



Badó Attila | Detlev W. Belling | Bóka János |
Mezei Péter (Hrsg.)

Internationale Konferenz zum zehnjährigen Bestehen des Instituts für Rechtsvergleichung der Universität Szeged

International Conference for the 10th Anniversary of the
Institute of Comparative Law of the University of Szeged

Conférence internationale au 10ème anniversaire de
l'Institut de droit comparé de l'Université de Szeged

Acta Iuridica Universitatis Potsdamiensis

ISSN (print) 2199-9686

ISSN (online) 2199-9694

Herausgegeben von

Prof. Dr. iur. Dorothea Assmann

Prof. Dr. iur. Dr. h. c. (SZTE) Detlev W. Belling, M.C.L. (U. of Ill.)

OKR i. R. Dr. iur. utr. Joachim Gaertner

Prof. Dr. iur. Wolfgang Mitsch

Prof. Dr. iur. Thorsten Ingo Schmidt

Band 1

Badó Attila | Detlev W. Belling |
Bóka János | Mezei Péter (Hrsg.)

**Internationale Konferenz
zum zehnjährigen Bestehen des
Instituts für Rechtsvergleichung
der Universität Szeged**

International Conference for the 10th Anniversary of the
Institute of Comparative Law of the University of Szeged

Conférence internationale au 10ème anniversaire de
l'Institut de droit comparé de l'Université de Szeged

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://www.dnb.de/> abrufbar.

Universitätsverlag Potsdam 2014

<http://verlag.ub.uni-potsdam.de/>

Am Neuen Palais 10, 14469 Potsdam

Tel.: +49 (0)331 977 2533 / Fax: 2292

E-Mail: verlag@uni-potsdam.de

Dieses Werk ist unter einem Creative Commons Lizenzvertrag lizenziert:

Namensnennung 4.0 International

Um die Bedingungen der Lizenz einzusehen, folgen Sie bitte dem Hyper-

link: <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>

Umschlagfoto: Karla Fritze, Universität Potsdam

Satz: Kadanik | Grafik- & Satzbüro, www.andrekadanik.de

Druck: docupoint GmbH Magdeburg

ISBN 978-3-86956-308-4

Zugleich online veröffentlicht

auf dem Publikationsserver der Universität Potsdam:

URL <http://pub.ub.uni-potsdam.de/volltexte/2014/7203/>

URN <urn:nbn:de:kobv:517-opus-72039>

<http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:kobv:517-opus-72039>

Inhaltsverzeichnis

Vorworte der Herausgeber	7
La question linguistique dans les Constitutions nationales en Europe occidentale: Que comparer? Comment comparer? <i>Jordane Arlettaz</i>	25
Amtsenthörung und andere Disziplinarmaßnahmen gegen Richter in den Vereinigten Staaten von Amerika <i>Attila Badó</i>	39
Einige Fragen der Haftung von Rechtsnachfolgern bei grenzüberschreitenden Spaltungen in rechtsvergleichender Perspektive <i>Kitti Bakos-Kovács</i>	51
Österreichische Wirkungen in der ungarischen Strafrechtswissenschaft vor 1848 am Beispiel der Straftaten gegen das Leben <i>Szilvia Bató</i>	71
Use of the Comparative Method by the Hungarian Constitutional Court - Conceptual and Methodological Framework for an Ongoing Research Project <i>János Bóka</i>	93
Question Migratoire: l'affaire franco-italienne et la remise en cause de l'espace Schengen. <i>Laureline Congnard</i>	109
The Application of International Law as an Instrument of Interpretation in Hungary – The Practice of the Constitutional Court and Ordinary Courts in a Comparative Approach <i>Erzsébet Csatlós</i>	127
Ulpian am Gerichtshof der Europäischen Union? Die Ähnlichkeiten der Rechtsprechung des antiken Roms und des Gerichtshofs der EU <i>Magdolna Gedeon</i>	145

Intégration européenne et couple franco-allemand <i>Carine Guemar</i>	157
Nouveau défi du droit d'auteur: Numérisation des livres indisponibles du XX ^e siècle <i>Dóra Hajdú</i>	165
Über die Grundzüge der Steuerhinterziehungsregelung in Deutschland, Österreich und Ungarn <i>Judit Jacsó</i>	177
How Should the Legal Systems of Eastern Europe Be Classified Today? <i>Katalin Kelemen / Balázs Fekete</i>	197
La réconciliation «standardisée» de la constitutionnalité nationale à l'intégration européenne: Etude comparative des décisions constitutionnelles <i>Péter Kruzsliz</i>	225
Die historische Entwicklung des ungarischen Urheberrechts bis zum ersten Gesetzentwurf <i>Péter Mezei / Tünde Szűcs</i>	239
A jogösszehasonlítás kezdetei és első lépései az MTA Állam- és Jogtudományi Intézetében <i>Péteri Zoltán</i>	269
<i>Differentiae</i> und <i>collatio</i> – Arbeiten aus dem 17. Jahrhundert über die Vergleichung des römischen Rechts mit den einheimischen Rechten in Ungarn <i>Béla P. Szabó</i>	277
Mitglieder des Instituts für Rechtsvergleichung seit 2003.....	291

Vorwort der Herausgeber

Mehr als 20 Jahre nach der Gründung der Universität Potsdam und ihrer Juristischen Fakultät erscheint die Zeit reif, in einer eigenen Schriftenreihe die hier erfolgende rechtswissenschaftliche Forschung zu dokumentieren, die internationale Ausrichtung der Fakultät sichtbar zu machen und hervorragenden Nachwuchswissenschaftlern ein Forum für ihre Arbeiten zu bieten. Diesen Zielen dienen die *Acta Iuridica Universitatis Potsdamiensis*, deren erster Band hiermit vorgelegt wird.

Die Schriftenreihe wird sowohl die dogmatischen Kerngebiete des Zivil-, Straf- und öffentlichen Rechts behandeln als auch den Grundlagenfächern wie dem Kirchenrecht, der Rechtsgeschichte und der Rechtsphilosophie den ihnen gebührenden Platz einräumen. Schließlich wird sie sich auch neueren Rechtsgebieten wie dem Medien-, dem Energie- und dem Sportrecht öffnen. Die gemeinsame Klammer stellt dabei stets die Verbindung zu Potsdam dar, sei es dass die Autoren an dieser Universität forschen und lehren, einer Partneruniversität angehören oder hier ihre Dissertation verfasst haben.

Dieser Ausrichtung gemäß werden die Werke dieser Reihe vornehmlich in deutscher Sprache erscheinen. Es sind aber auch Publikationen in anderen anerkannten Wissenschaftssprachen möglich, vor allem im Kontext internationaler Tagungen. Das bezeugt der vorliegende Band.

Die Schriftenreihe sieht sich dem Open-Access-Gedanken verpflichtet. Um möglichst breite Wirkung entfalten zu können, erscheinen die Werke dieser Reihe daher nicht nur als Printausgabe, sondern auch in einer kostenfrei über den Server des Universitätsverlags Potsdam abrufbaren Onlineversion.

Zur Sicherung der Qualität der veröffentlichten Arbeiten hat sich ein Kreis von fünf Herausgebern zusammengefunden, die die verschiedenen Rechtsgebiete in Forschung und Lehre an der Universität Potsdam vertreten.

Möge die Reihe dereinst viele Bände umfassen und die Stellung von Potsdam als Ort rechtswissenschaftlicher Forschung stärken!

Potsdam, 1. Oktober 2014

Thorsten Ingo Schmidt
Im Namen der Herausgeber



Prof. Dr. Badó Attila

*Head of the Institute, Professor of Law
Univ. Prof., Institutsdirektor
Professeur des universités, directeur
d'Institut*



Dr. Bóka János

*Assistant Professor
Univ. Oberassistent
Assistant-professeur*



*Prof. Dr. iur. Dr. h. c. (SZTE)
Detlev W. Belling, M.C.L. (U.
of Ill.)*

*Individual Responsible for the German
Legal training program
Geschäftsführer der Deutschen
Rechtsschule
Responsable des formations juridiques
en langue allemande*



*Dr. Mezei Péter
Director of the American Legal
training program
Leiter der Amerikanischen Rechtsschule
Directeur des formations du droit des
Etats-Unis*

I. Előszó

2003-ban alakult meg az Összehasonlító Jogi Intézet azzal a céllal, hogy a Magyarországon hagyományokkal rendelkező, ám az egypártrendszer időszakában elhanyagolt diszciplína fejlődésének a szegedi egyetemi intézményesülés is lökést adhasson. Az oly sok vitát kiváltó, tudományterületi besorolást is csak konstans kételyek mellett megszerző összehasonlító jog már korábban helyet kapott a szegedi jogászképzésben, és a komparatív módszert alkalmazók köre is folyamatosan bővült az Állam- és Jogtudományi Karon. Egy önálló összehasonlító jogi műhely megalakításához azonban ez kevés lett volna. Szükség volt egy újításra fogékony kari vezetésre, és olyan támogatókra, akik fantáziát láttak egy nemzetközi kutatásokat és idegen nyelvű képzéseket koordináló kutatócsoport felállításában.

Tíz év telt el azóta, és ideje volt a számvetésnek, amihez egy tudományos intézet esetén mi tűnhetne alkalmasabbnak, mint egy nemzetközi konferencia. Úgy gondoltuk, hogy egy ilyen rendezvényen mérlegre kerülhet mindaz, amit az oktatásban és a kutatás területén felhalmoztunk az utólag nagyon rövidnek érzett esztendőnkben. Bemutakozhatnak mindazok, akik a stáb tagjaként, vagy együttműködő partnerként tettek valamit a közösen felvázolt célok érdekében, továbbá azok is, akik elkötelezettek az összehasonlító módszer iránt saját tudományterületük művelése során.

Az „International Conference for the 10th Anniversary of the Institute of Comparative Law” című nemzetközi konferencia 2013. május 24-én került megrendezésre. A négy nyelvű rendezvényen több mint harminc előadó mutatta be összehasonlító jogi módszerrel végzett kutatásainak eredményeit.

A rendezvény plenáris ülését Szabó Gábor rektor nyitotta meg, Hajdú József, az ÁTJK dékánja köszöntötte az egybegyűlteket. Az Intézet oktatási és kutatási tevékenységét Badó Attila ismertette, majd Paczolay Péter, a Magyar Alkotmánybíróság elnöke tartott előadást a jogösszehasonlítás alkotmánybíráskodási munkájában betöltött szerepéről. Előadásában hangsúlyozta, hogy e módszertan megjelenésére több okból és módon is lehetőség nyílhat, de meghatározóvá meglátása szerint nem válhat a közeljövőben. Bencze Mátyás, a Debreceni Egyetem Állam- és Jogtudományi Karának docense a jogösszehasonlítás módszertanának a rendes bíráskodásban betöltött szerepéről folytatott kutatásait ismertette a közönséggel.

A plenáris ülés zárásaként az Intézet német, angol és francia nyelvű jogász és szakfordító képzéseinek múltjáról, jelenéről és jövőjéről tartottak rövid prezentációt a képzések egykori és mai vezetői (Detlev W. Belling, Eric Blin, Mezei Péter). A német és az angol nyelvű képzéseink rendkívül hosszú múltra tekintenek vissza, az eddigi évfolyamok keretében több mint négyszáz hallgató szerzett oklevelet. Az idegen nyelven folytatott tanulmányok a hallgatók és szülei részéről komoly áldozatvállalást igényelnek, a tapasztalatok mégis azt mutatják, hogy az érdeklődés továbbra is töretlen.

Az ebédszünetet követően angol, francia és német nyelvű szekcióülésekre került sor, ahol az SZTE ÁJTK oktatói mellett az Intézet partneregylemeiről (Potsdam, Montpellier), magyarországi társakarokról (Debrecen, Pécs, Miskolc), továbbá bírságokról érkező vendégek adták elő kutatási területük egy-egy érdekes szegletét. A témakörök rendkívül széles spektrumát vonultatta fel a rendezvény: a jogtörténeti vonatkozásoktól kezdve, az összehasonlító alkotmányjogi vagy magánjogi kérdéseken, illetve nemzetközi jogi problémákon keresztül olyan modernnek számító témakörökig, mint a hazugságvizsgálati módszerek vagy a szerzői jogilag védett tartalmak digitalizálása.

A kötet, amelyet kezében tart az olvasó jórészt – de nem kizárólagosan – a konferencián elhangzott előadások szerkesztett változatait tartalmazza. Célja és jelentősége azonban messze túlmutat ezen: átfogó, négy nyelvű panorámát ad az összehasonlító jogtan és az összehasonlító módszer aktuális kérdéseiről, és e minőségében a nemzetközi irodalomban is egyedülálló. Bár a tanulmányok a kötetben a szerzők betűrendi sorrendjében nyertek elhelyezést, azok tartalma koherens tematikus és módszertani koncepciót tükröz.

Péteri Zoltán esszéje tudománytörténeti oldalról közelíti meg a diszciplinát, Kelemen Katalin és Fekete Balázs tanulmánya pedig ezzel érintkezően azt az utat mutatja be, amit a Kelet-Európa jogrendszeireinek klasszifikációjára irányuló kísérletek jártak be a rendszerváltásokat követő évtizedekben, és próbálkozik azok meghaladásával. A történeti szemlélet a kötet más írásaiban is tetten érhető, elsősorban Bató Szilviának, Gedeon Magdolnának és Szabó P. Bélának a „jogtörténet és jogösszehasonlítás” iskolát megidéző, illetve Mezei Péter és Szűcs Tünde jogági jogtörténeti írásaiban. Az összehasonlító jogtan jog- és szervezetszociológiával, valamint politikatudománnyal érintkező arcát mutatja Badó Attilának az Egyesült Államok bíraira vonatkozó fegyelmi szankciórendszer vizsgáló elemzése. A politikatudományi vonalat

erősítik az európai integráció aktuális kérdéseit tárgyaló közlemények Carine Guemar és Laureline Congnard tollából.

Természetesen szép számmal szerepelnek a kötetben a hagyományos normatív jogági komparatistikát képviselő tanulmányok az alkotmányjog (Jordane Arlettaz és Kruszlicz Péter), társasági jog (Bakos-Kovács Kitti), szerzői jog (Hajdú Dóra) és az adójog (Jacsó Judit) területéről. Mindezek mellett külön csoportot képeznek Bóka János és Csatlós Erzsébet írásai, amelyek az összehasonlító módszer alkalmazását vizsgálják egyes bírói fórumok gyakorlatában.

Az összehasonlító jogtan dinamikusan fejlődő tudományterület, és az összehasonlító módszer alkalmazása az egyes jogági kutatások keretei között szintén egyre népszerűbb. A jubileumi konferencia és a tanulmánykötet üzenete tehát nemcsak az Összehasonlító Jogi Intézet eddigi munkájának elismerése, hanem egyben új célok és törekvések felvázolása. A folyamatosan változó jogi és szellemi környezetben is állandóak azonban a legfontosabb alapelvek. Az Intézet jelmondata: „instruere et docere omnes qui edoceri desiderant” – „tanítani és oktatni mindenkit, aki tanulni kíván”. A tanulás és tanítás szándéka, a kutatás szabadsága, a magyar és egyetemes jogi kultúra legnemesebb hagyományainak átadása és fejlesztése vezérel bennünket az elkövetkező évtizedekben is.

Szeged, 2014. július 31.

Badó Attila, intézetvezető egyetemi tanár

Mezei Péter, egyetemi docens

Bóka János, egyetemi adjunktus

II. Foreword

The Institute of Comparative Law was established in 2003 with the objective of promoting comparative law, a discipline with a rich tradition in Hungary but much neglected under the communist era, using the newly acquired institutional framework in Szeged as a fresh impetus in the process. Even though the status of comparative law as part of general jurisprudence has been subject to an intense scholarly debate, it has become a standard component of the university curriculum for law students at the University of Szeged and the number of professors applying the comparative method for educational and research purposes has been constantly on the rise at the Faculty of Law. Despite this fact the establishment of an independent hub for comparative law needed more: a Faculty leadership receptive to innovation, supporters who saw perspective in setting up a team devoted to conducting international research projects and coordinating professional training programs in foreign languages.

Ten years have passed since then and time has come to take stock; and in the case of a research institute what could be more fitting for such purposes than an international conference. The idea behind the conference was to present, discuss and evaluate our educational and research experience accumulated during those ten years that now in hindsight look like an extremely short period of time. The conference provided an opportunity for all colleagues and partners who contributed to our shared objectives and for those who are committed to the application of a comparative legal methodology in their respective areas of interest.

The International Conference for the 10th Anniversary of the Institute of Comparative Law took place in Szeged, Hungary on 24 May 2013 with the participation of more than thirty speakers presenting the results of their comparative legal research in four languages. The plenary session was opened by Mr Gábor Szabó, rector of the University of Szeged followed by the welcome speech of Mr József Hajdú, dean of the Faculty of Law and the presentation of Mr Attila Badó, head of the Institute of Comparative Law on the educational and research activities of the Institute. Mr Péter Paczolay, president of the Hungarian Constitutional Court spoke about the role of the comparative method in the jurisprudence of the Court emphasising that while legal comparison appears in many forms and for many reasons in various rulings, its importance will remain limited in the near future. Mr Mátyás Bencze, associate pro-

fessor at the University of Debrecen, Faculty of Law gave a brief outline of his research on the use of the comparative method by regular courts. As a conclusion of the plenary session, former and present directors of German, English and French legal and legal translator specialist trainings offered by Institute (Messrs Detlev W. Belling, Eric Blin, Péter Mezei) shared their ideas on the past, present and future of these programs. In the framework of the Institute's German and English training programs more than four hundred students have obtained their diplomas so far. Even though the completion of the foreign-language curriculum requires serious efforts and sacrifice on behalf of students and their parents alike, experience shows that the popularity of the programs has not faded.

After the lunch break the conference continued with panel sessions with the participations of lecturers from the University of Szeged, partner universities of the Institute (Potsdam, Montpellier), other Hungarian universities (Debrecen, Pécs, Miskolc) as well as judges and court officials. The conference managed to highlight a number of issues ranging from legal history, comparative private and constitutional law, through to problems of international law and including such contemporary topics as lie detection and digitalisation of copyrighted materials.

The present volume contains mostly – but not exclusively – the edited versions of the presentations delivered at the conference. Its objective and significance, however, goes beyond the reproduction of conference materials: it gives a comprehensive, multi-lingual panorama on current issues on comparative law and comparative legal methodology thus being a unique endeavour in international literature. While the studies in the book follow each other in alphabetical order, their content reflects a coherent thematic concept.

The essay by Mr Zoltán Péteri approaches the discipline from a historical perspective, echoed by the study of Ms Katalin Kelemen and Mr Balázs Fekete that undertakes to chart and transcend the development of classification attempts related to legal systems in Eastern Europe. A historical approach is also present in the writings of Ms Szilvia Bató, Magdolna Gedeon and Mr Béla P. Szabó under the influence of the 'legal history and comparative law' school as well as in the chapter written by Mr Péter Mezei and Ms Tünde Szűcs on a subject that can be best characterized as traditional normative legal history. Comparative law bordering on legal and organisational sociology and political science is represented in the volume by Mr Attila Badó's analysis of the disciplinary system applicable to U.S. judges. Political science is given further

emphasis in the works of Ms Carine Guemar and Laureline Congnard on selected issues of European integration.

In addition, one can find a number of studies focusing on traditional normative legal comparison from the fields of constitutional law (Ms Jordane Arlettaz and Mr Péter Kruzslicz), company law (Ms Kitti Bakos-Kovács), copyright law (Ms Dóra Hajdú) and the law of taxation (Ms Judit Jacsó). These studies are complemented by the writings of Mr János Bóka and Ms Erzsébet Csatlós on the use of the comparative method by various courts.

Comparative law is developing dynamically and the use of the comparative method is becoming widespread as a tool in normative and empirical legal research. Accordingly, the objective of the anniversary conference and conference book is not only to acknowledge the work completed but to chart new challenges and tasks. The most important principles, however, remain the same even in a constantly changing legal and intellectual environment. The Institute's motto reads: "instruere et docere omnes qui edoceri desiderant" – "to instruct and teach all who desire to be taught." The desire to learn and teach, the freedom of research, and the preservation and development of the most noble traditions of the Hungarian and universal legal culture will guide us in the coming decades as well.

Szeged, 31 July 2014

Attila Badó, head of institute, professor of law

Péter Mezei, associate professor

János Bóka, assistant professor

III. Vorwort

Das Institut für Rechtsvergleichung wurde im Jahr 2003 mit dem Ziel gegründet, der Rechtsvergleichung im Rahmen der universitären Institutionalisierung in Szeged einen neuen Schub zu geben. Davor, in Zeiten des Einparteiensystems, wurde diese Disziplin sehr vernachlässigt. Die damals als umstritten geltende Rechtsvergleichung konnte sich ihre Einstufung als Wissenschaftsgebiet nur unter ständigem Zweifeln erstreiten. Gleichwohl hat sie im Rahmen der juristischen Ausbildung bereits früher eine Rolle gespielt und immer mehr Rechtswissenschaftler haben die vergleichende Methode an der Juristischen Fakultät in Szeged angewendet. All dies hätte aber zum Aufbau eines eigenständigen Instituts noch nicht ausgereicht. Vielmehr waren dafür die für die Innovation offene Fakultätsleitung und solche Unterstützer notwendig, die die Wichtigkeit einer Forschungsgruppe, welche die fremdsprachigen Studienprogramme und die internationalen rechtsvergleichenden Projekte unter einem Dach vereint, erkannt haben.

Nach zehn Jahren war es an der Zeit, Bilanz zu ziehen. Im Falle eines Forschungsinstituts kann dafür nichts besser geeignet sein als eine internationale Konferenz. In diesem Rahmen konnten wir unsere Ergebnisse, die wir im Bereich Bildung und Forschung in den vergangenen – aber retrospektiv als sehr kurz empfundenen – Jahren erreicht haben, präsentieren. Zudem bot die Konferenz für unsere Mitarbeiter, langjährigen Kooperationspartner und weitere, sich für die rechtsvergleichende Methode begeisternde Wissenschaftler, eine Gelegenheit, ihre Forschungsarbeiten einer breiteren Öffentlichkeit vorzustellen.

Die Konferenz „International Conference for the 10th Anniversary of the Institute of Comparative Law“ hat am 24. Mai 2013 stattgefunden. Im Rahmen der viersprachigen Konferenz haben mehr als dreißig Teilnehmer ihre Forschungsergebnisse präsentiert.

Die Plenarsitzung wurde vom Rektor der Universität Gábor Szabó eröffnet und József Hajdú, der Dekan der juristischen Fakultät der Universität Szeged, begrüßte die Anwesenden. Attila Badó legte die Ausbildungs- und Forschungsergebnisse des Instituts dar. Danach hielt Péter Paczolay, der Präsident des Verfassungsgerichts, einen Vortrag über die Rolle der Rechtsvergleichung in den Arbeitsmethoden der Verfassungsrichter. Er betonte darin die Daseinsberechtigung dieser Methode, schloss aber ihre Festigung in der nahen Zukunft aus. Mátyás Bencze, Dozent der Juristischen Fakultät der Universität Debrecen, sprach über

seine Forschungsergebnisse und die Rolle der rechtsvergleichenden Methode in der Rechtsprechung.

Zum Schluss der Plenarsitzung präsentierten die ehemaligen und gegenwärtigen Leiter der fremdsprachigen Studiengänge, Detlev W. Belling, Eric Blin und Péter Mezei die Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft der Programme. Die deutsch- und englischsprachigen Studiengänge bestehen seit langen Jahren; bis jetzt haben sie beinahe 400 Teilnehmer absolviert. Die fremdsprachigen Studiengänge fordern zwar viele Opfer sowohl von den Studenten als auch von deren Eltern, die Erfahrungen zeigen aber, dass das Interesse weiterhin ungebrochen ist.

Nach der Mittagspause folgten die Sektionssitzungen auf Englisch, Deutsch und Französisch. Neben Mitarbeitern der Universität Szeged stellten unsere langjährigen Kooperationspartner aus Potsdam und Montpellier, Wissenschaftler von den anderen Fakultäten (Debrecen, Pécs, Miskolc) und Richter ihre Forschungsergebnisse vor. In den Sektionen wurden verschiedene Themen präsentiert, angefangen von Themen mit Bezug auf Rechtsgeschichte, vergleichende Verfassungs- oder privatrechtliche Fragen, völkerrechtliche Problemen bis hin zur polygraphischen Methode und zur Digitalisierung.

Die editierten Konferenzbeiträge erscheinen im vorliegenden Tagungsband. Seine Bedeutung geht aber weit darüber hinaus: So ist eine viersprachige Zusammenfassung über die aktuellen Fragen der Rechtsvergleichung und rechtsvergleichenden Methoden enthalten, weshalb der Band als solcher auch in der internationalen Literatur einzigartig ist. Obwohl die Aufsätze in alphabetischer Reihenfolge nach dem Namen des Autors folgen, spiegelt deren Inhalt kohärent ein thematisches und methodisches Konzept.

Der Essay von Zoltán Péteri blickt auf die Disziplin aus der Perspektive der Wissenschaftsgeschichte. Katalin Kelemen und Balázs Fekete gehen in ihrem Aufsatz der Frage nach, welchen Weg die Versuche der Klassifikation der Rechtssysteme von Osteuropa in der späten Phase der Umbrüche der 1980/90er Jahren genommen haben. Die historische Betrachtungsweise mit Bezug auf Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung spiegelt sich auch in anderen Essays wider, vor allem in den Aufsätzen von Szilvia Bató, Magdolna Gedeon und Béla Szabó P. sowie auch in den Aufsätzen von Péter Mezei und Tünde Szűcs. Attila Badó analysiert die Rechtsvergleichung aus der Sicht des Rechts, der Soziologie und der Politikwissenschaft anhand von Untersuchungen über das Sanktionsystem der Richter in den USA. Diese politikwissenschaftliche Seite wird auch in den Aufsätzen über die aktuellen Fragen der

europäischen Integration von Carine Guemar und Laureline Congnard betont.

Eine Reihe von Aufsätzen behandeln die konventionelle normative Komparatistik auf dem Gebiet des Verfassungsrechts (Jordane Arlettaz und Péter Kruzslicz), Gesellschaftsrechts (Kitti Bakos-Kovács), Urheberrechts (Dóra Hajdú) und Steuerrechts (Judit Jacsó). Eine weitere Gruppe bilden daneben die Aufsätze von János Bóka und Erzsébet Csatlós, die die Verwendung der vergleichenden Methode in der Praxis der Rechtsprechung untersuchen.

Die Rechtsvergleichung ist eine sich dynamisch entwickelnde Disziplin und die Anwendung der vergleichenden Methode im Rahmen anderer Forschungen im Bereich von anderen Rechtsgebieten ist immer beliebter. Die Konferenz und dieser Band dienen nicht nur der Würdigung der bisherigen Arbeit des Instituts für Rechtsvergleichung, sondern zeigen gleichzeitig neue Ziele auf. Die wichtigsten Grundsätze bleiben aber fest verankert auch in einem sich stets verändernden rechtlichen und geistigen Umfeld. Das Motto des Instituts lautet „instruere et docere omnes qui edoceri desiderant“ – „alle lehren, die lernen wollen.“ Auch in den folgenden Jahrzehnten werden uns der Wille des Lernens und Lehrens, die Freiheit der Forschung sowie die Übertragung und Weiterentwicklung der ungarischen wie globalen Rechtskultur leiten.

Szeged, 31. Juli 2014

Attila Badó Univ. Prof., Institutsleiter

Péter Mezei, Dozent

János Bóka, Oberassistent

IV. Préface

L'Institut de Droit Comparé a été créé en 2003 dans le but d'inciter, par son institutionnalisation à l'Université de Szeged, au développement d'une discipline héritière d'une tradition remarquable mais pourtant négligée lors du régime de parti unique. Le droit comparé, qui a provoqué tant de débats et qui a seulement acquis une classification scientifique dans le doute permanent, a déjà fait partie de la formation juridique de l'Université de Szeged par le passé, et le nombre des pratiquants de la méthode comparative a constamment augmenté. Pourtant, ceci n'aurait pas été suffisant pour fonder un atelier autonome de droit comparé. Pour cela, une direction de la faculté ouverte aux innovations était indispensable, nos mécènes percevant le potentiel de l'établissement d'un groupe de recherche coordonnant des recherches internationales et des formations en langues étrangères.

Dix années se sont depuis écoulées et l'heure du bilan est arrivée. S'agissant d'un institut scientifique, un colloque international semblait approprié pour marquer l'occasion. Nous avons pensé qu'un tel événement était adéquat pour mettre en perspective ce que nous avons accumulé dans l'enseignement et la recherche au fur et à mesure des années écoulées, qui nous ont semblées extrêmement courtes. L'occasion a été offerte à tous ceux qui ont contribué à la réalisation de nos objectifs communs en tant que membres de l'équipe ou en tant que partenaire de se présenter, tout comme à ceux qui sont engagés dans la méthode comparative en pratiquant leurs propres domaines scientifiques.

Le colloque international intitulé « International Conference for the 10th Anniversary of the Institute of Comparative Law » a été organisé le 24 mai 2013. Lors de cet événement se déroulant en quatre langues, une trentaine d'intervenants ont présenté les résultats de leurs recherches scientifiques en droit comparé.

La séance plénière a été ouverte par Gábor Szabó, président de l'Université. Ensuite, József Hajdú, doyen de la Faculté de Droit et des Sciences Politiques, a salué les participants. Attila Badó a présenté l'activité de recherche et d'enseignement de l'Institut, puis Péter Paczolay, président de la Cour constitutionnelle hongroise, a donné une conférence sur le rôle du comparatisme dans le travail de la juridiction constitutionnelle. Il a souligné dans son intervention que plusieurs raisons et moyens peuvent donner une opportunité à l'apparition de cette méthode, bien que, selon son analyse, elle ne va pas devenir déterminante dans un avenir proche. Mátyás Bence, maître de conférences à la Faculté de droit de

l'Université de Debrecen, a présenté au public ses recherches portant sur le rôle de la méthode comparative dans la juridiction ordinaire.

Pour clore la session plénière, les anciens et actuels directeurs (Detlev W. Belling, Eric Blin, Péter Mezei) ont donné une conférence sur le passé, le présent et l'avenir des formations juridiques et de la traduction juridique de l'Institut de langues anglaise, française et allemande. Les formations en anglais et en allemand ont un passé remarquablement long: dans les différentes promotions, plus de quatre cents étudiants ont obtenu leurs diplômes jusqu'à présent. Bien que les études menées en langue étrangère exigent un sacrifice conséquent de la part des étudiants ainsi que de leurs parents, l'intérêt porté à nos formations reste continu selon notre expérience.

Après la pause déjeuner ont eu lieu les sessions en langue anglais, allemand et français, au cours desquelles les invités des différentes universités partenaires (Potsdam, Montpellier), des facultés de droit hongroises (Debrecen, Pécs, Miskolc) ainsi que des tribunaux sont intervenus, à côté des enseignants de la Faculté de Droit et des Sciences Politiques de l'Université de Szeged, pour présenter les éléments pertinents de leurs sujets de recherche. Cet événement a permis de couvrir une large gamme des domaines, des aspects historiques du droit aux sujets plus modernes tels que les méthodes de détection de mensonges ou la numérisation des œuvres protégées par le droit d'auteur, en passant par les questions du droit constitutionnel ou du droit privé comparé, ainsi que par les problématiques du droit international.

L'ouvrage que le lecteur tient entre les mains contient en grande partie – mais non exclusivement – la version éditée des conférences du colloque. Cependant, son objectif et son importance sont bien plus ambitieux que cela: il offre en quatre langues une idée complexe des questions actuelles du droit comparé et de la méthode comparative, ce qui le rend unique dans la littérature internationale. Bien que les études se structurent selon l'ordre alphabétique des auteurs, leurs contenus reflètent un concept méthodologique et thématique cohérent.

L'essai de Zoltán Péteri aborde cette discipline sous un angle historique. En joignant cette approche, l'étude de Katalin Kelemen et Balázs Fekete démontre et tend à dépasser le processus des tentatives de classification des systèmes juridiques des pays de l'Europe de l'Est après les changements de régime. Cet angle historique est également présent dans certains autres actes du colloque, en premier lieu grâce à Szilvia Bató, Magdolna Gedeon, et Béla P. Szabó qui évoquent l'école de « l'histoire et le comparatisme du droit », ainsi que grâce aux essais portant sur l'histoire d'une branche en particulier du droit, de Péter Mezei et Tünde

Szűcs. L'analyse d'Attila Badó portant sur les sanctions disciplinaires des juges aux États-Unis démontre la connexion du droit comparé avec la sociologie du droit et des organisations ainsi qu'avec les sciences politiques. L'approche politologique est renforcée par les actes traitant de l'actualité de l'intégration européenne, sous la plume de Carine Guémar et de Laureline Gongnard.

Bien entendu, les études représentant le comparatisme normatif classique concernant les différentes branches du droit sont assez nombreuses, telles que le droit constitutionnel (Jordan Arlettaz et Péter Kruzslicz), le droit des sociétés (Kitti Bakos-Kovács), le droit d'auteur (Dóra Hajdú) et le droit fiscal (Judit Jacsó). A côté de cela, les essais de János Bóka et Erzsébet Csatlós forment un groupe séparé, tous les deux étudiant la méthode comparative dans la jurisprudence de certaines juridictions.

Le droit comparé est une discipline qui évolue de façon dynamique. Aussi, l'application de la méthodologie comparative dans le cadre des recherches juridiques devient de plus en plus populaire. Le message de ce colloque décennaire et les actes du colloque sont beaucoup plus qu'une simple reconnaissance du travail de l'Institut de Droit Comparé, car il porte également en lui l'ambition de présenter de nouveaux objectifs et tendances. Toutefois, même dans cet environnement juridique et académique changeant, les principes demeurent inchangés. La devise de l'Institut est: « instruire et docere omnes qui edoceri desiderant » - « instruire et enseigner tous ceux qui désirent être enseignés ». Cette volonté d'apprendre et d'enseigner, la liberté de recherche, le transfert et le développement des traditions les plus nobles des cultures juridiques hongroise et universelle, dressent la feuille de route des décennies à venir.

A Szeged, le 31 juillet 2014

Professeur Attila Badó, directeur de l'Institut de Droit Comparé

Péter Mezei, maître de conférences

János Bóka, maître assistant

V. Vorwort

Das Institut für Rechtsvergleichung der Juristischen Fakultät der Universität Szeged, das von Univ.-Prof. Dr. Attila Badó geleitet wird, hat sich in den zurückliegenden Jahren um Forschung und Lehre verdient gemacht. Die Mitglieder des Instituts können auf das Erreichte stolz sein. Das zehnjährige Jubiläum wurde durch eine internationale Konferenz gekrönt. Eine Auswahl von Beiträgen findet sich in dem vorliegenden Band, mit dem die Reihe „Acta Iuridica Universitatis Potsdamiensis“ eröffnet wird. Sie zeugen vom hohen Stand der Jurisprudenz in Ungarn. Dass in Ungarn das Fach Rechtsvergleichung mit neuem Leben erfüllt wird, ist auf den Fall des Eisernen Vorhangs vor 25 Jahren zurückzuführen. Diesem Ereignis, das wesentlich von Ungarn ausging, verdankt die Juristische Fakultät in Potsdam ihre Existenz. Wir sind dankbar für das Geschenk der Freiheit!

Durch den ersten Band der neuen Schriftenreihe wird die enge Verbundenheit zwischen der Juristischen Fakultät der Universität Szeged und der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam dokumentiert. Seit mehreren Jahren gedeiht die vertrauensvolle Zusammenarbeit zwischen beiden Fakultäten. Das wechselseitige Interesse und der rege Gedankenaustausch zwischen Professoren, akademischen Mitarbeitern und Kommilitonen zeugen davon. Die enge Kooperation findet ihren Ausdruck durch die Deutsche Rechtsschule an der Universität Szeged. Sie führt den Studiengang „Deutsches Recht: Die Deutsche Rechtsschule mit Ausbildung zum Fachübersetzer“ durch und belebt dadurch die Rechtsvergleichung. Auch für die Deutsche Rechtsschule gilt das Motto des Instituts für Rechtsvergleichung von Univ.-Prof. Dr. Attila Badó „instruere et docere omnes qui edoceri desiderant“. In ihrer Ausbildung erfahren die Teilnehmerinnen und Teilnehmer des Studiengangs die Bedeutung des Satzes „per aspera ad astra“.

Das Band zwischen der Juristischen Fakultät der Universität Szeged und der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam ist fest und wird durch weitere Perlen geziert werden.

Potsdam, 1. Oktober 2014

*Dr. iur. Dr. h. c. (SZTE) Detlev W. Belling, M.C.L. (U. of Ill.)
Professor für Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht
Universität Potsdam
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeits- und Sozialrecht*

La question linguistique dans les Constitutions nationales en Europe occidentale: Que comparer? Comment comparer?

Jordane Arlettaz

Professeur de Droit public Université Pierre-Mendès France, Grenoble 2

Dans le cadre de ce colloque consacré aux questions épistémologiques propres au droit comparé, il peut être pertinent d'évoquer les difficultés méthodologiques inhérentes à une recherche comparative portant sur le traitement constitutionnel des langues dans quatre États européens. Cette recherche est née à l'issue des réflexions initiées par la décision 99-412 DC du Conseil constitutionnel français en date du 15 juin 1999 et relative à la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires¹. Cette décision a en effet donné lieu à une importante publication d'articles doctrinaux² qui témoignaient alors du caractère exceptionnel de cette jurisprudence ainsi que de la complexité, des teneurs politique et symbolique, des enjeux philosophiques et enfin des controverses passionnelles que soulève la problématique des langues.

¹ Conseil constitutionnel, décision 99-412 DC, Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, 15 juin 1999, J.O. 18 juin 1999, p. 8964.

² Notamment: CLAPIÉ, Michel: *Le français restera la langue de la République*, in: Les Petites Affiches 2000/3. 14; DAUPS, Thierry: *Le compromis constitutionnel entre la langue de la République et les langues régionales ou les limites et les potentialités de l'unicité*, in: Les Petites Affiches 2000/146. 18.; DEBBASCH, Rolland: note, in: La Semaine juridique – édition générale 1999, II 10198; FRANGI, Marc: *Les collectivités locales face aux langues régionales*, in: L'Actualité juridique: Droit administratif 2000, 300; FRANGI, Marc: *Le Conseil constitutionnel et la question linguistique en France*, in: *Mises en œuvre des Droits de l'homme, L'Odyssée des Droits de l'homme II, Actes du Colloque international de Grenoble, octobre 2001*, L'Harmattan, Paris, 2003, 127; LARRALDE, Jean-Manuel: note, in: Dalloz, 1999/39, 598; Mathieu, Bertrand: note, in: Les Petites Affiches, 1999/188. 18; F. MÉLIN-SOUCRAMANEN, Ferdinand: *La République contre Babel*, in: Revue du droit public 1999/4. 985; OLIVESI, Claude: *Indivisibilité versus langues régionales*, in: Pouvoirs, 2000/93. 209; PIASTRA, Raphaël: note, in: Les Petites Affiches 2000/3. 10; PINTO, Roger: *La Charte européenne des langues régionales ou minoritaires. Examen des procédures constitutionnelles permettant à la France de devenir partie*, in: Journal de Droit International 2000/1. 35; ROUSSEAU, Dominique: *Chronique de jurisprudence constitutionnelle 1998-1999*, in: Revue du droit public 2000/1. 17. (sp. 58); SCHOETTL, Jean-Éric: *observations*, in: L'Actualité juridique: Droit administratif 1999. 573; VERPEAUX, Michel: note, in: Revue française du droit constitutionnel 1999/39. 594.

Dans cette décision, le Conseil constitutionnel opérait, au principal, un contrôle du Préambule et des objectifs poursuivis par la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires au regard des tout premiers articles de la Constitution, le Conseil reconnaissant au surplus que les engagements concrets souscrits par la France auprès du Conseil de l'Europe, non seulement n'étaient nullement contraires à notre Constitution mais étaient par ailleurs d'ores et déjà, pour l'essentiel, mis en œuvre par le droit positif français³. Dans le même temps, le Conseil constitutionnel s'est abstenu de préciser, par une formule devenue classique en matière de contrôle de constitutionnalité a priori des textes internationaux, que la ratification de la Charte appelait, au préalable, une révision de la Constitution. Dans ses divers commentaires portant sur la décision du Conseil, une partie de la doctrine a légitimement affirmé que le Conseil avait ce faisant jugé que la philosophie de la Charte s'opposait à la conception et à l'organisation de la République en France. Il est vrai qu'à cette occasion, le Conseil constitutionnel a réaffirmé les principes d'unicité du peuple français, d'indivisibilité de la République, d'égalité devant la loi et rappelé l'usage obligatoire de la langue française pour les personnes morales de droit public et les personnes de droit privé dans l'exercice d'une mission de service public. À la lecture donc des motivations ayant guidé le Conseil, il apparaissait que cette décision représentait plus qu'un simple jugement de compatibilité d'un texte international ou européen, à une norme constitutionnelle: le Conseil avait en réalité opposé une fin de non-recevoir à toute reconnaissance du droit des locuteurs de langues régionales à utiliser à autre langue que le français devant les autorités de l'État.

Prenant la mesure du débat qui s'initiait ainsi dans la doctrine, il était nécessaire de s'interroger plus largement sur **les modalités d'appréhension juridique de la langue**; interrogation qui menait nécessairement à l'étude des rapports entre langue et droit et, plus précisément, entre langue et constitutions nationales. Or, si la langue apparaît effectivement dans les déclarations de droits et libertés, elle est aussi présente au cœur des règles constitutionnelles portant sur l'organisation interne des pouvoirs ou celles tendant à définir les principes fondamentaux de l'État.

Il existait ainsi une sorte de paradoxe: alors que le traitement de la problématique des langues apparaissait en doctrine principalement sous

³ «N'est contraire à la Constitution, eu égard à leur nature, aucun des engagements souscrits par la France [au titre de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires], dont la plupart, au demeurant, se bornent à reconnaître des pratiques déjà mises en œuvre par la France en faveur des langues régionales», Conseil constitutionnel, décision 99-412 DC, Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, 15 juin 1999, J.O. 18 juin 1999.

l'angle des droits des locuteurs ou des droits des groupes linguistiques dans l'État, la lecture des constitutions démontrait au contraire que les modalités par lesquelles les États aménagent la pluralité linguistique sur leur territoire s'opéraient à travers la consécration d'un statut d'officialité des langues. Ainsi devait se comprendre la référence à la question linguistique dans les dispositions constitutionnelles relatives à l'aménagement des pouvoirs ou encore aux principes généraux définissant l'État. De ce premier recensement normatif, il pouvait être constaté que l'État était nécessairement lié à une langue et qu'ainsi, il existait une spécificité à la problématique linguistique: la langue est tout autant attachée à l'homme qu'à l'État. Ceci laissait déjà supposer que la traduction, dans le champ juridique, d'une revendication portant sur la reconnaissance du droit d'un locuteur à parler la langue de son choix devant les organes étatiques n'était pas dénuée d'effets sur l'organisation de l'État, mais appelait au contraire une modification de son propre régime des langues, une redéfinition de son modèle linguistique et, principalement, une mise en conformité de son appareil administratif. Ainsi, dès lors que l'État ne saurait être envisagé comme une institution linguistiquement neutre, la reconnaissance de la pluralité linguistique semblait a priori emporter des effets sur celui-ci.

Sans nier la pertinence d'une analyse de la reconnaissance des langues dans l'État à la lumière des droits fondamentaux, il convenait néanmoins de privilégier une **perspective étatiste** qui conduisait plus spécifiquement à l'étude de l'État plurilingue, de l'État qui reconnaît plusieurs langues régionales comme des langues officielles en droit. Cette perspective étatiste se légitimait par ailleurs en raison de la fonction duale que recouvre la langue dans l'État: la langue officielle est en effet la langue du droit, la langue de l'État en tant qu'institution productrice de normes, détentrice du monopole de la contrainte normative. Mais ce lien fonctionnel établi entre la langue et l'État s'allie par ailleurs à un lien de nature symbolique: l'État, catégorie historique qui entend légitimer sa souveraineté, se représente par la langue nationale. Ainsi, pour l'État, la langue officielle est tout à la fois celle dans laquelle s'élabore la règle juridique et celle qui caractérise l'unité de son assise sociale, qui participe à la définition de la Nation. Historiquement donc, l'État-nation s'est construit à la faveur d'une centralisation de son pouvoir, facteur d'unité, et d'une sacralisation de la langue nationale, facteur d'uniformité. Tout entière, la langue est ainsi venue légitimer l'État, le symboliser: la langue a accompagné la construction des États-nations. Or force est de constater que la pluralité linguistique a aujourd'hui pénétré le champ constitutionnel de certains États européens et bénéficie dès lors d'une reconnaissance juridique explicite. Dans ce contexte, et *de*

même que l'unilinguisme a pu caractériser l'État-nation, la constitutionnalisation des langues régionales suggérerait-elle un changement d'identité de l'État? Existerait-il des effets communément observables à la consécration de plusieurs langues officielles dans l'État, effets sur son ordre juridique, sur ses institutions, sur ses modalités de légitimation?

Par cette problématique, la recherche entendait fournir des réflexions théoriques qui permettraient de conceptualiser et de synthétiser le plurilinguisme étatique, d'offrir une intelligibilité à cet objet, de poser les premiers outils analytiques ou éléments de compréhension de l'État plurilingue, alors même que ce dernier ne faisait que trop rarement l'objet d'une recherche scientifique sous l'angle particulier de la théorie générale de l'État.

Mais un tel choix emportait nécessairement des problématiques d'ordre épistémologique. En effet, le traitement de la langue dans son rapport à l'individu ou au groupe, ne semble pas poser de difficulté insurmontable au regard notamment des travaux offerts par la sociolinguistique, la philosophie ou encore la psychanalyse. Les droits linguistiques, à l'instar des droits de l'homme, peuvent dès lors être pensés dans leur universalité et s'inscrire, naturellement, dans le cadre d'une étude comparative. À l'inverse, le traitement de l'État dans son rapport aux langues pourrait subir la critique de la comparaison. Les méthodes de reconnaissance des langues par les pouvoirs publics sont en effet si liées à l'histoire, à la culture et aux conditions de construction de l'État, qu'elles apparaissent par définition propres à chaque pays étudié. La perspective étatiste appelait donc à ce que la comparaison soit scientifiquement justifiée.

I. Que comparer? L'objet de la comparaison

Sur le plan théorique, la méthode comparative doit partir d'une classification qui, pour être intuitive, a cependant une valeur essentiellement heuristique⁴. Le choix des pays soumis au procédé comparatif ne peut ainsi se satisfaire de la seule constatation d'une pluralité linguistique constitu-

⁴ RICHARD, Pascal: *Le jeu de la différence. Réflexions sur l'épistémologie du droit comparé*. Les Presses de l'Université Laval, Québec, 2007.

tionnalisée, qui s'observe tant sur le continent européen⁵ qu'au Canada⁶ ou encore dans les pays africains⁷. Selon le Traité de droit comparé rédigé par Léontin-Jean CONSTANTINESCO, il y a cependant «*peu à dire sur les principes guidant le comparatiste dans le choix des ordres juridiques dont font partie les termes à comparer. En réalité, ce problème ne peut recevoir une réponse de principe, a priori ou abstraite. Aucun principe particulier ne commande ce choix. Le choix des ordres juridiques varie [donc] en fonction du but poursuivi in concreto par le comparatiste*»⁸. La méthodologie qui s'attache au droit comparé n'apparaît dès lors pas contraignante et laisse au chercheur une liberté relative en ce qui concerne la détermination des ordres juridiques susceptibles de subir le procédé comparatif. Il reste néanmoins possible de dégager des contraintes particulières au droit comparé qui permettent alors de guider le juriste dans ses choix personnels, au regard du but spécifique poursuivi par la recherche.

L'une de ces contraintes informe de ce que la méthode comparative entre des systèmes juridiques différents, par ailleurs étrangers, nécessite une connaissance suffisante de la langue dans laquelle les normes sont élaborées, formulées, interprétées et discutées. Le «bagage» linguistique du juriste opère alors nécessairement sa propre sélection. Si le chercheur retient une telle contrainte, par-delà la possibilité qui lui est donnée d'accéder aux droits étrangers à la faveur de traductions préalablement opérées ou de compilations de normes déjà effectuées, c'est qu'elle lui offre ce faisant le précieux privilège d'une ouverture personnelle et directe aux

⁵ Voir: PIERRÉ-CAPS, Stéphane: *Le statut constitutionnel de la langue nationale et/ou officielle*, in: LE POURHIET, Anne-Marie (sous la dir.): *Langue(s) et Constitution(s)*. Economica, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Paris, 2004, 93; HÉRAUD, Guy: *Le statut des langues dans les différents États et en particulier en Europe*, in: *Annales de la Faculté de droit de l'Université de Toulon et du Var, 1979-1980/5*. 92.

⁶ WOERHLING, José: *Conflits et complémentarités entre les politiques linguistiques en vigueur au Québec, au niveau fédéral et dans le reste du Canada*, in: NOREAU, Pierre et WOERHLING, José (sous la dir.): *Appartenances, institutions et citoyenneté*, éd. Wilson et Lafleur Itée, Montréal, 2005, 311.

⁷ HALOUI, Nazam: *L'identification des langues dans les Constitutions africaines*, in: *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 2001/45. 142. Voir également: MATALA-TALA, Léonard: UNILINGUISME OU MULTILINGUISME OFFICIEL EN DROIT COMPARÉ: LE CAS DE CERTAINS PAYS AFRICAINS, in: LE POURHIET, Anne-Marie (sous la dir.): *Langue(s) et Constitution(s)*. Economica, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Paris, 2004, 151.

⁸ CONSTANTINESCO, Léontin-Jean: *Traité de Droit comparé, Tome II, La méthode comparative*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (L.G.D.J.), Paris, 1974, 41. Ainsi, «deux problèmes méthodologiques ont été posés. Le premier était de savoir combien d'ordres juridiques on devait comparer; le deuxième était de préciser si avant de comparer on devait opérer une sélection: se pose alors la question des critères de sélection. Les deux problèmes constituent d'ailleurs plutôt des problèmes d'opportunité que de méthode. Dans les deux cas, le choix du comparatiste dépend d'abord du but poursuivi par la comparaison et, ensuite de ses possibilités personnelles.» (*Ibidem*, p. 38).

sources mêmes du droit, à la jurisprudence, aux débats constitutifs, aux discours politiques, à l'actualité juridique. Le chercheur doit cependant se garder d'avoir pour cela résolu le défi de l'altérité linguistique. La traduction à laquelle le comparatiste procède n'est en effet pas seulement linguistique mais également juridique: «*contrairement à ce que l'on pense encore trop souvent, l'art [du traducteur-interprète] ne s'applique pas seulement aux langues dans lesquelles s'expriment les droits considérés, qu'il faut traduire; il s'applique surtout aux droits eux-mêmes, qu'il faut révéler. Car, au sein de leurs langues respectives, les droits constituent eux aussi des langages, mais à leur façon. Et chacun d'eux est éminemment spécifique, dans la mesure même où les ordres juridiques qu'ils forment sont juridiquement autonomes*»⁹. En ce sens, comme le relève le Professeur PFERSMANN, «*le droit comparé naît du travail de reconstitution des contextes*»¹⁰, que la méthodologie employée devra alors garantir.

Le choix des pays soumis à la comparaison peut également s'opérer à la lumière des classifications de systèmes juridiques telles qu'issues de la macro comparaison. Celle-ci se différencie de la micro comparaison en ce qu'elle a une logique spécifique, globalisante, qui tend à regrouper les systèmes juridiques en familles, selon des critères préalablement déterminés. De fait, «*le préambule aux études comparatives est, bien souvent, formé par la mise en place de taxinomie*»¹¹. La micro comparaison consiste en revanche en une étude du détail, une comparaison entre les termes, les concepts, les normes. Si la macro comparaison «*a pour objectif la taxinomie des systèmes juridiques, elle permet au micro comparatiste de se situer*»¹². Elle peut en ce sens justifier la recherche comparative entre États issus d'une même culture juridique, notamment celle inscrite dans une tradition de droit romano-germanique, de droit civil. C'est cette catégorisation qui est apparue la plus pertinente dans l'étude de l'État plurilingue, en limitant volontairement l'analyse aux États d'Europe occidentale. Dans le cadre d'une recherche *micro* comparative, qui entend pour cela mobiliser un ensemble de normes, il faut en effet se préserver de ce que les concepts

⁹ PICARD, Étienne: *L'état du droit comparé en France, en 1999*, in: *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1999/4. 894.

¹⁰ Car «la question de savoir quelle proposition est exprimée par quel énoncé n'est [...] nullement limitée aux problèmes de traduction entre deux langues semi-ordinaires, mais se pose pour n'importe quel énoncé exprimant une proposition normative dans n'importe quelle langue» PFERSMANN, Otto: *Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit*, in: *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2001/2. 284.

¹¹ RICHARD 2007. 86.

¹² JALUZOT, Béatrice: *Méthodologie du droit comparé. Bilan et perspective*, in: *Revue Internationale de Droit Comparé* 2005/1. 46.

juridiques, les institutions ou encore les termes du droit ne s'inscrivent pas dans des cultures juridiques trop éloignées. Les notions d'officialité, de Constitution, d'État ou encore de Nation, pour être nécessairement rapportées au contexte particulier de chaque pays, doivent néanmoins pouvoir emporter une même signification juridique, une définition communément admise, sous peine de donner prise à d'éventuels contresens. Les systèmes étudiés doivent construire la norme juridique selon des procédures relativement similaires, avoir un rapport comparable au droit. Ces contraintes exigent dès lors une certaine proximité géographique comme indice préalable, bien qu'éventuellement réfutable, d'un sens commun accordé aux concepts du droit, d'une culture juridique partagée et donc susceptible de comparaison. Enfin, les États d'Europe occidentale se sont rejoints dans une même quête de souveraineté et d'affranchissements à l'égard d'Empires ou de puissances extérieures; à l'ère de la modernité, l'Europe a vu l'émergence de l'idée d'État-nation avec, il est vrai, une temporalité et une philosophie politique propres à chaque État, mais selon une même réalité historique. Cette approche commune de l'institution étatique n'est dès lors pas dénuée d'intérêt à l'heure d'une étude comparative de la pluralité linguistique selon une perspective strictement étatiste, ainsi qu'à l'aune d'une démarche visant à «*dégager des invariants et des matrices qui servent à la construction de modèles théoriques*»¹³.

Pour autant, le chemin emprunté dans l'étude de l'État plurilingue, qui tend à révéler une logique spécifique de la reconnaissance constitutionnelle des langues régionales dans son rapport à l'État, nécessite un test empirique qui appelle la prise en considération volontaire de formes différenciées d'État. Afin de systématiser ce qui peut relever spécialement du plurilinguisme dans la compréhension juridique de l'institution étatique, il faut en effet chercher à isoler la logique de la pluralité linguistique d'autres logiques constitutionnelles. Il convient donc de se saisir d'une diversité de modèles d'État afin d'émanciper la norme portant sur les langues régionales, d'autres règles participant de la structuration de l'État. C'est dans ce contexte, et à la lumière des contraintes auxquelles est soumise la méthode comparative, qu'a été retenue une étude comparée des droits constitutionnels espagnol, italien, suisse et belge en matière de reconnaissance des langues régionales par l'ordre juridique étatique. État régional, fédéral, confédéral, autonome, ces pays présentent une diversité institutionnelle précieuse en vue de rechercher les effets propres et communs à la reconnaissance des langues régionales dans l'État. Ils offrent par ailleurs

¹³ ZOLLER, Elisabeth: *Qu'est-ce que faire du droit constitutionnel comparé?* in: *Droits*, 2000/32. 124.

la possibilité d'analyser l'appréhension juridique de la pluralité linguistique au regard des transformations importantes qu'ont pu connaître les structures institutionnelles de ces pays, passés de l'État unitaire à l'État régionalisé, voire fédéralisé. Dans ce cadre, il est alors possible au juriste de se questionner sur la logique propre, indépendante de la forme de l'État, de la reconnaissance constitutionnelle des langues régionales; et s'il peut être établi que la constitutionnalisation des langues régionales emporte des conséquences spécifiques sur l'État, cette proposition de portée générale pourra alors être éventuellement théorisée, quelle que soit la forme particulière qui caractérise un État déterminé.

II. Comment comparer? La méthode comparative

L'existence d'une méthodologie propre au droit comparé peut être discutable: «*est-ce que la comparaison des droits est [en effet] fondamentalement différente d'une étude juridique non-comparative?*»¹⁴ Pour Léontin-Jean CONSTANTINESCO, le procédé comparatif demeure dans sa spécificité et doit par ailleurs constituer «*un instrument égal à lui-même. Comme tel, il ne peut changer de structure chaque fois qu'il sert un autre but. Si cela était exact, il devrait y avoir autant de méthodes que de buts, donc au moins une dizaine. Aussi les comparatistes qui ont affirmé l'unité de la méthode ont-ils raison*»¹⁵. Celle-ci implique le déroulement d'un processus comparatif en trois stades distincts et successifs que l'auteur nomme «*la règle des trois C*»: «*connaître, comprendre, comparer*»¹⁶. Les deux premières étapes de l'approche comparative, qui consistent en un effort de documentation et de contextualisation, font largement appel à la méthode positiviste; dans cette phase de connaissance des systèmes juridiques étrangers, il s'agit selon le Professeur CONSTANTINESCO de respecter cinq règles méthodologiques dont notamment celle qui consiste à «*examiner le terme à comparer dans ses sources originaires*»¹⁷ ou encore celle qui commande «*d'interpréter le terme à comparer selon la méthode propre à l'ordre juridique auquel il appartient*»¹⁸. De fait, il s'agit ici de principes qui postulent une approche positiviste du

¹⁴ PONTHEUREAU, Marie-Claire: *Le droit comparé en question(s), entre pragmatisme et outil épistémologique*, in: *Revue Internationale de Droit Comparé* 2005/1. 17.

¹⁵ CONSTANTINESCO 1974. 56.

¹⁶ *Ibidem*, 37.

¹⁷ *Ibidem*, 135.

¹⁸ *Ibidem*, 186.

droit et qui exigent, de la part du chercheur, une posture de neutralité par rapport à son objet d'étude.

