ungarischem Strafrechtssystem finden können.* Die präzise dogmatische Eingliederung eines Rechtsinstitutes ist wichtig, weil – wie es durch Imre Wiener A. festgelegt wurde – „das Strafrecht kann nur mithilfe eines klaren und folgerichtigen Begriffssystems berechenbar und widerspruchlos sein."[6]

In meinem Beitrag möchte ich dafür argumentieren, dass diese Verantwortungsform in das ungarische Strafrechtssystem eingepasst werden kann, und als eine neue Subkategorie der *Anschlussdelikte* definiert werden könnte. Es ist nicht Ziel des Beitrages, eine tiefergehende Tatbestandsanalysis der genannten Straftatbestanden auszuführen, aber die zur Argumentation erforderliche Auslegung einiger Tatbestandselemente nicht verzichtbar ist.

Ob es warum sich um eine grenzenlose Strafrechtsverantwortungsform handelt, wie ist es im Titel des Beitrages festgelegt wurde, wird genau am Ende der Analysis beantwortet.

DIE DOGMATISCHE EINGLIEDERUNG DER VERANTWORTUNGSFORM

Bei der Etablierung neuer Rechtinstitute ergibt sich die wissenschaftliche Notwendigkeit, sie ins herrschende dogmatische System einzugliedern und ihre Stelle im Strafrechtssystem zu definieren. Die genannte Verantwortungsform ist dem traditionellen dogmatischen Strafrechtssystem völlig fremd. In dieser Situation ergeben sich zwei Möglichkeiten: entweder versucht man das systemfremde Rechtsinstitut in die bestehenden dogmatischen Kategorien einzupassen, unabhängig von den fehlenden charakteristischen Merkmalen („quasi"-Lösung, oder Ausnahme-Lösung), oder man versucht aufgrund der kennzeichnenden Merkmale der neuen Erscheinung neue dogmatische Kategorie zu definieren. Im Folgende darstelle ich beide mögliche Wege, um feststellen zu können, welche dogmatische Argumentation überzeugend ist.

[5] Siehe auch Sántha 2018, 347.
[6] Wiener 2002, 57.

Über die dogmatische Eingliederung de lege lata

Um die geprüfte Verantwortungsformen eingliedern werden zu können, müssen vor allem ihre Hauptbegriffselemente, beziehungsweise die charakteristischen Merkmale der Delikte benennen. Das erste gemeinsame Merkmal ist die Akzessorietät der Delikte.[7] Das bedeutet, dass der Straftatbestand nur dann festgestellt werden soll, wenn eine andere die Anknüpfungsstraftat begeht. Unter „Begehung" muss mindestens die Verwirklichung des Versuchsstadiums der Anknüpfungsstraftaten verstehen. Bezüglich der Beihilfetat ist es die Erwartung, dass es objektive an der Unterstützung der Haupttat geeignet sei. Es ist nicht erforderlich aber, dass die Beihilfetat als solche per se strafrechtlich relevante[8] sozialetische Unrecht[9] sein, darf sie auch sozialneutral sein, wenn es zur Hilfeleistung geeignet. Weil das Hauptbegriffselement der Delikte ihre Akzessorietät ist, muss als dogmatische Eingliederungsmöglichkeit solche Rechtsinstitute finden, die dieses Merkmal tragen. Im Hinblick auf diesem Kriterium kommt im ungarischem Strafrechtsystem zwei dogmatische Kategorie in der Rede: *die Beihilfe* und *die Kategorie der Anschlussdelikte*.

Nach der herrschenden Meinung sind die geprüften Straftatbestände sog. *quasi sui generis Beihilfestraftatbestand*.[10] Das bedeutet, dass die Straftatbestände wegen deren akzessorischen Merkmal ist in einem selbständige Tatbestand formuliert unterlassene Beihilfeverhalten, das aber als Alleintäter verwirklicht werden kann. Es geht nicht um eine wirkliche Teilnahme, sondern um eines Teilnahmeverhalten in einem sui generis Straftatbestand. Wegen des unterlassenen Teilnahmeverhaltens und des akzessorischen Merkmals sind die Delikte ganz ähnlich mit der Beihilfe.[11] Dementsprechend wäre es eine entsprechende Lösung, die Delikte als sui generis Beihilfedelikte zu benennen. Die „sui generis Beihilfe" Bezeichnung eines Straftatbestandes bedeutet dogmatisch, dass das Verhalten und die sonstigen dogmatischen Kriterien der Verwirklichung des sui generis Straftatbestandes ganz völlig mit einem Beihilfeverhalten übereinstimmen. Diese Aussage nicht richtig ist aber bezüglich der zur amtlichen Bestechung und zum Haushaltsbetrug knüpfenden Aufsichtspflichtverletzungsdelikte. Die ungarische Teilnahmedogmatik erfordert eine starke subjektive Beziehung zur Anknüpfungsstraftat. Es ist nicht genug, als Teilnehmer vorsätzlich zu handeln, muss er während seiner Handlung über die Hauptelemente der Begehung der Haupttat auch wissen,[12] und die Haupttat mit seiner außertatbestandlichen Handlung befördern zu willen. Diese subjektive Beziehung fehlt aber zwischen dem Täter der Haupttat und dem Täter der Anknüpfungstat. Infolge die-

[7] Sántha 2002, 86.
[8] Losonczy 1966, 244.
[9] Beckemper 2018, 394; Maschke 1997, 25; Rogall 1986, 575; Schürmann 2005, 93.
[10] Mezőlaki 2013, 604; Sinku 2012, 434.
[11] Losonczy 1966, 234; Mészáros 2007, 67–88 ff.
[12] Sántha 2005, 282.

ses Fakts muss festgestellt werden, dass es dogmatische fehlen wäre, die Straftat als sui generis Beihilfetat zu benennen. Zusammenfassend, darf diese Straftatbestände höchstens als *quasi sui generis unterlassene Beihilfetat* zu bezeichnen. Mithilfe dieser Lösung sollte gesagt werden, dass die geprüfte Verantwortungsform eine selbständig geregelt beihilfeähnliche Straftat ist. Diese „quasi" Beiwort deklariert dennoch, dass diese dogmatische Eingliederung nur *a simile* gilt ist, aber es fehlen Begriffselemente, die zur sui generis Beihilfe unerlässlich sind.[13] Nach Meiner Überzeugung darf die „quasi-Eingliederung" nicht eine dogmatische perfekt Lösung sein, weil ein quasi-Mitglied nicht wirklicher Mitglied ist, vielmehr fremd ist.

Die dogmatische Eingliederung de lege ferenda: Führungsverantwortung als sui generis Anschlussdelikt

Im Hinblick darauf, dass mithilfe der ersten Möglichkeit explicit deklariert wird, dass die Norm de facto systemfremd ist, versuche ich anhand der zweiten genannten Möglichkeit der geprüften Verantwortungsform eine dogmatische Kategorie ausgestalten. Dazu erforderlich ist, die dogmatische Bedeutung der Anschlussdelikte zu klaren.

Die Anschlussdelikte im ungarischen Strafrechtsystem

Die sog. Anschlussdelikte sind im ungarischen Strafrechtssystem verschiedene, im Besonderen Teil geregelte sui generis Straftaten. Das gemeinsame dogmatische Merkmal dieser Straftatbestände besteht darin, dass sie sich alle an einen durch einen anderen Person begangenen Straftat oder strafbare Tat[14] knüpfen.[15] Das bedeu-

[13] Die geprüfte Verantwortungsform ist nicht die einzige Strafnorm im ungarischen Strafrechtsystem, die als quasi sui generis Beihilfetatbestand bezeichnet werden sollte. Es gibt noch einige Delikte, bei denen Begriffselemente des sui generis Beihilfedeliktscharakters fehlen. Eine typische quasi sui generis Beihilfetat ist die Mitwirkung am Selbstmord (§ 162 StGB). Die zur sui generis Beihilfetat fehlende Begriffselement ist der Existenz eine strafbare Haupttat. Ohne strafbare Haupttat ist eine Beihilfe wegen des Mangels der Akzessorietät ausschließlich ist.

[14] Im Hinblick der Anschlussdelikte und der ungarischen Beteiligungsdogmatik bedeutet der Begriff der *strafbaren Handlung* eine sog. limitierte Akzessorietät. Das heißt, dass zur Akzessorietätsfähigkeit der Haupttat tatbestandsmäßig und rechtswidrig sein muss. (*Siehe dazu*: Mészáros 2007, 69.) Die ungarische Strafrechtsdogmatik folgt der Lehre der vollen Akzessorietät als Hauptregel, wie in der Beihilfedogmatik als auch in den Anschlussdelikten. Als Ausnahme gilt aber die limitierte Akzessorietät bei Regelung des Geldwäschetatbestandes, bei denen ist es zur Verwirklichung der Anknüpfungstat genug ist, eine tatbestandsmäßige und rechtswidrige Grundstraftat zu sei. Infolgedessen wichtig zu betonen, dass der Begriff der Straftat und der strafbaren Tat darf nicht als Synonym anwenden. Siehe dazu Jacsó 2019, 285; Nagy 2014, 73.

[15] Belovics 2012, 67; Belovics 2018, 365; Gellér und Ambrus 2019, 431; Jacsó 2019, 284; Nagy 2014, 72; Tóth 1997, 513–514 ff., 516–517 ff.

tet, dass alle die genannten Straftatbestände akzessorisch sind, aber wegen des dogmatischen Verbots der nachträglichen Beteiligung[16] alle als sui generis Tatbestände geregelt werden müssen.

Die herrschende ungarische Strafrechtsdogmatik kennt herkömmlich[17] die folgenden fünf Formen der Anschlussdelikte:[18]

- Begünstigung und Strafvereitelung (nach der Vortat)
- Hehlerei (nach der Vortat)[19]
- Geldwäsche (nach der Vortat)[20]
- Unterlassung der Anzeigepflicht (während oder nach der Tat)
- „strafbare Gleichgültigkeit" (während oder nach der Tat)[21]

Einige von den genannten Anschlussdelikten dürfen als *nachträgliche Anschlussdelikte* bezeichnet werden, andere werden aber *während* der Begehung der sog. Grundstraftat begangen. Das gemeinsame Merkmal dieser sui generis geregelten Straftatbestände ist, dass sie alle – wie oben gesagt wurde – an einem durch andere begangene Straftat knüpfen. Daneben auch eine Charaktereigenschaft ist, dass ein oder einiges Merkmal dazu fehlt, sie als eine Beteiligungsform nennen zu dürfen. Weil das wirksame ungarische Strafrecht der nachträglichen Beteiligung an einer Straftat nicht anerkennt, ist dieses „Fehlmerkmal" in der Regel der „Haupttatbegehung bevor oder durch das Beteiligungsverhalten". Unabhängig davon, dass die Anzeigepflichtunterlassung und die strafbare Gleichgültigkeit während der Tat begangen werden, dürfen sie dogmatisch nicht als Beteiligung durch Unterlassen beurteilt werden, weil die zur Beteiligung durch Unterlassen erforderlichen Garan-

[16] Nagy 2014, 73.

[17] Die Strafrechtschule Pécs folgt nicht die herrschende Abteilung der Anschlussdelikte. Nach dieser Meinung sind nur die Anzeigepflichtunterlassung als strafbare Gleichgültigkeit und die Begünstigung Anschlussdelikte. Nagy 2015, 215.

[18] Belovics 2018, 366; Jacsó 2019, 286; Nagy 2014, 73.

[19] Es ist wichtig zu erwähnen, dass die Hehlerei als sui generis Straftat im ungarischen Strafrechtsystem nach der neueste kommende Strafgesetzbuchveränderungsgesetz gelöscht wird. Das strafbare Verhalten wird als eine Weise der Geldwäsche neuregulieren, bzw. der Tatbestand der Hehlerei wird mit dem Geldwäschetatbestand assimilieren. Es geht um eine Neuregelung der genannten Anschlussdelikte, die die Ziel verdient, ein übersehbares Deliktsystem der Geldwäsche hervorzubringen, daneben die zwischen der Geldwäsche und der Hehlerei bestehende schwerere Abgrenzungsprobleme zu eliminieren; zum Abgrenzungsdilemma siehe Tóth 1997, 513–518 ff. Anhand dieser Neuregulierung werden einige nicht so schwere Verhaltensweisen der Hehlerei als Ordnungswidrigkeiten entkriminalisieren. Über den Neuregelungsvorschlag siehe *T/9918. Gesetzvorschlag über die Veränderung des Strafverfahrensgesetzes und andere knüpfende Gesetze.*

[20] Über die Geldwäsche als Anschlussstraftat siehe Gál 2004, 18–20 ff.

[21] Vida Mihály die zur amtlichen Bestechung und zum Haushaltsbetrug knüpfende Führungsverantwortungsformen zählt auch zum Anschlussdeliktgruppe der strafbaren Gleichgültigkeit: Vida 2007, 285.

tenpflicht fehlt.[22] Es ist nicht Ziel dieses Beitrages, sämtliche Anschlussdeliktsweise zu analysieren, bezüglich der Hauptforschungsfrage ist es wichtig zu überblichen, welche Merkmale dazu erforderlich und geeignet sind, eine sui generis Straftatbestand als Anschlussdelikt benennen zu dürfen. Wie oben festgelegt wurde, gibt es nicht ein einiger Grund, gemäß deren eine Straftat als Anschlussdelikt bezeichnet werden darf, es gibt mehrere sog. *negative Merkmale*, nach denen die angeführte Delikte Anschlussdelikte sind. Die folgende Frage ist, ob es neue Merkmale benennen dürfen, um neue Straftatbestände als Anschlussdelikte kennzeichnen werden zu dürfen.

Die dogmatische Begründung der Ausgestaltung der Führungsverantwortung als eine neue Anschlussdeliktskategorie

Nach meiner Ansicht dürfen die die sich an die Bestechung und den Haushaltsbetrug knüpfende Verantwortung des Unternehmensleiters feststellenden Straftatbestände auch als Anschlussdelikte kategorisiert werden. Ich schlage vor, diese Verantwortungsform als neue Anschlussdeliktskategorie *Führungsverantwortung* ins Strafrechtssystem einzuführen. Im Folgende möchte ich mit dogmatische-logische Argumentationen dafür argumentieren, warum diese Verantwortungsform einen eigenen Platz in der Anschlussdeliktsdogmatik finden darf. Vor allem muss aber die zur Argumentation relevante Fakten zusammenfassen.

Die geprüften Straftatbestände zeigen dogmatische Ähnlichkeit mit der Teilnahmeform der Beteiligung durch Unterlassen. Die Straftaten sind akzessorisch, und – abweichend von der Anzeigepflichtunterlassung – besteht auch eine allgemeine Garantenpflicht des Unternehmensleiters zur Verhinderung der in seinem Unternehmen begangenen Straftaten. Es fehlt aber die subjektive Beziehung zwischen den Straftaten,[23] also: der Unternehmensleiter darf während seiner Aufsichtspflichtverletzung nicht darüber wissen, dass sein Mitarbeiter eine Bestechung oder einen Haushaltsbetrug zugunsten des Unternehmens begeht. Denn: Im Besitz des Wissens über die Verwirklichung der Grundstraftat muss seine Tat als Teilnahme bewertet werden. Diese Rechtslage sollte zum ersten Blick dazu führen, die Führungsverantwortung wegen mindestens eins Gründe nicht als Anschlussdelikt kategorisiert werden dürfe: die subjektive Beziehung (das Wissenselement über die andere Tat) bei der anderen Anschlussdelikten jedenfalls besteht.[24] Nach meiner

[22] Belovics 2018, 368; Jacsó 2019, 285, 289–290 ff; Nagy 2014, 74.

[23] Siehe noch Sántha 2018, 349.

[24] Es kann noch ein Argument gegen die Anschlussdeliktsweise der Führungsverantwortung bemerken: die Anschlussdelikte sind immer Delikte. Das bedeutet, dass beide Tat solche sozialetische Ungerechtigkeit sein müssen, die ohne anderen Umstand oder Verhalten auch strafwürdig wäre. Es ist aber nicht ein starkes Gegenargument bezüglich des Anschlussdeliktcharakters der Führungsverantwortung, weil – ohne weitere Erklärung in diesem Beitrag – die Anzeigepflichtverletzung auch ähnliche Rechtlage ergibt sich.

Meinung schließt das Fehlen der subjektiven Beziehung zwischen den Taten nicht den Anschlussdeliktscharakter der geprüften Verantwortungsform aus.[25]

Meinen rechtssystematischen Vorschlag könnte ich mit den folgenden Argumentationen untermauern: Nach meiner Ansicht muss festgestellt werden, wo das Hauptbegriffselement der Kategorie der Anschlussdelikte liegt. Muss also geprüft werden, was ist das Minimumbegriffselement, das dazu führt, über einem Anschlussdelikt reden zu dürfen. Nach meiner Überzeugung ist dieses Minimumelement die Akzessorietät.[26] Ohne Akzessorietät sollte man nur über straflose Handlungen sprechen wie in der Fall der Anschlussstraftaten, als auch bei der Teilnahmeformen.[27] Wenn man schon ein Kategorie bildendes Minimumerfordernis benennen kann, steht eine *genus proximus* zur Verfügung. Die Rechtsinstitute, die mit diesem Minimumerfordernis übereinstimmen, gewinnen das Recht, zur Kategorie zu gehören. Neben das Hauptbegriffselement müssen negative Kriterien auch formuliert werden, um festzustellen, welche Elemente nicht zur Kategorie gehören werden dürfen. Wie oben betont wurde, ist die Akzessorietät nicht nur das Hauptbegriffselement der Anschlussdelikte, sondern gehört auch als genus proximum zur Teilnahmeformen.[28] Dementsprechend ist es sehr wichtig als eine negative Kriterien zu betonen, dass gemäß der Unterlassung die gehörenden Pflichten bestehendes Wesen einer subjektiven Beziehung zwischen den Taten bevor oder während der Begehung der Grundstraftat eine Beihilfe durch Unterlassen bedeutet. Also die Begehung der relevanten Unterlassungstat und das Wissen über diese Begehung als konjunktive Voraussetzungen schließen das Verhalten aus der Kategorie der Anschlussdelikte aus. Gemäß des Selbstverantwortungsprinzips ohne eigenes Verhalten (Tathandlung) gibt es keine Straftat, also das menschliche Verhalten darf nie Ausbleiben zur Feststellung der strafrechtlichen Verantwortung, sei es als Täterschaft oder Teilnahme. Darf aber strafrechtliche Verantwortung festlegen, wenn die schon oben erklärte subjektive Beziehung zwischen den Taten fehlt? Um die Frage beantworten zu können, muss mithilfe einer teleologischen Auslegung das gemeinsame Ziel des Wesens der Kategorie der Anschlussdelikte feststellen zu werden. Die Anschlussdelikte ist eine *Sammelkategorie* der akzessorischen Straftaten, *die nicht als Teilnahme beurteilt werden können*.[29] Die Akzessorietät als Minimumkriterien muss als ein objektives Kriterium betrachtet werden, dementsprechend ist es bei Akzessorietät begrifflich nicht notwendig, dass zwischen der Anknüpfungstat und der Grundstraftat ein subjektives Element existiert. Wenn die Akzessorietät als ob-

[25] Miklós Hollán definiert der Führungsverantwortungsdelikte als „vorherige Anschlussdelikte"; Hollán 2014, 82.

[26] Simon 2013, 78.

[27] Über den Hauptbegriffselementcharakter eines Begriffsmerkmales siehe Losonczy 1966, 232.

[28] Losonczy 1966, 233. Siehe auch Losonczy 1966, 237.

[29] Belovics 2012, 67; Belovics 2018, 365; Gellér und Ambrus 2019, 431; Jacsó 2019 284; Nagy 2014, 72; Tóth 1997, 516–517.

jektive Bedingung besteht, kommt das Hauptbegriffselement des Sammelbegriffes *Anschlussdelikte* zustande. Die Bestimmung der Akzessorietät als bloße objektive Beziehung zwischen die Taten bezüglich der Anschlussdelikte, bringt der Frage der Schädigung des Schuldprinzips in der Rede. Um diese Probleme zu beseitigen, muss betont werden, dass einerseits die Akzessorietät nicht objektives Tatbestandselement ist, andererseits muss der Täter der Führungsverantwortungstatbestände der Tathandlung vorsätzlich begehen. Das heißt, dass es sich nicht um eine bloße objektive Verantwortung für die Handlung einer Anderer handelt, sondern um eine Eigenverantwortung für die Eigene,[30] aber nur dann, wenn eine Grundstraftat begangen wurde, also das Erfordernis der Akzessorietät besteht.

ERSCHEINUNGSFORMEN DER FÜHRUNGSVERANTWORTUNG IM UNGARISCHEN STRAFGESETZBUCH

Die schon erwähnten Straftatbestände sind nicht die einzigen Delikte in dem Strafgesetzbuch, die über den dargestellten dogmatischen Merkmalen verfügen. Die Führungsverantwortung als neue dogmatische Kategorie kann alle im Strafgesetzbuch enthaltenen Normen erfassen, mithilfe deren die strafrechtliche Verantwortung einer natürlichen Person aufgrund einer von einen Untergeordneten begangenen Straftat festgestellt werden kann, unabhängig davon, ob die Führungskraft von der Begehung der Straftat wusste. Neben den schon geprüften Straftatbeständen enthält das StGB militärische Delikte, die auch als Führungsverantwortung gekennzeichnet werden dürfen, und zwar: die sich an kriegerische und gegen die Menschlichkeit gerichtete Straftaten anknüpfende Verantwortung des militärischen und amtlichen Vorgesetzten (§ 145 und §159 uStGB) und das Unterlassen der Maßnahmen als Vorgesetzter (§ 452 uStGB). Vor allem muss festgelegt werden, dass im internationalen Strafrecht die Führungsverantwortung als spezielle Verantwortungsform bekannt und anerkannt ist. Die an kriegerischen und gegen die Menschlichkeit gerichteten Straftaten anknüpfende Verantwortung wurde anhand des Internationales Strafrechtsgerichtshofes (IStGH) im ungarischen Strafrechtsystem im Jahre 2012 implementiert,[31] unabhängig davon, dass die Statute des IStGHs wurde bis heute nicht umgesetzt.[32] Die im § 452 uStGB geregelt Straftatbestand regelt mehreres verschiedenes strafbares Verhalten des Vorgesetzten. Im Licht des geprüften Themas nur eine Verhaltensweise relevant ist: *die Unterlassung der zur Verhinderung*

[30] Es kann problematisch sein, dass der Unterlassung der Führungskraft als solche nicht ein strafwürdiges Verhalten. Ist es umstritten, ob es eine negative moralische, bzw. sozialetische Inhalt dafür geeignet ist, es als strafwürdige Tat zu beurteilen. Siehe auch Molnár 2020, 237–238 ff.

[31] Karsten 2010, 61; Gellér 2002, 306–307 ff.

[32] Molnár 2012, 30; Sántha 2009, 44; Törő 2013, 289.

der durch den Untergebenen begangenen militärischen Straftat erforderliche Maßnahmen. Im Vergleich zu den oben erörterten Führungsverantwortungsdelikten, umfassen die hier genannte Straftaten mehrere Grundstraftaten, daneben ist die subjektive Beziehung zwischen die Taten auch unterschiedlich. Diese Unterscheidung ergibt sich hauptsächlich aus der unterschiedlichen internationalen Pflicht, anhand deren die einzelne Führungsverantwortungsformen im nationalen Strafrechtsystem umgesetzt wurden.

Nora Karsten in ihre hervorragende Monographie über die militärische und nicht-militärische Führungsverantwortung untersucht hat, „inwieweit eine Verantwortlichkeit nicht-militärischer Vorgesetzer in innerstaatlichen Rechtsordnungen verankert und anerkannt ist, und ob eine derartige Haftung im Vergleich militärischen Vorgesetzten erschwert oder verändert ist."[33] Die Monographie tiefergehend beschäftigt sich mit der Frage, ob inwieweit die militärische und zivile Verantwortungsformen miteinander übereinstimmen sollen, anhand prinzipiell der Rechtsprechung des Internationales Strafrechtsgerichtshofes. Es ist nicht Ziel des Beitrages, alle Tatbestandselemente die oben genannten Führungsverantwortungstatbestände tiefgehend zu analysieren, mithilfe der Forschungsergebnisse von *Karsten* führe ich die gemeinsamen Merkmale der Führungsverantwortungsformen als Teil der Kategorie der Anschlussdelikte im Folgende aus.[34]

GEMEINSAME MERKMALE DER FÜHRUNGSVERANTWORTUNGSFORMEN

Die angeführten Führungsverantwortungsstraftatbestände haben gemeinsame Merkmale, aufgrund deren die allgemeinen Begriffselemente eines Führungsverantwortungsdelikts festgestellt werden können. Nach meiner Ansicht können die folgenden Merkmale der Führungsverantwortung als Anschlussdelikt angeführt werden:

1. die Existenz eines Vorgesetzten-Untergebenen-Verhältnisses (Über-Unterordnungsverhältnis)
2. das Unterlassen einer Pflicht des Vorgesetzten als Tathandlung und
3. der Fehlerhaftigkeit oder das Fehlen der subjektiven Beziehung zwischen dem Unterlassen des Vorgesetzten und der durch die Untergebenen begangenen Grundstrafrat.

[33] Karsten 2010, 23.
[34] Siehe auch Karsten 2010, 28.

Über-Unterordnungsverhältnis

Die einzelnen Führungsverantwortungstatbestände verfügen sich mit dem Merkmal des hierarchischen Verhältnisses zwischen dem Täter der Grundstraftat und der akzessorischen Straftat. Dieses hierarchische Verhältnis gehört – wie *Karsten* gesagt hat – „*zum Kern der Vorgesetztenverantwortlichkeit.*"[35] Allen relevanten Führungsverantwortungsstraftatbestände können nur durch einen Vorgesetze begehen werden. Wie *Karsten* formuliert hat: „der Täter hat eine (strukturelle und tatsächliche) Vorgesetztenstellung gegenüber Untergebenen inne".[36] Daneben das Täterschaftsmerkmal der Grunddelikte immer eine Unterordnete des Vorgesetzten. Das bedeutet, dass wie die Grundstraftat, als auch die Anknüpfungsstraftat durch die relevante Person begangen werden muss.[37] Also ein vorheriges bestehendes Rechtsverhältnis grundsätzlich bestimmt den relevanten Täterkreis der anknüpfenden Delikte. Diese vorhergehende hierarchische Beziehung und die daraus stammenden rechtlichen Normen bilden den Grund der Bestehung einer Aufsichts- und Kontrollpflicht des Vorgesetzten. Obwohl die Über-Unterordnungsverhältnis ein gemeinsames Merkmal allen Führungsverantwortungsformen ist, gibt es aber freilich Unterschied zwischen die Position einem militärischen und einem zivilen Vorgesetzte.[38] Dieser Unterschied liegt im Umfang, bzw. im Intensität ihrer Autorität.[39] Bezüglich der Intensität der Autorität muss festgestellt werden, dass der militärische Vorgesetze den größten Macht über seine Untergeordnete ausübt. Der militärische Befehl ist das intensivste Machtausübungsrecht. Die zweite Intensitätsstufe berührt sich die amtliche Untergeordnete. Die milderste Autorität hat der gesellschaftliche Vorgesetzte. Der Betriebsinhaber oder der Unternehmensleiter hat auch große Verhaltensbeeinflussungsmöglichkeiten über das Mitglied und den Mitarbeiter eines Unternehmens, aber wegen des Mangels des Befehlsabgaberechts, kann der Macht freilich nicht so intensiv sein, wie der Macht eines militärischen Vorgesetzten.