Mais c'est plus spécifiquement la dernière phase du travail du juriste, celle qui consiste précisément à comparer, qui laisse alors entrevoir des contraintes inhérentes à la méthode du droit comparé: *«le comparatiste parcourt les mêmes voies que les juristes nationaux et opère avec leurs méthodes mêmes, mais, cette voie, le comparatiste la parcourt avec un autre regard»*¹⁹. Au temps de la comparaison, il convient donc pour le chercheur de systématiser, de proposer un regard synthétique, généralisant. Pour ce faire, le comparatiste doit d'abord, selon le Professeur CONSTANTINESCO, *«identifier et faire ressortir tous les rapports, donc toutes les dissemblances et les ressemblances existant entre les termes à comparer. C'est le problème des relations»*²⁰. Il s'agit donc ici de comparer des normes juridiques. En ce sens, il faut dans ces travaux s'évertuer à relever les modèles variés de reconnaissance des langues régionales qui peuvent apparaître à la lecture des textes constitutionnels: est-il alors possible de formuler un principe explicatif des formes singulières de reconnaissance juridique des langues régionales dans les différents États ? Il convient ensuite de *«préciser la valeur exacte des relations constatées. C'est le problème de la portée des relations»*²¹. Il est question de la comparaison des effets juridiques des normes dans leur système propre. Dans ce cadre, doit être recherché s'il est possible de dégager, de manière synthétique, les diverses conséquences juridiques qui découlent de chaque modèle étatique de reconnaissance des langues régionales. Enfin, le chercheur doit *«préciser la raison d'être de ces rapports, donc essayer d'identifier leur cause et leur but. C'est le problème des causes des relations»*²². Le propos consiste à examiner les ressorts idéologiques des normes. Cette ultime phase invite à interroger la reconnaissance des langues régionales en vue de rassembler les causes et les buts poursuivis par le constituant: en d'autres termes, existe-t-il un même registre de justifications ayant mené à la consécration des langues régionales dans le texte constitutionnel? Un tel procédé comparatif permet ainsi au juriste de déterminer sa propre grille de lecture, de s'interroger plus précisément sur la portée de normes juridiques qui, pour être formellement équivalentes, doivent cependant subir l'épreuve particulière de la comparaison.

En dernier ressort, le but d'une recherche comparative sur l'Etat plurilingue ne saurait avoir pour finalité d'apprécier les systèmes juridiques

¹⁹ *Ibidem*, 240.

²⁰ *Ibidem*, 243.

²¹ Id.

²² Id.

étudiés, de «donner une sorte de prix à la meilleure des solutions»²³ proposées en matière de reconnaissance des langues régionales dans l'État. Pareille posture soulève en effet la question des critères en vertu desquels une quelconque appréciation pourrait être réalisée, de même qu'elle ne permet pas d'indiquer selon quel «point de vue doit se placer le comparatiste pour la faire»²⁴: «toute comparaison est relative parce que les termes à comparer eux-mêmes n'ont qu'une valeur relative, dans le cadre de leurs ordres juridiques et les uns par rapport aux autres»²⁵. Il serait par ailleurs paradoxal d'accorder une telle finalité à ces travaux dès lors qu'ils n'ont pas pour objet de confronter des systèmes juridiques étrangers à un droit national prédéfini, qui constituerait en cela un tertium comparatis, un cadre déterminé permettant de porter un jugement sur le caractère transposable, exportable, d'un système étranger préalablement étudié; car «la comparaison se fait toujours entre les ordres juridiques confrontés et nullement par rapport à une unité de mesure préétablie, qui, pour le droit, n'existe pas et ne peut pas exister»²⁶. En ce sens, la quête d'un idéal de reconnaissance des langues régionales n'est naturellement pas à la source de ces travaux. Comme le relève le Professeur PFERSMANN, «il se peut [...] que le „comparatiste“ utilise le „droit comparé“ en vue de justifier des positions politiques dans un débat national. Cet abus idéologique d'un discours à prétention explicative mais au fonctionnement prescriptif en vue de propager l'adoption de certaines solutions en droit national [...] est certes fréquent, mais ne dit évidemment rien sur le droit comparé»²⁷. Ceci rejoint le prérequis positiviste de la comparaison juridique: il ne s'agit pas de sélectionner le meilleur état de reconnaissance des langues régionales mais de décrire en droit ce que la reconnaissance desdites langues apporte à la définition de l'État. Tout au plus, cette recherche peut-elle permettre d'éclairer les éventuelles conséquences qu'aurait la reconnaissance constitutionnelle des langues régionales en France.

III. Pourquoi comparer? Les vertus de la comparaison

L'étude de l'aménagement de la pluralité linguistique dans et par l'État a mené à l'élaboration du principe de pluri-officialité. Celui-ci doit en effet être substitué aux principes doctrinaux de personnalité et de territorialité

²³ *Ibidem*, 274.

²⁴ *Id.*

²⁵ *Id.*

²⁶ *Ibidem*, 37.

²⁷ PFERSMANN 2001. 287.

qui ne parviennent pas à expliciter les modalités de détermination des langues reconnues valides sur un territoire donné. Pour s'attacher au statut linguistique du locuteur ou à celui de groupes linguistiques, pour associer naturellement la langue à un individu ou à une minorité, ces principes perdent en pertinence dès lors qu'un même locuteur peut se voir appliquer des régimes linguistiques différents en fonction de l'organe public auquel il s'adresse. Le lien langue-État est dans ce contexte nié, alors même que les langues officielles sont les langues des autorités publiques instituées par la Constitution. Le principe de pluri-officialité permet à l'inverse de révéler une logique spécifique de l'aménagement étatique du pluralisme linguistique. Il s'agit en effet d'un principe objectif qui a pour fonction de conférer un statut juridique aux langues, pour vocation de s'adresser prioritairement aux organes de l'État et dont découle par ailleurs un domaine de validité particulier qu'est un territoire délimité.

Une fois ce principe théorisé, il convenait d'étudier plus précisément les effets propres à la reconnaissance de plusieurs langues officielles, de rechercher ce faisant la spécificité de l'État plurilingue selon une analyse juridique. Cette spécificité ressortit à l'analyse dynamique du principe de pluri-officialité. Sous cet angle, le principe apparaît comme déterminé en fonction d'un critère territorial; il se décline en fonction d'un territoire: dans l'État plurilingue, chaque sous-territoire étatique est soumis à un régime linguistique propre. Langue et territoire entretiennent ainsi un rapport de nature juridique: sur un territoire donné, les normes doivent répondre à une condition de validité spécifique, définie par le principe de pluri-officialité puisqu'elles doivent être élaborées, rédigées, publiées et interprétées, dans une ou plusieurs langues constitutionnellement déterminées. Ce lien juridique établi par la constitution entre langues et territoires permet dès lors de constater l'émergence de **territoires linguistiques** au sein de l'État plurilingue, facteur de diversification. Ces territoires linguistiques peuvent s'analyser comme des ordres juridiques partiels au regard de la théorie pure du droit élaborée par Hans Kelsen en même temps que des collectivités partielles au sein de l'État. Ces conséquences normatives qui découlent du principe constitutionnel de pluri-officialité se trouvent non seulement dans une **décentralisation du droit** mais aussi dans l'émergence de nouvelles institutions publiques, car le territoire linguistique est aussi une collectivité locale disposant de pouvoirs propres. Or l'aménagement territorial de la pluralité linguistique induit un transfert de compétences au profit de ces collectivités: la compétence pour régler l'usage des langues sur leur territoire évidemment, mais également d'autres matières dans lesquelles une adaptation au régime linguistique lo-

cal s'avère nécessaire. Ainsi, le principe de pluri-officialité témoigne d'une **décentralisation des pouvoirs** au profit des territoires linguistiques. Sous l'effet de la reconnaissance constitutionnelle des langues régionales, l'État est réorganisé.

Soumis ensuite à une analyse substantielle, le principe de pluri-officialité apparaît comme participant à la construction juridique de la Nation. Plus précisément, norme de pluri-officialité et concept juridique de Nation sont en relation au sein des systèmes constitutionnels positifs. Les langues officielles étant aussi des langues nationales, des langues protégées, elles forment un patrimoine linguistique national, pluriel, diversifié, qui témoigne de l'émergence d'une **Nation plurilingue**. En d'autres termes, le droit procède à une nationalisation de la pluri-officialité. Cela étant, la diversification linguistique à l'œuvre dans la construction juridique de la Nation n'emporte pas nécessairement une remise en cause de l'unité politique du corps national, dans sa représentation. Ce que la Nation plurilingue révèle donc de plus fondamental, c'est l'existence d'un principe nouveau de justification des normes dans l'État et, de manière plus générale, d'un principe nouveau de justification de l'État, à travers l'**idéologie de la reconnaissance**. L'unité nationale se voit reformulée. Les deux cadres d'analyse retenus témoignent alors de ce que la langue est inscrite dans l'identité de l'État.

Amtsenthebung und andere Disziplinarmaßnahmen gegen Richter in den Vereinigten Staaten von Amerika

Attila Badó

Professor Universität Szeged

Das System des Bundes und der Bundesstaaten zur Auswahl der Richter der Vereinigten Staaten steht schon seit dem Zustandekommen der Union ständig in der Kritik. Die Selektion der Repräsentanten der im oft idealisierten Netz der checks and balances eindeutig als selbstständiger Gewaltenteil definierten richterlichen Gewalt wird dort mit besonderem Interesse verfolgt, wo die Gerichte vom Anfang des 19. Jahrhunderts an aufgrund der Besonderheit der Umstände als wirkliche Kontrolle der Judikative und der Exekutive wirken konnten.¹ Die Auswahl der Richter ist eine besonders heikle Frage, weil die Einstellung der in verfassungsmäßigen, ideologischen und politischen Fragen Stellung nehmenden Entscheidungsträger einerseits die aktiven Politiker, die vor Gericht miteinander streitenden Parteien schon immer beschäftigte, auch unmittelbar hochgradig betraf, und die sich um das optimale Funktionieren der Justiz sorgenden Universitätsjuristen in wissenschaftlicher Hinsicht neugierig gemacht hat.

Jedoch nicht lediglich die Frage der Auswahl verursacht bis heute vielen Kopfzerbrechen, sondern auch, auf welche Weise man jene Richter, die ihre Aufgabe nicht entsprechend versehen oder zur Erfüllung des Richteramtes ungeeignet geworden sind, ohne eigentliche Verletzung der richterlichen Unabhängigkeit entfernen oder wenigstens irgendeiner Bestrafung zuführen kann.

I. Disziplinarmaßnahmen gegen Bundesrichter

Schon Jurastudenten im ersten Jahr lernen, dass die beiden wichtigsten verfassungsmäßigen Garantien für die Unabhängigkeit der amerikani-

¹ Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803).

schen Bundesrichter jene sind, dass ihre Ernennung im Fall guten Betragens lebenslange Geltung hat und ihr Gehalt während ihrer Amtszeit nicht reduziert werden kann. Sie wissen im Allgemeinen auch, dass in Sachen ordnungsgemäßer Amtsführung – wie gewöhnlich überall in der Welt des common law – die Gesetzgebung Stellung nehmen kann.

In der Ära der Schaffung der Verfassung war die heute existierende Lösung, wonach der einheitliche Willen der beiden Häuser der Gesetzgebung einen Bundesrichter seines Amtes entheben kann, nicht selbstverständlich. Es gab lange Debatten darüber, welche Lösung wünschenswert sei, bis der berühmte Passus in die Verfassung kam, wonach man einen Richter mit dem Willen der einfachen Mehrheit des Repräsentantenhauses und der qualifizierten Mehrheit des Senats seines Amtes entheben kann.

Wie über die englischen Richter, kann man über die Richter der Vereinigten Staaten sagen, dass diese Art der Abberufung eher als theoretische Möglichkeit, denn als Routineverfahren bis heute über den Köpfen der Richter schwebt. Zwar wäre es schwer, mit den englischen Verhältnissen wetteifern zu wollen, wo es noch nicht einen einzigen Richter auf diese Weise zu demütigen gelungen ist², aber auch über die Vereinigten Staaten kann man sagen, dass die Gesetzgebung nur äußerst selten von diesem letzten Mittel Gebrauch gemacht hat.

Zudem zeigte schon der erste vorgekommene Fall, wie schwer es in solchen Fällen ist, den Willen der beiden Häuser zu vereinen, insbesondere dann, wenn hinter der Absicht der Entfernung auch politische Ziele zu vermuten sind. Gegen Richter Samuel Chase wurde mit der Anschuldigung des mit der richterlichen Berufung nicht in Einklang zu bringenden Verhaltens ein Verfahren eingeleitet, weil er ein Geschworenengericht auf eine Weise belehrt hatte, dass daraus sein – und nicht zuletzt der Meinung Jeffersons gegenteiliger – Standpunkt zum Vorschein kam. Daneben berief sich die Eingabe des Repräsentantenhauses auf zahlreiche sonstige, die fachliche Arbeit des Richters berührende Beanstandungen. Die Absicht des Präsidenten aber, den stark föderalistisch eingestellten Richter des Obersten Gerichtshofs seines Amtes zu entheben, scheiterte am Widerstand des Senats. Es stimmten selbst einige jener für Freispruch, die zwar auf der Seite des Präsidenten standen, aber es so beurteilten, dass die Arbeit des beschuldigten Richters aus fachlicher Sicht nicht beanstandet werden kann. Dieser Fall wurde in mehrerlei Hinsicht

² MALLESON, Kate: *Fundamental Reform in the United Kingdom*, in: LEE, H.P.: *Judiciaries in Comparative Perspective*. Cambridge University Press, Cambridge, 2011, 127.

zum Meilenstein der Gewaltenteilung und der praktischen Verwirklichung des Grundsatzes der richterlichen Unabhängigkeit. Dieser erste und einzige Versuch, einen Richter des Obersten Gerichtshofs – auf offensichtlich politischer Basis – unter dem Deckmantel eines verfassungsmäßigen Mittels zu entfernen, diente im Späteren als mahnendes Beispiel sowohl für die Gesetzgebung als auch für die Richter. Die Gesetzgebung versuchte sich im Folgenden auch nicht an dieser Methode, während sich die Bundesrichter aus politischer Hinsicht heikler Äußerungen während eines Verfahrens enthielten.

Natürlich weisen die bisherigen Fälle der Impeachment-Verfahren auch darauf hin, dass es im Zusammenhang mit Richtern immer noch einfacher ist, die zur Verurteilung erforderliche Zweidrittelmehrheit zusammenzubringen, als dem Präsidenten der Vereinigten Staaten oder anderen, politische Ämter bekleidenden Personen gegenüber. Von den bisher gegen 16 Bundesamtsträger eingeleiteten Verfahren dieser Art wurde die Initiative des Repräsentantenhauses im Fall von nur sieben Bundesrichtern „erfolgreich“ abgeschlossen. Gleichwohl darf man nicht vergessen, dass in diesen Fällen – mit einer Ausnahme – die Richter aufgrund einer Straftat ihres Amtes enthoben wurden, wegen der ein Gericht schon eine Verurteilung ausgesprochen hat. Das einzige Beispiel dazu, dass ein Bundesrichter trotz Freispruchs des Gerichts entfernt wurde, lieferte der wechselvolle Bestechungsfall von Alcee Hastings, der zwar vom Geschworenengericht von der Anklage freigesprochen wurde, den der mehrheitlich demokratische Senat aber mit Abberufung strafte. Der Senat hätte dem betreffenden Richter zwar die Wahrnehmung jeglicher anderer Bundesposten untersagen können, tat dies jedoch nicht und so konnte es vorkommen, dass der entfernte Richter einige Jahre später, mittlerweile als gewählter demokratischer Kongressabgeordneter, erwarten konnte, in anderen eingeleiteten Verfahren abzustimmen.³

Außer der Amtsenthebung gab es gegenüber den Bundesrichtern bis zum Jahr 1980 kein formelles Mittel, um sie disziplinarisch zur Verantwortung zu ziehen. Ganz wie im Fall der englischen Richter konnte man auch hier sagen, dass es höchstens auf informelle Weise, im Rahmen der inneren Selbstkontrolle von Seiten der gerichtlichen Führungspersonen zur Verhängung gewisser Sanktionen kommen konnte, wenn ein Richter die ethischen Regeln verletzt hatte. Gleichzeitig ist es wichtig zu erwähnen, dass die Bundesrichter der Vereinigten Staaten im Hinblick auf fachliche Qualität und moralische Haltung lange Zeit hinter ihren

³ TUSHNET, Mark: *Judicial Selection, Removal and Discipline in the US*, in: LEE 2011, 141.

englischen höhergerichtlichen Kollegen zurückblieben und vielleicht auch heute – trotz der Änderungen im Auswahlverfahren – noch zurückbleiben; jedoch verursachte das Fehlen formeller Disziplinarverfahren gegenüber Bundesrichtern wegen ihrer verhältnismäßig geringen Anzahl und ihres, verglichen mit Richtern der Bundesstaaten, höheren Niveaus, keine ernststen Probleme. Es gab zwar eine „Disziplinarsache“, die auch den Obersten Gerichtshof beschäftigte, als einem, gelinde ausgedrückt, eigentümlichen Bundesrichter die ihm anvertrauten Fälle entzogen wurden⁴, allerdings regelten sich solche Probleme meistens hausintern unter Ausschluss der Öffentlichkeit.

In der Ära nach dem Watergate-Skandal in den 70er Jahren vermehrte sich jedoch die Anzahl der Diskussionen, die die Möglichkeit des Zur-Verantwortung-Ziehens von Bundesamtsträgern, darunter der Richter, aufwarfen und die schließlich die Schaffung und später die Annahme eines neuen Bundesgesetzentwurfes zum Ergebnis hatten.⁵ Bei der Schaffung des Gesetzes berücksichtigte man die Unabhängigkeit des dritten Gewaltenzweigs, weshalb es zu einer Lösung kam, die Disziplinarmaßnahmen – jetzt mit gesetzlicher Ermächtigung – auch weiterhin den Gerichten überließ. Aufgrund des Gesetzes kann man in jeder, in Zusammenhang mit dem richterlichen Verhalten stehenden Sache über einen Gerichtsbeamten (clerk) die Untersuchung der Beschwerde beantragen, was der Alterspräsident des Berufungsgerichts (Court of Appeal) bewertet, der im Bedarfsfall für die Einsetzung eines Untersuchungsausschusses sorgt. Aufgrund der Beurteilung des Ausschusses ist der aus den mit der Sache zuständig befassten Richtern und den Berufsrichtern bestehende Richterrat (Circuit's Judicial Council) zur Verhängung von Disziplinarstrafen berechtigt, oder er kann die Sache dem in richterlichen Verwaltungsangelegenheiten auf Bundesebene als oberstes Organ geltenden Justizrat (Judicial Conference) vorlegen, der der Gesetzgebung im Bedarfsfall die Einleitung des Impeachment-Verfahrens vorschlagen kann.

Die Richter des Obersten Gerichtshofs des Bundes jedoch nahm man aus dem Kreis der Betroffenen mit der Begründung heraus, dass ihre Tätigkeit wegen der auf sie gerichteten Aufmerksamkeit überschaubar sei und in ihrem Fall das traditionelle Mittel ihrer Amtsenthebung in der Lage sei, unangenehme Situationen zu handhaben. In der Begründung des Gesetzes wurde ebenfalls erwähnt, dass es auch mit Hinblick auf

⁴ Chandler v. Judicial Council of the Tenth Circuit, 398 U.S. 74 (1970).

⁵ Judicial Councils Reform and Judicial Conduct and Disability Act of 1980.

die richterliche Unabhängigkeit wichtig sei, dass die Richter des obersten richterlichen Forums von Disziplinarverfahren verschont werden.⁶

Nach Inkrafttreten des Gesetzes entwickelten die einzelnen Bundesgerichtsbezirke aufgrund des Leitfadens des Justizrates ihre eigene Praxis in Disziplinarsachen, was in den 80er Jahren zu dem sichtbaren Ergebnis führte, dass es nach fünfzig Jahren Pause zu drei Impeachment-Verfahren und als deren Ergebnis zur Amtsenthebung der angeschuldigten Richter kam. Dies lenkte die Aufmerksamkeit darauf, dass es sich lohnt, Disziplinarverfahren ernst zu nehmen und deren eventuelle Funktionsmängel zu untersuchen; schließlich könnten die drei erwähnten Fälle lediglich die Spitze des Eisberges bedeuten. Das Gesetz aus dem Jahr 1980 konnte man am ehesten aus dem Grund kritisieren, weil die gerichtlichen Führungspersonen in jenen Fällen ohnmächtig waren, sofern sie zwar von einem problematischen Richter wussten, aber in diesem Zusammenhang keine offizielle Beschwerde bei ihnen einging.

Die wichtigste Änderung im Jahr 1990 änderte gerade diese Situation und ermöglichte, dass gerichtliche Führungspersonen auch ohne offizielle Anzeige aufgrund ihnen zur Kenntnis gelangter Tatsachen ein Verfahren einleiten können. Unter den Änderungen galt die Einsetzung einer sich aus den Vertretern der drei Gewaltzweige zusammensetzenden Kommission ebenfalls als bedeutende Entwicklung, welche mit dem Zweck der Beobachtung von Disziplinarsachen und der Formulierung der notwendigen Gesetzesentwürfe zustande kam.⁷ Die Aufgabe der nach ihrem Vorsitzenden als Kastenmeier-Kommission bekannt gewordenen Körperschaft bestand darin, die Regelungen bezüglich der Abberufung und des Zur-Verantwortung-Ziehens der auf Lebenszeit ernannten Bundesrichter sowie die tatsächliche Praxis zu untersuchen und Änderungsvorschläge vorzubereiten, insofern sie dies als notwendig erachtete. Neben ihren zahlreichen Änderungsvorschlägen beurteilte die Kommission jene Praxis insgesamt als gut, die sich aufgrund des Gesetzes aus dem Jahr 1980 entwickelte. Sie bemerkte zwar den bis heute bestehenden Zustand, dass sich Rechtsanwälte, spätere Konsequenzen befürchtend, dagegen sträuben, gegen einen Bundesrichter offizielle Beschwerde einzureichen; jedoch hielt sie es nicht für erforderlich, auf diesem Gebiet tätig zu werden.

⁶ HOLLAND, J. Randy - GRAY, Cynthia: *Judicial Discipline: Independence with Accountability*, in: *Widener Law Symposium Journal*, Winter, 2010, 117.

⁷ National Commission on Judicial Discipline and Removal.

Als Reaktion auf die Kritik aus dem Kongress etablierte sich auf Initiative ausschließlich der Richterschaft eine aus Richtern bestehende Kommission zur Untersuchung der in Disziplinarsachen herrschenden Zustände, um im September 2006 ihren Standpunkt zur Funktion des Gesetzes aus dem Jahr 1980 und ihre Änderungsvorschläge zu veröffentlichen.⁸ Der unter Leitung von Richter Stephen Breyer verfasste Bericht weist all jene Kritiken des Kongresses und der Medien zurück, welche nach seiner Meinung aufgrund von mediatisierten Fällen falsche Schlüsse gezogen haben und das Gefühl vermitteln, die Gerichte würden im Hinblick auf Organisationsinteressen Fälle vertuschen oder unrichtige Entscheidungen fällen.⁹

Der gründlich belegte Bericht qualifizierte das System, das der Aufdeckung und Sanktionierung der richterlichen Verhaltensfehler adäquat diene, auch trotz seiner Verfahrensfehler als gut. Zur Behebung der Fehler bot er indes Lösungen an und verlangte einheitliche gesamtstaatliche Regelungen von dem Justizrat, dessen Praxis, lediglich Empfehlungen zur Handhabung von Disziplinarsachen auszusprechen, ebenfalls zur Entstehung der kritisierten Situation mit beigetragen haben kann. Dem Bericht der Breyer-Kommission stimmten auch die Richter des Justizrats zu, die im März 2008 eine einheitliche und verbindliche Vorschrift über Disziplinarverfahren verabschiedeten. Insgesamt kann die Anzahl der gegenüber Bundesrichtern verhängten Disziplinarstrafen auch weiterhin als gering bezeichnet werden. Aus dem Bericht der Breyer-Kommission ist ersichtlich, dass es aufgrund der zwischen 2001 und 2005 eingehenden ungefähr 5000 Beschwerden lediglich in 32 Fällen zu wirklichen Maßnahmen kam und in weiteren 42 Fällen wegen eines zwischenzeitlichen Ereignisses (z. B. wegen des Rücktritts des Richters) Disziplinarmaßnahmen unterblieben.

Im Hintergrund dessen stehen mehrere Faktoren. Jene erfreuliche Entwicklung, dass bei der Auswahl der Bundesrichter die fachliche Leistung und die weiteren, mit der moralischen Haltung zusammenhängenden Qualitäten des Anwärters auf das Richteramt von Jahrzehnt zu Jahrzehnt eine bedeutendere Rolle spielen, senkt selbstverständlich die Chance des Vorkommens von Ereignissen, die ein Zur-Verantwortung-

⁸ BREYER, Stephen - BARKER, Sarah Evans - BOWMAN, Pasco M. - HORNBY, D. Brock - RIDER, Sally M. - WILKINSON III, J. Harvie: *Implementation of the Judicial Conduct and Disability Act of 1980. A Report to the Chief Justice*, The Judicial Conduct and Disability Act Study Committee, 2006 (<http://www.supremecourt.gov/publicinfo/breyercommitteereport.pdf>) (Accessed on 8 July 2013).

⁹ Ibid.

Ziehen begründen.¹⁰ Es kann auch nicht außer Acht gelassen werden, dass sich auf diesem Gebiet in den Vereinigten Staaten mittlerweile eine Praxis von mehreren Jahrzehnten entwickelt hat, die die Möglichkeit schuf, dass sich die Richter selber an all die ethischen Grundsätze anpassen können, die ihnen das richterliche Organisationssystem neben hochgradiger Unabhängigkeit abverlangt. Zudem wird die immer mehr zur karriererichterlichen Tätigkeit werdende Berufung heute viel öfter von jener gut vorbereiteten, mit Erfahrung als Richter in einem Bundesstaat gerüsteten jungen Generation gewählt, bei deren Entscheidung das Berufsbewusstsein mindestens eine solche Rolle spielt, wie die Möglichkeit des Fortkommens. (Gleichzeitig ist es eine interessante Erscheinung, dass es bei den Bezügen der Bundesrichter, seitdem ihre Höhe an die Bezüge der Kongressabgeordneten gekoppelt ist, nicht mehr zum Inflationsausgleich kommt, es somit immer öfter vorkommt, dass ein vom Rechtsanwalt zum Richter ernannter Jurist wieder die Privatkanzlei wählt.¹¹)

Es gibt aber Personen, die die Gründe für die niedrige Anzahl der Fälle des Zur-Verantwortung-Ziehens nicht in diesen Faktoren sehen. Beide oben genannten Kommissionen erwähnten das Phänomen, wie selten die in Verfahren regelmäßig eine aktive Rolle spielenden Rechtsanwälte, die im Zusammenhang mit den Richtern die meisten Erfahrungen sammeln können, von der Möglichkeit der Beschwerde gegenüber einem Bundesrichter Gebrauch machen.¹² Dies jedoch ist – wie ein Kritiker signalisiert – nicht der allgemeinen Zufriedenheit mit den Richtern zu verdanken, sondern viel mehr jener Angst, die im Kreis der Rechtsanwälte allgemeingültig ist. Wer möchte sich oder seinen Mandanten der Gefahr aussetzen, dass ihn später wegen der Disziplinarsache von Seiten des betroffenen Richters oder dessen Kollegen eine unfassbare Retorsion ereilt? Die Möglichkeit der anonymen Beschwerde jedoch haben sowohl die Gesetzgebung als auch die diesen Problembereich untersuchende Kommissionen abgelehnt. Mary Allen Keith sähe die Wiederherstellung des Vertrauens gegenüber den Gerichten ausdrücklich darin, wenn man die Anonymität von Beschwerden der Rechtsanwälte mit gesetzlichen Mitteln sichern könnte.¹³

¹⁰ BADÓ Attila: *Die Auswahl der Richter, das anständige Verfahren und die Politik. Die widerlegbare Vermutung der Parteilosigkeit*. In: BADÓ Attila: *Die richterliche Unabhängigkeit, das anständige Verfahren und die Politik*. Gedanken, Budapest, 2011, 47-57.

¹¹ TUSHNET 2011, 143.

¹² Jährlich kommen 83000 Rechtsanwälte auf eine Eingabe dieser Art.

¹³ PIMENTEL, David: *The Reluctant Tattletale: Closing the Gap in Federal Judicial Discipline*, in: *Tennessee Law Review*, Summer 2009, 909.

II. Amtsenthebung und andere Disziplinarmaßnahmen gegen Richter in den Bundesstaaten

Die Eigenheiten der Bundesstaaten in Hinsicht auf die Organisationsstruktur der Gerichte weisen so wesentliche Unterschiede auf, was den Versuch im Allgemeinen erschwert, irgendeine Übersicht über die Lösungen zu bekommen. Auch die Bezeichnung der einzelnen Institutionen verursacht selbst bei den Amerikanern zahlreiche Probleme und Missverständnisse. (Dies wird im Allgemeinen mit folgendem Beispiel veranschaulicht: Wenn sich jemand im Staat New York in ein Gericht verirrt, dessen Bezeichnung „Supreme Court“ ist, denkt er nicht im Entferntesten, dass er sich im Gebäude des obersten richterlichen Forums befindet. Dieses wird in jenem Staat im Allgemeinen „Court of Errors and Appeals“ genannt. Gleichzeitig bezeichnet man das Oberste Gericht im Staat Massachusetts als „Supreme Court“).

Die Richter der Bundesstaaten erlangen ihr Amt auf unterschiedliche Weise und wenigstens ebenso vielfältig ist die Anzahl der Methoden, die ihr disziplinarisches Zur-Rechenschaft-Ziehen oder ihre Amtsenthebung regeln.

Was die Bundesstaaten in dieser Hinsicht verbindet, ist, dass fast ausnahmslos die Möglichkeit des Impeachment-Verfahrens besteht, wobei dieses ebenso selten angewandt wird wie auf Bundesebene. Für den Erfolg des Verfahrens erfordern die einzelnen Verfassungen aber von dem des Bundes abweichende Stimmenverhältnisse. Es gibt Staaten, in denen eine Dreiviertel-, andere, in denen die einfache Mehrheit (z. B. im Fall des oben erwähnten Massachusetts) des Senats zur Amtsenthebung eines Richters erforderlich ist. In den Verfassungen ist im Allgemeinen verankert, welche Gründe die Gesetzgebung zu dieser Lösung veranlassen können, und unter diesen können wir Begriffe wie Begehung einer Straftat, hochgradige Sittenlosigkeit usw. finden.¹⁴ In den vergangenen Jahrzehnten kam es jedoch zu lediglich wenigen Verfahren, nachdem die Bundesstaaten die Disziplinarsachen der Richter nicht mehr auf der Ebene der Gesetzgebung handhaben. In ungefähr einem Drittel der Staaten steht theoretisch auch ein anderes gesetzgeberisches Mittel der Amtsenthebung zur Verfügung,¹⁵ was heutzutage eher geschichtliche als praktische Bedeutung hat. Dieses kann der Gesetzgebung zwar eine wesentlich breitere Möglichkeit sichern als das

¹⁴ Malfeasance, misfeasance, gross misconduct, gross immorality, high crimes, habitual intemperance, maladministration.

¹⁵ Legislative address.

vorherige, da praktisch auch die Krankheit oder die Faulheit eines Richters Anlass zu seiner Amtsenthebung geben kann, allerdings gab es in den vergangenen Jahrzehnten kein Beispiel für seine erfolgreiche Anwendung.

Jene Richter, die ihr Amt durch Wahlen für eine bestimmte Zeit erlangen, können theoretisch bei den nächsten Wahlen am einfachsten durch die Wähler selbst entfernt werden. Gleichzeitig besteht in einigen Staaten auch die theoretische Möglichkeit, einen Richter vor Ablauf seines Mandates abzurufen. Zum letzten gescheiterten Versuch kam es in Kalifornien, wo im Unterbringungsfall des Kindes von O. J. Simpson Unterschriften zur Abberufung der zugunsten von Simpson entscheidenden Richterin gesammelt wurden, die aufgebrachten Wähler aber die erforderliche Anzahl nicht aufbringen konnten.

III. Disziplinausschüsse

Anstatt der theoretischen Möglichkeiten und in Ausnahmefällen angewandter Methoden, haben die Bundesstaaten schon vor Jahrzehnten jene institutionellen Lösungen geschaffen, mit denen das Verhalten des in der Fachliteratur mit gewisser Euphemie als von wechselhaftem Niveau bezeichneten Richterstandes¹⁶ durch Disziplinarmaßnahmen im Zaum gehalten werden kann. Diese, der Welt des common law im Grunde fremde, die Grenzen der richterlichen Unabhängigkeit auf fragwürdige Weise antastende Lösung wurde oft durch in den Medien ausgebreitete skandalöse Fälle ausgelöst, auf die die Gesetzgebung auf diese Weise reagierte.

Als erstes rief Kalifornien mit der Änderung seiner Verfassung einen ständig funktionierenden Disziplinausschuss ins Leben, der als Modell für die anderen Bundesstaaten diente, und mit dem ab den achtziger Jahren bereits überall irgendeine, mit dem identischen Zweck – mit verschiedenen Bezeichnungen¹⁷ – tätige Institution zur Befassung mit im Zusammenhang mit Richtern stehenden Beschwerden etabliert war. Es handelt sich hierbei um typischerweise aus Laien, Rechtsanwälten und Richtern zusammengesetzte Ausschüsse, die in den ihnen vorgelegten Disziplinarsachen eine Entscheidung fällen, welche im Fall der nachteiligen Entscheidung für den Beschwerdegegner, abhängig von dem jeweiligen Staat, vor Gericht anfechtbar

¹⁶ Siehe z. B. ATIYAH, P. S. – SUMMERS, Robert S.: *Form and Substance in Anglo-American Law*. Clarendon Press, Oxford, 1987, 437.

¹⁷ Z.B. commission, board, council, court, committee.

ist, oder dem Obersten Gericht des Bundesstaats lediglich eine Empfehlung zur Verhängung einer Strafe aussprechen.

In einigen Staaten sind die Disziplinarausschüsse als Teil des Justizsystems, in anderen als unabhängige Institution tätig. Es gibt Bundesstaaten, in denen die jeweiligen Ausschüsse nicht nur in Disziplinarsachen von Richtern, sondern auch anderer bei Gerichten arbeitenden Angestellten sachlich zuständig sind.¹⁸

Die Strafen reichen, abhängig von den bundesstaatlichen Regelungen, von der Verwarnung über die Geldstrafe bis hin zur Amtsenthebung des Richters.¹⁹

Lediglich ein Bruchteil der eingereichten Beschwerden führt zu einer Disziplinarstrafe und auf diesem Gebiet weisen die einzelnen Bundesstaaten keine großen Unterschiede untereinander auf.²⁰

Wie auch im Vereinigten Königreich kann man hier sagen, dass ein bedeutender Teil der Beschwerden den inhaltlichen Teil des richterlichen Urteils anfechten, was nicht Gegenstand eines Disziplinarverfahrens sein kann.

IV. Disziplinarsachen und Schutz der Persönlichkeit der Richter

In den Vereinigten Staaten nahm man das Persönlichkeitsrecht (right of publicity) schon immer sehr ernst, was auf dem Gebiet der Justiz von besonderer Bedeutung ist. Da es hier um das Allgemeininteresse geht, konkurriert dieses Recht wirksam mit anderen verfassungsmäßigen Grundrechten. In Zusammenhang mit Disziplinarsachen stellen sich gleich mehrere Fragen, wenn es um die Öffentlichkeit des Verfahrens und die Veröffentlichung der verhängten Strafen geht. Es ist offensichtlich, dass das Ansehen der Richter und dadurch auch der Justiz auf dem Spiel steht, wenn die schmutzige Wäsche eines hochangesehenen, anhand seiner Arbeit „Autorität ausstrahlen verpflichteten“ Richters vor der Öffentlichkeit ausgebreitet wird. Selbst mit einer milden Disziplinarstrafe im Gepäck kann sich bei den Streitparteien die Frage stellen, auf welcher Grundlage der betreffende Richter so über andere richten darf. Es birgt auch ähnliche Gefahren, wenn gegen jemanden aufgrund schwerer, aber

¹⁸ HOLLAND - GRAY 2011, 17.

¹⁹ Private admonition, reprimand, or censure; public reprimand or censure; suspension; mandatory retirement; and removal from office.

²⁰ 1997 betrachtet finden wir z. B. folgende Angaben: Texas 6.3%; California 5.1%; New York 3%; Arkansas 5.8%; Wisconsin 5.3%; Michigan 4%; Washington 3.8%.

unbegründeter Anschuldigungen ein Verfahren durchgeführt wird und im Fall des Freispruchs dessen Makel an ihm haften bleibt. Andererseits hat die Gesellschaft ein Recht darauf, zu wissen, wie die durch Steuergelder finanzierten Richter ihren Verpflichtungen nachkommen, oder was für ein Disziplinarverfahren gegen den in ihrem eigenen Fall tätigen Richter läuft, das eventuell sogar auch sie betreffen kann. Gleichzeitig kann sich auch hinsichtlich der Effektivität der Disziplinarverfahren die Frage stellen, in welchem Maße eine öffentliche Verhandlung demgegenüber hinderlich ist, dass sich die Rechtsanwälte, oder eventuell die unmittelbaren Mitarbeiter des betroffenen Richters, in dem typischerweise sehr heiklen Fall äußern.

Im Großen und Ganzen umgeben diese Dilemmas diesen Themenkreis seit dem Zustandekommen der Disziplinausschüsse, beziehungsweise seit dem Beginn der Disziplinarverfahren auf Bundesebene. Sehr viele Argumente sprechen für die vertrauliche Behandlung von Disziplinarsachen, allerdings wird dieses Argument durch die strengere Interpretation der verfassungsmäßigen Anforderungen an die Öffentlichkeit überstimmt.

Die Angelegenheit der Öffentlichkeit verursacht dem Gesetzgeber in drei Punkten Kopfzerbrechen: Die Öffentlichkeit der eingereichten Beschwerden, des Verfahrens und der Entscheidung des Ausschusses kann sich ergeben, und wie angedeutet, treffen wir in den Bundesstaaten in dieser Frage auf sehr unterschiedliche Lösungen. Typischerweise werden die Fälle in der Anfangsphase des Verfahrens vertraulich behandelt, und an den meisten Orten nur dann öffentlich gemacht, wenn eine Verurteilung erfolgt. Es gibt aber auch Beispiele, wo jede Entscheidung des Ausschusses, abhängig von dem Ergebnis, veröffentlicht wird (Arkansas) und an vielen Orten ist auch die Disziplinarverhandlung öffentlich. Es gibt auch Beispiele dafür, dass die verhängte Disziplinarstrafe mit einer Art Beschämung einhergeht, da die Entscheidung des Ausschusses durch den Präsidenten jenes Gerichts vor der Öffentlichkeit und den Medien verlesen werden muss, wo der Richter arbeitet (Mississippi).²¹

Es ist ganz sicher, dass dort, wo die Disziplinarentscheidungen in vollem Umfang zugänglich sind, sich mit der Zeit ein „disziplinarisches Präzedenzrecht“ zu entwickeln beginnt und die Richter sich nicht mehr nur aus den Verhaltenskodizes über die sie betreffenden Rechte und Pflichten informieren können.

²¹ KEITH, Mary Ellen: *Judicial Discipline: Drawing the Line between Confidentiality and Public Information*, in: *South Texas Law Review*, 2000, 1-41.

Einige Fragen der Haftung von Rechtsnachfolgern bei grenzüberschreitenden Spaltungen in rechtsvergleichender Perspektive

Kitti Bakos-Kovács

Universitätsassistentin Universität Szeged

I. Einführung

Die Niederlassungsfreiheit umfasst auch einige Umstrukturierungsprozesse von Gesellschaften (Formwechsel, Verschmelzung, Spaltung), da durch solche Änderungen der Struktur die grenzüberschreitende wirtschaftliche Tätigkeit auf dem Binnenmarkt gefördert und ermöglicht wird.¹ In unserem vorliegenden Vortrag werden die Haftungsregelungen, die bei der Umgründung von Gesellschaften für die Rechtsnachfolger gelten, unter rechtsvergleichendem Aspekt dargestellt und analysiert. Die Haftungsregeln hängen eng mit dem Schutz der Gläubiger zusammen, der ebenfalls wesentlicher Bestandteil aller modernen Rechts- und Wirtschaftsordnungen sowie des Rechts der Europäischen Union ist.²

Hinsichtlich der innerstaatlichen Verschmelzungen von Aktiengesellschaften und grenzüberschreitenden Fusionen von Kapitalgesellschaften ist festzuhalten, dass die Verantwortung der Rechtsnachfolger für die Verbindlichkeit des Rechtsvorgängers weder durch die Normierung der Richtlinie noch durch die Gesetzgebung der einzelnen Mitgliedstaaten ausdrücklich geregelt wurde.³ Das Schulden des Rechtsnachfolgers ist als Resultat der Gesamtrechtsnachfolge, als eine Rechtswirkung der Verschmelzung zu betrachten.⁴ Die Harmonisierung der für die Rechtsnach-

¹ GRUNDMANN, Stefan: *Europäisches Gesellschaftsrecht*. Müller, Heidelberg, 2004, Rn 16, 31.

² Die für die Rechtsnachfolger geltenden Haftungsregeln sind nicht nur die einzigen gläubigerschützenden Bestimmungen des Spaltungsrechts. Die Kapitalschutzregeln (Kapitalerhaltung und Kapitalaufbringung), der Sicherheitsanspruch der Gläubiger und die Informationspflicht dienen also dem Schutz der Gläubiger.

³ MISKOLCZI BODNÁR Péter (Hrsg.): *Európai társasági jog*. KJK-Kerszöv, Budapest, 2004, 192.

⁴ PETRÓ Éva: *Felelősség a társasági jogban*, in: PAPP Tekla (Hrsg.): *Acta Convolutus de Iure Civili Tomus VI*. SZTE ÁJTK Polgári jogi és Polgári Eljárásjogi Tanszékének kiadványa. Lectum Kiadó, Szeged, 2007, 68.; KALSS, Susanne: *Kommentar zur Verschmelzung - Spaltung - Umwand-*

folger geltenden Haftungsvorschriften ist ausschließlich in der 82/891/EWG Richtlinie über die innerstaatliche Spaltung von Aktiengesellschaften auf supranationaler Ebene erschienen. Aus diesem Grunde wird der Fokus der Untersuchung auf die EU-rechtlichen und mitgliedstaatlichen Vorschriften, die für die Spaltung von Aktiengesellschaften gelten, beschränkt. Nach der Darstellung der unionsrechtlichen Grundlagen wird das Licht auf die abweichende Regelung einiger Mitgliedstaaten geworfen, die sich infolge der heimischen Regelungstechnik und Umsetzung der Richtlinie herausgebildet hat. Während einer rechtsvergleichenden Analyse werden die Rechtsvorschriften dreier beliebiger mittel- und osteuropäischer Länder (Ungarn, Österreich und Tschechien) verglichen.

II. Europarechtliche Grundlagen

Es ist davon auszugehen, dass die Richtlinie für den nationalen Gesetzgeber bei der Umsetzung der Haftungsvorschriften der Rechtsnachfolger hinsichtlich der Verbindlichkeiten des Rechtsvorgängers bei den Spaltungsvorgängen von Aktiengesellschaften eine mehrstufige Wahlmöglichkeit lässt:⁵

1. Gemäß Art. 12 Abs. 3 der Spalt-RL heißt es: Soweit ein Gläubiger von der Gesellschaft, auf welche die Verpflichtung nach dem Spaltungsplan übertragen wurde, keine Befriedigung erlangt hat, haften die begünstigten Gesellschaften für diese Verpflichtung gesamtschuldnerisch. Die im Spaltungsvertrag angegebenen Forderungen sind primär gegenüber dem Rechtsnachfolger geltend zu machen, dem der Spaltungsvertrag die gegebenen Verbindlichkeiten bei der Vermögensaufteilung zugewiesen hatte. Wenn die im Spaltungsplan bestimmte Gesellschaft nicht leisten kann oder will, sind die an der Spaltung beteiligten Gesellschaften wegen der nicht erfüllten Verbindlichkeiten der abgespaltenen Gesellschaft zu einer subsidiären Solidarhaftung verpflichtet.⁶ Die Mitgliedstaaten haben

lung. Manzsche, Wien, 2010, SpaltG, § 15, Rn 7.; ECKERT, Georg: *Internationales Gesellschaftsrecht*. Manzsche, Wien, 2010, 686.

⁵ COSTAN, Hülya: *Subsidiäre solidarische Haftung der an einer Spaltung beteiligten Gesellschaften*, in: *Recht der internationalen Wirtschaft*, 4/2010, 193.

⁶ GRÜNWALD, Alfons: *Umwandlung - Verschmelzung - Spaltung - Der Rechtsübergang der unternehmensrechtlichen Strukturmaßnahmen*. Ueberreuter, Wien, 1996, 185.; VÉKÁS Lajos (Hrsg.): *Európai közösségi jogi elemek a magyar magán- és kereskedelmi jogban*. KJK-Kerszöv, Budapest, 2001, 241.; HABERSACK, Mathias: *Europäisches Gesellschaftsrecht*. Beck, München, 2006, 219.; SCHWARZ, Günter Christian: *Europäisches Gesellschaftsrecht*. Nomos, Baden-Baden, 2000, 438-439.

insoweit keinen Umsetzungsspielraum: Die subsidiäre gesamtschuldnerische Haftung der an der Spaltung beteiligten Rechtsnachfolger muss zwingend vorgeschrieben werden, wenn der Gläubiger keine Befriedigung von dem in dem Spaltungsvertrag bestimmten Rechtsnachfolger erlangen kann (1. Modell).⁷ In diesem Fall wurde die Wahlmöglichkeit des nationalen Gesetzgebers auf den Umfang der Ersatzpflicht und die Haftungsbeschränkung reduziert: Die Mitgliedstaaten können die subsidiäre Solidarhaftung der übernehmenden Gesellschaften mit Ausnahme der Gesellschaft, auf die die Verpflichtung im Spaltungsvertrag übertragen wurde, auf den Betrag des übernommenen Nettoaktivvermögens beschränken (pro viribus Ersatzpflicht). Nach der Auslegung der Vorschriften der Richtlinie ist festzulegen, dass die Haftungsbeschränkung im Fall des Rechtsnachfolgers, auf den die Verpflichtung im Spaltungsplan übertragen wurde, nicht angewendet werden kann, weil diese Gesellschaft in jedem Fall (ohne Ausnahme) primär und unbeschränkt (mit ihrem ganzen Gesellschaftsvermögen) für die Verbindlichkeit des Rechtsvorgängers haftet.⁸ Bei der Analyse der Vorschriften, die sich auf eine Spaltung beziehen, wird die Gewährleistung eines Gleichgewichtes zwischen den Interessen der Gläubiger und den Interessen der an der Spaltung beteiligten Gesellschaften gefordert.⁹ Gerade aus diesem Grunde können die Mitgliedstaaten in ihrer eigenen Befugnis entscheiden, ob die Ersatzpflicht der an der Spaltung beteiligten Gesellschaften (ausgenommen die primär haftende Gesellschaft) auf das übernommene Nettoaktivvermögen beschränkt wird. Das übernommene Nettoaktivvermögen kann als jenes Vermögen umschrieben werden, das der Differenz des Werts der einer Gesellschaft zugeordneten aktiven Vermögensteile und des Werts der ihr zugeordneten Verbindlichkeiten entspricht.¹⁰ Hinsichtlich dieser Wahlmöglichkeit können die folgenden Regelungsalternativen vorgestellt werden:

- a) Als Modell 1. a) regeln die innerstaatlichen Vorschriften neben der primären und unbeschränkten Haftung der Gesellschaft,

⁷ Die auf die Solidarhaftung geltende Vorschrift der Spalt-RL ist nicht anzuwenden, wenn der Vorgang der Spaltung der Aufsicht eines Gerichtes unterliegt, oder in einer Versammlung die Mehrzahl der Gläubiger, auf die Dreiviertel des Betrages der Forderungen entfallen, darauf verzichtet hat, die gesamtschuldnerische Haftung geltend zu machen. Siehe: Art. 12. Abs. 3 Spalt-RL; MISKOLCZI BODNÁR 2004, 115., 199., 292.; VÉKÁS 2001, 241. p.

⁸ Art. 12. Abs. 3 Spalt-RL; COSTAN 2010, 193-194.

⁹ COSTAN 2010, 194.

¹⁰ VÉKÁS 2001, 241; GRÜNWARD 1996, 185; SCHWARZ 2000, 438-439; KALSS 2010, SpaltG, § 15, Rn 32.

auf die die Verpflichtung im Spaltungsvertrag übertragen wurde, die Ersatzpflicht der an der Spaltung beteiligten und subsidiären gesamtschuldnerisch haftenden Gesellschaften auch unbeschränkt.

- b) Als Modell 1. b) können sich die Mitgliedstaaten dafür entscheiden, dass die an der Spaltung beteiligten und subsidiären solidarhaftenden Gesellschaften neben der primären und unbeschränkten Haftung der Gesellschaft, auf die die Verpflichtung im Spaltungsvertrag übertragen wurde, beschränkt (auf das zugeteilte Nettoaktivvermögen) haftbar sind.

2. Gemäß Art. 12 Abs. 6 Spalt-RL können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass die Rechtsnachfolger für die Verpflichtungen der gespaltenen Gesellschaft als Gesamtschuldner haften.¹¹ Im Unterschied zu Art. 12 Abs. 3 Spalt-RL ist diese gesamtschuldnerische Haftung primär und gilt für alle an der Spaltung beteiligten Rechtsnachfolger unabhängig davon, welchem Rechtsnachfolger die Verbindlichkeit im Spaltungsvertrag zugeordnet wurde (2. Modell).¹² Bei dieser Regelungsmöglichkeit steht für die Mitgliedstaaten hinsichtlich der Haftungsbeschränkung ein Wahlrecht zur Verfügung: verbindet ein Mitgliedstaat das System des Gläubigerschutzes mit der gesamtschuldnerischen und gleichrangigen Primärhaftung der an der Spaltung beteiligten Gesellschaften, so kann diese Haftung hinsichtlich des oben erwähnten Gleichgewichtes der Interessen auf das jeder dieser Gesellschaften zugeteilte Nettoaktivvermögen beschränkt werden.¹³ Die Haftungsbeschränkung kann wegen der primären und gleichrangigen Haftung der Rechtsnachfolger auch bei deren Gesellschaft angewandt werden, auf die die Verpflichtung im Spaltungsvertrag übertragen wurde.¹⁴ Im Rahmen dieser Wahlmöglichkeit können die folgenden Harmonisierungsvorschriften in den innerstaatlichen Gesellschaftsrechten unterschieden werden:

¹¹ KOHLEGGGER, Gerhard - KNOFLACH, Heinz: *Gemeinschaftsrechtliche Auslegungs- und Umsetzungsprobleme am Beispiel von Fusions- sowie Spaltungs-RL und EU-GesRAG*, in: Österreichisches Recht der Wirtschaft, 3/1996, 99; GROSSMAYER, Clemens: *Gläubigerschutz bei Abspaltungen*. NWV Verlag, Wien - Graz, 2010, 111, 118; HABERSACK 2006, 219; VÉKÁS 2001, 241; GRÜNWARD 1996, 185; COSTAN 2010, 194.

¹² MISKOLCZI BODNÁR 2004, 115, 292; KALSS 2010, SpaltG, § 15, Rn 13.

¹³ KALSS 2010, SpaltG, § 15, Rn 13; GROSSMAYER 2010, 111; HABERSACK 2006, 219; KOHLEGGGER - KNOFLACH 1996, 99.

¹⁴ Art 12. Abs. 3 Spalt-RL.

- a) Als Modell 2. a) kann die primäre Solidarhaftung aller Rechtsnachfolger geregelt werden. Diese Gesellschaften haften für die Verbindlichkeit des Rechtsvorgängers unbeschränkt, d.h. nicht nur im Umfang des übernommenen Nettoaktivvermögens.
- b) Als Modell 2. b) können sich die Mitgliedstaaten dafür entscheiden, dass alle an der Spaltung beteiligten Gesellschaften gegenüber den Gläubigern primär und gesamtschuldnerisch, aber beschränkt haften. In diesem Fall kann die Ersatzpflicht bei jeder Gesellschaft auf das zugeteilte Nettoaktivvermögen beschränkt werden.
- c) Als Modell 2. a+b) können die zwei oben erwähnten Systeme der Haftungsbeschränkung neben der primären Solidarhaftung aller beteiligten Gesellschaften kombiniert werden. Als erstes ist festzulegen, dass die Regeln eines Mitgliedstaates die primäre und gesamtschuldnerische Haftung aller an der Spaltung beteiligten Gesellschaften deklarieren können. Die Gesellschaft, der die Verbindlichkeit im Spaltungsplan zugeordnet wurde, haftet neben ihrer primären Haftung unbeschränkt, und die übrigen Gesellschaften haften aber neben ihrer primären Solidarhaftung bis zur Höhe des ihnen zugeordneten Nettoaktivvermögens.

III. Innerstaatliche Grundlagen in den drei Ländern

Hinsichtlich der oben erwähnten optionalen mehrstufigen Wahlmöglichkeiten bei der Umsetzung der Haftungs Vorschriften, die auf die Rechtsnachfolger für die Verbindlichkeiten des Rechtsvorgängers bei den Spaltungsvorgängen von Aktiengesellschaften gelten, ist festzuhalten, dass eine rechtsvergleichende Analyse zwischen den Regeln der einzelnen Mitgliedstaaten nicht vermieden werden kann. In den Rahmen der Spalt-RL gehört die Gestaltung der für die Spaltung von Aktiengesellschaften geltenden innerstaatlichen Haftungs Vorschriften zu den Kompetenzen des nationalen Gesetzgebers. Im vorliegenden Aufsatz werden die Rechtsvorschriften der drei mittel- und osteuropäischen Länder Ungarn, Österreich und Tschechien untersucht. Die rechtsvergleichende Analyse verwirklicht eine horizontale Annäherung. Aufgrund der Richtlinien wurden die relevanten Bestimmungen nur in solchem Maß untersucht,

wie das unbedingt erforderlich war, um die Abweichungen zwischen dem einzelstaatlichen Gesellschaftsrecht und Widersprüche bei den grenzüberschreitenden Umstrukturierungsvorgängen aufzudecken.

1. Ungarn

Das Gesetz über Wirtschaftsgesellschaften¹⁵ regelt keine speziellen Haftungsvorschriften bei der Spaltung von Aktiengesellschaften, die auf die Haftung und Ersatzpflicht der Rechtsnachfolger für die Verbindlichkeiten des Rechtsvorgängers gelten. Wenn nur Aktiengesellschaften am Umwandlungsverfahren teilnehmen, muss die nächste Stufe der anwendbaren Rechtsvorschriften untersucht werden, die, unabhängig von der Rechtsform der an der Spaltung beteiligten Gesellschaften, bei der Spaltung speziell maßgebend sind.¹⁶ Die Gläubiger können ihre Ansprüche gegen die Rechtsnachfolger in folgender Weise geltend machen:

- a) Gemäß § 85 Abs. 1 GG haften die Rechtsnachfolger der sich spaltenden Gesellschaft – einschließlich der Gesellschaft, aus der die Spaltung durch Übernahme erfolgt ist – gemäß den Bestimmungen des Spaltungsvertrags für die vor der Spaltung entstandenen Verbindlichkeiten des Rechtsvorgängers. Die im Spaltungsvertrag angegebenen Forderungen sind primär gegenüber dem Rechtsnachfolger geltend zu machen, dem der Spaltungsvertrag die gegebenen Verbindlichkeiten bei der Vermögensaufteilung zugewiesen hatte. Dieser Rechtsnachfolger haftet unbeschränkt mit seinem gesamten Gesellschaftsvermögen für die Erfüllung der Schulden des Rechtsvorgängers.
- b) Wenn die Gesellschaft, auf die die Verpflichtung im Spaltungsvertrag übertragen wurde, diese Verbindlichkeiten nicht erfüllt, haften alle Rechtsnachfolger unbeschränkt und gesamtschuldnerisch dafür (unbeschränkte subsidiäre Solidarhaftung). Eine vorherige Mahnung oder ein erfolgloses Exekutionsverfahren in das Vermögen der Schuldnergesellschaft ist nicht erforderlich.¹⁷ Im Verhältnis der Rechtsnachfolger untereinander bil-

¹⁵ Gesetz Nr. IV von 2006 über die Wirtschaftsgesellschaften (GG).

¹⁶ PAPP Tekla (Hrsg.): *Társasági jog*. Lectum Kiadó, Szeged, 2011, 107-108.

¹⁷ BH 2012. G.2; ÍH 2012. 83.

det die im Spaltungsvertrag verfasste Vermögensaufteilung die Basis für die Abrechnung. Mangels solcher Vorschrift ist das Verhältnis der Vermögensaufteilung maßgebend.¹⁸

- c) Wenn über Verbindlichkeiten im Spaltungsvertrag nicht verfügt wurde oder diese erst nach der Vereinbarung bekannt geworden sind, haften alle Rechtsnachfolger solidarisch und unbeschränkt.¹⁹

2. Österreich

§ 15 SpaltG²⁰ normiert die für den Rechtsnachfolger geltenden Haftungsvorschriften für die Verbindlichkeit des Rechtsvorgängers bei der Spaltung von Kapitalgesellschaften. Die Regeln sind also bei solchen Spaltungsvorgängen maßgebend, an denen nur Aktiengesellschaften teilnehmen.

Neben der Gesellschaft, der die Verbindlichkeit nach dem Spaltungsplan zugeordnet wird, haften die übrigen an der Spaltung beteiligten Gesellschaften bis zur Höhe des ihnen jeweils zugeordneten Nettoaktivvermögens als Gesamtschuldner für die bis zur Eintragung der Spaltung begründeten Verbindlichkeiten der übertragenden Gesellschaft.²¹

Gemäß der österreichischen Rechtslage ist die Haftung der Rechtsnachfolger primär; der Gläubiger ist nicht verpflichtet, sich zuerst an die im Spaltungsplan genannte Gesellschaft zu wenden.²²

Andererseits unterscheidet das Gesetz zwischen der Gesellschaft, der die Verbindlichkeit nach dem Spaltungsplan zugeordnet wird, und den sonstigen Gesellschaften. Der Rechtsnachfolger, auf den die Verpflichtung im Spaltungsvertrag übertragen wurde, haftet primär und unbeschränkt. Die anderen an der Spaltung beteiligten Gesellschaften haften auch primär als Gesamtschuldner, werden aber nur mit beschränkter Ersatzpflicht bis zur Höhe des ihnen jeweils zugeordneten Nettoaktivvermögens belas-

¹⁸ § 85 Abs. 4 GG.

¹⁹ FIT-H-GJ-2010-51.

²⁰ Bundesgesetz über die Spaltung von Kapitalgesellschaften (SpaltG) (StF: BGBl. Nr. 304/1996., zuletzt geändert durch das Gesetz. BBl. I Nr. 53/2011.).

²¹ § 15 Abs 1 SpaltG.

²² KOPPENSTEINER, Hans Georg - RÜFFLER, Friedrich: *Kommentar zum GmbHG*. LexisNexis ARD Orac, Wien, 2007, zu § 96 GmbHG, Rn 39; KALSS, Susanne: *Ausgewählte Fragen der Haftung der sonstigen Gesellschaften gem § 15 SpaltG*, in: *Wirtschaftsrechtliche Blätter*, 2/2003. 50.; STOCKENHUBER, Peter: *Das österreichische Spaltungsgesetz*, in: *Recht der internationalen Wirtschaft*, 4/1994. 286.; KALSS 2010, § 15, Rn 6, 9, 30; GROSSMAYER 2010, 118, 140-141.

tet. Es bedeutet, dass der Gläubiger jede beliebige an der Spaltung beteiligte Gesellschaft (auch die sonstigen Gesellschaften) sofort in Anspruch nehmen kann, soweit dieser Betrag im Wert des zugeordneten Nettoaktivvermögens Deckung findet.²³

Hinsichtlich der Vermögensteile, die sonst auf Grund des Spaltungsplans keiner an der Spaltung beteiligten Gesellschaft zugeordnet werden können, enthält der Spaltungsplan eine Zweifelsregel. Mit Hilfe dieser Generalklauseln kann entschieden werden, auf welche Gesellschaft die „vergessene“ Verbindlichkeit übertragen wurde. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die primäre Solidarhaftung der an der Spaltung beteiligten Gesellschaften gemäß dem § 15 Abs. 1 SpaltG ohnehin besteht.²⁴

3. Tschechien

In Tschechien wird die Spaltung durch das Gesetz über die Umwandlung von Handelsgesellschaften geregelt.²⁵ Das tschechische Umwandlungsrecht verwirklicht eine differenzierte Regelung: Neben den allgemeinen Vorschriften des Spaltungsrechts gelten die für die einzelnen Gesellschaftsformen anzuwendenden Sonderbestimmungen. Als Beschränkung ist zu betrachten, dass Kapitalgesellschaften (einschließlich Aktiengesellschaften) nur in Kapitalgesellschaften aufgespalten werden können.²⁶ Wenn sich nur Aktiengesellschaften an der Spaltung beteiligen, sind die allgemeinen Regeln des Spaltungsrechts zu untersuchen, da die Sonderbestimmungen über die Spaltung einer Aktiengesellschaft keine spezielle Normierung enthalten.²⁷

Gemäß § 257 czUmwG haften die rechtsnachfolgenden Gesellschaften gesamtschuldnerisch bis zur Höhe des zugeordneten Nettoaktivvermögens für die Verbindlichkeiten, die auf sie oder auf die übrigen

²³ KALSS 2010, § 15, Rn 11, 31-32; hinsichtlich der Haftungsvorschriften bei der Spaltung siehe noch: HIRSCHLER, Klaus: *Neuerungen im Gesellschafter- und Gläubigerschutz bei Spaltungen nach dem neuen SpaltG*, in: Der Gesellschafter, 1/1997, 10; SCHIMKA, Matthias: *Zur Geltendmachung von Gläubigeransprüchen nach § 15 SpaltG*, in: Der Gesellschafter, 6/2008, 284-291.

²⁴ GROSSMAYER 2010, 116; KALSS 2010, SpaltG, § 15, Rn 7.

²⁵ Nr. 125/2008. Sb. Gesetz über die Umwandlung von Handelsgesellschaften und Genossenschaften (Vom 19 März 2008 in der Fassung der Gesetze Nr. 15/2009. Sb. und Nr. 227/2009. Sb.; in: Handbuch Wirtschaft und Recht in Osteuropa Band 1. Verlag C.H. Beck, München, 2006; mit Ergänzungslieferungen).

²⁶ SKÁLOVÁ, Jana: *Tschechien: Spaltung aus gesellschafts- und steuerrechtlicher Sicht*, in: *eastlex*, 3/2008, 108.

²⁷ § 246 czUmwG; §§ 312-319 czUmwG.

in der Spaltung beteiligten Gesellschaften übergegangen sind. Die Vorschrift ist also bei der Spaltung durch Abspaltung auf solche Schulden anzuwenden, die bei der gespaltenen Gesellschaft verblieben sind.

Im tschechischen Umwandlungsrecht herrscht also die primäre solidarische Haftung des Rechtsnachfolgers für die Schulden des Rechtsvorgängers unabhängig von der Vermögensteilung des Spaltungsplans. Der Gläubiger kann von der beliebigen Gesellschaft die Erfüllung der Forderung verlangen. Zwar ist die Haftung gesamtschuldnerisch, aber es kann festgehalten werden, dass jede Gesellschaft beschränkt haftet. Die Ersatzpflicht belastet die an der Spaltung beteiligten Gesellschaften nur bis zur Höhe des erworbenen Nettoaktivvermögens, deswegen ist keine Gesellschaft verpflichtet, die Forderung in vollem Umfang zu befriedigen, wenn die Höhe der vorliegenden Verbindlichkeit den Wert des zugeordneten Nettoaktivvermögens überschreitet. Die Beschränkung der Haftung ist bei jeder an der Spaltung beteiligten Gesellschaft anzuwenden.²⁸

Sollte aus dem Spaltungsplan nicht ersichtlich sein, auf welchen Rechtsnachfolger die vorliegende Verbindlichkeit des Rechtsvorgängers übergegangen ist, haften alle an der Spaltung beteiligten Gesellschaften für die Erfüllung der Forderung gegen den Gläubiger gesamtschuldnerisch. Bei der Abspaltung gilt die Präsümption, dass die im Spaltungsplan nicht zugeordneten Verbindlichkeiten bei der sich spaltenden Gesellschaft bleiben.²⁹

IV. Vergleich der innerstaatlichen Grundlagen in den untersuchten Ländern

Während der rechtsvergleichenden Untersuchung konnte festgestellt werden, dass die Wahlmöglichkeit zwischen den gebotenen Optionen daraus resultiert, dass die Verantwortung der Rechtsnachfolger hinsichtlich der primären oder subsidiären Haftung sowie der Haftungsbeschränkung in den analysierten Mitgliedstaaten trotz der Harmonisierung abweichend geregelt und gesetzlich normiert wird. Es ist festzustellen, dass die primäre oder subsidiäre Solidarhaftung der Rechtsnachfolger für die Verbindlichkeiten des Rechtsvorgängers infolge der obligatorischen Vorschrift der Spalt-RL in den analysierten Mitgliedstaaten einheitlich geregelt wurde. Die Differenzen, die in

²⁸ SKÁLOVÁ 2008, 109.

²⁹ § 261 czUmwG.

den innerstaatlichen Gesellschaftsrechten hinsichtlich der Eigenart der Haftung und der Beschränkung der Ersatzpflicht aufgetreten sind, werden tabellarisch zusammengefasst:

	<i>Spalt-RL</i>		<i>Ungarn</i>	<i>Österreich</i>	<i>Tschechien</i>
Modell	1.	2.	1. a)	2. a + b)	2. b)
Rechtliche Grundlagen	Art 12. Abs. 3 bis 6 Spalt-RL		§ 85 GG	§ 15 SpaltG	§ 257 Abs. 1 bis 2 czUm-wG
Haftung der RN	primär: gemäß dem Spaltungsplan subsidiär: übrigen RN	primär: jeder RN	primär: gemäß dem Spaltungsplan subsidiär: übrigen RN	primär: jeder RN	primär: jeder RN
Solidarhaftung	✓	✓	✓	✓	✓
Beschränkung der Ersatzpflicht	primär: unbschr. subsidiär: unbschr./ bschr. (a)/(b)	jeder RN: unbschr./ bschr. (a)/(b)	jeder RN unbschr.	gemäß dem Spaltungsplan: unbschr. übrigen RN: bschr.	jeder RN bschr.

1. *Ungarn*: Es ist davon auszugehen, dass der ungarische Gesetzgeber dem System der optionalen Wahlmöglichkeiten der Richtlinie dem 1. a) Modell folgt. Im ungarischen Recht haftet die Gesellschaft primär, auf die die Verpflichtung im Spaltungsvertrag übertragen wurde. Die sonstigen an der Spaltung beteiligten Gesellschaften haften subsidiär, aber gesamtschuldnerisch, wenn die primär haftende Gesellschaft die Forderung der Gläubiger nicht erfüllt. Die ungarische Regelung enthält keine Haftungsbeschränkung, da jeder Rechtsnachfolger mit unbeschränkter Ersatzpflicht - unabhängig von ihrer primären oder subsidiären Haftung - mit den Schulden des Rechtsvorgängers belastet wurde.

2. *Österreich*: Das österreichische System verwirklicht von der in der Spalt-RL angebotenen mehrstufigen Wahlmöglichkeit das Modell 2. a+b). Im Gegensatz zu der ungarischen Regelung haftet jeder Rechtsnachfolger primär für die Verbindlichkeit des Rechtsvorgängers. Zwar wurde die

Gesellschaft, der die Verbindlichkeit nach dem Spaltungsplan zugeordnet wird, mit unbeschränkter Ersatzpflicht belastet, die übrigen Gesellschaften haften trotzdem nur beschränkt bis zur Höhe des zugeordneten Nettoaktivvermögens.

3. *Tschechien*: Die tschechischen Vorschriften können dem 2. b) Modell der Spalt-RL zugeordnet werden. Ähnlich zu dem österreichischen Regelungssystem wurde die primäre Solidarhaftung jedes Rechtsnachfolgers in dem Umwandlungsgesetz festgelegt. Im Gegensatz zu den ungarischen und österreichischen Haftungsvorschriften kann die Haftungsbeschränkung und die beschränkte Ersatzpflicht bei jedem Rechtsnachfolger angewendet werden.

Als Zusammenfassung der bisher dargelegten Analyse ist festzuhalten, dass die Haftungsvorschriften der Spalt-RL in den untersuchten Mitgliedstaaten auf drei verschiedene Weisen, welche ihnen infolge der in der Spalt-RL angebotenen mehrstufigen Wahlmöglichkeit geboten wurden, umgesetzt wurden. Die Regelungstechnik der Spalt-RL resultiert daraus, dass die innerstaatlichen Vorschriften, die auf die Haftung der Rechtsnachfolger für die Schulden des Rechtsvorgängers bei Spaltung von Aktiengesellschaften in den Mitgliedstaaten maßgebend sind, trotz der Harmonisierung abweichend geregelt werden.

V. Anwendbares Recht bei den grenzüberschreitenden Spaltungen

Es ist unstrittig, dass die Zulässigkeit der grenzüberschreitenden Spaltungen mangels diesbezüglicher Harmonisierungsvorschriften vom Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit und dem Diskriminierungsverbot abgeleitet werden kann, wenn die Spaltungsformen für die entsprechenden nationalen Gesellschaften gemäß dem Recht des Staates des Rechtsnachfolgers innerstaatlich ermöglicht werden.³⁰

³⁰ Siehe noch: C-411/03: *Sevic Systems AG*, Urteil des Gerichtshofs, 19; C-378/10: *Vale Építési Kft.*, Urteil des Gerichtshofs, 33, 41, 46; SPAHLINGER, Andreas - WEGEN, Gerhard: *Deutsche Gesellschaften in grenzüberschreitenden Umwandlungen nach Sevic und der Verschmelzungsrichtlinie in der Praxis*, in: *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 19/2006, 725; MADER, Christopher: *Die grenzüberschreitende Verschmelzung am Beispiel Deutschland - Österreich*, in: *Österreichische Zeitschrift für Recht und Rechnungswesen*, 4/2011, 101; WENG, Andreas: *Zulässigkeit und Durchführung grenzüberschreitender Verschmelzungen*. Duncker & Humblot, Berlin, 2008, 91, 360-361; GROHMANN, Uwe: *Grenzüberschreitende Mobilität von Gesellschaften nach der Recht-*

Hinsichtlich der Umwandlung stellt sich die Frage des anwendbaren Rechts im Zusammenhang mit der Durchführung der grenzüberschreitenden Verschmelzungsvorgänge und der grenzüberschreitenden Sitzverlegung/Formwechsel auf supranationaler Ebene: Im Rahmen der Rechtsentwicklung taucht die Frage auf, nach welchen prozessrechtlichen Vorschriften die grenzüberschreitenden Umwandlungsvorgänge durchgeführt und ins Handelsregister eingetragen werden müssen. Die Problematik des anwendbaren Rechts hinsichtlich der Haftungsvorschriften, die bei der Umwandlung für die Rechtsnachfolger für die Verbindlichkeit des Rechtsvorgängers gelten, wird nicht eingehend in der Fachliteratur untersucht, weil nur ein Rechtsnachfolger infolge der Gesamtrechtsnachfolge bei den grenzüberschreitenden Verschmelzungen erschien.

Vom Anwendungsbereich der Verordnungen Rom I und Rom II³¹ sind die das Gesellschaftsrecht betreffenden Fragen, wie die Errichtung durch Eintragung oder auf anderer Weise, die Rechts- und Handlungsfähigkeit, die innere Verfassung und die Auflösung von Gesellschaften sowie die persönliche Haftung der Gesellschafter und der Organe für die Verbindlichkeiten einer Gesellschaft ausgenommen. Die Verordnung deklariert ausdrücklich, dass die Regeln der Verordnung die Haftungsvorschriften für die Gesellschafter, für die Schulden der Gesellschaft maßgebend sind, nicht umfassen.³²

Gesellschaftsrechtlich-materielle Ansprüche (einschließlich der Haftungsvorschriften) sind in jedem Fall nach dem Recht der Gesellschaft, ihrem Personalstatut zu beurteilen. Diese Feststellung gilt also für die Verantwortung der an der Spaltung beteiligten Gesellschaften: Das Gesellschaftsstatut umfasst also die gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse der

sprechung des EuGH - von Daily Mail bis Cartesio, in: Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht, 8/2009, 325-326; TEICHMANN, Cristoph: *Gesellschaftsrecht im System der Europäischen Niederlassungsfreiheit*, in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, 6/2011, 645-646; HUEMER, Daniela: *Grenzüberschreitende Verschmelzungen von Kapitalgesellschaften (Teil 2)*, in: Österreichische Zeitschrift für Recht und Rechnungswesen, 3/2006, 68; DUURSMMA, Dieter - DUURSMMA-KEPPLINGER, Henriette - ROTH, Marianne: *Handbuch zum Gesellschaftsrecht*. LexisNexis ARD Orac, Wien, 2007, Rn 4525; BAYER, Walter - SCHMIDT, Jessica: *Grenzüberschreitende Sitzverlegung und grenzüberschreitende Restrukturierungen nach MoMiG, Cartesio und Trabrennbahn*, in: Zeitschrift für das Gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht, 173/2009, 768; HABERSACK 2006, 227 p.

³¹ Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I); Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II).

³² Art. 1 Abs. 2. lit. f) VO Rom I; Art. 1 Abs. 2. lit. d) VO Rom II; CZIGLER Dezső Tamás: *Az európai nemzetközi (kollíziós) magánjog és a családjog főbb kérdései* (Dissertation). Győr, 2011, 241, 245-246; ECKERT 2010, 790.

Rechtsnachfolger, die bei der Spaltung geltenden Haftungsvorschriften und einen zur Verfügung stehenden Gläubigerschutz. Deswegen ist die Haftung der Rechtsnachfolger für die Verbindlichkeit des Rechtsvorgängers nach dem Gesellschaftsstatut zu entnehmen.³³

Im Falle grenzüberschreitender Spaltungen können mehrere Rechtsnachfolger in jedem Mitgliedstaat neu gegründet werden oder ihre Tätigkeit weiterhin ausüben. Gerade aus diesem Grunde können die abweichenden innerstaatlichen Regelungen, die für die Haftung der Rechtsnachfolger gelten, während den grenzüberschreitenden Spaltungsvorgängen zu Kollisionen führen.³⁴ Es stellt sich demnach die Frage, welche von den betroffenen Rechtsordnungen im Falle der Haftung der Rechtsnachfolger angewandt werden muss. Hinsichtlich der Anknüpfung ist bei den grenzüberschreitenden Spaltungen zu entscheiden, ob die Anknüpfung an das Recht (das Personalstatut) des Rechtsvorgängers (mit Fortsetzung) oder die Anknüpfung an das Gesellschaftsstatut der einzelnen Rechtsnachfolger hinsichtlich der Haftungsvorschriften der Rechtsnachfolger (primäre oder subsidiäre Haftung; unbeschränkte oder beschränkte Ersatzpflicht) zu beachten ist. Beide Lösungsvorschläge können mit Argumenten unterstützt werden:

1. Für die Anknüpfung an das Gesellschaftsstatut des Rechtsvorgängers (mit Fortsetzung) kann das Argument vorgetragen werden, dass die Rechtsnachfolger im Fall der Spaltung nicht *ex nihilo* (ohne rechtliche Vorgeschichte), sondern infolge einer Rechtsnachfolge gegründet werden oder ihre Tätigkeit mit geänderter Vermögenslage weiterhin ausüben. Die Spaltung verwirklicht die Aufteilung oder Abtrennung eines vorherigen rechtlich und wirtschaftlich einheitlichen Gesellschaftsvermögens. Die einzelnen Teile des Gesellschaftsvermögens, die vor der Spaltung dem Rechtsvorgänger gebührt haben, müssen auch nach der Spaltung als eine wirtschaftliche Einheit behandelt werden. Die Teile des Gesellschaftsvermögens, die zwischen mehreren Rechtsnachfolgern geteilt oder abgetrennt werden, können nach der Spaltung mit Rücksicht auf die Rechtsnachfolge nicht in vollem Umfang voneinander unabhängig gemacht werden.³⁵

³³ CZIGLER 2011, 243; ECKERT 2010, 29, 699, 792.

³⁴ KALLMEYER, Harald (Hrsg.): *Umwandlungsgesetz – Kommentar*, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2010, zu Vor §§ 122a-122l (dUmwG), Rn 11-12; KALLMEYER, Harald - KAPPES, Stephan: *Grenzüberschreitende Verschmelzungen und Spaltungen nach Sevic Systems und EU-Verschmelzungsrichtlinie*, in: Die Aktiengesellschaft, 7/2006, 235.

³⁵ KALLMEYER - KAPPES 2006, 235.

Außerdem ist bei der Festlegung der möglichen Anknüpfung nach dem allgemeinen Grundsatz des internationalen Privatrechts zu untersuchen, nach welchen Rechtsnormen die Rechtsstellung der vor der Spaltung entstandenen Verbindlichkeiten zu dem Zeitpunkt beurteilt werden kann, zu dem die rechtlich relevante Tatsache oder der maßgebliche Fakt eintritt. Im Vorgang der Spaltung tritt die rechtlich relevante Tatsache mit der Eintragung der Umwandlung ein. Zu diesem Zeitpunkt gelten diejenigen Regeln für die Schuldenersatzpflicht der sich spaltenden Gesellschaft, die nach dem Gesellschaftsstatut des Rechtsvorgängers für die Haftung der Rechtsnachfolger maßgebend sind.

2. Die Anwendung des Personalstatuts der einzelnen Rechtsnachfolger kann mit den gesetzlichen innerstaatlichen Regeln des internationalen Privatrechts begründet werden, da gesellschaftsrechtliche materielle Ansprüche (einschließlich der Haftungsvorschriften) dem Gesellschaftsstatut zu entnehmen sind. Infolge der grenzüberschreitenden Spaltung werden die Rechtsnachfolger in einem anderen Mitgliedstaat als neu gegründete Rechtsträger errichtet. Die Voraussetzungen und die Anforderungen der Gründung einer Gesellschaft oder Fortführung der Tätigkeit einer bestehenden Gesellschaft (mit geänderter Vermögenslage) werden in dem Recht des Gesellschaftsstatuts der einzelnen Rechtsnachfolger festgelegt.³⁶ Die Rechtsfähigkeit der Rechtsnachfolger ist allein von der Eintragung in dem Aufnahmestaat und der Anerkennung des Aufnahmestaates der einzelnen Rechtsnachfolger abhängig. Die Fortsetzung des Gesellschaftsstatuts des Rechtsvorgängers kann wegen der Errichtung oder der Fortführung eines in einem anderen Mitgliedstaat gegründeten Rechtsträgers nicht festgelegt werden.

Zwei Beispiele – die Bedeutung des anwendbaren Rechts und der Rechtsvergleichung

Die Zahl der anwendbaren Rechte vervielfältigt sich in der grenzüberschreitenden Relation nach der Zahl der an der Spaltung beteiligten Gesellschaften und der berührten Mitgliedstaaten. Die Differenzen, die bei den innerstaatlichen Umsetzungsvorschriften der einzelnen Länder hinsichtlich der Haftung der Rechtsnachfolger bei der Spaltung von Aktiengesellschaften infolge der Rechtsvergleichung ausgewiesen werden können,

³⁶ KALLMEYER - KAPPES 2006, 235.

werden daraus abgeleitet, dass die Verantwortung der Rechtsnachfolger für die Verbindlichkeit des Rechtsvorgängers von der Anknüpfung (an das Gesellschaftsstatut des Rechtsvorgängers oder Gesellschaftsstatut der einzelnen Rechtsnachfolger) und der in dem Spaltungsplan verfassten Vermögensaufteilung (auf welche Rechtsnachfolger die gegebenen Schulden nach dem Spaltungsplan übertragen werden) in verschiedener Weise beurteilt werden kann. Zur Veranschaulichung der Bedeutung des anwendbaren Rechts hinsichtlich der Haftungsvorschriften bei der grenzüberschreitenden Spaltung möchten wir zwei beliebige und fiktive Fälle darstellen. In diesen Fällen berührt die grenzüberschreitende Spaltung die während der rechtsvergleichenden Untersuchung analysierten Mitgliedstaaten.

1. Beim ersten Szenario hat sich eine ungarische Gesellschaft in einen österreichischen Rechtsnachfolger und einen tschechischen Rechtsnachfolger aufgespalten.³⁷ Die gegebene Forderung der Gläubiger wurde im Spaltungsplan auf die tschechische Gesellschaft übertragen. Hier stellt sich die Frage, nach welchen Rechtsnormen die Haftung der österreichischen und tschechischen Rechtsnachfolger für die Verpflichtung des ungarischen Rechtsvorgängers bei dieser grenzüberschreitenden Spaltung beurteilt werden kann. Hinsichtlich der möglichen Anknüpfungsvariationen können folgende unterschiedliche Lösungsvorschläge vorgestellt werden:³⁸

- a) Wenn das Recht des Gesellschaftsstatuts des ungarischen Rechtsvorgängers fortsetzend auf die Verantwortung der Rechtsnachfolger angewandt wird, haftet der tschechische Rechtsnachfolger gemäß dem ungarischen Recht primär für die Erfüllung der gegebenen Forderung des Rechtsvorgängers, weil die Verbindlichkeit dieser Gesellschaft im Spaltungsvertrag diesem Rechtsnachfolger zugeordnet wurde. Wenn die tschechische Gesellschaft die Forderung nicht erfüllen sollte, kann die subsidiäre Verantwortung des österreichischen Rechtsnachfolgers festgelegt werden. Es ist strittig, ob die Rechtsnachfolger zusammen verklagt werden können, weil die primär und die subsidiär haftenden Rechtsnachfolger gemäß

³⁷ Die Feststellungen sind sowohl bei der Spaltung durch Neugründung als auch bei der Spaltung durch Aufnahme zutreffend.

³⁸ Wegen der einfacheren Veranschaulichung der dargestellten Rechtsfälle ist in den vorliegenden Fällen nicht relevant, ob die internationalen privatrechtlichen Vorschriften der berührten Mitgliedstaaten der Gründungstheorie oder Sitztheorie bei der Bestimmung des Gesellschaftsstatutes folgen.

ungarischem Recht nicht im Wege einer gesamtschuldnerischen Haftung belangt werden können. Bei der Anknüpfung an das Gesellschaftsstatut des Rechtsvorgängers haftet jede an der Spaltung beteiligte Gesellschaft (sowohl die primär haftende tschechische Gesellschaft, als auch die sekundär haftende österreichische Gesellschaft) unbeschränkt.

- b) Wenn die Haftung der Rechtsnachfolger gemäß dem nach ihrem eigenen Gesellschaftsstatut anwendbaren Umwandlungsrecht beurteilt wird, haftet die tschechische Gesellschaft gemäß dem tschechischen Recht primär und gesamtschuldnerisch, jedoch beschränkt (bis zur Höhe des ihnen jeweils zugeordneten Nettoaktivvermögens) für die gegebene Forderung. Die Differenzen können also bei der Haftungsbeschränkung ausgewiesen werden: Gemäß dem ungarischen Recht (bei der Anknüpfung an das Gesellschaftsstatut des Rechtsvorgängers mit Fortsetzung) haftet die tschechische Gesellschaft unbeschränkt, aber nach dem eigenen Recht des Rechtsnachfolgers ist sie nur zur beschränkten Ersatzpflicht verpflichtet.

Der österreichische Rechtsnachfolger ist auch mit primärer Solidarhaftung (gegen die ungarischen Regeln) gemäß dem österreichischen Recht belastet. Abweichend vom ungarischen Modell haftet die österreichische Gesellschaft beschränkt nach dem Recht ihres Gesellschaftsstatuts.

Wegen der einheitlich geregelten Solidarhaftung, die sowohl in Österreich als auch in Tschechien festgesetzt wird, kann der Gläubiger die beiden Rechtsnachfolger in einem Prozess zusammen verklagen.

1. Gemäß dem zweiten Fall hat ein tschechischer Rechtsvorgänger sich auf einen ungarischen Rechtsnachfolger und einen österreichischen Rechtsnachfolger aufgespalten. Die gegebene Verbindlichkeit wurde nach dem Spaltungsplan der österreichischen Gesellschaft zugeteilt. In diesem Fall können die folgenden Abweichungen infolge der Anknüpfung an das Gesellschaftsstatut des Rechtsvorgängers (mit Fortsetzung) oder der Anknüpfung an das Gesellschaftsstatut der einzelnen Rechtsnachfolger beobachtet werden:

- a) Nach dem Gesellschaftsstatut des Rechtsvorgängers (tschechischem Recht), das mit Fortsetzung auf die Haftung der Rechtsnachfolger angewandt werden kann, haften sowohl

die ungarische Gesellschaft, als auch die österreichische Gesellschaft primär, gesamtschuldnerisch und beschränkt. Die Rechtsdurchsetzung ist im Rahmen eines Zivilprozesses wegen der primären Solidarhaftung möglich.

- b) Wenn das Gesellschaftsstatut der einzelnen Rechtsnachfolger auf die Verantwortung der Rechtsnachfolger für die Verbindlichkeit des Rechtsvorgängers maßgebend ist, ist die österreichische Gesellschaft nach österreichischen Recht mit primärer und unbeschränkter Ersatzpflicht belastet, da die Forderung im Spaltungsplan auf diese Gesellschaft übertragen wurde.

Der ungarische Rechtsnachfolger haftet subsidiär und unbeschränkt für die Forderungserfüllung des Rechtsvorgängers, deswegen muss der Gläubiger zuerst die österreichische Gesellschaft zum Ausgleich der Schulden auffordern. Wenn der österreichische Rechtsnachfolger die Forderung nicht erfüllt, kann sich der Gläubiger an die ungarische Gesellschaft wenden.

In diesem Fall berühren die Widersprüche sowohl die Eigenart der Haftung (mit primärer oder subsidiärer Ersatzpflicht sind die Rechtsnachfolger belastet) als auch die Haftungsbeschränkung, weil die Rechtsnachfolger nach ihrem eigenen Gesellschaftsstatut im Gegensatz zu den tschechischen Vorschriften unbeschränkt haften. Der Gläubiger kann in diesem Fall die an der Spaltung beteiligten Gesellschaften bei der Anknüpfung an das Gesellschaftsstatut der einzelnen Rechtsnachfolger nicht unbedingt zusammen verklagen, weil das österreichische und ungarische Recht die primäre bzw. subsidiäre Solidarhaftung der Rechtsnachfolger für die Schulden des Rechtsvorgängers nicht einheitlich regeln.

VI. Zusammenfassung

Die Richtlinie enthält eine mehrstufige Wahlmöglichkeit hinsichtlich der Haftungsvorschriften, die bei den innerstaatlichen Spaltungen von Aktiengesellschaften für die Rechtsnachfolger hinsichtlich der Verbindlichkeit des Rechtsvorgängers gelten. Bei grenzüberschreitenden Spaltungen kann zusammenfassend festgehalten werden, dass die in den Mitgliedstaaten abweichend geregelten Haftungsvorschriften und die Frage des anwendbaren Rechts mangels spezieller Anknüpfung hinsichtlich der Rückerstattung der vor der Spaltung entstandenen Gläubigerforderun-

gen als deutliches Risiko anzusehen sind. Die Rechtsunsicherheit tritt im Zusammenhang mit der Eigenart und Beschränkung der Haftung auf, die als Grundlage für sog. „forum shopping“ dienen kann. Die dargestellten kollisionsrechtlichen Mängel und die Frage des anwendbaren Rechts haben demnach verfahrensrechtliche Auswirkungen. Die kollisions- und materiell rechtlichen Widersprüche beeinflussen die Anwendung der Zuständigkeitsvorschriften: Es ist strittig, ob der Gläubiger die an der Spaltung beteiligten Gesellschaften zusammen verklagen kann, weil die Mitgliedstaaten die primäre bzw. sekundäre Solidarhaftung nicht einheitlich regeln. Zur Beurteilung der Möglichkeit eines Prozesses, in dem alle an der Spaltung beteiligten Gesellschaften in Anspruch genommen werden, müssen in jedem Fall die innerstaatlichen verfahrensrechtlichen Vorschriften analysiert werden. Die effektive Rechtsdurchsetzung wird also durch die Haftungsbeschränkung verhindert, weil der höchste Betrag, den der Gläubiger von den bestimmten Rechtsnachfolgern fordern darf, im Fall der beschränkten Ersatzpflicht festgelegt wird. Als Lösungsalternative ist die Anwendung der Anknüpfung an das Gesellschaftsstatut des Rechtsvorgängers (mit Fortsetzung) vorzuschlagen.

Österreichische Wirkungen in der ungarischen Strafrechtswissenschaft vor 1848 am Beispiel der Straftaten gegen das Leben¹

Szilvia Bató

*Postdok-Stipendiatin am Lehrstuhl für Strafrecht
und Strafprozessrecht Universität Szeged*

Es ist immer eine interessante Frage, wie verschiedene Rechtstraditionen in einer multinationalen Monarchie vereinheitlicht werden können. Die Rechtsgeschichte der Habsburgermonarchie (1526-1918) ermöglicht, vielfältige Lösungen festzustellen, da die Regierung die Rechtseinheit vielmals zu realisieren versuchte.² In den österreichisch-ungarischen strafrechtlichen Beziehungen vor 1848 lässt sich sowohl ein direkter Rechtsexport (StGB Josephs II.) als auch die Anregung der heimischen Kodifikation (1795, 1830) und sogar die Anwendung des flexiblen Gewohnheitsrechtes

¹ This paper was supported by the János Bolyai Research Scholarship of the Hungarian Academy of Sciences.

² KANN, Robert A.: *Die Habsburgermonarchie und das Problem des übernationalen Staates*, in: WANDRUSZKA, Adam - URBANITSCH, Peter (Hrsg.): *Die Habsburgermonarchie 1848-1918. II. Verwaltung und Rechtswesen*. Verlag der Österreichischen Akademie der Wissenschaften, Wien, 1975, 1-56, 17, 20, 22, 24; OGRIS, Werner: *Die Rechtsentwicklung in Cisleithanien 1848-1918*, in: WANDRUSZKA - URBANITSCH, 1975, 538-662, 550-551, 558-559, 565; OGRIS, Werner: *Recht und Staat bei Maria Theresia*, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte GA, 98 (1981), 1-29, 7, 27; KOCHER, Gernot: *Zum Wechselspiel von Rechtsordnung und Sozialordnung in der thesianisch-josephinischen Gesetzgebung und Judikatur*, in: PLASCHKA, Richard Georg - KLINGENSTEIN, Grete (Hrsg.): *Österreich im Europa der Aufklärung. Kontinuität und Zäsur in Europa zur Zeit Maria Theresias und Josephs II., I.*, Verlag der Österreichischen Akademie der Wissenschaften, Wien, 1985, 377-397, 380, 386; OGRIS, Werner: *Zwischen Absolutismus und Rechtsstaat*, in: PLASCHKA - KLINGENSTEIN 1985, 365-376, 366; OGRIS, Werner: *Die Entwicklung von Gerichtsverfassung, Strafrecht und Strafprozessrecht 1848-1918*, in: MÁTHÉ Gábor - OGRIS, Werner (Hrsg.): *Die Entwicklung der österreichisch-ungarischen Strafrechtskodifikation im XIX-XX. Jahrhundert*, Unió, Budapest, 1996, 55-74, 60, 62, 64; OGRIS, Werner: *Rechtseinheit und Staatsidee in der Donaumonarchie*, in: OGRIS, Werner: *Elemente europäischer Rechtskultur. Rechtshistorische Aufsätze aus den Jahren 1961-2003*, Hrsg.: OLECHOWSKI, Thomas, Böhlau Verlag, Wien-Köln-Weimar, 2003, 47-58; OGRIS, Werner: *Joseph II.: Staats- und Rechtsreformen*, in: OGRIS 2003, 125-164, 155; OGRIS, Werner: *Rechtsreformen*. in: REINALTER, Helmut (Hrsg.): *Lexikon zum aufgeklärten Absolutismus in Europa*, Böhlau Verlag, Wien-Köln-Weimar, 2005, 513-519, 516; KÜPPER, Herbert: *Einführung in die Rechtsgeschichte Osteuropas*, Studien des Instituts für Ostrecht München 54, Peter Lang, Frankfurt/M., 2005, 221-334.

(Praxis Criminalis) verzeichnen.³ Diese Bestrebungen der österreichischen Regierung sind im Allgemeinen bekannt, aber man hat nur sehr wenige Information über die tatsächlichen Wirkungen des österreichischen Strafrechtes in Ungarn. Die historische Strafrechtsvergleichung bietet eine gute Möglichkeit, die österreichischen Einflüsse in der ungarischen Strafrechtswissenschaft und in der Kodifikation nachzuweisen.

I. Überblick über die österreichische und ungarische Strafrechtsentwicklung

Vor der Darstellung der Auffassungen über die Straftaten gegen das Leben müssen sowohl die österreichische als auch die ungarische „äußere“ Strafrechtsgeschichte kurz zusammengefasst werden. Dieser Überblick ermöglicht die grundlegenden Unterschiede der Rechtsentwicklung in den österreichischen Erbländern und in Ungarn zu bestimmen.

1. Österreich

In der österreichischen Strafrechtsentwicklung lassen sich drei Paradigmen mit zwei großen Veränderungen im 18. und 19. Jahrhundert feststellen.

Die erste Epoche begann mit der Tiroler Malefizordnung (1499) und endete mit der Constitutio Criminalis Theresiana (1768). In diesem Zeitalter herrschten verschiedene schriftliche Rechtsquellen in den Erbländern, die doch viele Gemeinsamkeiten hatten. Da die österreichischen

³ BATÓ Szilvia: *Ein Überblick über die ungarische Strafrechtsentwicklung bis zum Jahre 1948*, in: SINN, Arndt - GROPP, Walter - NAGY Ferenc (Hrsg.): *Grenzen der Vorverlagerung in einem Tatstrafrecht. Eine rechtsvergleichende Analyse am Beispiel des deutschen und ungarischen Strafrechts*, Schriften des Zentrums für europäische und internationale Strafrechtsstudien (ZEIS) 1, V&R unipress Universitätsverlag, Osnabrück, 2011, 41-52, 41-50 (BATÓ 2011a); BATÓ Szilvia: *Möglichkeiten der Erforschung der österreichisch-ungarischen strafrechtlichen Beziehungen*, in: HORNYÁK Szabolcs - JUHÁSZ, B. tond - KORSÓSNÉ DELACASSE Krisztina - PERES Zsuzsanna (Hrsg.): *Turning Points and Breaklines*, Jahrbuch Junge Rechtsgeschichte 4, Martin Meidenbauer, München, 2009, 81-100, 82-88; BÉLI Gábor - KAJTÁR István: *Österreichisches Strafrecht in Ungarn: Die „Praxis Criminalis“ von 1687*, in: *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, 1994/4, 325-334; HAJDU Lajos: *Das Strafgesetzbuch Josephs II in Ungarn*, in: *Annales Univ. Sci. Budapest, Sectio Iuridica*, 25 (1973) 29-48; BATÓ Szilvia: *Mert az Ördög velem volt. Élet elleni bűncselekmények a 19. század első felében* [„...weil der Teufel mit mir war...“ Straftaten gegen das Leben in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts], L'Harmattan, Budapest, 2012, 29-30, 56-57; KAJTÁR István: *Rechts- und Gerichtspraxis in Ungarn 1840-1944. Tradition und Transfer*, in: POKROVAC, Zoran (Hrsg.): *Rechtsprechung in Osteuropa. Studien zum 19. und frühen 20. Jahrhundert*, Vittorio Klostermann, Frankfurt/M, 2012, 173-232, 189-191.

Erbländer zum Heiligen Römischen Reich gehörten, galt die *Constitutio Criminalis Carolina* (1532) als die subsidiäre Rechtsquelle.⁴

Die naturrechtliche Kodifikation in der Regierungszeit von Maria Theresia (1740-1780) bedeutete ein neues Paradigma. Sie versuchte die Grundlage für die Rechtseinheit in den Erbländern zu schaffen. Das strafrechtliche Ergebnis dieses Vorganges war die *Theresiana*, die das erste einheitliche österreichische Strafgesetz war. Sie wird auch als eine traditionelle Halsgerichtsordnung betrachtet, aber sie hatte die wichtigste Aufgabe erfüllt, das österreichische Strafverfahren und Strafrecht einheitlich und mit ausschließlicher Kompetenz zu regeln. Seit 1770 ist das österreichische Strafrecht selbstständig.⁵

Das dritte Paradigma war, ein modernes Strafgesetzbuch zu schaffen: Joseph II. (1780-1790) ordnete im Jahre 1783 an, einen Kodex nach den Prinzipien der Aufklärung zusammenzustellen. Dieses Strafgesetzbuch wurde 1787 erlassen, und es trat nicht nur in den Erbländern, sondern auch in Ungarn und seinen Nebenländern in Kraft. Die *Josephina* bestand aus zwei Teilen: Kriminalverbrechen und politische Verbrechen, beide Teile waren in einen Allgemeinen Teil und einen Besonderen Teil aufgeteilt; sie enthielten auch abstrahierte Tatbestände. Damit kann sie schon als ein modernes Strafgesetzbuch betrachtet werden.⁶ Das Straffensystem und einige Tatbestände waren für Zeitgenossen nicht annehmbar, deshalb begann eine Revision der *Josephina* nach dem Tod des Kaisers. So wurde das österreichische Strafgesetzbuch von 1803 geboren, und darauf folgend entwickelte sich eine moderne Strafrechtswissenschaft.⁷

⁴ HOEGEL, Hugo: *Geschichte des österreichischen Strafrechtes I*, Manzsche, Wien, 1904, 26-65.; HELBLING, Ernst Carl: *Grundlegende Strafrechtsquellen der österreichischen Erbländer vom Beginn der Neuzeit bis zur Theresiana. Ein Beitrag zur Geschichte des Strafrechts in Österreich*, Böhlau Verlag, Wien-Köln-Weimar, 1996, 2-21; HARTL, Friedrich: *Grundlinien der österreichischen Strafrechtsgeschichte bis zur Revolution von 1848*, in: MÁTHÉ - OGRIS 1996, 13-54, 13-16.

⁵ *Constitutio Criminalis Theresiana*, Wien, 1769; ALTHANN, Michael Joseph: *Elementa constitutionis criminalis Theresianae*, Wien, 1775; HOEGEL 1904, 65-72; MOOS, Reinhard: *Der Verbrechensbegriff in Oesterreich im 18. und 19. Jahrhundert. Sinn- und Strukturwandel*, Rechtsvergleichende Untersuchungen zur gesamten Strafrechtswissenschaft NF 39, Ludwig Röhrscheid Verlag, Bonn, 1968, 94-146; KOCHER 1985, 381; HELBLING 1996, 22-23; HARTL 1996, 16-22; OGRIS 2003a, 53; OGRIS 2005, 515, 518.

⁶ *Josephinisches Strafgesetzbuch von 1787*. in: BUSCHMANN, Arno (Hrsg.): *Textbuch zur Strafrechtsgeschichte der Neuzeit*, C. H. Beck, München, 1998.; SONNLEITHNER, Franz: *Anmerkungen zum neuen Josephinischen Kriminalgesetz*, Wien, 1787; HOEGEL 1904, 78-85; MOOS 1968, 163-184; KOCHER 1985, 382; HARTL 1996, 22-35; OGRIS 2003a, 54; OGRIS 2003b, 151-152; OGRIS 2005, 515, 517-518.

⁷ *Gesetzbuch über Verbrechen*, Prag, 1808; EGGER, Franz: *Kurze Erklärung des österreichischen Gesetzbuches über Verbrechen und schwere Polizey-Uebertretungen I-III*, Wien-Triest, 1816-1817; MAUCHER, Ignaz: *Darstellung der Quellen und Literatur der österreichischen Strafgesetzgebung über Verbrechen, mit Rücksicht auf die deutsche Strafrechtswissenschaft und Gesetzgebung*, Wien,

In der österreichischen Strafrechtsgeschichte lässt sich eine lineare Entwicklung beobachten: die Phasen der Evolution folgten aufeinander, und kein Rücktritt ist nachweisbar.

2. Ungarn

Die ungarische Strafrechtsgeschichte verlief völlig anders: zeitgemäße Bestrebungen und riesige Rückschritte existierten nebeneinander.⁸ Vor 1848 kann man zwei große Epochen ausmachen:

1. Die Frühe Neuzeit (16.-18. Jahrhundert),
2. Die frühere – ergebnislose – Kodifikation (1790-1848).

2.1. Die Frühe Neuzeit (16.-18. Jahrhundert)

In der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts herrschten das Gewohnheitsrecht und zahlreiche verschiedene Partikularrechte in Ungarn. Die Regierung versuchte diese chaotische Strafgerichtsbarkeit durch verschiedene Mittel zu regulieren: Ein Versuch des direkten österreichischen Rechtsports (Ferdinanda 1687, Josephina 1787), und parallel eine langsame Modernisierung der Strafgerichtsbarkeit durch die Gesetzgebung (1723) und durch Patente waren zu beobachten.

In dieser Lage entwickelten sich die Strafrechtswissenschaft und Fachliteratur relativ spät. Das „Geburtsdatum“ der Strafrechtswissenschaft (Handbücher und organisierter Strafrechtsunterricht) in Ungarn kann in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts bestimmt werden.

Der aufgeklärte Absolutismus unifizierte die Strafgerichtsbarkeit in der Monarchie, deshalb war die Josephina im ganzen ungarischen Staatsgebiet in Kraft. Dieses Strafgesetzbuch rief viele Probleme in der Praxis hervor, weil sein System für die ungarische Tradition sehr fremd war.

1849; JENULL, Sebastian: *Das österreichische Criminalrecht nach seinen Gründen und seinem Geiste dargestellt I-II*, Wien, 1837; HOEGEL 1904, 85-95; MOOS 1968, 230-267; HARTL 1996, 35-47; BATÓ Szilvia: *Az osztrák és magyar büntetőjogi szakirodalom a 19. század első felében* [Fachliteratur des österreichischen und ungarischen Strafrechts in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts], in: *Jogtörténeti Szemle*, 2006/4, 32-43.

⁸ KOVÁCS Kálmán: *Zur Geschichte des ungarischen Strafrechts und Strafprozessrechts 1000-1918*, Lehrstuhl für Ungarische Staats- und Rechtsgeschichte der Eötvös-Loránd-Universität, Budapest, 1982, 23-31; BALOGH Elemér: *Die ungarische Strafrechtskodifikation im 19. Jahrhundert*, LIT, Berlin, 2010; BATÓ 2011a, 41-46.

2.2. Die frühere – ergebnislose – Kodifikation (1790–1848)

Nach dem Zusammenbruch der josephinischen Regierung galt das gewohnheitsrechtliche Strafrecht wieder. Dann begann die Strafrechtskodifikation mit dem ersten Vorschlag (1795), der wegen politischer und gesellschaftlicher Ursachen nicht in Kraft trat.

Der Wiener Hof war vorsichtiger als früher, und versuchte die Praxis durch die Berufungsmöglichkeit und durch Verordnungen zu modernisieren. Diese Bestrebungen führten jedoch zu wenigen Ergebnissen.

Nach einem siebenjährigen Stillstand erschienen die ersten Werke (von Szlemenics, Vuchetich und Fabriczy), in denen das materielle Recht vom Verfahrensrecht getrennt wurde, und ein selbstständiger Allgemeiner Teil erschien hier zum ersten Mal. Parallel existierten Handschriften für das Jurastudium, die als wichtige Quellen zur Erkenntnis der Gerichtspraxis betrachtet werden können.

Der frühere Entwurf wurde 1830 überarbeitet, in der Tat stellte aber die überarbeitete Version einen Rückschritt dar. Bis zu jener Zeit war die Kodifikation für die ungarischen Stände uninteressant, die Initiativen gingen immer vom Wiener Hof aus. In den dreißiger Jahren kam es zu einer Veränderung, indem die moderne liberale politische Opposition ein Strafgesetzbuch forderte.

Man kann mit einer regelmäßigen Publikationstätigkeit seit den 30er Jahren des 19. Jahrhunderts rechnen.

1843 arbeitete eine Kommission drei in jeder Hinsicht neue Vorschläge aus, aber diese waren zu progressiv für das damalige ungarische Rechtssystem, und so konnten diese Werke nicht zum Gesetz werden.

Zusammenfassend kann man feststellen, dass das ungarische Strafrecht nicht kodifiziert war, deshalb herrschte das Gewohnheitsrecht mit verschiedenen schriftlichen Sekundärrechtsquellen.

II. Die methodologischen Fragen – Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung

Nach Konrad Zweigert und Hein Kötz sind die Rechtsvergleichung und die Rechtsgeschichte „Zwillingsgeschwestern“, und die rechtshistorische Forschung operiert in vielen Fällen mit der vergleichenden Methode.⁹ Die-

⁹ ZWEIFERT, Konrad - KÖTZ, Hein: *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, 3. Auflage, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1996, 8.

se Bestimmung hat vielmehr in der Rezeptions- und Rechtstransferforschung Geltung, die modernste methodologische Fachliteratur beschäftigt sich regelmäßig mit dieser Frage.¹⁰ Demgegenüber erwähnt die Grundliteratur der Strafrechtsvergleichung nicht den historischen Aspekt; sie konzentriert sich stets auf neue Paradigmenveränderungen (internationale Kriminalität und internationales Strafrecht).¹¹

Sucht man nach der ungarischen methodologischen Fachliteratur über die vergleichende Strafrechtsgeschichte, stößt man auf zwei Probleme.

1. In der ungarischen Rechtsgeschichtsschreibung sind sehr wenige methodologische Abhandlungen aufzufinden: jeder berühmte Rechtshistoriker hat eine eigene Forschungsmethode ausgearbeitet, aber hat diese nie in seinen Publikationen „erklärt“. Deshalb kann man nur aus seinem Lebenswerk nachweisen, welche Forschungsmethode zu den ausgewählten Quellen anwendbar ist, und wo ihre Schranken sind. Z.B. hat Ödön Both (1924–1985) nur mit ein paar Worten erwähnt, dass er die einzelnen Verbrechen in den archivarischen Quellen (Gerichtsakten) mithilfe der Tatbestandsauffassung von Emil Schultheisz (1899–1983) analysiert.¹² Lajos Hajdu (1926–1992), Gábor Béli und István Kajtár haben auch die moderne Strafrechtsdogmatik als Ausgangspunkt gewählt, aber sie geben keine methodologische Hilfe mehr.¹³

2. In den modernen ungarischen historischen Rezeption-, Rechtstransfer- und rechtsvergleichenden Forschungen lässt sich auch noch ein Phänomen bemerken. Diese Werke bleiben auf der Ebene der Allgemeinheit. Einerseits beschäftigten sich die Autoren immer mit den riesigen Vor-

¹⁰ GIARO, Tomasz: *Modernisierung durch Transfer - Schwund osteuropäischer Rechtstraditionen*, in: GIARO, Tomasz (Hrsg.): *Modernisierung durch Transfer im 19. und frühen 20. Jahrhundert*, Vittorio Klostermann, Frankfurt/M., 2006, 275–344; GIARO, Tomasz: *Alt- und Neuropa, Rezeptionen und Transfers*, in: GIARO, Tomasz (Hrsg.): *Modernisierung durch Transfer zwischen den Weltkriegen*, Vittorio Klostermann, Frankfurt/M., 2007, 273–317; DUVE, Thomas: *Von der Europäischen Rechtsgeschichte zu einer Rechtsgeschichte Europas in globalhistorischer Perspektive*, in: *Rechtsgeschichte* 20 (2012), 18–71.

¹¹ SIEBER, Ulrich: *Strafrechtsvergleichung im Wandel*, in: ALBRECHT, Hans-Jörg - SIEBER, Ulrich (Hrsg.): *Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach*, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Berlin, 2006, 78–151, 80–81.

¹² BOTH Ödön: *A stuprum violentum a kései feudális magyar büntetőjogban (1790–1848)* [Das sturpum violentum im spätfudalen ungarischen Strafrecht (1790–1848)], in: *Acta Juridica et Politica Szeged*, 1977, 10, 31; BATÓ 2012, 17.

¹³ HAJDU Lajos: *Az első (1795-ös) magyar büntetőkódex-tervezet* [Der erste ungarische Strafkodexentwurf (vom J. 1795)], Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest, 1971; BÉLI Gábor - KAJTÁR István: *Az osztrák (német) büntető jogszabályok hatása a magyar jogban a 18. században. (A Praxis Criminalis)* [Die Wirkung der österreichischen (deutschen) Strafrechtsnormen auf das ungarische Recht des 18. Jahrhunderts (Die Praxis Criminalis)], in: *Dolgozatok az állam- és jogtudományok köréből*, 1988, 29–64; BÉLI - KAJTÁR, 1994, 325–334.

gängen¹⁴ und sie vernachlässigen die konkreten Wirkungen und einzelne Rechtsinstitutionen. Andererseits erscheinen solche Publikationen, die die Methode der vergleichenden Rechtsgeschichte thematisieren,¹⁵ trotzdem kann man in denen kein Hilfsmittel zu den tatsächlichen Forschungen finden.

Die Grundfragen, der Begriff und die Methode der historischen Rechtsvergleichung sind in der ungarischen Rechtswissenschaft nicht ausgearbeitet. Der Mangel an einer heimischen „methodologischen Richtschnur“ lässt die anwendbaren Forschungsmethoden durch konkrete Probleme demonstrieren. So möchte ich die Möglichkeiten und die Schranken der historischen Strafrechtsvergleichung vorführen.

III. Die Schranken und Möglichkeiten

Der oben genannte Unterschied zwischen der ungarischen und der österreichischen Strafrechtstradition und Strafrechtsentwicklung führt zu zahlreichen methodologischen Problemen, die in sechs Grundprobleme zu unterteilen sind:

1. Das mangelnde Forschungsmuster;
2. Die unterschiedliche Quellenbasis;
3. Die Perspektive;
4. Eine andere Rolle der Fachliteratur;
5. Die mangelnden Rechtsinstitute im ungarischen Strafrecht;
6. Die unterentwickelte ungarische Fachterminologie.

¹⁴ SZABÓ András: *Receptió és kreativitás a büntetőjogban* [Rezeption und Kreativität im Strafrecht], in: SAJÓ András (Hrsg.): *Befogadás és eredetiség a jogban és a jogtudományban. Adalékok a magyarországi jog természettudományhoz*, Áron Kiadó, Budapest, 2004, 72-135; NAGY Ferenc: *Die deutsch-ungarischen strafrechtlichen Beziehungen in der Vergangenheit und Gegenwart*, in: KARSAI Krisztina (Hrsg.): *Strafrechtlicher Lebensschutz in Ungarn und in Deutschland. Beiträge zur Strafrechtsvergleichung*, Pólay Elemér Alapítvány, Szeged, 2008, 21-45; GÖNCZI Katalin: *Die europäischen Fundamente der ungarischen Rechtskultur. Juristischer Wissenstransfer und nationale Rechtswissenschaft in Ungarn zur Zeit der Aufklärung und im Vormärz*, Vittorio Klostermann, Frankfurt/M. 2008.

¹⁵ HORVÁTH Pál: *Die vergleichende Untersuchung der Rechtsentwicklung im Vordergrund der Rechtsgeschichte*, in: *Acta Jur. Acad. Sci. Hung.* 12 (1970) 187-213; HORVÁTH Pál: *Tudománytörténeti és módszertani kérdések a jogtörténet köréből* [Wissenschaftliche und methodische Fragen auf dem Gebiet der Rechtsgeschichte], Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest, 1974, 323-459; HORVÁTH Pál: *Bevezetés a összehasonlító jogtörténet alapelemeibe* [Einführung in die Grundbausteine der vergleichenden Rechtsgeschichte], Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest, 1979, 45-85; FÖLDI András: *Bevezetés* [Einführung], in: FÖLDI András (Hrsg.): *Összehasonlító jogtörténet*, ELTE Eötvös Kiadó, Budapest, 2012, 23-38.

1. Das mangelnde Forschungsmuster – Forschungsgeschichte

Das erste Problem ist die lückenhafte Forschung der ausländischen rechtswissenschaftlichen Wirkungen vor 1848. Diese Frage ist in der ungarischen Rechtsgeschichtsschreibung vernachlässigt. Seit der Jahrtausendwende sind die Rezeptions- und Wissenstransferforschungen intensiver geworden,¹⁶ die Autoren konzentrieren sich aber nicht auf die konkreten Einflüsse, sondern auf die allgemeinen Wirkungen. Da die zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts eine Blütezeit der ungarischen Rechtswissenschaft war, beschäftigten sich die Forscher höchstens mit dieser Epoche.¹⁷ Daneben lässt sich feststellen, dass die deutschen Einflüsse wichtiger waren als die österreichischen, und dass sich die wissenschaftshistorischen Abhandlungen meist auf das Privatrecht konzentrierten,¹⁸ die strafrechtlichen Verbindungen sind – von wenigen Ausnahmen¹⁹ abgesehen – außer Acht geblieben.

Im Gegensatz zur deutsch-ungarischen Rezeptionsforschung ist das Strafrecht in der Untersuchung der österreichischen Auswirkungen – wegen des direkten Rechtsexports – wichtiger.²⁰ Diese Forschungen erstreckten sich doch nicht auf das 19. Jahrhundert, man hat nur sporadische Information über die späteren Wirkungen.²¹

Wegen dieser Situation gibt es keine zur historischen Rechtsvergleichung zwischen ungarischen und anderen Rechtssystemen vor der erfolgreichen heimischen Kodifikation.

¹⁶ SZABÓ 2004; BATÓ Szilvia: *Adalékok a német (osztrák) – magyar büntetőjogi kapcsolatok történetéhez* [Beiträge zur Geschichte der deutsch (österreichisch)-ungarischen strafrechtlichen Beziehungen], in: *Jogelméleti Szemle*, 2007/4, (<http://jesz.ajk.elte.hu/bato32b.mht>) (06.07.2013); NAGY 2008; GÖNCZI 2008; BATÓ 2009, 87–88.

¹⁷ KAJTÁR István: *Strafrechtsrezeption in Ungarn im 19. Jahrhundert*. in: Mezey, Barna (Hrsg.): *Strafrechtsgeschichte an der Grenze des nächsten Jahrtausendes*, Gondolat Kiadó, Budapest, 2003, 27–38.

¹⁸ GÖNCZI Katalin: *Gratwanderung zwischen Tradition und Moderne. Der Wissenstransfer zwischen Deutschland und Ungarn und die Umgestaltung des ungarischen Rechts im 19. Jahrhundert*, in: *Forum historiae iuris*, 2003 (<http://www.rewi.hu-berlin.de/online/fhi/zitat/0308goenczi.htm>) (06.07.2013); NAGY 2008, 21.

¹⁹ SZOMORA Zsolt: *Nemi erkölcs mint jogi tárgy? (Történeti aspektusok a magyar, a német és az osztrák büntetőjogban)* [Sittlichkeit als Rechtsgut? (Historische Aspekte im ungarischen, deutschen und österreichischen Strafrecht)], in: *Acta Juridica et Politica*, Szeged, 2006, 3–52.

²⁰ HAJDU Lajos: *A Habsburg-Birodalomban 1752–1769 között végrehajtott büntetőjogi kodifikáció jogtörténeti értékelése* [Die rechtshistorische Bewertung der im Habsburg-Reich zwischen 1752 und 1769 durchgeführten strafrechtlichen Kodifikation], in: *Acta Fac. Pol-Jur. Univ. Sci. Budapest*, 1963, 81–114; HAJDU 1971; HAJDU 1973; BÉLI – KAJTÁR 1994; BÉLI Gábor: *Strafrechtspraxis und Strafrechtswissenschaft in Ungarn im 18. Jb*, in: MEZEY 2003, 110–121; KAJTÁR 2003.

²¹ BATÓ 2009.

2. Die unterschiedliche Quellenbasis zur Forschung des Strafrechts

Die Quellen im Sinne rechtsvergleichender Forschung sind alles, was im Rechtsleben Bedeutung hat. Der Vergleichende muss sich nach dem Gewicht und der Rolle dieser Quellen richten.²² Die unterschiedliche Quellenbasis zur Forschung der ungarisch-österreichischen Strafrechtsgeschichte bildet das wichtigste Problem.

In Österreich herrschte ein relativ stabiles Rechtsquellensystem seit der Mitte des 18. Jahrhunderts und es war ein modernes Strafgesetzbuch seit 1787 in Kraft.²³ In dieser Situation gab es nur geringe Differenz bei der Bewertung eines Tatbestandes unter Gesetze, Fachliteratur und Gerichtspraxis, da das Gesetzlichkeitsprinzip vorherrschend war.

Demgegenüber funktionierte das ungarische vorkodifizierte Strafrecht ganz anders: ohne Strafgesetz existierten veraltete mittelalterliche Gesetze und relative moderne Verordnungen (Patente) mit strafrechtlichem Inhalt, diese lückenhafte Regelung war durch Gewohnheitsrecht ergänzt und immer neuinterpretiert. Deshalb existierten vier parallele Systeme nebeneinander: (a) die ergebnislosen Kodifikationsversuche, (b) die Gesetze und die Verordnungen, (c) die Fachliteratur und (d) die Gerichtspraxis. Bisher hat man sehr wenig Informationen über die Beziehungen zwischen den vier Faktoren.