In der Regel ist es nicht so schwer entscheiden, zwischen wem ein hierarchisches Rechtsverhältnis besteht, denn dieses Verhältnis muss ein rechtlich begründetes Verhältnis sein. Wie Sántha betonte, muss aber beobachten, dass die größeren Unternehmen eine mehr strukturiert Management hat, wo die einzelne Kontrollaufgaben nicht selten trennen sich voneinander.[40] So es muss immer tiefgehend geprüft werden, wer ein Kontrollrecht und eine Kontrollpflicht rechtlich und vorerst ausübt.

Die herrschende internationale Literatur anerkannt das Wesen einer Vorgesetztenverantwortlichkeit des zivilen, bzw. amtlichen und gesellschaftlichen Vorgesetz-

[35] Karsten 2010, 70.
[36] Karsten 2010, 28.
[37] Sántha 2018, 347.
[38] Sántha 2018, 348.
[39] Karsten 2010, 66.
[40] Sántha 2018, 348.

ten gemäß der schon oben erwähnte IStGH Statute. Wie *Karsten* betonte, „[d]ie International Law Commission erläutert, dass der Begriff „Vorgesetzter" weit genug sei, um neben militärischen Befehlshabern auch andere zivile öffentliche Stellen (civilian authorities) zu umfassen, die eine ähnliche Befehlsposition innehätten und in ähnlicher Weise Kontrolleüber Untergebene ausübten."[41]

Die Tathandlung

Ohne Tathandlung existiert keine strafrechtliche Verantwortung. Die Tathandlung aller Führungsverantwortungsdelikte ist die Unterlassung die zum Vorgesetzte gehörende Aufsichts- oder Kontrollpflicht.[42] Anhand dieses Erfordernisses muss der Vorgesetzte es unterlassen haben, entsprechende Maßnahmen zu eingreifen um die Straftatbegehung der Untergebene zu verhindern.[43] Der unterlassene Pflicht muss daran *geeignet* sein, die durch der Untergeordnete begangene Straftat verhindern könne. Dementsprechend muss eine hipotätische Kausalzusammenhang zwischen der Unterlassung und dem Zustandekommen der Grundstraftat beweisen: wenn der Pflicht ab ovo nicht geeignet, ist der Straftat zu verhindern, darf nicht den „Täter der Unterlassung" unter strafrechtliche Verantwortung zu tragen.

Es ist wichtig zu betonen, dass die Aufsichtspflicht rechtlich begründet sein muss.[44] Ein de facto Verhältnis zwischen dem Täter der Unterlassungsstraftat und dem Täter der Anknüpfungsstraftat nicht genug ist.

Die subjektive Beziehung zwischen den Taten

Eine genaue Definition der subjektiven Beziehung zwischen der Grundstraftat und der Anknüpfungsstraftat ist das wichtigste Hauptbegriffselement der Führungsverantwortung als Subkategorie der Anschlussdelikte, weil dieses Merkmal sich als eine *differentia specifica* gegen die anderen Anschlussstraftaten verhaltet. Bezüglich dieses Begriffselements handelt sich um ein negatives Merkmal, weil entweder es *keine* subjektive Beziehung zwischen den Taten gibt,[45] oder ein Defekt in der subjektiven Beziehung erscheint. Das bedeutet a contrario: wenn eine ganze, mangelfrei und fehlerfrei subjektive Beziehung zwischen den Taten mit allen nötigen Wissens- und Willenselemente besteht, darf keinesfalls über Führungsverantwortung reden.

[41] Karsten 2010, 37; siehe auch: Nerlich 2007, 670.
[42] Sántha 2018, 348.
[43] Karsten 2010, 39.
[44] Karsten 2010, 41.
[45] Sántha 2018, 349.

Wenn diese subjektive Beziehung bevor oder während der Grundstraftat existiert wurde, handelt sich um Beihilfe durch Unterlassen. Wenn der Hilfeleistungsvorsatz nach der Tat kommt zustande, geht es um ein anderes Anschlussdelikt, wie zum Beispiel um die unterlassene Weise der Strafvereitelung.

Anhand der Art und Weise der in der subjektiven Beziehung bestehenden Fehler darf zwischen zwei Subkategorie unterscheidet: Es gibt Führungsverantwortungstatbestände, die bezüglich der Akzessorietät bloß objektive formuliert sind, also darf der Vorgesetzte gar nicht über die Straftatbegehung durch seine Untergebene wissen. Diese mangelnde subjektive Beziehung besteht bei den an der amtlichen Bestechung und an dem Haushaltsbetrug knüpfenden Verantwortungsformen, beziehungsweise bei dem Tatbestand des Unterlassens der Maßnahmen als Vorgesetzter (§ 452 uStGB). Die zum kriegerischen und die Menschlichkeit gerichteten Straftaten anknüpfenden Führungsverantwortung bildet die andere Gruppe (§ 145 uStGB und § 159 uStGB). Diese Straftatbestände formulieren eine – angesichts der ungarischen Schulddogmatik – ganz komische subjektive Beziehung zwischen den Tätern der Straftaten: der Täter des Führungsverantwortungsdelikts entweder *weiß* über die Begehung der Grundstraftat,[46] oder er darüber hätte wissen muss. Die Auslegung des letzten genannten Erfordernisses nicht so problematisch ist, weil es als eine schwere Fahrlässigkeit definiert werden darf, bzw.: es gibt kein Wissen als auch kein Willen an der Seite der Vorgesetzter. Interessanter aber die erstgenannte Schuldformulierung, wo der Gesetzgeber nur den bloßen Willen über die Begehung der Grundstraftat erfordert.[47] Hinsichtlich des ungarischen Schulddogmatik, muss festgestellt werden, dass diese Formulierung als eine „*humpelige Schuldformulierung*" verstanden werden kann. Die Beziehung zwischen die Taten nicht objektive ist, aber in der Richtung der Objektivierung, wirkt mithilfe des Mangels der Prüfungsanforderung des Wesens eine Willens- und Gefühlsbezogenheit zur Tat. Die *wusste, oder hätte wissen müssen-Schuldformulierung* ist ganz fremd im ungarischen Strafrechtsdogmatik, es ist der einzige Tatbestand, wo sieerscheint. Ergibt sich die Frage, warum der Gesetzgeber neben diese systemfremde Formulierung entschieden hatte. Nach meiner Ansicht die Antwort sehr einfach und wenigstens wissenschaftlich, sondern eher praktisch ist: der nationalen Gesetzgeber hat Wort für Wort das internationale Umsetzungsschema gefolgt, ohne dass die Bemerkung der nationalen dogmatischen Eigenartigkeiten.

Ob es eine Tatbegehung im Besitz des Willenselements ohne aber das Wissens ontologisch existieren kann, fraglich ist, aber es kann der Forschungsfrage eines anderen Beitrages sein.[48]

[46] Karsten 2010, 43.
[47] Nerlich 2007, 671.
[48] Finkey 1899, 17.

FAZIT

Zusammenfassend möchte ich auf den Titel meines Vortrags hinweisen: *Verantwortung ohne Grenzen.* Die zu der dogmatischen Kategorie „Führungsverantwortung" gehörenden Straftatbestände dehnen die strafrechtliche Verantwortung des Täters dadurch aus, dass das subjektive Element zwischen den Taten fehlerhaft ist oder völlig fehlt. Neue kriminalpolitische Gründe bringen neue strafrechtliche Lösungen und Phänomene mit sich. Ob solche Verantwortungsformen in einem rechtsstaatlichen Strafrechtssystem zugelassen sein dürfen, könnte das Thema eines anderen Beitrags sein. Es kann zumindest festgestellt werden, dass diese Verantwortungsform als Anschlussdelikt im ungarischen Strafrechtssystem definiert werden kann.

Die Feststellung, dass die neue Verantwortungsform in der ungarischer Strafrechtsdogmatik einen Platz finden kann, ist noch keine Stellungnahme aber bezüglich deren dogmatischer und kriminalpolitischer Rechtfertigung. Wie oben bereits dargestellt wurde, muss zur Beantwortung der Frage, ob die speziellen Straftatbestände das Schuldprinzip verletzen, der Zusammenhang zwischen dem Rechtsgut (bzw. dem materiellen Unrechtsinhalt), der Tathandlung und der objektiven Strafbarkeitsbedingung untersucht werden. Die objektive Strafbarkeitsbedingung dehnt nach meiner Ansicht die Strafbarkeit aus, bzw. begründet die strafrechtliche Verantwortung des Täters damit, dass sie an ein Unterlassen anknüpft, bei dem sich kein materieller (strafrechtlicher sanktionsbedürftiger) Unrechtsinhalt nachweisen lässt. Außerdem ist die Festlegung des genauen Inhalts der Tathandlung problematisch. Zusammenfassend darf festgestellt werden, dass die Verletzung des Schuldprinzips darin besteht, dass das zu schützende Interesse (das Rechtsgut) sich nicht in der Tathandlung manifestiert, weil die Verletzung der Aufsichts- und Überwachungspflicht keinen materiellen Unrechtsinhalt beinhaltet, die den strafrechtlichen Auftritt begründen würde, deshalb – wegen des Mangels des tatbestandsmäßigen Erfolges – wird der materielle Unrechtsgehalt der Straftatbestände allein durch die objektive Strafbarkeitsbedingung getragen.

Abgesehen von dem dargestellten Schuldprinzipsdilemma, wurde nicht die Aussage eliminiert, dass der Verantwortungsform seinen Platz im ungarischen Strafrechtsystem als Anschlussdelikt gefunden hat. Nach meiner Ansicht muss es ausgesagt werden, dass der Führungsverantwortungsformen eine gemeinsame ratio legis hat. Ich folge die durch *Karsten* formulierte gemeinsame Grundlage als Schlussgedanke des Beitrages: *„der Vorgesetzte eine Führungsposition innehatte, die es ihm ermöglichte, tatsächliche Kontrolle (effective control) über Untergebene auszuüben.*"[49] [50]

[49] Karsten 2010, 45.

[50] Die Forschung wird durch das Projekt EFOP-3.6.2-16-2017-00007 „Die Aspekten von der Entwicklung einer intelligenten, nachhaltigen und inklusiven Gesellschaft: soziale, technologische, Innovationsnetze in der Beschäftigung und in der digitalen Wirtschaft" unterstützt. Das Projekt wird von

BIBLIOGRAPHIE

Beckemper, K. (2018) Die Funktion der objektiven Bedingung der Strafbarkeit. Einschränkung auf strafbedürftige Fälle oder Verstoß gegen das Schuldprinzip? *ZIS,* 10, 394–402.

Belovics, E. (2012) A bűnpártolás járulékosságának dogmatikai problémái. *Magyar Jog,* 2, 65–79.

Belovics, E. (2018) *Büntetőjog I. Általános rész.* Második, hatályosított kiadás. Budapest.

Finkey, F. (1899) *A szándék fogalma és ismérvei a büntetőjogban. Különös tekintettel „a szándék hiánya miatt" történő felmentésekre*. Budapest.

Gál, I. L. (2004) *A pénzmosás.* Budapest.

Gellér, B. (2002) A nemzetközi jog hatása a büntetőjogi felelősségre. In: Bárd, K. et. al. (Hgg.), *Büntetőjog Általános Rész.* Budapest.

Gellér, B. und Ambrus, I. (2019) *A magyar büntetőjog általános tanai.* I. Budapest.

Hollán, M. (2014) *Korrupciós bűncselekmények az új büntetőkódexben.* Budapest.

Jacsó, J. (2019) A bűncselekmények elkövetői. In: Görgényi, I. et al. (Hgg.), *Magyar Büntetőjog. Általános Rész.* Budapest.

Karsten, N. (2010) *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des nichtmilitärischen Vorgesetzten.* Berlin.

Losonczy, I. (1966) *A tettesség és részesség a büntetőjog rendszerében.* Budapest.

Maschke, G. (1997) *Aufsichtspflichtverletzungen in Betrieben und Unternehmen. Die Sanktionierung von Verstößen gegen die Aufsichtspflicht in Betrieben und Unternehmen nach § 130 Ordnungswidrigkeitensgesetzes unter besonderer Berücksichtigung des Zusammenhangs zwischen Tathandlung und Zuwiderhandlung.* Baden-Baden.

Mezőlaki, E. (2013) A korrupciós bűncselekmények. Btk. XXVII. Fejezet. In: Karsai, K. (Hg.), *Kommentár a Büntető Törvénykönyvhöz.* Budapest.

Mészáros, Á. (2007) Adalékok a részesség járulékosságának tanához. *Kriminológiai Tanulmányok,* 44.

Molnár, E. (2020) Objektív büntethetőségi feltételek a büntetőjogban. *Magyar Jog,* 4, 235–242.

Molnár, G. M. (2012) Az emberiesség elleni bűncselekmények. Btk. XIII. Fejezet. In: Busch, B. (Hg.), *Büntetőjog II. Különös rész. A 2012. évi C. törvény alapján.* Budapest.

Nagy, F. (2014) *Anyagi büntetőjog. Általános rész II.* Szeged.

Nagy, Z. (2015) A bűncselekmény elkövetői. In: Balogh, Á. und Tóth, M. (Hgg.), *Magyar Büntetőjog Általános Rész.* Budapest. 198–222.

Nerlich, V. (2007) Superior Responsibility under Article 28 ICC Statute. For What Exactly is the Superior Held Responsible? *Journal of International Criminal Justice,* 5, 665–682.

Rogall, K. (1986) Dogmatische und kriminalpolitische Probleme der Aufsichtspflichtverletzung in Betrieben und Unternehmen (§ 130 OWiG). *ZStW*, 3.

Sántha, F. (2002) *A jogi személy büntetőjogi felelősségéről.* Budapest.

Sántha, F. (2005) Az Európai Unió pénzügyi érdekeinek védelme és a gazdasági vezetők speciális büntetőjogi felelőssége. In: Farkas, Á. (Hg.), *Az Európai Csalás Elleni Hivatal (OLAF) az Európai Unió bűnügyi együttműködési rendszerében.* Budapest.

---

der Europäischen Union finanziert, und vom Europäischen Sozialfonds und ungarischer Staatshaushalt kofinanziert.

Sántha, F. (2009) Parancsnokok, elöljárók speciális felelőssége a nemzetközi büntetőjogban. In: Kirs, E. (Hg.), *Egységesedés és széttagozódás a nemzetközi büntetőjogban.* Studia Iuris Gentium Miskolcinensia. Miskolc.

Sántha, F. (2018) Criminal liability of the heads of business. In: Lazura, A.V, Rogana, O. A. und Mendzsul M.V. (Hgg.), *Transcarpathian Legal Readings*. Materials of the 10th International Scholarly Conference (April 19–21, 2018, Uzhhorod) Zakarpatszkij pravovi citania. Materiali h Miznarodnoj Naukovo-Prakticnoi Konferemcii (19-21 kvítnja 2018, r. m. Uzsgorod). Uzsgorod: RIK-U. 345–350.

Schürmann, R. (2005) *Aufsichtspflichtverletzungen im Spannungsfeld zwischen dem Strafrecht und dem Zivilrecht. Gießener Schriften zum Strafrecht und zur Kriminologie*. Baden-Baden.

Simon, N. (2013) Elhatárolási kérdések az akcesszórius bűncselekmények köréből. In: Pogácsás, A. et al. (Hgg.), *Varietas delectat. A PPKE JÁK hallgatóinak válogatott tanulmányai.* Budapest.

Sinku, P. (2012) A korrupciós bűncselekmények. Btk. XXVII. Fejezet. In: Busch, B. (Hgg.), *Büntetőjog II. Különös rész. A 2012. évi C. törvény alapján.* Budapest.

Tóth, M. (1997) Járulékos bűncselekmények (a tárgyi bűnpártolás, az orgazdaság és a pénzmosás elhatárolási dilemmái. *Magyar Jog,* 9, 513–518.

Törő, S. (2013) Az emberiesség elleni bűncselekmények. Btk. XIII. Fejezet. In: Karsai, K. (Hg.), *Kommentár a Büntető Törvénykönyvhöz.* Budapest.

Vida, M. (2007) A gazdálkodó szervezet egyes vezető tisztségviselőinek büntetőjogi felelősségéről. In: *Ad futuram memoriam*. Szeged. 280–286.

Wiener, I. (2002) A, Felelősségtan. In: Bárd, K. et al. (Hgg.), *Büntetőjog Általános Rész.* Budapest.

Nulla coactio sine lege in Transnational Evidence Law

STEFANO RUGGERI*

THE PROBLEM

Among the most significant developments that have characterised the evolution of criminal justice almost worldwide in the last years has been the increasing use of intrusive measures of investigation, and even more, of unprecedented forms of interference with fundamental rights by means of new technological means, such as technical surveillance, online search, and so on. Without a doubt, these new measures in particular cannot be traced back to the traditional investigative tools in criminal proceedings,[1] while posing difficult challenges for legal scholarship, not less than for practitioners. The classical approach to coercive investigations, indeed, appears to be largely out-dated and unable to grasp the complexity of these developments, manly because restrictions on fundamental rights are more and more allowed without coercion in a strict sense. Even investigative instruments that have traditionally been considered to be of a non-coercive nature, such as questioning of witnesses or co-defendants, set today a number of delicate problems through new technological arrangements. This set-up largely undermines the traditional distinction between investigative tools relevant and neutral to fundamental rights, thus highlighting a new generation of criminal inquiries in which almost everything seems to entail risks for individual rights.

Legislation has slowly followed these developments, however not without difficulties and contradictions. For instance, investigations carried out by way of installing a malware in tablets or smartphones can be used not only to intercept communications but furthermore to search and seizure the relevant information available, which highlights the hybrid nature of such investigative means, as demonstrated by

* This study draws on several researches which have conducted in the last years on transnational investigations and coercive measures in criminal proceedings. A great part of these researches have been carried out during a quite long stay at the Max-Plank-Institute for the Study of Crime, Security and Law (the former Max-Plank-Institute for Foreign and International Criminal Law), thanks to a Humboldt research fellowship. For this generous support I am truly grateful to the AvH Foundation.

[1] On the outdated notion of interception of telecommunications in relation to online searches from the viewpoint of Italian criminal justice, see Parlato 2018, 292.

the different legal classification chosen by European jurisdictions.[2] The increasing amount of data that can be stored in mobile tools and their widespread use almost everywhere magnify the risks for the person against whom the investigation is conducted, and even more, for third parties. Thus, unlike what happens with traditional forms of seizure or interception of telecommunications, the investigative use of spyware entails consequences that are not by definition foreseeable: it can intercept communications made through a smartphone as well as all the voices and activities in the environment it is used; mobile tools, such as tablet or laptops, can be brought everywhere, even in a private home; and so on.[3] The degree of intrusiveness of these new tools of investigation is further enhanced if spyware is used to seize the data that are not stored in a specific device but in an immaterial space, such as the cloud, mail accounts, etc.

Whereas the rapid developments that constantly take place in technology and science have increased recourse to new measures of investigation, all this also enhances the need to define the limits within which a lawful criminal law action can be carried out. In spite of the widespread use of intrusive investigative means in transnational cases, considerable out-datedness, however, still characterises both legislation and case-law at various levels. Notwithstanding the abundant jurisprudence of the European Court on investigative measures such as wiretaps, search and seizure, there is still a need to ascertain the extent to which these achievements can be extended to transnational inquiries as well. Some important innovations have recently occurred at the national law level, especially thanks to the implementation of EU legislation, such as the Directive 2014/41 on the European investigation order (hereafter, DirEIO). But a quick look at the rules on measures such as transnational interception of telecommunications, introduced by this supranational instrument, reveals an approach that largely draws on the 2000 Convention on Mutual Legal Assistance between EU Member States. Though, the EIO legislation's approach is of the utmost systematic importance in international legal assistance from the viewpoint of the present discussion. Indeed, recourse to coercive measures of investigation is no longer left to the discretion of the requesting country or the executing authority (as provided for by the 2008 Framework Decision 2008/978/JHA on a European Evidence Warrant: hereafter, FdEEW) but the decision as to whether use coercion and the choice of the means being applied overseas lies with the competent authorities of the issuing State.

While this approach clearly testifies to the increasing relevance that coercion has gained in transnational inquiries in Europe, it also sets a number of delicate questions, which to a great extent are still unanswered. Whereas the principle of

[2] On the problems concerned with remote computer searches from the viewpoint of Spanish law see Bachmaier Winter 2017, 205.

[3] Signorato 2018, 263.

nullum crimen sine lege looks at the final result of criminal trials, providing alleged offenders with a powerful protection against unlawful *poenae*, does a principle *nulla coactio sine lege* govern procedural law in similar terms? Or, to put it in even more ambitious terms, can we consider the principle of *nullum crimen, nulla poena sine lege* as the most significant expression, but still as the iceberg tip, of a comprehensive safeguard against unlawful coercion? Can we conceive of a general principle cutting across the overall criminal justice system, aimed at ensuring, albeit in different ways, the lawfulness of all coercive measures, and, more generally, all forms of interference with fundamental rights, from intrusive means of investigation to pre-trial measures, including remand detention? But what should be meant under *coactio*, and what is to be understood under *lex*, in the field of transnational criminal justice? And within this quite huge field, which principles should govern transnational evidentiary processes in particular, so that they can be deemed to be truly fair and lawful?

THE DIAGNOSIS

What is coactio? The powers of coercion in transnational evidence-gathering

To properly deal with these complex questions, the first task is to identify the limits within which the problem under examination arises, that is, the forms in which coercion can materialise in transnational evidence gathering. The theoretical aim of this research inevitably requires a pragmatic approach. If the abovementioned developments, as has been noted, reveal that both European law and domestic legislation increasingly tolerate (ad even further) the use of intrusive means of investigation today in international cooperation in criminal matters, transnational evidentiary processes in particular provide us with a privileged viewpoint to observe the evolution that the traditional notion of 'coercion' – and in this way, the very notion of 'individual freedom' – has undergone in recent years. To be sure, there is a number of means of investigation that still reflect an understanding of coercion in a strict sense, in terms of restrictions on fundamental rights. Typical examples thereof are home search and seizure of assets, as well as the compulsory taking of biological samples. That the enforcement of some of such measures can be known in advance, while others are unexpected by their addressee, does not of course change their nature. However, we have noted that also tools of evidence-gathering that are not of a coercive nature or are apparently neutral to fundamental rights can impinge on individual freedoms. This result can materialise in various ways. For instance, investigative measures, such as questioning of witnesses or co-defendants, do not in principle entail any coercion; the execution of these measures can nevertheless make it necessary. It is precisely in this light that international-law instruments tra-

ditionally exclude that legal assistance can be provided to coercively transfer the sought person to a foreign country if he does not consent to do so,[4] an approach inherited by the EIO Directive.[5] Furthermore, some jurisdictions allow for investigative methods also to be used (*e.g.*, narcoanalysis), notwithstanding that they can affect the freedom of self-determination of the person examined.

It is surprising, however, that the drafters of the EIO Directive included the "hearing of a witness, expert, victim, suspected or accused person or third party in the territory of the executing State"[6] into a list of investigative measures whose main common feature appears to be their non-coercive nature.[7] The classification entails concrete implications, particularly the non-application of some essential grounds for non-recognition.[8] Yet, even where such hearings take place through videoconference, the way in which they are conducted can entail severe repercussions on a number of fundamental rights, so much so that EU lawmakers required suspected or accused persons – as well as witnesses and experts, albeit under different conditions – to be informed in advance "of the procedural rights which would accrue to them, including the right not to testify, under the law of the executing State and the issuing State".[9] Regrettably, these procedural rights expressly only include the assistance of an interpreter, if needed, but not that of a lawyer.[10] Moreover, the assistance of a lawyer might also be excluded as a result of the choice to draw up a rigid division line between coercive and non-coercive measures of investigation. For instance, if the fact for which an EIO was issued does not constitute an offence under the law of the executing State and the executing authority is not required to ascertain it, the assistance of a lawyer could be deemed to be unnecessary even while questioning a person who is suspected or accused of having committed an offence in relation to that fact under *lex fori*. Yet, going on this way, we could also call into question that a suspected or accused person in the issuing State, if the fact with which he is charged is not a criminal offence under *lex loci*, should be granted even the right to consult a lawyer before being examined, assuming that this fundamental safeguard should only apply to people having the status of a defendant in the same country.

The inadequacy of these conclusions reveals which practical problems arise from the choice of conditioning the application of fundamental safeguards, such as the double criminality requirement, on the old concept of 'coercion'. Even more debatable has been the setting up of a list of non-coercive measures which includes means

[4] See, for instance, Art. 11 of the 1959 European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters.

[5] Art. 22 DirEIO.

[6] Art. 10(2)(c) DirEIO.

[7] Art. 10(2)(d) DirEIO.

[8] Art. 11(1)(g-h) DirEIO.

[9] Art. 24(5)(e) DirEIO.

[10] Art. 24(5)(d) DirEIO.

of investigation that do not only have heterogeneous nature but furthermore (depending on various factors, mainly the way they are carried out) can also interfere with fundamental rights, albeit in a different form than restriction on individual freedoms. In this framework, it is questionable that international transfers not only of documental evidence but also of evidence that is already in the possession of the executing authority have been treated as investigations neutral to fundamental rights, and must therefore always be available.[11] Even if the fact for which an EIO was issued holds criminal-law relevance under *lex loci* too, it can happen that some investigations are subject to softer conditions than those applicable in the issuing State. For instance, interceptions of (tele)communications are generally subject to specific substantive criminal-law requirements and sentence thresholds that rarely coincide with those set by other jurisdictions. Yet the simple fact that the data or evidence obtained through wiretapping are already available in the executing State allows the issuing authority to request this information to be transferred irrespective of the conditions set forth by its own law, and the executing authority is generally required to comply with this order.[12] But, although the interception in itself could have been ordered under the same conditions in a similar domestic case under *lex fori*,[13] here the investigation that must always be available is not the interception itself but the transfer of communications intercepted.