Bei der Kodifikation haben die Verfasser die heimische Strafrechtswissenschaft nur sehr wenig berücksichtigt,²⁴ die Autoren der Handbücher haben aber die bestimmten Elemente der Kodifikationsprodukte in ihre Werke eingebaut. Pál Szlemenics (1783-1856) hat die Josephina beim Selbstmord erwähnt,²⁵ Sámuel Fabriczy (1791-1858) hat sich mit den Schuldformen (*dolus* und *culpa*) des Entwurfes von 1795 beschäftigt.²⁶ Für István Szokolay (1822-1904) bedeutet sogar der Vorschlag von 1843 einen wichtigen Ausgangspunkt, um die verschiedenen Regelungsmöglichkeiten vorzuführen.²⁷

²² ZWEIGERT - KÖTZ 1996, 34.

²³ MOOS 1968, 166-171.

²⁴ BATÓ Szilvia: *A „büntetési rendszer“ átalakításának megjelenése Kossuth Lajos Pesti Hírlapjában (1841-1844)* [Die Erscheinung der Umgestaltung des „Strafsystems“ in der Pesti Hírlap von Lajos Kossuth (1841-1844)], Pólay Elemér Alapítvány, Szeged, 2010, 34-35.

²⁵ SZLEMENICS Pál: *Elementa Juris Criminalis Hungarici*. Posenii, 1817, 119-120; BATÓ Szilvia: *Az öngyilkosság a régi magyar büntetőjog-tudományban* [Der Selbstmord in der alten ungarischen Strafrechtswissenschaft], in: FILÓ Mihály (Hrsg.): *Halálos bűn és szabad akarat. Öngyilkosság a jogtudomány tükrében*, Medicina, Budapest, 2013, 72-87, 78.

²⁶ FABRICZY Sámuel: *Elementa juris criminalis Hungarici*, Letuschoviae, 1819, 35-36; BATÓ 2012, 51, 101, 166.

²⁷ SZOKOLAY István: *Büntető jogtan* [...] [Strafrechtslehre], Pest, 1848; BATÓ 2012, 52, 107.

In den Vorbereitungsmaterialien der Verordnungen des Statthaltereirates findet man auch keine ausdrückliche Erwähnung der Fachliteratur, und die Vorbilder dieser schriftlichen Rechtsquellen sind auch unbekannt. Bisher hat man doch keine bestimmten Angaben darüber, wie viele Verordnungen vor 1848 in Kraft getreten waren, da sie nie offiziell zusammengefasst und publiziert wurden.²⁸

Wahrscheinlich gibt es engere Verbindungen zwischen den Handbüchern, die als Lehrstoff in der Juristenausbildung und in der Rechtsprechung angewandt wurden, aber dieser Verdacht lässt sich ohne systematische archivarische Forschungen nicht beweisen.

Da das Präjudiz und ihre Hilfsmittel (z. B. Entscheidungssammlungen) in ungarischer Rechtswissenschaft unbekannt waren, existieren sehr wenig Informationen über die Gerichtsbarkeit. Die handschriftlichen „Wörterbücher“²⁹ und publizierten thematischen Entscheidungssammlungen³⁰ sind seit der zweiten Hälfte des 18. Jahrhundert bekannt, aber sie enthalten immer privatrechtliche Urteile, ein strafrechtlicher Inhalt ist sehr selten. Die sporadischen Angaben aus Gerichtsakten weisen doch auf die Flexibilität des Gewohnheitsrechtes hin: Die Richter wendeten die altmodischen Gesetze nicht mehr an. Dieses Phänomen hat zwei Erscheinungsformen: einerseits – öfter – sind diese mittelalterlichen Rechtsquellen im Urteil erwähnt, inhaltlich hinterlassen sie aber keine Spur; andererseits – selten – gibt es eine ausdrückliche Erklärung in der Entscheidung, warum das Gericht diese Gesetze außer Acht lässt: Z.B. wegen Viehdiebstahls ist die Todesstrafe „nicht zeitgemäß“.³¹ In der ungarischen Gerichtspraxis gab es sogar solche Verbrechen (z. B. Weglegung eines Kindes), die in keinem Gesetz, sondern bloß im Gewohnheitsrecht „geregelt“ waren.³² Deswegen ist es unmöglich, das „tatsächliche“ ungarische Strafrecht ohne systematische und umfangliche archivarische Forschungen zu erkennen.

²⁸ OSZVALDT Lajos: *Gyűjteménye azon felsőbb szabályrendeleteknek melyek 1752 évtől 1847 évig fenyítő ügyekben kibocsátattak és még jelenleg is érvényesek* [Sammlung der höchsten Verordnungen, die 1752 bis 1847 in den Strafsachen erlassen sind und jetzt Geltung haben], Pest, 1864, [1]; BATÓ 2012, 27–28.

²⁹ *Törvénykezési ismétár, betűrendben (Dictionarium iuridico-politicum)*. Handschrift um 1769, EL-TE-EK B24; SZILÁGYI Sándor (Hrsg.): *Catalogus librorum manuscriptorum Bibliothecae Regiae Scientiarum Universitatis Budapestinensis*, Budapest, 1889, 91.

³⁰ Czövek István (Hrsg.): *Planum Tabulare vagy a Királyi Curiának végzései* [Planum Tabulare oder Entscheidungen der Curia Regis], Buda, 1825.

³¹ BATÓ Szilvia: *Büntetőjogi szankciórendszer a reformkorban* [Strafrechtliches Sanktionssystem in der Reformzeit], in: *Acta Juridica et Politica*, Szeged, 2002, 3–36, 9–10.

³² SZOKOLAY 1848, 264; CSATSKÓ Imre: *A büntetőjog elemei* [...] [Elementen des Strafrechtes], Pest, 1850, [1]; BATÓ 2012, 62.

Dieser Unterschied führt zu einem Problem bei der Vergleichbarkeit: Obwohl die Gerichtspraxis im Gewohnheitsrechtssystem eine riesige Bedeutung hat, kann sie mit der ausländischen Rechtsprechung nicht verglichen werden. Im Gewohnheitsrecht ist es sehr problematisch, einen typischen Rechtsfall auszuwählen: Ohne systematische und sich auf einen langen Zeitraum erstreckende Forschung lässt sich nicht beurteilen, ob man eine ungewöhnliche Gerichtsentscheidung als eine neue „Regel“ oder als ein „gewöhnheitsrechtswidriges“ Urteil betrachten kann. Deswegen kann man nicht unmittelbar einzelne Rechtsfälle vergleichen und man muss die Praxis bei einer kurzen Periode außer Acht lassen.

3. Die Frage der Perspektive

In der Methodologie der Rechtsvergleichung wird die „Perspektive“ der Vergleichung vielfach thematisiert, sowohl die Makro- als auch die Mikroforchung sind sehr wichtig. Die erste ist praktisch, um die allgemeinen Methoden des Umgangs mit dem Rechtsstoff (z. B. die Gesetzgebungstechniken, die Bedeutung der Doktrin für die Rechtsfortbildung) zu erkennen, und durch die zweite lassen sich einzelne Rechtsinstitute oder Rechtsprobleme nachweisen.³³

Wegen der inneren Logik des Gewohnheitsrechtssystems kann man die Forschungsobjekte der Makrovergleichung nicht untersuchen, weil die wichtigsten Eigenschaften der Regelung und der Rechtsfortbildung unbekannt sind. Wegen Fehlens der Kodifikation bekommt man nur Falsch- oder Halbinformationen aus schriftlichen Rechtsquellen und aus der nicht vollkommen herausgebildeten Fachliteratur über das „tatsächliche“ Recht. Die Tagespraxis (im Privatrecht) und die Rechtsprechung (meist im Strafrecht) leisten sicherere Informationen über die Regeln des Gewohnheitsrechtes, deshalb muss man die Normen Fall zu Fall (re) konstruieren. In dieser Situation ist es unmöglich, die Forschung mit der Makrovergleichung zu beginnen.

4. Eine andere Rolle der Fachliteratur

Nimmt man einen starken Zusammenhang zwischen den Ergebnissen der Kodifikation und dem Entwicklungsgrad der Fachliteratur an, muss

³³ ZWEIGERT - KÖTZ 1996, 4-5.

man eine andere Rolle und Funktion der Strafrechtswissenschaft bei einem kodifizierten und einem nicht kodifizierten Strafrecht wahrnehmen. In Österreich kommentierten und interpretierten die Bücher und die Abhandlungen die Gesetzestexte. In Ungarn ersetzten die Handbücher das Gesetz³⁴, es gab aber so viele Konzeptionen wie Autoren: es lässt sich keine einheitliche „Regelungsstruktur“ beobachten. Ohne offizielle und imperative Orientierung vom Gesetzgeber beschäftigten sich die Strafrechtsexperten nicht mit jedem Verbrechen, und diese Werke boten immer verschiedene „Lösungen“ zu derselben Frage an.

Will man die „ungarische“ strafrechtswissenschaftliche Auffassung über ein Problem erkennen, dann muss man alle Handbücher, alle Abhandlungen und sogar alle Handschriften analysieren. Die ungarische Strafrechtswissenschaft vor 1848 kann man nach zwei Aspekten unterteilen: chronologisch und inhaltlich. Gewöhnlich sind die Handbücher aus dem 18. Jahrhundert (István Huszty, Gábor Gochetz, Mátyás Bodó 1690)³⁵ und aus dem 19. Jahrhundert (Pál Szlemenics; Sámuel Fabriczy; Mátyás Vuchetich 1767-1824; István Szokolay; Adolf Kassay 1828-1903)³⁶ als verschiedene Gruppen angesehen. In der Mitte des 18. Jahrhunderts herrschte noch eine prozessuale Auffassung, sodass die Autoren die wichtigsten allgemeinen Begriffe des materiellen Rechts in den strafverfahrensrechtlichen Kapiteln ihrer Werke definierten. Ein selbständiger Teil für die allgemeinen Bestimmungen des materiellen Strafrechts ist erst im Handbuch von Szlemenics zu finden.³⁷

Dieser Aspekt ist ziemlich mechanisch; so bleibt die Beziehung der Strafrechtler zur modernen europäischen Fachliteratur außer Acht. Bodó, Vuchetich und Szokolay haben die zeitgemäße moderne deutsche, italie-

³⁴ BATÓ 2006.

³⁵ HUSZTY István: *Jurisprudentia practica seu commentarius novus in jus Hungaricum III*, Budae, 1745; GOCHETZ Gábor: *Systema praxis criminalis [...]*, Budae, 1746; BODÓ Mátyás: *Jurisprudentia criminalis secundum praxim et constitutiones Hungaricas in partes duas divisa*, Posonii, 1751.

³⁶ SZLEMENICS 1817; SZLEMENICS Pál: *Elementa juris criminalis hungarici*, Posonii, 1827; SZLEMENICS Pál: *Elementa juris hungarici judicarii criminalis*, Posonii, 1833; SZLEMENICS Pál: *Fenyítő törvényszéki magyar törvény* [Ungarisches Strafgerichtsgesetz], Buda, 1836; SZLEMENICS Pál: *Fenyítő törvényszéki magyar törvény* [Ungarisches Strafgerichtsgesetz], Pest, 1847; FABRICZY 1819; VUCHETICH Mátyás: *Institutiones iuris criminalis Hungarici in usum Academicarum Regni Hungariae*, Budae, 1819; SZOKOLAY 1848; KASSAY Adolf: *Büntető magyar jogtan* [Ungarische Strafrechtslehre], Pest, 1848.

³⁷ BÉLI 2003, 114; SZLEMENICS 1817; BATÓ Szilvia: Anmerkungen zur ungarischen Strafrechtsdogmatik vor 1880 aus den Aspekten eines Tat- und Täterstrafrechts. in: SINN, Arndt – GROPP, Walter – NAGY Ferenc (Hrsg.): *Grenzen der Vorverlagerung in einem Tatstrafrecht. Eine rechtsvergleichende Analyse am Beispiel des deutschen und ungarischen Strafrechts*. Schriften des Zentrums für europäische und internationale Strafrechtsstudien (ZEIS) 1, V&R unipress Universitätsverlag, Osnabrück, 2011, 89-98 (BATÓ 2011B), 92.

nische, französische und sogar englische Fachliteratur erwähnt und angewendet, demgegenüber haben sich Gochetz und Kassay mit den Ergebnissen der zeitgenössischen Strafrechtswissenschaft nicht beschäftigt.³⁸

Neben der publizierten Fachliteratur existierten verschiedene Handschriften in der Juristenausbildung, bisher sind zwei Vorlesungsmaterialien von Sándor Kövy (1763-1829) und eine nicht vollständige Handschrift von János Henfner (1799-1856) bekannt.³⁹

Durch die systematische Analyse dieser Werke kann man einen „ungefährten“ Standpunkt über eine strafrechtliche Frage gewinnen.

5. Die mangelnden Rechtsinstitute im ungarischen Strafrecht

Bestimmte Rechtsinstitute konnten sich wegen des Mangels am kodifizierten Strafrecht nicht entwickeln oder sie hatten eine andere Funktion. Zu beiden Phänomenen lässt sich ein typisches Beispiel erwähnen.

In einem Gewohnheitsrechtssystem ist es sehr anachronistisch, z. B. über zeitliche Geltung des Strafgesetzes, über Verjährung, über Tateinheit oder über den Unterschied zwischen Verbrechen und Vergehen zu reden. Diese Rechtsinstitute fehlten in der ungarischen Gerichtspraxis, und die modernere Fachliteratur (z. B. Szokolay) erwähnte diese Fragen nur nach ausländischen Vorbildern.⁴⁰

Ein weiteres eigentümliches Merkmal lässt sich in der ungarischen Strafrechtsgeschichte wegen des Gewohnheitsrechtssystems nachweisen: Der verdoppelte Straftatbegriff. Im nicht kodifizierten Strafrecht wurde das Gesetzlichkeitsprinzip von den ungarischen Rechtswissenschaftlern nur begrenzt anerkannt, sodass sie den Verbrechensbegriff verdoppelten, mit der Folge, dass das natürliche (rechtsphilosophische) und das positive (rechtshistorische) Verbrechen entstand.⁴¹

Da die systematischen strafrechtshistorischen Forschungen in Ungarn vernachlässigt werden, kann man nicht bestimmen, welche Elemen-

³⁸ BATÓ 2012, 53.

³⁹ [KÖVY S.]: *Observationes Generales Historico-Juridico Politicae* (Handschrift), 1814, ELTE-EK B26; KÖVY [S.]: *Conspectus juris criminalis philosophici. Descr. p. P. B. S.*, (Handschrift), 1814, ELTE-EK B26; HENFNER János: *Büntetjog* [Strafrecht] (Handschrift), 1849, ELTE-EK B114; BATÓ 2012, 42-43.

⁴⁰ SZOKOLAY 1848, 242; BATÓ Szilvia: *Rechtssicherheit im ungarischen Strafrecht vor 1880*, in: KARSAI Krisztina - NAGY Ferenc - SZOMORA Zsolt (Hrsg.): *Freiheit, Sicherheit, Strafrecht*, Beiträge eines Humboldt-Kollegs, Schriften des Zentrums für europäische und internationale Strafrechtsstudien (ZEIS) 2, Osnabrück, 2011, 25-45, 40.

⁴¹ BATÓ 2011b.

te der Dogmatik ähnlich differenziert werden können. So hat man diese Problemkreise bei einer rechtsvergleichenden Forschung außer Acht zu lassen.

6. Die unterentwickelte Fachterminologie

In der Mitte des 19. Jahrhunderts gab es keine einheitliche Strafrechts-terminologie in Ungarn, da dies die Epoche des „Sprachwechsels“ in der ungarischen Rechtswissenschaft war. Statt der relativ stabilen und einheitlichen lateinischen Fachterminologie sind viele verschiedene Terminologien entstanden, und die Kodifikationsversuche konnten diese Vielfarbigkeit kaum vermindern.⁴² Dieselben Verbrechen hatten einen lateinischen (*duellum*) und etwa fünf ungarische (*párbaj*, *kettős viadal*, *bajvívás*, *baj*, *párviadal*) Namen. Diese Unsicherheit lässt sich bei den Verbrechen gegen Eigentum auch nachweisen: in den Gerichtsakten vor 1848 wurde Raub mit Diebstahl, Betrug mit Erpressung, und Diebstahl mit Untreue regelmäßig verwechselt.⁴³ Man darf diese Benennungen nur sehr vorsichtig behandeln, der Name eines Rechtsinstituts oder eines Verbrechens kann leicht irreführend sein.

IV. Das optimale Forschungsthema: Besonderer Teil

Nach den oben genannten methodischen Problemen kann man eine benutzbare und zweckmäßige Methode für historische Rechtsvergleichung zwischen kodifizierten und gewohnheitsrechtlichen Strafrechtssystemen vorführen.

Da die Rechtsinstitute des Allgemeinen Teils (z. B. Regeln der Konkurrenz) als die Hilfsmittel zur Anwendung des Besonderen Teils herausgebildet sind, lassen sie sich mangels bestimmter und kodifizierter Deliktatbestände nicht problemlos prüfen. Mögen diese Rechtsinstitute in der heimischen Rechtswissenschaft auch bekannt sein, sie sind wegen der Flexibilität des Gewohnheitsrechtes nicht so entwickelt, um mit einem modernen Gesetzestext verglichen werden zu können. Deswegen ist es unmöglich, die historische Rechtsvergleichung mit dem Allgemeinen Teil

⁴² BATÓ 2012, 43.

⁴³ BATÓ Szilvia: *Adalékok a „gyermek vesztés” reformkori megítéléséhez* [Angaben zur reformzeitlichen Beurteilung der Abtreibung der Leibesfrucht], in: *Collega*, 2003/1, 122.

(z. B. Versuch, Mittäterschaft) zu beginnen, ein anderer Ausgangspunkt muss gesucht werden.

Daneben sind auch die Probleme der Quellen sehr wichtig: solche Straftaten oder Straftatgruppen sind praktisch auszuwählen, die relativ gut dokumentiert sind. Ein reiches Quellenmaterial bietet für die Forscher mehrere und gründlichere Forschungsmöglichkeiten, und dadurch gelingen die Ergebnisse näher zur Rekonstruktion als zur Konstruktion.

Es wäre zweckmäßig, ein Delikt oder eine Deliktgruppe zu wählen, das oder die den folgenden Voraussetzungen entsprechen:

- a) Dieses Delikt soll in den zu vergleichenden Staaten strafbar sein.
- b) Das verletzte Recht oder Interesse soll für alle Leute sehr wichtig sein (z. B. ein Individualrechtsgut: das Leben oder das Eigentum), was den Gesetzgeber schon relativ früh dazu zu bewegen vermochte, diesen Tatyp zu sanktionieren. Die Rechtswissenschaft beschäftigte sich mit diesen Straftaten von Anfang an ununterbrochen.
- c) Dieses Delikt soll auch „ein gutes Beispiel“ sein, viele Rechtsinstitute des Allgemeinen Teils (z. B. Schuldformen, Versuch, Täterschaft) prüfen zu können, d.h. eine gute Möglichkeit zu bieten, diese Problemkreise unter bestimmten Schranken auch zu untersuchen.
- d) Dieses Delikt soll keine Bagatelldelikt sein: Ihre Häufigkeit kann relativ niedrig sein, aber sie hat immer schwereres Gewicht. Da die schwersten und komplexen Rechtsfälle wegen des komplizierten Beweisverfahrens (z. B. verschiedene Beweismittel, ärztliche Gutachten) immer besser dokumentiert sind, gewinnt der Forscher aus der zeitgenössischen Fachliteratur mehrere anwendbare Informationen. Ist ein Delikttyp relativ selten, dann sind sichere Ergebnisse auch mit weniger Forschungsaufwand zu erreichen.

Zusammenfassend sind Straftaten zu wählen, die sich gegen dieselben – im Allgemeinen anerkannten – Individualrechtsgüter richten: Die Verbrechen gegen das Leben könnten die ersten Schritte zur systematischen Rechtsvergleichung bedeuten.

Die Untersuchung des Besonderen Teils hat zwei Ebenen: Einerseits lassen sich die Tatbestände der einzelnen Verbrechen analysieren, andererseits ist die Regelungsstruktur der Verbrechen gegen dieselben Rechtsgüter zu prüfen. Diese zwei Forschungsebenen bereiten insgesamt eine gute Möglichkeit, die Zusammenhänge zwischen österreichischer und ungarischer Strafrechtsentwicklung vorzuführen. In einem Beitrag wäre es unmöglich alle Straftaten gegen das Leben zu vergleichen, deshalb werden hier nur zwei Fallbeispiele dargestellt.

1. Die anwendbare Methode: allgemeiner Tatbestand

Nachdem das Objekt der Vergleichung ausgewählt worden ist, ist eine anwendbare Vergleichsmethode zu suchen. Da diese Delikte nicht mit den heutigen Strafgesetzen verglichen werden wollen, wäre es methodisch verfehlt, sie mittels moderner Tatbestände zu analysieren.

Es wäre auch nutzlos eine zeitgenössische österreichische Auffassung als Hilfsmittel anzuwenden, weil sich diese Auffassungen jeweils dem konkreten Gesetzestext anpassten. Dadurch lassen sich nur die Unterschiede zwischen den ungarischen und österreichischen Verbrechen nachweisen; wir möchten aber in diesem Fall die Vorbilder der ungarischen Strafrechtswissenschaft ermitteln. In der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts gab es keine neutrale theoretische Konstruktion, mittels derer die Herkunft der Straftaten gegen das Leben im ungarischen Strafrecht gesucht werden kann, deshalb muss man ein modernes Hilfsmittel suchen.

Die Forschungsmethoden der Rechtsgeschichte und die ungarische Strafrechtsdogmatik entwickelten sich intensiv in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts. Die Ergebnisse dieser Entwicklung sind in die rechts-historisch-rechtsvergleichende Forschung einzubeziehen und zu berücksichtigen, um die Kenntnisse über die Kodifikationsmaterialien und Fachliteratur erweitern bzw. überprüfen zu können. Die Tatbestandsauffassung von Géza Tokaji (1926-1996) und Ferenc Nagy bietet sich als gute Methode an, mithilfe derer die Verbindungen zwischen der österreichischen und ungarischen Strafrechtswissenschaft untersucht werden können.⁴⁴ Das moderne allgemeine Tatbestandsmodell kann man auch

⁴⁴ TOKAJI Géza: *A büncselekménytan alapjai a magyar büntetőjogban* [Die Grundlagen der Straftatlehre im ungarischen Strafrecht], Közigazgatási és Jogi Könyvkiadó, Budapest, 1984, 163-242; NAGY Ferenc: *A magyar büntetőjog általános része* [Ungarisches Strafrecht Allgemeiner Teil], HVGORAC, Budapest, 2010, 101-128; BATÓ Szilvia: *A magzatelhajtás tényállása az osztrák és a magyar jogtudományban a Theresianától 1848-ig* [Abtreibung der Leibesfrucht in der ungarischen

als Vergleichsmodell benutzen, da es neutral und abstrakt ist. Dadurch ist auch auf den Zweck der strafrechtlichen Regelung (Gesetzgeber) und mittelbar auf die Rechtsgüter dieser Verbrechen zu folgern.

Durch dieses Modell lassen sich sowohl längere – nicht abstrahierte, sondern narrative – Normtexte aus dem 17. und 18. Jahrhundert als auch Kommentartexte analysieren. Diese Analyse hat auch viele Schranken, darf man doch die zeitgenössische Terminologie und die damalige Denkweise nicht außer Acht lassen.

2. Ein Fallbeispiel – Raubmord

Wollte man die Benutzbarkeit dieser Methode demonstrieren, sind ein qualifizierter Mordtatbestand und eine archaische Regelung zu wählen. So lässt sich der Raubmord (*latrocinium*) in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts prüfen. Diese Analyse lässt sich auf ausgewählte Rechtsquellen und Fachliteratur gründen: In Österreich Ferdinanda, Theresiana, Althanns Kommentar, Josephina, Sonnleithners Kommentar;⁴⁵ in Ungarn Praxis Criminalis, Husztys Handbuch, Bodós Handbuch, Josephina, Entwurf von 1795.⁴⁶ Dieses Verbrechen ist in fast jeder geprüften ungarischen Quelle geregelt, es fehlt nur in dem Buch von Gábor Gochetz und aus dem Duellpatent 1752.⁴⁷

Natürlich kann man das Leben und das Eigentum als Rechtsgüter des Raubmordes betrachten, doch erwähnten die Quellen noch andere Motive zur schwereren Strafe des Straßenraubmordes: Sicherheit der Straßen und Sicherheit des Handels.

schen und österreichischen Rechtswissenschaft von der Theresiana bis zum Jahr 1848], in: *Acta Juridica et Politica*, Szeged, 2003, 3-34; BATÓ 2009.

⁴⁵ *Neue peinliche Landgerichts-Ordnung in Oesterreich unter der Enns*, Wien, 1657, 102-103, Art. 71; THERESIANA 1769, 245-247, Art. 90; ALTHANN 1775, 37-38, § 49-50; JOSEPHINA 1998, 242-243, § 98-99; SONNLEITHNER 1787, 207-211, § 98-99; HOEGEL, Hugo: *Geschichte des österreichischen Strafrechtes II*, Manzsche, Wien, 1905, 102-103, 135-137, 186; HELBLING 1996, 87-99; DAVID, Anke: *Die Entwicklung des Mordtatbestandes im 19. Jahrhundert*, Schriften zum Strafrecht und Strafprozessrecht 102, Peter Lang, Frankfurt/M., 2009, 14-17.

⁴⁶ *Forma processus iudicii criminalis seu praxis criminalis*, Tyrnaviae, 1697, 52-53, Art. 71; HUSZTY István: *Jurisprudentia practica seu commentarius novus in jus Hungaricum III*, Agrariae, 1794, 80-82, Tit. 15; BODÓ 1751, 291-294, Art. 85; *Universalis sanctio de delictis eorumque poenis*, Vienna, 1787, 43-44, § 98-99; *Codex de delictis eorumque poenis pro tribunalibus Regni Hungariae, Partiumque eidem adnexarum per regnicolarem juridicam deputationem*, Pest, 1807, 64-65, Art. 27; BATÓ 2012, 203-208.

⁴⁷ GOCHETZ 1746; *Quidnam Sua Majestas Sacratissima, in gravissimo Duelli Crimine [...]*, in: OSZVALDT 1864, 5-10.

Durch diese Analyse lassen sich drei Gruppen feststellen:

1. Der Täter hat nur ein Motiv (Gewinnsucht), er tötet um Gewinn zu erwerben. Dann hat dieses Verbrechen nur eine Tat handlung (Tötung), und ein Tatobjekt (Person), diese Lösung lässt sich im Entwurf 1795 beobachten.
2. Der Täter tötet, um einen Diebstahl oder einen Raub zu be gehen; es ist immer ein Zweck. Dann kann man mit zwei Tat handlungen (Tötung und Raub oder Diebstahl) und auch mit zwei Tatobjekten (Person und Vermögen) rechnen, diese Kon struktion ist in der Josephina geregelt.
3. Beide Lösungen kann man in der Ferdinandea, in der Praxis Criminalis, in Husztys und Bodós Büchern und in der Theresi ana nachweisen.

Unter diesen geprüften Quellen lassen sich viele genetische Verbindun gen an der Ebene eines Tatbestandes bestimmen, man kann aber – außer Ferdinandea und Praxis Criminlis – keine komplette Übereinstimmung beobachten. Der Autor eines „quasi Kommentars“ zur Praxis Criminalis (Bodó) veränderte auch den Text.

3. Regelungsstruktur

Eine andere Ebene bedeutet die Regelungsstruktur, dadurch kann man weitere Zusammenhänge bestimmen. Im 18. Jahrhundert ist die Dogma tik nicht so herausgebildet, um den Grundtatbestand, die Qualifikation und Privilegierung präzise abgrenzen zu können. Das Strafsystem bietet auch sehr wenig Hilfe, da die regelmäßige Strafe der Tötungsdelikte die Todesstrafe war. Sowohl die Rechtsquelle als auch die Autoren erwähnten zahlreiche Milderungs- und Schärfungsgründe. Deshalb muss man diese Begriffe vorsichtig behandeln. Man betrachtete als privilegierten Fall, wenn der Richter nicht die Todesstrafe anwenden sollte. Der qualifizierte Fall ist ziemlich problematisch, deshalb darf man bei der qualifizierten Todesstrafe (z. B. Rad, Vierteilung) eine Qualifikation (z. B. Raubmord) annehmen.⁴⁸

⁴⁸ BATÓ 2012, 20–21.

Wegen dieser methodologischen Probleme ist es zweckmäßig, erst durch zwei moderne Kodifikationsprodukte (Josephina und Entwurf von 1795) die Regelungsstruktur vorzuführen.⁴⁹ Die Josephina hat ein dichotomes System: Die Straftaten sind nach ihrer Schwere in Kriminalverbrechen und in sog. politische Verbrechen unterteilt,⁵⁰ alle vorsätzlichen Straftaten gegen das Leben und körperliche Sicherheit sind Kriminalverbrechen, und alle fahrlässigen Delikte und abstrakte Gefährdungsdelikte gegen dieselben Rechtsgüter sind als politische Verbrechen geregelt. Ein allgemeines Delikt der fahrlässigen Tötung oder Körperverletzung ist noch nicht bestimmt,⁵¹ hier sind als politisches Verbrechen Giftverkauf, Verkauf verbotener Medikamente, Vernachlässigung der Aufsichtspflicht und Verkehrsgefährdung sanktioniert.

Demgegenüber ist diese Unterteilung nach Schwere der Straftaten im ungarischen Entwurf unbekannt. Die Schuldauflassung ist sogar ganz anders; die Verfasser des ungarischen Entwurfs haben Filangieris System sehr mechanisch befolgt: Bei jedem Verbrechen drei Stufen sowohl hinsichtlich der vorsätzlichen als auch der fahrlässigen Begehung.⁵²

In der Josephina sind sechs Grundtatbestände geregelt: Mord, Zweikampf, Abtreibung, Kindesweglegung, schwere Körperverletzung und Selbstmord. Die letzte Straftat ist aber systemfremd, weil der Gesetzgeber keine strafrechtliche Sanktion vorgeschrieben hat, und Rechtsgut des Selbstmords ist nicht das Leben, sondern „Selbsterhaltung gegen Gott, den Staat“.⁵³ Zum Mord gehören fünf Qualifizierungen (Mord an Angehörigen, besondere Grausamkeit, Raubmord, Meuchelmord, Anstiftung zum Mord) und eine Privilegierung (Notwehrexzeß). Der Zweikampf, die Abtreibung und die Kindesweglegung haben mehrere Grundtatbestände und Qualifikationen (z. B. Kindesweglegung an entlegenem Ort). Die schwere Körperverletzung hat eine überraschende Qualifikation: Die Verstümmelung, die nicht die körperliche Unversehrtheit der Bürger schützen soll, sondern ihre Pflichterfüllung als Untertanen. Die „Strafermäßigung bei Affekt“ ist kein selbständiger Tatbestand, aber lässt sich als das Vorbild des späteren Totschlags betrachten.

⁴⁹ JOSEPHINA 1998, 241-247, 261, I. Th. § 89-125, II. Th. § 1-24; JOSEPHINA 1787, 39-53, 92-93, I. Th. § 89-125, II. Th. § 1-24; SONNLEITHNER 1787, 189-275, § 89-125; HOEGEL 1905, 183-191; CODEX 1807, 57-69, Art. 19-69; HAJDU 1971, 318-330.

⁵⁰ MOOS 1968, 170.

⁵¹ MOOS 1968, 177; BATÓ 2012, 156.

⁵² HAJDU 1971, 286; BATÓ 2012, 74, 157.

⁵³ BATÓ 2013, 75.

Der Aufbau der Regelung der Straftaten gegen das Leben und körperliche Sicherheit ist im Entwurf von 1795 nicht so gut und ziemlich widersprüchlich geregelt: Einzelne Qualifikationen sind an zwei Orten erwähnt. Die Kodifikationskommission hat neun Grundtatbestände bestimmt: homicidium, infanticinium, abortus procuratio, expositio infantum, propricidium, Beteiligung an einem Selbstmord, duellum, propria mutilatio und verberatio (mutilatio, vulneratio). Homicidium hat etwa zehn Qualifikationen, ein paar sind nicht konkret bestimmt (z. B. qualificatum a modo, causa aut personis), die anderen sind aber selbstständig geregelt (z. B. parricidium, assassinium, intoxicatio, latrocinium). Die Weglegung eines Kindes ist etwas widersprüchlich, deshalb ist ihr schwerster Fall wahrscheinlich eine Privilegierung des homicidium. Eine Qualifikation der Körperverletzung ist die parentum verberatione, die von GA 11 von 1723 geregelt ist.

Vergleicht man die Regelungsstruktur des Entwurfs von 1795 mit dem wichtigen Vorbild (Josephina), lässt sich bestimmen, dass die ungarische Kodifikationskommission in dieser Frage nicht das österreichische Beispiel befolgte. Nach Hajdus Meinung ist dieses Phänomen nicht selbstständig, weil die Verfasser des Entwurfes die Auffassung der früheren Fachliteratur (Huszty, Bodó) mit den modernen Prinzipien der Josephina und der zeitgenössischen Literatur der Aufklärung gemischt haben.⁵⁴

V. Fazit

Zusammenfassend lässt sich vorsichtig bestimmen, dass der österreichische Einfluss im Entwurf von 1795 an der Ebene des Tatbestandes enger ist als in der Regelungsstruktur. Es ist doch eine Ausgangshypothese einer systematischen historischen rechtsvergleichenden Forschung. Das Maß und die Stärke der österreichischen Einflüsse sind durch Analyse der einzelnen Straftaten mithilfe des allgemeinen Tatbestands und durch systematische Prüfung der Straftaten gegen dieselben Rechtsgüter nachzuweisen.

⁵⁴ HAJDU 1971, 378-382.

Use of the Comparative Method by the Hungarian Constitutional Court - Conceptual and Methodological Framework for an Ongoing Research Project¹

János Bóka

Assistant Professor University of Szeged

I. The Relevance of the Comparative Method

From the second half of the 19th century, the comparative method has become a generally accepted, and according to some authors dominant,² tool for the legislative. The legislator in its application of the comparative method has followed an increasingly universal approach: it has become commonplace to cross the ever thinner lines between legal families without raising any serious doubts as to the methodological soundness of such an exercise.

In stark contrast to this tendency there is a considerable resistance to the application of the comparative method that characterizes – with some notable exceptions – legal practitioners and the judiciary in particular. In these circles both theoretical and practical reservations are advanced against the recourse to a comparative argument. One of the fundamental principles of the administration of justice is that a judge must base his decision exclusively on the law applicable to the case – which is usually the *lex fori* – thus legal provisions and jurisprudence of other jurisdictions are irrelevant. It is also frequently pointed out that at the end of the day legislation and adjudication necessarily involves the balancing of conflicting values and interests, and this balancing act always takes place in a

¹ This research was realized in the framework of TÁMOP 4.2.4. A/2-11-1-2012-0001 „National Excellence Program – Elaborating and operating an inland student and researcher personal support system”. The project was subsidized by the European Union and co-financed by the European Social Fund. This paper outlines only the background and methodological framework of the research and offers some preliminary conclusions.

² VARUL, Paul: *Legal Policy Decisions and Choices in the Creation of New Private Law in Estonia*, (2000) 5 *Juridica International*, 104.

national context where the adoption of a solution emanating from a different socio-economic structure might be counterproductive. In addition, a judge when applying the law not only applies legal rules and provisions but also concepts, principles and standards developed by domestic jurisprudence and literature that might be incompatible with foreign solutions. Among the most important practical reservations one might mention the alleged ignorance or superficial knowledge of foreign law by judges due to linguistic barriers or lack of access thus making their references inaccurate or simply wrong.

If one accepts as a starting point the proposition that the comparative method provides not normative but persuasive arguments, the reasons for its wider application become at least as convincing. First of all, it would be very difficult to deny judges the right to resort to legal comparison if the legislator itself applied this method and its sources can be reasonably ascertained from the preparatory legislative materials. The situation is very similar in certain areas of private law where the judiciary is confined to the application of extremely vague principles and general clauses: the legitimacy of rulings in torts or unjustified enrichment as well as in contractual claims based on good faith and fair dealings is most likely strengthened and not diminished by comparative arguments. The concerns related to the knowledge and understanding of foreign law can be tempered by the observation that in most jurisdictions judges under conditions specified by conflict of laws rules must *ex officio* ascertain and apply foreign law. Behind this fundamental tenet of private international law lies the assumption that courts are – with the assistance of other authorities and experts – generally able to ascertain the content of foreign law and apply it to the case at hand.

The activities of constitutional courts related to the evaluation of constitutional complaints and the exercise of judicial review as a limited and negative form of legislation can be located somewhere in a grey zone between legislation and adjudication. A research and analysis of the objectives, scope and methodology of legal comparison employed by the Hungarian Constitutional Court might provide a meaningful contribution to the ongoing debate on the legitimacy of the comparative method. While the normative relevance of legal comparison is as a rule excluded for regular courts, this presumption is not that straightforward as regards constitutional courts. In Hungary, this issue has become quite topical during and after the adoption of a new Basic Law (Constitution) that provoked a complex debate on the competences of the Constitutional Court, the content of certain fundamental rights as well as the validity of previous

decisions of the Constitutional Court after the entry into force of the new Basic Law.

II. Assumptions and Previous Research Results

Such a research can be built on the assumption that in the practice of constitutional courts, especially as regards judicial review, theoretical and practical reservations concerning the use of a comparative method are less relevant than in the case of regular courts. Civil and political rights are measured against well established international standards that are sometimes codified with identical wordings in international and national legal texts. An even stronger convergence exists among jurisdictions participating in European regional protection systems, therefore making each and every ruling of a European constitutional court relevant for fellow constitutional court judges in other European countries.

An internationally compatible set of concepts and jurisprudence enables a uniform formulation of legal issues at hand and facilitates a meaningful comparison of solutions offered. For example, the validity of identical private law contracts might depend on the existence of a consideration in one jurisdiction, or on the existence of a lawful cause in another or on formal requirements elsewhere. The equivalents of these concepts are difficult to find in other legal systems, thus the mere translation of the legal issues will become a demanding task, not to mention the comparison of the different solutions. In contrast, constitutional courts operating in otherwise quite different legal environments are able to formulate legal problems and argumentations in a compatible format with the help of a universal framework of concepts, principles and standards. This phenomenon makes the use of a comparative method both easier and more consequential.

The practical reservations against the use of a comparative method are also less convincing if raised in connection with procedures conducted by constitutional courts. Professional and linguistic competences of the judges and staff employed at constitutional courts, as well as close bilateral relations and multilateral institutional networks between these bodies aided by comprehensive systems and fora designed for reporting and exchange of information may substantiate a reasonable claim that there are no obstacles to the international flow of constitutional jurisprudence as regards access and availability.

The objective of the research is to contrast these presumptions with the actual practice of the Hungarian Constitutional Court and offer conclusions as to the role of the comparative method throughout the procedures and in the argumentation of decisions. The research is not without predecessors worldwide or in Hungary. Since the mid 19th century, rather heterogeneous research attempts under the heading of ‘comparative law’ have had as their main objective the comprehensive comparison and classification of legal systems and legal cultures. The comparative study of legislative acts and the study of the use of comparative methods by the legislator have an equally long history. On the other hand, the study of the use of legal comparison by courts can be considered a relatively new field of research. Its late appearance might be explained – besides a lack of scientific interest – by the scarcity of legal materials worthy of analysis. A breakthrough in this matter was achieved by the XIVth Congress of the International Academy of Comparative Law organized in Athens in 1997 devoted explicitly to the use of comparative law by the courts. The French and German country reports submitted to the Congress also dealt with the practice of the respective bodies entrusted with constitutional review.³

The borrowing of concepts and the impact of the case law of international and foreign judicial bodies on the Hungarian Constitutional Court has also been subject to analysis before. Zoltán Szente has analyzed the effect of foreign precedents on the decisions of the Hungarian Constitutional Court published in the Official Journal in the period of 1999–2010.⁴ The borrowing of general concepts and whole interpretive constructions (e.g. ‘the living law’ or ‘the general personal right’ and the ‘equal protection of human dignity’) has also been studied to some extent.⁵ The present research is different from its predecessors as regards both object and methodology.

³ DROBNIG, Ulrich - VAN ERP, Sjeff (eds.): *The Use of Comparative Law by Courts. XIVth International Congress of Comparative Law Athens 1997*, Kluwer, The Hague. 1999.

⁴ SZENTE Zoltán: *A nemzetközi és külföldi bíróságok ítéleteinek felhasználása a magyar Alkotmánybíróság gyakorlatában 1999–2008 között*, Jog, állam, politika, 2010/2, 47–72. In English: SZENTE, Zoltán: *Hungary: Unsystematic and Incoherent Borrowing of Law: The Use of Foreign Judicial Precedents in the Jurisprudence of the Constitutional Court, 1999–2010*, in: GROPPI, Tania - PONTHEAU, Marie-Claire: *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Hart, Oxford, 2013. 253.

⁵ DUPRÉ, Catherine: *Importing Human Dignity from German Constitutional Case Law*, in: HALMAI Gábor (ed.): *The Constitution Found? The First Nine Years of The Hungarian Constitutional Review on Fundamental Rights*. Indok, Budapest. 2000. 215. However, as the jurisprudence of the Hungarian Constitutional Court developed, such borrowing has become rare.

III. Research Object and Methodology

The research examines the use of legal materials that are not part of the Hungarian legal system by the Hungarian Constitutional Court in its decision making procedures and argumentation. International treaties in general do not fall within the scope of research; references to such instruments are relevant from a comparative perspective only if they have not been incorporated into the legal system of Hungary. In its early years, the Constitutional Court made several references to the European Convention on Human Rights (ECHR) even before it was ratified; however, this practice was motivated not by an inclination towards comparative law but simply by the conviction that the ECHR will soon become the law of the land.⁶ Alternatively, the reference to interpretations of international treaties by other judicial bodies can be regarded as a clear example of the comparative method and therefore is an important object of analysis. Here one sometimes encounters the interesting phenomenon of double comparison: the decisions of the European Court of Human Rights (ECtHR) frequently based on a wide comparative research themselves become an object of comparison in the argumentation of the Constitutional Court.

The Basic Law of Hungary declares that generally recognized rules of international law form an integral part of the Hungarian legal order.⁷ A particular methodology is required to ascertain the content of generally recognized rules of international law that has much in common with the comparative approach but it still is a *sui generis* endeavour with its own procedural and substantial challenges. Besides, the application of generally recognized rules of international law has become an issue in only a very few cases in the practice of the Constitutional Court,⁸ therefore the research will not cover these cases.

Another difficult question of research methodology is the treatment of references to EU law. It is well known that both EU lawmakers and the Court of Justice of the European Union frequently resort to comparative tools in their activities. However, the special nature and status of EU law makes it very difficult to use it as a basis for comparison. Experience shows that in the case law of the Constitutional Court the primary con-

⁶ Constitutional Court Decision № 30/1992. (V.26.) ABH [1992] 167.

⁷ Basic Law, Art. Q.par. (3): "Hungary accepts generally recognized rules of international law. [...]".

⁸ E.g. Constitutional Court Decision № 30/1990. (XII.15.) ABH [1990] 128.

cern about EU law is its relationship with the Basic Law and the domestic law of Hungary.⁹

Previous research on the use of the comparative method by the Constitutional Court focused on the text of the decisions published in the Official Journal. This approach was based on the implicit double assumption that the comparative method is characteristically utilized in the most important or so-called 'difficult' cases and the conclusions of the legal comparison are usually reflected in the argumentation of the decision. This double assumption has two serious shortcomings.

Such a narrow focus may distort research analysis: it appears that the argumentation of Constitutional Court decisions in most cases lacks comparative references even if extensive comparative research has been conducted in the preparatory phase of the procedure. Arguably preparatory materials of a comparative nature might provide input and orientation for the Constitutional Court without this impact being explicitly acknowledged in the decision itself. Another adverse effect of a narrow focus is the lack of differentiation between the substantial and methodological significance of a case: archive research confirms that procedures yielding methodologically important preparatory documents are often concluded with an insignificant ruling on the merits or a ruling (e.g. a ruling to dismiss) without announcing on the merits.¹⁰

The research analyses both the use of the comparative method in the procedure leading to the adoption of a ruling or decision by the Constitutional Court and the use of a comparative argumentation in the rulings and decisions themselves. These two forms of legal comparison are closely connected but must be examined from different perspectives and their analysis gives rise to different types of conclusions. The application of the comparative method is a procedure the analysis of which is based on procedural requirements and its legitimacy is independent of its eventual appearance in the final decision. On the other hand, the legitimacy of a comparative argumentation depends, besides the legitimacy of the underlying comparative methodology, on normative, logical and rhetorical requirements levelled against its use as an argumentation. These requirements can be analyzed independently.

⁹ See e.g.: BLUTMAN László: *A magyar Lisszabon-batározat: befejezetlen szimfónia luxemburgi hangnemben*, Alkotmánybírósági Szemle, 2010/2, 90.

¹⁰ E.g. procedure 1278/B/1990 [ABH (1994) 867] was closed by a ruling without a decision on the merits, but among the preparatory materials there is a comparative study by Imre A. Wiener on the application of framework dispositions as codification technique in different jurisdictions.

The research uses all published rulings and decisions of the Constitutional Court as documentary sources together with the case files already transferred to the Hungarian National Archives (HNA). According to official protocols, only closed case files can be transferred to the HNA and only after 20 years of the start of the procedure.¹¹ Thus in 2013, the case files available for research – with the consent of the Constitutional Court¹² – are those that were started before 1993 and are already closed. These documents cover a relatively long period because some of the cases started in 1990 were only closed in 1998. Unfortunately, most of the files are not complete: in some cases comparative studies explicitly referred to in decisions or preparatory materials are obviously missing,¹³ in other cases it is unclear whether preparatory materials make a comparative assessment without a proper comparative research or the materials related to such research were simply not archived.¹⁴ Interviews with judges participating in the procedures or consultation with their works published on relevant issues might in part fill in these lacunae.

The usefulness of different sources changes from time to time and according to the issue at hand. Sometimes the quality of a comparative argument can be ascertained solely on the basis of a published decision; however detailed information on the comparative methodology followed in the course of the procedure can be obtained only from the case files. Since there is a considerably long waiting period before case files are made available for public research, recent practice of the Constitutional Court can be discovered only through personal interviews and discussions with judges and staff. In the early period of the Constitutional Court judges enthusiastically published articles and entire books to elaborate on the activities of the Court, but in the new millennium this enthusiasm has

¹¹ According to Art. 12 (1), (3) of the Law № LXVI of 1995 on Public Documents, Public Archives and the Protection of Materials in Private Archives public documents can be kept on file with public institutions for 15 years but this period can be prolonged for another 5 years. Afterwards they must be transferred to the Hungarian National Archives.

¹² According to Art. 23 (1) of the aforementioned law, if less than 30 years passed since the creation of an official document that is internal or preparatory in nature, the consent of the public institution concerned is required for research.

¹³ E.g. Constitutional Court Decision № 9/1992. (I.30.) ABH [1992] 59 refers to a “historical and comparative research conducted by the Constitutional Court in the area of ‘review to secure legality’ in order to provide for a solid analysis of its current legal background.” The case files do not contain such a research document.

¹⁴ E.g. Constitutional Court Decision № 8/1990. (IV.23.) ABH [1990] 42 decision makes a number of references to the contemporary jurisprudence of constitutional courts on general personal right, but the case file does not contain any materials that could serve as bases for such statements.

become markedly weaker – in stark contrast with the constantly rising number of scholarly works on the Court by external experts.

IV. Preliminary Conclusions

1. *General Remarks*

To begin with, one must emphasize that the use of a comparative method is not a theoretical issue in the practice of the Constitutional Court: it occurs both in the preparatory phase of the decision making procedure and as a type of argumentation in some of the decisions. Even though decisions reflect only a fragment of the comparative aspects raised in the preparatory phase, still around 10% of all published decisions contain some kind of a comparative argument, and this proportion is higher among decisions published in the Official Journal. This level is comparable to that of the German Federal Constitutional Court (BVerfG). A higher proportion is only characteristic of international courts (Court of Justice of the European Union), or in jurisdictions where boundaries of legal systems are blurred and it is not evident whether the courts employ a comparative method or just try to discover rules and standards applicable according to their own law (e.g. in Luxembourg vis-à-vis French and Belgian law, or in cross-references in the practice of the courts of England and Wales, Australia, Canada and New Zealand).

Notwithstanding the relatively frequent use of the comparative method by the Constitutional Court its theoretical background and objectives are not categorically settled. SÓLYOM László, then President of the Court, made an attempt to address the status and function of legal comparison in his concurring opinion attached to Constitutional Court Decision № 23/1990. (X.31.)¹⁵ decision by declaring it an objective support to the “consciously subjective and historically determined” decisions of the Court with the addition that the evaluation of the contemporary international practice “is part of the allowed political activities of the Constitutional Court.” His statements failed to provoke a debate within the Court and there is no information indicating that an exchange of views on the role of comparative law ever made it to the agenda of the Court.

¹⁵ Constitutional Court Decision № 23/1990. (X.31.) ABH [1990] 88.

For the sake of objectivity it must be admitted that a conscious attempt to clarify the theoretical and procedural status of comparative law is extremely rare among courts and there is no real external pressure that would force them to tackle this issue. The heated political debate provoked by comparative arguments of the United States Supreme Court that prompted Congress to adopt a resolution in 2005 voicing its reservations is truly exceptional.¹⁶ The clear and principled statement by the Swiss Federal Court to the effect that it regards the comparative method as equal to the 'traditional' methods of interpretation (historical, purposive, systemic), it follows a flexible methodological pluralism and refrains from establishing a hierarchy among different methods of interpretation is also far from being common in other jurisdictions.¹⁷

2. Comparative Method

The use of the comparative method in the decision-making procedure of the Hungarian Constitutional Court is rather casual and unprincipled. There is no standard procedural protocol and no organisational unit or personnel designated specifically to perform comparative analysis. It depends mostly on the preferences of the judge responsible for a given case to decide whether and to what extent to engage in comparative law.

Admittedly, recently there is an increasing expectation placed upon the responsible judge to chart an international perspective of the case under discussion. The preparation of this international panorama is the responsibility of the judge's staff and its structure and content vary greatly according to professional interest, professional network and linguistic competences. Occasionally this international panorama may give rise to a debate, irrelevant or unbalanced references to the case law of the ECtHR being the most frequent causes of intervention by other judges. In the early years of the Constitutional Court it was customary to commission external expert opinions on the initiative of the responsible judge. The Court's comparative activities were then usually based on these materials that themselves cited mainly secondary sources.¹⁸ The first actual and direct reference to a judgement by a foreign or international court came

¹⁶ BISMUTH, Régis: *L'utilisation de sources de droit étrangères dans la jurisprudence de la Cour Suprême des États-Unis*, (2010) 62 *Revue internationale de droit comparé*, 105.

¹⁷ *Neue Schauspiel AG c. Felix Bloch Erben*, 13.01.1998, ATF 124 III 266 = JdT 1999 I 414.

¹⁸ E.g. in the case of 23/1990. (X.31.) AB [Const. Court] decision the application itself was supplemented by a 59-page study by Tibor Horváth, and in addition the judge responsible

only in 1993.¹⁹ As of today, references are predominantly made directly to individual cases.

As regards information on the content of foreign or international law and jurisprudence, in principle the Constitutional Court would be free to approach the competent bodies and request authentic interpretation. This idea has been raised on a few occasions by some judges²⁰ but eventually no such request has ever been submitted. Consequently, the research for relevant references is done exclusively through public databases as well as personal and institutional networks, including the Venice Commission. As regards the jurisprudence of other constitutional courts and similar bodies, in the early years of the Constitutional Court most of the references were made to the German and Austrian counterparts, but nowadays the United States Supreme Court or the ECtHR are equally important sources and the French Constitutional Council is also being cited from time to time.

3. Comparative Argumentation

Comparative argumentations that appear in various places and forms in decisions of the Constitutional Court practically fulfil two functions. In the first case, the comparative argument is not an integral part of the justification of the decision and the persuasiveness of the justification would remain unaffected should the comparative argument be removed from the text: one might call this a decorative function. In the second case, while the comparative argument is not normative in nature and therefore it is not suitable to provide a legal basis for the decision in itself, it is still relevant in the process of legitimizing and justifying the decision: one might call this a persuasive function. Theoretically, a comparative argument could be used for normative purposes as well when the Court ascertains the content of relevant rules or standards through its use. Even though the Hungarian Constitutional Court has so far refrained from doing so,

(Antal Ádám) commissioned expert opinions from László Korinek, József Földvári and András Sajó.

¹⁹ Constitutional Court Decision № 4/1993. (II.12.) ABH [1993] 48, citing Kjeldsen, Busk, Madsen and Pedersen v. Denmark 5095/71; 5920/72; 5926/72 [1976] ECHR 6 (7 December 1976).

²⁰ E.g. the idea was floated to turn to the General Assembly or the Secretary General of the United Nations to request an interpretation of the New York Convention for the Suppression of the Traffic in Persons and of the Exploitation of the Prostitution of Others as regards the expressions 'special registration' and 'special document'.

some observations on the possibility and feasibility of this approach will be offered at the end of this study.

The fact that comparative law is used for decorative purposes does not necessarily mean that it is totally dysfunctional. In most cases it only has a rhetorical function.²¹ In other decisions the Court presents a snapshot of the positions taken by various constitutional courts in similar cases to indicate its awareness of the different approaches. In drawing such a landscape, the Court always uses a neutral language, refrains from evaluating the various solutions and remains silent on the point whether the analysis of the solutions had any impact on its own conclusions.²² A peculiar example of a decorative use of a comparative argument is provided by cases where the Court assumes an apologetic stance towards the Constitution – or the Basic Law – and purports to defend or justify its – presumably unpopular or controversial – content by resorting to a comparative analysis. This practice was quite common in the early years of the Court – apparently as an exercise in the education of the public in formerly unknown concepts of rule of law and constitutional jurisprudence.²³ It is interesting to note that this apologetic rhetoric was resurrected by the Court during the drafting process of the new Basic Law with the objective to argue for the retention of a number of provisions of the former Constitution. These arguments were, however, made strictly in non-legal texts and statements (interviews, press releases etc.).²⁴

Persuasive functions of comparative arguments can be described as door opening, contrasting or supporting. Door opening arguments intend to give the Court full liberty in picking or designing a solution of its own by enumerating wide ranging and very diverse thus manifestly inconclusive precedents from a number of jurisdictions.²⁵ Contrasting is done by making references to decisions of other constitutional courts that are based on textually different legal bases therefore justifying the adoption of a diverging approach by the Court.²⁶ The Court of course also refers to

²¹ See e.g. the dissenting opinion of Géza Kilényi in Constitutional Court Decision № 57/1991. (XI.8.) ABH [1991] 272.

²² E.g. Constitutional Court Decision № 143/2010. (VII.14.) ABH [2010] 698.

²³ See e.g. Constitutional Court Decisions № 28/1990. (XI.22.) ABH [1990] 123; or № 48/1991. (IX.26.) ABH [1991] 217.

²⁴ A press release issued by the Court on 28 October 2010 states that “the competences of the Hungarian Constitutional Court related to the *ex post* constitutional review of legislative acts are identical to those exercised by other European bodies recognized as constitutional courts.”

²⁵ Constitutional Court Decision № 53/1991. (X.31.) ABH [1991] 266.

²⁶ Constitutional Court Decision № 31/1990. (XII.18.) ABH [1990] 136, concurring opinion by László Sólyom.

foreign or international case law with a line of reasoning identical to its own so as to affirm its conclusions.²⁷

4. Visibility and Transparency

A particular phenomenon in the practice of the Constitutional Court is the issue of ‘invisible’ comparative law. In its early years, the Court frequently borrowed from decisions of other constitutional courts – frequently literally translating parts of them – without referencing them or applying a critical approach to the text. This method is of course far from being comparative; it is in essence legal borrowing or legal transplant. Besides all its methodological shortcomings, however, it has been indispensable in laying the foundations of a Hungarian constitutional jurisprudence the existence of which was a prerequisite of the application of a genuine comparative approach. Personal interviews with acting and former constitutional judges confirm that they were indeed consciously borrowing from foreign solutions and were aware of the related methodological implications but now consider that these issues ‘have become obsolete by the passage of time’. Two remarks need to be added here as to the legitimacy of such legal transplants. The borrowing of legal texts does not pose a legitimacy problem per se since they are not the normative base on which the Court’s decisions are founded. However, if the borrowed arguments refer to a textual basis in foreign law that is substantially different from the Hungarian constitutional background – thus could equally be applied as a contrastive argument – legal transplants without a critique of the text actually diminish the legitimacy of the position taken by the Court.

The use of comparative arguments becomes even more problematic when the Court decides to engage in discovering trends of legal development. This approach has been used on several occasions when in the absence of a clear and unequivocal international *communis opinio* the Court – instead of applying a ‘door opening’ argument and assuming full responsibility for the advanced solution – tried to position its preferred option as the direction in which global legal development had been generally proceeding. The lack of solid methodological standards proved to be particularly dangerous in this regard. The Court engaged in trend discov-

²⁷ Constitutional Court Decisions № 8/1990. (IV.23.) ABH [1990] 42; and № 16/1991. (IV.20.) ABH [1991] 58.

ery both in its first and second decision on abortion,²⁸ and its conclusions were manifestly contradictory even though there has been no conceivable change in international trends during the relatively short period between the adoption of the two decisions – not to mention the uncertainty whether an ‘international trend’ in this matter exists at all.

In order for the comparative method and argumentation to be able to perform their persuasive functions, besides solid methodological standards, visibility and transparency is also called for. Naturally, it is not suggested that the Court must include comprehensive comparative analysis and arguments in all decisions where comparative law has been a factor during deliberations. But it would be feasible for the Court to separately publish or otherwise make accessible primary and secondary comparative sources that played a part in shaping its conclusions.

V. The Long Road from Persuasive to Normative Comparison

In its letter dated 29 September 2010 and addressed to the National Assembly’s ad hoc Committee on the Preparation of the New Constitution the Constitutional Court affirmed that “the new Constitution will also be part of the common European constitutional heritage and this fact to a large extent determines its fundamental values”, and “general pronouncements of the Constitutional Court on these values will remain valid regardless of textual changes.” In the following paragraphs, an attempt will be made to draw a parallel between the concepts of ‘invisible constitution’ and ‘common European constitutional heritage’ with a view to chart the perspectives of normative comparison in the framework of constitutional review in Hungary.