All this should lead us to reflect on the usefulness of the notion of 'measures of coercion' to grasp the complexity of transnational evidentiary processes in the current European scenario. Remarkably, in domestic criminal justice it has been largely disputed that intrusive investigations affecting individual freedoms in a hidden form (*e.g.*, wiretaps, remote computer searches, etc.) can be understood as 'coercive measures'.[14] It might be argued that almost all criminal investigations can interfere with fundamental rights, either by way of restricting individual freedoms, such as property or family life, or jeopardising the full exercise of essential rights of the addressee of the measure being applied or other people. Certainly, there are intrusive means, such as house searches, which can potentially affect everybody. But also questioning a minor victim can expose him to huge human right risks if he is not provided with psychological assistance, while the hearing of a key prosecutorial witness, if conducted through videoconference solely by the issuing authority, can significantly restrict the defendant's right to confrontation. Moreover the accused can undergo detrimental consequences even if they consent to certain measures of investigation. Thus, questioning entails a number of risks if defendants have not been duly informed of the charge and have not been granted all the due safeguards,

[11] Art. 10(2)(a) DirEIO.
[12] Art. 11(1)(h) DirEIO.
[13] Art. 6(1)(b) DirEIO.
[14] Kühne 2015, 248.

regardless of whether or not the fact constitutes an offence under the law of the State in which the investigation is to be conducted. The problem, therefore, is to assure that interference with fundamental rights is reduced to the extent necessary, which often requires striking delicate trade-offs among conflicting interests, and the difficulties increase where the protection of fundamental rights granted to different individuals by various jurisdictions is at stake. Yet this approach shifts the analysis from the abstract definition of 'coerciveness' to the recognition of the limits of tolerance within which fundamental rights can be affected by criminal investigations in transnational cases, which calls for in-depth examination of the complex requirement of lawfulness at various levels.

What is lex? The requirements of lawfulness and proportionality in transnational evidentiary processes

The conditions of lawfulness of transnational investigations

It is well-known that the increasing complexity of legal phenomena has brought about radical changes woldwide in traditional concepts, starting with that of 'lawfulness'. This is true especially in the multilevel European context. The ECtHR case-law provides a number of significant examples of the need for an integrated approach to the fundamental requirement of lawfulness in relation to purely domestic proceedings, and even more, in transnational cases. This approach was in turn extended to further essential principles: in particular the principle 'proportionality', far from being a meta-juridical concept, holds different features depending on the conditions set by each legal order.[15]

Certainly, the EIO legislation provides a highly developed example of the complexity of transnational evidentiary processes in the EU area, which can moreover not fully be traced back to the mutual recognition-based logic of the order model that still largely inspires this legal instrument. This is clear from the multifaceted role of the proportionality principle, which cuts across the initial assessment of admissibility of a transnational evidentiary procedure and the not less delicate decision regarding the choice of the most appropriate means of investigation to be enforced abroad, a decision that under this Directive lies with the issuing authority. Yet, since the requirements of lawfulness may diverge, the (positive) evaluation of proportionality and necessity of the sought investigation[16] under *lex fori* can also be overruled by the executing authority because it might not fit the conditions of proportionality set by *lex loci*. Interestingly, this conclusion can not only be due to factual grounds but can often also have a legal basis; as noted, *lex loci* could rule out

[15] See recently Daniele 2018, 57.
[16] Art. 6(1)(a) DirEIO.

the availability of the requested investigation in relation to specific offences or sentence thresholds,[17] or could provide alternatives that allow for the sought evidence to be collected through less intrusive means.[18]

Domestic implementation of this legal instrument has increased the risks of divergence between legal criteria and consequently the risk of different assessments of proportionality. For instance, German implementing law did not provide special requirements for outgoing requests, other than a validation procedure according to what provided for by Article 2(c)(ii) of the EIO Directive;[19] and precisely this result does not make it clear whether in cases of a European order issued in criminal proceedings the issuing authority must fulfil the general conditions of German procedural law. Along with the requirements set by Article 6(1) of the EIO legislation, the lack of specific indications in this regard is in line with the failure by the Act on International Cooperation in Criminal Matters (hereafter, AICCM) to enact derogations from the ordinary rules of criminal procedural law in the provisions regarding outgoing requests for legal assistance.[20] This apparent lacuna, therefore, should be read as requiring the application of the general rules of criminal procedural law,[21] also in relation to the distribution of competences. French implementing law was more explicit by providing for the authorisation of the competent judge for freedom and detention to have European orders enforced in all cases in which the French code requires previous judicial authorisation.[22] Italian Legislative Decree 108/2017 used a somewhat reductive formulation to enact the requirement that the European order meet the same conditions, which the sought investigation should have satisfied in a similar national case. If investigations are to be conducted abroad, Italian law only provides for that the public prosecutor and the judge can order a European order within the limits of their respective competences.[23] Furthermore, Italian lawmakers enacted some rules on the competence for ordering an investigation to be enforced in another Member State, which significantly depart from those governing the distribution of competences in domestic cases. This is the case of interception of telecommunications, which public prosecutors are generally competent to order in transnational investigations,[24] while in domestic inquiries this power can only be exercised in urgent situations.

[17] Art. 10(1)(b) DirEIO.

[18] Art. 10(3) DirEIO.

[19] Section 91j AICCM.

[20] Cf. Section 68 et seqq. AICCM.

[21] Brahms and Gut 2017, 394.; Schomburg and Hackner 2018, 1.

[22] Art. 694-20(3) CCP-France.

[23] Art. 27(1) of Legislative Decree 108/2017. Criticisms against this formulation can be read in Daniele 2017, 210.

[24] Art. 43 of Legislative Decree 108/2017.

It is true that despite these differences all the national authorities involved in an EIO procedure have the general duty to comply with the levels of human rights protection laid down by international human rights law. On one hand, the issuing authority must fulfil the fair trial rights acknowledged by the EU Fundamental Rights Charter and the ECHR; on the other a European public order clause requires the executing authority to comply with Article 6 TEU.[25] However, it should not be overlooked that these international-law instruments set requirements which, even if they can no longer deemed to be of a minimum nature, largely draw on the different standards established by national law.

Doubtless EU law has made significant steps forward in strengthening the human rights protection in the field of transnational inquiries. But the current legislative set-up regarding the EIO procedure of transnational evidence-gathering has considerable deficiencies, which affect the possibility of consistent interaction of the aforementioned standards of lawfulness. To be sure, EU lawmakers required an enhanced evaluation of the lawfulness and proportionality of the sought investigation, especially where measures severely impinging on fundamental rights are at stake; and it is worth noting that this evaluation must be carried out from the viewpoint of the laws of both the issuing and executing States. Nevertheless, these fundamental assessments remain on separate levels, and none of the competent authorities involved in the EU investigative procedure can take part in the decision in the other country. The delicate choice of the investigative means being applied, in particular, is initially entrusted solely to the issuing authority, which is called upon neither to take into consideration the legal standards of *lex loci* nor to consult the executing authority preventively. The same happens where the executing authority decides to avail itself of a different measure of investigation, a decision that must only be communicated to the issuing authority, which has here the alternative of either withdrawing or supplementing the EIO.[26] Worse still, EU law grants neither the private parties in the relevant proceedings nor the addressee of the EU order of investigation any possibility of preventively challenging the initial assessments of lawfulness and proportionality of the sought measure. Nor can any of the legal remedies that can be lodged in the EIO procedure, as a rule, "suspend the execution of the investigative measure, unless it is provided in similar domestic cases".[27]

The need for proper interaction between procedural laws increases in the phase of taking evidence, in which the most problematic question concerns the definition of the applicable law. Of course, the problem does not even arise where one single set of procedural rules is intended to govern the collection of information in transnational cases, as was established in the traditional models of international legal

[25] Art. 11(1)(f) DirEIO.
[26] Art. 10(4) DirEIO.
[27] Art. 14(6) DirEIO.

assistance, based upon the strict application of *lex loci*.[28] Nor is there a need for legal combination in the recent arrangements inspired by the opposite application of the sole *lex fori*.[29] Yet it is well known that mutual legal assistance has long generally departed from these approaches, proposing a number of models that, despite their differences, are widely based on the idea of combination of different laws. Although *locus regit actum* still provides the legal basis of evidentiary processes, this principle is often softened by the partial application *lex fori;* as a result, the full application of *lex loci,* is limited by the specific formalities and procedures chosen by the foreign State or the competent authority.

To be sure, problems of inconsistency of procedural laws do not always arise in all the models inspired by combined methods. It is clear that in those legal systems requiring the full combination of *lex fori* and the law of the country in which the investigation is to be conducted, this approach is intended to ensure a coherent application of the sought measure. The requirement of coherence is of the utmost importance in cases of measures affecting fundamental rights, so much so that some models expressly make the application of foreign law conditional on its consistency with the practice and case-law of *lex loci*.[30] On the contrary, considerable difficulties arise in those mechanisms of mutual legal assistance that enable foreign authorities to choose the forms to be applied in the execution of an investigation in another country and that make this request binding for the competent authorities on condition that only the general principles *lex loci* are not infringed. In Europe, the 2000 Convention of Mutual Assistance between EU Member States followed this approach, and it is worth observing that the rule establishing the general duty of complying with the "formalities and procedures expressly indicated" by the requesting country was enacted into the same provision that empowered the issuing authorities

[28] Today, this model still governs the legal action of joint investigation teams. Outside Europe, a from of legal assistance based on *lex loci* is the so-called 'direct assistance' (*auxílio direto*), which is acknowledged by Brazilian case-law and was also provided for by international instruments, such as the Model Code of Interjurisdictional Cooperation for Ibero-America [cf. Art. 35(V)].

[29] A clear example can be found in the procedure of taking testimonial evidence through an EIO by means of a hearing by videoconference, which is to "be conducted directly by, or under the direction of, the competent authority of the issuing State in accordance with its own laws". See Art. 24(5)(c) DirEIO.

[30] An emblematic example is provided by the UN Model Treaty on Mutual Assistance in Criminal Matters, signed in 1990, which adopted a strict application of combined method by requiring the requested procedures to be applied "in the manner" indicated by the requesting State, to the extent consistent not only with its law but also with its practice (Art. 6). In Latin America, the 1992 Inter-American Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters followed a similar approach, although not reproducing the reference to the practice of the requested State [Art. 10(2)]. Some years later, the 1996 Protocol of San Luis on Judicial Cooperation in Criminal Matters, signed between the countries belonging to the Mercosur area, also required the application of specific procedures identified by the requesting authority unless they were inconsistent with the law of the requested country (Art. 7).

to directly forward a request for assistance to the competent authorities of another Member State.[31] Unlike what was laid down in the Inter-American Convention, however, the requested authority could here be released from its duty of complying with the requirements set by the requesting authority only if they were not contrary to the "fundamental principles of law" of the requested country.[32] Moreover, refusal did not definitively preclude a different arrangement. Significantly, where execution was impossible pursuant to the requirement set forth by the requesting authority, the EU Convention required the authorities of the requested State to lay down the conditions under which assistance could be provided, thus promoting a consensual solution on the procedural arrangements of taking the sought evidence.[33] In 2001, the Second Additional Protocol to the 1959 Convention extended this approach to the European countries that were not in the EU area, however with some important variations. The obligation for the requested authority to apply foreign law, in particular, was limited to the case of formalities or procedures that are "necessary under the law of the requesting party".[34] Moreover, this international law instrument did not allow a different agreement to be reached on further procedural arrangements where the formalities required were contrary to the fundamental principles of law of the requested country.[35]

In the mutual-recognition era, the 2003 Framework Decision on orders freezing property or evidence further developed this approach, specifying that the issuing authority could only request the application of the formalities of *lex fori* which were "necessary to ensure that the evidence taken [was] valid".[36] Nevertheless both the EEW framework Decision and the EIO Directive returned to a much weaker form of combination of procedural laws by generically acknowledging the possibility of the issuing authority deciding which procedures of its own law must be applied in the executing country without further specifications. On close examination, what this approach mostly failed to establish were precisely the limits within which the issuing authority can choose the formalities of *lex fori* to be applied overseas, and therefore, the criteria aimed at governing the combination between procedural laws. As Schünemann put it clearly, such deficiencies pose "a serious threat to legal cer-

[31] Art. 4(1) EU-CMACM.

[32] *Ibid.*

[33] Art. 4(3) EU-CMACM.

[34] Art. 8 SAP-ECMACM.

[35] The 2001 Additional Protocol, however, partially adapted this model to specific investigative tools. In particular, the competent authorities of the trial country must justify their application for a hearing by videoconference of witnesses and experts on the grounds of the impossibility of, and the risks arising from, the person appearing in the territory of the requesting State. The requested country is in turn required to comply with this request, provided it is not contrary to the fundamental principles of its own law and has the technical means to carry out the hearing.

[36] Art. 5(1) of Framework Decision 2003/577/JHA.

tainty regarding the applicable procedural law".[37] The limit of non-infringement on the "fundamental principles" of *lex loci* is also far from containing a clear reference, as the nature of these principles is defined sufficiently defined.

These shortcomings have inevitably affected the national implementation of the EU rules. For instance, Italian law does not clarify at all the parameters that should govern the choice of the forms of *lex fori*. This legal lacuna is even more noteworthy, taking into account that the contemporaneous reform of the code's rules on legal assistance, carried out by Legislative Decree 149/2017, left unchanged the provision that empowered the Italian authority, while requesting legal assistance to a foreign country, to establish the procedures of Italian law aimed at ensuring the admissibility at trial of the information obtained. Indeed, this power can be exercised only on condition that international law allows it.[38] Remarkably, Italian lawmakers also failed to enact a rule similar to the code's provision that sanctions the non-compliance of the sought procedures by the foreign authority with the inadmissibility of the evidence gathered, a rule that Legislative Decree 149/2017 amended by clarifying that this strong result can only materialise in the cases in which evidence would be inadmissible in domestic cases as well.[39] Interestingly, French implementing law followed an alternative approach, which, departing somewhat from the general rule of Article 694-3 of the code, does not in principle require European investigation orders to be executed in conformity of *lex loci*, but pursuant to the formalities of *lex fori* indicated by the issuing authority. Apparently, this solution also leaves considerable uncertainty as to the choice of the applicable law, which depends on the procedures selected by the issuing authority. Nevertheless, it is worth observing that French law expressly establishes that these procedures cannot diminish the rights of the parties, similarly to what provided for by Article 694-3, and furthermore they must also comply with the fundamental principles of French procedural law, while not reducing the rights and procedural safeguards recognised to the parties.[40] One of the most remarkable advantages of the French solution seems to be that procedural law reduces the margin of discretion of the competent authorities by laying down in a preliminary Article a set of the fundamental principles which must be fulfilled also in cases of investigations ordered by foreign authorities.

The respect for constitutional-law standards in obtaining overseas evidence

Further problems concern the need to ensure the lawfulness of transnational evidence transfers, and in particular, the fulfilment of legal standards while admitting and using evidence obtained overseas. We saw that the EIO Directive requires the transfer of the

[37] Schünemann 2014, 172.
[38] Art. 727(9) CCP-Italy.
[39] Art. 729(2) CCP-Italy.
[40] Art. 694–36 CCP-France.

information lying in the possession of the executing authority to be always available regardless of the criminal-law relevance of the alleged fact and the respect for further substantive conditions established by *lex fori*. This reveals a somewhat lax approach, which clearly aims at favouring at all costs the free circulation of evidence for the purposes of a criminal prosecution. But does this also entail the duty of the competent authorities in the relevant criminal proceedings to admit it always? In principle, there cannot be a positive answer if legal requirements of *lex fori* are not complied with. Nevertheless, there has always been a widespread tendency to admit almost blindly the information collected pursuant the sole *lex loci,* a tendency founded, moreover, on a sort of presumption of fulfilment of the procedural-law requirements by the requested country or the cooperating authorities, as acknowledged by Spanish case-law.[41]

Worryingly, this approach, which even advanced models of mutual legal assistance have largely followed both within and outside Europe, led to weakening even the constitutional-law standards of *lex fori*. It is worth noting that this result was often not avoided by the widespread reference to the general principles of *lex fori*. In some countries, such as Italy, it was precisely the reference to essential or fundamental principles that provided – because of intrinsic vagueness of such notions – a legal basis for the softening of the general legal standards governing the admissibility of evidence transferred from other domestic proceedings.[42] Similarly, German case-law developed a rather flexible jurisprudence regarding the use at trial of the results of overseas inquiries, for the failure to meet the procedural principles of the requesting country, especially where the general standards of the rule of law are at stake, largely led to the inadmissibility of overseas evidence.[43] Apart from these cases, however, German courts dealt with the use of overseas evidence in a very pragmatic way.[44] As a matter of principle, foreign evidence has widely been admitted in court even where it was taken abroad following procedures that considerably diverged from those laid down by German procedural law; but then, "as a compensation, the judge shall consider this fact when assessing the evidence and, where necessary, give lesser credit to such 'tainted' evidence".[45] By abstaining from assessing the consistency of the procedures followed overseas with the requirements of *lex fori*, therefore, the case-law of these jurisdictions appears fully oblivious to the requirement that respect for the foreign procedures does not entail an infringement on the standards set forth by the constitutional-law of the trial country. Interestingly, the shift to a mutual recognition-based model of legal assistance in the EU area, despite being softened by the approach of the EIO Directive, does not seem to have led to domestic law significantly departing from this jurisprudence.

[41] Gascón Inchausti 2013, 484.
[42] Caprioli 2013, 445 ff.
[43] Sinn 2013, 413.
[44] Gleß 2003, 134.
[45] In these terms Schünemann 2014, 162.

INTERIM CONCLUSIONS AND OPEN QUESTIONS

The developments described hitherto highlight that the current approaches to transnational evidence law in Europe still have several methodological deficiencies which raise some difficult questions, particularly regarding the investigative and judicial assistance within regional areas with enhanced cooperation, such as the EU area. Can mutual trust in transborder evidentiary processes be achieved by means of mutual recognition-oriented mechanisms based on the imperative logic of orders and execution? Can a flexible approach to mutual recognition, such as that pursued by the EIO Directive, provide proper alternatives? Is it fair that the choice of an investigative measure being applied abroad exclusively lies in the hands of the issuing authority, and where the executing authority decides to avail itself of the power to adopt a different measure, this decision also imposes upon the issuing authority a rigid out-out between accepting or refusing assistance? Is it a proper solution that the investigative authority of a European country is almost unconditionally obliged to comply with the procedural-law rules discretionarily chosen by the authority of another jurisdiction, without any criteria being established that guide the combination with *lex loci*? How can we evaluate those domestic jurisprudences that still submit the admissibility of overseas evidence in criminal trials to a test of consistency solely with the general or fundamental principles of its own law, while widely allowing respect only for *lex loci*? Can it be seen as the sign of a pragmatic approach which refuses wasting the information gathered (often with difficulties) in other countries, or as the awareness of the necessity of legal certainty, which reveals a sort of mistrust towards miscellaneous combinations of laws without procedural-law consistency?

These questions are strictly linked to the aforementioned concerns regarding the appropriateness of the current way of dealing with transnational evidence law, which splits the fundamental assessments on the lawfulness and proportionality between different national levels in which none of the cooperating authorities is involved in the decision taken by the other. It is debatable whether this approach can be deemed to be consistent with the participatory understanding of criminal justice, promoted by Strasbourg case-law, and which is more and more rooted in domestic jurisdictions and EU law as well. How can a fair model of transnational evidence-gathering be set up in Europe if the individuals affected by investigative measures have no certainty as to whether and to what extent they can take part in the main steps of evidentiary processes? Further concerns relate to the mechanisms aimed at ensuring an independent oversight of the lawfulness of transnational evidence-gathering. Taking into consideration the severe human rights implications of the use of intrusive means of investigation and the serious repercussions on the accused of the transnational transfer of incriminating evidence in particular, can we deem adequate a system in which even coercive measures should be ordered or val-

idated indifferently by either an investigative body (an investigating magistrate or a public prosecutor, no matter whether he belongs to the judiciary or is linked to the Executive) or an adjudicating authority that is not in charge with the investigations (judge or court)?

PROPOSALS *DE LEGE FERENDA*

In order to properly deal with these questions, I shall expose some proposals that might help improve the existing shortcomings of transnational evidentiary processes. These proposals are mainly aimed at ensuring the minimum qualitative conditions of a fair procedure of gathering evidence in the transborder cases which require the use of investigative measures interfering with fundamental rights.

To start with, there is a need to reform the dynamics of transnational evidentiary procedures, by way of strengthening the independency of the bodies charged with the oversight of the lawfulness of the investigations being carried out. The full achievement of this goal is often impeded by the extreme diversity of solutions enacted by EU countries, regarding the definition of the national bodies which are empowered to issue and execute European investigation orders, as well as the provision of the authorities that are called upon to control the fulfilment of the legal standards of investigative and evidentiary activities in transnational situations. Doubtless, the lawfulness and proportionality of transnational evidentiary activities can only be ensured if these controls are entrusted to independent authorities from those in charge with the investigations both in the trial and the cooperating countries. Unfortunately, some of the European jurisdictions where a special judge is competent to guarantee the protection of fundamental rights in the pre-trial phases, such as Italy, have somewhat reduced the role of such judges in the EIO procedures; a solution that has sometimes taken place in inverse proportion to the strengthening of the powers of public prosecutors in transnational inquiries.[46] A proper alternative could be to set up a judicial procedure aimed at taking transnational evidence, governed by special judicial bodies independent from those in charge with the investigation in the countries involved in the international cooperation. The best way of ensuring consistency might be to provide for a single transnational judicial body, i.e., a special court responsible for procedural safeguards in transnational investigations and evidence-gathering, comprising judicial authorities from both the trial country and the State(s) in which the evidence is to be taken: *e.g.*, a competent judge for the relevant proceedings (who, depending on the stages of the proceedings, the competent judge for the pre-trial inquiry, the trial judge, a member of the trial court, etc.), and

[46] For a wide-ranging analysis of the Italian implementation law on the EIO procedures see recently Daniele and Kostoris 2018.

two further judges from both the trial country and the State on which territory the investigation is to be carried out.

Such a mechanism would also entail a number of advantages from a functional perspective. The mixed organisational structure of this body would ensure both an independent oversight of the investigation at stake but also in-depth knowledge of the legal standards of *lex loci*, as well as of the challenges set by the criminal proceedings in the trial country, which is an essential condition of a proper evaluation of the fundamental requirements of lawfulness and proportionality from the viewpoint of the legal systems of all the countries involved in the international cooperation. This arrangement would in turn require the order model to be replaced through a dialogical model, which appears the best method to overcome the shortcomings of the current system of separate assessments in the cooperating countries. Without a doubt, such complex qualitative requirements can no longer be examined on different levels without adequate knowledge of the information available in the trial country and the needs posed by *lex loci*. Information sharing, therefore, would be of utmost relevance for the proper functioning of this mechanism.

The advantages of a judicial oversight of evidentiary processes, moreover, would be further increased by the enhancement of the role of the parties of the proceedings and the individuals affected by the transnational inquiry, so that they can make their own contribution to the gathering of evidence and the ascertainment of facts. Certainly, this participatory approach would enable a dialectical method to be applied in transnational evidentiary processes, starting with the initial phases in which a request for transnational investigation is lodged, the admissibility of taking overseas evidence is examined and the proper means of investigation is chosen. It is worrisome that recent developments not only maintained but also increased the decision-making powers of public prosecutors, which sometimes go far beyond the limits laid down for domestic cases. In order to ensure the fairness of transnational evidence-gathering, the public prosecutor in charge with a criminal investigation in a European country should not be left the delicate decision on whether and under which conditions a transnational inquiry is to be initiated. A fair procedure would instead require that public prosecutors (and private accusers as well, if provided for by national law) address their requests to the judicial authority in charge with the supervision of a transnational inquiry. The same authority should be requested to validate the measures ordered by the investigative bodies, in the event that urgent reasons require their prompt intervention. Moreover, the private parties should in turn be granted a more effective proactive role than that acknowledged by the EIO Directive, which not only does not clarify the authority to which the defence can request a European investigation but also circumscribes this possibility solely to defendants and suspects. There is little doubt that granting *jus postulandi* is an unavoidable condition to ensure a true equality of arms in transnational evidentiary processes, perhaps even more than what is needed in purely domestic proceedings.

Yet the effectiveness of this fundamental safeguard also presupposes that the defence can lodge their requests to an authority other than those in charge with the investigation both in the trial and executing countries. Moreover, this possibility cannot remain a prerogative of the accused but must be extended to all the individuals affected by the investigation at stake, including the aggrieved parties, if national law allows it.

Furthermore, the parties of the main proceedings, as well as those individuals whose rights can be restricted by the sought investigation, should be given the opportunity for being actively involved in the assessment of admissibility of transnational evidence-gathering. As has been observed, the EIO legislation ignores this problem in relation to the case in which the executing authority decides to choose a different measure, while leaving the possibility of exercising participatory rights in the issuing State to the legal arrangements of *lex fori*. This approach does not seem to be a proper solution. There is no valid reason to deny the individuals concerned, as well as the public prosecutor (or private accuser), the right to preventively challenge the lawfulness and proportionality of the requested investigative measure or evidence-gathering activity, as is generally allowed in national evidentiary procedures.

A participatory approach would surely be of the utmost relevance during the carrying out of transnational investigations, and even more perhaps, in order to establish the procedural law pursuant to which the sought measures must be applied. We have already noted the shortcomings of the current forms in which combined methods of evidence gathering are provided for in Europe, and that there is a need for transnational investigations being conducted pursuant to a coherent set of procedural rules. But is there a way-out from the alternative between single law-based models and combined systems of taking evidence in transborder cases? Or, to put it in other terms, does the alternative between legal certainty and procedural law pluralism constitute an unsolvable out-out? Is the application of one single set of procedural rules, on one hand, the only way of ensuring legal certainty, and are combined methods, on the other, the only way of ensuring legal pluralism and the admissibility of the information gathered?

On close examination, compliance with any procedural law provision, whatever its nature is, may appear to be an excessive condition, which is not always necessary to ensure full respect for the fundamental rights of the individuals concerned. This acknowledgment firstly applies to *lex fori*. For instance, Italian law, similarly to what was provided for by Framework Decision 2003/577/JHA, allows for the national authorities to request the fulfilment of formalities set by Italian procedural law solely in the case in which they would condition the admissibility of evidence in domestic criminal proceedings.[47] This approach, however, entails that non-compliance with

[47] Art. 727(9) CCP-Italy.

any procedural law provision applicable to national trials – therefore also with the rules governing the executive formalities of specific means of investigation[48] – could impede the use of the information gathered abroad through legal assistance procedures, and in the EU area, by means of a European investigation order. But can this result be deemed truly effective, and above all, necessary to ensure the fairness of transnational evidentiary processes? In the field of transnational criminal justice in general, the complex requirement of lawfulness may seem to be properly satisfied by ensuring the fulfilment of human rights law, as established mainly at the constitutional and international level. From this it follows that procedural law certainty should be replaced through constitutional and international law certainty. More than that does not seem to be strictly necessary for the purposes of a fair transnational investigation. The same approach should be applied to *lex loci*. That a measure of evidence-gathering is carried out for the purpose of a foreign prosecution on national territory is not a good reason to require the fulfilment of any procedural law rule applicable to domestic criminal proceedings. Therefore, the flexible approach followed by international-law and EU instruments – such as the Brussels Convention and the EIO Directive, which exclude the refusal of application of the requested formalities of foreign law in cases of infringement on any rules of *lex loci* – is somewhat justified, on the condition, however, that the limit of respect for the essential principles of *lex loci* is seen in terms of constitutional-law principles. This solution would entail several advantages. The application of foreign law on national territory would be truly necessary to ensure full respect for constitutional-law standards of *lex fori*, and there is no doubt that, even if these do not coincide with the constitutional-law requirements of *lex loci*, cannot infringe on them. Nothing hinders the application of higher standards of human rights protection, if existing, and in complex cases, the solution models provided by international and EU human rights law can help strike the best trade-offs between conflicting interests. Of course, the success of this model largely depends on the availability to a virtuous dialogue of all the authorities and the individuals involved in transnational evidentiary processes.