The concept of ‘invisible constitution’ was introduced into Hungarian constitutional jurisprudence by László Sólyom and its most comprehensive description can be traced back to his concurring opinion attached to Constitutional Court Decision № 23/1990. (X.31.).²⁹ “The Constitutional Court must carry on with its task of clarifying the theoretical bases of the Constitution and of the fundamental rights included therein, and to create through its decisions a coherent system that – like an ‘invisible con-

²⁸ Constitutional Court Decisions № 64/1991. (XII.17.) ABH [1991] 58; and № 48/1998. (XI.23.) ABH [1998] 333; for a detailed analysis of the issue in Hungarian see: Tóth Gábor Attila: *A második abortusz-döntés bírálata*, Fundamentum 1999/1, 81.

²⁹ Constitutional Court Decision № 23/1990. (X.31.) ABH [1990] 88.

stitution' – serves as a reliable benchmark of constitutionality above the Constitution itself that is for the time being often amended for temporary political conveniences; and being such [the invisible constitution] is very unlikely to contradict the new Constitution or any future constitutions. The Constitutional Court enjoys significant liberty in this process as long as it remains within the conceptual boundaries of constitutionalism.”

The essential conceptual elements of the 'invisible constitution' can be reconstructed as follows: (a) claiming a certain autonomy in interpretation or keeping a distance from the text of the constitution; (b) while refraining from an interpretation that is manifestly contrary to the text, (c) in order to ensure stability, coherence and theoretical soundness of constitutional jurisprudence. The concept – that has been very successfully applied in practice in a quite challenging historical context – has been subject to severe criticism due to its allegedly activist and subjective nature therefore has never been adopted as an official policy of the Court. Even László Sólyom began to use a more cautious vocabulary and stopped referring to the concept as 'invisible constitution'.

The question is whether the concept of 'common European constitutional heritage' could fulfil a function similar to that of 'invisible constitution' and if so, whether it could develop into a legitimate and efficient tool for the Court.

A preliminary issue here is the dilemma whether there is a need or necessity that would require the Court to assume an attitude calling for the creation of such a concept. Does the Court consider it today his duty to bring stability, coherence and theoretical soundness into contemporary constitutional jurisprudence in Hungary; and if so, is the Court convinced that it is possible only through keeping a certain distance from the text of the Basic Law? The answers to these questions are not only legal; they have serious political and institutional implications.

If the Court answers both questions in the affirmative, then it must address theoretical and technical issues related to the concept of 'common European constitutional heritage'. From a technical point of view, this concept might provide a more objective framework than the 'invisible constitution' under the condition that its content will be ascertained in a transparent and methodologically consistent way and it will be subject to regular and conscious revisions. In this regard, its legitimacy might exceed that of the 'invisible constitution'.

In other aspects, however, the concept of 'common European constitutional heritage' must face serious challenges. To begin with, why is it expected from the legislator (or the assembly entrusted with the power to

adopt the constitution) to adhere to a common European constitutional heritage? The Treaty on European Union (TEU) and the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) are not conclusive on this matter,³⁰ and even if one would be inclined to interpret them accordingly, it is doubtful whether this requirement could be enforced in areas falling outside EU competences or against the Constitution itself. Moreover, the application of the concept of ‘common European constitutional heritage’ brings additional political sensitivity to the discussion. While in the case of ‘invisible constitution’ the issue was nothing more than a simple distancing act in the interpretation of the text of the Constitution, the concept of ‘common European constitutional heritage’ inevitably transforms the situation into a conflict between domestic law or the Basic Law on the one hand and EU law or the Treaties on the other. This conflict also has the potential to develop into an institutional standoff between the Constitutional Court and the ECtHR or the Court of Justice of the European Union.

Regardless of the risks outlined above, the ‘common European constitutional heritage’ might play an important role in the case law of the Court related to the new Basic Law, especially in the Court’s efforts to maintain the continuity of its jurisprudence notwithstanding changes in the relevant normative text. As long as the Court manages to stay in safe proximity of the text of the Basic Law, related theoretical and methodological questions will not become an issue of contention. However, this comfortable environment will inevitably change if the Court decides to depart from a conservative attitude in interpretation. Technical objections can be dealt with through the development and application of strict methodological standards. Unfortunately, there are no easy answers to the theoretical reservations. But one of the functions of the Constitutional Court in the Hungarian constitutional framework is to find a solution to such ‘difficult questions’.

³⁰ The preamble of TEU confirms the attachment of Member States to the principles of liberty, democracy and respect for human rights and fundamental freedoms and of the rule of law. On the other hand, the TEU also makes it clear that the limits of EU competences are governed by the principle of conferral (Art. 5) and its accession to the ECHR and the adoption of the Charter of Fundamental Rights shall not affect the EU’s competences (Art. 6). With this in mind, it is difficult to see how Art. 2 TEU could be used to bring any extension in the competences of the EU. According to Art. 2 TEU the values of respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities are common to the Member States.

Question Migratoire: l'affaire franco-italienne et la remise en cause de l'espace Schengen

Laureline Congnard

Juriste-assistante Université de Szeged

Suite aux contestations populaires dans les pays du sud de la Méditerranée et à la guerre en Lybie contre le régime du colonel Kadhafi au début de l'année 2011, l'Union européenne a dû faire face à l'arrivée de migrants sur son territoire.

Les médias et/ou les autorités nationales, notamment italiennes et françaises, ont souvent qualifié ces flux migratoires comme «une invasion massive»¹ débarquant sur le territoire européen. Le Président français de l'époque, Nicolas Sarkozy mentionnait, au tout début des révolutions arabes, que ces flux migratoires pourraient avoir des conséquences majeures «*sur le terrorisme et en devenant incontrôlables*», ajoutant que «*c'est toute l'Europe qui serait en première ligne*»². C'est là une preuve d'un discours alarmiste et d'un amalgame entre révolutions, aspiration à la liberté, migrants et menaces, qui était présenté à l'époque dans beaucoup de journaux européens! Or, cette «pseudo crise migratoire» était bien loin d'envahir les États européens qui comptent, pour rappel, 500 millions de citoyens, alors que la Tunisie, de son côté, a été frappée plus lourdement par un flux d'exilés fuyant la Lybie en guerre, puisqu'elle a accueilli plus de 500 000 exilés³. Selon les chiffres de l'Organisation internationale des migrations, plus de 1,1 million de personnes ont dû fuir la Lybie depuis la fin février, en franchissant essentiellement les frontières tunisienne et égyptienne, mais seulement 1,7% ont tenté de fuir sur le territoire européen en

¹ Voir pour cela les journaux français de l'époque, comme Le Figaro du 19 avril 2011; Le Point, 8 mai 2011 etc.

² Discours télévisé du Président de la République française du 27 février 2011.

³ Chiffre avancé par la Fédération Internationale des ligues des Droits de l'Homme (FIDH) et l'Organisation Internationale des Migrations (OIM), «La spécificité de cet exode est qu'il concerne en priorité des immigrés qui travaillaient en Lybie: plus de 500.000 personnes originaires d'Égypte, de Tunisie, de quelques pays asiatiques comme le Bangladesh, le Pakistan ou la Chine, et surtout de nombreux pays d'Afrique sub-saharienne.»

arrivant sur les îles de Lampedusa et de Malte. Ce fantasme d'invasion est donc à nuancer, sans pour autant remettre en cause une augmentation sensible sur une courte période d'une migration sur le territoire européen.

Cette poussée soudaine des flux migratoires a surtout entraîné une crispation sécuritaire des politiques migratoires tant au niveau français qu'au niveau européen, qui a été lourdement critiquée par les défenseurs des droits de l'homme. L'Union européenne et ses États membres ont eu un réflexe de fermeture et de gestion sécuritaire excessive mettant en évidence la fragilité de l'espace Schengen et une réponse européenne timide, contraire aux droits fondamentaux de la personne humaine, valeur que l'UE a cependant toujours défendue dans ses politiques. L'arrivée des migrants a posé la question des contrôles aux frontières, et donc une lecture et une analyse des dispositions du Code frontière Schengen qui a été dénaturée et parfois mal interprétée.

Le printemps arabe et les migrations vers le territoire européen ont ainsi posé la question de l'efficacité des instruments de contrôle européen des frontières: Schengen pour le contrôle des frontières externes de l'Europe, Dublin pour le droit d'asile vers l'Europe, Frontex⁴ pour la mise en commun des polices européennes au service du contrôle des frontières.

Les débarquements par milliers de migrants tunisiens, suivis quelques semaines plus tard par la délivrance d'un permis de séjour temporaire par l'Italie, comme nous le verrons plus tard, ont déclenché, coup sur coup, deux moments de tension diplomatique: la première, entre l'Italie et la France, et la deuxième, entre les États membres et l'Union européenne, surtout vis-à-vis de l'inaction ou de la lenteur des autorités européennes, ainsi qu'une politique portant atteinte aux droits humains.

Nous verrons successivement si les règles de Schengen ont bien été respectées par l'Italie et la France, puis les constats que nous pouvons tirer de cette crise migratoire.

I. Remarques préliminaires sur l'essence même des accords Schengen

Les objectifs et pensées initiaux des accords de Schengen étaient différents de ce que nous entendons maintenant. En effet les questions d'immigra-

⁴ FRONTEX est l'agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne créée par le Règlement (CE) No 2007/2004 du Conseil du 26 octobre 2004.

tion et d'asile ne se trouvaient pas au cœur de la problématique Schengen, qui était plutôt concentrée sur le marché commun et le transport routier: en 1984, lorsque les camions bloquèrent les frontières des pays de la Communauté économique européenne, il était question de crise du marché commun. L'immigration relevait exclusivement de solutions policières. Il faut relever aussi que les flux d'étrangers non communautaires légaux ou illégaux étaient stables voir même plutôt faibles en 1985-1986.

Cette situation a ensuite évolué puisqu'entre 1985 et 2000, les négociations autour de Schengen ont permis d'entamer des coopérations transfrontalières dans des secteurs tels que l'asile et l'immigration. On a assisté, et on le constate encore aujourd'hui, à un renforcement des contrôles aux frontières extérieures, allant, de plus en plus, vers une logique sécuritaire et intergouvernementale. Ensuite, les accords ont été institutionnalisés en 1997 puisque l'acquis Schengen est incorporé dans le traité d'Amsterdam. Par conséquent, les politiques d'immigration et d'asile sont devenus un domaine de compétence de l'Union européenne. Mais nous verrons que les États membres disposent encore de pouvoirs bien importants et que les autorités européennes peuvent s'incliner et se faire discrètes en cautionnant les actions des États dans ce domaine de l'immigration, notamment dans l'interprétation des dispositions des accords Schengen.

II. Les réactions des deux États membres de l'Union européenne étaient-elles conformes aux règles de Schengen?

Voulant fuir les révolutions en Tunisie et la guerre en Libye, environ 20 000 migrants arrivent sur le territoire européen, en Italie principalement. Comme le soulève Virginie GUIRAUDON: «un centième des flux annuels dans l'UE⁵», autrement dit une partie infime de migrants. Mais dès les premières vagues, les autorités italiennes ont crié à «l'invasion». Faisant le constat des difficultés des nouvelles autorités tunisiennes à rétablir les contrôles sur le littoral tunisien, surtout après le déclenchement du conflit libyen et l'exode massif des travailleurs immigrés en Libye en direction du Sud tunisien, les autorités italiennes sont allées jusqu'à préconiser la participation de forces italiennes à la surveillance des côtes tunisiennes. Ces déclarations du ministre italien de l'Intérieur ont soulevé un tollé en

⁵ GUIRAUDON, Virginie: *Schengen, une crise en trompe l'œil*, in: Politique étrangère, 2011/4. 773-784.

Tunisie et ont été dénoncées par les autorités, les médias et les organisations de la société civile. «C'est une ingérence inacceptable» a déclaré le porte parole du gouvernement transitoire tunisien, Taieb Baccouche, «le peuple tunisien refuse le déploiement de soldats étrangers sur son territoire», le contrôle du littoral tunisien «relève de la compétence des autorités tunisiennes»⁶. En effet, en déployant des patrouilles communes sur le territoire tunisien, les autorités italiennes auraient porté une atteinte directe à la souveraineté nationale de la Tunisie. Ainsi l'Italie, s'estimant submergée par ces flux migratoires appelle l'État d'urgence humanitaire. Elle se tourne également vers ses partenaires européens et appelle à plus de solidarité, en vain ! Aucune réaction n'arrive des États membres. Le 5 avril 2011, devant l'indifférence de ses partenaires, le gouvernement italien décide donc de délivrer, par la voie d'un décret, des titres de séjour pour raisons humanitaires aux migrants tunisiens arrivés sur le territoire entre le 1er janvier 2011 et la date du décret. Une fois leurs titres de séjour en poche, une grande partie des migrants essaient de rejoindre le territoire français où ils ont de la famille. Les effets de cette mesure italienne ne se sont pas fait attendre, déclenchant des tensions diplomatiques prononcées entre la France et l'Italie. Le gouvernement français riposte immédiatement le 8 avril en réintroduisant des contrôles à des frontières avec l'Italie et en dénonçant le «laxisme» des autorités italiennes. Un Conseil européen Justice et Affaires intérieures se tient le 11 avril pendant lequel le Ministre de l'Intérieur italien essaie de défendre l'action de son gouvernement face aux accusations des autres États membres.

Pour apaiser la situation et trouver une solution, les Présidents français et italien organisent un sommet franco-italien le 26 avril. «Schengen est donc officiellement en crise»⁷.

1. La délivrance des titres de séjour par le gouvernement italien

Si l'on se réfère d'un point de vue juridique aux articles relatifs à la délivrance des titres de séjour dans l'espace Schengen, on fait tout d'abord référence à l'article 5§1 du Code frontière Schengen (CFS) qui fixe les

⁶ Journal Le Monde, *Tensions entre l'Italie et la Tunisie autour des réfugiés*, En ligne www.lemonde.fr, 14 février 2011. (2013.12.31.).

⁷ *Ibidem*, 778.

conditions d'entrée pour les ressortissants de pays tiers⁸ (possession de documents, de ressources suffisantes etc.)

L'article 21 de la Convention d'application de l'accord de Schengen (CCAS) précise ensuite que: *«Les étrangers titulaires d'un titre de séjour délivré par une des Parties contractantes peuvent, sous le couvert de ce titre ainsi que d'un document de voyage, ces documents étant en cours de validité, circuler librement pendant une période de trois mois au maximum sur le territoire des autres Parties contractantes, pour autant qu'ils remplissent les conditions d'entrée visées à l'article 5, paragraphe 1, points a), c) et e), et qu'ils ne figurent pas sur la liste de signalement nationale de la Partie contractante concernée. Le paragraphe 1 s'applique également aux étrangers titulaires d'une autorisation provisoire de séjour, délivrée par l'une des Parties contractantes et d'un document de voyage délivré par cette Partie contractante.»*

A première vue, il semble que l'Italie ne soit pas en faute.

Pourtant, l'article 5§2 de la Convention d'application de l'accord de Schengen apporte un doute précisant que *«L'admission des ressortissants de pays tiers»* (précision apportée dans l'article 5§4 du CFS: *«entrés sur le territoire pour des motifs humanitaires ou d'intérêt nationaux»*) *sera limitée au territoire de la partie contractante concernée qui devra en avvertir les autres parties contractantes*. L'Italie a respecté cette dernière contrainte, puisque le 8 avril 2011, elle a notifié à la Commission son intention de délivrer des titres de séjour temporaire. Mais selon les dispositions du CCAS, les titres de séjour délivrés n'autorisaient pas leurs détenteurs de circuler librement dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice.

⁸ Article 5 du CFS - Conditions d'entrée pour les ressortissants de pays tiers

Pour un séjour n'excédant pas trois mois sur une période de six mois, les conditions d'entrée pour les ressortissants de pays tiers sont les suivantes:

- a) être en possession d'un document ou de documents de voyage en cours de validité permettant le franchissement de la frontière;
- b) être en possession d'un visa en cours de validité si celui-ci est requis en vertu du règlement (CE) no 539/2001 du Conseil du 15 mars 2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des États membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation [17], sauf s'ils sont titulaires d'un titre de séjour en cours de validité;
- c) justifier l'objet et les conditions du séjour envisagé, et disposer des moyens de subsistance suffisants, tant pour la durée du séjour envisagé que pour le retour dans le pays d'origine ou le transit vers un pays tiers dans lequel leur admission est garantie, ou être en mesure d'acquiescer légalement ces moyens;
- d) ne pas être signalé aux fins de non-admission dans le SIS;
- e) ne pas être considéré comme constituant une menace pour l'ordre public, la sécurité intérieure, la santé publique ou les relations internationales de l'un des États membres et, en particulier, ne pas avoir fait l'objet d'un signalement aux fins de non-admission dans les bases de données nationales des États membres pour ces mêmes motifs.

***2. Suite à l'action italienne, la réaction immédiate de la France:
la réintroduction des contrôles aux frontières intérieures***

Face à l'arrivée de migrants tunisiens en provenance d'Italie, qui a délivré ces titres de séjour, Paris a vivement réagi en annonçant le renforcement des contrôles de police jusqu'à 20 kilomètres au-delà de ses frontières. Pour Paris, la situation est claire: Schengen n'empêche pas la réintroduction des contrôles aux frontières intérieures et les titres de séjour délivrés ne suffisent pas à circuler librement sur le territoire⁹. Les ressortissants de pays tiers, pour circuler dans l'espace Schengen, doivent en effet remplir cinq autres conditions que le Ministre de l'Intérieur n'a pas manqué de rappeler dans une circulaire du 6 avril adressée aux préfets et aux forces de police, qui a fait grand bruit¹⁰. Le matin même, Christian Estrosi, Maire de Nice, affirmait qu'aucun Tunisien ne pénétrerait en France, grâce à la vigilance du ministre de l'Intérieur et sa circulaire envoyée aux préfets. Selon lui, «aucun» des migrants tunisiens «ne remplira les conditions [...]»¹¹. Il les a détaillées: être en possession:

1. d'une autorisation de séjour;
2. d'un document de voyage;
3. de ressources suffisantes;
4. ne pas constituer une menace à l'ordre public; et ne pas être rentré en France depuis trois mois.

Dans la pratique, le ministre de l'Intérieur a donc demandé que la présence policière soit renforcée à la frontière franco-italienne, en déployant des CRS¹² et les forces de l'ordre antiémeute pour effectuer des contrôles dans une bande de 20 km au-delà de celle-ci.

La France avait donc la volonté d'accentuer encore plus les contrôles des personnes à la frontière, y compris celles qui seront en possession d'une autorisation de séjour délivrée par l'Italie, indiquant que cela ne suffirait pas! Pourtant, cette circulaire violait clairement les dispositions du CFS car ces dernières faisaient référence, non pas à des contrôles réintroduits aux

⁹ Courrier International, *Vu d'Italie- La France ferme un peu plus ses frontières*, La Stampa, Alberto Mattioli, 13 avril 2011.

¹⁰ Circulaire du 6 avril 2011 du Ministère de l'Intérieur «*Autorisation de séjour délivrées à des ressortissants de pays tiers par les États membres de Schengen*».

¹¹ Déclaration à la Radio française Europe 1.

¹² Compagnies républicaines de sécurité

frontières intérieures d'un Etat membre, mais à des contrôles à la frontière extérieure!

On se pose donc la question de savoir si la France était autorisée à effectuer des contrôles à ses frontières intérieures?

Selon cette circulaire du 6 avril, il était prévu que les autorités françaises, lors des contrôles, pouvaient exiger des migrants concernés de présenter les documents exigés pour entrer sur le territoire Schengen (autorisation de séjour; papier d'identité; ressources suffisantes...) sur le fondement de l'article 5 du CFS.

Or, ces critères de vérification concernent en réalité un contrôle effectué sur un ressortissant pays tiers pour l'entrée dans l'espace Schengen, autrement dit par une frontière extérieure. La circulaire visait ainsi de manière inappropriée l'article 5 du CFS¹³.

De même, le CFS apporte des précisions en mettant en évidence les critères restrictifs de restauration des contrôles aux frontières intérieures. Ainsi un État peut rétablir les contrôles de manière exceptionnelle en raison «d'une menace grave pour l'ordre public ou la sécurité intérieure», pour une durée maximale de 30 jours et dans un périmètre circonscrit¹⁴.

L'État concerné doit aussi respecter des exigences procédurales bien précises. Il doit aviser son intention de rétablir les contrôles aux frontières dès que possible aux autres États membres et à la Commission. Ce faisant, il doit mentionner *«les motifs de la réintroduction des contrôles, en précisant les événements qui constituent une menace grave pour l'ordre public ou la sécurité intérieure; le champ d'application de la réintroduction envisagée, en précisant le lieu où le contrôle aux frontières doit être établi; le nom des points de passages autorisés; la date et la durée de la réintroduction envisagée; et le cas échéant, les mesures que les autres États membres devraient prendre»*¹⁵. Un rapport doit ensuite être établi et transmis aux institutions européennes (la Commission, le Parlement et le Conseil) qui vont effectuer un contrôle sur les conditions et les modalités de la réintroduction des contrôles¹⁶. C'est donc une logique interactive et bien encadrée par des exigences spécifiques qui commande la réintroduction des contrôles aux frontières.

La France a respecté ces différents principes procéduraux selon la Commission européenne. Toutefois, c'est plus l'attitude des forces de police lors des contrôles qui a été lourdement critiquée.

¹³ Article 5 intitulé *«Conditions d'entrée pour les ressortissants de pays tiers»* et faisant partie du Chapitre 1 intitulé *«Franchissement des frontières extérieures et conditions d'entrée»*

¹⁴ Article 23§1 du CFS.

¹⁵ Article 24 du CFS.

¹⁶ Article 29 du CFS.

En effet, la mission d'observation effectuée par des membres du GISTI¹⁷ à la frontière franco-italienne a relevé, par des témoignages de Tunisiens, que certains d'entre eux, bien que munis de ressources suffisantes, ont été placés en rétention administrative car ils ne pouvaient pas justifier de garantie de rapatriement comme le prévoit un contrôle aux frontières extérieures¹⁸.

De même, les contrôles effectués par les patrouilles aux frontières (la PAF) auraient été menés selon des critères discriminatoires, contrôle au faciès notamment. Toujours selon les témoignages, lors des contrôles aucune personne à la peau blanche n'a été contrôlée. Seules les personnes à la peau mate ont été contrôlées. Or le contrôle direct de la régularité du séjour doit respecter une éthique particulière et ne pas être mené selon des critères discriminatoires fondé sur la race ou l'origine ethnique¹⁹. Au contraire, tout contrôle doit se baser sur un critère objectif susceptible de justifier l'interpellation, ce qui ne fut pas le cas pour les autorités policières françaises.

La Cour de justice a notamment rappelé cette condition dans un arrêt en date du 22 juin 2010, Melki et Abdeli²⁰. La Cour a estimé contraire à l'article 67§2 TFUE et aux articles 20 et 21 du règlement n° 562/2006, intitulé «Franchissement des frontières intérieures» (ou «Code frontières Schengen») les contrôles d'identité de la «bande des 20 km Schengen» prévus à l'article 78-2 alinéa 4 du Code de procédure pénale.

¹⁷ Groupe d'information et de soutien des immigrés, Association française indépendante à but non lucratif créée en 1972.

¹⁸ Rapport du GISTI: *L'Europe vacille sous le fantasme de l'invasion tunisienne, vers une remise en cause du principe de libre circulation dans l'espace «Schengen»?* 2011. En ligne: http://www.gisti.org/publication_pres.php?id_article=2308 (2013.12.31.).

¹⁹ Exigence rappelée dans plusieurs textes européens. Par exemple, l'article 6 du CFS „1. Les garde-frontières respectent pleinement la dignité humaine dans l'exercice de leurs fonctions. Toutes les mesures prises dans l'exercice de leurs fonctions sont proportionnées aux objectifs poursuivis. 2. Lors des vérifications aux frontières, les garde-frontières n'exercent envers les personnes aucune discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.”; Article 21 de la Charte européenne des droits fondamentaux; Article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme.

²⁰ Affaire portée en cassation devant la Cour de Cassation française, Cour de Cass., 16 avr. 2010, *MM. Melki et Abdeli*, n° 10-40002 présentée devant la CJUE pour une question préjudicielle, CJUE, 22 juin 2010, C-188/10 et C-189/10, Aziz Melki et Sélim Abdeli. La Cour de Luxembourg estime le dispositif de contrôle sur la „bande des 20 km Schengen” contraire au droit communautaire car l'article 67, paragraphe 2, TFUE ainsi que les articles 20 et 21 du règlement n° 562/2006 („code frontière Schengen”) „s'opposent à une législation nationale conférant aux autorités de police de l'État membre concerné la compétence de contrôler, uniquement dans une zone de 20 kilomètres à partir de la frontière terrestre de cet État avec les États parties à la Convention d'application des accords de Schengen, l'identité de toute personne, indépendamment du comportement de celle-ci et de circonstances particulières établissant un risque d'atteinte à l'ordre public”.

Le 17 avril, les autorités françaises ont également interrompu le trafic ferroviaire depuis la ville italienne de Vintimille, et notamment un train d'immigrés en provenance d'Italie, en déployant un imposant dispositif policier à la frontière franco-italienne. Il s'agit là d'une fermeture directe et unilatérale de la frontière d'un État membre dans l'espace Schengen, accompagnée de contrôles d'identité sur les migrants.

Comme mentionné précédemment, la réintroduction des contrôles aux frontières peut être justifiée s'il y a «une menace grave pour l'ordre public ou la sécurité intérieure²¹». Le Préfet des Alpes maritimes a avancé divers arguments pour justifier la suspension de la circulation des trains²². Les motifs avancés sont notamment «l'organisation d'une manifestation non autorisée; un risque grave de trouble à l'ordre public, éviter tout risque d'accident et la présence de personnes mal intentionnées». Mais au vu des faits, ces motifs étaient exagérés et ne semblaient donc pas justifiés la réintroduction de tels contrôles. Le groupe d'observation du GISTI qui a mené une enquête sur place, a ainsi constaté que la manifestation était pourtant organisée de manière pacifique et «avait pour objectif de faire en sorte que le droit soit appliqué et que les personnes, avec un titre de séjour et un document de voyage, puissent circuler librement au sein de l'espace Schengen²³».

Toutefois, les autorités européennes ont estimé que la France était dans son droit²⁴. «Nous avons reçu ce jour (lundi) une lettre des autorités françaises qui nous expliquent que c'était une mesure d'ordre public, une interruption très temporaire, unique, et que maintenant le trafic passe normalement», a indiqué la commissaire chargée des questions d'immigration,

²¹ Chapitre 2, «Réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures», Article 23 «Réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures» du CFS:

«1. En cas de menace grave pour l'ordre public ou la sécurité intérieure, un État membre peut exceptionnellement réintroduire le contrôle à ses frontières intérieures durant une période limitée d'une durée maximale de trente jours ou pour la durée prévisible de la menace grave si elle est supérieure à trente jours, conformément à la procédure prévue à l'article 24 ou, en cas d'urgence, conformément à la procédure prévue à l'article 25. L'étendue et la durée de la réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures ne doivent pas excéder ce qui est strictement nécessaire pour répondre à la menace grave.

2. Lorsque la menace grave pour l'ordre public ou la sécurité intérieure se prolonge au-delà de la durée prévue au paragraphe 1, l'État membre peut maintenir le contrôle aux frontières pour les mêmes raisons que celles visées au paragraphe 1 et, en tenant compte d'éventuels éléments nouveaux, pour des périodes renouvelables ne dépassant pas trente jours, conformément à la procédure prévue à l'article 26.»

²² Interview à la presse, notamment au journal Nice matin, du Préfet des Alpes maritime le 18 avril 2011.

²³ Rapport du GISTI, 2011.

²⁴ Voir article sur France 24, *Bruxelles donne raison à Paris dans l'affaire du train des immigrés tunisiens*, 18 avril 2011. En ligne: <http://www.france24.com/fr/20110418-union-europeenne-discorde-france-italie-train-migrants-clandestins-tunisie-vintimille-gare> (2013.12.31.).

Cecilia Malmström à l'époque des faits. Selon les dispositions du CFS²⁵, lorsqu'un État membre envisage de réintroduire le contrôle aux frontières intérieures, il doit en aviser dès que possible les autres États membres et la Commission. Dans le cas du conflit franco-italien, l'événement en cause était un événement d'urgence, un événement imprévisible mais cela n'empêchait pas les autorités françaises d'assurer la transparence de leur décision de bloquer la frontière franco-italienne et de réintroduire les contrôles, comme le mentionne l'article 25 du CFS. L'Italie a, pour sa part, reproché à la France d'avoir adopté une décision unilatérale et de ne pas l'en avoir informé. La colère de l'Italie s'est d'autant plus accentuée que la France, lors des interpellations de migrants tunisiens qui n'étaient pas en possession des cinq documents requis pour circuler dans l'espace Schengen, les a renvoyés en Italie. Les autorités françaises, ont parfois procédé à des réadmissions «*sans prise d'empreintes, ni notification des droits et sans qu'aucun document ne leur soit remis*»²⁶. Plusieurs atteintes flagrantes aux droits fondamentaux des migrants peuvent être avancées.

L'Italie a mentionné que la réaction de la France était inadmissible dans une Europe qui «se veut solidaire» et que cette dernière n'était «pas encline à assumer sa part du fardeau migratoire»²⁷. En effet, la police française a procédé à de nombreuses réadmissions de migrants sur le territoire italien: Par exemple, en janvier 2011, 66 réadmissions; en février 2011, 139 réadmissions et en mars 2011, 337 réadmissions²⁸. Pourtant l'accord de Chambéry signé en 1997 entre la France et l'Italie pose ce principe de réadmission²⁹, si les responsables du pays d'accueil ont des preuves qu'ils sont venus de l'autre pays. Donc juridiquement, les réadmissions effectuées par les autorités françaises étaient justifiées sur la base de cet accord.

²⁵ Article 24 et 25 du CFS.

²⁶ Rapport du GISTI, 2011.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Ibidem*, 28.

²⁹ Accord de Chambéry signé le 3 octobre 1997, entré en vigueur en 2000, en application de la convention de Schengen du 19 juin 1990. Objectif: les gouvernements français et italien, par cet accord ont décidé d'engager une coopération transfrontalière en matière policière et douanière. Des centres de coopération policière et douanière ont été institués et l'accord a défini les règles de coopération directe entre les agents des deux pays dans les zones frontalières.

III. Les constats à tirer de ces réactions française et italienne

Face à l'exagération du phénomène, la crise générée par les flux migratoires a soulevé deux constats.

1. Le contexte de l'élection nationale

Le premier constat relève que les réactions françaises et italiennes sont intervenues dans un contexte de l'élection nationale. En effet, en France, l'approche de l'élection présidentielle a eu une forte influence dans le renforcement de l'action et du discours sécuritaire du gouvernement en place. L'objectif était très certainement de conquérir l'électorat de l'extrême droite qui avait aidé à porter au pouvoir le candidat de l'UMP³⁰ lors des élections précédentes. Il en allait de même pour l'Italie où les élections municipales se tenaient à peine trois semaines après les événements et qui était une élection test pour Silvio Berlusconi.

Le rôle des considérations de politique intérieure n'est donc pas étranger à cette situation survenue en 2011.

De même, il ne faut pas oublier qu'à la même période, le 11 mai 2011, le Danemark avait profité pour annoncer son intention de rétablir lui aussi les contrôles aux frontières intérieures, soulevant de nombreuses réactions parmi les personnalités européennes, et fâchant la Commission européenne, car la décision danoise intervenait au moment même où l'Union européenne devait rediscuter des accords de Schengen. Dans ce pays également, des élections législatives étaient prévues en novembre et le gouvernement minoritaire de centre droit, comme l'a soulevé M.-L. Basilien-Gainche, «*était lié au Parti du peuple danois, formation d'extrême droite qui exige(ait) de son allié une politique migratoire restrictive*»³¹.

Le président de la Commission européenne José Manuel Barroso avait d'ailleurs dénoncé «la tentation de faire cavalier seul».

En exagérant l'ampleur des événements, les partis politiques nationaux en place en ont profité pour renforcer leur politique à l'égard des migrants et rallier ainsi une partie de l'électorat en vue des prochaines élections. Le journal italien de droite *La Stampa* avait d'ailleurs écrit que «*la lutte contre*

³⁰ Parti politique français de droite «Union pour un mouvement populaire».

³¹ BASILIEN-GAINCHE, Marie-Laure: *La remise en cause des accords de Schengen*, in: Ceriscope frontières, 2011.

l'immigration (pas seulement clandestine) constitue le noyau dur de la présidence Sarkozy, tout comme la 'sécurité', véritable moteur de sa politique, dont l'origine et le développement sont dus à la confrontation avec l'extrême droite de Jean-Marie Le Pen.» De même, en Italie, de nombreux diplomates italiens sous couvert de l'anonymat avaient accusé le ministre de l'Intérieur, Roberto Maroni *«d'utiliser ces 20.000 migrants à des fins politiques, électorales, pour son parti, la Ligue du Nord»*, un mouvement xénophobe membre du gouvernement dirigé à l'époque par Silvio Berlusconi. Il ne faut pas oublier aussi que suite à la réélection de la coalition gouvernementale en avril 2008, conduite par cette même personne (S. Berlusconi, Président du Conseil à l'époque), un durcissement de la politique migratoire italienne s'était déjà fait ressentir, et pour confirmer le durcissement de sa politique migratoire, le gouvernement italien avait adopté une nouvelle loi en juillet 2009 qui criminalise l'immigration illégale en instituant le délit de «clandestinité»³²!

Les gouvernements de droite ont ainsi trouvé leur terrain d'élection dans la lutte sécuritaire contre l'étranger. L'immigration reste une question politique de premier ordre, qui préoccupe toujours les citoyens et leurs représentants. Les partis politiques ont toujours essayé de s'emparer de la question des étrangers pour définir leur profil politique jusqu'à instrumentaliser cette question pour servir leurs calculs électoraux et séduire leur électorat. Ce thème est ainsi devenu facilement exploitable dans le discours politique, d'une part parce-que les étrangers ne sont pas des électeurs et d'autre part parce-que les citoyens/les électeurs veulent être rassurés.

Toutefois, cette stratégie consistant à utiliser l'immigration *«à des fins de mercantilisme politique avec de brusques accélérations en période de campagne électorale»³³*, ne date malheureusement pas d'aujourd'hui. Ce fut déjà le cas lors des élections présidentielles françaises de 2002 pendant lesquelles, sous la pression de la présence de M. Le Pen au second tour de l'élection, le thème de l'immigration était déjà devenu l'enjeu électoral majeur. Ce fut la même chose lors de la campagne électorale anglaise de mai 2010 où le parti conservateur de David Cameron voulait plafonner le nombre d'immigrés hors Union européenne admis légalement sur le territoire britannique etc. Le «problème des étrangers» est ainsi devenu l'un

³² Cette nouvelle loi fait de l'entrée ou du séjour irrégulier en Italie un délit puni d'une amende de 5 000 à 10 000 euros. Toute personne ayant volontairement loué un logement à un immigré clandestin en connaissant sa situation est passible de trois ans de prison.

³³ Propos recueillis dans le rapport de la CIMADE de 2009.

des thèmes fondamentaux de la concurrence entre les partis, en particulier pendant les campagnes électorales³⁴.

Le ministre italien de l'Intérieur a été l'un des premiers à *interpréter la position française* sur les Tunisiens de Lampedusa, lors d'une émission télévisée «Porta a Porta»: *«Je comprends qu'il y a des élections en France en 2012 et que Sarkozy subit la concurrence de l'extrême droite, mais mettre des troupes aux frontières est la plus grosse erreur.»* Patrick Weill, directeur de recherche au CNRS³⁵, a également expliqué que la querelle entre la France et l'Italie, *«(était) de la pure agitation électoraliste [...]. Car il n'y a pas d'arrivée massive, contrairement à ce qu'affirme le gouvernement italien et à ce que laissent croire les images spectaculaires provenant de l'île de Lampedusa»*, et il a ajouté sans ménagement qu' *«il n'y a en réalité aucun 'fardeau' à partager: cet afflux est dans la norme et gérable»*.

2. L'inefficacité critiquée des autorités européennes

Le deuxième constat que l'on peut retenir de ce conflit est l'attitude des autorités européennes, qui a été fortement critiquée; d'une part, dans sa réponse face à l'arrivée des migrants et d'autre part, dans le manque de respect des droits humains, valeur qu'elle entend pourtant toujours défendre. Sans entrer dans le détail des conséquences qui ont suivi cette crise avec notamment la remise en cause des accords de Schengen, nous allons donc nous attarder ici sur ces différentes critiques.

Le principe de solidarité entre États membres est une des valeurs défendues par l'Union européenne dans plusieurs de ses politiques, et notamment celle relative à l'immigration et à l'asile. L'UE a notamment adopté le programme cadre de solidarité et de gestion des flux migratoires pour la période 2007-2013 visant ainsi à améliorer la gestion des flux migratoires au niveau de l'Union européenne et à renforcer la solidarité entre les États membres³⁶.

C'est sur la base de ce principe que le gouvernement italien a demandé l'application de la directive 55 de 2001 portant sur l'afflux massif des migrants, et qui prévoit un régime de protection temporaire réparti entre

³⁴ HAGEDORN, Heine: *L'immigration dans le débat politique allemand*, in: Revue internationale et stratégique, 2003/2. 105-112.

³⁵ Organisme public français de recherche, CNRS: Centre national de la recherche scientifique.

³⁶ COM/2005/123.

les États membres³⁷. Mais le 12 avril, le Conseil européen des ministres de l'Intérieur a refusé cette demande au motif qu'il s'agit de «migrants économiques» et non pas d'une population fuyant des conflits. La réponse de l'UE sur la responsabilité commune des pays de l'Union européenne n'est donc pas en adéquation ici avec les valeurs qu'elle entend défendre. Nous avons non seulement deux pays divisés sur la question de la solidarité et de la confiance mutuelle, mais en plus une autorité supranationale qui ne cherche pas à défendre et à imposer ses propres valeurs. Par conséquent, l'UE présente une image divisée, se renfermant sur elle-même au moment où des populations du Sud avaient le plus besoin d'elle. Nous sommes en présence d'une Europe malléable dans laquelle les États membres disposent toujours plus de pouvoirs importants et ont toujours le dernier mot, au point de pouvoir décider unilatéralement une réintroduction des contrôles aux frontières intérieures et de remettre en cause les règles d'un principe fondateur de la construction européenne.

Comme l'a soulevé Bastien Nivet, chercheur associé à l'IRIS³⁸: «*l'UE a ainsi montré une sorte de déstabilisation face au changement, voire de crainte du changement*»³⁹.

Le mélange de cécité et de maladresse des institutions européennes a parfois été expliqué par le fait que les institutions en charge des relations extérieures et de la diplomatie de l'UE étaient en pleine refonte⁴⁰. Mais peut-on retenir un tel argument face à une situation d'urgence, une situation humanitaire qui demandait une réponse et une réaction rapide des autorités européennes? L'UE, acteur de compromis par définition, n'est pas véritablement organisée, chacun le savait déjà, pour des réactions ou actions diplomatiques immédiates et ambitieuses. À plusieurs reprises, les États membres se sont montrés incapables d'afficher une position commune pour décider d'une intervention dans un pays tiers confrontés à une guerre civile (Mali, Syrie, etc.), l'UE peine à parler d'une seule voix et à prendre les décisions adéquates. Dans le contexte du printemps arabe et

³⁷ Directive 2001/55/CE du Conseil du 20 juillet 2001 relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les États membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil, *Journal officiel n° L 212 du 07/08/2001 p. 0012 – 0023*.

³⁸ IRIS: Institut de Relations Internationales et Stratégiques.

³⁹ NIVET, Bastien: *L'Union européenne et le printemps arabe: une puissance transformationnelle inadaptée?*, Opinions, Academia, 2013.

⁴⁰ Les services compétents de la Commission et du Conseil européen étaient en train d'être fusionnés au sein du Service européen pour l'action extérieure (SEAE) au moment des événements.

notamment de l'arrivée de migrants sur son territoire, c'est encore l'absence de cohérence diplomatique et stratégique d'ensemble qui a posé problème dans la gestion, par l'UE et par les Européens.

«*Le paradoxe d'une politique européenne en Méditerranée insistant sur la libre circulation de tout, flux économiques et financiers, échanges culturels, etc., sauf des personnes, a été révélé ici de façon vive*⁴¹». Les réponses politiques de l'Europe restent encore trop timides, incertaines voire inaudibles. Dans ce climat d'incertitude où l'économie peine à retrouver le chemin de la croissance, et de crise identitaire, les Européens attendent pourtant des réactions fermes et réfléchies. Une autre critique soulevée à l'encontre de l'UE concernait son indifférence face au sort des migrants et sa négligence dans la protection des droits de l'homme, notamment ceux retenus dans les centres de rétention et ceux disparus en mer! L'arrivée des migrants sur le sol européen suite à la révolution de Jasmin a engendré une réaction sécuritaire. Préconisée par l'Italie et la France, cette politique sera entérinée par l'Union européenne dans les actions qu'elle a entreprises. Qualifiée par l'UE de «situation d'urgence», un renforcement du système de surveillances aux frontières extérieures avait pour objectif d'empêcher l'arrivée de nouveaux migrants. Ce dispositif de lutte contre l'immigration clandestine se concrétise par le biais de l'agence FRONTEX⁴² et met en place des équipes de protection des frontières aux «plaques tournantes» de la migration illégale (exemple aux frontières de l'île de Lampedusa) qui au moyen de radars, satellites, hélicoptères et bateaux repèrent les embarcations de réfugiés et les refoulent. Avec FRONTEX, l'Union européenne mène donc une politique sécuritaire très critiquée puisque ce dispositif ne respecterait pas les droits de l'homme et d'asile que détiennent ces réfugiés politiques et oublierait que l'Europe se veut terre d'asile.

L'excuse de l'Union européenne face à de telles critiques est que «l'UE ne peut pas accueillir toute la misère du monde.» Ce dispositif a été fortement critiqué puisque par exemple, dans la nuit du lundi 14 mars 2011, 35 migrants partis de Tunisie et se dirigeant vers l'île italienne de Lampedusa étaient portés disparus après le naufrage de leur embarcation, d'après les autorités portuaires italiennes. Le bateau, avec 40 personnes à bord, a chaviré peu de temps après avoir quitté le port de Zarzis en Tunisie, alors qu'aucune patrouille n'a pu les sauver.

⁴¹ NIVET 2013.

⁴² Agence FRONTEX: Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne.

Une commission spéciale sur la migration illégale a été formée en Tunisie pour enquêter sur les disparitions en mer et sur les détenus tunisiens dans les centres italiens et français. Le Ministère tunisien de l'Intérieur avait publiquement livré, pour la première fois, une base de données personnelles d'environ 300 migrants disparus, qui a été présentée aux autorités italiennes. Seule la moitié des migrants recherchés ont été reconnus par les autorités italiennes comme ayant été identifiés à leur arrivée. Comme l'a dénoncé le député européen Joseph Daul du PPE, «à la vague d'immigrés qui gagnent nos côtes dans des conditions précaires, qui meurent en mer, nos pays réagissent trop souvent par la division, les querelles, les fermetures de frontière, voire la remise en cause d'un instrument de liberté de circulation aussi essentiel que Schengen».

De même, des actions de protestation ont été conduites dans plusieurs États européens et en Tunisie contre la détention des migrants dans les centres de rétention en Italie, contre le refoulement ou l'expulsion de ces émigrés par les autorités italiennes et françaises. Ont également été dénoncées les pressions exercées par les pays européens sur la Tunisie pour l'amener à mieux lutter contre la migration illégale: conférence de presse pour dénoncer la visite du Président du Conseil italien en avril 2011, protestation contre l'appel de la France et de l'Italie pour aménager certaines dispositions de la convention de Schengen afin de restreindre le droit des ressortissants des pays tiers à circuler librement à l'intérieur de l'espace européen etc.

IV. Conclusion

A la suite de ce conflit inter-étatique, nous pouvons constater que la logique intergouvernementale semble bien résister et prendre le dessus sur la logique intégrative en matière d'immigration et d'asile voulue par l'Union européenne. Les décisions prises par les deux États membres en question ont créé un conflit entre eux et engendré une image négative de l'UE. Rome et Paris n'ont pas trouvé d'accord satisfaisant en ce qui concerne le problème de l'immigration, et se sont donc opposés sur la manière de gérer ces flux migratoires en provenance des pays arabes. Mais on voit bien comment l'UE est prise en otage par des gouvernants, italien et français dans cette affaire, qui paraissent uniquement soucieux de se maintenir au pouvoir, quitte à instrumentaliser les peurs et le rejet de l'étranger.

L'UE devrait faciliter une approche plus communautaire et éviter les emprises des États membres. Michele Cercone, porte-parole de Ce-

cilia Malmström, a expliqué que l'«approche communautaire» signifierait d'impliquer la Commission européenne dans le processus de prise de décision concernant Schengen, alors que cela se fait actuellement au niveau intergouvernemental. L'Europe a besoin, rapidement, de règles simples et claires non susceptibles d'être interprétées selon l'humeur du moment de chaque État membre, c'est-à-dire selon le contexte politique intérieur du pays visé. La timidité de la réaction de l'Union européenne dans la gestion de ce conflit interne était difficilement compréhensible alors même que deux États membres sont allés loin dans le défi aux valeurs et aux règles communes de l'Union.

L'UE doit ainsi trouver des solutions adéquates pour faire face à l'arrivée de migrants illégaux sur son territoire en construisant une Europe plus solidaire et une Europe politique en privilégiant une position communautaire, plus qu'intergouvernementale. Ce phénomène n'est pas nouveau et rien ne pourra empêcher les ressortissants de pays tiers d'essayer de braver les règles d'entrée, toujours plus sécuritaires, sur le territoire de cette «Europe forteresse».

«Dans l'UE, la solidarité ne doit pas avoir de frontières» avait déclaré le Président du Comité économique et social européen sur la situation des migrants des pays du sud méditerranéen⁴³.

⁴³ Référence: CES/11/43 Date de l'événement: 13/04/2011. En ligne: http://europa.eu/rapid/press-release_CES-11-43_fr.htm?locale=FR (2013.12.31.).

The Application of International Law as an Instrument of Interpretation in Hungary – the Practice of the Constitutional Court and Ordinary Courts in a Comparative Approach

Erzsébet Csatlós

Junior Lecturer University of Szeged

I. Application of international law in the practice of courts: duty or optional possibility?

The Hungarian legal system follows the dualist approach with transformation regarding the international treaties and certain decisions of international courts and other treaty bodies (hereinafter: treaties). The treaties are applicable after transformation, i.e. if they are promulgated and published in a Hungarian legal instrument (act of Parliament or decree of the Government).¹ Besides, a group of norms called “*generally recognized rules of international law*” is a part of the Hungarian legal system without any further transformation by general transformation ensured by the Basic Law (BL) itself.² It gives a monist feature to the Hungarian legal system, however, the content of the term “*generally recognized rules as international law*” covers the peremptory norms of international law (*ius cogens*), the general principles and customary international law.³ Customary law and general principles take precedence over domestic laws, except for the BL and only *ius cogens* rules can prevail even over the BL.⁴

¹ See Act L of 2005 on the procedure regarding international treaties

² Constitutional Court Decision № 53/1993. (X.13.) ABH [1993] 327.

³ MOLNÁR Tamás: *Relationship of International Law and the Hungarian Legal System 1985-2005*, in: JAKAB András – TAKÁCS Péter – TATHAM, Allan F. (eds.): *The Transformation of the Hungarian Legal Order 1985–2005 Transition to the Rule of Law and Accession to the European Union*. Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2007. 458.

⁴ For example see Constitutional Court Decision № 4/1997. (I. 22.) ABH [1997] 51; Constitutional Court Decision № 30/1998. (VI. 25.) ABH [1998] 237–238; MOLNÁR 2007, 465; BLUTMAN, László: *A nemzetközi jog használata az Alkotmány értelmezésénél [Using International Law to Interpret the Constitution]* *Jogtudományi Közlöny*, 2009/7-8. 304.

In principle, these categories are mentioned in the BL as sources of international law to be applied; however in practice some other forms of sources appear as well: the decisions of international judicial organs and that of international organizations.

By the force of the constitution or by transformation, “[i]n order to comply with its obligations under international law, Hungary shall ensure that Hungarian law be in conformity with international law”⁵. The Constitutional Court has competence to decide whether the incorporation of an international norm was constitutional,⁶ and ensure the harmony of the domestic and international law but the aim of the present paper is to highlight the role of international law in the legal practice.

It derives from constitutional obligation to ensure harmony thus any international norm implemented in domestic law shall appear by incorporating provisions in domestic law, in the hierarchy of norms. The Constitutional Court has a leading role in ensuring the harmony of domestic *legislation* and assumed international obligations due to its powers but the application of the sources of international law in the legal practice is a different aspect of harmony. Courts apply *the iura novit curia* principle, i.e. they are presumed to be aware of the content of every norm in the entire legal system – including the rules of international law but is the judge obliged to search for, invoke and apply the alleged international regulation binding on Hungary in every single case or can the judge trust the domestic legislation which is in fact already in harmony with international obligations? Is the judge obliged to know that a certain legal question is also regulated by international obligations and is it expected to always verify that, for example, an Act to be applied in the case is in total conformity with an international treaty which happens to be superior to domestic legislation except for the constitutional provisions? According to some points of view the judge is not obliged to do so, it is the duty of the legislator to elaborate that the international treaty conforms with the legislation and that of the Constitutional Court to verify if this legislation is in harmony to the assumed international obligations of Hungary.⁷

It is even more problematic in the question of legal practice related to treaty based provisions which are continuously interpreted by a judicial organ explicitly established for disputes arising from the convention

⁵ The Basic Law of Hungary (25 April 2011), Art. Q(2), see also Constitutional Court Decision № 7/2005. (III.31.) ABH [2005] 99-101.

⁶ See Act CLI of 2011 on the Constitutional Court, Arts. 23 (3)-(4); 24-25; 32.

⁷ See Csongrád County Court Decision № 14.K.21.445/2009/5.

itself. Certainly, the decision settling litigation is only binding for the parties; however the legal reasoning and the exploration of the content of a provision shall form the part of the convention itself.

Is the Hungarian judge obliged to follow the practice of the European Court of Human Rights [hereinafter: ECtHR] whether it develops the provisions of European Convention on Human Rights [hereinafter: ECHR]⁸ in a way that is different from the actual Hungarian legal practice or is it the task only for the legislative power to keep the legislation updated?

Article 13 (1) of Act L of 2005 on the procedure regarding treaties answered the question as it states that “*the previous decisions of the organ having jurisdiction over the disputes in relation to the treaty shall be considered in the course of the interpretation of the treaty.*”

The Constitutional Court *expressis verbis* emphasized the same thought related to ECtHR decisions when it expressed that obligation issues from the principle of *pacta sunt servanda* are to follow the Strasbourg practice and its level of fundamental rights protection.⁹

Legal acts shall be in compliance with the obligations stemming from international and Union law.¹⁰ Hereby, it has to be noted that EU law is regarded as a separate legal system since the accession and it is governed by the principle of direct applicability and supremacy rules.¹¹

The Constitutional Court declared that domestic law shall be made and interpreted in the view of international obligations no matter if the obligation issues from customary international law or incorporated in treaty.¹² Using international law as an interpretational tool is based on Article Q(2) of the Basic Law as regards binding sources. The problem arises in connection with non-binding sources of international law; however, the Constitutional Court noted that invoking them would

⁸ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms [ECHR], Rome, 4 September 1950, 213 U.N.T.S. 222.

⁹ Constitutional Court Decision № 61/2011. (VII.13) Magyar Közlöny, 2011/80. 23046.

¹⁰ Article 2(4) (c) of Act CXXX of 2010 on legislation

¹¹ BLUTMAN László: *Milyen mértékben nemzetközi jog az Európai Unió joga a magyar alkotmányos gyakorlatban?* [To What Extent EU Law is Considered International Law in the Hungarian Constitutional Practice], in: Kovács, Péter (ed.): *International Law – a quiet strength / Le droit international, une force tranquille* (Miscellanea in memoriam Géza Herczegh). Pázmány Press, Budapest, 2011. 485–297.

¹² Constitutional Court Decision № 4/1997. (I.22.) ABH [1997] 41, 48–49.; Constitutional Court Decision № 380/B/2004. ABH [2007] 2438, Constitutional Court Decision № 61/2011. (VII.13.) ABH [2011] 320; BLUTMAN László: *A nemzetközi jog használata az Alkotmány értelmezésénél* [Using International Law to Interpret the Constitution]. Jogtudományi Közlöny, 2009/7–8. 304.

help the positivist foundation of argumentation.¹³ *Blutman* says that due to its independence, the Constitutional Court is free to choose its tools for the argumentation and interpretation. Only the validity, casualty and verifiability of conclusions form a limitation to the interpretation.¹⁴ The aim is to elaborate a politically and ideologically neutral judgment. It can easily be achieved by considering the (non-binding) decisions of international organizations and interpretative solutions of judgments of third States courts.¹⁵

Obligation derived from BL means that the Hungarian State takes part in the community of nations and this participation is a constitutional order for domestic law.¹⁶ The basis of international cooperation is formed by common principles and goals which are subtly affected by non-binding norms and expectations to ensure the peace and well-functioning of interactions. The State can avoid many of these norms but it cannot extricate herself from the whole system as it would mean isolation from the community.¹⁷ Participation in the community of nations thus presumes the application of international norms containing social and moral standards as instruments for interpretation. This way the citation of non-binding international documents and foreign jurisprudence as a tool for interpretation of BL can be justified.¹⁸

According to *Blutman*, the main question is whether the BL creates the obligation to use or at least consider the application of these instruments as well. In his view the obligation of participation in international cooperation cannot transform those norms that are not undertaken explicitly by Hungary as it would be contrary to the principle of rule of law, legal certainty and the content of Article 7(1) as well.

¹³ Concurring opinion of Péter Kovács in Constitutional Court Decision № 41/2005. (X.27.) ABH [2005] 459; BLUTMAN 2009, 302-303.

¹⁴ Concurring opinion of László Sólyom in Constitutional Court Decision № 23/1990. (X.31.) ABH [1990] 88, See BRAGYOVA, András: *Az alkotmánybíráskodás elmélete* [The Theory of Constitutional Jurisprudence]. KJK – MTA, Budapest, 1994. 171; KIS János: *Az első magyar Alkotmánybíróság értelmezési gyakorlata* [The Practice of Interpretation of the first Hungarian Constitutional Court], in: *A megtalált Alkotmány?* INDOK, Budapest, 2000. 49; BLUTMAN 2009, 303.

¹⁵ Constitutional Court Decision № 21/1996. (V. 17.) ABH [1996] 74. SÓLYOM László: *Az emberi jogok az Alkotmánybíróság újabb gyakorlatában* [Human Rights in the Recent Practice of the Constitutional Court]. Világosság 1993/1. 17-19, 28. BLUTMAN 2009, 303.

¹⁶ Constitutional Court Decision № 53/1993. (X.13.) ABH [1993] 323; Constitutional Court Decision № 15/2004. (V. 14.) ABH [2004] 269.

¹⁷ BLUTMAN 2009, 303.

¹⁸ BLUTMAN 2009, 304.

However, non-binding norms might be taken into consideration for interpretation of norms that oblige the State.¹⁹

II. The role of international law in the practice of courts: what is the effect of invoking international legal norms in the reasoning of a judgment?

Three categories can be established to show the significance of the invoked international legal norm on the reasoning of a judgment.

International law has *constitutive* effect on the reasoning when it serves the basis for the judgment. For example in the *preliminary (ex ante)* norm control case of the *Law on Procedures Concerning Certain Crimes Committed during the 1956 Revolution* the Constitutional Court invoked customary international law to support the constitutionality of the non-application of statutory limitation in certain war crimes and crimes against humanity. The aim of the legislation was to make possible some form of ‘historical justice’ in order to prosecute Communist offenders for crimes against humanity. The committed crimes had happened decades before the adoption of this statute and thus it seemed to be contrary to the principle of *nullum crimen sine lege* and *nulla poena sine lege* which are basic principles of law incorporated not just in the Constitution but in international treaties to which Hungary had already been a party at that time.²⁰ The constitutionality of the provision referring to war crimes and crimes against humanity as defined by the Geneva Conventions of 1949 for the Protection of War Victims, was upheld. The Constitutional Court cited the *New York Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity* of 1968 which declares that no statutory limitation shall apply to several categories of war crimes and crimes against humanity irrespective of the date of their commission.²¹ By signing and ratifying this convention, Hungary undertook an obligation not to apply its own statute of limitations in cases involving war crimes and

¹⁹ See concurring opinion of Péter Kovács in Decision № 45/2005. (XII.14.) ABH [2005] 569. BLUTMAN 2009, 304.

²⁰ See Article 7 of ECHR and Article 15 of the International Covenant on Civil and Political Rights [ICCPR]. 19 December 1966, New York, 999 UNTS. 171.

²¹ Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity. 26 November 1968, New York, 754 UNTS 73. [hereinafter: 1968 New York Convention] Article II.

crimes against humanity.²² The Constitutional Court even highlighted the fact that the possibility of ignoring the principles of *nullum crimen* and *nulla poena sine lege* in the case of certain crimes committed during the communist era is based on customary international law thus the non-applicability of statutory limitations obliges Hungary without any conventional provisions.²³

International law has *additional constitutive effect* when the international norm plays supplementary role in the reasoning with other national legislative acts in the same line, thus both the domestic and the international norm have significant effect. For example in 1990 the capital punishment was declared to be unconstitutional as it conflicted with the constitutional prohibition against any limitation on the essential content of the *right to life and to human dignity*. The content of this provision of the Constitution was interpreted by international obligations of Hungary incorporated in the relevant articles of the ICCPR²⁴ and the ECHR with its Protocol no. 6. dealing with the right to life.²⁵ As conclusion, capital punishment conflicts with provisions that declare that human life and human dignity form an inseparable unit, thus as having a greater value than other rights; and thus being an indivisible, absolute fundamental right limiting the punitive powers of the State. The above mentioned international norms clarified the provisions of the Constitution in the view of international obligations, thus they had a significant role in the final reasoning of the decision, but primarily it was based on the Constitution.²⁶

International law has *supportive effect* in those cases whereby the reference to international legal instruments is to strengthen a decision based on domestic law. Recommendations of the Council of Europe are frequently invoked as relevant interpretation of the provisions of the ECHR. The Constitutional Court relies many times on these sources

²² See 1968 New York Convention, Article III-IV.