BIBLIOGRAPHY

Bachmaier Winter, L. (2017) Remote computer searches under Spanish Law: The proportionality principle and the protection of privacy. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* 129, 205–231.

[48] For instance, Article 271 CCP-Italy provides for the inadmissibility in court of the information gathered through interception of telecommunications or technical surveillance conducted in violation of Article 268(3) CCP-Italy, which requires the intercepting operations to be carried out only by means of devices of the judicial police.

Brahms, K und Gut, T. (2017) Zur Umsetzung der Richtlinie Europäische Ermittlungsanordnung in das deutsche Recht – Ermittlungsmaßnahmen auf Bestellschein? *Neue Zeitschrift für Strafrecht,* 388–395.

Caprioli, F. (2013) Report on Italy. In: Ruggeri, S. (ed.), *Transnational inquiries and the protection of fundamental rights in criminal proceedings. A study in memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina*. Heidelberg et al. 439–455.

Daniele, M. (2017) L'ordine europeo di indagine penale entra a regime. Prime riflessioni sul d. Lgs. N. 108 del 2017. *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale,* 208–215.

Daniele, M. (2018) I chiaroscuri dell'OEI e la bussola della proporzionalità. In: Daniele, M. and Kostoris, R. E. (eds), *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale di prove nel d.lgs. n. 108 del 2018.* Torino. 55–72.

Daniele, M. und Kostoris, R. E. (eds), *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale di prove nel d.lgs. n. 108 del 2018.* Torino.

Gascón Inchausti, F. (2013) Report on Spain. In: Ruggeri, S. (ed.), *Transnational inquiries and the protection of fundamental rights in criminal proceedings. A study in memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina*. Heidelberg et al. 475–495.

Gleß, S. (2003) Die "Verkehrfähigkeit von Beweisen" im Strafverfahren. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.* 115, 131–150.

Kühne, H.-H. (2015) *Strafprozessrecht. Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts.* 9. Aufl. Heidelberg.

Parlato, L. (2018) Problemi insoluti: le perquisizioni *on-line*. In: Giostra, G. and Orlandi, R. (eds), *Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche.* Torino. 289–324.

Schomburg, W. und Hackner, Th. (2018) § 68 IRG. In: Schomburg, W. et al. (eds.) *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen.* 6. Aufl. München.

Schünemann, B. (2014) Solution Models and Principles Governing the Transnational Evidence-Gathering in the EU. In: Ruggeri, S. (ed.), *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe. Developments in EU Legislation and New Challenges for Human Rights-Oriented Criminal Investigations in Cross-border Cases.* Heidelberg et al. 161–180.

Signorato, S. (2018) Modalità procedimentali dell'intercettazione tramite captatore informatico. In: Giostra, G. and Orlandi, R. (eds.), *Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche.* Torino. 263–276.

Sinn, A. (2013) Report on Germany. In: Ruggeri, S. (ed.), *Transnational inquiries and the protection of fundamental rights in criminal proceedings. A study in memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina*. Heidelberg et al. 409–417.

„Schlepperei“ (Einschleusen von Ausländern) als kriminelle Handlung

KURT SCHMOLLER

Das weit gespannte Tagungsthema „Neue Grenzen – New Frontiers“ hat in mir Assoziationen mit dem Umstand erweckt, dass in der letzten Zeit gerade in Europa schon überwunden geglaubte Grenzen neu errichtet sowie vorhandene Grenzen durch bauliche Maßnahmen und ein rigideres Grenzregime verstärkt werden. Nicht nur die Außengrenzen Europas werden zunehmend besser gesichert, sodass die „Festung Europa“ immer konkretere Gestalt annimmt. Auch innerhalb Europas werden staatliche Grenzen wieder zunehmend zum Hindernis der Personenfreizügigkeit. Wer hätte etwa vor fünf Jahren gedacht, dass auf dem Weg von Salzburg nach München am Autobahngrenzübergang seit Jahren wieder permanente Grenzkontrollen stattfinden und neue Baulichkeiten zur Kontrolle errichtet werden, die der Idee des Schengen-Raums widersprechen und die zu Stoßzeiten enorme Fahrzeugstaus verursachen. Ebenso hat sich die nach dem Wegfall des „Eisernen Vorhangs“ erfreuliche Tendenz einer möglichst weitgehenden Öffnung der Staatsgrenzen in Mittel- und Osteuropa in den letzten Jahren umgekehrt.

Diese Entwicklung fördert die Tätigkeit von „Schleppern“, also von Personen, die beim illegalen Grenzübertritt behilflich sind. In den meisten europäischen Rechtsordnungen wird „Schlepperei“ heute als ein kriminelles Verhalten eingestuft, das mit höherer Strafe bedroht ist als die unerlaubte Einreise selbst und – insbesondere wenn erschwerende Umstände vorliegen – mit langjährigen Freiheitsstrafen geahndet wird. Dies regt zur Untersuchung an, worin der besondere Unwert der „Schlepperei“ besteht, der es rechtfertigt, ein solches Verhalten als vergleichsweise schwere kriminelle Handlung einzustufen.

Aus Anlass der Teilnahme am Humboldt-Kolleg in Budapest darf ich (ein weiteres Mal) meinen Dank an die Alexander von Humboldt-Stiftung richten, die mein akademisches Leben seit der Gewährung des ersten Forschungsstipendiums im Jahr 1986 immer wieder gefördert, begleitet und wesentlich mitgestaltet hat. Mein wissenschaftlicher Werdegang und dessen Einbindung in die internationale

Strafrechtswissenschaft wären ohne die Grundlegung durch die Humboldt-Stiftung nicht in dieser Weise erfolgt.

Gleichzeitig danke ich meiner hochgeschätzten Kollegin *Krisztina Karsai* für die Einladung zur der äußerst gelungenen und schönen Tagung in Budapest.

„SCHLEPPEREI" – EIN NEU ENTSTANDENES DELIKT

Begriff „Schlepperei" (= Einschleusen von Ausländern)

Der im deutschen Sprachraum gebräuchliche Begriff „Schlepperei" wird in Österreich auch im Gesetz selbst verwendet, insbesondere als Überschrift zu dem in § 114 Fremdenpolizeigesetz (FPG) geregelten Straftatbestand. In Deutschland wird die vergleichbare Strafvorschrift in § 96 Aufenthaltsgesetz als „Einschleusen von Ausländern" bezeichnet. In der Schweiz lautet die Überschrift zu Art. 116 Ausländergesetz schlicht „Förderung der rechtswidrigen Ein- und Ausreise sowie des rechtswidrigen Aufenthalts".

Wenn im Folgenden der knappe Begriff „Schlepperei" verwendet wird, so soll er allerdings nicht spezifisch im Sinn der aktuellen österreichischen Fassung des § 114 FPG verstanden werden, sondern in einem übergreifenden Sinn, der sich an dem gemeinsamen Kern der verschiedenen Tatbestandsfassungen orientiert. Bei einer rechtsvergleichenden historischen Betrachtung der einschlägigen Straftatbestände, die auch innerhalb der einzelnen Rechtsordnungen in den letzten Jahren mehrfach umgestaltet wurden, erweist sich als das zentrale Kernelement der Schlepperei die Förderung eines illegalen Grenzübertritts, insbesondere einer illegalen Einreise in das Staatsgebiet; zu diesem Kernelement treten teilweise zusätzliche Strafbarkeitsvoraussetzungen hinzu. In Anknüpfung an dieses Kernelement wird der Begriff „Schlepperei" hier im weiten Sinn als „Unterstützung des illegalen Grenzübertritts bei der Einreise" verstanden. Soweit die einschlägigen Straftatbestände in den unterschiedlichen Rechtsordnungen zusätzliche Strafbarkeitsvoraussetzungen vorsehen, handelt es sich in diesem Sinn nicht um eine begriffliche Einschränkung der „Schlepperei", sondern um eine Einengung *der Strafbarkeit* der Schlepperei.

Vor 1990: legale „Fluchthilfe"

Der Straftatbestand der „Schlepperei" hat keine lange Tradition; vor dem Jahr 1990 war er weitgehend unbekannt. So war z.B. in Österreich zunächst allein der unerlaubte Grenzübertritt als eine Verwaltungsübertretung normiert,[1] die Schlepperei

[1] So auch heute noch in § 120 Fremdenpolizeigesetz (FPG).

war daneben nicht gesondert geregelt, sondern lediglich nach den allgemeinen Regeln als Beteiligung am unerlaubten Grenzübertritt, somit ebenfalls bloß als eine Verwaltungsübertretung, erfasst. Eine erste spezifische Sanktion gegen Schlepperei wurde in Österreich im Jahr 1986 ins FPG eingefügt,[2] die erstmalige Ausgestaltung als Straftatbestand erfolgte im Jahr 1990.[3]

Interessant erscheint, dass vor dem Jahr 1990 überhaupt ein anderer Blickwinkel herrschte. Zur Zeit des „Eisernen Vorhangs" stand nämlich nicht die Abwehr einer illegalen Einreise im Vordergrund, sondern die Ermöglichung der Ausreise aus den „Ostblockstaaten" durch Überwindung des „Eisernen Vorhangs". Die Hilfe bei der Überwindung dieser Grenze wurde nicht unter dem Gesichtspunkt der „Schlepperei", sondern – bei freilich anderer politischer und rechtlicher Gesamtsituation – unter jenem der „Fluchthilfe" diskutiert. Für die damalige Bewertung ist etwa eine Entscheidung des deutschen BGH interessant, in der zu Rechtsfragen der entgeltlichen Fluchthilfe Stellung genommen wird: Auch eine bezahlte Fluchthilfe wurde dabei als nicht sittenwidrig bewertet. Nach damaliger Ansicht des BGH „verstößt ein auf die entgeltliche Gewährung von Fluchthilfe […] gerichteter Vertrag nicht gegen ein gesetzliches Verbot; er ist daher nicht […] nichtig […]. So hat der erkennende Senat […] Fluchthilfevergütungen von 15,000 DM und 13,000 DM je ‚geschleuster' Person im Hinblick auf hohe Unkosten des Fluchthelfers nicht als überhöht angesehen".[4]

Obwohl die Motive der Überwindung staatlicher Grenzen heute vielfach dieselben sind wie vor 1990, nämlich Unzufriedenheit mit dem politischen (autoritären) System im eigenen Land sowie die Aussicht auf bessere wirtschaftliche Lebensverhältnisse, hat sich die Betrachtungsweise seither grundlegend geändert.[5] Von „Fluchthilfe" spricht man selten, „Fluchthelfer" werden in der Regel als „Schlepper" gesehen.[6]

[2] BGBl 575/1987 fügte in den damaligen § 3 Abs. 2 Z 5 Fremdenpolizeigesetz (FPG) im Zusammenhang mit der Regelung eines Aufenthaltsverbots den Begriff „Schlepper" ein.

[3] Durch BGBl 190/1990 wurden die damaligen §§ 14, 14a FPG neu geregelt.

[4] BGH NJW 1980, 1574.

[5] Vgl. zu diesem Bewertungswandel z.B. auch Reindl-Krauskopf und Grafl 2009, 48; Eret 2017, 171; Böse 2004, 680 f.; Schmoller 1997, 107 f; *ders*. 1998, 34 f.

[6] Vgl. aber Nagler 2017, 273 ff. Nagler kritisiert, dass heute auch eine altruistische Fluchthilfe i.d.R. als Schlepperei bestraft wird, und fordert insoweit eine Rücknahme der Strafbarkeit. Eindrucksvoll auch Rühle 2019.

Zunehmende Kriminalisierung

Seit die ersten Straftatbestände gegen Schlepperei erlassen wurden, lässt sich eine zunehmende Kriminalisierung beobachten.[7] Beispielsweise setzte in Österreich der erste Straftatbestand gegen Schlepperei gemäß § 14a FPG idF 1990[8] erst ein, wenn der Täter „die gemeinsame rechtswidrige Ein- oder Ausreise von mehr als fünf Fremden" gefördert hatte oder innerhalb der letzten fünf Jahre bereits einmal einschlägig verurteilt worden ist. Die Strafdrohung reichte im Grundtatbestand bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe, im schwersten Fall, nämlich bei gewerbsmäßiger Begehung, bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe. Nach mehreren Stufen der Verschärfung ist heute im Grundtatbestand auch schon die Förderung der rechtswidrigen Ein- oder Durchreise *einer einzigen* Person mit bis zu zwei Jahren Freiheitsstrafe bedroht, in qualifizierten Fällen, nämlich bei Begehung als Mitglied einer kriminellen Vereinigung (entspricht in Deutschland der „Bande")[9] oder bei Begehung in konkret lebensgefährlicher Weise, erhöht sich die Strafdrohung gemäß § 114 Abs. 4 StGB auf 1 bis 10 Jahre Freiheitsstrafe. Zwischenzeitig, nämlich von 2006 bis 2009,[10] wurde die Strafbarkeit sogar auf Fälle ausgedehnt, in denen der Täter unentgeltlich gehandelt hat, also ohne den Vorsatz, sich oder einen Dritten durch Entgelt unrechtmäßig zu bereichern. Nach entsprechender Kritik an dieser weiten Ausdehnung der Strafbarkeit[11] hat der Gesetzgeber diese allerdings zurückgenommen und die unentgeltliche Förderung der rechtswidrigen Einreise wie zuvor als bloße Verwaltungsübertretung ausgestaltet.[12] Die gerichtliche Strafbarkeit hängt heute wieder davon ab, ob der Täter mit dem Vorsatz gehandelt hat, sich oder einen Dritten durch ein Entgelt unrechtmäßig zu bereichern.

In Deutschland fällt auf, dass heute das „Einschleusen von Ausländern", das ebenfalls schon bei „entgeltlicher Begehung" in Bezug auf einen einzigen Fremden vorliegt, gemäß § 96 Abs. 1 Z 1 lit. a Aufenthaltsgesetz bereits im Grundtatbestand mit bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe bedroht ist. In allen qualifizierten Fällen, etwa bereits bei gewerbsmäßiger Begehung, reicht die Strafdrohung gemäß § 96 Abs. 2 Aufenthaltsgesetz von 6 Monaten bis zu 10 Jahren Freiheitsstrafe.

Sehr weit geht die Kriminalisierung heute auch in der Schweiz, wenn gemäß Art. 116 Ausländergesetz selbst die unentgeltliche Hilfe bei der rechtswidrigen Ein-

[7] Zur Entwicklung der Schleppereidelikte in Österreich z.B. Tipold 2020, Vor §§ 114–119 FPG Rz. 3 ff.; *ders*. 2018, 53 ff.; Eret 2017, 172 ff.; Hurich 2017, 81 f. Zur Entwicklung in Deutschland vgl. Böse 2004, 681 ff.

[8] BGBl 190/1990.

[9] Vgl. Schmoller 2004, 977 ff.

[10] Nämlich zwischen dem Fremdenrechtspaket 2005 (BGBl I 100/2005) und dem Fremdenrechtsänderungsgesetz 2009 (BGBl I 122/2009).

[11] Insb. Reindl-Krauskopf und Grafl 2009, 54 ff.

[12] Zustimmend Reindl-Krauskopf 2010, 9; näher Hurich 2017, 118 f.

oder Ausreise eines einzigen Ausländers mit bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe bedroht ist. In qualifizierten Fällen, und zwar schon bei Begehung mit der Absicht auf unrechtmäßige Bereicherung, steigt die Strafdrohung gemäß Art. 116 Abs. 3 Ausländergesetz auf bis zu fünf Jahre Freiheitsstrafe; eine noch höhere Strafdrohung ist allerdings auch für qualifizierte Fälle nicht vorgesehen.

Die zunehmende Kriminalisierung, insbesondere der Umstand, dass die Schlepperei auch in Bezug auf einen einzigen Fremden entweder schon im Grundtatbestand (Österreich, Deutschland) oder zumindest unter qualifizierenden Umständen (Schweiz) mit deutlich höherer Strafe bedroht ist als die rechtswidrige Einreise des Fremden selbst, wirft die Frage auf, welches spezifische Rechtsgut durch den Straftatbestand geschützt wird, das durch die rechtswidrige Einreise des Fremden selbst offenbar nicht in derselben Weise verletzt wird.

Da in einem der Verhältnismäßigkeit verpflichteten Rechtsstaat das eingriffsintensive Instrumentarium des Strafrechts nur zum Schutz wichtiger Rechtsgüter des Einzelnen oder der Allgemeinheit eingesetzt werden darf,[13] ist eine nähere Betrachtung des Rechtsguts der Schlepperei für die Legitimation der diesbezüglichen Straftatbestände essentiell. Im Einzelnen muss nicht nur die Existenz, sondern auch die konkrete Ausgestaltung der Straftatbestände durch Überlegungen zum geschützten Rechtsgut erklärbar sein.[14]

GESCHÜTZTES RECHTSGUT?

Schon im Ausgangspunkt ist nicht ganz klar, ob die Straftatbestände gegen Schlepperei ein Rechtsgut der Allgemeinheit (bzw. ein Rechtsgut des Staats, in dem die rechtswidrige Einreise erfolgt) oder ein Individualrechtsgut (primär ein Rechtsgut der geschleppten Person) schützen sollen. Beide Schutzrichtungen sind grundsätzlich denkbar und bedürfen deshalb näherer Betrachtung.

[13] Zum Einsatz des Strafrechts nur als „ultima ratio" vgl. – im vorliegenden Zusammenhang – z.B. Reindl-Krauskopf und Grafl 2009, 54.

[14] Auf die verschiedenen Meinungen zum Begriff „Rechtsgut" und zu dessen Leistungsfähigkeit im Einzelnen wird hier nicht eingegangen. Vielmehr wird das Erfordernis einer „Rechtsgutsbeeinträchtigung" pragmatisch *als Auftrag* an die Strafrechtsdogmatik und Strafrechtspolitik verstanden, sich stets zu bemühen, bei jeder Strafvorschrift so präzise wie möglich zu bezeichnen, welche Nachteile (für den Einzelnen oder die Gesellschaft) durch die jeweilige Strafvorschrift verhindert werden sollen.

Rechtsgüter der Allgemeinheit?

Richtet man den Blick auf Rechtsgüter der Allgemeinheit, wird man als erstes an die schützenswerte „staatliche Kontrolle der Staatsgrenze" denken, also an die staatliche Macht, darüber zu entscheiden, welche Personen das eigene Staatsgebiet betreten. Die teilweise angestellte Parallele zum (ebenfalls strafrechtlich geschützten) Hausrecht[15] überzeugt allerdings wenig, weil das Hausrecht ein Individualrechtsgut ist, während es bei der Einreise in das Staatsgebiet allein um das Betreten der *öffentlichen* – und daher gerade nicht einem Hausrecht unterliegenden – Bereiche innerhalb des Staatsgebiets geht.[16] Bezüglich dieses öffentlichen Raums kann der Staat zwar legitimer Weise darüber entscheiden, wer den Zugang zum eigenen Staatsgebiet haben soll, ein darüber hinausgehendes, dem Hausrecht vergleichbares Rechtsgut wird jedoch nicht verletzt. Ohne ein solches dahinterstehendes Rechtsgut kommt der staatlichen Kontrolle über die Staatsgrenze allerdings eine bloße Ordnungsfunktion zu. Diese ist zwar wichtig und ebenfalls schützenswert, die Verletzung von bloßen Ordnungsvorschriften ist jedoch nicht als kriminelles Unrecht, sondern typischerweise als *Verwaltungs*unrecht einzustufen.[17] Das Interesse an einer „staatlichen Kontrolle der Staatsgrenze" kann deshalb eine Verwaltungsübertretung erklären, nicht aber die Ausgestaltung als Straftat.

Zudem wird die „staatliche Kontrolle der Staatsgrenze" durch denjenigen, der *selbst* illegal einreist, genauso beeinträchtigt wie durch jenen, der bei der illegalen Einreise hilft. Wenn deshalb – wie etwa in Österreich – die illegale Einreise als solche nur als eine Verwaltungsübertretung ausgestaltet ist, kann dasselbe Interesse an der „staatlichen Kontrolle der Staatsgrenze" keine darüber hinaus gehende Strafbarkeit für eine Mitwirkung an der rechtswidrigen Einreise begründen.[18] Um zu erklären, dass Schlepperei eine Straftat darstellt, deren Unwert über jenen der rechtswidrigen Einreise als solche hinausgeht, reicht deshalb die „staatliche Kontrolle der Staatsgrenze" als beeinträchtigtes Rechtsgut nicht aus, sondern es müsste ein zusätzliches Rechtsgut verletzt sein.

Man könnte überlegen, ob der Strafgrund der Schlepperei in der Beeinträchtigung „fiskalischer Interessen" liegt. Denn jede illegale Einreise schafft eine akute Gefahr, dass dem Staat erhebliche Kosten entstehen. So muss der Staat notfalls für die Verpflegung und Unterkunft einer illegal eingereisten Person sorgen, gegebenenfalls auch die Kosten für deren medizinische Behandlung tragen. Zusätzlich fallen unter Umständen Kosten für die Führung von behördlichen oder gerichtlichen

[15] Vgl. Cantzler 2004, 116.

[16] Werkmeister 2018, 194.

[17] Ebenso zum formalen Rechtsgut „Stabilisierung der migrationsverwaltungsrechtlichen Ordnungssysteme" Werkmeister 2018, u.a. 195 ff; vgl. auch Jeßberger 2016, 515 f.

[18] Vgl. z.B. Reindl-Krauskopf und Grafl 2009, 55 f.; Werkmeister 2018, 196 f.

Verfahren sowie für fremdenrechtliche Maßnahmen, etwa auch für eine Abschiebung, an.[19]

Trotz dieser Überlegungen lässt sich eine Strafvorschrift nicht schlüssig auf die Verursachung solcher Kosten stützen. Zum einen gilt wiederum, dass dieser Aspekt allein nicht erklären kann, warum die Mitwirkung an einer rechtswidrigen Einreise schwereres Unrecht darstellt als die rechtswidrige Einreise selbst. Zum andern zeigt eine genauere Betrachtung, dass diese Kosten letztlich gar nicht spezifisch durch die rechtswidrige *Einreise* ausgelöst werden, sondern letztlich allein durch den (anschließenden) Aufenthalt der betreffenden Person im jeweiligen Staat. Denn auch wenn *keine* rechtswidrige Einreise voranging, sondern eine Person ohne rechtswidriges Verhalten „schicksalhaft" in den betreffenden Staat gelangt ist (etwa wenn eine Person gegen ihren Willen „verschleppt" wurde, wenn sie nach einem Schiffbruch gestrandet ist oder durch ein technisches Gebrechen zu einer Notlandung im betreffenden Staat gezwungen war), können dem betreffenden Staat ceteris paribus dieselben Kosten entstehen wie nach einer rechtswidrigen Einreise. Diese Kosten werden nämlich nicht durch eine bestimmte Art der Einreise, sondern einfach durch die Existenz und Anwesenheit im jeweiligen Staat ausgelöst. Damit stellt sich aber die – die Menschenwürde berührende – Frage, ob es einen kriminellen Unwert begründen kann, dass eine Person schlicht existiert bzw. in einem bestimmten Staat anwesend ist und *allein dadurch* möglicherweise Kosten verursacht. Diese Konstellation erinnert an die Diskussion, ob die Geburt eines Kindes, weil sie Kosten auslöst, ein „Schaden" sein kann. Bekanntermaßen ist umstritten, inwieweit ärztliche Diagnose- oder Behandlungsfehler, die zur Geburt eines unerwünschten, möglicherweise behinderten Kindes führen, einen Schadenersatzanspruch auslösen können.[20] Trotz im Detail unterschiedlicher Positionen ist diesbezüglich anerkannt, dass es generell der Menschwürde widerstreiten würde, allein in der Existenz eines Menschen schon einen „Schaden" zu sehen.[21] Ebenso wenig kann die Existenz bzw. der Aufenthalt einer fremden Person in einem Staat für sich als „Schaden" angesehen werden. Gewiss kann man darüber diskutieren, wer die entstehenden Kosten letztlich zu tragen hat. Dies gilt bei einem rechtswidrigen ärztlichen Behandlungsfehler, der zur unerwünschten Geburt eines Kindes geführt hat, ebenso wie bei rechtswidrig eingereisten Personen, deren Einreise der Staat verhindern wollte.

[19] „Fiskalische Interessen" werden als eines von mehreren durch die Strafvorschrift gegen Schlepperei geschützten Rechtsgütern anerkannt von Tipold 2020, Vor §§ 114–119 FPG Rz. 6 f.; *ders*. 2018, 159.

[20] Zur – allerdings nicht ganz konsequenten österreichischen Rechtsprechung – Bernat 2010, 169 ff.; Eder-Rieder 2016, § 7 Rz. 21; jeweils m.w.N.

[21] Die „Menschenwürde" ist zwar in der österreichischen Verfassung – anders als in Art. 1 Abs. 1 deutsches GG – nicht ausdrücklich garantiert, aber als „allgemeiner Wertungsgrundsatz" hinter den einzelnen Grundrechten anerkannt; z.B. Berka 2018, Rz. 1346 ff. Zudem ist sie nunmehr auch in Art. 1 EGC verankert.

Es würde aber in beiden Fällen gegen die Menschenwürde verstoßen, allein in der Existenz und Anwesenheit einer (unerwünscht geborenen oder unerwünscht eingereisten) Person einen eine Strafbarkeit auslösenden kriminellen Unwert zu sehen.

Am weitesten verbreitet ist heute die These, dass der Straftatbestand der Schlepperei letztlich dem Schutz des „Wirtschafts- und Sozialgefüges" im jeweiligen Staat dient.[22] Es leuchtet ein, dass ein funktionierendes Wirtschafts- und Sozialgefüge einen hohen Wert verkörpert. Ebenso trifft zu, dass durch massenweise Immigration das Wirtschafts- und Sozialgefüge überlastet werden und dadurch „zusammenbrechen" kann, sodass seine Funktion insgesamt erschüttert wird.[23] So könnte sein, dass das Wohnungswesen, Schulwesen, Gesundheitswesen, die Arbeitsmarktverwaltung, die Lebensmittelallokation, das Verkehrswesen etc. wegen personeller und finanzieller Überbeanspruchung aus dem Gleichgewicht geraten. Die Erhaltung eines funktionierenden Wirtschafts- und Sozialgefüges erscheint auch so wichtig, dass sie einen strafrechtlichen Schutz legitimieren kann.

Richtet man den Blick auf die Beeinträchtigung des „Wirtschafts- und Sozialgefüges", wird allerdings deutlich, dass dieses Rechtsgut durch die Förderung der rechtswidrigen Einreise einer *einzigen* Person oder einiger *weniger* Personen *nicht* tangiert wird. Denn es ist offensichtlich, dass das Wirtschafts- und Sozialgefüge in unseren entwickelten Staaten den unerlaubten Zuzug einer kleinen Gruppe von Personen verkraftet. Soweit ein Täter nur die rechtswidrige Einreise einer einzigen Person fördert, gilt zudem wiederum, dass der Schlepper das Wirtschafts- und Sozialgefüge nicht in höherem Maß belastet als der illegal Einreisende selbst, sodass sich in diesem Fall eine höhere Strafe für den Schlepper nicht erklären lässt. Eine Beeinträchtigung des Rechtsguts „Wirtschafts- und Sozialgefüge" kann nur dann angenommen werden, wenn ein Verhalten als *zumindest abstrakt gefährlich* für das Wirtschafts- und Sozialgefüge zu beurteilen ist. Dies lässt sich nicht bei einer Schlepperei im Hinblick auf eine einzige oder einige wenige geschleppte Personen annehmen, sondern nur dann, wenn die Schlepperei *in einem deutlich größeren Umfang* begangen wird.[24] Um einen Straftatbestand über diesen Rechtsgutsaspekt zu legitimieren, müsste die Strafbarkeit somit auf eine Schlepperei „in größerem Umfang" zugeschnitten sein (vgl. dazu näher unten Seite 341 ff.).

[22] Tipold 2020, Vor §§ 114–119 FPG Rz. 6; *ders.* 1998, 159; Reindl-Krauskopf 2010, 8; Reindl-Krauskopf und Grafl 2009, 56; Eret 2017, 169; Hinterhofer 1998, 38; Hurich 2017, 45; Schmoller 1997, 112 f.; *ders.* 1998, 37 f.; übereinstimmend Böse 2004, 692 (Funktionsfähigkeit des Arbeitsmarkts und Finanzkraft der Steuer- und Sozialsysteme); ähnlich auch Friedl 1998, 420 sowie der österreichische OGH in SSt 2003/77 = EvBl 2004/54 (Verknüpfung des Schutzes der Grenzen mit der Beeinträchtigung des öffentlichen Friedens und wirtschaftlicher Interessen).

[23] Reindl-Krauskopf und Grafl 2009, 49.

[24] Vgl. Reindl-Krauskopf und Grafl 2009, 56 f.; Böse 2004, 692 Fn. 57 (mit weiteren Überlegungen zum „Kumulationsgedanken") und 696 ff. (Schleuser als „Unrechts-Multiplikator").

Rechtsgüter der geschleppten Person?

Unabhängig von den Überlegungen zur Beeinträchtigung von Rechtsgütern der Allgemeinheit ist zu erwägen, ob die Strafvorschrift gegen Schlepperei (auch) als maßgebliche Komponente Individualrechtsgüter schützt, nämlich Rechtsgüter der geschleppten Person. Bei dieser Sicht würde sich das Gesamtunrecht der Schlepperei aus einer Kombination des (Verwaltungs-)Unrechts der illegalen Einreise und der (gravierenderen) Verletzung von Individualrechtsgütern der geschleppten Person ergeben.

Generell lässt sich das allerdings nicht bejahen. Denn es ist in Rechnung zu stellen, dass der Schlepper durch seine Unterstützung bei der illegalen Einreise grundsätzlich nicht Rechtsgüter der geschleppten Person beeinträchtigt, sondern umgekehrt dieser Person einen zusätzlichen Freiraum verschafft. Denn letztlich sind es die staatlichen Grenzen, die die Freiheit der betroffenen Person beschränken; der Schlepper hilft, diese Beschränkungen zu überwinden, und verschafft dadurch ein Stück zusätzlicher Freiheit. Die Gesamtproblematik zeigt sich auch vor dem Hintergrund des allgemeinen Menschenrechts auf Freizügigkeit,[25] das in Art. 2 Abs. 2 des 4. Zusatzprotokolls zur EMRK verbrieft ist. Zwar ist die Formulierung dieses Rechts einseitig auf die Ausreise gerichtet („Jedermann steht es frei, jedes Land […] zu verlassen."), es erscheint aber evident, dass das Recht auf Ausreise massiv an Wert verliert, wenn keine Möglichkeit zur Einreise in ein anderes Land gewährt wird. In einer solchen Situation, in der das in Art. 2 Abs. 2 4. ZP-EMRK garantierte Recht, das jeweilige Land zu verlassen, faktisch nicht mehr gewährt ist, weil rundherum Einreiseverbote bestehen, verhilft ein Schlepper, indem er eine (illegale) Einreise ermöglicht, der menschenrechtlichen Ausreisegarantie letztlich zum Durchbruch.

Ungeachtet des Umstands, dass der Schlepper dem Geschleppten ein Stück zusätzlicher Freiheit verschafft, sind Schlepperhandlungen aber, je nach den Begleitumständen, häufig mit der *Beeinträchtigung anderer Rechte* der geschleppten Person verbunden.

Im Vordergrund stehen dabei Fälle, in denen der Ablauf der illegalen Einreise mit einer *Gefahr für Leib oder Leben* oder mit *besonderen Qualen* der geschleppten Person verbunden ist, sei es z.B., dass ein nicht seetüchtiges (Schlauch-)Boot zur Verfügung gestellt wird oder dass geschleppte Personen im Kofferraum oder Laderaum transportiert werden und dabei Ertrinkungs-, Erstickungs-, Erfrierungs- oder sonst Verletzungs- oder Todesgefahr besteht.[26] Eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung der geschleppten Personen oder eine wirksam erteilte Einwilligung scheitern in der Regel daran, dass die geschleppten Personen oft gar nicht wissen, was auf sie zukommt, sie darüber getäuscht werden oder jedenfalls der Schlepper gegenüber

[25] Auf den „weltenbürgerlichen Freizügigkeitsanspruch" nimmt auch Bezug Werkmeister 2018, 189.
[26] Vgl. Böse 2004, 689 ff; Eret 2017, 170 und 186.

dem Geschleppten ein überlegenes Wissen um das Gefährdungspotential besitzt, sodass der Schlepper für die Gefahrensituation und deren Verwirklichung vorrangig verantwortlich ist.[27] In solchen Fällen schützt der Straftatbestand der Schlepperei auch vor Beeinträchtigungen des Rechtsguts Leib und Leben.

Darüber hinaus gibt es häufig Fälle, in denen der Schlepper durch Täuschung der geschleppten Person (über den Ablauf der Schleppereihandlung, über die Unkosten der Schlepperei oder über die Situation im Ankunftsland) oder durch Ausnützung der Zwangslage, der Unerfahrenheit oder Leichtgläubigkeit die geschleppte Person veranlasst, ein *unverhältnismäßig hohes Entgelt* zu leisten.[28] In beiden Fällen (Täuschung oder Ausnützung der Zwangslage, Leichtgläubigkeit oder Unerfahrenheit) richtet sich die Handlung des Schleppers wegen des unverhältnismäßigen Entgelts *gegen das Vermögen* der geschleppten Person, wobei der Unrechtsgehalt im Fall einer Täuschung als *betrugsähnlich*, bei Ausnützung einer Zwangslage, der Leichtgläubigkeit oder Unerfahrenheit als *wucherähnlich* einzustufen ist.[29] Für derartige Fälle der Erzielung eines unverhältnismäßig hohen Schlepperlohns kann ein Strafbedürfnis bejaht werden, unabhängig davon, ob die tatbestandliche Grenze eines Betrugs oder eines Wuchers erreicht oder sogar überschritten ist.

Vereinzelt kommen auch Fälle vor, in denen die Absicht eines Schleppers darauf gerichtet ist, den Geschleppten im Einreisestaat auszubeuten, etwa in Form einer Ausbeutung seiner Arbeitskraft oder einer sexuellen Ausbeutung.[30] Zwar sind zur Verhinderung einer Ausbeutung ohnehin bereits verschiedene Straftatbestände vorgesehen, insbesondere jener des Menschenhandels (z.B. nach § 104a öStGB), bei dem bestimmte Tathandlungen unter Strafe gestellt werden, sofern sie mit dem Vorsatz auf spätere Ausbeutung begangen werden, oder jener der „Ausbeutung eines Fremden" (z.B. nach § 116 FPG),[31] der an den Ausbeutungsvorgang selbst gegenüber einem illegal im Staat anwesenden Fremden anknüpft. Auch der Straftatbestand eines grenzüberschreitenden Prostitutionshandels (§ 217 öStGB)[32] ist hier einzuordnen. Keiner dieser Straftatbestände knüpft allerdings als Tathandlung an eine rechtswidrige Einreise an. Einen spezifischen Schlepperei-Straftatbestand, der zusätzlich auf eine Ausbeutungsabsicht abstellte, enthielt das österreichische Strafrecht in den Jahren 1997 bis 2000 in Form der „Ausbeuterischen Schlepperei"

[27] Ebenso Böse 2004, 690.

[28] Vgl. auch Böse 2004, 685.

[29] Vgl. Eret 2017, 185 f.; auf das Naheverhältnis zum Wucher weist auch Böse 2004, 687 ff., hin.

[30] Vgl. wieder Böse 2004, 685.

[31] Eingeführt mit dem Fremdenpolizeigesetz 2005 im Fremdenrechtspaket 2005 (BGBl I 100/2005).

[32] § 217 öStGB erfasst bestimmte Fälle der Veranlassung einer Person zur Prostitutionsausübung in einem anderen Staat als jenem, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzt oder in dem sie ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat. Ursprünglich lautete die Überschrift zu § 217 öStGB „Menschenhandel". Mit der Einführung der heutigen Strafvorschrift gegen „Menschenhandel" in § 104a öStGB i.d.F. 2004 wurde die Überschrift zu § 217 öStGB auf „Grenzüberschreitender Prostitutionshandel" abgeändert.

(§ 104a öStGB i.d.F. 1997).[33] Ein solcher Straftatbestand ließe sich auch heute noch durch den Schutz von Rechtsgütern des Geschleppten legitimieren, wobei in der (geplanten) Ausbeutung ein spezifischer Angriff auf die *Freiheit* des Geschleppten zu sehen wäre. Vom Menschenhandel gemäß § 104a öStGB würde sich ein Straftatbestand der „Ausbeuterischen Schlepperei" dadurch unterscheiden, dass an eine andere Tathandlung (Förderung der rechtswidrigen Einreise) angeknüpft wird, von der „Ausbeutung eines Fremden" gemäß § 116 FPG dadurch, dass die Strafbarkeit gegenüber dem späteren Ausbeutungsvorgang auf die rechtswidrige Einreise vorverlagert wäre.

Insgesamt ist Schlepperei somit zwar nicht grundsätzlich gegen Interessen des Geschleppten gerichtet, sondern verschafft diesem sogar eine zusätzliche Freizügigkeit. Beim Vorliegen bestimmter zusätzlicher Sachverhaltsumstände (die in der Realität nicht selten sind) kann sich eine Schlepperei aber auch gegen Rechtsgüter der geschleppten Person richten. Allerdings müsste, wenn eine Strafvorschrift gegen Schlepperei durch den Schutz der geschleppten Person legitimiert werden soll, auch tatbestandlich eine Einschränkung auf derartige zusätzliche Rechtsgutsbeeinträchtigungen erfolgen (unten Seite 344 ff.).

Zwischenergebnis

Die Überlegungen zum Rechtsgut der Schlepperei haben ergeben, dass die Unterstützung des illegalen Grenzübertritts einer Person (oder auch einiger weniger Personen) nicht generell als eine kriminelle Rechtsgutsverletzung zu bewerten ist. Jedoch hat sich auch gezeigt, dass durch Schleppereihandlungen unter bestimmten Umständen, die in der Realität auch immer wieder vorkommen, Rechtsgüter der Allgemeinheit ebenso wie solche der geschleppten Person beeinträchtigt werden *können*.

Dies ist zum einen dann der Fall, wenn Schlepperei „in größerem Umfang" begangen wird, weil dann auf eine zumindest abstrakte Gefahr für das Wirtschafts- und Sozialgefüge verwiesen werden kann. Zum andern werden Rechtsgüter der geschleppten Person dann verletzt, wenn mit der Schlepperei eine Gefahr für Leib oder Leben des Geschleppten verbunden ist, ein Angriff auf sein Vermögen durch betrugs- oder wucherähnliche Verhaltensweisen erfolgt oder eine Ausbeutung des Geschleppten im Einreisestaat angestrebt wird; insoweit könnte man zusammenfassend von „gefährlicher oder ausbeuterischer" Schlepperei sprechen.

[33] Vgl. zu diesem Tipold 1998, 155 ff.; Friedl 1998, 420 ff.; Schmoller 1997, 121 ff.; *ders*. 1998, 43 ff.

FOLGERUNGEN FÜR DIE AUSGESTALTUNG DES STRAFTATBESTANDS

Für eine Überarbeitung der Strafvorschriften über die Strafbarkeit der Schlepperei sollten die vorstehenden Erörterungen berücksichtigt werden: Ziel muss dabei sein, die tatbestandlichen Grenzen so zu ziehen, dass in den erfassten Fällen entweder ein Rechtsgut der Allgemeinheit oder ein solches der geschleppten Person in strafwürdiger Weise verletzt wird.

Festzuhalten ist, dass allein die Förderung der rechtswidrigen Einreise einer Person oder einiger weniger Personen zwar Verwaltungsunrecht darstellt und als eine Verwaltungsübertretung geahndet werden kann, dabei aber keine Rechtsgutsverletzung erfolgt, die kriminelles Unrecht begründen könnte. Kriminelles Unrecht lässt sich nach dem Gesagten nur dann begründen, wenn entweder Schlepperei „in größerem Umfang" oder aber eine „gefährliche oder ausbeuterische" Schlepperei vorliegt.

Beide Tatbestandsvarianten sollen im Folgenden noch etwas konkretisiert werden.

Schlepperei „in größerem Umfang"

Hinter der Tatbestandsvariante der Schlepperei „in größerem Umfang" steht der Gedanke der *abstrakten Gefährlichkeit für das Wirtschafts- und Sozialgefüge*. Denn wenn nicht nur einzelne bzw. wenige Personen geschleppt werden, sondern Schleppereihandlungen in größerem Umfang stattfinden, ist dies – zumindest im Verein mit anderen Schleppern, die ebenfalls in größerem Umfang tätig werden – im Hinblick auf eine Gefährdung des Wirtschafts- und Sozialsystems nicht mehr vernachlässigbar. Damit diese Schutzrichtung plausibel ist, muss allerdings der „größere Umfang" in der Tatbestandsfassung zum Ausdruck kommen. Dies ist auf unterschiedliche Weise möglich; wesentlich erscheint jedoch, dass die Strafbarkeit der Schlepperei an zusätzliche Umstände anknüpft, die die Begehung in größerem Umfang dokumentieren. Dabei können auch mehrere der folgenden Kriterien alternativ eine entsprechende Strafbarkeit auslösen.

Eine Möglichkeit wäre die Anknüpfung an eine „*größere Zahl*" geschleppter Personen.[34] Eine geringe Anzahl von z.B. 3 oder 5 Personen reicht dafür nicht aus.[35] Eine „größere Zahl" von Personen sollte, entsprechend der Auslegung in anderen

[34] Auf dieses Kriterium stellte das österreichische FPG von 2010 bis 2015, allerdings als qualifizierenden Umstand, ab. Seit 2015 ist die Qualifikation auf „mindestens drei Fremde" sehr weit ausgedehnt. Befürwortend zum Kriterium der „größeren Zahl von Menschen" Reindl-Krauskopf 2010, 9; Schmoller 1997, 117 f.; *ders*. 1998, 41 f.

[35] Die Deliktsqualifikation in § 114 Abs. 3 Z 2 FPG von „mindestens drei Fremden" erscheint vor dem Hintergrund einer abstrakten Gefährlichkeit für das Wirtschafts- und Sozialgefüge zu gering di-

Zusammenhängen,[36] nicht als feststehende Zahl, sondern flexibel als ein Richtwert von ca. 10 Personen verstanden werden.[37] Die Auslegung als „Richtwert" bedeutet, dass die erforderliche Zahl nach den Gesamtumständen variieren kann: Wird z.B. eine Schlepperei mit professioneller Infrastruktur durchgeführt, die auf eine Begehung in großem Umfang hindeutet, können vielleicht schon 8 nachgewiesenermaßen geschleppte Personen ausreichen; wird hingegen gezielt etwa eine abgeschlossene Familie mit 11 oder 12 Familienmitgliedern ohne Hinweis auf weitergehende Begehungen geschleppt, kann eine „größere Zahl" auch noch verneint werden.[38] Wenn ein Täter einer „größeren Zahl" von Personen zur rechtswidrigen Einreise verholfen hat, belegt dies hinreichend die Begehung in einem größeren Umfang.

Dabei sollte es gleich bewertet werden, ob ein Täter die rechtswidrige Einreise einer größeren Zahl von Personen durch eine *einzige* Schleppereihandlung gefördert hat oder ob dies durch aufeinanderfolgende Handlungen sukzessive erfolgt ist.[39] Insofern sollte auch eine wiederholte Begehung im Hinblick auf eine insgesamt größere Zahl von Personen den Straftatbestand erfüllen.

Ebenso deutet auch eine *gewerbsmäßige* Begehung auf eine (zumindest beabsichtigte) Begehung in größerem Umfang hin. Insofern lässt sich auch eine Strafdrohung gegen gewerbsmäßige Schlepperei legitimieren.[40] Diesbezüglich kann an den Begriff der Gewerbsmäßigkeit angeknüpft werden, wie er in den deutschsprachigen Rechtsordnungen ohnehin bei verschiedenen Straftaten geläufig ist.

Schließlich weist auch die Begehung einer Schlepperei als Mitglied einer *kriminellen Vereinigung* (in Deutschland: „Bande")[41] auf eine Begehung in größerem Umfang hin.[42] Denn wenn sich der Täter einer kriminellen Vereinigung angeschlossen hat, die auf regelmäßige Schleppereihandlungen ausgerichtet ist, bringt er damit zum Ausdruck, dass es ihm nicht um eine Hilfeleistung im Einzelfall, sondern eben um eine Begehung in größerem Umfang geht.

---

mensioniert; kritisch auch Eret 2017, 189; Hurich 2017, 109 f.; dagegen halten Reindl-Krauskopf und Grafl 2009, 57, diese Zahl für ausreichend.

[36] In Österreich etwa bei den Gemeingefährdungsdelikten; vgl. §§ 176 f. öStGB.

[37] Grundsätzlich ist deshalb eine höhere Zahl gemeint als mit „mehreren Ausländern" in § 96 Abs. 1 Z 1 lit. b deutsches Aufenthaltsgesetz.

[38] Vgl. Reindl-Krauskopf 2010, 9; Tipold 2020, § 114 FPG Rz. 18/1; Schmoller 1997, 118; *ders.* 1998, 42 und 58. Ebenso die Gesetzesmaterialien zum Fremdenrechtsänderungsgesetz 2009, 330 BlgNR XXIV. GP, 35 f.

[39] Schmoller 1997, 118; *ders*. 1998, 41 f.

[40] Gemäß § 114 Abs. 3 Z 1 österreichisches FPG und § 96 Abs. 2 Z 1 deutsches Aufenthaltsgesetz ist die gewerbsmäßige Begehung der Schlepperei jeweils als Qualifikationsumstand vorgesehen.

[41] Vgl. oben Fn. 9.

[42] Gemäß § 114 Abs. 4 österreichisches FPG, § 96 Abs. 2 Z 2 deutsches Aufenthaltsgesetz und Art. 116 Abs. 3 lit. b schweizerisches Ausländergesetz ist die Begehung der Schlepperei als Mitglied einer „kriminellen Vereinigung" bzw. „Bande" bzw. „Vereinigung oder Gruppe" jeweils als Qualifikationsumstand ausgestaltet.

Dagegen kann in einer bloßen *Entgeltlichkeit* der Schleppereihandlung, sei es in Form eines tatsächlich geleisteten Entgelts oder in Form eines Tätervorsatzes auf unrechtmäßige Bereicherung, *kein* hinreichender Hinweis auf eine Begehung in größerem Umfang gesehen werden. Denn es ist durchaus möglich, dass ein Täter in einem einzigen Fall oder in einigen wenigen Fällen der Förderung einer illegalen Einreise entgeltlich handelt, also etwa für den Zeitaufwand eine Gegenleistung vereinbart oder entgegennimmt. Die im Schrifttum vereinzelt angestellte Überlegung, dass bei entgeltlicher Tatbegehung schon durch den Anreiz des Entgelts die Gefahr einer immer wiederkehrenden Begehung (und insofern ein Bezug zur Begehung „in größerem Umfang") bestünde,[43] erscheint zu weit hergeholt. Denn auch bei Vermögensdelikten, die vielfach einen Vorsatz auf unrechtmäßige Bereicherung voraussetzen, wird daraus nicht automatisch auf die Gefahr einer wiederkehrenden Begehung geschlossen und der Täter für die Begehung von Diebstählen „in größerem Umfang" verantwortlich gemacht. Allein die Entgeltlichkeit einer Schleppereihandlung begründet deshalb noch keine hinreichende Manifestation einer Begehung „in größerem Umfang".

Umgekehrt ist ein Straftatbestand gegen Schlepperei „in größerem Umfang", der also etwa auf die (gleichzeitige oder sukzessive) Begehung in Bezug auf eine größere Zahl von Personen, auf eine gewerbsmäßige Begehung oder auf die Begehung als Mitglied einer kriminellen Vereinigung (Bande) abstellt, unabhängig davon hinreichend legitimiert, ob eine Entgeltlichkeit bzw. ein Vorsatz auf unrechtmäßige Bereicherung in den einzelnen Fällen festgestellt wird. Denn bei Begehung in größerem Umfang ergibt sich die maßgebliche Rechtsgutsverletzung aus der abstrakten Gefährlichkeit für das Wirtschafts- und Sozialgefüges; für diese ist eine entgeltliche Begehung nicht essentiell. In der Tatbestandsvariante der Schlepperei „in größerem Umfang" kann deshalb auf eine zusätzliche Voraussetzung der entgeltlichen Begehung verzichtet werden.[44]

[43] Böse 2004, 696.

[44] Am österreichischen Straftatbestand gegen Schlepperei ist insofern unbefriedigend, dass eine „entgeltliche" Begehung sowohl im Grundtatbestand als auch für alle darauf aufbauenden Qualifikationen erforderlich ist. Denn im Grundtatbestand müsste die Entgeltlichkeit eng interpretiert werden, um kriminelles Unrecht zu begründen (vgl. unten nach Fn. 49), bezüglich der Qualifikationen erschiene hingegen eine weite Auslegung der Entgeltlichkeit angebracht, weil das kriminelle Unrecht ohnehin in den Qualifikationsumständen liegt. Vorzuziehen wären deshalb zwei getrennte Zweige der Schlepperei. In diesem Punkt erscheint die deutsche Regelung in § 96 Abs. 1 Z 1 lit. a und lit. b Aufenthaltsgesetz sachgerechter, weil „entgeltliche" Begehung und Begehung „in größerem Umfang" als strafbarkeitsbegründende Alternativen ausgestaltet sind (vgl. unten vor Fn. 56).

„Gefährliche oder ausbeuterische" Schlepperei

Ohne Bezugnahme auf einen größeren Umfang, also auch schon bei Begehung in Bezug auf eine einzige Person, erscheint es berechtigt, solche Fälle der Schlepperei unter Strafe zu stellen, bei denen massiv in Rechtsgüter der geschleppten Person eingegriffen wird. Diese Fälle einer „gefährlichen oder ausbeuterischen Schlepperei" können deshalb einen eigenen Tatbestandskomplex *neben* der Schlepperei „in größerem Umfang" darstellen.[45]

In dieser Tatbestandsvariante wären etwa jene Fälle der Schlepperei zu erfassen, in denen der Ablauf der illegalen Einreise mit der *Gefahr des Todes oder einer schweren Körperverletzung bzw. Gesundheitsschädigung* oder mit *besonderen Qualen* für die geschleppte Person verbunden ist.[46] In derart schwerwiegende Folgen ist eine Einwilligung in der Regel nicht wirksam möglich, und auch eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung des Geschleppten scheidet regelmäßig aufgrund der überlegenen Beurteilungsmöglichkeiten durch den Schlepper aus.[47]

Ebenso könnten hier jene Fälle erfasst werden, bei denen der Schlepper durch Täuschungen oder unter Ausnützung einer Zwangslage, der Leichtgläubigkeit oder Unerfahrenheit die Bezahlung eines *unverhältnismäßig hohen Schlepperlohns* erwirkt. In diesen Fällen ergibt sich das Strafbedürfnis aus der schleppereispezifischen betrugs- bzw. wucherähnlichen Begehungsweise.[48]

In Anknüpfung an den früher in Österreich geltenden Straftatbestand der „ausbeuterischen Schlepperei"[49] könnten zusätzlich auch alle Schleppereihandlungen unter Strafe gestellt werden, bei denen der Täter *in der Absicht* handelt, dass die geschleppte Person im Einreisestaat hinsichtlich ihrer Arbeitskraft, sexuell oder in sonstiger Weise *ausgebeutet werde*.

Die in Deutschland und Österreich als Anknüpfungspunkt für die Strafbarkeit dienende (bloße) *Entgeltlichkeit* der Begehung bzw. ein Handeln mit Bereicherungsvorsatz begründet hingegen *keinen* derart spezifischen Unwert, dass dieser

[45] Da auch diese Fälle der Schlepperei auf das Unrecht der illegalen Einreise aufbauen (indem sie dieses mit der Verletzung von Individualrechtsgütern kombinieren), erscheint eine Regelung gemeinsam mit den Fällen der Schlepperei „in größerem Umfang" zweckmäßig. Eine Einordnung bei den Individualrechtsdelikten im StGB würde die Anknüpfung an das zugrundeliegende Schleppereiunrecht verschleiern; vgl. für die Einordnung des ehemaligen österreichischen Straftatbestands der „Ausbeuterischen Schlepperei" (oben bei Fn. 33) z.B. Schmoller 1997, 120 f.; *ders.* 1998, 45 f.

[46] Vgl. die Qualifikationsumstände der Schlepperei gemäß § 114 Abs. 3 Z 3 und Abs. 4 österreichisches FPG und § 96 Abs. 2 Z 5 deutsches Aufenthaltsgesetz. Nach Reindl-Krauskopf und Grafl 2009, 59, soll bei unentgeltlicher Schlepperei eine Gefahr des Todes oder einer Körperverletzung hingegen allein nach den Delikten gegen Leib oder Leben beurteilt werden.

[47] Vgl. oben bei Fn. 27.

[48] Oben bei Fn. 28 und 29.