²³ Constitutional Court Decision № 53/1993. (X.13.) ABH [1993] 323-338.

²⁴ Article 6.1. of ICCPR declares that every human being has the inherent right to life. This right shall be protected by law. No one shall be arbitrarily deprived of his/her life. Paragraph 6 of the same article states that nothing in this article shall be invoked to delay or to prevent the abolition of capital punishment by any State Party to the present Covenant.

²⁵ While Article 2.1 ECHR, signed in Rome on 4 November 1950, recognized the legitimacy of capital punishment, Article 1 Protocol 6 ECHR adopted on 28 April 1983 provides that the death penalty shall be abolished. No one shall be condemned to such penalty or executed. Also, Article 22 of the Declaration on Fundamental Rights and Fundamental Freedoms, adopted by the European Parliament on 12 April 1989, declares the abolition of capital punishment. Constitutional Court Decision № 23/1990. (X.31.) ABH [1990] 102-103.

²⁶ Constitutional Court Decision № 23/1990. (X.31.) ABH [1990] 94-145.

as guidance for the judgments and decisions of international judicial organs to support argumentation or to justify that the opinion of the Constitutional Court echoing in the reasoning is in accordance with international standards, with international obligations; thus recommendations are not constitutive sources of obligation.

III. The practice of application of different sources of international law

Below, the most commonly cited types of international norms are taken into account and the role they play in the reasoning is presented. Their succession expresses the frequency of their invocation.

1. Treaties as expressis verbis assumed obligations

It is a constitutional duty to incorporate treaties in domestic law; however there are cases that treaty based obligations are invoked beside domestic legislation. It rarely means that the assumed international obligation is not transformed into Hungarian law and domestic legislation is not in conformity with international ones. Treaties are often invoked to support reasoning based on domestic norms but it is quite rare that they have definitive or complementary effect on the reasoning. Moreover, when a treaty is a significant source of law it is usually accompanied by judicial decisions or decisions of the international organ that elaborated the convention. In such cases these international legal instruments serve as guidance for the interpretation of the cited provisions of the treaty.²⁷

Due to its function, in the practice of the Constitutional Court the most frequently cited treaty is the ECHR as the level of the fundamental rights protection provided by the Constitutional Court in no case may be lower than the level of international protection. It follows from the principle of *pacta sunt servanda* that the Constitutional Court shall accept

²⁷ See Constitutional Court Decision № 166/2011. (XII.20.) AB, ABH [2011] 545, 557. The interpretation of an international treaty shall coincide with the official interpretation given by the organ established or authorized for this purpose. The Constitutional Court explained this point of view related to the documents of the Council of Europe in Constitutional Court Decision № 41/2012. (XII.6.) Magyar Közlöny 163/2012. 27392.

and apply the case law of the ECtHR even if it were not derived from its own previous practice.²⁸

As for the practice of ordinary courts, the ECHR provisions together with the case law of ECtHR are also invoked, mainly with supportive effect.

The other types of cases that reveal the application of international law contains a foreign element. In such questions international law has a significant role in the reasoning of the judgment, definitive or at least complementary. These cases are related to double taxation,²⁹ the calculation of social allowances like old age pension³⁰ for those who lived a part of their life abroad – in a non-EU member State or before the accession of Hungary –, and for the most of the time litigation concerning the carriage of goods thus it has to be noted that beyond the human rights related issues, the most frequently cited international instrument, among other bilateral treaties in the subject,³¹ is the 1956 Geneva Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road (CMR).³²

2. Decisions of international judicial organs

The decisions of the ECtHR as well as the decisions of the Court of Justice of the European Union (hereinafter: CJEU) are not considered as direct sources of international law, they are rather interpretations. In deci-

²⁸ Constitutional Court Decision № 61/2011. (VII.13.) AB, ABH [2011] 290, 321.

²⁹ See for example Agreement between the Republic of Croatia and the Republic of Hungary for the avoidance of double taxation with respect to taxes on income and on capital, Barcs, 30 August 1966 (promulgated by Act XVIII of 2000), in: Supreme Court Decision Kfv.I.35.460/2007/8 and Bács-Kiskun County Court Decision K.21.858/2006/17.

³⁰ See for example Agreement on social security between the Hungarian Republic and the Republic of Austria, 7 September, 1961 (promulgated by Decree-law № 5. of 1962), in: Supreme Court Decision MfvK.IV.10.206/2007/4, Budapest Metropolitan Court Decision Mfv/K. III.11.015/2006/5; Convention between the Hungarian People's Republic and Federal Republic of Germany on social security, 2 May, 1998 (promulgated by Act XXX of 2000), in: Győr-Moson-Sopron County Court Decision 9.K.27.302/2007/10.

³¹ See for example Convention between the Government of the Hungarian People's Republic and the Government of the Socialist Republic of Romania on the carriage of persons and goods, 9 February, 1972 (promulgated by Council of Ministers Edict 6/1973. (II.7.)), in: Supreme Court Decisions Kfv.I.35.063/2007/6 and Kfv.I.35.411/2006/5; Kfv.I.35.107//2007/5. Agreement between the Government of the Hungarian People's Republic and the Government of the People's Republic of Bulgaria on the carriage of persons and goods, Budapest, 17 April 1989 (promulgated by Decree-law № 3 of 1990), in: Supreme Court Decisions Kfv.I.35.103/2007/7

³² See for example Supreme Court Decisions Kfv.I.35.259/2010/7.; Kfv.V.39.138/2010/7; Gfv. X.30.302/2009/4; Gfv.IX.30.095/2010/4; Gfv.X.30.186/2008/6; Gfv.X.30.239/2007/4; Gfv.X.30.342/2009/5.

sion 18/2004. (V.25.) the Constitutional Court declared that the jurisprudence of the ECtHR forms and obliges the Hungarian practice. This kind of obligation refers to the interpretation of the different provisions of the Convention and not to the judgment itself.³³ Despite this fact the, decision in 988/E/2000 highlights that the judgment of the International Court of Justice is neither a norm nor a treaty. It decides upon a unique legal dispute even if its statements have theoretical significance and become precedent.³⁴ Two years later the new act on the procedure regarding international treaties was adopted and it reformulates this opinion by stating that decisions are binding and shall be executed in Hungary if the state is a party to the settled dispute. This decision shall be promulgated with the appropriate application of the provisions regarding the promulgation of the treaties in the Official Gazette.³⁵ As for the form of promulgation, it is the form of the *compromis* that is determinative. It is to be noted that this obligation shall not refer to decisions in litigations when the other party to the dispute is a civilian and not a state just like in the case of the ECtHR.³⁶ In such cases only Article 13 (1) obliges Hungary to consider the decisions of the organ having jurisdiction over the disputes in relation to the treaty in the course of the interpretation of it. In this case the decision is not a source of law; however it can be a significant guidance for interpretation of treaty based obligations.³⁷

Regarding the available decisions, ordinary courts, for the most of the time, invoke the practice of the ECtHR if the case before them concerns fundamental law issues to interpret domestic legal provisions correctly mainly in those cases when they are quite ambivalent or seem to be not in conformity with international obligations.³⁸ It is not rare that the ECtHR practice is invoked as it was discussed and analyzed in a Constitutional Court decision, and not the relevant decisions of the ECtHR are cited directly,³⁹ or only the *practice of the European Court of Human Rights* is in-

³³ BLUTMAN 2009, 310.

³⁴ Constitutional Court Decision № 988/E/2000. ABH [2003] 1290.

³⁵ Article 13 of the Act L of 2005 on the procedure regarding international treaties.

³⁶ See MOLNÁR Tamás: *A nemzetközi jogi eredetű normák beépülése a magyar jogrendszerbe* [Incorporation of international law into the Hungarian legal system], PhD dissertation, ELTE ÁJK, manuscript, Budapest, 2012. (MOLNÁR 2012a) 206-210.

³⁷ See Budapest Metropolitan Court Decision 24.K.35.639/2006/25.

³⁸ See Supreme Court Kfv.VI.38.071/2010/4.; Kfv.II.38.073/2010/4.; Kfv.III.38.074/2010/4.; Kfv.38075/2010/4.; Bfv.I.1.117/2008/6.; Budapest Regional Court of Appeal 5.Pf.20.738/2009/7.

³⁹ See for example Budapest Metropolitan Court 19.P. 23.191/2006./19.; Supreme Court Kfv. III.37.385/2008/4.szám.

voked without any exact decision to support the statement.⁴⁰ In such cases the significance of the invocation is questionable so as its positive effect on the reasoning. Such unsupported statement related to the point of view of the ECtHR rather weakens than strengthens the legal logic of the decision. The same problem occurs when imprecisely cited instruments appear in the legal reasoning⁴¹ or statements are supported by phrases such as “according to the practice of the ECtHR” without mentioning at least one decision that contains the alleged argument.⁴²

Concerning the legal effect of a decision of an international judicial body, recently, the reaction of the legislative power is to be worried about. As regards the *Fratanoló case*⁴³ the Parliament adopted a resolution declaring that the alleged provision of the Hungarian Criminal Code is correct and even if the ECHR stated otherwise, the Parliament does not agree with the opinion of the ECtHR.⁴⁴ This attitude of the Parliament does not impede ordinary courts to follow the ECtHR decision and on the same day of the adoption of the negative declaration of the Parliament, the Supreme Court rendered a Strasbourg-conform judgment and relieved the accused on the ground that in a similar case no crime had been

⁴⁰ See for example Court of Békés County 5. P. 20259/2008/7.; Budapest Metropolitan Court 20.Bf.6162/2009/2.

⁴¹ See for example the renaming of the International Criminal Court to Tribunal, 10/2009. (II.13.) AB határozat. ABH 2009/3., p. 124; 11/2009. (II.13.) AB határozat. ABH 2009/3, p. 125; or the different naming of treaties related to the European Union. For example it is a common mistake to refer to the Lisbon Treaty when the cited article is definitely belongs to the consolidated version of the Treaty on the European Union or the Treaty on the Functioning of the European Union. See this comment in the dissenting opinion of András Bragyova in Constitutional Court Decisions № 143/2010. (VII.14.) ABH [2010] 717.

⁴² For example see Constitutional Court Decisions № 14/2004. (V.7.) ABH [2004] 249-252; 57/2001. (XII.5.) ABH [2001] 496-498; 10/2007. (III.7.) ABH [2007] 215-217; 154/2008. (XII.17.) ABH [2008] 1211-1212; 60/2009. (V.28.) ABH [2009] 523, 97/2009. (X.16.) ABH [2009] 876, 30/1998. (VI.25.) ABH [1998] 220.

⁴³ See *Fratanoló v. Hungary*, Application no. 29459/10, Judgment of 3 November 2011.

⁴⁴ See *Az Emberi Jogok Európai Bíróságának a Fratanoló kontra Magyarország ügyben hozott ítélete végrehajtásával kapcsolatos kérdésekről szóló J/6853. számú jelentés* (elfogadva az Országgyűlés 2012. július 2-i ülésnapján) [Report No. J/6852 of the Parliament on the execution of the judgment of the European Court of Human Rights in the case of *Fratanoló v. Hungary*, adopted on the session of 2 July, 2012] *Az Emberi Jogok Európai Bíróságának a Fratanoló kontra Magyarország ügyben hozott ítélete végrehajtásával kapcsolatos kérdésekről szóló jelentés elfogadásáról szóló 58/2012. (VII.10.) OGY határozat* [Resolution No. 58/2012. (VII. 10.) of the Parliament on the execution of the judgment of the European Court of Human Rights in the case of *Fratanoló v. Hungary*]. MOLNÁR Tamás: *Két kevésbé ismert nemzetközi jogforrás helye a belső jogban: a nemzetközi büntetőbíróság döntései, valamint az egyoldalú állami aktusok esete a magyar jogrendszerrel* [The Place of Two Barely Known International Source of Law in Domestic Law: the Case of International Judicial Decisions and Unilateral State Acts with the Hungarian Legal System]. *Közjogi Szemle*, 2012/3. 1. (MOLNÁR 2012b) 3.

committed in the view of the decision of the ECtHR.⁴⁵ It is rejoicing that the Constitutional Court has already ordered the Parliament to amend the Criminal Code and decriminalize the use of red star.⁴⁶

Concerning the practice of international judicial decisions, the ECtHR is the most frequently cited, however, it happens that in the reasoning that decisions of the ECHR are cited and invoked which are indirectly connected to the case, and sometimes the foreign names of these decisions are even misspelled. The famous *Babus case* of the Regional Court of Appeal is the example of the significance of ECtHR judgments in the interpretation and clarification of the Hungarian legal practice, and at the same time it serves as an anti-example for the application of international law as well: the decoration of reasoning with irrelevant and incorrectly cited decisions of the ECtHR.⁴⁷ In this case the application of international judicial decisions is beyond the scope of domestic norms. The interpretation and application of the benchmark of 'good faith' established by the ECtHR is far beyond the provisions of the Hungarian Criminal Code concerning defamation and libel and the dogmatic frames and basics. Thus, the applications of ECtHR decisions to support the argumentation related to the meaning of *bona fides* in the case of a journalist called Babus directly conflicted with the relevant decision of the Constitutional Court [36/1994. (VI.24.)] echoing the Hungarian constitutional practice.⁴⁸

The practice of ordinary courts is confused and confusing at the same time. There are examples of the complete rejection of the application of ECtHR judgments referred to by the plaintiff for the reason that "*the Hungarian judiciary does not apply a precedent system of the ECtHR*"⁴⁹ and the invocation and application of the Strasbourg practice with a significant effect on the reasoning can also be seen.⁵⁰

⁴⁵ Curia Bfv.III.570 2012/2; MOLNÁR 2012b, 3.

⁴⁶ See Constitutional Court Decision № 4/2013 (II.21.) ABH [2013] 188-211.

⁴⁷ Budapest-Capital Regional Court of Appeal Decision 3.Bhar.341/2009/6. KOLTAY András: *A Fővárosi Ítéltábla határozata Babus Endre újságíró rágalmozási ügyében* [Budapest-Capital Regional Court of Appeal Judgment of the Defamation case of the Journalist Endre Babus. JeMa, 2010/3. 35.

⁴⁸ SZOMORA, Zsolt: *Schranken und Schrankenlosigkeit der Meinungsfreiheit in Ungarn, Grundrechtsbeeinflusste Widersprüche im ungarischen Strafrecht*. Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, Ausgabe 1/2001. p. 33; KOLTAY 2013, 36.

⁴⁹ See for example Decision of Budapest Metropolitan Court 20. Kpk.45.434/2003/2; Pécs Regional Court of Appeal Decision Bfv.III.570/2012/2. MOLNÁR 2012a, 210.

⁵⁰ See for example Decision of the Budapest-Capital Regional Court of Appeal 5.Pf.20.736/2010/6.

3. *Decision of international organizations*

As regards binding resolutions of international organizations, the BL does not contain any provisions; however there are many international organizations that make binding decisions, the UN Security Council [hereinafter: SC] is a well-known example of this.⁵¹ As for the transformation of this latter the Hungarian practice is incoherent, confusing and contradictory. Sometimes they are promulgated by government decrees or regulations and very rarely by acts.⁵² Sometimes they do not even appear in the Hungarian legal system such as many of the resolutions concerning sanctions against Iraq, Angola, Sierra Leone and Afghanistan,⁵³ and it happens quite often that they are published in the form of a Foreign Office circular (*külgyminiszteri tájékoztató*). This latter solution is a monist technique thus this kind of publication of resolutions is absolutely contrary to the provisions concerning Hungarian legal order and legal certainty.⁵⁴ In legal practice it causes problems in determining the applicable law. For example, during the years of Yugoslav disturbances the SC embargoed the State. In Hungarian territory, a smuggler was arrested and condemned for violation of it but at second instance the judgment was modified and he was allowed to go free. In fact the embargo was suspended for a while but at the time of the crime it was in force again.⁵⁵ The former resolution suspending the embargo was promulgated late, so at the time of the trial of the second instance the judge could only rely on the Foreign Office

⁵¹ There are other international organizations that make binding decisions like the North Atlantic Treaty Organization, the International Civil Aviation Organization, the World Health Organization and some regional fishing organizations. Decisions of the WTO Dispute Settlement Body and Council of ICAO belong to this category, as well as those rare judgments of the European Court of Human Rights (ECtHR) and Court of Justice of the European Union (CJEU) that resolve the disputes of states. MOLNÁR Tamás – SÜLYOK Gábor – JAKAB András: *Nemzetközi jog és belső jog; jogalkotási törvény* [International Law and Domestic Law; Act on Legislation], in: JAKAB András (ed.): *Az Alkotmány kommentárja*, I. kötet, Századvég Kiadó, Budapest, 2009. 411.

⁵² Security Council Resolutions and the Hungarian legal system are discussed in details in: MOLNÁR Tamás: *Mit kezd a magyar jog az ENSZ Biztonsági Tanácsának kötelező erejű határozataival? (az utóbbiak beépülése és helye a belső jogban)* [What does the Hungarian Law do with Binding Resolutions of Security Council? (transformation and place of Security Council Resolutions in domestic law)], Grotius, 2011. <http://www.grotius.hu/publ/displ.asp?id=JTYYVQ> (accessed on: 18.11.2012)

⁵³ UN S/Res. 864 (1993), 1127 (1997), 1173 (1998) and 1221 (1999) concerning Iraq; UN S/Res. 1132 (1999) concerning Angola and UN S/Res. 1267 (1999) concerning Sierra Leone.

⁵⁴ MOLNÁR – SÜLYOK – JAKAB 2009, 412.

⁵⁵ See UN S/Res. 757 (1992), 760 (1992) and 820 (1993) providing for sanctions against Yugoslavia; UN S/Res. 1022 (1995) suspending the embargo and 1074 (1996) providing for the embargo again.

informant providing for the suspension. It resulted that the committed act was not qualified at the time of the appellate procedure despite the fact that in that time Yugoslavia was embargoed again as the latter resolution providing for it was not promulgated in time.⁵⁶

As for non-binding decisions of international organizations, many resolutions and recommendations of the *Parliamentary Assembly*, the *Committee of Ministers* or the European Commission for Democracy through Law – better known as the *Venice Commission* – are cited to interpret and clarify treaty based obligations thus generally they are invoked in the company of treaty articles and ECtHR judgments and for the most of the time they are to support the argumentation based on domestic law. In these cases the used terms and phrases such as ‘*Parliamentary Assembly also urges*’ or ‘*the opinion of the Constitutional Court is in accordance with...*’ reveals this purpose of citation.⁵⁷ The same can be said of the decisions of the United Nations and its specialized agencies and the communications of the institutions of the EU. For instance when the Constitutional Court had to decide upon a case in which the rights of homosexual people were concerned, the Court invoked many international instruments to evidence the conformity of domestic law with international standards.⁵⁸

It is rare but unique that these instruments form the integral part of the reasoning and the formation of the final decision; however in such cases they are always accompanied by treaty based provision and judicial practice to replace and complement the lack of constitutional practice related to fundamental rights.⁵⁹

Regarding the available decisions, ordinary courts rarely invoke non-binding instruments of international law and even in these tiny amount of cases these instruments are invoked only by referring to Constitutional Court decisions that analyses or refer to them therefore there is no practice of direct citation of non-binding international legal instruments.⁶⁰

⁵⁶ Court of Bács Kiskun County I. Bf. 657/1997, BH 1998/409. See SCHIFFNER Imola: *Nemzetközi jog a magyar bíróságok gyakorlatában* [International Law in the Practice of Hungarian Courts], Acta Universitatis Szegediensis - Acta Juridica et Politica Publicationes Doctorandorum Juridicorum, tom. 4 fasc. 14. (2004) 464-465.

⁵⁷ For example see, Constitutional Court Decisions № 14/2004. (V.7.) ABH [2004] 249-252; 57/2001. (XII.5.) ABH [2001] 496-498.; 10/2007. (III.7.) ABH [2007] 215-217; 154/2008. (XII.17.) ABH [2008] 1211-1212; 60/2009. (V.28.) ABH [2009] 523., 97/2009. (X.16.) ABH [2009] 876, 30/1998. (VI.25.) ABH [1998] 220.

⁵⁸ See Constitutional Court Decision № 37/2002. (IX.4.) ABH [2002] 240.

⁵⁹ See Constitutional Court Decisions № 18/2004. (V.25.) ABH [2004] 306, and 40/2005. (X.19.) ABH [2005] 446.

⁶⁰ See for example, Supreme Court Kfv.IV.37.138/2010/4.; Metropolitan Court of Budapest 19.P.24.473/2007/17.

4. References to customary international law

The terminology ‘customary international law’ is not used either in the text of the Basic Law nor in that of the Constitution, it is covered by the term ‘*generally recognized rules of international law*’.⁶¹ It is generally transformed into the domestic legal system by Article Q (3) of the BL and cannot derogate the provisions of the BL. As for general transformation of customary international law through the Constitution, Molnár states that the reasoning is logically inaccurate: ‘*incorporating customary international law into the internal legal order with transformation technique is conceptually impossible, since the domestic legislature has no ‘written customary law’ to transpose. A broad inexact norm, which often requires interpretation in international adjudication to determine its precise content, cannot be transformed.*’⁶² For instance Article 57 of the Constitution which guarantees the principle of *nullum crimen sine lege* gains its absolute effectiveness through international criminal provisions transformed by Article 7 (1).⁶³ According to constitutional judge Péter Kovács the question of technical solution that transforms international rules can be debated, but the fact that the principle of *pacta sunt servanda* obliges Hungary cannot be questionable.⁶⁴

Generally, the Constitutional Court refers to *customary international law* in the form of its codified version. Sometimes the Constitutional Court only adds the information that the cited norm is a *generally recognized rule of international law* but it relies its argumentation on the treaty provision that involves the customary international law in question.⁶⁵ There is no sharp separation among the generally recognized rules of international law thus, for instance, in decision 32/2008. (III.12.) the principles of *nullum crimen sine lege* and *nulla poena sine lege* are declared as *fundamental principles of international law*,⁶⁶ or the principle of *pacta sunt servanda* is referred as *ius cogens* and customary international law as well.⁶⁷

The practice of the Hungarian Constitutional Court includes only a small number of cases in which customary international law appears. These cases refer to the principle of *nullum crimen sine lege* and the rule

⁶¹ Constitutional Court Decision № 30/1998. (VI.25.) ABH [1998] 220; in decision 823/B/2003 the Constitutional Court did not share this view.

⁶² MOLNÁR 2007, 458.

⁶³ Constitutional Court Decision № 2/1994. (I.14.) ABH [1994] 41.

⁶⁴ Dissenting opinion of Péter Kovács: Constitutional Court Decision № 95/2009. (X.16.) ABH [2009] 863.

⁶⁵ See Constitutional Court Decision № 53/1993 (X.13) ABH [1993] 327.

⁶⁶ Constitutional Court Decision № 32/2008. (III.12.) ABH [2008] 334.

⁶⁷ Constitutional Court Decision № 4/1997. (I.2.) ABH [1997] 41, 52.

that war crimes and crimes against humanity shall be punished without statutory limitation is declared to be *ius cogens*. It is to be noted, that the principle of *nullum crimen sine lege* also constitutes customary international law.⁶⁸

In decision 53/1993. (X.13.) the Constitutional Court pursued a preliminary norm control⁶⁹ concerning modification of the Criminal Code and its conformity with international norms relating to prescription of crimes regulated by common Article 2 and 3 of the Geneva Conventions. Concerning these kinds of crimes against humanity and war crimes, the Constitutional Court derives the legal basis for punishability without time limit from the fact that they are considered *ius cogens* as they threaten the whole humankind.

In decision 32/2008. (III.12.), for instance, the argumentation of the Constitutional Court concerning criminality of war crimes and crimes against humanity prescribed by the universal principle of international customary law is declared to be effective in domestic law through the provisions of Article 7(1) of the Constitution. Detailed obligation issued from this norm is analyzed and interpreted in the view of the principle of *nullum crimen sine lege* which is declared in the ECHR and that of the ICCPR but the provision of these conventions contain exceptions which allow the retroactive effect of the customary norm of criminality of war crimes and crimes against humanity. These sources of international law means international legal obligations to be taken into account as Article 57(4) of the Constitution declaring the *principle of nullum crimen sine lege* in domestic law does not allow any exceptions.⁷⁰

Concerning the practice of ordinary courts only domestic customary law is applied except for the nine ‘volley trial cases’.⁷¹ The Parliament ad-

⁶⁸ See Constitutional Court Decision № 53/1993 (X.13) ABH [1993] 327.

⁶⁹ Article 23 of the BL (1) Based on a petition containing an explicit request submitted by an authorized person pursuant to Article 6 (2) and (4) of the Basic Law, the Constitutional Court shall, in accordance with Article 24 (2) a) of the Basic Law, examine for conformity with the Basic Law the provisions of adopted but not yet promulgated Acts referred to in the petition.

⁷⁰ Constitutional Court Decision № 2/1994. (I. 14.) ABH [1994] 41; 53-54; See analysis of the decision: BODNÁR László: *Igazságtétel – most már kizárólag a nemzetközi jog alapján?* [Justice – on the basis of only international law by now?] *Acta Universitatis Szegediensis – Acta Juridica et Politica*, Tom. 53. Fasc. (1998) 6. 77-84.

⁷¹ The term refers to the prosecutions of barrages against unarmed civilians but it became used in connection with the prosecution of all criminal acts committed in the period of the 1956 revolution, thus including such crimes as extrajudicial executions. HOFFMANN, Tamás: *Individual Criminal Responsibility for Crimes Committed in Non-International Armed Conflicts – The Hungarian Jurisprudence on the 1956 Volley Cases*, in: MANACORDA, Stefano - NIETO, Adán (eds): *Criminal Law Between War and Peace: Justice and Cooperation in Criminal Matters*

opted a statute in 1993 on the procedure to follow in case of certain crimes committed during the 1956 war of independence and revolution that made possible the punishment of crimes against humanity and war crimes without statutory limitation. Decision 53/1993. (X.13.) of the Constitutional Court stated that the principle of *nullum crimen sine lege* is not to be applied in such cases as the non-application of statutory limitation for the above mentioned crimes is the order of international customary law and *ius cogens*.⁷² Although the Act of 1993 was declared to be unconstitutional and annulled in 1996⁷³ for other reasons but the volley trials were judged in the view of the statements of the 1993 decision of the Constitutional Court, thus the courts applied customary international norms while delivering the judgments in these cases.⁷⁴

IV. Conclusion

The paper aims to present the Hungarian judicial practice in light of the application of international law. It makes comparisons between the practice of the Constitutional Court as the guardian of the Basic Law and that of ordinary courts that stand for the classical judiciary. The powers and functions of both are different and thus their practice is different in the application of international law and the significance of these sources of law in the reasoning, they also share common features. It is the efficiency and effective application of the available international instruments that can be questioned as it is a common problem for both the Constitutional Court and the ordinary courts.

in International Military Interventions, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2009. 736.

⁷² Constitutional Court Decision № 53/1993 (X.13.) ABH [1993] 332.

⁷³ Constitutional Court Decision № 36/1996 (IX.4.) ABH [1996] 117-121.

⁷⁴ See for example Supreme Court Bfv.X.1.055/2008/5. BODNÁR 1998, 77-84; HOFFMANN Tamás: *A nemzetközi szokásjog szerepe a magyar büntetőbíróságok gyakorlatának tükrében* [The Role of International Customary Law in the Practice of the Hungarian Criminal Courts] Jogelméleti Szemle, 2011/4. <http://jesz.ajk.elte.hu/hoffmann48.html> (accessed on 17.04.2013).

Ulpian am Gerichtshof der Europäischen Union? Die Ähnlichkeiten der Rechtsprechung des antiken Roms und des Gerichtshofs der EU

Magdolna Gedeon

Universitätsdozentin Universität Miskolc

Beim Vergleich des römischen und europäischen Rechts prüfen die Forscher vor allem die zivilrechtlichen Ähnlichkeiten und versuchen die Wirkung des *ius commune* in der Entwicklung des europäischen Zivilrechts nachzuweisen, da das römische Recht den in allen Mitgliedstaaten bekannten Grund des gemeinsamen europäischen Rechts bilden könnte. Wenige denken daran, dass es in der Rechtsprechung des Gerichtshofes der EU und des antiken Roms noch mehr Ähnlichkeiten gibt. Wenn das Beispiel der Römer auf diesem Gebiet in Betracht genommen wird, kann man sich vielleicht rechtzeitig auf Probleme vorbereiten, mit denen auch die Römer sich während der Entwicklung des Römischen Reiches auseinandersetzen mussten.

In der Geschichte der römischen Rechtsprechung gab es drei Prozessarten: Legisaktionenprozess (Spruchformelverfahren), Formularprozess (Schriftformelverfahren) und Kognitionsprozess.

Von diesen Prozessarten ist für uns nunmehr der Formularprozess relevant, weil die Eigenschaften dieses Verfahrens in der Rechtsprechung des Gerichtshofes der EU auftauchen. Der Formularprozess in Rom teilte sich in zwei Abschnitte. Der erste Abschnitt spielte sich vor dem Prätor ab, der ein Politiker war; hinsichtlich der Rechtsprechung kann er als ein Laie betrachtet werden. Wenn er am Anfang des Jahres sein Amt aufnahm, machte er in einem Edikt das Programm seines Amtsjahres bekannt. Wenn jemand eine Streitsache hatte, sollte er sich im ersten Schritt darüber informieren, ob es für den von ihm behaupteten Sachverhalt im Edikt des Prätors eine *actio* gab. Das Edikt enthielt nämlich unter anderem einen Katalog von Musterformeln für die verschiedenen *actiones* (Klagen) und der Prätor verkündigte in diesem Edikt, für welche Sachverhalte er welche *actio* erteilt. Wer die Elemente des von ihm behaupteten Sachverhalts nicht in den Rahmen der im Edikt vorhandenen Musterfor-

mel einpassen konnte, der konnte seinen Anspruch nicht mit Hilfe eines Prozesses geltend machen. Das römische Recht beherrschte nämlich eine aktionenrechtliche Denkweise; daher konnten nur die Rechte geltend gemacht werden, für die der Prätor eine *actio* erteilte. Wenn es für den gegebenen Anspruch keine *actio* gab, gab es kein vom Staat anerkanntes Recht. Im klassischen römischen Recht war also die Hauptfrage: wer, gegen wen, welche *actio* und worauf?¹ Wollte z. B. der Käufer den Kaufpreis für den gekauften Sklaven nicht zahlen, sah der Verkäufer im Edikt nach, mit welcher *actio* er den Kaufpreis fordern könnte. Nach dem Edikt sollte in diesem Fall eine *actio venditi* erteilt werden. Der Verkäufer erschien vor dem Prätor und forderte, dass der Magistrat für ihn die Formel der *actio venditi* erteile.²

Die Hauptaufgabe des Prätors war also im ersten Prozessabschnitt, dass er entschied, ob die beantragte *actio* dem vom Kläger behaupteten Sachverhalt entsprach. Daneben prüfte er noch die weiteren Prozessvoraussetzungen, wie die Passiv- und Aktivlegitimation der Parteien. Nach dem Ergebnis der Prüfung erteilte der Prätor die *actio* (*actionem dare*) oder er verweigerte sie (*actionem denegare*). Wenn der Magistrat die *actio* erteilte, fertigte er die Formel aus, worin er die Umstände der Streitsache zusammenfassend auch hinsichtlich des Beweisverfahrens für den im zweiten Prozessabschnitt vorgehenden Richter Hinweise gab.

Der Gerichtshof der EU hat auch keine allgemeine Jurisdiktion. Die Gründungsverträge können wir als ein Edikt betrachten, worin wir auch lesen können, in welchen Rechtssachen der Gerichtshof entscheidet. Solche Rechtssachen sind z. B. Vorabentscheidungsersuchen (Art. 267 AEUV), Vertragsverletzungsklagen (Art. 258 AEUV), Nichtigkeitskla-

¹ Diese ausführliche Bekanntmachung der römischen Rechtsprechung habe ich wegen des besseren Verstehens für nötig gehalten. Eine sehr gut verständliche Erklärung der römischen Rechtsprechung s. APATHY, Peter - KLINGENBERG, Georg - STIEGLER, Herwig: *Einführung in das römische Recht*, Böhlau, Wien, Köln, Weimar, 1994, 216-218. Es ist interessant, dass die aktionenrechtliche Denkweise in der Rechtsfamilie *common law*, auf dem Gebiet des Systems von *writ* entdeckt werden kann. Das Prinzip „*no writ, no right*“ spiegelt diese Ähnlichkeit sehr gut. Vgl. SZABÓ Miklós: *Jogi alappfogalmak*, (Prudentia iuris 18.), Bótor, Miskolc, 2012, 66-69.

² Die Formel der *actio venditi* war in diesem Fall die Folgende: QUOD A^S A^S N^O N^O HOMINEM Q. D. A. UENDIDIT, Q. D. R. A, QUIDQUID OB EAM REM N^M N^M A^O A^O DARE FACERE OPORTET EX FIDE BOA, EIUS IUDEX N^M N^M A^O A^O C. S. N. P. A. = *Quod Aulus Agerius Numerio Negidius hominem quo de agitur vendidit quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret absolvo.* (Wenn A.A. den Sklaven, wofür es geklagt wird, an den N.N. verkauft hat; was auch immer der N.N. dem A.A. deshalb zu leisten verpflichtet ist nach Treu und Glauben, darauf soll der Richter den N.N. dem A.A. verurteilen, wenn es sich nicht erweist, soll er ihn freisprechen.) S. LENEL, OTTO: *Das edictum perpetuum*, Scientia, Aalen, 1927, 299.

gen (Art. 263 AEUV) und Untätigkeitsklagen (Art. 260 AEUV). In den Artikeln, die vor dem Gericht einleitbare Klagen enthalten, können wir auch die Vorschriften für die Aktiv- und Passivlegitimation lesen. Ähnlich zum römischen Recht ist auch auf diesem Gebiet die Hauptfrage: wer, gegen wen, welche Klage und worauf?

Z. B. kann die Vertragsverletzungsklage von der Europäischen Kommission oder einem anderen Mitgliedstaat gegen die Regierung eines EU-Mitgliedstaates eingeleitet werden. Es geht darum, dass der Gerichtshof feststelle, ob der beschuldigte Mitgliedstaat gegen das EU-Recht verstößt. Gegebenenfalls muss der Mitgliedstaat diesen Verstoß sofort abstellen.³

Das Verfahren am Gerichtshof der EU ist auch zweiteilig. Der erste Teil ist das schriftliche Verfahren, worin die beteiligten Parteien dem für die Rechtssache zuständigen Richter eine schriftliche Erklärung – den Schriftsatz – vorlegen.⁴ Der Gerichtshof betonte auch in zwei Streitsachen, dass das Aussuchen der entsprechenden Klage zu den Aufgaben des Klägers gehört.⁵ Ähnlich also, wie die römischen Bürger, die die entsprechenden *actio* in dem Edikt aussuchen sollten, müssen auch die zukünftigen Kläger vor dem Gerichtshof der EU in den EU-Verträgen die entsprechende Klage auswählen.

Der Richter erstellt aufgrund der schriftlichen Erklärung einen Bericht, worin er diese Schriftsätze und die rechtlichen Grundlagen des Falls zusammenfasst, und macht einen Vorschlag auch für das Beweisverfahren (Art. 59 VOG).

Das schriftliche Verfahren kann als Verfahren *in iure*, der vorbereitende Richter als Prätor, der von ihm gemachte Bericht als eine *formula* betrachtet werden. Ist nach der Verfahrensordnung des Gerichtshofs, „*der Gerichtshof für die Entscheidung über eine Rechtssache offensichtlich unzuständig.. oder eine Klage offensichtlich unzulässig*“, gibt es also in den Gründungsverträgen keine entsprechende *actio*, „*so kann er nach Anhörung des Generalanwalts jederzeit die Entscheidung treffen, durch mit Gründen versehenen Beschluss zu entscheiden, ohne das Verfahren fortzusetzen*“ (Art. 53 VOG). Die Prüfung, ob die zutreffende Klage für den Rechtsstreit ge-

³ Art. 258 AEUV: „*Hat nach Auffassung der Kommission ein Mitgliedstaat gegen eine Verpflichtung aus den Verträgen verstoßen, so gibt sie eine mit Gründen versehene Stellungnahme hierzu ab; sie hat dem Staat zuvor Gelegenheit zur Äußerung zu geben. Kommt der Staat dieser Stellungnahme innerhalb der von der Kommission gesetzten Frist nicht nach, so kann die Kommission den Gerichtshof der Europäischen Union anrufen.*“.

⁴ Verfahrensordnung des Gerichtshofs (im Weiteren VOG) II/5.

⁵ *Union syndicale and Others v. Tanács* 175/73 [1974] ECR 917; *Keeling v. OHIM* T-148/97 [1998] ECR II-2217. S. KENDE Tamás - SZÜCS Tamás - JENEY Petra (Hrsg.): *Európai közzög és politika*, CompLex, Budapest, 2007, 628.

wählt wurde, gehört zwar nicht ausdrücklich zu den Aufgaben des vorbereitenden Richters, aber er beschäftigt sich zuerst mit der Sache eingehender. So wird von ihm wahrscheinlich auch geprüft, ob der Kläger die richtige Klage gewählt hat. Die die Prozessanleitung betreffenden Regeln sind freilich so ausführlich, dass es für die Fachjuristen kein Problem bedeutet, die dem Sachverhalt entsprechende Klage zu wählen.

Natürlich sollte der Prätor nach der Entwicklung des wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Lebens den Kreis der *actiones* erweitern. Er erteilte *actiones honoraria* bei solchen Fällen, wo es eigentlich keine *actio* gab, aber er es für billig hielt, gleichwohl Hilfe zu leisten.⁶ Wenn z. B. eine der ausführlich abgegebenen Voraussetzungen der nach der *lex Aquilia* erteilbaren *actio legis Aquiliae* fehlte, machte der Prätor mit einer *actio legis Aquiliae utilis* oder einer *actio in factum* die Forderung des Klägers einklagbar. Nach Erklärung Ulpians erteilte der Prätor, wenn die Hebamme der Sklavin das Gift nur übergab, das von der Sklavin selbst eingenommen wurde, da die unmittelbare Wirkung bei der Verursachung des Todes fehlte, die Hebamme also das Gift nicht selbst eingeflößt hatte, nicht die *actio legis Aquiliae*, sondern er ermöglichte mit einer *actio in factum*, dass der Eigentümer den im vorigen Jahr höchsten Wert der verstorbenen Sklavin fordern konnte (Ulp. D.9,2,9,pr.).

Der Kreis der Verfahren vor dem Gerichtshof der EU soll auch erweitert werden, wie die EU ihre Tätigkeit auch erweitert. Diese Klagen können aber erst nach der Aufnahme in die EU-Verträge vor dem Gerichtshof eingeleitet werden. Der Gerichtshof kann keine neue Klage selbst konstruieren. So wurden z. B. nach der Gründung der Europäischen Zentralbank im Jahre 1998 mit der Tätigkeit der Zentralbank zusammenhängende Klagen eingeführt (Art. 271 AEUV).

Was war der Grund dieser aktionenrechtlichen Denkweise? Im alten Rom war zuerst die erlaubte Eigenmacht das einzige Mittel für die Rechtsdurchsetzung. In einigen Fällen wollte aber der Staat die Parteien mit staatlicher Hilfe unterstützen, und diese Fälle wurden vereinzelt in das Edikt in Form einer Musterformel aufgenommen. Im Edikt erklärte also der Prätor, welche Rechtsstreite der Staat durch amtliche Rechtsprechung entscheiden wird.

Bei dem Gerichtshof der EU gibt es einen ähnlichen Grund. In den Gründungsverträgen wird geklärt, welche Fälle für die Entscheidung des Gerichtshofs der EU geeignet sind, also in welchen Fällen die Parteien die Hilfe des Gerichtshofs in Anspruch nehmen können. Es gilt aber

⁶ APATHY - KLINGENBERG - STIEGLER 1994, 221.

nicht die Regel, „wie viele Klagen, so viele Rechte“, weil die Institutionen und die Bürger der EU mehr Rechte haben, als die sie vor dem Gerichtshof durchsetzen können.

Eines der Verfahren bekam eine große Bedeutung in der Tätigkeit des Gerichtshofs und dadurch auch im Leben der EU. Das ist das Vorabentscheidungsverfahren, dessen Wurzeln in der römischen Rechtsprechung gefunden werden können.

Ich habe schon erwähnt, dass nicht nur die Prozessparteien, sondern auch der Prätor und auch der Richter im Verfahren juristische Laien waren. Also hatten sie keine zu der Entscheidung des Rechtsstreites nötigen Rechtskenntnisse. Deshalb haben sie, wenn sie die Erläuterung von *ius civile*, oder eine juristische Stellungnahme brauchten, die Rechtsgelehrten gefragt, was sie über die Rechtssache denken. Die Juristen waren wohlhabende Männer von hohem Ansehen, häufig aus dem Senatorenstand, die unentgeltlich Privatpersonen, Magistraten und Richtern Gutachten (*responsa*) erteilten.⁷

Und jetzt können die schon Erwähnten mit kleineren Änderungen wiederholt werden, man muss nur die römischen Darsteller durch europäische Darsteller austauschen. Also: Die Prozessparteien, die Richter der Mitgliedstaaten im Verfahren hinsichtlich des EU-Rechts können als Laien betrachtet werden. Wenn die Frage in einem Rechtsstreit vor einem nationalen Gericht entsteht, ob das Unionsrecht anwendbar ist oder wie man einzelne Rechtsvorschriften interpretieren muss, kann dieses Gericht diese Fragen dem Gerichtshof der EU zur Klärung vorlegen. Der Gerichtshof der EU erteilt daraufhin eine Entscheidung, ein *responsum*, auf dessen Grund das Gericht des Mitgliedstaates die Hauptsache entscheidet (Art. 267 AEUV).

Die Regeln, die sich auf die Richter des Gerichtshofs beziehen, schreiben vor, dass nur diejenigen Persönlichkeiten zu Richtern des Gerichtshofs ausgewählt werden, die „jede Gewähr für Unabhängigkeit bieten und in ihrem Staat die für die höchsten richterlichen Ämter erforderlichen Voraussetzungen erfüllen oder Juristen von anerkannt hervorragender Befähigung sind“ (Art. 253 AEUV). Der Gerichtshof erteilt seine *responsa* auch kostenlos, weil das Vorabentscheidungsverfahren gebührenfrei ist. Über die Kosten, die wegen der Vertretung auftreten, entscheidet das in der Hauptsache vorgehende Gericht des Mitgliedstaates.

⁷ BRETONE, Mario: *Geschichte des römischen Rechts. Von den Anfängen bis zu Justinian*, Beck, München, 1992, 111-117.

In diesem Bereich gibt es noch eine Ähnlichkeit. Hinsichtlich beider Rechtssysteme kann die Frage aufgestellt werden, ob sie Fallrechte wie das *common law* sind.

Die Antwort fällt negativ aus. Warum? Auch das verhält sich in beiden Rechtssystemen ähnlich.

Man kann die Bindungskraft in Bezug auf zwei Aspekte prüfen:

- a) Waren die Rechtsgelehrten an ihre Gutachten oder an die Gutachten der übrigen Rechtsgelehrten gebunden, und ist es der Gerichtshof der EU an frühere Vorabentscheidungen?
- b) Waren die *responsa* der Rechtsgelehrten für die Magistraten und die Richter in Rom verbindlich, und sind heute die Vorabentscheidungen für die Gerichte der Mitgliedstaaten verbindlich?

ad a) Die Antwort ist in beiden Fällen ähnlich: die Rechtsgelehrten waren an die vorigen Gutachten nicht gebunden, aber sie konnten die in ähnlichen Fällen erteilten Entscheidungen in Betracht nehmen und schlossen sich ihnen an oder lehnten diese ab.

Z.B.: D. 9,2,27,3: *Ulpianus libro octavo decimo ad edictum. Servi autem occidentis dominus tenetur, is vero cui boa fide servit non tenetur. sed an is, qui servum in fuga habet, teneatur nomine eius Aquiliae actione queritur: et ait Iulianus teneri et est verissimum: cum et Marcellus consenit.*

Für einen Sklaven, der getötet hat, haftet sein Eigentümer. Derjenige haftet jedoch nicht, dem ein Sklave in gutem Glauben dient. Es erhebt sich jedoch die Frage, ob man für einen flüchtigen Sklaven aus der *lex Aquilia* haftet. Julian sagt, man hafte, und das ist völlig richtig, da auch Marcellus zustimmt.⁸

Die Formulierung im letzten Satz zeigt, dass die Rechtsgelehrten die Werke der anderen Rechtsgelehrten kannten, und sie nahmen diese bei ihren Entscheidungen in Betracht – in diesem Beispiel zustimmend. Detlef LIEBS hat aber auch diejenigen Quellen zusammengestellt, worin die Rechtsgelehrten auf die gleichen Fragen abweichende Antworten gaben (Kontroversen). Wann verliert z. B. der Derelinquent sein Eigentum?

⁸ Die Übersetzung aus HAUSMANINGER, Herbert: *Das Schadenersatzrecht der lex Aquilia*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1996⁵, 65.

Nach Iulian, Paulus, Sabinus, Cassius und Ulpian sofort mit Dereliktion, nach Proculus aber erst dann, wenn ein Anderer sich die Sache aneignet.⁹

Der Gerichtshof der EU kann auch anders entscheiden als früher: wie das von Generalanwalt Lagrange in der Rechtssache Da Costa erklärt wurde: „*Obwohl sich der Gerichtshof das Recht vorbehält, von den früheren Entscheidungen abzuweichen, tut er dies ohne ernste Gründen nicht.*“¹⁰ Wir können trotzdem solche Entscheidungen finden, die diesem Hauptprinzip nicht entsprechen. Der Gerichtshof stellte z. B. die Prozessfähigkeit des Parlaments nach dem Art. 173 EGV im Jahre 1990 fest, obwohl er das im Jahre 1988 ausgesprochen verweigerte.¹¹ Die Leistungen für Opfer des Krieges fallen nach der Meinung des Gerichtshofs nicht in den Geltungsbereich der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und deren Familien, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern (Criminal proceedings v. Gilbert Even et Office national des pensions pour travailleurs Salariés (ONPTS) 207/78 [1979] ECR 2019), die Leistungen nach dem Gesetz der Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts fallen aber in den Geltungsbereich der erwähnten Verordnung (Tamara Vigier v. Bundesversicherungsanstalt für Angestellte 70/80 [1981] ECR 229).¹²

Es gibt keine Erklärung dafür, warum die abweichenden Entscheidungen erteilt worden sind. Cicero erzählt uns eine Geschichte, worin der Rechtsgelehrte, der sich auf die Aedilität bewerben wollte, sein *responsum* änderte, weil sein Freund ihm sagte, dass der ratsuchende römische Bürger wegen des ungünstigen Gutachtens bei der Wahl seine Stimme nicht an den Rechtsgelehrten geben wird.¹³ Wir können nur hoffen, dass solche

⁹ LIEBS, Detlef: Rechtsschulen und Rechtsunterricht im Prinzipat. In: *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*, II, 15, Walter de Gruyter, Berlin, 1976, 249.

¹⁰ Costa v. ENEL 6/64 [1964] ECR 585. Vgl. Kovács Virág: *Precedensjog az Európai Bíróság gyakorlatában*, in: Jogelméleti Szemle, 2000/4.

¹¹ Vgl. Kecskés László: *EU-jog és jogharmonizáció*, HVG-ORAC, Budapest, 2009³, 461-462.

¹² Wir finden in der Begründung dieser Entscheidungen Widersprüche. Ob eine Leistung in den Geltungsbereich des Unionsrechts fällt, hängt – nach Meinung des Gerichtshofs – davon ab, ob die objektiv, von den persönlichen Umständen unabhängige Eigenschaft der Leistung ausgeht von den Umständen. Obwohl die Objektivität beider Leistungen gleich war, hat der Gerichtshof die Leistungen für die Opfer des Krieges nicht für eine Sozialbegünstigung erachtet. Zu diesen Entscheidungen fügt Albert Takács: „*Nach dem Vergleich der Streitsachen Even und Vigier kann die Behauptung riskiert werden, dass die EU-konformen Auslegungsbestrebungen des Gerichtshofs nicht immer auf festen Prinzipien basieren*“ (übers. von Verf.). Takács Albert: A migráns munkások szociális biztonsága. In: GYULAVÁRI Tamás – KARDOS Gábor (szerk.): *Szociális jogok az Európai Unióban, Az Európai Bíróság esetjoga*, AduPrint, Budapest, 1999, 31.

¹³ Cicero: *De or.* 1,56,239-240. Vö. BRETONE 1992, 117.

Überlegungen bei den Entscheidungen des Gerichtshofs der EU keine Rolle spielen.

ad b) Die Beantwortung der anderen Frage muss aus zwei Aspekten geprüft werden. Sind einerseits die *responsa* in dem Fall verbindlich, worin der Rechtsanwender das Gutachten forderte, und müssen andererseits die früheren Gutachten bei einer Entscheidung in Betracht genommen werden? Die Antwort ist auf beiden Rechtsgebieten ähnlich.

Auf dem Gebiet des römischen Rechts muss die Entwicklung des *ius respondendi* geprüft werden. Augustus gab einigen Rechtsgelehrten das Recht, in seinem Namen *responsa* zu erteilen. Es ist umstritten, ob diese Gutachten für die Magistraten oder für die Richter verbindlich waren, aber es gibt mehrere Beweise dafür, dass die Rechtsanwender nach den Gutachten ihre Entscheidungen fällen sollten.¹⁴ Die Entscheidung des Gerichtshofs ist aber außer Zweifel für die Gerichte der Mitgliedstaaten verbindlich (Art. 91. VOG).

Der nächste Schritt in der Entwicklung von *ius respondendi* war die Verordnung von Tiberius, wonach ein *responsum* auch in ähnlichen Fällen angewandt werden konnte. Das gleiche Prinzip finden wir in der Entscheidung des Rechtsstreits C.I.L.F.I.T (CILFIT v. Ministero della sanità 283/81 [1982] ECR 3415). Die römischen Rechtsquellen beweisen, dass die Rechtspfleger in Rom nicht verpflichtet waren, die zu dem Fall entsprechenden vorigen *responsa* auszusuchen. Wenn sie wollten, konnten sie ein neues Gutachten fordern.¹⁵ Die gleiche Regel gilt für die Gerichte der Mitgliedstaaten, sie können auch neue Vorabentscheidungen vom Gerichtshof der EU beantragen, obwohl es schon in einem ähnlichen Fall entschieden worden ist.¹⁶

Unter Hadrian erhielten die übereinstimmenden Meinungen der Respondierjuristen Gesetzeskraft (Gai. I,1,7), im Jahre 426 verordnete die *lex Citationis*, dass die Gutachten von fünf Respondierjuristen (Modestinus, Paulus, Papinian, Gaius, Ulpian) verbindlich sind (C.Th. 1,4,3). Diese *responsa* waren also für die römischen Rechtspfleger ohne Kodifikation, ohne Erscheinung in einer Rechtsregel verbindlich. Eine ähnliche Lösung ist, dass die aus den Entscheidungen des Gerichtshofes abgeleiteten Grundsätze, obwohl sie nicht in einer Rechtsnorm erscheinen, verbindliche Kraft in der europäischen Rechtsprechung haben, die auch von den Gerichten der Mitgliedstaaten angewandt werden soll. Am 13. Mai 2013

¹⁴ I. 1,2,8; Pomp. D. 1,2,2. Vgl. HARRER, G. A.: *Precedent in roman law*, in: *Studies in Philology*, 19/1922, 54.

¹⁵ HAUSMANINGER, Herbert - SELB, Walter: *Römisches Privatrecht*, Böhlau, Wien, Köln, 1985³, 71.

¹⁶ KENDE - SZÜCS - JENEY 2007, 648.

wurde z. B. am Sitz des Gerichtshofs in Luxemburg der 50. Jahrestag des am 5. Februar 1963 verkündeten Urteils Van Gend en Loos (Van Gend en Loos v. Administratie der Belastingen 26/62 [1963] ECR 3) gefeiert. In diesem Fall urteilte der Europäische Gerichtshof, dass das Recht der Europäischen Gemeinschaften unmittelbare Wirkung zugunsten von Bürgern und Unternehmen entfaltet. Seitdem – seit nunmehr 50 Jahren – können sich damit sowohl einzelne Bürger wie auch Unternehmen auch vor den Behörden und Gerichten der ‚Mitgliedstaaten‘ unmittelbar auf das europäische Unionsrecht berufen. Die ähnlichen Prinzipien können als die vom Gerichtshof geschaffenen Doktrinen betrachtet werden, die „die Stützpfiler des EU-Rechts“ sind.¹⁷

Eines der Ergebnisse der justinianischen Kodifikation waren die aus den Fragmenten der Gutachten zusammengestellten Digesten, die vom Kaiser mit Gesetzeskraft ausgestattet wurden. Die in den Digesten vorhandenen *responsa* verpflichteten die Rechtsanwender als Teile eines kodifizierten Gesetzes. Der Gerichtshof sollte in der früheren Phase der EG auch in solchen Fällen entscheiden, zu denen es noch keine zum Urteil nötige entsprechende Rechtsquelle gab. Auf Grund der Entscheidungen wurden dann Rechtsakte im Kreis des abgeleiteten Rechts geschaffen.

Z.B. hat der Gerichtshof zuerst im Rechtsstreit Lair erklärt, dass das Recht auf Unterricht und zur Ausbildung den Arbeitnehmern versichert werden muss (Sylvie Lair v. University of Hannover 39/86 [1989] 3 CMLR 545). Im Rechtsstreit Matteucci ist auch das Recht zum Wohnen ausgesprochen (Annunziata Matteucci v. Communaute Francaise de Belgique 235/87 [1988] ECR 5589). Die in diesen Rechtssachen geschaffenen Prinzipien erschienen in den Art. 7. und 9. der Verordnung (EU) Nr. 492/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union.

Die Vorabentscheidungen sind in diesen Fällen – ähnlich wie im Fall der Digesten – Teile einer schriftlichen Rechtsnorm.

Es ist bemerkenswert, dass die Gutachten und die Vorabentscheidungen gesammelt werden und nicht die auf Grund dessen erkannten Urteile wie im System des *common law*. Deshalb kennen wir jetzt nicht die Entscheidungen der Gerichte der Römer und der Mitgliedstaaten, sondern die *responsa* der Rechtsgelehrten und die Entscheidungen des Gerichtshofes der EU. Das zeigt auch, dass sowohl das römische als auch das Unionsrecht kein Fallrecht ist. Die Sammlungen der *responsa* und der

¹⁷ GOMBOS Katalin: *Az Európai Unió jogának alapjai*, CompLex, Budapest, 2012, 137.

Vorabentscheidungen trugen bedeutend zur Entwicklung des römischen und des europäischen Rechts bei.

Schon vor der Zusammenstellung der Digesten wollte Justinian die Widersprüche der *responsa* lösen, damit die Unsicherheit auf diesem Gebiet aufgehoben wurde. Deshalb entschied der Kaiser in 50 Kaiserkonstitutionen (*quinguinta decisiones*) im Jahre 530 Streitfragen des klassischen Juristenrechts.

Während der Kompilation der Digesten sollten auch die Widersprüche aufgelöst werden (*interpolatio*).¹⁸ Nachdem der Kaiser den Digesten Gesetzeskraft gab, erhielten die Gutachten ihre Bindungskraft. Heute sollten auch die Widersprüche der Vorabentscheidungen aufgehoben werden, sonst verliert der Gerichtshof seine Autorität. Die wichtigsten Grundsätze sollten auch in einem Kodex (wie die Digesten) zusammengefasst werden, so würden diese Regeln schriftlich eindeutig verbindlich.

Mit der Einführung des Kognitionsprozesses wurde auch die aktionenrechtliche Denkweise in Rom abgeschafft. Dies ginge heute noch nicht am Gerichtshof der EU, da die vor dem Gericht erhebaren Klagen noch irgendwie kontrolliert werden sollen.

Gleiche Fragen und gleiche Antworten beweisen daher, dass die Römer auch auf diesem Gebiet schon als Vorläufer betrachtet werden können.

¹⁸ HAUSMANINGER - SELB 1985, 93-94.

Intégration européenne et couple franco-allemand

Carine Guemar

Lectrice Université de Szeged

N'est-il pas plus que pertinent d'aborder le thème du tandem ou appelé plus d'une fois, du couple franco-allemand dans un contexte où nous fêtons cette année les 50 ans du Traité sur la coopération franco-allemande (dit Traité de l'Elysée), signé le 22 janvier 1963, par le chancelier Adenauer et le général De Gaulle. Il restera d'ailleurs dans les mémoires, la célèbre phrase de Konrad Adenauer qui déclarait que *«la relation franco-allemande est telle la rose: quand la fleur embellit, les épines prospères»*.

Mais, il est d'abord nécessaire de revenir sur cette relation franco-allemande et son rôle dans la construction européenne, dans l'aventure européenne. Il est coutume de débiter une telle présentation par les déclarations, ô combien citées de Robert Schuman du 9 mai 1950, qui affirmait que *«L'Europe ne se fera pas d'un coup, ni dans une construction d'ensemble: elle se fera par des réalisations concrètes, créant d'abord une solidarité de fait. Le rassemblement des nations européennes exige que l'opposition séculaire de la France et de l'Allemagne soit éliminée: l'action entreprise doit toucher au premier chef la France et l'Allemagne»*¹. Pourtant, il paraît judicieux de commencer par une date. Le 21 février 1945. La France est en pleine libération, épuration des collaborateurs, volonté de vengeance contre les allemands. François Mauriac (écrivain français, ayant été membre de l'Académie française) pense déjà à l'Europe et au rôle qu'y tiendra la France: *«La mission de la France, à ce moment de l'histoire, me paraît être de donner une forme, une expression à l'exigence d'une humanité qui, une fois de plus, craint d'être trahie, qui, à tort ou à raison, se croit déjà trahie. En dépit de toutes nos fautes et de tous nos reniements, nous demeurons dans un univers barbare où l'être humain*

¹ La Déclaration du 9 mai 1950 est considérée comme le texte fondateur de la construction européenne. Prononcée par Robert Schuman, ministre des affaires étrangères français, dans le Salon de l'Horloge du quai d'Orsay à Paris. Inspirée par Jean Monnet, premier commissaire au Plan, elle propose la création d'une organisation européenne, chargée de mettre en commun les productions françaises et allemandes de Charbon et de laacier.

est redevenu esclave, la nation des droits de l'homme. Efforçons nous, en commençant par nous-mêmes, de reconstruire une Europe à la mesure de l'homme.