[49] Oben bei Fn. 33.

die unentgeltliche Schlepperei wesentlich übersteigen würde.[50] Denn der (verwaltungsrechtliche) Unwert, der in der Hilfe beim illegalen Grenzübertritt liegt, wird nicht maßgeblich erhöht, wenn der Geschleppte ein für den Zeitaufwand und die Bemühungen angemessenes Entgelt zahlt; Rechtsgüter der geschleppten Person werden dadurch noch nicht beeinträchtigt. Erst wenn der geschleppten Person ein *unverhältnismäßiges* Entgelt durch Täuschung oder Ausnützung der Zwangslage, Leichtgläubigkeit oder Unerfahrenheit aufgebürdet wird, werden deren Rechtsgüter in einer Weise beeinträchtigt, dass eine Strafvorschrift angemessen erscheint.

Dass nach der österreichischen Rechtslage die Strafbarkeit des Schleppers schon dadurch begründet wird, dass er mit dem Vorsatz handelt, „sich oder einen Dritten durch ein dafür geleistetes Entgelt unrechtmäßig zu bereichern", hat in der Rechtsprechung zu erheblichen Schwierigkeiten geführt. Da die „Unrechtmäßigkeit" der Bereicherung nicht schon aus dem Verbot der Schlepperei als solchem resultieren kann, weil das Merkmal „unrechtmäßig" sonst überflüssig wäre,[51] stellt sich die Frage einer Abgrenzung zwischen einer rechtmäßigen und einer unrechtmäßigen Bereicherung. Die aktuelle Rechtsprechung nimmt eine rechtmäßige Bereicherung nur an, wenn der Täter, etwa als Taxi- oder Busfahrer, über eine Konzession zur Personenbeförderung verfügt; bei Hilfeleistung durch einen Privaten hingegen sei jedes Entgelt „unrechtmäßig".[52] Es leuchtet aber nicht ein, das Schleppereiunrecht danach abzustufen, ob jemand als Taxichauffeur oder als privater Chauffeur tätig wird; deshalb ist die Abgrenzung der Rechtsprechung im Schrifttum auf berechtigte Kritik gestoßen.[53] Stattdessen wurde vorgeschlagen, auch einen privaten Chauffeur straffrei zu lassen, solange er kein höheres als ein angemessenes Entgelt verlangt.[54] Dieser Vorschlag führt in die auch hier befürwortete Richtung, die Strafbarkeit erst dann eingreifen zu lassen, wenn der Schlepper unter Täuschung oder durch Ausnützung der Situation einen unverhältnismäßig hohen Schlepperlohn aufbürdet. Diese Strafbarkeitsschwelle sollte allerdings auch in der gesetzlichen Fassung deutlicher als bisher zum Ausdruck kommen.

Im Übrigen überzeugt die österreichische Konzeption des § 114 FPG insofern nicht vollständig, als die im Grundtatbestand geforderte Entgeltlichkeit der Begehung Voraussetzung auch für alle qualifizierten Fälle darstellt.[55] Da die Strafwürdigkeit der Begehung „in größerem Umfang" in den verschiedenen Varianten (größere Zahl von Geschleppten, gewerbsmäßige Begehung, Begehung in krimineller Vereinigung) unabhängig von der Entgeltlichkeit gegeben ist, sollte die „Schlepperei in größerem Umfang" unabhängig von einem Entgelt unter Strafe gestellt

[50] Vgl. Schmoller 1998, 40; a.M. Reindl-Krauskopf und Grafl 2009, 58.
[51] Tipold 2020, § 114 FPG Rz. 12/1; *ders.* 2018, 61 f.
[52] OGH JBl 2016, 744.
[53] Ausführlich Tipold 2020, § 114 FPG Rz. 12/3 ff.; *ders.* 2018, 64 ff.; Schloenhardt 2016, 747 f.
[54] Tipold 2020, § 114 FPG Rz. 12/6 f.; *ders.* 2018, 65 ff.
[55] Vgl. schon oben Fn. 44.

werden;[56] die entgeltliche Begehung wäre auf die Fälle eines unverhältnismäßigen Entgelts zu reduzieren und als eine Tatbestandsvariante der „gefährlichen oder ausbeuterischen" Schlepperei zuzuordnen.

ZUSAMMENFASSUNG DER VORSCHLÄGE AN DEN GESETZGEBER

Fasst man die Überlegungen zur Abgrenzung strafwürdiger Fälle der Schlepperei zusammen, führt dies zu folgenden Vorschlägen an den Gesetzgeber:

1. Die bloße Förderung der rechtswidrigen Einreise in einen Staat ist als Verwaltungsübertretung einzuordnen. Kriminelles Unrecht ist damit nicht verbunden.

2. Im Kriminalstrafrecht sollten zwei unterschiedliche Grundtatbestände der Schlepperei verankert werden, nämlich die „Schlepperei in größerem Umfang" sowie die „gefährliche oder ausbeuterische Schlepperei".

3. Die „Schlepperei in größerem Umfang" sollte eingreifen, wenn der Täter gleichzeitig oder in wiederholten Angriffen die rechtswidrige Einreise einer größeren Zahl von Personen (Richtlinie: ca. 10 Personen) gefördert hat, ferner dann, wenn ihm eine gewerbsmäßige Begehung der Schlepperei oder eine solche im Rahmen einer kriminellen Vereinigung angelastet wird.

4. Eine „gefährliche oder ausbeuterische Schlepperei" könnte daran anknüpfen, dass mit dem Ablauf der illegalen Einreise eine Gefahr des Todes oder einer schweren Körperverletzung bzw. Gesundheitsschädigung oder die Zufügung besonderer Qualen für die geschleppte Person verbunden ist, ferner dass die geschleppte Person durch Täuschung oder Ausnützung einer Zwangslage bzw. der Leichtgläubigkeit oder Unerfahrenheit zur Zahlung eines unverhältnismäßig hohen Schlepperlohns veranlasst wird, und schließlich, wenn die Schleppereihandlung in der Absicht begangen wird, dass die geschleppte Person im Einreisestaat hinsichtlich ihrer Arbeitskraft, sexuell oder in sonstiger Weise ausgebeutet werde.

5. Jeder der genannten Umstände der „Schlepperei in größerem Umfang" sowie der „gefährlichen oder ausbeuterischen Schlepperei" erscheint für sich ausreichend, um eine Strafbarkeit zu begründen. Allerdings muss die Strafdrohung nicht für alle Fälle gleich hoch sein, der Gesetzgeber kann den einzelnen Varianten auch unterschiedliches Unrechtsgewicht beimessen. Qualifizierte Fälle der Schlepperei könnten für Konstellationen vorgesehen werden, in denen mehrere der genannten Unwertkomponenten zusammentreffen, beispielsweise wenn eine „gefährliche oder ausbeuterische Schlepperei" *zusätzlich* „in größerem Umfang" begangen wurde.

[56] Ebenso Reindl-Krauskopf und Grafl 2009, 57.

BIBLIOGRAPHIE

Berka, W. (2018) *Verfassungsrecht.* 7. Aufl.

Bernat, E. (2010) Wrongful Birth und Wrongful Conception in der Rechtsprechung des österreichischen OGH: Kann nur die Geburt eines behinderten Kindes die Quelle eines Schadens sein? *MedR,* 169–176.

Böse, M. (2004) Das Einschleusen von Ausländern: Teilnahme an Bagatellunrecht oder in hohem Maße sozialschädliches Verhalten? *ZStW,* 116, 680–702.

Cantzler, C. (2004) *Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit.*

Eder-Rieder, M. (2016) In: Höpfel und Ratz (Hgg.), *Wiener Kommentar zum StGB.* 2. Aufl., 139. Lfg.

Eret, A. O. (2017) Der Straftatbestand der Schlepperei im § 114 FPG. In: Schloenhardt (Hg.), *Schlepperkriminalität in Österreich.* 163–190.

Friedl, I. (1998) Die neuen Schleppereidelikte. *ÖJZ,* 418–423.

Hinterhofer, H. (1998) Die Einwilligung im Strafrecht. *WUV.*

Hurich, Ch. (2017) *Straftatbestände des österreichischen Fremdenpolizeirechts.* Manz.

Jeßberger, F. (2016) Wider die Strafbarkeit des unerlaubten Aufenthaltes in Deutschland. In: Herzog et al. (Hgg.), *Gedächtnisschrift für Edda Weßlau.* 507–517.

Nagler, A. (2017) Entkriminalisierung der Fluchthelfer – ein Plädoyer. *StV,* 273–278.

Reindl-Krauskopf und Grafl (2009) *Verhandlungen des Siebzehnten Österreichischen Juristentages.* Bd. III/1 (Gutachten).

Reindl-Krauskopf, S. (2010) Die neuen Straftatbestände des FPG – ein Überblick. *migraLex,* 8–12.

Rühle, A. (2019) Schlepper und Schleuser. Das Flüchtlingsverbrechen. *Süddeutsche.de*, 1. 3. 2015 (abgerufen 15. 3. 2021).

Schloenhardt, A. (2016) Illegale Risikoprämie oder Rechtmäßiger Fuhrlohn? *JBl,* 745–748.

Schmoller, K. (1997) Zur Strafbarkeit der „Schlepperei" (§§ 80 f. FrG, § 104a StGB). In: Huber, Jesionek und Miklau (Hgg.), *Festschrift für Reinhard Moos.* 107–127.

Schmoller, K. (1998) „Schlepperei" und „Ausbeuterische Schlepperei" – Zwei neue Deliktstypen im österreichischen Strafrecht. In: Wolf (Hg.), *Kriminalität im Grenzgebiet.* Bd. 2. 33–61.

Schmoller, K. (2004) „Kriminelle Vereinigung" statt „Bande" im Österreichischen Strafrecht. In: Aichhorn und Rinnerthaler (Hgg.), *Scientia Iuris et Historia, Festschrift für Peter Putzer.* 977–1001.

Tipold, A. (1998) Das Verbot der Schlepperei im österreichischen Recht. *Strafrechtliche Probleme der Gegenwart.* Bd. 26. 155–196.

Tipold, A. (2018) Von der Schlepperei und der Unrechtsmäßigen Inanspruchnahme von sozialen Leistungen. In: BMJ (Hg.), *45. Ottensteiner Fortbildungsseminar aus Strafrecht und Kriminologie 2017.* 53–75.

Tipold, A. (2020) in Höpfel und Ratz (Hgg.), *Wiener Kommentar zum StGB.* 2. Aufl., 243. Lfg.

Werkmeister, A. (2018) Grundfragen des „Crimmigration Law" am Beispiel der Strafbarkeit der unerlaubten Einreise. In: Albrecht et al. (Hgg.), *Strafrecht und Politik. 6. Symposium Junger Strafrechtlerinnen und Strafrechtler 2017.* 187–208.

Grenzen des Strafrechts

ARNDT SINN

EINLEITUNG

Die Grenzen des Strafrechts und der Strafe zu bestimmen, war schon immer Gegenstand philosophischer Diskurse und rechtswissenschaftlicher Theorienbildung. Die Beschäftigung damit ist auch nie unmodern geworden. Denn stets geht es darum, (staatliche) Macht, die sich nirgends so deutlich wie im Strafrecht und der Strafe materialisiert, einzugrenzen und zu verrechtlichen. Die Anerkenntnis der Grenzen des Strafrechts führt zur Bändigung der Macht und damit zur Macht des Rechts. Vor dem Hintergrund gravierender gesellschaftlicher, wirtschaftlicher und politischer Veränderungen scheinen die Schranken des Strafrechts immer wieder in Gefahr zu geraten, und es droht die Grenze zwischen Prävention und Repression zu verwischen: Anlässlich dieses Alexander von Humboldt Kollegs möchte ich mich weniger mit konkreten territorialen und dogmatischen Grenzziehungen des Strafrechts beschäftigen als vielmehr einige rechtstheoretische und interdisziplinär geprägte Überlegungen zu einer machttheoretisch fundierten Rechtslehre, die sich insbesondere auf diskurstheoretische Erkenntnisse stützt, vortragen.

DIE DICHOTOMIE VON MACHT UND RECHT

An den Beginn meiner Überlegungen stelle ich die Frage, ob es überhaupt Grenzen des Strafrechts geben kann. Denn dem Begriff des Strafrechts ist der Begriff des Rechts immanent, jedenfalls dann, wenn man sich dem Rechtsbegriff nicht aus falsch verstandener streng positivistischer Sichtweise nähern will und nicht als bloße Willkürentscheidung eines Souveräns begreift. Aber selbst, wenn man diese Grundannahme teilt, bleibt immer noch offen, wie sich Recht von Macht unterscheidet. Und noch konkreter gefragt: Begrenzt das Recht die Macht oder entgrenzt die Macht das Recht oder sind Macht und Recht gar keine Gegensätze?

Denn auch in einer Demokratie, in der der Souverän das Volk ist, bleibt das Recht eine Machtentscheidung und mit dieser erhält das Recht seine Mächtigkeit. Das ist im Strafrecht besonders deutlich ausgeprägt, wenn der Staat sich mit Strafen sogar

körperlich durch Freiheitsentzug seiner Bürger bemächtigt. Entscheidend für die Legitimität dieser Machtentscheidung und deren Inhalt ist sowohl der Prozess ihres Zustandekommens als auch die der Entscheidung selbst gesetzten Grenzen. Damit zeigt sich, dass auch Straf*recht* nicht aus sich selbst heraus existiert, also vorrechtlich determiniert ist, sondern in einen ebenfalls diskursiv errungenen Überprüfungsmechanismus, der seinerseits Recht sein muss, gestellt ist. In den demokratisch legitimierten Rechtsordnungen ist dies die Verfassung mit den darin verbürgten Grund- und Menschenrechten. Erst durch dieses Zusammenspiel von Macht und deren Begrenzung wird das Recht zu einem Mittel der Bändigung von Macht und das Recht zur eigenständigen und legitimierenden Machtgrundlage. Nun ist damit zwar die Frage sehr schnell beantwortet, dass Macht und Recht keine sich ausschließenden Umstände sind, aber dieser Gedankengang bedarf der Vertiefung:

Das Recht als Mittel der Bändigung der Macht und Recht als eigenständige Machtgrundlage

Recht im Zusammenhang mit Macht zu diskutieren, legt nahe, das Recht als Bändigung oder Bindung von Macht zu begreifen, womit Macht von vornherein eine negative Eigenschaft oder Kraft zugeschrieben wird. Recht und Macht erscheinen von einem solchen Standpunkt aus gesehen zunächst als Gegenpole,[1] die erst in Wechselwirkung zueinander finden. Dabei bedarf das Recht einer Machtäußerung, um die Kraft zur Rechtssetzung aufzubringen, und die Macht bedarf des Rechts, um der allgegenwärtigen Entfesselungsmöglichkeiten und damit dem Machtmissbrauch entgegenzuwirken. Die vielfältigen historischen Ereignisse verschiedener Jahrtausende scheinen einer solchen Sichtweise Recht zu geben. Die Skepsis gegenüber der Macht ist also berechtigt.[2]

Macht ist aber per definitionem nicht negativ besetzt, vielmehr ruht in ihr auch Produktives und positiv Wirkendes. In einer aufgeklärten bürgerlichen Gesellschaft wird das Recht zur bestimmenden Größe, wenn entfesselte/unbeschränkte Macht im Verhältnis des Bürgers zum Staat keine Rolle spielen darf. Erst dann kann Recht als Quelle der Macht angesehen werden und die durch das Recht verliehene Macht das Recht stützen und schützen.

Im Folgenden kommt es also darauf an, das Verhältnis und den Zusammenhang von Macht und Recht darzustellen.

[1] Vgl. kritisch zu einer solchen Sichtweise Gygi 1986, 3; Geiger 1987, 295 ff.; Hensel 1930, 109 f.; Raiser 1999, 270 ff.

[2] Die Gründe für die angenommene Gegensätzlichkeit von Recht und Macht sieht Geiger 1987, 295 f., in der Naturrechtslehre und der Aufklärungsphilosophie. Begrifflich habe man Recht mit Freiheit und Macht mit Unfreiheit verbunden.

Recht als Machtentscheidung

Die Beziehung von Macht und Recht ist bereits angedeutet worden. Recht wird als eine *Machtquelle* angesehen und vorwiegend in der Dimension des Verhältnisses des Staates gegenüber seinen Bürgern bzw. der Mächtigen gegenüber ihren Untertanen diskutiert. In dieser Sichtweise betrifft „Recht" die gesellschaftliche Dimension der Macht, die bei verschiedenen Machttheorien, -analysen und -modellen insbesondere im politischen und historischen Kontext im Vordergrund steht. Aber auch im Verhältnis der Bürger untereinander ist Recht eine Machtquelle. Denn in Situationen, in denen keiner der Beteiligten kraft eigener Machtquellen eindeutig Macht über den anderen hat, kann ein Machtgefälle dennoch aus der Tatsache abgeleitet werden, dass kraft rechtlicher Regelung der Konflikt abstrakt vorab entschieden ist. „Wer in der Situation Recht hat, hat dann auch die Macht, Macht zu mobilisieren", wie *Luhmann* es treffend beschrieben hat.[3] Die Rechtsnorm schildert in den Prozessordnungen, unter welchen Voraussetzungen die Macht des Staates eingesetzt wird, um diese Machtnormierungen durchzusetzen.[4]

Recht kann aber nicht nur Machtverhältnisse regeln, sondern auch Macht zuweisen. So ist beispielsweise die Konstituierung des Eigentumsrechts eine Entscheidung, die dem Eigentümer die Macht verleiht, über seine Güter individuell zu verfügen. Dass Eigentum auch anders ausgestaltet werden kann, nämlich kollektiv, zeigt die Möglichkeit des „Volkseigentums" in den sozialistischen Staaten oder die Bindung des Eigentums an das Gemeinwohl im Kontext des deutschen Grundgesetzes.

Ein anderes Beispiel ist das Recht der Notwehr. Durch die Einräumung des Rechts zum Selbst- oder Drittschutz gegenüber rechtswidrigen Angriffen gibt der Staat dem Bürger das Recht, seine Machtressourcen zu mobilisieren, um sich oder andere Personen zu schützen. Recht hat also die Definitionsmacht, gesellschaftliche Verhältnisse zu bestimmen, und kraft einer Rechtsentscheidung kann individuelle Macht gegeben oder genommen werden. Das bedeutet, dass immer da, wo das Gesetz ein Recht anerkennt, damit auch ausgedrückt wird, dass der Berechtigte ein bestimmtes Maß an Macht haben soll.[5] „Auf den Begriff der Macht bezogen ist das Recht eine Modalität der Machtausübung, es ist die Regulation der Machtverhältnisse," schreibt *Geiger* in seinen Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts.[6]

Recht und Macht gehören eng zusammen. Über den Sollensbefehl bzw. die Verhaltensanordnungen und -regeln an den Bürger werden qua Gesetz Konflikte entschieden und Über-/Unterordnungsverhältnisse geschaffen bzw. unerwünsch-

[3] Luhmann 1988, 49.
[4] Vgl. Dolberg 1934, 38.
[5] Vgl. Dolberg 1934, 38.
[6] Geiger 1987, V309 f.

te Ungleichheit durch Gesetz aufgehoben. Es wird also Gleichordnung bezweckt. Das Verhältnis der Bürger untereinander zu regeln und ihr Verhältnis zueinander festzulegen, geschieht durch *Rechtsmacht*. Insoweit wird „Macht, das Zweifelhafte, durch Recht, das Sichere“,[7] gerechtfertigt oder garantiert.

Recht bedarf aber auch der Macht, um Recht zu werden, zu bleiben und zukünftig zu sein. Denn Recht würde nur ein bloßer Anspruch sein, wenn es sich nicht in der Ordnung der menschlichen Gesellschaft bewährt sähe. Deshalb bedarf das Recht auch der Möglichkeiten, es notfalls gegen den Widerstand der Rechtsunterworfenen durchsetzen zu können.[8] Die bereits angesprochene Wechselwirkung zwischen Macht und Recht tritt hier besonders deutlich hervor. „Rechts- und Machtcodes müssen füreinander Leistungen erbringen, die in eine legitime Rechtsetzung eingebettet sind.“[9] Die Schaffung eines staatlichen Gewaltmonopols, von Prozessordnungen und eines Staatsaufbaus, der die Mittel zur Durchsetzung des Rechts bereithält, sind Beispiele für die Begleitung des Rechts durch Macht. Macht und Recht gehen also eng einher. Idealtypisch ist „Recht“ die Gerechtigkeit und „Macht“ der Gerechtigkeit verpflichtet und deshalb selbst nie Machtmissbrauch.[10] Sieht man von dieser idealistischen Sichtweise ab, so kann Recht zwar nicht ohne Macht bestehen, aber im Zweifel kommt Macht ohne das Recht aus, verfügt sie doch über andere Quellen, um notfalls auch gegen den Widerstand anderer die Ziele der Machthaber durchzusetzen.[11] Das Recht braucht also die Macht, um wirklich werden zu können, und ohne Macht kann Recht nicht Recht bleiben.[12] So gesehen, gründet das Recht in der Macht. *Nietzsche* bringt das auf die Formel: „Recht – der Wille ein jeweiliges Machtverhältniß zu verewigen.“[13] Macht kann also positiv Stütze des Rechts und negativ dessen mögliche Zerstörerin sein.[14] In der These *Nietzsches* kommt zum Ausdruck, dass die Rechtsbildung Machtverhältnisse bei der Beschreibung von Rechtsnormen aufnimmt.[15] Herausragend sind bei diesen Rechtsnormen bspw. die Prozessordnungen, die bestimmen, unter welchen Voraussetzungen und Bedingungen die Macht des Staates einzusetzen ist, um diese Machtverhältnisse zu regeln.[16]

Welzel nennt zwei Gründe, „weshalb das Recht eine wirklichkeitsgestaltende Kraft besitzen und insofern Macht sein muss: die Dynamik der menschlichen Natur auf

[7] Röttgers 1990, 149.
[8] Vgl. bspw. Raiser 1999, 271.
[9] Rolshausen 1997, 165.
[10] Vgl. auch Gygi 1986, 1 ff.
[11] Vgl. Röttgers 1990, 149.
[12] Vgl Hensel 1930, 110; ähnlich Wieser 1910, 59; Geiger 1987, 306.
[13] Nietzsche 1999, 275.
[14] Vgl. Maiwald 2003, 1073.
[15] Vgl. auch Kornfeld 1911, 295; Geiger 1987, 310.
[16] Vgl. Dolberg 1934, 33.

der einen Seite und die Geschichtlichkeit der Sozialordnung auf der anderen Seite."[17] Mit der Dynamik der menschlichen Natur spricht *Welzel* die anthropologische Determiniertheit des Menschen an, der „ein ‚riskiertes' und darum auch riskantes Wesen, ein gefährdetes und darum auch gefährliches Wesen"[18] sei. Deshalb sei es die erste und wichtigste Aufgabe des Rechts, den immerfort latent drohenden Kampf aller gegen alle zum Zwecke der Friedenssicherung niederzuhalten.[19] „Recht ist darum diejenige wirkliche Ordnung, die die Anarchie, den revolutionären Kampf aller gegen alle, beendet und die Sicherheit der Gemeinschaftsglieder vor der gegenseitigen physischen Vergewaltigung garantiert."[20] Mit dem zweiten Grund – der Geschichtlichkeit der Sozialordnung – spricht *Welzel* die normative Dimension des Verhältnisses von Macht und Recht an. Denn allgemeingültige und überzeitliche Aussagen über das, was dem Einzelnen zu tun obliegt, könne man nicht treffen, solange man sich nicht mit formalen und inhaltsleeren Sätzen begnügen wolle.[21] Das bedeute, dass die konkreten Fragen der Friedenssicherung durch Recht dem Meinungsstreit der jeweiligen Generation obliege, woraus *Welzel* schlussfolgert, dass der Meinungsstreit über die Art der Ordnung autoritativ entschieden werden müsse. „Das geschieht durch das positive Recht, das die Macht hat, sich gegenüber der abweichenden Auffassung durchzusetzen."[22]

Mit dem Begriff der „Friedensordnung" wird man dem Zusammenhang von Recht und Macht in moderner Denkweise am ehesten gerecht, ist doch die Wahrung des Friedens in hochkomplexen Gesellschaften und den vielfältigen Kollisionen unterschiedlicher Interessen ohne Macht nicht vorstellbar.[23] Natürlich darf die Verwendung des Machtbegriffs im Recht nicht dazu führen, in streng positivistischem Ansatz jede Machtentscheidung der Gesellschaft als Recht anzuerkennen. Aber diesem auf den ersten Blick einleuchtenden Einwand entgeht der Machtbegriff durch seine zirkuläre Struktur. Denn soll es *wirklich* Macht sein, die die Gesellschaft/Staat zur Normierung von Verhaltensanweisungen befähigt, so muss sie *legitim* sein, also das Ergebnis eines Verständigungsprozesses und Kompromisses verschiedener Interessengemeinschaften. Andernfalls könnte man nicht von Macht, sondern lediglich von Willkür sprechen. Es geht also um einen Machtbegriff, um Machtstrukturen in einer Gesellschaft, der die Pluralität von verschiedenen Meinungen und Interessen anerkennt und zum Ausgleich zu bringen versucht, d. h. um die Machtstrukturen in einer demokratischen Gesellschaft.

[17] Welzel 1959, 836.
[18] Welzel 1959, 834 f.
[19] Welzel 1959, 835; vgl. auch Gygi 1986, 3: „Sicherung der gesetzlichen Freiheiten aller Beteiligten."
[20] Welzel 1959, 835.
[21] Welzel 1959, 835.
[22] Welzel 1959, 836
[23] Vgl. auch Kaufmann 1997, 57.