C'est donc sur cet antagonisme entre la France et l'Allemagne que l'Europe commença. Ainsi parler d'intégration européenne et du tandem franco-allemand, c'est d'abord parler du «couple franco-allemand». Ce terme, très souvent employé pour évoquer les relations franco-allemande traduit ici l'idée d'une relation étroite, voire même intime entre deux entités étatiques à l'instar des relations entre conjoints, qui dans le meilleur des cas, est réalisé dans le cadre d'un mariage harmonieux fait d'amour, d'entente et de respect mutuel. Quant à l'expression «construction européenne», elle renvoie évidemment aux différentes étapes ou au processus de l'édification de l'Union européenne, depuis sa création jusqu'à nos jours. Il est souvent admis de dire que l'Europe s'est formée à partir des crises qui l'ont secoué. Parler ainsi de la France et de l'Allemagne ou de ce que l'on a pris communément l'habitude de nommer le «couple franco-allemand» et la construction de l'Union européenne, c'est évoquer deux pays fondateurs qui sont par leur histoire ainsi que leur poids économique, politique et diplomatique, à la croisée de tout grand projet européen.

Si à l'origine, il s'agissait de mettre un terme définitif à ce que Schuman appelait «*l'antagonisme séculaire*» entre la France et l'Allemagne, à partir de l'unification de certaines activités économiques essentielles (le charbon et l'acier, symbole des guerres passées) et de la mise en place d'institutions communes, il est important de s'interroger sur le couple franco-allemand, en tant que moteur de la construction européenne.

Il sera donc nécessaire d'aborder dans un premier temps et de manière non exhaustive, l'évolution historique de la construction de l'Europe, à travers le prisme du tandem franco-allemand, pour ensuite analyser le poids de cette relation d'un point de vue économique, politique et diplomatique au sein de l'Union européenne.

Depuis plus d'un demi-siècle, le couple franco-allemand a constitué le moteur de la construction européenne, nul doute sur ce point. On lui doit toutes les grandes avancées de l'intégration de l'Europe. Mais, l'histoire de la France et de l'Allemagne, convient-il de le rappeler, a connu deux phases majeures: une période de guerre, qui s'étend de 1870 (guerre franco prusse) à 1945, pendant laquelle français et allemands se sont livrés à trois grandes guerres; et une période d'ouverture, de rapprochement et de paix qui commence dès 1950 avec l'appel de Robert Schuman, alors ministre français des affaires étrangères, du 9 mai 1950 pour la construction de la communauté du charbon et de l'acier entre la France et l'Allemagne (que l'on nommera alors Traité CECA). Ayant obtenu l'avis favorable de

l'Allemagne, on a assisté en 1951 à la création de la communauté du charbon et de l'acier qui réunissaient la France, l'Allemagne, l'Italie, la Belgique, les Pays-Bas et le Luxembourg. A partir de cette Europe des six, des évolutions notables se sont effectuées au fil des ans et ont abouti à des mutations institutionnelles profondes. Ce qui est important de relever, c'est que de 1951 à nos jours (donc d'une Europe des 6 à une Europe des 27 et bientôt 28 avec le Traité d'adhésion de la Croatie en juillet 2013), le rôle du couple franco-allemand a été plus que déterminant à certaines étapes. Que ce soit en termes de prises d'initiatives, que ce soit sur les débats relatifs à l'élargissement ou à l'approfondissement de l'Europe, le couple franco-allemand occupe une place centrale. Au delà des divergences que la France et l'Allemagne ont souvent eues, les deux parviennent toujours à faire des concessions (on l'a vu récemment sur l'adoption du budget européen), pour ne parler à la fin que d'une seule voix. Déjà en 1962, Charles de Gaulle annonçait: «Sie sind eine grosse Volk»; «Vous êtes un grand peuple». Le renforcement des liens de coopération entre la France et l'Allemagne a été conforté par la signature du Traité de l'Elysée en 1963². Ce Traité répondait à trois objectifs exposés dans la Déclaration commune: sceller symboliquement la réconciliation franco-allemande; créer entre les deux peuples, et en particulier leurs jeunesses, une véritable amitié; favoriser ainsi «la construction de l'Europe unie, qui est le but des deux peuples». Le rapprochement de ces liens s'apprécie également au regard de la contribution de certains leaders à la construction européenne. A cet égard, nous pouvons évoquer les cas de Valérie Giscard d'Estaing et d'Helmut Schmidt dans la création du Conseil européen et dans la décision de faire élire le Parlement européen au suffrage universel direct; François Mitterrand et de Helmut Kohl, dans sa création du Conseil franco-allemand de défense; Jacques Chirac et de Gerhard Schröder pour l'adoption du Traité d'Amsterdam ou encore Nicolas Sarkozy et Angela Merkel dans la conclusion du Traité de Lisbonne. Nous attendons donc les nouvelles aventures du couple Hollande/Merkel.

Le rôle moteur du couple franco-allemand durant toute l'évolution de l'organisation européenne peut également s'apprécier à l'aune de leurs poids économique, politique et diplomatique. La France et l'Allemagne ont développé une vraie confiance et une interdépendance, ne serait-ce qu'au niveau de l'étroitesse de leurs liens commerciaux. L'Allemagne et la

² Déclaration commune du Président de la République française et du Chancelier de la République Fédérale d'Allemagne, en date du 22 janvier 1963 sur l'organisation et les principes de la coopération. www.france-allemande.fr (2013.12.31.)

France sont les premiers fournisseurs et les premiers clients de l'Europe. Leur entente se fait sentir à tous les niveaux de la politique européenne permettant toujours de jouer un rôle moteur des avancées européennes. L'Allemagne, avec ses 82 millions d'habitants et son ouverture vers l'Est est un espace au cœur de l'Europe. Le pays occupe une place centrale dans les interconnexions des communications européennes. L'axe fluvial rhino-danubien est appelé à devenir un axe structurant important. L'Allemagne apparaît donc comme un Etat charnière entre l'Europe occidentale et les anciens pays du bloc soviétique. La France est également un Etat central en Europe, son économie est l'une des plus attractives d'Europe en matière d'investissements extérieurs. L'économie française est principalement une économie de services: le secteur tertiaire occupe 77.6% de la population active. Ainsi, il en ressort des développements précédents que la France et l'Allemagne ont des positions géographiques stratégiques. Par conséquent, ils constituent la porte d'entrée et de sortie des biens, marchandises, personnes et capitaux. Il n'est donc pas étonnant de voir la France et l'Allemagne entretenir une relation spéciale, qui repose sur une confiance particulière établie par un demi-siècle de coopération et d'ancrage du dialogue entre les deux pays au-delà des alternances politiques. C'est pourquoi ils constituent le point d'impulsion le plus important pour la naissance de la construction européenne. Cela est davantage perceptible au regard de leurs poids politico-diplomatique au sein de l'Union européenne. Comme le résumait Joseph Fisher au cours du 40^{ème} anniversaire du Traité de l'Elysée en janvier 2003: «*Lorsque l'Allemagne et la France sont d'accord, elles ne le sont jamais en excluant les autres ou en leur faisant front; au contraire, elles entraînent toujours les autres*»³. En effet, les relations politico-diplomatiques entre la France et l'Allemagne ont longtemps modelé le processus de la construction européenne depuis ses débuts. De 1950 avec le plan Schuman jusqu'en 1992 avec le Traité de Maastricht, une série de Traités et d'accords vont être passés sous l'impulsion de la France et de l'Allemagne, marquant à chaque fois un nouveau pas vers la construction de l'Union européenne telle que nous la connaissons aujourd'hui. Le Traité CECA matérialise pour la première fois un transfert effectif de souveraineté et la parité franco-allemande. Le Traité de l'Elysée qui a eu le grand mérite d'institutionnaliser la régularité des échanges franco-allemands, avec des rencontres régulières à tous les niveaux. La relation franco-allemande sera orientée quasi-exclusivement vers la construction

³ Rapport d'information n°4449, *Le Gouvernement économique européen face à la crise: le rendez-vous franco-allemand pour porter l'ambition européenne*, Avril 2012. 45.

européenne à partir des années 1990. C'est d'ailleurs dans ce cadre qu'a été lancée la brigade franco-allemande qui a débouché elle-même sur Eurocorps (1993). Grâce à l'entente politique et à plusieurs accords entre V. G. d'Estaing et H. Schmidt, il a été créé en 1974 le Conseil européen et en 1979, l'élection au suffrage universel direct du Parlement européen a vu le jour. Le Traité de Maastricht, adopté le 7 février 1992, a été très largement balisé par la coopération franco-allemande, à travers notamment une série de lettres communes entre Mitterrand et Kohl. Le Traité de Maastricht, convient-il de le rappeler, dont la grande innovation a été la mise en place de l'Union économique et monétaire, basée sur un accord franco-allemand qui reprend les thèses monétaristes strictes allemandes mais intègre en contre partie la proposition française d'une coordination plus étroite des politiques économiques et une convergence soutenue des performances économiques des Etats membres. Revenant à une période plus récente, l'on se rend compte que le couple franco-allemand représente encore une véritable force d'entraînement au sein de l'UE avec l'exemple des négociations et de l'adoption du Traité de Lisbonne en 2007 ou encore le renforcement du mécanisme de stabilité budgétaire.

Enfin, une nouvelle étape de la coopération franco-allemande apparaît avec l'agenda 2020 qui marque la volonté de ces deux pays de se fixer des objectifs ambitieux, pour faire de la coopération entre la France et l'Allemagne un moteur de croissance durable, européenne et au service des peuples. L'année 2013 est donc une année consacrée à l'amitié franco-allemande, qui aura notamment vocation à mobiliser les jeunes générations tout au long de l'année. Le 5 juillet 2013 aura lieu, à Paris, la journée de l'office franco-allemand pour la jeunesse.

Les quelques paroles de Victor Hugo lors de son discours du 1^{er} mars 1871 à l'Assemblée Nationale, sont inévitables pour décrire le génie de ce précurseur européen qui voyait déjà dans la pacification de la relation franco-allemande, un remède contre les maux qui frappaient en Europe:

«Et on entendra la France crier: c'est mon tour! Allemagne, me voilà! Suis-je ton ennemie? Non! Je suis ta sœur. Je t'ai tout repris et je te rends tout, à une condition: c'est que nous ne ferons plus qu'un seul peuple, qu'une seule famille, qu'une seule République. Je vais démolir mes forteresses, tu vas démolir les tiennes. Ma vengeance, c'est la fraternité! Plus de frontières! Le Rhin à tous. Soyons la même République, soyons les Etats-Unis d'Europe, soyons la fédération continentale, soyons la liberté européenne, soyons la paix universelle!».

Cependant, il ne s'agit pas d'idéaliser la relation franco-allemande⁴, comme il a été évoqué plus haut, un couple peut être amené à faire des concessions et régler des crises substantielles en son sein. Tout particulièrement ces dernières années, de nombreux déséquilibres sont apparus dans ce tandem, et il est loisible de se demander finalement: que reste-t-il de cette «*special relationship*» appelé ainsi par les tabloïds britanniques.

Très récemment encore, le parti socialiste s'en prenait à «*l'austérité et à l'intransigeance égoïste d'Angela Merkel*». Cependant François Hollande, Président de la République française a réaffirmé la consolidation de son couple dans la presse, lorsqu'il parle de «modèle allemand», modèle sur lequel il voudrait s'appuyer afin de combattre le chômage chez les jeunes⁵. Tel est le sujet des prochains rendez-vous au Conseil européen.

Nous pouvons conclure que finalement même si les traditions philosophiques françaises s'éloignent du patriotisme constitutionnel allemand à la Habermas, associant cogestion sociale, fédéralisme, autorité de la Cour constitutionnelle ou encore concernant le rôle des fondations politiques; pour Habermas, Beck et Elias, la construction européenne est surtout un processus historique d'évolution vers une Etat post-national. N'est-il pas là le débat plus que jamais actuel en Europe: vers une Union politique où un vrai leadership⁶ naitrait du couple franco-allemand?

⁴ *Que reste-t-il du couple franco-allemand?* paru à la Documentation française, par Claire Demesmay, 2013.

⁵ Lors du Conseil européen du 27 et 28 juin 2013, les 27 Etats membres ont adopté un budget de 6 milliards d'euros d'ici 2016 afin de favoriser l'emploi des jeunes. La France, l'Italie et l'Espagne seraient les pays prioritaires bénéficiaires de ces aides.

⁶ Leadership au sens de «*Führungsrolle*» de l'allemand: le rôle du guide, de celui qui montre la voie.

Nouveau défi du droit d'auteur: Numérisation des livres indisponibles du XX^e siècle

Dóra Hajdú

Étudiante en thèse Université de Szeged

I. Introduction

Il est incontestable que le droit d'auteur évolue en rattachant strictement à l'évolution technologique. Reste à la société et surtout au législateur de réagir à ces défis. La France semble y répondre d'une manière active: au sein de la lutte contre le téléchargement illégal nous évoquerons les lois Hadopi¹ inaugurant le régime de la riposte graduée dans le droit d'auteur français.²

Nonobstant, adoptée à l'unanimité par le Sénat et par l'Assemblée nationale, la loi du 1^{er} mars 2012 reflète un autre défi, celui de la numérisation des livres. Cette loi portant sur l'exploitation numérique des livres indisponibles du XX^e siècle vise à rendre disponibles des livres qui ne font plus l'objet d'une diffusion commerciale par un éditeur.

La polémique relative à l'exploitation des livres indisponibles du XX^e siècle a éclaté grâce au projet de la société Google, baptisé Google Livres. Ce projet a pour but de numériser les livres appartenant aux collections de plusieurs bibliothèques (y compris quelques bibliothèques/ collections françaises) peu importe qu'ils soient tombés dans le domaine public ou qu'ils soient toujours protégés.³

A la suite de ces tentatives, un Protocole d'accord a été signé le 1^{er} février 2011, entre le Syndicat national de l'édition, la Société des gens de lettres, le ministère de la Culture et de la Communication, le Commissariat général à l'investissement et la Bibliothèque nationale de France (ci-après:

¹ Lois № 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet et № 2009-1311 du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet

² Sur les lois Hadopi: HAJDÚ Dóra: *A fájlcserelés elleni küzdelem egy lehetséges útja – Három a francia igazság?* in: Infokommunikáció és Jog, 2011/44. 95-103; HAJDÚ Dóra: *A HADOPI első éve*, in: Infokommunikáció és Jog, 2011/47. 200-203.

³ MEZEI Péter: *A szerzői jog jövője (is) a tét – Gondolatok a Google Books könyvdigitalizálási projektről*, in: Iparjogvédelmi és Szerzői Jogi Szemle, № 5, octobre 2011, p. 5-47.

BnF). Il s'agit de la numérisation de 500 000 ouvrages présents au catalogue du dépôt légal du BnF, financé par «*le grand emprunt de la France en 2010*».⁴

La doctrine et le législateur ignorent tout de même un autre précédent, celui-ci est une initiative purement européenne. Les représentants des bibliothèques, éditeurs et auteurs ont signé un protocole d'accord relatif aux principes clés de la numérisation et de la mise à disposition des œuvres indisponibles sous l'égide de la Commission.⁵

Tous les projets visent un but commun: rendre accessible notre héritage culturel à tout le monde par la numérisation. Leur intention commune est également de soumettre les droits d'exploitation des livres numérisés à une gestion collective qui assure l'octroi des licences d'exploitation en contrepartie de la répartition d'une rémunération entre les auteurs et les éditeurs.

Cette brève analyse s'étend donc dans un premier temps à la délimitation du champ d'application matérielle de la nouvelle loi en précisant la notion de livre indisponible (I). Dans un deuxième temps, il est nécessaire de souligner quelques caractéristiques les plus importantes de la gestion collective récemment instaurée (II). Bien que la loi définisse la notion de l'œuvre orpheline pour la première fois en droit français, marginale à propos de l'analyse présente, cette question n'est pas traitée.

II. Livre indisponible: clef de voûte du régime

La nouvelle définition du livre indisponible se trouve dans l'article L.134-1 du Code de la Propriété Intellectuelle (CPI). Cet article stipule ainsi: «*on entend par livre indisponible au sens du présent chapitre un livre publié en France avant le 1er janvier 2001 qui ne fait plus l'objet d'une diffusion commerciale par un éditeur et qui ne fait pas actuellement l'objet d'une publication sous une forme imprimée ou numérique.*» Bien que Madame Piriou en délimite cinq critères cumulatifs,⁶ cette définition mérite d'être analysée sous deux aspects: d'abord ce qu'on entend par livre (A) et ensuite pourquoi les livres sont-ils indisponibles (B).

⁴ Communiqué du ministère de la culture et de la communication, «Une deuxième vie pour des titres indisponibles», 2 février 2011.

⁵ Le protocole d'accord http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/copyright-info/20110920-mou_en.pdf (2013.12.31.)

⁶ PIRIOU, Florence-Marie: *Nouvelle querelle des anciens et des modernes: la loi du 1^{er} mars 2012 relative à l'exploitation numérique des livres indisponibles du XX^e siècle*, in: *Communication, commerce électronique* 2012, étude 17. para. 6.

1. Notion de livre: notion controversée

La notion de livre est une notion controversée sur certains aspects: d'abord il s'agit d'une terminologie insolite dans la terminologie du droit d'auteur. Ensuite, la date et le lieu de la publication, les données les plus importantes sont bien délimité par la loi.

1.1. Notion étrange de la terminologie du droit de l'immatériel

Bien que les livres soient mentionnés dans l'article L.112-2 du CPI énumérant la liste indicative des œuvres protégées, le Code lui-même n'en donne aucune définition. Certaines réglementations fiscales en proposent une définition, pourtant leur applicabilité dans la matière de la propriété intellectuelle reste incertaine vu que l'article L.111-3 déclare clairement l'indépendance de la propriété incorporelle de la propriété matérielle. La notion de «livre» en tant que tel se réfère au support. Certains commentateurs soulignent alors que la terminologie utilisée par le législateur est par conséquent inadéquate.⁷

Cependant, quant à d'autres spécialistes en droit d'auteur, la terminologie utilisée reste claire en raison du but visé par le législateur. Celui-ci «*a volontairement limité l'objet même du texte au livre et il n'a pas eu intention de l'étendre à l'œuvre en tant que telle*».⁸ Madame Piriou souligne également que même le Code se réfère aux supports de l'œuvre tel que les phonogrammes et les vidéogrammes. Une référence se trouve à la notion de livre elle-même dans la loi N° 2003-517 du 18 juin 2003 relative à la rémunération du prêt. Cette loi a inséré l'article L.133-1 dans le CPI spécifiant que la rémunération du prêt est ouverte aux œuvres ayant fait l'objet d'un contrat d'édition en vue de leur diffusion sous forme de livre.

En effet, la définition la plus communément utilisée du livre est proposée par une instruction fiscale du 30 décembre 1971 (3C-14-71) actualisée par le circulaire N° 82 du 12 mai 2005 afin d'appliquer le régime de la TVA réduite. Le livre y est ainsi défini: «*un ensemble imprimé, illustré ou non, qui reproduit une œuvre de l'esprit d'un ou plusieurs auteurs en vue de l'enseignement, de la diffusion de la pensée et de la culture. Il doit se composer d'éléments assemblés ayant le même objet, ne pouvant pas être dissociés ni vendus séparément*

⁷ MACREZ, Franck: *L'exploitation numérique des livres indisponibles: que reste-il du droit d'auteur?* in: Dalloz décembre 2012, para. 4-5.

⁸ PIRIOU 2012. Para. 6.

(ouvrages comprenant des disques, films ou diapositives par exemple). L'ensemble ne doit pas contenir plus du tiers de la surface totale en publicités et en blancs intégrés au texte». Mme Bariza Khiari sénatrice, rapporteur de la proposition de loi au sein de la commission de la culture, de l'éducation et de la communication du Sénat propose également l'interprétation du livre dans le sens déterminé par cette circulaire.⁹

Il convient de mentionner que la notion de livre numérique est retenue par la loi № 2011-590 du 26 mai 2011 relative aux prix du livre numérique. Dans son article 1^{er} cette loi stipule que le livre numérique est une œuvre de l'esprit créée par un ou plusieurs auteurs et qu'il est à la fois commercialisé sous sa forme numérique et publié sous forme imprimée ou qu'il soit, par son contenu et sa composition, susceptible d'être imprimé, à l'exception des éléments accessoires propres à l'édition numérique.

La notion de livre est par conséquent strictement liée à l'édition dans le cas des livres imprimés autant que dans celui des livres numériques. Pourtant, le but visé par le législateur réside dans la protection de la diversité culturelle et l'accès à la culture pour tous, inclus non seulement les documents édités mais aussi ceux des inédits: mémoires, thèses, rapports, etc.¹⁰ Il semble que le législateur ait fortement méconnu son propre objectif reliant la mise à disposition numérique des œuvres à l'obligation de l'édition.

1.2. Date et lieu de la publication

La date et le lieu de la publication se composent d'éléments déterminants de l'édition des livres dont la loi apporte certaines précisions. D'un part, la loi exclut de son champ d'application des livres édités en dehors de la France. La coopération internationale des sociétés de gestion collective pourrait établir la possibilité de numériser les livres indisponibles édités à l'étranger, pareil pour les traductions éditées en France. Le dépôt légal ne correspond pas par conséquent à cette catégorie définie.

D'autre part, la loi détermine la date du 1^{er} janvier 2001 comme date ultime de la publication. Cette date a été choisie par choix discrétionnaire du législateur en considérant qu'à partir du début du XX^e siècle les contrats d'édition stipulent des clauses relatives à l'exploitation numérique des œuvres. Malheureusement, la loi ne définit pas le début de ce délai. Bien

⁹ KHIARI, Bariza: *Rapport № 151, Proposition de loi relative à l'exploitation numérique des livres indisponibles du XX^e siècle*. Sénat, 2011. 26.

¹⁰ DERIEUX, Emmanuel: *Le régime juridique de l'exploitation numérique des livres indisponibles du XX^e siècle*, in: *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, 2012/87. para. 10.

que la loi porte la distinction «*livres indisponibles du XX^e siècle*» dans son nom, le chapitre inséré dans le CPI ne se réfère pas à un tel critère. Pour éviter les confusions, le décret d'application de la loi¹¹ dispose que les titres des livres indisponibles soient effacés à l'expiration des durées de protections prévues par le CPI.¹²

Cette délimitation temporelle soulève la question de l'adaptation des anciens contrats conclus avant l'entrée en vigueur de la loi du 11 mars 1957 de ce nouveau régime. En 2005 la Cour de cassation a reconnu dans l'affaire Collette¹³ le transfert absolu des droits sur le fondement des lois révolutionnaires en disposant ainsi: «*la stipulation d'une vente pleine et entière, sans aucune réserve, de la propriété de l'œuvre littéraire transmet à l'acquéreur la pleine et absolue propriété de l'œuvre ainsi que l'ensemble des droits patrimoniaux d'auteur*». Le CPI clarifie cette anomalie en déclarant depuis 1992 que la clause d'une cession qui tend à conférer le droit d'exploiter l'œuvre sous une forme non prévisible ou non prévue à la date du contrat doit être expresse et stipuler une participation corrélative aux profits d'exploitation.¹⁴

2. Critère de l'indisponibilité

Notion-clé du régime, le critère de l'indisponibilité reste toutefois obscure car aucune définition n'en est donnée. Au sens de la loi un livre est indisponible lorsqu'il «*ne fait plus l'objet d'une diffusion commerciale par un éditeur*» et qu'il ne fait pas l'objet d'une «*publication sous forme imprimée ou numérique*». En effet, il faut noter que le fait qu'un livre ne soit pas disponible à la vente ou sur Internet en raison de l'éditeur, ne signifie pas qu'il soit inaccessible: il peut être consulté en bibliothèque, faire l'objet de ventes en occasion etc.¹⁵

Tout de même, cette notion d'indisponibilité est susceptible d'engendrer une confusion dans l'application de la loi. En effet, les dispositions propres au contrat d'édition obligent les éditeurs d'assurer une exploitation permanente des œuvres imposées par l'article L.132-12. L'alinéa 2 de l'article L.132-17 prévoit quant à lui que «*la résiliation a lieu de plein droit*

¹¹ Décret N° 2013-182 du 27 février 2013 portant application des articles L134-1 à L134-9 du Code de la propriété intellectuelle et relatif à l'exploitation numérique des livres indisponibles du XX^e siècle.

¹² CPI art. R.134-2.

¹³ Cour de cassation, chambre civile 1, du 25 mai 2005.

¹⁴ CPI art. L.131-6.

¹⁵ POLLAUD-DULIAN, Frédéric: *Livres indisponibles. Licence légale. Œuvres orphelines. Numérisation. Bibliothèque*, in: Revue trimestrielle du droit commercial, 2012, para. 5.

lorsque [...] l'éditeur n'a pas procédé [...], en cas d'épuisement, à [l]a réédition [de l'œuvre]».

Lorsqu'un livre est «*épuisé*» dans l'édition, l'éditeur ne satisfait pas dans les trois mois deux demandes de livraison d'exemplaires,¹⁶ autrement dit «*l'éditeur doit veiller à ce que l'ouvrage reste disponible*».¹⁷ Cet épuisement engendre la rupture totale du contrat. Du coup les éditeurs gardent généralement un minimum de livres en stock permettant de satisfaire des demandes ponctuelles.¹⁸ En établissant l'interprétation stricte de l'article L.132-17, cette sanction est également applicable aux livres indisponibles par définition.

La loi ne propose aucune solution pour résoudre cette lacune. Elle tranche simplement le nœud gordien en disposant dans son article L.134-2 que l'inscription d'un livre dans la base de données ne préjuge pas de l'application des articles L.132 et L.132-17. Pareille disposition se trouve également dans l'article L.134-4, II, alinéa 2. Bref, la résiliation du contrat d'édition n'intervient pas lorsque le titre est considéré comme indisponible au sens de la nouvelle loi.

III. Mise en œuvre du régime

L'inscription de l'ouvrage au registre des livres indisponibles est le cœur du dispositif.¹⁹ Désignée pour mettre en œuvre ce régime, la BnF gère cette base de données, accessible au public via un site dédié à cet objectif.²⁰ Le second alinéa de ce même article permet à «*toute personne*» de demander à la BnF l'inscription du titre dans la base de données. C'est sur cette base que l'exploitation collective sera possible.

Le gouvernement a agréé la Société française des intérêts des auteurs de l'écrit (ci-après: Sofia) parmi les sociétés de gestion collective intervenant dans le domaine de l'écrit pour assurer l'exploitation de ces œuvres.²¹ L'exploitation signifie la représentation numérique (ex: diffusion en ligne) et de la reproduction numérique (ex: téléchargement) mais pas la reproduction sur des supports papiers tel que l'impression à la demande.²²

¹⁶ CPI art. L.132-17.

¹⁷ PIERRAT, Emmanuel: *Le droit du livre*, Electre – Editions du Cercle de la Librairie, 2000. 65.

¹⁸ PIRIOU 2012. Para. 8.

¹⁹ CPI art. L.134-2.

²⁰ www.relire.fr.

²¹ Arrêté du 21 mars 2013 portant agrément de la Société française des intérêts des auteurs de l'écrit.

²² POLLAUD-DULIAN 2012. para 12.

En effet la gestion collective instaurée par cette loi est difficilement catégorisable. Bref, il s'agit d'une gestion collective obligatoire (B) dont la caractéristique distinctive est la possibilité de sortir (A). La dénomination la plus exacte est alors «*la gestion collective présumée*» utilisée par le rapport du Sénat. Nonobstant, certains commentateurs soulignent son effet, affaiblissant le caractère individuel du droit d'auteur.²³

1. Sortie de la gestion collective

Avec l'idée de sortie (opt-out) empruntée au projet de Google Livres,²⁴ deux possibilités s'ouvrent aux auteurs (ayants droits)²⁵ ainsi qu'aux éditeurs: ils peuvent s'opposer à l'inscription des titres dans la base de données ou ils peuvent retirer le droit d'autoriser la reproduction et la représentation des œuvres sous forme numérique de la société de gestion collective.

1.1. Premier cas de figure: l'opposition

En premier lieu, l'auteur et l'éditeur peuvent s'opposer à l'inscription de l'œuvre par écrit à la BnF dans un délai de 6 mois à compter de l'inscription dans la base de données. Le décret d'application précise que la base de données est enrichie des nouveaux titres le 21 mars de chaque année.²⁶ La période de 6 mois s'écoule par conséquent le 21 septembre de chaque année.

Tandis que l'auteur peut pratiquer ce droit sans aucune condition, l'éditeur est tenu d'exploiter l'œuvre dans les deux ans suivant cette notification.²⁷ Dans toutes les deux hypothèses, le livre concerné n'entre pas dans le régime de la gestion collective.

Une autre possibilité est également ouverte à l'auteur lorsqu'il considère que l'exploitation numérique est susceptible de nuire à son honneur ou à sa réputation.²⁸ Contrairement aux autres possibilités de l'opposition, celle-ci est envoyée par écrit à la société de gestion collective agréée. Comme ce droit peut être exercé après l'expiration du délai de 6 mois, il pourrait être considéré comme un cas de retrait. De plus, cette hypothèse

²³ POLLAUD-DULIAN 2012. Para. 1.

²⁴ MACREZ 2012.a Para. 2.

²⁵ Précision faite par le décret d'application, art. R.134-5.

²⁶ CPI art. R.134-1.

²⁷ CPI art. L. 134-4 I et II.

²⁸ CPI art. L.134-4 I.

fait une référence concrète à la protection des droits moraux tels que la Convention de Berne les formule.²⁹ Pourtant, si l'auteur exerce son droit d'opposition, il ne peut pas demander d'indemnisation.³⁰ La question se pose alors de savoir si le législateur a établi une nouvelle protection des droits moraux.

Le tableau suivant récapitule les informations les plus importantes relatives à l'opposition et à l'inscription des livres dans la base des données.

	<i>Opposition</i>		
<i>Qui?</i>	l'auteur	l'éditeur	l'auteur
<i>A qui?</i>	BnF	BnF	Sofia
<i>Moyen?</i>	par écrit	par écrit	par écrit
<i>Délai?</i>	6 mois à compter de l'inscription du livre dans la base de données	6 mois à compter de l'inscription du livre dans la base de données	après l'expiration du délai de 6 mois à compter de l'inscription du livre dans la base de données
<i>Condition?</i>	-----	l'exploitation dans les deux ans	la reproduction ou la représentation est susceptible de nuire à l'honneur ou la réputation de l'auteur
<i>Conséquence?</i>	- mention faite dans la base de données - le livre concerné n'entre pas dans la gestion collective	- mention faite dans la base de données - le livre concerné n'entre pas dans la gestion collective - l'éditeur est tenu d'exploiter l'œuvre concernée	- le livre sort de la gestion collective - applicabilité des sanctions de la violation des droits moraux

Tableau N° 1. L'opposition à l'inscription de l'œuvre dans la base de données

²⁹ Article 6bis de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques.

³⁰ CPI art. L.134-4 I.

1.2. *Second cas de figure: le retrait*

Le retrait de l'œuvre n'est possible qu'après que celle-ci soit déjà entrée en gestion collective. Le retrait est pratiqué alors par écrit à la Sofia. Conformément au droit de l'opposition, les auteurs semblent être titulaires d'un droit plus vague.

Toutefois, les auteurs peuvent à peine exercer ce droit car une condition stricte y est attachée. L'auteur peut décider à tout moment de retirer à la Sofia ces droits lorsqu'il apporte la preuve qu'il est le seul titulaire de la reproduction et de la représentation numérique des œuvres.³¹ Un cercle vicieux s'impose alors aux auteurs car en apporter la preuve est quasiment impossible. Selon l'hypothèse établie par le législateur, les contrats conclus avant le 1^{er} janvier 2001 ne stipulent pas de clause relative à l'exploitation numérique des œuvres. Selon la règle générale d'interprétation des contrats, l'auteur conserve tous les droits qui n'y sont pas expressément mentionnés.³² Toutefois, évoquant ce principe d'interprétation, l'auteur n'apporte pas la preuve qu'il est le seul titulaire des droits mentionnés. Il peut uniquement le faire si le contrat stipule expressément des clauses relatives à ces droits, alors que les contrats anciens n'en stipulaient rien. Bref, «*[l]e législateur a voulu favoriser l'éditeur en le présument titulaire de droits qu'il n'exerce pourtant plus*».³³

L'auteur et l'éditeur peuvent décider conjointement à tout moment de retirer les droits concernés si l'éditeur s'engage à l'exploitation de l'œuvre. Bien que Sofia en informe tous les utilisateurs, la durée de l'autorisation déjà délivrée à un tiers court toujours.³⁴ Une concurrence est alors établie entre l'éditeur original et les nouveaux éditeurs, l'autorisation délivrée à l'éditeur original n'est pas exclusive.

³¹ CPI art. L.134-6 al. 2.

³² CPI art. L.131-6.

³³ POLLAUD-DULIAN 2012. Para. 15.

³⁴ CPI art. L.134-6.

Le tableau N° 2 ci-dessous indique les cas de retrait.

	<i>Opposition</i>
<i>Qui?</i>	auteur
<i>A qui?</i>	Sofia
<i>Moyen?</i>	par écrit
<i>Délai?</i>	à tout moment
<i>Condition?</i>	l'auteur est le seul titulaire de la reproduction et de la représentation numérique des œuvres
<i>Conséquence?</i>	- mention dans la base de données - sortie de la gestion collective

Tableau N° 2. Retrait à la Sofia des droits de reproduction et de représentation numérique

2. Gestion collective obligatoire

Le mécanisme de la gestion collective obligatoire n'intervient que lorsque ni l'auteur ni l'éditeur saisissent l'opportunité de sortir des droits. Le régime favorise clairement l'éditeur initial en lui assurant les possibilités les plus étendues pour obtenir des autorisations. Il s'agit d'un «*droit de préférence*» selon l'expression employée par le sénateur Legendre dans l'exposé des motifs.

Outre ses possibilités mentionnées antérieurement, la Sofia s'adresse en premier lieu à l'éditeur original en lui proposant une autorisation.³⁵ Lorsque ce dernier l'accepte, une autorisation exclusive pour une durée de 10 ans tacitement renouvelable lui est délivrée.³⁶

La reproduction et la représentation des livres indisponibles sous une forme numérique sont autorisées à des tiers (tels que Google, Amazon, ou Fnac), moyennant une rémunération à titre non exclusif et pour une durée limitée de cinq ans renouvelable, lorsque l'éditeur initial n'accepte pas l'autorisation proposée par Sofia.³⁷ Il est important de souligner que

³⁵ CPI art. L.134-5 al. 1er.

³⁶ CPI art. L.134-5 al. 3.

³⁷ CPI art. L.134-3 I. al. 2.

l'utilisateur auquel la Sofia accorde une autorisation est considéré comme éditeur de livre numérique au sens de la loi sur le prix du livre numérique.³⁸ En principe, l'exploitation des livres indisponibles n'est pas effectuée à titre gratuit. M. le professeur Christophe Caron a fait la remarque que *«[c]est une des raisons pour lesquelles une société de gestion collective occupe une place si centrale dans le dispositif mis en œuvre.»* La Sofia a alors l'obligation de répartir les sommes perçues de manière équitable entre les auteurs et les éditeurs initiaux.³⁹ Selon M. Pollaud-Dulian, *«il est à craindre que le partage se fasse à 50/50, alors même que l'éditeur n'exploitait plus l'œuvre et qu'il n'avait pas acquis les droits d'édition numérique de l'auteur»*⁴⁰ car les *«irrépar-tissables»* sont dédiés à des fins culturelles et éducatives. Malgré la volonté du législateur d'assurer la protection des intérêts des auteurs, le bilan est plus favorable aux éditeurs.

IV. Conclusion

Sur la base des arguments exposés ci-dessous, une gestion collective spéciale a été insérée dans le système du droit d'auteur français par la promulgation de cette loi, fortement critiquée dans la doctrine à cause de l'application du système d'opt-out. Certains revendiquent l'inconstitutionnalité des dispositions en raison de sa logique renversée: elles imposent aux auteurs de retirer leurs œuvres de la base des données alors que le principe du droit d'auteur repose sur l'exploitation préalable à toute exploitation. Pourtant, ce régime rend possible même aux auteurs la possibilité de choisir le mode d'exercice de leurs droits, que la gestion soit collective ou individuelle.

Le législateur a essayé de garder l'équilibre entre les intérêts des auteurs, des éditeurs et du public, dès qu'une loi moderne a été adoptée. Bien que certaines dispositions favorisent des éditeurs, parmi ceux notamment des éditeurs initiaux, cette loi est alors capable de donner une nouvelle vie aux livres sinon oubliés.

³⁸ CPI art. L.134-5 al. 7.

³⁹ CPI art. L. 134-3, III, 5°.

⁴⁰ POLLAUD-DULIAN, 2012. Para. 14.

Über die Grundzüge der Steuerhinterziehungsregelung in Deutschland, Österreich und Ungarn¹

Judit Jacsó

Universitätsdozentin Universität Miskolc

I. Einführung

Die Betrugsbekämpfung war und ist ein vorrangiges Ziel in der Europäischen Union und ein politisches Anliegen mit höchster Priorität. Vom Gemeinschaftsgesetzgeber wurde frühzeitig erkannt, dass die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität ein großes Gefahrenpotenzial für den Haushalt der Europäischen Gemeinschaft birgt und der Aufbau eines effektiven Abwehrsystems unentbehrlich ist. Zu einem effektiven Abwehrsystem gegenüber missbräuchlichen Handlungen sind ebenso strafrechtliche Mittel erforderlich geworden. In der einschlägigen Literatur sind sie als *Motor der Entwicklung eines Europäischen Strafrechts* bezeichnet worden.²

Organisierte Steuerkriminalität richtet sich regelmäßig auch gegen das Finanzaufkommen des Mitgliedstaats, aber auch unmittelbar – soweit es die Mehrwertsteuer betrifft – und mittelbar gegen das Finanzaufkommen der Europäischen Union. Die Steuerhinterziehung weist immer mehr grenzüberschreitende Dimensionen auf.³ Durch die fortschreitende

¹ Das Thema des Vortrages ist Gegenstand des von der Alexander von Humboldt-Stiftung geförderten Forschungsprojektes. Titel des Projektes: „*Europäisierung des Steuerstrafrechts an gesetzlichen Regelungen von Deutschland, Österreich und Ungarn*“.

² DANNECKER, Gerhard: Maßnahmen zur Bekämpfung von Steuerbetrug und Steuerhinterziehung auf europäischer Ebene, in: KUBL, Hanno (Hrsg): *Leitgedanken des Rechts*, Paul Kirchhof zum 70. Geburtstag, Band 2, Staat und Bürger, Müller Verlag, Heidelberg, 2013, 1809-1826. (Im Weiteren: DANNECKER 2013a.); HECKER, Bernd: *Europäisches Strafrecht*, Springer, Berlin-Heidelberg, 2012, § 14 Rn 4.; STEBER, Ulrich: *Bekämpfung des EG-Betrugs und Perspektiven der europäischen Amts- und Rechtshilfe*, in: *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2000/5, 186-187.

³ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat. Aktionsplan der Kommission zur Verstärkung der Bekämpfung von Steuerbetrug und Steuerhinterziehung (COM(2012) 722 endg., Brüssel, den 6.12.2012) [Im Weiteren: COM (2012) 722. endg.], 4.

wirtschaftliche Integration ist es immer dringlicher geworden, dass die Gemeinschaft gegen die internationale Steuerhinterziehung und Steuerflucht auch tätig wird.⁴ Die Entschlossenheit der EU ist seit der Wirtschaftskrise noch deutlicher geworden.⁵ Die international agierenden Kriminellen haben sich immer mehr auf Betrug zu Lasten der Gemeinschaften spezialisiert und begingen in immer größerem Umfang Steuerhinterziehung und Subventionsbetrügereien in bestimmten Bereichen der gemeinsamen Politiken (wie z. B. Agrarfonds) innerhalb der EU.

Durch die unterschiedlich ausgestalteten nationalen Strafrechtsordnungen konnte ein einheitlicher und dadurch effektiver Schutz innerhalb der EU nicht gesichert werden.⁶ Für die Straftäter gibt es die Möglichkeit, für ihre illegalen Aktivitäten diejenigen Mitgliedstaaten auszuwählen, in welchen schwächere Regelungen angewandt werden bzw. wo die Strafverfolgung Defizite hat. Für einen erfolgversprechenden Kampf ist der einheitliche Auftritt auf Ebene der EU unentbehrlich.

Ohne detailliert auf die nationalen Regelungen eingehen zu wollen, werden in dem Beitrag einige Elemente der Besonderheiten der materiellstrafrechtlichen Lösungen im Kampf gegen die Steuersünder anhand der deutschen, österreichischen und ungarischen Steuerhinterziehungsregelungen aufgezeigt. Zunächst wird der Frage der Aktualität der Bekämpfung der Steuerhinterziehung nachgegangen bzw. die Entwicklung der Ausgestaltung des strafrechtlichen Schutzes der EU-Finanzinteressen geschildert.

II. Über die Bedeutsamkeit und Aktualität der Bekämpfung der Steuerhinterziehung

Im Folgenden wird versucht, die wichtigsten Gründe des verschärften Kampfes gegen die Steuerhinterziehung auf globaler bzw. auf europäischer Ebene darzulegen.

In den letzten Jahrzehnten erfolgte eine wesentliche *Globalisierung des Wirtschaftslebens*. Die Firmen üben ihre wirtschaftliche Tätigkeit im-

⁴ Siehe über die bisherigen europäischen Dokumente: <http://www.steuernrecht.jku.at/gwk/dokumentation/Steuerpolitik/CoC.htm> (22.11.2012).

⁵ Siehe diesbezüglich u. a. den Beitrag der Kommission zum Europäischen Rat am 22. Mai 2013 über die Bekämpfung von Steuerbetrug und Steuerhinterziehung (http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/tax_de.pdf) (20.05.2013) und COM (2012) 722. endg.

⁶ Siehe über das Thema „Rechtszersplitterung als Hindernis für eine effektive Betrugsbekämpfung“: HECKER 2012, § 14 Rn 16-20.

mer mehr länderübergreifend aus. Dies hat sich aber nicht nur im legalen Wirtschaftsleben ereignet, sondern gleichzeitig erfolgte ebenso eine Internationalisierung der betrügerischen Geschäfte.⁷ Die innerhalb der EU gesicherten Grundfreiheiten können den Steuersündern nützlich sein; sie können die nicht eingezahlten Steuergelder unbeschränkt aus dem Herkunftsland in einen anderen Mitgliedstaat führen und dort anlegen.⁸ Die durch die *Verwirklichung des Binnenmarktes* ermöglichte Freizügigkeit innerhalb der EU bietet somit neue Möglichkeiten für die Steuerhinterziehung. Diese kann durch die *technologischen Fortschritte* unterstützt werden. Man braucht nur daran zu denken, dass Gelder in kürzester Zeit von einem Staat in einen anderen Mitgliedstaat überwiesen und dort angelegt werden können. Die durch die nationalen Regelungen gewährleisteten unterschiedlichen strafrechtlichen Schutzniveaus können auch *Wettbewerbsverzerrungen* unter den Mitgliedstaaten erzeugen.⁹

Die *Wirtschaftskrise* hat auch wesentlich dazu beigetragen, dass in den letzten Jahren das Augenmerk auf die Steuergelder gelenkt wurde. Die Staaten sind in dieser Situation gezwungen, ihre Ausgaben zu kürzen bzw. die Einnahmen zu erhöhen.¹⁰ Zur Deckung des staatlichen Finanzbedarfes können die in größerer Menge eingeflossenen Steuergelder verwendet werden.

Durch die Wirtschaftskriminalität können nicht nur die einzelnen Staatsbürger, sondern auch der Staat betroffen sein. *Die Finanzkriminalität* fügt der Volkswirtschaft erheblichen Schaden zu – in Europa wird von einer Billion Euro/Jahr¹¹ gesprochen. Die durch Steuerbetrug und

⁷ Siehe Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über konkrete Maßnahme, auch in Bezug auf Drittländer, zur Verstärkung der Bekämpfung von Steuerbetrug und Steuerhinterziehung, COM(2012) 351 endg., Brüssel, den 27.6.2012, 3. [Im Weiteren: COM (2012) 351 endg.,].

⁸ Siehe darüber DANNECKER, Gerhard: *Abgabehinterziehung und Betrug im europäischen Rechtsvergleich. Der österreichische Abgabenbetrug – Modellcharakter für Europa?*, in: LEITNER, Roman (Hrsg.): *Finanzstrafrecht 2012*, Linde, Wien, 2013, 63. (Im Weiteren: DANNECKER 2013b.).

⁹ Mitteilung der Kommission an den Rat, an das Europäische Parlament und an den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss hinsichtlich der Notwendigkeit der Entwicklung einer koordinierten Strategie zur Verbesserung der Bekämpfung des Steuerbetruges. Mitteilung der Kommission KOM (2006) 254 endg, 3.

¹⁰ COM (2012) 351 endg., 2.

¹¹ Siehe über das Ausmaß der durch die Schattenwirtschaft verursachten Schäden: COM (2012) 351 endg., 2. Der Präsident des Europäischen Parlaments, *Martin Schulz*, weist in seiner Rede beim Europäischen Rat 22. Mai 2013 darauf hin, dass nach Schätzungen jährlich eine Billion Euro durch Steuerbetrug bzw. Steuerflucht in der EU verloren gehen, dies bedeutet pro Jahr und EU-Bürger 2000 Euro. (http://www.europarl.europa.eu/the-president/en/press/press_release_speeches/speeches/sp-2013/sp-2013-may/pdf/speech-to-the-european-council-of-22-may-by-the-president-of-the-european-parliament-martin-schulz) (24.05.2013).

Steuerhinterziehung entstandenen *beträchtlichen Einnahmeausfälle* können allein schon als ein entscheidender Grund für den gemeinsamen und einheitlichen Auftritt genannt werden.

Durch die *Einnahmeausfälle steigen die Defizit- und Schuldenstände der Mitgliedstaaten* an.¹² Somit können weniger Mittel zur *Förderung öffentlicher Investitionen sowie von Wachstum und Beschäftigung* bereitstehen.¹³ Zum Schluss kann noch erwähnt werden, dass dem Steuerstrafrecht auch eine wichtige generalpräventive Wirkung zukommt: Steuerbetrug und Steuerhinterziehung untergraben das *Vertrauen der Bürgerinnen und Bürger in die Gerechtigkeit und Legitimität des Steuersystems*.¹⁴

III. Die Mittel zur besseren Behebung der Steuerhinterziehung

Die Erhöhung der staatlichen Steuereinnahmen kann auf unterschiedliche Weise erreicht werden¹⁵, z. B. durch die *Steuerreform*¹⁶ bzw. durch die *Reform der Steuerverwaltung*¹⁷. Gegen die grenzüberschreitenden Steuerdelikte kann die verbesserte *Zusammenarbeit der Steuerbehörden*¹⁸ erfolg-

¹² Entschließung des Europäischen Parlaments vom 19 April 2012 zur Forderung nach konkreten Maßnahmen zur Bekämpfung von Steuerbetrug und Steuerhinterziehung (2012/2599(RSP)) B7-0203/2012 (Im Weiteren: Entschließung des Europäischen Parlaments 2012.).

¹³ Entschließung des Europäischen Parlaments 2012, Punkt B.

¹⁴ Entschließung des Europäischen Parlaments 2012, Punkt C. Siehe darüber DANNECKER 2013a, 1814.

¹⁵ Siehe über die konkreten Initiativen in der EU: http://ec.europa.eu/taxation_customs/index_de.htm (14.05.2013).

¹⁶ Wie z. B. Beseitigung der steuerschädlichen Merkmale von Steueroasen, Ausdehnung des Anwendungsbereiches des sog. „Reverse-Charge-Verfahrens“. Über eine mögliche Interpretation des Begriffes „Steuerreform“ siehe BAREIS, PETER: *Steuerreform*, in: KUBL 2013, 1799-1808.

¹⁷ Wie z. B. die Einführung von effektiveren Erhebungsformen oder Überwachungsmethoden. Siehe darüber Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss zur Zukunft der Mehrwertsteuer. Wege zu einem einfacheren, robusteren und effizienteren MwSt-System, das auf den Binnenmarkt zugeschnitten ist, Brüssel, den 6.12.2011, KOM(2011) 851 endg., 13-14.

¹⁸ Richtlinie 2010/24/EU des Rates vom 16. März 2010 über die Amtshilfe bei der Beitreibung von Forderungen in Bezug auf bestimmte Steuern, Abgaben und sonstige Maßnahmen (ABl. L 84 vom 31.3.2010, S. 1); Verordnung (EU) Nr. 904/2010 des Rates vom 7. Oktober 2010 über die Zusammenarbeit der Verwaltungsbehörden und die Betrugsbekämpfung auf dem Gebiet der Mehrwertsteuer (ABl. L 268 vom 12.10.2010, S. 1). Richtlinie 2011/16/EU des Rates vom 15. Februar 2011 über die Zusammenarbeit der Verwaltungsbehörden im Bereich der Besteuerung und zur Aufhebung der Richtlinie 77/799/EWG (ABl. L 64 vom 11.3.2011, S. 1), Verordnung (EU) Nr. 389/2012 des Rates vom 2. Mai 2012 über die Zusammenarbeit der Verwaltungsbehörden auf dem Gebiet der Verbrauchsteuern und zur Aufhebung von Verordnung (EG) Nr. 2073/2004 (ABl. L 121 vom 8.5.2012, S. 1).

versprechend angewandt werden, die unter anderem den besseren Informationsaustausch ermöglichen soll. Als ein dritter Weg kann die *Reform des Steuerstrafrechts* erwähnt werden, die immer mehr in den Mittelpunkt der Diskussionen geriet.¹⁹ Dies kann wiederum durch die Änderung der materiellstrafrechtlichen Vorschriften²⁰ oder durch verfahrensrechtliche Änderungen erreicht werden. Unten diesen vielfältigen Handlungsmöglichkeiten wird im Rahmen der jetzigen Arbeit auf die *materiellstrafrechtlichen Elemente der Bekämpfung* der Steuerhinterziehung fokussiert, da im Mittelpunkt des Steuerstrafrechts die Regelung der Steuer- bzw. Abgabenhinterziehung steht²¹.

Das Steuerstrafrecht ist ein Bereich der jeweiligen nationalen Strafrechte. Das nationale Steuerstrafrecht ist aber sehr stark durch Unionsrecht beeinflusst, und damit könnten wir es als einen Teil des Unionsstrafrechts betrachten. Die bisherigen Maßnahmen der EU beziehen sich ausschließlich auf das Gebiet des Steuerrechts sowie der Amts- und Rechtshilfe²². Zudem wurden die Maßnahmen auf die Bekämpfung von Mehrwertsteuerausfällen konzentriert, da in diesem Bereich bereits eine weitgehende Harmonisierung des materiellen Steuerrechts stattgefunden hat.²³ Im Bereich des Steuerstrafrechts besteht jedoch bislang noch ein erhebliches Defizit. Zwar entwickelt auf diesem Gebiet das Europäische Amt für Betrugsbekämpfung (OLAF²⁴) bereits Aktivitäten, jedoch kommen dieser Behörde ausschließlich Aufgaben im Bereiche der Bekämpfung von Steuerhinterziehungen zu, soweit sich die relevanten Straftaten unmittelbar auf den Gemeinschaftshaushalt auswirken.

Nach der Kommission sollen durch die verstärkte Bekämpfung von Steuerbetrug und Steuerhinterziehung die Steuereinnahmen erhöht und somit die nötigen Steuerreformen unterstützt werden.²⁵ Der Weg bis zu

¹⁹ DANNECKER 2013a, 1809.

²⁰ Wie z. B. die Umgestaltung der Tatbestandsmerkmale oder die Erhöhung der Strafandrohung für die Begehung der Steuerhinterziehung.

²¹ Dieser Ausgangspunkt der Untersuchung basiert auf der vergleichenden Arbeit von DANNECKER, Gerhard - JANSEN, Oswald (Hrsg.): *Steuerstrafrecht in Europa und den Vereinigten Staaten*, Linde, Wien, 2007, 29. (Im Weiteren: DANNECKER - JANSEN 2007).

²² DANNECKER, Gerhard - REINEL, Stefan: *Rechts- und Amtshilfe in der EG - aktuelle Entwicklungen*, in: LEITNER, Roman (Hrsg.): *Finanzstrafrecht 2006*, Linde, Wien, 49-116; Mitteilung der Kommission KOM(2006), 254. Diesbezüglich ist der Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Rates über die Zusammenarbeit der Verwaltungsbehörden im Bereich der Besteuerung [KOM 2009(29)] auf der Ebene der EU zu erwähnen.

²³ Richtlinie 2006/112/EG des Rates vom 28. November 2006 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem, ABl. L/347, 1, den 11.12.2006.

²⁴ http://ec.europa.eu/dgs/olaf/mission/mission/index_de.html (21.07.2010).

²⁵ COM(2012) 351 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über konkrete Maßnahmen, auch in Bezug auf Drittländer, zur Verstärkung der Bekämpfung von

dieser Überlegung war lang und ist durch mehrere Faktoren beeinflusst worden. Im Folgenden werden die wichtigsten Stationen der Entwicklung aufgezeigt.

IV. Die Entwicklung des Schutzes der finanziellen Interessen der EU

Der Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union (anfangs EG) hat nach der Umstellung der Finanzierung des Gemeinschaftshaushaltes von Fremdfinanzierung auf Eigenfinanzierung seit Anfang der 1970er Jahre noch mehr an Bedeutung gewonnen.²⁶ Die Kommission hat die mit der Steuerhinterziehung auf Gemeinschaftsebene verbundene Problematik in ihrer im Jahre 1974 erlassenen Mitteilung erkannt.²⁷ Die Bekämpfung der internationalen Steuerflucht und Steuerumgehung ist in erster Linie durch eine engere Zusammenarbeit zwischen den nationalen Steuerverwaltungen auf der Ebene der Gemeinschaft zu bewältigen.²⁸ Diese Auffassung der Kommission wurde durch die Mitteilung über die „Gesamtaktion gegen die Internationale Steuerhinterziehung und Steuerflucht“ im Jahre 1984 auch bestätigt.²⁹

Wie in der einschlägigen Literatur³⁰ oft erwähnt wird, wurden am Ende der achtziger Jahre die Defizite der unterschiedlichen nationalen Regelungsniveaus im Bereich der Betrugsbekämpfung durch das „Griechischer Mais-Urteil“ des EuGH aufgezeigt. Es wurden danach die Bestrebungen auf der Ebene der Gemeinschaften beschleunigt.³¹ Die Richtung des Kampfes wurde durch die Entscheidung(en) des EuGH

Steuerbetrug und Steuerhinterziehung, Brüssel, den 27.6.2012, 4.

²⁶ Siehe darüber ausführlich DANNECKER, Gerhard: *Strafrechtlicher Schutz der Finanzinteressen der Europäischen Gemeinschaft gegen Täuschung*, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 1996/3, 577-608.; DANNECKER 2013b, 61-111.; HECKER 2012, § 14 Rn 5.

²⁷ Probleme der Internationalen Steuerflucht und Steuerumgehung. Mitteilung und Entschließung der Kommission an den Rat, KOM(74) 1971, Brüssel 20. November 1974.

²⁸ KOM(74) 1971, Brüssel 20. November 1974. S. 3.

²⁹ Die erforderlichen Maßnahmen nach der Mitteilung: (1) die Verbesserung, Intensivierung und Ausdehnung der Zusammenarbeit zwischen den Steuerverwaltungen: innerhalb der Gemeinschaft und zwischen den Mitgliedstaaten und Drittländern, (2) die Problematik der Steueroasen, (3) das Problem der Gewinnverlagerung innerhalb eines Unternehmenskonzerns, (4) die Beseitigung der Doppelbesteuerung. Die Gemeinschaftsaktion gegen die Internationale Steuerhinterziehung und Steuerflucht (Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament), KOM(84) 603 endg., Brüssel, den 28. November 1984.

³⁰ HECKER 2012, § 14 Rn 4.

³¹ DANNECKER, Gerhard - BÜRGER, Sebastian: *Generalbericht*, in: DANNECKER - JANSEN 2007, 63-65.

bestimmt (*Gleichstellungserfordernis*³²), die Sanktionierung blieb aber in den Händen der Mitgliedstaaten aufgrund der fehlenden Kompetenz der EG im Bereich des Kriminalstrafrechts.

Eine neue Phase der Betrugsbekämpfung hat in den 1990er Jahren angefangen. Der nächste Schritt wurde auf der Ebene des Primärrechts mit der Aufnahme des „*Assimilierungsprinzips*“ in die gemeinschaftsrechtlichen Finanzregelungen durch den Vertrag von Maastricht (Art 209a³³ EGV) getan. Die Kommission erarbeitete auf der Grundlage des Vertrages von Maastricht Mitte des Jahres 1994 eine *allgemeine Betrugsbekämpfungsstrategie*.³⁴ Es wurde in der Mitteilung der Kommission deutlich darauf hingewiesen, dass der Schutz der öffentlichen Finanzen eine Grundvoraussetzung für die Glaubwürdigkeit und Wirksamkeit jeder Politik ist. Eine Verschärfung des Schutzes war notwendig, da die nationalen Regelungen allein nicht ausreichten. Somit wurde dem *gemeinsamen Schutz eine Priorität* in der Gemeinschaft zuerkannt. Unter den Grundelementen der Strategie wurde die Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften ausdrücklich erwähnt.³⁵ Mit der Verwirklichung des Binnenmarktes und mit dem Inkrafttreten des Vertrags über die Europäische Union hat sich die Lage in Europa verändert.

³² Nach dem 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.“ EuGH, Urteil v. 21.9.1989, Rechtssache 68/88, Rn 24.

³³ 209a EGV „Zur Bekämpfung von Betrügereien, die sich gegen die finanziellen Interessen der Gemeinschaft richten, ergreifen die Mitgliedstaaten die gleichen Maßnahmen, die sie auch zur Bekämpfung von Betrügereien ergreifen, die sich gegen ihre eigenen finanziellen Interessen richten. Die Mitgliedstaaten koordinieren unbeschadet der sonstigen Vertragsbestimmungen ihre Tätigkeit zum Schutz der finanziellen Interessen der Gemeinschaft vor Betrügereien. Sie sorgen zu diesem Zweck mit Unterstützung der Kommission für eine enge, regelmäßige Zusammenarbeit zwischen den zuständigen Dienststellen ihrer Behörden.“

³⁴ Schutz der finanziellen Interessen. Betrugsbekämpfungsstrategie der Kommission. Arbeitsprogramm 1994. KOM(94) 92 endg., Brüssel 23. März 1994.