KOMMUNIKATIVE RECHTSMACHT

Im Rechtsstaat verwirklicht sich Macht im Recht und das Recht wirkt als Geltungswille der Rechtsgemeinschaft – repräsentiert durch den parlamentarischen Gesetzgeber – mit seinen Bestimmungen zurück auf die Gesellschaft.[24] Die Ausübung von Macht wird durch Gesetze legitimiert.[25] Die Gesetze gehen ihrerseits aus einer diskursiven Willensbildung hervor. Um die Diskursmöglichkeiten zu schaffen, bedarf es der Institutionalisierung von Verfahren und der Gewährung von Kommunikationsmöglichkeiten.[26] Deshalb kann man Recht als „die Regelung der in einer Gesellschaft bestehenden Macht- bzw. Herrschaftsverhältnisse unter dem Gesichtspunkt ihrer Legitimität" ansehen.[27]

Damit der Einzelne im Staat nicht nur Statist, sondern Bürger ist, bedarf es nach *Habermas* zunächst staatlich organisierter Macht. Diese diene dazu, das Recht auf politisch-autonome Rechtsetzung durch die Bürger in den Grundrechten zu konkretisieren und somit zu Teilhaberechten werden zu lassen. Eine feste institutionalisierte Gestalt erhalte der Staat durch die Ämterorganisation öffentlicher Verwaltungen. „Kurzum, der Staat wird als Sanktions-, Organisations- und Exekutivgewalt nötig, weil Rechte durchgesetzt werden müssen, weil die Rechtsgemeinschaft einer identitätsstabilisierenden Kraft ebenso wie einer organisierten Rechtsprechung bedarf, und weil aus der politischen Willensbildung Programme hervorgehen, die implementiert werden müssen."[28] Staatlich organisierte Macht und Recht werden damit nach *Habermas* dialektisch verstanden: „Denn die staatlich organisierte Macht tritt nicht gleichsam von außen neben das Recht, sondern wird von diesem *vorausgesetzt*, und sie etabliert sich selber in Formen des Rechts."[29] Das bedeutet, dass die politische Macht immer an das Recht gebunden ist und sich nur über einen Rechtscode in Gestalt von Grundrechten entfalten kann.[30] Die Teilhabe des Bürgers in dieser vertikalen Beziehung zur staatlich organisierten Macht etabliert sich „als informelle Meinungsbildung in der politischen Öffentlichkeit, als politische Beteiligung innerhalb und außerhalb der Parteien, als Teilnahme an allgemeinen Wahlen, an der Beratung und Beschlussfassung parlamentarischer Körperschaften usw."[31] Die Macht der Bürger, die Macht des Volkes („Alle Staatsgewalt geht vom Volke

[24] Vgl. auch Gygi 1986, 1 ff.
[25] Vgl. auch Raiser 1999, 271.
[26] Vgl. Rolshausen 1997, 165.
[27] Raiser 1999, 271.
[28] Habermas 1992, 168.
[29] Habermas 1992, 168.
[30] Habermas 1992, 169.
[31] Habermas 1992, 170.

aus.“) verwirkliche sich über die Kommunikationsvoraussetzungen und Verfahren einer institutionell ausdifferenzierten Meinungs- und Willensbildung.[32]

Die Erzeugung kommunikativer Macht wird nach *Habermas* dadurch gewährleistet, dass der Einzelne durch Teilhaberechte an der politischen Meinungsbildung und schließlich bei der Rechtsbildung beteiligt wird. Das Diskursprinzip komme dadurch in zweierlei Hinsicht zur Geltung: zunächst in dem Sinn, dass Beiträge und Themen, Gründe und Informationen so gefiltert werden, dass die erzielten Resultate die Vermutung rationaler Akzeptabilität für sich haben; „das demokratische Verfahren soll die Legitimität des Rechts begründen“.[33] Weiterhin habe der diskursive Charakter der Meinungs- und Willensbildung in der politischen Öffentlichkeit und in parlamentarischen Körperschaften den „*praktischen Sinn*, Verständigungsverhältnisse herzustellen, welche im Sinne von *H. Arendt* ‚gewaltlos' sind und die Produktivkraft kommunikativer Freiheit entfesseln.“[34] Durch den Diskurs über die Frage, „Was sollen wir tun?“ verschränkt sich nach *Habermas* „in der diskursiv strukturierten Meinungs- und Willensbildung eines politischen Gesetzgebers die Rechtsetzung mit der Bildung kommunikativer Macht“.[35] Nach *Habermas* ist Kommunikation also der Filter, durch den soziale Macht gehen muss, um in administrative umgesetzt zu werden.[36]

Im Recht vereinigen sich nach *Habermas* soziale und kommunikative Machtaspekte: „Wenn das Gesetz als generelle Norm verstanden wird, dem die Zustimmung der Volksrepräsentation in einem durch Diskussion und Öffentlichkeit gekennzeichneten Verfahren Geltung verschafft, vereinigen sich in ihm beide Momente – die Macht eines intersubjektiv gebildeten Willens mit der Vernunft des legitimierenden Verfahrens.“[37] Deshalb erklärt *Habermas* auch den *Gesetzesbegriff* der vernunftrechtlichen Konstruktionen des bürgerlichen Rechtsstaats zum tragenden Element.[38] Allerdings wendet er sich gegen die von der liberalen Gewaltenteilungslehre eingeengte Interpretation des Gesetzesbegriffs, die sich zu stark am formellen Element der Norm und zu wenig am demokratischen Verfahren orientiere.[39]

Habermas gelingt es durch sein machtfundiertes Rechtsverständnis, die Einseitigkeit der Hierarchienbildung innerhalb des Rechts zu durchbrechen und an die soziale Wirklichkeit rückzubinden. Denn anders als bspw. die „reine Rechtslehre“ deutet er die Rechtserzeugung nicht als einen Ablauf, der von den obersten Stufen

[32] Vgl. Habermas 1992, 170.
[33] Habermas 1992, 188.
[34] Habermas 1992, 188.
[35] Habermas 1992, 201.
[36] Vgl. Habermas 1992, 209.
[37] Habermas 1992, 232.
[38] Vgl. Habermas 1992, 232.
[39] Vgl. Habermas 1992, 232 f.

der Rechtshierarchie, insbesondere der Verfassung, den Gesetzen usw., bis hinunter zum Verwaltungsakt und zum Rechtsgeschäft reicht, also von oben nach unten gerichtet ist. Während *Habermas* durch den Machtbezug und die Koppelung des Rechts an die soziale Wirklichkeit eine Grundlage für die Bildung des Rechts geben kann, ist ein „Recht" – gedacht als hierarchisches System mit einer einseitigen Struktur – ein „System ohne Zentrum und Spitze", „weil im Stufenaufbau des Rechts, der aus Rechtsnormen und rechtlichen Aktivitäten als seinen Elementen besteht, nicht mehr jedes Element von jedem anderen abhängig (ist), sondern nur von einem zentralen Element".[40] Bei *Habermas* schließt und erneuert sich der Machtkreislauf also ständig durch den kommunikativen Charakter des Rechts. Die Sorge, dass im demokratischen Gesellschaftsmodell zwar die Macht vom Volk ausgeht, das Volk die Macht wegen der Übertragung an ihre Repräsentanten jedoch nicht lange behält und die Bürger schließlich nur noch als Machtunterworfene gegenüber der Verwaltung in Erscheinung treten,[41] ist damit ausgeräumt.

ZUSAMMENFASSUNG

Recht ist eine Quelle der Macht. Recht und Macht bedingen sich gegenseitig und beeinflussen sich vielfältig. Ohne Macht bleibt Recht nur eine Idealvorstellung. Ohne Recht gerät Macht in die Versuchung, als Recht des Stärkeren zu entarten. Recht findet seine Vorbilder in den Machtverhältnissen der sozialen Wirklichkeit. Recht ist darüber hinaus aber auch ein Mittel der Neustrukturierung von Machtverhältnissen. Zur Friedenssicherung werden diese Machtverhältnisse vom Recht aufgenommen, systematisiert, strukturiert und abstrahiert. Im Konfliktfall sieht das Recht, anknüpfend an diese Machtverhältnisse, bestimmte Rechtsfolgen vor. Das Recht ist also die Ordnung der persönlichen Machtsphären, die sich ein Gemeinwesen zum Zweck der Friedenssicherung, der Stabilisierung, des Machterhalts und der Machtkontrolle gibt.[42] Die Berufung auf das Recht ist die Berufung auf ein bestimmtes Machtverhältnis und eine damit verbundene bestimmte Machtverteilung. „Der Rechtszustand ist nicht das Gegenteil des Machtzustandes, sondern er ist der Zustand gebändigter Macht."[43]

- Die Legitimation eines Machtverhältnisses und damit die abstrakte Festlegung der Machtverteilung durch das Recht geschieht im Rechtsstaat durch den Willen der Bürger, vermittelt durch Wahlen an die Institutionen Legislative, Judikative und Exekutive. Diesen Vermittlungsprozess muss der gesellschaftliche

[40] Krawietz 1986, 233.
[41] Vgl. Röttgers 1990, 42. f.
[42] Vgl. auch Wieser 1910, 61.
[43] Geiger 1987, 310.

Diskurs begleiten. Durch den gesamtgesellschaftlichen Diskurs wird selbst derjenige an das Recht gebunden, der *aktuell* mit der Rechtsfolge nicht einverstanden ist, den die Sanktion des Rechts trifft. Das Recht normiert damit Machtverhältnisse der Bürger untereinander sowie das Verhältnis der Bürger zum Staat. Es stellt fest, wie in bestimmten Situationen über die *Machtverteilung* zu entscheiden ist. Damit ist Recht ein Machtmittel zur Friedenssicherung und der Regelung allgegenwärtiger sozialer Machtkämpfe. *Kommunikative Macht* ist die den Rechtsstaat konstituierende und Legitimität schaffende Größe und Quelle.

– Auf der Grundlage der hegelianischen Straftheorie lässt sich die Idee der Vernunft mit dem Wirken kommunikativ errungener Macht zur kommunikativen Vernunft kombinieren. So symbiotisiert dient das Strafrecht in einer demokratischen Gesellschaft dem Schutz einer nicht nur individualistisch, sondern auch intersubjektivistisch verstandenen objektiven Freiheit und den dazugehörigen gesellschaftlichen Realisierungsbedingungen.[44] Der gleichzeitige Respekt eigener und fremder Freiheitssphären bildet in diesem System keinen unauflösbaren Widerspruch, sondern eine Synthese in Form einer *Antinomie der Freiheit*, in der sowohl die Begründung als auch die Begrenzung des Strafrechts enthalten sind. Zum Schutz der Freiheiten des einen vor den Freiheiten des anderen erweist sich das Strafrecht als notwendig, um die Geltung bestimmter, für das gemeinsame Zusammenleben konstitutiver Positionen und Einrichtungen zu garantieren und zu bestätigen. Weil mit dem Schutz dieser kommunikativen Freiheiten aber immer zugleich die Beschränkung individueller Freiheit verbunden ist, verlangt der individualistische Bestandteil der Antinomie ein fragmentarisches Strafrecht, welches seinen Zugriff auf die Garantie eines normativen Minimums beschränkt, unter dem sich Individuen überhaupt verständig aufeinander einlassen. Das sind einerseits die subjektiven Rechte in ihrer kommunikativen Bedeutung und andererseits die dazugehörigen notwendigen Realisierungsbedingungen. Deren konkrete Gestalt und inhaltliche Reichweite unterliegen einem Diskurs, der sich abstrakt nur formal beschreiben, aber immerhin auf einen normativen Fixpunkt in Form verfassungsrechtlich verbürgter Grundrechte beziehen lässt. Das Strafrecht lässt sich so als der gegenwärtige Ausdruck dieses Konkretisierungsprozesses begreifen. Es bildet all diejenigen Rechtspositionen ab, ohne deren Geltung das Netzwerk intersubjektiver Verständigung innerhalb einer Gesellschaft zerreißen würde.
– Natürlich muss eine Interpretation von kommunikativer Rechtsmacht die feindlichen Einflüsse auf den Prozess der Willensbildung durch neue Kommunikationsmedien, Fakenews und manipulativer Berichterstattung streng im Auge behalten und zum Zweck der Sicherung des Kommunikationsprozesses

[44] Vgl. demnächst Maly, Straftatbegriff.

Maßnahmen treffen, um diese Einflüsse zu vermeiden. Ein Machthaber, der sich also selbst derartiger Methoden bedient oder sich nicht darum kümmert, hat den Weg kommunikativer Macht verlassen und kann sich nicht mehr auf die Legitimität seiner Entscheidungen berufen.[45]

BIBLIOGRAPHIE

Dolberg, R. (1934) *Theorie der Macht: die Macht als soziale Grundtatsache und als Elementarbegriff der Wirtschaftswissenschaft.* Wien.

Geiger, Th. (1987) *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts.* Band 65. Berlin.

Gygi, F. (1986) Macht und ihre Grenzen im Recht. In: Gygi, F. (Hg.), *Beiträge zum Verfassungs- und Verwaltungsrecht. Festgabe zum 65. Geburtstag des Autors.* Bern. 1–18.

Habermas, J. (1992) *Faktizität der Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats.* Frankfurt a. Main.

Hensel, P. (1930) Recht und Macht. In: Larenz, K. (Hg.), *Rechtsidee und Staatsgedanke: Beiträge zur Rechtsphilosophie und zur politischen Ideengeschichte, Festgabe für Julius Binder.* Berlin. 106–112.

Kaufmann, A. (1997) *Rechtsphilosophie.* 2. Aufl. München.

Kornfeld, I. (1911) *Soziale Machtverhältnisse: Grundzüge einer allgemeinen Lehre vom positiven Rechte auf soziologischer Grundlage.* Wien.

Krawietz, W. (1986) Verhältnis von Macht und Recht in staatlich organisierten Rechtssystemen. In: Hofmann, P. et al. (Hgg.), *Festschrift für Klemens Pleyer zum 65. Geburtstag.* Köln. 217–235.

Luhmann, N. (1988) *Macht.* 2. Aufl. Stuttgart.

Maiwald, M. (2003) Recht und Macht. *JZ,* 1073–1080.

Nietzsche, F. (1999) Sämtliche Werke. Kritische Studienausgabe in 15 Bänden. In: Colli, G. und Montinari, M. (Hgg.), *Nachgelassene Fragmente 1882–1884.* Bd. 10. München.

Raiser, Th. (1999) *Das lebende Recht. Rechtssoziologie in Deutschland.* 3. Aufl. Baden-Baden.

Rolshausen, C. (1997) *Macht und Herrschaft.* Münster.

Röttgers, K. (1990) *Spuren der Macht: Begriffsgeschichte und Systematik.* Freiburg i. Br.

Welzel, Ha. (1959) Macht und Recht. In: Wegener, W. (Hg.), *Festschrift für Karl Gottfried Hugelmann zum 80. Geburtstag.* Aalen. 833–843.

Wieser, F. F. von (1910) *Recht und Macht.* Leipzig.

[45] Vgl. bspw. Kaufmann 1997, 200: „In diesem Entwurf Kants erscheint der Mensch in seiner Ganzheit weder als ein rein autonomes noch als ein rein heteronomes Wesen. Das dürfte der Wirklichkeit nahekommen."

Der „Strafanspruch“ im 21. Jahrhundert – ein Plädoyer für beobachtende Strafrechtsvergleichung

LIANE WÖRNER[1]

> „Ich glaube, die zunehmenden Schwierigkeiten bei der Legitimation und Durchsetzung des öffentlichen Strafanspruchs nötigen zu der Frage, ob die Voraussetzungen, unter denen der öffentliche Strafanspruch entstanden ist, mit der Realität der gegenwärtigen politischen und geistigen Grundlagen von Staat und Gesellschaft noch vermittelt werden können“
>
> (Klaus Lüderssen 1989)[2]

EINLEITUNG

Klaus Lüderssen markierte mit diesen Worten in der „Wendezeit“ der 90er Jahre (1989) seine Kritik daran, dass Staat und Gesellschaft in Legitimation und Durchsetzung ihres öffentlichen „Strafanspruchs“ von den diversen Wandlungen der Gesellschaft „keine Notiz“ genommen hätten, sondern stattdessen ihren Pathos „nach wie vor aus den Anfangsgründen gesellschaftlicher und staatlicher Herrschaft“ zögen. Jene Kritik gilt heute mehr denn je. Ein Umdenken hat trotz weiterer Diskussionen[3] nicht stattgefunden. Es ist aber dringend angezeigt, denn mit der Verdichtung von Internationalisierungs- und Globalisierungseffekten zusammen mit der schnell voranschreitenden Digitalisierung sind den (National-)Staaten neue, für die Durchsetzung eines staatlichen „Strafanspruchs“ – scheinbar – unlösbare Aufgaben aufgegeben.

[1] Der nachfolgende Beitrag zu Ehren des Humboldtkollegs in Budapest ist mit Dank meinem akademischen Lehrer Walter Gropp gewidmet für die Begeisterung für die Strafrechtsvergleichung und die vertiefte Auseinandersetzung mit ihren vielfältigen Facetten, die er mir während meiner Assistenzjahre ermöglicht hat. Für die Mitarbeit bei der Fertigstellung der schriftlichen Abfassung bedanke ich mich bei meiner Mitarbeiterin in Konstanz Stud. iur. *Jana* RAPP.

[2] Lüderssen, Die Krise des öffentlichen Strafanspruchs 24; Auch Feltes 1991, 3, beginnt seine Habilitationsschrift u.a. mit diesem Zitat.

[3] Siehe nur Feltes 1991, 7 f.; Hassemer 1982, 277 ff.; Lüderssen 1989; Naucke 1999, 225 ff., auch 247 ff.

Deliktische Handlungen fallen schnell in den Anwendungs- und Zuständigkeitsbereich mehrerer Strafrechtssysteme, weil sie längst nicht mehr nur einen Territorialstaat betreffen. Und weil sich die einzelnen Strafrechtssysteme in unterschiedlicher Weise um die Durchsetzung ihres staatlichen „Strafanspruchs" bemühen, treten leicht neue Strafbarkeitslücken und -hindernisse hinzu. Das will ich im Folgenden an einem Beispiel verdeutlichen (II.), die damit verbundene Legitimationskrise verdeutlichen (III.) und im Ausblick (IV.) – meines Erachtens notwendige Wege – über die Dimension beobachtender Strafrechtsvergleichung aufzeigen.

DAS FALLBEISPIEL

Was für nahezu naturgemäß grenzüberschreitende Sonderbereiche, etwa des Terrorismus oder der Cyberkriminalität, bereits jedem nachvollziehbar erscheint, gilt längst für weitere Deliktsbereiche darüber hinaus: Straftaten werden zugleich von mehreren (nationalen) Standorten aus (teilweise) mit technischen Hilfsmitteln gemeinschaftlich mit Wirkungen wiederum in einer Vielzahl weiterer Länder begangen.

Nehmen wir dazu heute ein aktuelles Beispiel aus der Wirtschaft: den Neubau der Metrolinie M4 zwischen 2002 und 2014 hier in Budapest/Ungarn. Wenn ich jetzt sogleich auch Fragen des Wirtschaftsstrafrechts tangiere, so nur, weil auch sie beispielhaft für die grundlegenden, der Gegensteuerung bedürfenden, Legitimationsprobleme stehen.

Seit 2014 verkehrt in Budapest die modernste U-Bahn-Linie Europas dank deutscher Technologie von *Siemens* autonom ganz ohne Fahrer. In einigen Stationen der um- und ausgebauten Linie M4 gibt es dank eingesetzter Spiegeltechnik Tageslicht, das bis nach unten durchgeleitet wird. Weil die Europäische Union einen Großteil der Rechnungen übernahm, war das Beste gerade gut genug. Die Fertigstellung kostete Spiegelberichten zufolge 1,75 Milliarden Euro.[4]

Glaubt man den noch immer aktuellen Vorwürfen, dann verliefen nicht nur der Ausbau der M4, sondern auch die Geschäfte zu ihrer Finanzierung „unterirdisch"[5]. Weil die Linie aber noch kurz *vor den Parlamentswahlen 2014* eröffnet wurde, weist die aktuelle ungarische Regierung um Regierungschef Orbán jegliche Vorwürfe von sich. Das Europäische Amt für Betrugsbekämpfung (OLAF) beziffert den Schaden aufgrund von Unregelmäßigkeiten bei der Auftragsvergabe in seinem Gutachten aus dem Jahr 2017 auf 645 Millionen Euro (ebenfalls laut Spiegelbericht). In 75 Ver-

[4] Spiegelbericht: Pauly, „Unterirdische Geschäfte", Der SPIEGEL 7/2017, 67. Aus der Presse siehe auch: http://www.pesterlloyd.net/html/1703olafmetro4.html (letzter Abruf am 22.4.2019).

[5] Von „unterirdischen Geschäften" spricht man, wenn geschäftliche Beziehungen nicht transparent und offiziell auf dem Geschäftstisch mit Verträgen, sondern „unter dem Tisch" verhandelt werden.

trägen wurden Unregelmäßigkeiten gefunden. Laut OLAF-Bericht[6] hat sich z.B. der deutsche Konzern *Siemens*, von dem die Automatisierungstechnik für das Fahren ohne Fahrer stammt, um das politische Umfeld gekümmert und den Beratern von *Media Magnet*, die den Wahlkampf der damals regierenden Sozialisten organisiert hatten, bis 2007 insgesamt 1,265 Mio. Euro gezahlt. Weitere Gelder flossen von *Siemens* an *Eurometro*, die für das Projektmanagement und die Überwachung der Ingenieursarbeiten zuständig war.

Wo liegt das Problem?

Die deutschen Ermittlungsbehörden hatten 2006 wegen anderer Korruptionsvorwürfe die Münchner Geschäftsräume der Fa. *Siemens* durchsucht.[7] Die ungarischen Zahlungen wurden dabei nicht aufgedeckt, sondern liefen weiter. Erst später hat *Siemens* selbst bei firmeninternen Untersuchungen die Zahlungen nach Ungarn offengelegt und die internen Untersuchungsergebnisse sowohl OLAF als auch den ungarischen Behörden mitgeteilt (zur Ermittlung in Ungarn). Die staatsanwaltlichen Ermittlungen in Ungarn wurden 2013 eingestellt. Der Wagonlieferant *Alstom* soll ausweislich des OLAF-Berichts (2017) der Fa. des vormaligen Premierministers Medgyessy 2007/08 insgesamt 600.000 Euro „zugesteckt" haben. In Großbritannien laufen deshalb Ermittlungen.[8]

Die aktuelle ungarische Regierung hat infolge des OLAF-Berichts gegen *Siemens*, *Alstom* und die anderen Beteiligten nun (neu) Anzeige erstattet, vermutlich weil OLAF in seinem Bericht an die EU-Kommission die Rückförderung von 300 Mio. Euro Fördergelder von Ungarn für den Bau der U-Bahn-Linie vorschlägt.[9] Dass die Bezieher der Bestechungsgelder tatsächlich zur Verantwortung gezogen werden, gilt als unwahrscheinlich. Dass Ungarn sich an der Einrichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft zunächst nicht beteiligen wollte,[10] ist vor diesem Hintergrund keine Überraschung.

[6] OLAF Investigations AS/JS/ab I OLAF.B.4(S) (2016)18391 (Final Report), https://index.hu/ assets/documents/belfold/budapest/olaf_final_report.pdf (letzter Abruf am 22.4.2019), 40 ff., 73 ff.

[7] Ermittlungsverfahren gegen Siemens 2006, siehe nur Junge Welt v. 16.11.2006, https://www.jungewelt.de/ artikel/76832.durchsuchung-bei-siemens.html sowie FAZ Net v. 14.2.2007, http://www.faz.net/aktuell/ wirtschaft/korruptionsaffaere-abermals-durchsuchungen-bei-siemens-1409439.html (letzter Abruf am 22.4.2019).

[8] Zu den Ermittlungen gegen *Alstom* in GB, vgl. nur: http://hungarianspectrum.org/2017/02/06/metro-4-the-largest-case-of-hungarian-fraud-and-corruption/ (letzter Abruf am 22.4.2019).

[9] OLAF Investigations AS/JS/ab I OLAF.B.4(S) (2016)18391 (Fn. 6), 86 ff., 103 f.

[10] Zum 1. Mai 2019 nehmen nun auch Dänemark, Irland, Ungarn, das Vereinigte Königreich, Schweden und Polen nicht an der Einrichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft teil.

KLASSISCHER LEGITIMATIONSANSATZ UND LEGITIMATIONSKRISE

Angesichts der weit in den Millionen liegenden Schadenssummen ist fraglich, warum die Durchführung von Strafverfahren denn so aussichtslos, Verfahrenseinstellungen am Ende wahrscheinlich und die Rückförderung von Fördergeldern so unrealistisch sein soll. Jedenfalls auf den allerersten Blick nicht unmittelbar erkennbar ist, dass hinter den Strafverfolgungsproblemen eigentlich strukturelle Legitimationsfragen schlummern.

Der Dornröschenschlaf endet, wenn man sich die klassischen Voraussetzungen des staatlichen „Strafanspruchs" vergegenwärtigt (1.) und sie der aktuellen Sachfrage (2.) gegenüberstellt.

Klassischer Legitimationsansatz

> „Die Legalität der Zwangsreaktion des geltenden Strafrechts" begründet nun aber, gehen wir für die Zwecke des Legitimationsansatzes einmal vom deutschen Recht aus, das deutsche Grundgesetz nicht, sondern setzt sie vielmehr voraus. So geht das Grundgesetz implizit von einer Strafbefugnis, von einem staatlichem „Strafanspruch", aus und weist diese nur formal mittels konkurrierender Gesetzgebung dem Bundesgesetzgeber (also nicht den einzelnen [deutschen] Landesgesetzgebern) zu.[11] Denn „seitdem es staatlich geordnete Gemeinschaften gibt, steht fest, dass Bestand und Erhaltung der Gemeinschaftsordnung auch abhängen von Vorhandensein und Verwirklichung obrigkeitlicher Zwangsreaktionen strafrechtlichen Charakters gegenüber gemeinschaftsschädlichem Verhalten."[12]

Die Legitimation selbst wird oft nicht hinterfragt. Die Straftheorien beantworten vordergründig das „Wie" und „Wann" des Strafens, nicht aber das „Das" und "Ob". Die Legitimationsbegründungen sind vielgestaltig bis jedenfalls immer vorausgesetzt. Im Kern kann ich dies heute nicht ausdifferenzieren, aber für meinen Argumentationsstrang zwei Dinge entscheidend festhalten:

(1) Die Legitimationsfrage ist unmittelbar mit der Gemeinschaft, welche die Legitimation vergibt, als solcher verbunden. (2) „Strafansprüche" müssen sich mit der jeweiligen Verfassung ins Benehmen setzen und lassen sich legitimierend nur aus der Verfassung herleiten, weil sie die darin vermittelten Werte für die Bürger (als Vertragsteilnehmer) stärken und schützen wollen. Doch geht es mir im Folgenden

[11] So auch Sax 1959, 954; zu Recht betont auch von Feltes 1991, 3 f, 210.
[12] Sax 1991, 954.

nicht um eine Neustrukturierung der materiellen Legitimation des Strafrechts, wie sie durch Strafzwecke, Rechtsgüterschutz oder/und Verfassungsschutz, Dogmatik und ggf. Viktimodogmatik und Kriminalpolitik bestimmt wird, sondern es geht mir um die formelle Legitimation des staatlichen „Strafanspruchs" und *seiner Grenzen*.

Legitimationskrise

So steht mein heutiger Vergleich eingangs dieses Beitrags bewusst auf schiefer Bahn. LÜDERSSEN bezeichnete in den 90er Jahren die Notwendigkeit der Zurückdrängung des staatlichen Strafverfahrens zugunsten (modifizierter) Zivilverfahren als „Krise des öffentlichen Strafanspruchs", weil es dem Strafrecht bei Betonung des Opferschutzes letztlich maßgeblich um Schadensausgleich gehe.[13] Mir geht es heute umgekehrt um die Verdeutlichung, dass mit Europäisierung und Internationalisierung eine schrankenlose Disponibilität der Durchsetzung staatlicher „Strafansprüche" – nämlich durch Vielstaatlichkeit, mehr noch ihre Nichtdurchsetzung, einhergeht,[14] weil das Strafrecht auf der europäisierten resp. internationalisierten Ebene zum politischen Instrument verkommt. Es mangelt an der Wertvermittlung, mit anderen Worten Strafrecht bleibt nur dann ein Instrument zur Sicherung der Freiheit und Rechtsstaatlichkeit, wenn es im Dreiklang von Rechtskultur, Rechtspolitik und Rechtsdogmatik steht, gerade im 21. Jahrhundert.

An unserem heutigen Beispiel:

(a) kriminologisch
Die zunehmend transnationale Beeinflussung von Geschäftsabschlüssen wurde bereits in den 90er Jahren als rechtliches Problem der organisierten Kriminalität erkannt. Bis dahin hatte die Korruption ihr eigenes Schattendasein geführt. Es ist dabei kein Zufall, dass das Erkennen der Korruptionsbekämpfung als kriminalpolitisches Thema mit dem Ende des kalten Krieges in Europa zeitlich zusammenfällt. Denn die weltweite politische und ökonomische Zäsur bedingte auch ein zunehmend korruptionskritisches Klima. Zuvor hatte man vielfach (mit einer sehr westlich-geprägten Sichtweise) die international durchaus übliche Unterstützung korrupter Regierungen in Asien, Lateinamerika und Afrika noch mit dem Kampf gegen die Ausbreitung des Kommunismus gerechtfertigt.[15]

[13] Maßgeblich Lüderssen 1989, 7 ff., 24, 37 ff.

[14] Das streitet nicht von vorn herein gegen die von Lüderssen 1989, vorgeschlagenen Maßnahmen maßgeblich zivilrechtlichen Schadensausgleichs. Allerdings bedarf es der Vergegenwärtigung der bestehenden, gerade auch kompetenzrechtlichen, Probleme.

[15] Walther 2011, 23.

Inzwischen hat sich das Bild in der Europäischen Union erheblich verändert. Bereits 1999 wurde per EU-Verordnung das Europäische Amt für Betrugsbekämpfung OLAF mit dem Ziel eingerichtet, Betrug, Korruption und andere finanzielle Unregelmäßigkeiten zum Nachteil der EU *zu untersuchen*.[16] Hinweise auf und zur Verfolgung Korruptionsstraftaten kann heute jeder per Web-Link absetzen. Mehr als 3.500 Untersuchungen hat OLAF seither abgeschlossen[17] und mehr als 400 Empfehlungen an zuständige Institutionen in den EU-Mitgliedsstaaten zur gerichtlichen oder disziplinarischen Verfolgung gegeben. Doch nur in ca. 53 % der Empfehlungen kommt es zur Strafverfolgung.[18] In ihrem ersten Kommissionsbericht zur Bekämpfung der unionsweiten Korruption (2014)[19] forderte die EU-Kommission im Februar 2014 deshalb weitere Anstrengungen zur Bekämpfung EU-weiter Korruption.[20]

(b) institutionell

Institutionell wird von europäischer Seite zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union die 1999 eingerichtete EU-Behörde OLAF tätig, seit 2004 aufgrund einer Kooperationsvereinbarung in Zusammenarbeit mit Europol. Die Zusammenarbeit betrifft insbesondere die Gefahrenabschätzung, Risikoanalyse und den Austausch fachlicher und strategischer Informationen.[21] Entscheidend für das Verständnis ist aber, dass OLAF gerade nicht exekutiv ermittelt, sondern lediglich aufgrund von Hinweisen Untersuchungen eröffnet, Befragungen durchgeführt, Räumlichkeiten inspiziert, forensische Untersuchungen angestrengt und anschließend Prüfungen zur Rechtmäßigkeit anstellt.[22] Mit sich daraus ergebenden

[16] VO Nr. 1073/1999, ABl. L 136 vom 31.05.1999, 1 ff., Office de la Lutte Anti Fraud (Amt für Betrugsbekämpfung).

[17] OLAF-Behördeninformation, Luxemburg 2015, 7, https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/370d4344-b1b1-437a-8b35-4afbd1d5c2de/language-en/format-PDF/source-66243136 (letzter Abruf am 22.4.2019).

[18] Quelle: Deutschlandfunk vom 02.06.2015: http://www.deutschlandfunk.de/antikorruptionsbericht-der-eu-ueberall-ist-lug-und-betrug.1783.de.html?dram:article_id=321559 (letzter Abruf am 22.4.2019).

[19] https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/e-library/documents/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/docs/acr_2014_de.pdf (letzter Abruf am 22.4.2019).

[20] EU-Korruptionsbericht, S. 2, in der Zielvereinbarung und mit der Maßgabe, dass alle 2 Jahre entsprechende Berichte erscheinen sollen. Davon weicht die EU allerdings schon vor der Herausgabe des 2. Korruptionsberichts ab und lässt – nicht ohne Kritik – verlauten, dass man die Korruption lieber auf anderen, leiseren Wegen bekämpfen wolle, vgl. nur WIEDUWILT in der FAZ v. 2.5.2017, http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/abschaffung-von-eu-korruptionsbericht-verursacht-aerger-14996970.html (letzter Abruf am 22.4.2019).

[21] Der Austausch personenbezogener Daten ist ausgeschlossen.

[22] Europol will als Europäisches Polizeiamt die Arbeit der nationalen Polizeibehörden im Bereich der grenzüberschreitenden organisierten Kriminalität koordinieren und den Informationsaustausch fördern. Grundgedanke ist die Zusammenführung von bi- und multilateralen Übereinkommen. Europäische Strafverfahren sind damit aktuell gerade aber nicht verbunden.

Schlussfolgerungen gibt OLAF nur Empfehlungen an die EU-Kommission und an nationale Behörden. Das kann die Empfehlung zur Einleitung eines nationalen Strafverfahrens sein oder, wie in meinem heutigen Beispiel, zur Rückforderung von Fördermitteln zum U-Bahn-Bau iHv 300 Mio. Euro. Empfehlungen können allenfalls Anlass zu „freiwillig" geführten nationalen Strafverfahren sein, ohne Durchführungsverpflichtung; mit anderen Worten sie sind weder europäisch noch national durchsetzbar.

(c) Gesetzliche Maßnahmen auf europäischer Ebene sowie in der Umsetzung am Beispiel Deutschlands

Gesetzlich sind die Mitgliedstaaten nach der Neugestaltung mit dem Vertrag von Lissabon aus Art. 325 AEUV (Art. 280 EUV aF) zum Schutz der finanziellen Interessen der EU in gleicher Weise wie zum Schutz ihrer nationalen finanziellen Interessen verpflichtet. Ob daraus eine Kompetenz zum Verordnungserlass mit eigenen EU-strafrechtlichen Regelungen folgt, wird bis heute überwiegend verneint. Denn das Strafrecht sei mit der (national)staatlichen Souveränität unmittelbar verknüpfte Aufgabe. Jedenfalls eine Kompetenz zur Harmonisierung, die auch die Korruption erfasst, lässt sich Art. 325 AEUV aber entnehmen.[23] Und aus einer so verstandenen Harmonisierungskompetenz folgen schon „bloße", wenn auch teilweise sehr weitgehende, *kriminalpolitische* Forderungen der Europäischen Union, die transnationale Korruption energisch und konsequent nationalstaatlich zu bekämpfen.[24]

Konkret wurden mit der „Gemeinsamen Maßnahme des Europäischen Rates betreffend die Bestechung im privaten Sektor"[25] die EU-Mitgliedstaaten verpflichtet, (nationale) Straftatbestände im Bereich der Angestelltenbestechung und -bestechlichkeit zu schaffen, die inhaltlich das Erfordernis einer Unrechtsvereinbarung statuieren und die Einbeziehung von Drittzuwendungen einfordern.[26] Ausdrückliches Ziel ist die Unterbindung von Wettbewerbsverzerrungen der wirtschaftlichen Schädigung Dritter und damit umfassender Wettbewerbs-, Konkurrenten- und Verbraucherschutz.[27] Inhaltlich stimmt das mit dem Korruptionsübereinkommen des Europarats vom 27. Januar 1999[28] überein, dass in seinen Art. 7 und 8 auch die Korruption im Geschäftsverkehr bestraft wissen will.[29] Die geforderten Maß-

[23] Ausdrücklich Vogel, Eisele, Art. 83 AEUV Rn. 60; Vgl. auch Wörner 2018, 288 f. mwN.

[24] Dannecker 2017, Vor § 298 StGB Rn. 11.

[25] Vgl. ABl. L 358/2 vom 31.12.1998.

[26] Zur Unrechtsvereinbarung nach § 299 dStGB vgl. nur Eisele 2019, § 299 dStGB Rn. 21 ff.: Der Vorteil muss als Gegenleistung für eine zukünftige unlautere Bevorzugung gefordert, versprochen oder angenommen werden.

[27] Dazu s. Dannecker 2017, Vor § 298 StGB Rn. 11.

[28] ETS Nr. 173.

[29] Parallel für die Verfolgung der Korruption im Amt und auch durch Amtsträger der EU oder eines EU-Mitgliedsstaates zu berücksichtigen sind bereits das Übereinkommen über den Schutz der finan-

nahmen sind damit für alle Europaratsstaaten relevant. Für die EU-Mitgliedstaaten wirkt konkretisierend darüber hinaus der *Rahmenbeschluss* zur Bekämpfung der Bestechung im privaten Sektor 2003.[30] Er wollte sicherstellen, dass Bestechung und Bestechlichkeit in allen Mitgliedstaaten gleichermaßen gegen juristische Personen unter Strafe gestellt sind. Art. 4 Abs. 2 Rb Bestechung verpflichtet zu einer Bestrafung mit mindestens 1 bis zu 3 Jahren Freiheitsstrafe. Art. 4 Abs. 3 Rb Bestechung beinhaltet darüber hinaus sogar ein Berufsverbot.[31] Die Vorgaben wurden, wenn auch mit unterschiedlichem Erfolg, in 24 von 28 EU-Mitgliedstaaten mit teils weitreichenden Maßnahmen umgesetzt.[32]

In Deutschland bewirkten sie Ausweitungen des Straftatbestandes der „Bestechung im geschäftlichen Verkehr" (§ 299 dStGB). Mit dem EU-Rechtsinstrumente-Ausführungsgesetz v. 22. August 2002[33] war § 299 dStGB bereits um einen Absatz 3 ergänzt worden, der die Vorschrift auch für den ausländischen Wettbewerb für anwendbar erklärt hatte. Mit dem Gesetz zur Bekämpfung der Korruption v. 20.11.2015 wurde Abs. 3 rückintegriert und die bereits durch den Rb Bestechung 2003 ausdrücklich geforderte Pflichtverletzung des Angestellten oder Beauftragten gegenüber dem Unternehmen beim Bezug v. Waren oder Dienstleistungen unter Strafe gestellt (sog. *Geschäftsherrenmodell*). Damit wollte man eine Gesetzeslücke schließen, die man zuvor darin gesehen hatte, dass eine Strafbarkeit nach § 299 dStGB a.F. letztlich von der Existenz von Mitbewerbern abhing.[34] Strafbar handelt nun auch der Kreditsuchende, der Schmiergeld bezahlt, um den Bankangestellten zur Kreditvergabe ohne Kreditwürdigkeitsprüfung zu bewegen, wobei ausreichend

---

ziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften v. 26.7.1995, ABl. EG Nr. C 316 v. 27.11.1995, 49 ff..; dazu: Dannecker 1996, 594; Dannecker 1996, 876; Zieschang 1997, 78; Zieschang 1999, 105. Aufgrund des durch 2 Protokolle ergänzten Übk. erging zur Umsetzung in Deutschland das EU-Bestechungsgesetz (EUBestG) v. 10.9.1998, BGBl II, 2340; Gesetzesmaterialien: BR-Drs. 559–98; 270–98; BT-Drs. 13–10970; 13–10777; 13–10424.

[30] 2003/568/ JI vom 22.7.2003, ABl. L 192/54. Rechtlich wurde die gemeinsame Maßnahme dadurch aufgehoben, weil mittels des Rahmenbeschlusses weitergehende Umsetzungsverpflichtungen in den Mitgliedstaaten eingefordert werden und die Maßnahmen zur Bekämpfung der Korruption konkretisiert werden konnten. Die Maßnahmen des Rb Bestechung waren bis zum 22.7.2005 umzusetzen, Art. 9 Abs. 1. Zur Planung jener Umsetzung in das deutsche Recht vgl. weit nach jener Frist den Gesetzesentwurf der Bundesreg. v. 10.8.2007, BT-Drs. 584/07.

[31] 2003/568/ JI vom 22.7.2003, ABl. L 192/54: Das Berufsverbot soll entsprechend nationalen verfassungsrechtlichen Vorgaben zumindest für Führungspersonen dann gelten, wenn die Gefahr des Missbrauchs zu Korruptionszwecken besteht.

[32] Ausweislich des Meldestandes von Umsetzungsmaßnahmen an die EU fehlen Umsetzungsmaßnahmen in Belgien, Tschechien, Dänemark, Schweden und dem Vereinigten Königreich, nachweislich: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/NIM/?uri=celex:32003F0568 (letzter Abruf am 22.4.2019).

[33] BGBl. I 3387.

[34] Zu § 299 dStGB a.F. insoweit vgl. noch Eisele 2019, § 299 dStGB Rn. 17 ff.

Kreditmittel zur Verfügung stehen oder keine unmittelbaren Mitbewerber um Kredite vorhanden sind.[35]

Materiell-rechtlich ist man also mit der Umsetzung europäischer Vorgaben bei allein nationaler Durchsetzungsmacht beschäftigt, die – weil es sich um die Umsetzung transnationaler Aufgabenfelder handelt – zugleich prozessuale Strafverfolgungsfragen des Verbots der Mehrfachverfolgung nach Art. 54 SDÜ iVm Art. 50 GRC aufwirft und damit potentiell in eine gegenseitige Behinderung von nationalen Strafverfahren führen kann. Diesen *wenn auch wesentlichen* prozessualen Aspekt auszuführen, wäre bereits Gegenstand eines weiteren Beitrags und kann hier deshalb nur am Rande erwähnt werden.

(d) Die Folgen

Der Budapester-Metro-Skandal zeigt eindrücklich, dass Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr unionsweit als erheblich schädigende Kriminalitätsformen ernstgenommen werden müssen. Problematisch bei der Rechtsdurchsetzung ist, dass es an einer exekutiv ermittelnden Strafverfolgung *unmittelbar* seitens der Europäischen Union, der hier mit fehlgeflossenen Fördergeldern ganz hauptsächlich der Schaden entstanden ist, mangelt. Aufgabe von OLAF ist allein die Unterstützung bei (national-)strafrechtlichen Untersuchungen von Korruptions- und Betrugsfällen, die den EU-Haushalt betreffen. Eigenständige Verfolgungskompetenz besteht aufgrund des Prinzips der begrenzten Einzelfallermächtigung[36] nicht und ist aus Souveränitätsgründen nicht gewollt. OLAF kann Ermittlungsergebnisse der EU-Kommission und nationalen Staatsanwaltschaften lediglich vorlegen.[37] Dieses EU-Kompetenz-Defizit zur nur inhaltlichen Normbestimmung (Verhaltensvorgabe) ohne eigene Verhaltens- und Sanktionsnorm (*Binding*) kann aber eben dort, wo mit krimineller Energie Schaden gerade durch transnationales Handeln auf transnationaler bis allein europäischer Ebene herbeigeführt wird, in eine Europäische Union als „unkontrollierter Selbstbedienungsladen" umschlagen. Hier bedienen sich international agierende Großunternehmen und Konzerne und sichern sich Geschäftsabschlüsse dort, wo Fördergelder fließen: in den wirtschaftlich (noch) schwachen, kleineren EU-Staaten (Ungarn oder Griechenland), die auf Anschubmittel zur positiven Beeinflussung ihres Wirtschaftskreislaufs angewiesen sind.

Strukturell bekämpft und fördert die EU damit die transnationale Korruption zugleich. Sie bekämpft transnationale Korruption mittels Vorgaben zur Bekämpfung und den Einsatz eigener Agenturen (OLAF, Europol). Weil der Union selbst wie ihren Agenturen die Durchsetzungsmechanismen fehlen, fördert sie die Korruption

[35] Dannecker 2017, § 299 dStGB Rn. 4, 71; ausführlich Krack 2016, 83 ff.

[36] Dazu Wörner 2018, 276.

[37] Die EU-Kommission und die beteiligten nationalen Staatsanwaltschaften können mit den vorgelegten Gutachten verfahren, wie sie wollen.

zugleich. Denn die Ausgabe von Fördergeldern im zwischenstaatlichen Geschäftsverkehr bildet Anreiz genug, Subventionsflüsse zum jeweils eigenen Vorteil beeinflussen zu wollen. Nationalstaatlich divergierende rechtliche Voraussetzungen und Verfolgungsmaßnahmen und faktische Abhängigkeiten schwächerer Regionen, die auf den Mittelfluss dringend angewiesen sind, beeinflussen schließlich die staatliche Rechtsdurchsetzung. Dann sind trotz möglicher Mehrfachzuständigkeiten dem einen Staat schnell die Hände bei der Strafverfolgung gebunden, während im anderen Staat am erfolgreichen Betreiben der Strafverfolgung ggf. gar kein Interesse besteht:

Die Einleitung von entsprechenden Strafverfahren in Ungarn würde unberechtigt geflossene EU-Fördergelder freilegen. Strafverfahren in Deutschland gegen *Siemens* und in Großbritannien gegen *Alstom* würden deren Wirtschaftsstandorte entscheidend schwächen. Der EuGH kann kaum regulierend (unionsschützend) eingreifen – ohne konkrete Opfer keine Strafverfahren.

ZIEL: TRANSNATIONALISIERUNG UND VERANKERUNG: BEOBACHTENDE STRAFRECHTSVERGLEICHUNG ALS MOTOR SACHLICHER KOMPETENZVERTEILUNG

Die Defizite aber lassen sich beseitigen. Das erfordert die Erkenntnis, dass die Grenzen längst verschoben sind. Das Festhalten an allein nationalstaatlichen Rechtsdurchsetzungsmechanismen gehört zu den abzuschneidenden Zöpfen. Das Strafrecht ist dabei wie kaum ein anderes Rechtsgebiet mit der gesellschaftlichen Entwicklung verbunden, es bedarf der Verankerung. Mittels einseitiger Anforderungs- und Kontrollmechanismen seitens der Europäischen Union gegenüber den Mitgliedstaaten bleibt der Schutz aber notwendig defizitär.[38] Dass die Europäische Union, die Möglichkeit über Art. 325 AEUV iVm Art. 86 AEUV mit einer Kompetenz zum Schutz der finanziellen Interessen der EU unmittelbar tätig zu werden, gebraucht, ist strukturell sogar erforderlich. Denn allein mit der Formulierung von Schutzerfordernissen und mit der „aufgabenbezogenen" Kontrolle ihrer nationalstaatlichen Umsetzung lässt sich eine wirkungsbezogene Verankerung nicht herstellen.

Die Aufgabe der Strafrechtsvergleichung ist es, über die Erarbeitung der nationalen Differenzen und die Entlarvung der bestehenden Defizite hinaus, die Strukturen einer gemeinschaftsbezogenen Dogmatik zu entwickeln und deren Verankerung in einem kulturell gemeinsamen Wertekanon zu leisten. Und das kann sie. Es verlangt allerdings gerade entgegen der EU-seitig aktuell allein angelegten Anforderungspolitik mit EU-Aufgabenbezogener Bewertung von Rechtsinstrumenten und deren nationaler Umsetzung die beobachtende Vergleichung nationaler Strafbarkeits- wie

[38] Ausführend Wörner 2018, 271 ff.

Strafverfolgungsvoraussetzungen und ihres Einflusses auf den Schutz von EU-Interessen. Allein dafür wollte ich hier plädieren. Die Voraussetzungen strafrechtsvergleichender Arbeit liegen damit insoweit nicht auf der Bewertung spezifischer strafrechtlicher Regelungen, sei es nach ihrem Demokratiegehalt, nach ihrer Effektivität oder Funktionalität zum Schutz spezifischer Interessen. Solcher Art wertende Strafrechtsvergleichung, die es freilich auch gibt, verfolgte vielmehr gänzlich andere Ziele, so der Harmonisierung oder der Vereinheitlichung der (Straf-)Rechte.[39] An einem Bewusstsein aber, dass die Einsetzung von nationalem Strafrecht aufgrund europäischer oder sonst transnationaler Vorgaben der jeweils spezifischen Methodik bedarf und dass es die einzelnen Methodiken weiter zu entwickeln und jeweils zu begründen gilt, daran fehlt es noch weiträumig.[40]

BIBLIOGRAPHIE

Dannecker, G. (1996) Strafrechtlicher Schutz der Finanzinteressen der Europäischen Gemeinschaft gegen Täuschung. *ZStW,* 108, 577–608.

Dannecker, G. (2017) In: Kindhäuser, U., Neumann, U. und Paeffgen, H.-U. (Hgg.), *Kommentar zum Strafgesetzbuch.* Bd. 3. Baden-Baden. Vor § 298 StGB, § 298 StGB.

Dannecker, G. (2019) Strafrecht in der Europäischen Gemeinschaft. *JZ,* 51, 869–880.

Eisele, J. (2019) In: Schönke, A. und Schröder, H. (Hgg.), *Kommentar zum Strafgesetzbuch.* München. § 299 StGB.

Eser, A. (2015) Strafrechtsvergleichung: Entwicklung – Ziele – Methoden. In: Eser, A. und Perron, W. (Hgg.), *Strukturvergleich strafrechtlicher Verantwortlichkeit und Sanktionierung in Europa, zugleich ein Beitrag zur Theorie der Strafrechtsvergleichung.* Freiburg, Berlin. 929–1112.

Feltes, Th. (1991) *Der staatliche Strafanspruch. Überlegungen zur Struktur, Begründung und Realisierung staatlichen Strafens. Eine Untersuchung im Zusammenhang mit der Sanktionsentwicklung in der Bundesrepublik Deutschland und der empirischen Bedeutung staatlichen Strafens, unveröffentlichtes Manuskript.* Tübingen, Eberhard-Karls-Univ. iur. Habil.

Hassemer, W. (1982) Die „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege" – ein neuer Rechtsbegriff? *StV,* 2, 275–280.

Krack, R. (2016) Entschleierte Schmiergelder nach der Reform des § 299 StGB. *ZIS,* 11, 83–90.

Lüderssen, K. (1989) *Die Krise des öffentlichen Strafanspruchs.* Frankfurt a.M.

Naucke, W. (1999) *Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik, Sammelband eigener Beiträge 1964–1995.* Frankfurt a.M.

[39] Grundlegend zu verschiedenen Methoden der Strafrechtsvergleichung, ihrer Benennung und Zielrichtung Eser 2015, 966 ff., 1026 ff.

[40] Hierfür hat sich auch ein DFG Projekt zur Rolle der Strafrechtsvergleichung bei der Europäisierung der Strafrechte maßgeblich eingesetzt (2011–2015), bis dato unveröffentlicht.

Sax, W. (1959) Grundsätze der Strafrechtspflege. In: Bettermann, K. A., Nipperdey, H. C. und Scheuner, U. (Hgg.), *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte.* Bd. III/2. Berlin. 909–1014.

Vogel, J. und Eisele, J. (2019) In: Grabitz, E., Hilf, M. und Nettesheim, M. (Hgg.), *Das Recht der Europäischen Union.* 3 Bde. 66. Ergänzungslieferung. München. Art. 83 AEUV.

Walther, F. (2011) *Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr. Internationale Vorgaben und deutsches Strafrecht.* (= Studien zum Wirtschaftsstrafrecht, Bd. 36. Herbolzheim.

Wörner, L. (2018) Wirksam genug? Normentheorie im Kontext funktionstüchtiger europäisierter Strafrechtspflege. In: Wagner, M. und Schneider, A. (Hgg.), *Normentheorie und Strafrecht.* Baden-Baden. 271–290.

Zieschang, F. (1997) Das Übereinkommen zum Schutz der finanziellen Interessen der EG und seine Auswirkungen auf das deutsche Strafrecht. *EuZW,* 8, 78–83.

Zieschang, F. (1999) Das EU-Bestechungsgesetz und das Gesetz zur Bekämpfung internationaler Bestechung. *NJW,* 52, 105–107.

Autorenverzeichnis / Contributors

Herausgeber / Editors

Prof. Dr. Lénárd Darázs, Eötvös Loránd Universität, Budapest
Prof. Dr. Eszter Cs. Herger, Universität Pécs
Prof. Dr. Éva Jakab DSc, Universität Szeged / Károli Gáspár Universität, Budapest
Prof. Dr. Krisztina Karsai DSc, Universität Szeged
Prof. Dr. László Imre Komlósi CSc, Széchenyi István Universität, Győr

Autoren der Beiträge / Authors

Prof. Dr. Eduardo Demetrio Crespo, Universität Castilla-la-Mancha Toledo
Prof. Dr. György Csepeli DSc, Eötvös Loránd Universität, Budapest
Dr. Kati Cseres, Amsterdam Centre for European Law & Governance, Amsterdam
Dr. Andor Gál, Universität Szeged
Prof. em. DDr. h.c. Gábor Hamza ord. Mitglied der Ung. Ak. d. Wiss., Eötvös Loránd Universität, Budapest
Prof. Dr. Judit Jacsó, Universität Miskolc
Dr. Mónika Józon, Sapientia – Hungarian University of Transylvania, Csíkszereda
Prof. Dr. András Kertész ord. Mitglied der Ung. Ak. d. Wiss., Universität Debrecen
Prof. Dr. Giorgi Khubua, Steinbeis Universität, Berlin
Dr. Judit Baranyiné Kóczy, Széchenyi István Universität, Győr
Prof. Dr. László Imre Komlósi CSc, Széchenyi István Universität, Győr
Prof. Dr. José-Domingo Rodríguez Martín, Universität Complutense, Madrid
Dr. Erzsébet Molnár, Universität Szeged
Prof. Dr. Tibor Nochta, Universität Pécs / Károli Gáspár Universität, Budapest
Prof. Dr. Csaba Pléh ord. Mitglied der Ung. Ak. d. Wiss., Central European University, Budapest
Dr. Norbert Pozsonyi, Universität Szeged
Prof. Dr. Krisztina Rozsnyai, Eötvös Loránd Universität, Budapest
Prof. Dr. Stefano Ruggeri, Universität Messina
Prof. Dr. Kurt Schmoller, Paris Lodron Universität Salzburg
Dr. Rita Simon, Institut für Staat und Recht an der Tschechischen Akademie der Wissenschaften, Prag

Sára Simon Doktorandin, Eötvös Loránd Universität, Budapest
Prof. Dr. Arndt Sinn, Universität Osnabrück
Prof. Dr. Markus Steppan, Universität Graz
Prof. Dr. Béla P. Szabó CSc, Universität Debrecen
Dr. Emese Újvári, Universität Debrecen
Prof. em. DDr. h.c. Lajos Vékás ord. Mitglied der Ung. Ak. d. Wiss., Eötvös Loránd Universität, Budapest
Prof. Dr. Liane Wörner, Universität Konstanz