³⁵ Die von der Kommission aufgelisteten vier Prioritäten: (1) „Verstärkung der Präsenz vor Ort und der Unterstützung für die operationelle Tätigkeit, wobei der Schwerpunkt auf die Risikosektoren gelegt wird“; (2) „Verstärkung der Partnerschaft zwischen der Kommission und den Mitgliedstaaten, Entwicklung von Informationsnetzen und Verbesserung der Auswertung der Informationen“; (3) „Verbesserung des von der Gemeinschaft vorgegebenen rechtlichen Rahmens in den verschiedenen Tätigkeitsbereichen“; (4) Verringerung der Diskrepanzen in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten. Schutz der finanziellen Interessen. Betrugsbekämpfungsstrategie der Kommission. Arbeitsprogramm 1994. KOM(94) 92 endg., Brüssel 23. März 1994. S. 7, 15.

Ein neuer Wechsel der Betrugsbekämpfungsstrategie erfolgte 1995 durch das *Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften*³⁶, das erst nach siebenjährigem Ratifikationsprozess im Jahre 2002 in Kraft getreten ist. Die Betrugsdefinition unterscheidet zwischen dem Betrug auf der Ausgabenseite und dem Betrug auf der Einnahmenseite.³⁷ Die Mitgliedstaaten verpflichteten sich dazu, die durch die Definition des Betruges erfassten Handlungen als Straftaten umzuschreiben und diese mit wirksamen, angemessenen und abschreckenden Strafen zu versehen.³⁸ Das Übereinkommen schreibt vor, zumindest die schweren Betrugsfälle, die zu einer Auslieferung führen können, mit Freiheitsstrafe zu ahnden. Als schwerer Betrug gilt der Betrug bei einem Schaden von mindestens 50.000 Euro. Bei geringfügigen Schäden von weniger als 4.000 Euro kann von der Verhängung strafrechtlicher Sanktionen abgesehen werden.³⁹ Durch das Übereinkommen wurde ein *einheitliches Betrugsstrafrecht* geschaffen, wonach der Betrug in allen Mitgliedstaaten mit strafrechtlichen Mitteln zu untersagen und eine Einführung von Freiheitsstrafen zwingend ist – worauf *Dannecker*⁴⁰ hinweist. Trotz der gemeinsamen Verpflichtungen wurden aber in den Mitgliedstaaten unterschiedliche nationale Rechtsvorschriften erlassen, wodurch ein gemeinsames Schutzniveau der finanziellen Interessen der EU jedoch nicht gewährleistet werden konnte. Aus diesem Grund war die Betrugsbekämpfung in der EU nicht abschreckend genug.⁴¹

Der *Vertrag von Amsterdam* (Art 280 EGV) erweiterte die vorherige Vorschrift, blieb aber noch immer beim Grundkonzept des Assimilierungsprinzips. Die Norm enthielt aber eine durch die Wissenschaft viel diskutierte Vorbehaltsklausel (*Unberührtheitsklausel*⁴²), der zufolge „die

³⁶ 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 vom 27.11.1995, S. 49) (Im Weiteren: Übereinkommen 1995). Die dazugehörigen Protokolle sind: erstes Protokoll vom 27. September 1996 zum Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften (ABl. C 313 vom 23.10.1996, S. 2) (Betrug), zweites Protokoll zum Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften vom 19. Juni 1997 (ABl. C 221 vom 19.7.1997, S. 12) (Geldwäsche).

³⁷ Art. 1 Abs. 1 Übereinkommen 1995.

³⁸ Art. 1 Abs. 2 Übereinkommen 1995.

³⁹ Art. 2 Abs. 1, Abs. 2 Übereinkommen 1995.

⁴⁰ DANNECKER 2013a, 1812.

⁴¹ Vorschlag für eine Richtlinie über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Europäischen Union gerichtetem Betrug, COM (2012) 363 final, Brüssel, den 11.7.2012, S 2.

⁴² FROMM, Ingo: *Die Frage der Einführung einer partiellen strafrechtlichen Anweisungskompetenz des Rates der EG zum Schutz der Finanzinteressen der Europäischen Gemeinschaft unter besonderer*

Anwendung des Strafrechts der Mitgliedstaaten und ihre Strafrechtspflege [...] von diesen Maßnahmen unberührt⁴³ blieb, was gegen eine strafrechtliche Kompetenz der Gemeinschaft gesprochen hat.

Als nächster wichtiger Schritt kann der *Richtlinienvorschlag der Kommission aus dem Jahre 2001* erwähnt werden. Die Kommission hat für die Schaffung einer strafrechtlichen Richtlinie im Bereich der Betrugsbekämpfung somit vor der Lissabonner Reform eine primärrechtliche Rechtsgrundlage im ex-Art 280 IV EGV gesehen, um die materiell strafrechtlichen Regelungen der Mitgliedstaaten bezüglich des Betrages, der Korruption und Geldwäsche anzugleichen. Da sich der Ratifikationsvorgang des Übereinkommens über den Schutz der finanziellen Interessen der Gemeinschaften aus dem Jahre 1995 samt Protokollen verzögert hat, erließ die Kommission im Jahre 2001 einen Vorschlag⁴⁴ für eine Richtlinie über den strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der Gemeinschaft.⁴⁵ Die Kommission fühlte sich veranlasst, Maßnahmen zu ergreifen, um die finanziellen Interessen der Gemeinschaft auf effiziente und in allen Mitgliedstaaten gleichrangige Weise zu schützen, da der neue Artikel (280 EGV) sowohl die Gemeinschaft als auch die Mitgliedstaaten dazu gleichermaßen verpflichtet hat. Die Kommission vertrat die Auffassung, dass die Vorbehaltsklausel kein Hindernis dafür darstellte.⁴⁶ Die Definition des Betrages im Richtlinienvorschlag entspricht den im Übereinkommen *über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften* festgelegten Voraussetzungen. Es enthielt kollektiv die Regelungen der Protokolle des Übereinkommens. Die Richtlinie wurde nicht angenommen.

Die Diskussion über die Schaffung von koordinierten Strategien zur Bekämpfung des Steuerbetruges wurde durch die *Mitteilung der Kommission im Jahre 2006*⁴⁷ auf europäischer Ebene neu aufgenommen.⁴⁸ Die wichtigsten Impulse dazu waren die globale Wirtschaftskrise bzw. die vor einiger Zeit bekannt gewordenen Fälle international organisierter Steu-

Berücksichtigung der Unberührtheitsklausel in Art. 280 Abs. 4 S. 2 EG-Vertrag, in: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 2007/1, 29.

⁴³ Art 280 Abs 4 S 2 EGV.

⁴⁴ COM (2001) 272 endg.

⁴⁵ HECKER 2012, § 8 Rn 44-46.

⁴⁶ „Weder der Wortlaut dieser Bestimmung noch der juristische Zusammenhang steht der Annahme von Rechtsvorschriften entgegen, die auf eine gewisse strafrechtliche Harmonisierung abzielen, solange diese Maßnahmen ‚die Anwendung des Strafrechts der Mitgliedstaaten und ihre Strafrechtspflege unberührt‘ lassen.“ COM (2001) 272 endg, 7.

⁴⁷ Mitteilung der Kommission KOM (2006) 254.

⁴⁸ Siehe weitere darüber http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/tax_cooperation/reports/index_de.htm (20.11.2012).

erhinterziehungen. Die Aktualität der Reform des Steuerstrafrechts und die Schaffung von einheitlich geltenden Standards sind auch über die EU hinaus international diskutiert und besonders auf der Ebene der OECD vorangetrieben worden.⁴⁹

Die Kommission hat eine Reihe von Maßnahmen zur Verbesserung des straf- und verwaltungsrechtlichen Rahmens für den Schutz der finanziellen Interessen der EU angenommen.⁵⁰ Im Jahre 2011 wurde eine Mitteilung über das *Gesamtkonzept zum Schutz von Steuergeldern*⁵¹ erlassen.⁵² Trotz der Bemühungen der EU sind unterschiedliche nationale Regelungen erlassen worden, durch die aber unterschiedlicher Schutz in den einzelnen Mitgliedstaaten der EU gewährleistet werden kann. Es besteht somit kein gleichwertiger Schutz der finanziellen Interessen in der EU.⁵³ Daraus folgt, dass die angewandten Betrugsbekämpfungsmaßnahmen der EU nicht abschreckend genug sind. Dies folgt ebenso aus den Berichten der Kommission über die Umsetzung des Übereinkommens über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften.⁵⁴ Sowohl die Formulierung der nationalen Straftatbestände als auch die der dazugehörigen Sanktionen sind sehr unterschiedlich ausgestaltet. Die Kommission hat ihre Tätigkeit im Bereich der Steuerhinterziehungsbekämpfung beschleunigt. Die Kommission veröffentlichte im Juli 2012 einen *Vorschlag* für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die *strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Europäischen Union gerichtetem Betrug*.⁵⁵ Dieser Richtlinienvor-

⁴⁹ Siehe „Die Arbeit der OECD gegen Steuerhinterziehung“. http://www.oecd.org/document/4/0,3343,de_34968570_34968795_42360324_1_1_1_1,00.html (4.10.2010).

⁵⁰ Siehe eine Auflistung der Maßnahmen: Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat. Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union - Betrugsbekämpfung - Jahresbericht 2011, Brüssel, 19.7.2012., 2.

⁵¹ COM(2011) 293 Mitteilung der Kommission Punkt 4.

⁵² Das Gesamtkonzept zählt vier Möglichkeiten zum Schutz der finanziellen Interessen der EU auf: a) Maßnahmen im Rahmen der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen (Artikel 82)

b) Richtlinien mit strafrechtlichen Mindestvorschriften (Artikel 83)

c) Rechtsvorschriften zur Bekämpfung und Verhütung von gegen die finanziellen Interessen der EU gerichteten Betrugsdelikten (Artikel 310 Absatz 6 und Artikel 325 Absatz 4).

d) Ausstattung von Eurojust mit Untersuchungsbefugnissen (Artikel 85) und Einsetzung einer von Eurojust ausgehenden Europäischen Staatsanwaltschaft zur Bekämpfung von Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der EU (Artikel 86).

⁵³ COM(2012) 363 Vorschlag für Richtlinie Punkt 1.1.

⁵⁴ Berichte der Kommission über die Umsetzung des Übereinkommens über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften (KOM(2004) 709 endg. vom 25.10.2004 und KOM(2008) 77 endg. vom 14.2.2008).

⁵⁵ COM(2012) 363 Vorschlag für Richtlinie.

schlag soll die im Jahre 2001 erlassene Richtlinie über den strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der Gemeinschaft ersetzen.

Es darf nicht unerwähnt bleiben, dass für den verschärften Kampf der EU gegen die Steuerhinterziehung der Lissabonner Vertrag eine neue Grundlage (Art. 83, 325 AEUV) geschaffen hat, worauf aber im Zuge dieses Beitrages nicht eingegangen wird.⁵⁶ Die Kommission erließ am 6.12.2012 einen *Aktionsplan zur Bekämpfung von Steuerhinterziehung und Steuerbetrug* in der EU.⁵⁷ Die Entschlossenheit des Europäischen Parlamentes zeigt ihre Entschließung über die konkreten Maßnahmen zur Bekämpfung von Steuerbetrug und Steuerhinterziehung.⁵⁸

Im Folgenden werden beispielhaft einige Merkmale der Regelungen der Steuerhinterziehung in Deutschland, Österreich und Ungarn hervorgehoben, um eine genaue Darstellung der Unterschiede nationaler Vorschriften im Bereich der Steuerhinterziehung zu erreichen, damit gezeigt werden kann, wie unterschiedlich die nationalen Vorschriften im Bereich der Steuerhinterziehung ausgestaltet sind.

V. Über die Ähnlichkeiten und Besonderheiten der nationalen Regelungen in den untersuchten Mitgliedstaaten

1. Systeme des Steuerstrafrechts

Am Anfang sollte klargestellt werden, dass dem Schutz des Haushaltes der jeweiligen Staaten nicht ausschließlich das Steuerstrafrecht dient. Der Haushalt besteht aus Einnahmenseite bzw. aus Ausgabenseite. Das Steuerstrafrecht trägt in den meisten Mitgliedstaaten zum Schutz der Einnahmenseite bei. Die Ausgabenseite wird hingegen durch das Betrugsstrafrecht geschützt. Die nationale Regelung muss der Erwartung gerecht werden, dass dadurch nicht nur dem eigenen Fiskus, sondern

⁵⁶ MANSDÖRFER, Marco: *Das europäische Strafrecht nach dem Vertrag von Lissabon - oder: Europäisierung des Strafrechts unter nationalstaatlicher Mitwirkung*, in: hrrs 2010/1, 12.; JACSÓ, Judit: *Überlegungen zur Harmonisierung des Steuerstrafrechts in der EU - Utopie oder Wahrheit?*, in: GAL István László (Hrsg.): *Tanulmányok Tóth Mihály professzor 60. születésnapja tiszteletére*, Pécsi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kar, Pécs, 2011, 319-331.

⁵⁷ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat. Aktionsplan zur Verstärkung der Bekämpfung von Steuerbetrug und Steuerhinterziehung, COM (2012) 722, Brüssel, den 6.12.2012.

⁵⁸ *Entschließung des Europäischen Parlaments zur Forderung nach konkreten Maßnahmen zur Bekämpfung von Steuerbetrug und Steuerhinterziehung (2012/2599(RSP))*.

auch dem Haushalt der EU der gleiche Schutz gesichert wird. Die wichtigsten Erscheinungsformen der Unregelmäßigkeiten zu Lasten des Haushaltes der EU sind laut *Dannecker* in drei Gruppen einzuteilen: a) betrügerische Subventionserschleichungen, b) Hinterziehung von Eingangs- und Ausgabenabgaben und c) Umsatzsteuerhinterziehung.⁵⁹ Auf der Ebene der EU wurde aber das Konzept der einheitlichen Regelung für beide Seiten des Fiskus herauskristallisiert. Dieses Bild zeigt uns die oben dargestellte Entwicklung des Schutzes der finanziellen Interessen.

Sowohl in *Deutschland* als auch in *Österreich* gibt es einen Unterschied zwischen dem Schutz der zwei Seiten. Durch den nationalen Abgabenhinterziehungstatbestand (Steuerhinterziehung) ist die erstgenannte Seite geschützt. Die Ausgabenseite ist aber durch die Betrugs- und Subventionsbetrugstatbestände erfasst. Somit existiert ein getrenntes Abgaben- bzw. Betrugsstrafrecht.⁶⁰ Ein weiterer grundlegender Unterschied zwischen den aufgezählten Straftaten besteht darin, dass die erstgenannten im Strafgesetzbuch und somit im Kernstrafrecht, die Steuerhinterziehung hingegen im Nebenstrafrecht zu finden ist. In *Österreich* ist der Schmuggel bzw. die Hinterziehung von Ausfuhr- bzw. Einfuhrabgaben in einem eigenständigen Tatbestand⁶¹ geregelt, der zum Zollstrafrecht gehört. Ein besonderes Zollstrafrecht existiert hingegen in *Deutschland* nicht. Die deutsche Regelung in § 370 Abs. 1 AO erfasst aufgrund ihrer Regelungstechnik nahezu alle Abgaben, Steuern bzw. Zölle, weitgehend alle Steuerarten. In *Ungarn* schützt hingegen der einschlägige Straftatbestand (Haushaltsbetrug⁶²) gleichzeitig beide Seiten des Fiskus.

Die Ausgestaltung der Regelungen in den ausgewählten Mitgliedstaaten der EU zeigt deutliche Unterschiede auf, wie dies durch die Berichte der Kommission über die Umsetzung des Übereinkommens über den Schutz der finanziellen Interessen der EG bzw. durch die von *Dannecker/Jansen* durchgeführte Forschung⁶³ bestätigt wird. Die Notwendigkeit

⁵⁹ DANNECKER 2013b, 96. Eine andere Aufteilung laut Dannecker: a) Hinterziehung von Abgaben bei der Einfuhr von Waren in die EU, b) Erschleichung von Subventionen bei der Ausfuhr von Waren in Drittländer, c) Hinterziehung von Abgaben und Erschleichung von Subventionen innerhalb der EU. Siehe: DANNECKER 1996, 579-581. Die Gliederung nach Hecker: Hinterziehung von Abgaben bei der Wareneinfuhr, Erschleichung von Erstattungen bei der Warenausfuhr, Abgabenhinterziehung und Subventionserschleichung innerhalb der EU. Siehe: HECKER 2012, § 14 Rn 9-11.

⁶⁰ DANNECKER 2013b, 110.

⁶¹ Österreich: Schmuggel und Hinterziehung von Eingangs- oder Ausgangsabgaben gemäß § 35 FinStrG.

⁶² § 370 StGB.

⁶³ DANNECKER - JANSEN 2007, 29, 79-87.

einheitlicher Grundstrukturen des Steuerstrafrechts in der Europäischen Union wurde durch die von *Dannecker/Jansen* 2007 veröffentlichte Untersuchung aufgezeigt. Seither wurden neue Reformen sowohl in Österreich als auch in Ungarn eingeführt, wodurch das Bild über die nationalen Lösungen noch „bunter“ geworden ist.

Die mitgliedstaatlichen Regelungen können nach *Dannecker/Jansen*⁶⁴ in drei Modelle des Steuerstrafrechts eingeteilt werden.

- a) In der ersten Gruppe haben die Mitgliedstaaten einen *Einheitstatbestand mit entsprechenden Qualifikationen oder Regelbeispielen*. Der sog. Einheitstatbestand umfasst im Wesentlichen⁶⁵ sämtliche Formen der kriminellen Verkürzung von Steuern.
- b) Die zweite, mit der ersten eng verwandte Gruppe von Steuerstrafrechtssystemen bestraft neben der *Steuerhinterziehung unter dem Begriff des Steuerbetruges* in besonderer Weise bestimmte Arten der Steuerkriminalität, die mit besonderer krimineller Energie – z. B. betrügerischen Machenschaften (u. a. Urkundenmanipulation) – begangen werden.
- c) In manchen Mitgliedstaaten (z. B. Dänemark, Slowenien, Griechenland) sind die steuerstrafrechtlichen Tatbestände in spezialgesetzlichen *Einzelsteuerregelungen* zu finden.

Sowohl *Deutschland* als auch *Ungarn* gehören zur ersten Gruppe der Mitgliedstaaten, wo ein Einheitstatbestand existiert. Die formelle Technik der Gesetzgebung weist insofern Unterschiede zwischen der deutschen und ungarischen Lösung auf, als die Strafvorschrift der Steuerhinterziehung in Ungarn Eingang in das StGB gefunden hat, während die entsprechende Straftat in Deutschland in den Verfahrensregelungen des Steuerrechts, der Abgabenordnung, zu finden ist. Es muss darauf hingewiesen werden, dass die ungarische Regelung 2011 eine konzeptionelle Neugestaltung erfuhr. Diese Lösung gehört weiterhin zum Einheitstatbestand, dadurch sind aber sämtliche Formen der den Haushalt schmälernden Handlungen erfasst, worauf auch der Name des Tatbestandes (Haushaltsbetrug) hindeutet. *Österreich* ist zu der zweiten Regelungspra-

⁶⁴ DANNECKER - JANSEN 2007, 21-22, 31-32.

⁶⁵ Nur bestimmte Steuerarten wie die meisten Kirchensteuern oder kommunale Abgaben unterfallen bei betrügerischen Handlungen dem allgemeinen Betrugstatbestand.

xis übergegangen. Mit der Finanzstrafgesetznovelle 2010⁶⁶ versuchte der österreichische Gesetzgeber, neue Mittel im Kampf gegen die Steuer-sünder einzusetzen. Neben der einfachen⁶⁷ und qualifizierten Abgaben-hinterziehung⁶⁸ ist eine spezielle Deliktform⁶⁹ im Gesetz eigenständig geregelt, welche in anderen Mitgliedstaaten gegebenenfalls als Betrug einzustufen bzw. in Konkurrenz mit der Steuerhinterziehung festzulegen ist.

2. Systematische Eingliederung des Steuerstrafrechts in die nationalen Rechtssysteme in Deutschland, Österreich und Ungarn

Es stellt sich die Frage, wo die einschlägigen Regelungen in den nationalen Rechtssystemen verankert sind. Ich habe mich am Anfang der Untersuchungen damit konfrontiert gesehen, dass ganz unterschiedliche regelungstechnische Lösungen von den ausgewählten Staaten angewandt werden. Während *Deutschland* die einschlägigen Vorschriften in die Abgabenordnung (AO)⁷⁰ eingeführt hat, hat der *österreichische* Gesetzgeber einen selbständigen Finanzstrafkodex⁷¹ geschaffen, der, ähnlich dem Kernstrafrecht, aus einem Allgemeinen und Besonderen Teil sowie den verfahrensrechtlichen Vorschriften besteht. In beiden Staaten gehört das Steuerstrafrecht somit zum Nebenstrafrecht. In *Ungarn* hingegen ist der Haushaltsbetrug als Wirtschaftsdelikt im Kernstrafrecht zu finden. Der Tatbestand ist im Kapitel über die Wirtschaftsdelikte (XVII.) unter dem dritten Titel „Finanzstraftaten“ im StGB⁷² zu finden.

Es stellt sich zunächst die Frage, inwieweit die Regelungen des Kernstrafrechts in Deutschland bzw. in Österreich angewandt werden. Wenn die einschlägigen Normen der AO oder anderer Steuergesetze in *Deutschland* keine besondere Regelung enthalten, dann gelten die Rege-

⁶⁶ BGBl. I Nr. 104/2010, vgl. zu den Details der Reform des öFinStrG: LEITNER, Roman - BRANDL, Rainer - SCHROTTMEYER, Norbert - TOIFL, Gerald: *SWK-Spezial Finanzstrafgesetz-Novelle 2010 Vollständige Erstkommentierung*, Linde Verlag, Linz, 2010.

⁶⁷ Abgabehinterziehung (§ 33 FinStrG).

⁶⁸ Strafe bei gewerbsmäßiger Tatbegehung, Strafe bei Begehung als Mitglied einer Bande oder unter Gewaltanwendung (§ 38, § 38a FinStrG).

⁶⁹ Abgabebetrug (§ 39 FinStrG).

⁷⁰ Abgabenordnung (AO) in der Fassung der Bekanntmachung vom 1. Oktober 2002. (BGBl. I S. 3866, ber. I S. 61.)

⁷¹ Bundesgesetz vom 26. Juni 1958, betreffend das Finanzstrafrecht und das Finanzstrafverfahrensrecht (Finanzstrafgesetz - FinStrG).

⁷² Gesetz Nr. IV von 1978 über das Strafgesetzbuch. In Ungarn trat 2013 ein neues Strafgesetzbuch in Kraft. (Gesetz Nr. C. von 2012 über das Strafgesetzbuch).

lungen des StGB und anderer allgemeiner Gesetze. In dieser Hinsicht ist zu sagen, dass das in der AO geregelte Steuerstrafrecht keine abschließende Regelung des Steuerstrafrechts darstellt.⁷³ Dies ergibt sich aus der allgemeinen Formulierung des § 369 Abs. 2 AO.⁷⁴ In *Österreich* gibt es eine andere Lösung, die nach dem StGB⁷⁵ in Finanzstrafsachen grundsätzlich nicht anzuwenden ist.⁷⁶ Ausgenommen sind von dieser Hauptregel nur einige Sonderregelungen, bei denen explizit auf die Anwendung einiger Bestimmungen des StGB hingewiesen wird. Daraus folgt aber gemäß der Argumentation a contrario, dass die nicht genannten Normen des Allgemeinen Teiles des StGB nicht anzuwenden sind. Eine allgemeine subsidiäre Anwendung des StGB, wie es in Deutschland der Fall ist, kommt in dieser Hinsicht in *Österreich* nicht in Betracht.⁷⁷

<i>Quelle der einschlägigen Vorschriften</i>		
Deutschland	Österreich	Ungarn
Abgabenordnung (AO)	Finanzstrafgesetzbuch (FinStrG)	Strafgesetzbuch (StGB)
gemeinsam mit den steuerrechtlichen Regelungen	eigenständiges Gesetzbuch für materielle bzw. verfahrensrechtliche Vorschriften	kein eigenständiges Gesetz, unter anderen Straftaten im Strafkodex
↓		↓
Nebenstrafrecht		Kernstrafrecht

Systematischer Überblick.

⁷³ RANSIEK, Andreas, in: KOHLMANN, Günther, Steuerstrafrecht, Kommentar, 49. Lieferung, Okt. 2013, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, § 369 AO Rn 10.

⁷⁴ „Für Steuerstraftaten gelten die allgemeinen Gesetze über das Strafrecht, soweit die Strafvorschriften der Steuergesetze nichts anderes bestimmen.“

⁷⁵ Bundesgesetz vom 23. Jänner 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen (Strafgesetzbuch - StGB).

⁷⁶ OGH 23.04.2008 13Os16/08i.

⁷⁷ LEITNER, Roman - PLÜCKHAHN, Otto: *Finanzstrafrecht kompakt*, 2. Auflage, Linde, Wien, 2012, Rn 1.

3. Die Frage des geschützten Rechtsgutes

Sowohl in *Deutschland* als auch in *Österreich* ist mit dem Tatbestand der Steuerhinterziehung/Abgabenhinterziehung (Abgabebetrag) der Anspruch des Staates auf die Steuereinnahmen geschützt, und unmittelbar das Besteuerungssystem des Staates, worunter auch das abgabenverfahrensrechtliche Mitwirkungssystem (Abgabehoheit des Staates) verstanden wird.⁷⁸ In *Ungarn* ist hingegen der Haushalt in den Mittelpunkt des Schutzes gestellt. Mittelbar wird das Interesse der Bürger, die ihren Steuerverpflichtungen nachkommen, am ordnungsgemäßen (prudenten) Funktionieren des staatlichen Budgets und unmittelbar werden durch den Tatbestand die Budgets geschützt.⁷⁹

Es stellt sich zunächst die Frage, inwieweit die nationalen Straftatbestände die EU-Interessen berücksichtigen. Sowohl in Deutschland als auch in Österreich sind durch die einschlägigen steuerstrafrechtlichen Tatbestände sowohl die Einfuhr- bzw. Ausfuhrabgaben, die von anderen Mitgliedstaaten oder der EU verwaltet werden bzw. die harmonisierten Umsatzsteuern oder Verbrauchsteuern erfasst. Gesetzestechisch gesehen, ist dies in *Deutschland* dem Tatbestand der Steuerhinterziehung⁸⁰ und in *Österreich* dem finanzstrafrechtlichen Begriff der Abgaben⁸¹ zu entnehmen. Durch diese Regelungstechnik werden *unmittelbar auch die finanziellen Interessen der Europäischen Union geschützt*.⁸²

Im *ungarischen* StGB gibt es eine Legaldefinition des Haushaltes im strafrechtlichen Sinne, derzufolge ausdrücklich auch der Haushalt der EU in den strafrechtlichen Schutz einbezogen ist. Hinsichtlich der Haushalte von anderen Mitgliedstaaten ist zu bemerken, dass *nur* die Ausgabenseite durch den Tatbestand des Haushaltsbetruges geschützt wird.⁸³

⁷⁸ LEITNER - PLÜCKHAHN 2012, Rn 122.

⁷⁹ Gesetzesbegründung zum § 2 Gesetz Nr. LXIII über die Änderung des StGB.

⁸⁰ § 370 Abs 6 AO.

⁸¹ § 2 Abs 1 lit c FinStrG.

⁸² SCHMITZ, Roland - WULF, Martin: § 370 AO, in: JOECKS, Wolfgang - SCHMITZ, Roland: *Strafgesetzbuch, Nebenstrafrecht II*, Münchener Kommentar, 2010. Rn 9; BÜRGER, Sebastian: *Das deutsche Steuerstrafrecht*, in: DANNECKER - JANSEN 2007, 168.

⁸³ § 313/E StGB „Unter Budget sind die Budgets des öffentlichen Haushaltes (einbezogen sind auch der Haushalt der Sozialversicherungsfonds und der eigenständigen staatlichen Fonds), das Budget einer internationalen Organisation, wenn das Budget durch die gegebene Organisation oder in ihrem Namen verwaltet wird, darüber hinaus im Namen der Europäischen Union verwaltete Haushalte bzw. Fonds zu verstehen. Unter dem Begriff der aus einem Haushalt stammenden Geldmittel wird zusätzlich der von einem anderen Staat verwaltete Haushalt bzw. Fonds verstanden.“

4. Erfassung der schweren Steuerhinterziehungsfälle durch die nationalen Regelungen

Es wird im Folgenden untersucht, in welcher Form die organisierte bzw. gewerbsmäßige Straftatbegehung in den nationalen Strafgesetzbüchern bestraft wird. Es sind zwischen den österreichischen bzw. ungarischen Regelungen folgende Ähnlichkeiten bezüglich der qualifizierten Fälle der Steuerhinterziehung zu entdecken. In *Österreich* sind sowohl die Begehung der Abgabenhinterziehung als Mitglied einer Bande⁸⁴ (kriminelle Vereinigung) als auch die gewerbsmäßige Straftatbegehung⁸⁵ mit höheren Strafrahmen und somit eindeutig als qualifizierte Fälle des Grunddeliktes zu ahnden. Der *ungarische* Gesetzgeber hat neben der strengen Wertqualifikation diese zwei Merkmale ebenso mit schwereren Strafrahmen bedroht. Ganz anders ist die Lage in *Deutschland*, wo die Steuerhinterziehung keine qualifizierten Fälle, sondern „nur“ Regelbeispiele oder, noch genauer, Strafzumessungsumstände enthält, unter denen ebenso die Begehung als Mitglied einer Bande zu finden ist.⁸⁶ Die Anwendung der erhöhten Strafrahmen ist aber nicht gesetzlich vorgeschrieben, es hängt von den konkreten Umständen ab.

VI. Schlusswort

Auf Unionsebene wurden in der letzten Zeit wichtige Schritte unternommen, damit sowohl die EU als auch die Mitgliedstaaten Steuerbetrug und Steuerhinterziehung besser bekämpfen können. Der Unionsgesetzgeber hat dazu ein „umfassendes Instrumentarium“ entwickelt.⁸⁷

Wie darauf oben hingewiesen wurde, hat die Kommission am 11.7.2012 den *Vorschlag für eine Richtlinie über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Europäischen Union gerichtetem Betrug* vorgelegt, der die Schaffung einer *einheitlichen Regelung* zum Schutz der finanziellen Interessen der EU vorschreibt und den Mitgliedstaaten Umsetzungspflicht auferlegt. Unter den geprüften nationalen Regelungen ist die ungarische Lösung des Einheitstatbestandes hervorzuheben, welche nicht dem klassischen Modell der Bestrafung der Steu-

⁸⁴ § 38a FinStrG.

⁸⁵ § 38 FinStrG.

⁸⁶ § 370 Abs 3 z 5 AO.

⁸⁷ Siehe Beitrag der Kommission zum Europäischen Rat am 22. Mai 2013. (http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/tax_de.pdf) (20.06.2013).

erdelikte entspricht, aber die Forderung des Kommissionsvorschlages bezüglich einer einheitlichen Regelung erfüllt. Wie dieser Versuch Ungarns sich in der Praxis bewährt, bleibt aber abzuwarten.

How Should the Legal Systems of Eastern Europe Be Classified Today?

Katalin Kelemen

*Senior Lecturer
Örebro University, Sweden*

Balázs Fekete

*Associate Professor, Research Fellow
Pázmány Péter Catholic University,
Hungarian Academy of Sciences
Centre for Social Sciences Institute
for Legal Studies*

I. Introduction

The classification of Eastern European legal systems has always been a challenge for comparatists. The rise and demise of socialism in the region complicated the picture even more. The recent developments have revealed what had already been suspected by several scholars: the traditional conceptual framework of legal families is in a profound crisis. How should legal systems of Eastern Europe be classified today, after the collapse of the socialist regimes? We try to answer this question in our article.

Before turning our attention towards the comparatists' different classifications of the formerly socialist countries of Eastern Europe, some remarks should be made about the taxonomic approach adopted by the authors of this article. Classification of legal systems can be both the starting point and the final goal of a comparative research study. If one decides to use it as a starting point, one does so because it makes it easier to understand the huge quantity of data that one has to deal with during one's work.¹ The grouping of the legal systems under analysis offers the comparatist some analytical parameters; in the case of Eastern Europe, for example, the distinction between East-Central Europe and Eastern Europe in a strict sense can be useful for comparative research. Although

¹ As John Hazard explains: "Classification is suggested only to facilitate study of otherwise unwieldy bodies of information. It is only a first step, after which the researcher is expected to explore the detail and determine variations on the model. In so doing, it will be evident that some variations result from the impact of a neighbouring contrasting system upon the historic base." See HAZARD, John: *Book review of Droit Comparé by Éric Agostini*. (1990) 38 *American Journal of Comparative Law* 191, 192.

this distinction is mainly rooted in historical studies – for instance some historians, the Hungarian Jenő Szűcs,² or the Polish Piotr Wandycz³ regarded East-Central Europe as a distinct historical region having certain unique socio-political features –, it should also be admitted that they can imply important lessons for comparative legal studies.

It is also important to note in passing that the result of a comparative study is often the modification of the classification used as a starting point, and in this case the new classification will be used as a starting point for a new comparative study. Therefore, it is better to consider classification as a means rather than as an objective.⁴

Furthermore, it must be borne in mind that a general classification of legal systems is not possible, but must be limited to a branch of law or to a particular field.⁵ Comparatists have traditionally studied private law, but today classifications are used also in the field of public law. Especially thought-provoking are the words of Ugo Mattei:

“[C]onstitutional law is, at least at a textual level, political in origin and does not reveal much about the deep structure of legal systems. At the same time, procedure, capable of offering notable insights when analyzed in the context of the entire legal process, is increasingly the object of continuous, radical changes due to practical organizational needs.”⁶

The experience of socialism turned out to be an interlude in the history of Eastern Europe. Since jurists under that system had to implement this theory for the first time, it gave them the possibility to work out new norms, even if they were intended to be transitional – part of the path towards Communism in which the state and the law ceased to exist, in conformity with the ideas of Karl Marx.⁷ Socialist law indeed remained in force only for a limited period (a half century in East-Central Europe,

² Cf. Szűcs, Jenő: *The Three Historical Regions of Europe*, in: GESSNER, Volkmar – HOELAND, Armin – VARGA, Csaba (eds): *European Legal Cultures*. Dartmouth, Aldershot, 1996, 14.

³ Cf. WANDYDZ, PIOTR S.: *The Price of Freedom. A History of East Central Europe from the Middle Ages to the Present*. Routledge, London and New York, 1992.

⁴ See VARANO, Vincenzo – BARSOTTI, Vittoria: *La tradizione giuridica occidentale*. Giappichelli, Torino, 2006, at 34. According to the authors every classification is inevitably imperfect and relative, so bearing an instrumental and temporary value, and is bound by the goal proposed by the comparatist scholar.

⁵ For a further discussion see ZWEIGERT, Konrad – KÖTZ, Hein: *Introduction to Comparative Law*. Clarendon Press, Oxford, 1998. 63–73; ANCEL, Marc: *Le comparatiste devant les systèmes (ou «familles») de droit*, in: BERNSTEIN, Herbert – DROBNIG, Ulrich – KÖTZ, Hein (eds): *Festschrift für Konrad Zweigert*. J. C. B. Mohr, Tübingen, 1981, 355.

⁶ See MATTEI, Ugo: *Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems*, (1997) 45 *American Journal of Comparative Law* 5., 18.

⁷ See DAVID, René: *Two Conceptions of Social Order*. (1983) 52 *University of Cincinnati Law Review* 136, 141.

some decades more in the Soviet Union), but for reasons completely different from the intentions of its creators. Even though, after the fall of the Iron Curtain, Eastern European countries aimed at erasing every trace of the old regime, this historical period still left its mark on their legal systems.⁸ This circumstance certainly does not help the work of the comparatist, who tries to place the Eastern European legal systems in one of the classical legal families. It is not possible anymore to homogenise the region, relying upon a uniform political system such as government; codes and constitutions now differ considerably and follow different models, sometimes even non-European models.

II. Classifications and re-classifications of Eastern European legal systems

The experience of socialism definitely facilitated the work of the comparatists, creating as it did a seemingly homogeneous area classifiable as a 'socialist legal family'. So a new comparative discipline was born in the West, called Sovietology,⁹ which focused on the study of the Soviet Union (due to its prominent position in international relations) and dealt with the satellite countries only marginally. The majority of comparatists joined the separatist thesis, which applied a tripartition of the Western legal tradition into civil law/common law/socialist law, but there were also some other scholars who continued to consider the legal systems of socialist countries as a subgroup of the civil law family.¹⁰ Furthermore, certain comparatists of the socialist world also tried to make a distinction between Soviet Law and the legal systems of socialist East-Central European countries, mostly due to historical and economic reasons.¹¹ So, schol-

⁸ See more in: JAKAB, András: *Surviving Socialist Legal Concepts and Methods*, in: JAKAB, András – TAKÁCS, Péter – TATHAM, Allan F.: *The Transformation of the Hungarian Legal Order 1985-2005*. Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2007, 606.

⁹ The most eminent scholars of this discipline were John Hazard, Ferdinand J. M. Feldbrugge and Harold J. Berman.

¹⁰ See FERRERI, Franco: *Quale posto spetta al diritto dei paesi ex-socialisti?* 1992 (No. 3) *Sociologia del diritto* 77. The essay of Ferreri is entitled 'Where to place the law of formerly socialist countries?', but nonetheless it does not offer a new classification (which in 1992, obviously, would have been too difficult). However, the author gives a general retrospective outline of classifications of Eastern European legal orders. Another retrospective article is QUIGLEY, John: *Socialist Law and the Civil Law Tradition*, (1989) 37 *American Journal of Comparative Law* 781.

¹¹ Cf. PÉTERI, Zoltán: *Reception of Soviet Law in Eastern Europe: Similarities and Differences between Soviet and East-European Law*, (1987) 61 *Tulane Law Review* 1397; EÖRSI, Gyula: *Com-*

ars of the 'other side' were also aware of the existing differences within the general Soviet model.

Most of the taxonomic studies that examined Eastern Europe were completed in the 1990s, as a result of the high interest in the regime change and the reforms introduced after the breakdown of the socialist regime. The interest seems to have been lost in the first decade of this century. Only some of the recent handbooks of comparative law tackle in depth the problem of the re-classification of the legal systems of formerly socialist countries.¹² The more time passes, the greater the need for a new classification. But before explaining our proposal for re-classification, let's see how other scholars have addressed the problem. The classifications of Eastern European countries used by comparatists in the last two decades can be grouped into five categories:

1. No deviation from civil law

For some comparatists, the formerly socialist countries of Eastern Europe have never left the civil law family. These scholars did not join the separatist thesis during the socialist era. One of them, Mario Losano, in 1978 justified his choice by explaining that in these legal systems the principle source of positive law is the abstract and general norm enacted by the competent authority, which collect these norms in codes, in the same way as other civil law systems do. According to Losano, the real difference between Soviet law and other continental European legal systems was not the form but the content.¹³ It is interesting to see that another comparatist, Alessandro Pizzorusso, reached exactly the opposite conclusion. He considers the different content of socialist law sufficient to justify the establishment of a separate legal family, and states that socialist law distinguishes itself from the other two legal families (i.e., civil law and common

parative Civil (Private) Law. Akadémiai Kiadó, Budapest, 1979, 203.

¹² It is worth noting that the community of comparatists lost three of their greats during the period of democratic transition in Eastern Europe. René David passed away in May 1990, and Rudolf Schlesinger and Konrad Zweigert in 1996, so they could not evaluate the regime change and the development of Eastern European legal systems.

¹³ See the first edition of the handbook of LOSANO, Mario G.: *I grandi sistemi giuridici: introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*. Einaudi, Torino, 1978, 117-118. The author maintains this approach also in the more recent edition of 2000: see LOSANO, Mario G.: *I grandi sistemi giuridici*. Einaudi, Torino, 2000, 159-163. Another example of this approach is FERRERI 1992.

law) not because of the techniques it employs, but because of how the law is conceived and what role is given to it.¹⁴

2. Return to civil law

Many authors state, instead, that formerly socialist countries, or some of them, have returned to their roots of civil law. Hubert Izdebski uses the concept of a ‘common Central European legal tradition’, and states that some of these countries suddenly ‘found themselves’ in Central Europe again; but he does not specify which countries.¹⁵ The handbook of Mary Ann Glendon, Michael Wallace Gordon and Christopher Osakwe, published in 1994, divides the ‘socialist legal tradition’ into three sub-groups (the Central and Eastern European, the Chinese and Southeast Asian, and developing countries), and asserts that the first “has abandoned socialist law and returned to its civil law roots”.¹⁶ According to the authors, “in 1993 the Central and Eastern European sub-group within socialist law left the socialist law orbit and reunited with the continental European civil law system”, but they do not offer an explanation for the choice of that date.¹⁷ Radical changes were made to the third edition of this handbook, which was published in 2006. Two of the three authors were replaced, and they decided to eliminate the entire chapter dedicated to the rise and fall of the socialist legal tradition that appeared in the 1994 edition. The new version simply abstains from addressing Eastern Europe and does not contain any analysis of formerly socialist countries.¹⁸

Mark Van Hoecke and Mark Warrington in a co-authored article write that “today nobody denies that most Central and Eastern European

¹⁴ See PIZZORUSSO, Alessandro: *Sistemi giuridici comparati*. Giuffrè, Milano, 1998, 80.

¹⁵ See IZDEBSKI, Hubert: *General Survey of Developments in Eastern Europe in the Field of Civil Law*, in: GINSBURGS, George – BARRY, Donald B. – SIMONS, William B. (eds.): *The Revival of Private Law in Central and Eastern Europe*. Nijhoff, Dordrecht, 1996, 3. However, later on he adds that the Czech Republic, Hungary and Poland “display a clear tendency to establish overt ‘capitalist’ institutions in both politics and the economy” (see: *ibid.* 5).

¹⁶ See GLENDON, Mary A. – GORDON, Michael W. – OSAKWE, Christopher: *Comparative Legal Traditions: Texts, Materials, and Cases on the Civil and Common Law Traditions*. West, St. Paul, Minn., 1994, 396.

¹⁷ *Idem*, 401. The choice of year 1993 is probably due to the fact that the handbook was written between 1993 and 1994, and the authors believed that the democratic transition in Central and Eastern Europe had been already concluded.

¹⁸ See GLENDON, Mary A. – CAROZZA, Paolo G. – PICKER, Colin B.: *Comparative Legal Traditions: Texts, Materials and Cases on Western Law*. West, St. Paul, Minn., 2007. Together with the chapter on the socialist legal tradition and also the chapter on Community law was eliminated from this new edition.

private law systems belong to the same Roman law tradition as the other European legal systems”, but again without specifying which countries they mean. Their essay adopts a critical approach towards classifications, and points out that the changes that occurred in Central and Eastern Europe, rather than simplifying the comparative work, have challenged our traditional conceptual framework of ‘legal families in the world’. The authors explain:

“At first sight comparative law seemed to have become rather more simple. At a second glance, however, it was somewhat embarrassing to see how a pure *political* change, directly affecting only public law, could make a private law family disappear at once. In a more critical approach, one had to ask whether it did not mean that something was wrong with the traditional legal family classification as such. (...) If this common legal tradition had been interrupted for (barely) a few decades, it is not because private law changed fundamentally, but because traditional areas of private law were taken over by public law during that period.”¹⁹

To cite another example, in a recent handbook of Michael Reiner only one sentence is dedicated to the formerly socialist countries, and it affirms that as a result of political transformation and legislation bound by continental principles, these countries have to be ascribed to the Romanist legal family.²⁰

Among Italian comparatists, Rodolfo Sacco and Antonio Gambaro dedicate a separate chapter to the law of formerly socialist countries already in the first edition of their well-known handbook entitled *Sistemi giuridici comparati*,²¹ published for the first time in 1996. They extend their analysis in the following edition published in 2002,²² and leave it unaltered in the last edition of 2008.²³ Sacco and Gambaro divide Eastern Europe into three areas: countries which have always been clearly European (giving the example of the Czech Republic), countries which imported a European legal system, but do not have a comparable legal tradition (cit-

¹⁹ See VAN HOECKE, Mark – WARRINGTON, Mark: *Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law*, (1998) 47 *International and Comparative Law Quarterly* 495, 499. Emphasis in the original.

²⁰ See RAINER, Michael: *Corso di sistemi giuridici comparati*. Giappichelli, Torino, 2004, 50.

²¹ See GAMBARO, Antonio – SACCO, Rodolfo: *Sistemi giuridici comparati*. UTET, Torino, 1996, 456–460.

²² See GAMBARO, Antonio – SACCO, Rodolfo: *Sistemi giuridici comparati*. UTET, Torino, 2002, 461–469.

²³ See GAMBARO, Antonio – SACCO, Rodolfo: *Sistemi giuridici comparati*. UTET, Torino, 2008, 333–339.

ing the example of Russia), and countries of non-European culture (the former Soviet Union's Muslim republics).²⁴

3. *A unique and separate group?*

Thirdly, there are scholars who think that formerly socialist countries for the time being form a separate group. Among them we can find the editors of the last two editions of Rudolph Schlesinger's casebook, who writes that Eastern European countries are "constructing a new legal system which, in the end, may well be classifiable, purely and simply, as civil law"; but for the moment they "still form a distinct group, differentiated by the common problems they face in connection with the transition from central planning to a market economy and to a system in which law is perceived as imposing effective restraints on the exercise of power."²⁵ The editors base their position on an essay written in 1995 by Viktor Knapp, a Czech scholar who points out that the disappearance of the socialist system did not bring the establishment of a new legal family, since the previously unifying feature did not exist anymore, but according to Knapp this does not mean that the formerly socialist countries do not form, at least temporarily, a geopolitical unity.²⁶

In this group of comparatists we can include also the English scholar Peter de Cruz, who still considers the return of the formerly socialist countries to their civil law roots as uncertain. In his words:

"[I]t is arguable that many former socialist countries will return to their civil law roots, but if they retain some of their former ideology, or are 'converted' to capitalism and adopt Western-style laws, they will certainly become 'hybrid systems' of law. If it is a combination of civil and quasi-military law, this will not conform to the classical notion of a hybrid system because, although the traditional conception of a hybrid legal system is one in which more than one legal system co-exists, this usually refers

²⁴ See GAMBARO – SACCO 2008, 335.

²⁵ See SCHLESINGER, Rudolph B. *et al.*: *Comparative Law: Cases, Texts, Materials*. Foundation Press, New York, 1998, 286. This part of the casebook was updated by Edward M. Wise. The same approach is kept in the recent edition: see MATTEI, Ugo A. – RUSKOLA, Teemu – GIDI, Antonio: *Schlesinger's Comparative Law*. Foundation Press, New York, 2009, 261–262.

²⁶ See KNAPP, Viktor: *Comparative Law and the Fall of Communism*, (1995) 2 Parker School Journal of East European Law 525.

to a system in which both common law and civil law types of law can be found, but which operate in different contexts and spheres.”²⁷

An Italian comparatist, Gianmaria Ajani, defined the group ‘post-socialist model’, placing it in the wider and more flexible area of the Western legal tradition,²⁸ “where the geographic and cultural limits that have traditionally been used in order to classify national legal systems into «legal families» no longer matter”.²⁹ Despite this, Ajani leaves open the question of whether, and to what extent, the socialist period (which in many cases corresponded to the period of unification of law at the national level after centuries of particularism and pluralism of sources of law) left an imprint on the law of Eastern Europe in the form of a ‘layer’.³⁰ Therefore we can maybe speak about a ‘socialist substratum’, in the same way as Rodolfo Sacco, in an illuminating essay published in the 1960s, considered the presence of a ‘Romanist substratum’ in the law of these countries during the socialist period.³¹

A completely different approach is adopted by Ugo Mattei, who proposed a new and innovative classification of legal systems in the 1990s, based on the role of the law as perceived in the Weberian sense, that is to say as a tool of social organisation. Mattei explains:

“The simple idea behind it – not completely new in comparative circles – is that in all societies there are three main sources of social norms or social incentives which affect an individual’s behavior: politics, law, and philosophical or religious tradition (hereon I will use the term «tradition» to refer to both). [...] Legal systems may be classified in a tripartite scheme according to the source of the social behaviour that plays the leading role in them. A basic epistemological assumption of this paper is

²⁷ See DE CRUZ, Peter: *Comparative Law in a Changing World*. Routledge-Cavendish, Abingdon, 2007, 186.

²⁸ See AJANI, Gianmaria: *Il modello post-socialista*. Giappichelli, Torino, 2008.

²⁹ See AJANI, Gianmaria: *By Chance and Prestige: Legal Transplants in Russia and Eastern Europe*, (1995) 43 *American Journal of Comparative Law* 93, 95. Ajani explains moreover that “[i]n the 45 (or 70) years that elapsed between the beginning and the end of the socialist experiment, the major distinctions have been blurred, not only among civil law systems, such as French and German, but between them and the common law.”

³⁰ See AJANI, Gianmaria: *Diritto dell’Europa orientale*. UTET, Torino, 1996, 14. However, Ajani makes a distinction between East-Central Europe and the former republics of the Soviet Union, arguing that the legal systems of the latter remain highly homogeneous, as they are pervaded by the central Soviet model. *Ibid.* 10.

³¹ See SACCO, Rodolfo: *Il substrato romanistico del diritto civile dei paesi socialisti*, (1969/I) *Rivista di Diritto Civile* 115.

that not only law in the Western sense, but also politics and tradition *are patterns of law*.³²

So Mattei's taxonomy wishes to adapt Max Weber's tripartition to the needs of comparative law.³³ He underlines that in each legal system all three patterns can be seen in play and, consequently, they can be grouped into families according to the hegemony of one certain pattern. But the hegemonic pattern is not the only one present in the legal system, and occasionally the other two non-hegemonic patterns will determine certain legal outcomes in an unofficial, cryptic way.³⁴

In this new and original taxonomy proposed by Mattei, the majority of Eastern European countries are in the pattern of the 'rule of political law', with the possible exception of Poland, Hungary and the Czech Republic, where "socialist law had to face a highly sophisticated civilian legal heritage and whose impact has been therefore less deep."³⁵ Regardless, Mattei does not justify this statement, and why are Slovenia and the Baltic states excluded from the "possible exceptions". The explanation may be found in a footnote of the paper, in which the author explains that some of his choices are "based mostly on intuition and sensibility rather than on measuring devices unavailable at this point."³⁶ Furthermore, the 'rule of political law' pattern is divided into two subsystems: the 'law of transition' group including the formerly socialist countries (excluding the above-mentioned 'possible exceptions') and the 'law of development' group, which can in turn be divided into African law and Latin American studies.³⁷ This classification is shared by two other Italian professors, Gianmaria Ajani³⁸ and Giuseppe Portale³⁹, who adopt it in their handbooks.

In the triangle proposed by Mattei, the three apexes consist of law, politics and tradition, while economy is not considered to be a principal source of social norms. As regards socialist legal systems, we can observe that the Marxist ideology gives primacy to economic relations over politi-

³² See MATTEI 1997, 12-13. Emphasis in the original.

³³ Ibid. 18.

³⁴ Ibid. 14.

³⁵ Ibid. 30.

³⁶ He continues: "[T]he actual content of the taxonomy and the choices I make are aimed mostly to clarify my taxonomy and I am not particularly fond of any one of the dubious ones that I have entered." Ibid. 17, note 52.

³⁷ Ibid. 41.

³⁸ See AJANI, Gianmaria: *Sistemi giuridici comparati: lezioni e materiali*. Giappichelli, Torino, 2005, 16-17.

³⁹ See PORTALE, Giuseppe B.: *Lezioni di diritto privato comparato*. Giappichelli, Torino 2001, 31.

cal and legal relations in society. In practice, however, it is beyond doubt that it was politics that had primacy.

4. No reference to the question

Lastly, there are scholars who, explicitly or not, refrain from taking sides. In the preface to the tenth edition of René David's treatise, published in 1992, Camille Jauffret-Spinosi writes that, since 1989, new but still uncertain perspectives have been appearing in Eastern Europe; it is still impossible to say today how the political regime of these countries will be tomorrow, what kind of economic structure will be established, and when it will happen.⁴⁰ David himself wrote a few pages about the historical events that marked the end of the 1980s, and concluded that these events were too recent to enable the prediction of what would happen later.⁴¹

Other famous authors who refrain from taking a position are Konrad Zweigert and Hein Kötz. It is interesting to follow the changes made to their handbook in this regard. In the preface (written by Kötz in May 1991) to the Italian translation of the second edition, we can read that the complete elimination of the chapter on the socialist legal systems seemed "too radical" a choice, and that it was not yet at all certain if the choice for democracy and market economy had been definitive in these countries.⁴² In the third edition published in 1998, however, this chapter was removed. The explanation can be found in the preface, written in September 1995: "The 'socialist legal family' is dead and buried, and although it will take a long time to erase the traces of more than forty years of total subjection to political ideology, it seemed right to discard the chapters on socialist law."⁴³ But the authors did not include references to Eastern European countries in the remaining chapters. They limited themselves to observing that "the socialist legal family is dead and buried", proving their Eurocentric approach. Indeed, if we consider the legal systems of the world, socialist law is not dead and buried at all, since it still survives on in other continents (see, for example, the Chinese legal system).

⁴⁰ See DAVID, René – JAUFFRET-SPINOSI, Camille: *Les grands systèmes des droit contemporains*. Dalloz-Sirey, Paris, 1992.

⁴¹ Sections concerning the regime change in Eastern Europe can be found also in other parts of the treatise: *ibid.* n. 134, n. 148-152, n. 165.

⁴² See ZWEIGERT, Konrad - KÖTZ, Hein: *Introduzione al diritto comparato*. Giuffrè, Milano, 1992. VII-VIII.

⁴³ See ZWEIGERT – KÖTZ 1998, V.

Among Italian scholars, Elisabetta Silvestri writes, in a chapter on comparative civil procedure, that it is right to ask if it still makes sense to consider formerly socialist countries as an autonomous legal family or whether it is better to regard them as legal systems that “flew back to the channel of civil law.” Silvestri then decides to consider formerly socialist countries separately for practical reasons, and to leave to others the job of determining whether Eastern European legal systems still form an autonomous legal family or not.⁴⁴

Many of the authors who choose to leave open the question of re-classification keep the chapter on socialist legal systems in their books – even in the more recent editions – and simply transform them in the past tense by adding a brief historical update.

5. Observations and comments

This descriptive outline of the different approaches adopted by legal scholars concerning a possible re-classification of Eastern European legal systems provokes at least three observations. The first of these relates to the few scholars who make a concrete proposal of re-classification; there is no one who makes an attempt to place every single Eastern European country in the suggested new taxonomy, but all limit themselves to cite some examples. This confirms what we stated beforehand relating to the fragmented nature of Eastern Europe and to the linguistic difficulties that in all likelihood discourage scholars from a comprehensive study of the region.

The second observation concerns terminology. Some comparatists use the term ‘former socialist’,⁴⁵ while others write about ‘post-socialist’ countries. It is obvious that the first points to a detachment from the past, while the latter lays emphasis on continuity with it. Careful readers may have noticed that Gianmaria Ajani changed the terminology in the last edition of his handbook entitled *Il modello post-socialista*, and started to use the term ‘post-Soviet’ instead of ‘post-socialist’ without justifying this change in any part of the book.⁴⁶ His intention may have been to point out the specificity of Eastern European socialism in comparison with other experiences of socialism. The authors of this essay favour the term ‘for-

⁴⁴ See DENTI, Vittorio (ed.): *La giustizia civile. Lezioni introduttive*. Il Mulino, Bologna, 2004, 45.

⁴⁵ We chose to use the expression ‘formerly socialist’ instead of ‘former socialist’ for grammatical reasons. ‘Former’ is an adjective, while here an adverb should be used.

⁴⁶ See AJANI 2008, 3.

merly socialist', since these countries are united not by what they are today, but by what they were in the past. This is even truer since democratic transition can be considered as concluded in several countries of Eastern Europe (in particular the ones which are now members of the European Union). Therefore, it may not be correct anymore to refer to 'post-socialist' or 'post-Soviet' countries, but it is better to use simply the geographical denominations: Eastern Europe, East-Central Europe, Central Europe, etc.

Finally, it must also be pointed out that these classification approaches properly showed their own internal limits. Their conceptual framework is mostly based on broad legal questions (ie. the relationship of socialist civil law and Western civilian heritage), generalisations of legal theory (ie. the political nature and function of law in socialist legal systems) and general historical studies (ie. the nature and the main features of the political transition after 1989). Furthermore, they frequently miss the in-depth study of these legal systems and they are also rather negligent toward the new ways of research emerging in the last twenty years. Therefore, we believe that certain new points should be integrated into the research, and in doing so, we hope that we can contribute to a better understanding of the reality of East-Central European legal systems.

III. New ways in the study of East-Central European legal systems

It cannot be denied that nowadays' comparative law has changed considerably. Important scholars argue that comparative law doctrine should include more cultural elements in order to be able to cope with the recent scientific challenges. They advocate various new approaches, from the study of the deep structures of legal systems⁴⁷ to the research of professional and unprofessional attitudes toward law⁴⁸ as a societal phenomenon. These new perspectives might be excessive and ambitious, but it can hardly be denied that today's comparative law needs new impetuses.

In our view – even if we do not claim the label of 'cultural comparatists' – at least three different fields of study can be fruitfully applied in order to acquire a more refined picture of these legal systems. Firstly,

⁴⁷ Cf. LEGRAND, Pierre: *European Legal Systems are not Converging*, (1996) 45 *International & Comparative Law Quarterly* 52.

⁴⁸ Cf. NELKEN, David: *Disclosing/Invoking Legal Culture: An introduction*, (1995) 4 *Social and Legal Studies* 435.

a socio-political analysis of the regional history may help in the understanding of the special historical influences considerably shaping the legal landscape of East-Central Europe during the centuries. Secondly, the so-called 'law and emotions' perspective also seems to be able to provide important insights into the main motives of the last twenty years' regional legal development. Lastly, the study of such basic problems of sociology of law as the citizens' attitude toward law in a regional perspective is also important to get a more nuanced picture about these legal systems. Interestingly, one should also admit that these aspects have generally been out of the scope of traditional comparative law discussions thus far. However, the study of these features may lead us towards more refined conclusions about the place of these legal systems on the legal map of the world than the earlier approaches.

***1. A preliminary remark: the influence of Western law
in the region following 1989 and its limits***

It is a broadly shared scholarly view that the region of East-Central Europe has been strongly influenced by Western legal models from the years of the political transition which started in 1989. The formerly socialist countries incorporated many Western legal institutions into their legal systems during a relatively brief, formative period.⁴⁹ Certain key components of this 'legal transition' – for instance: constitutional courts providing strong constitutional review of legislative acts,⁵⁰ human rights as international and constitutional standards,⁵¹ ombudspersons and equality bodies devoted to anti-discrimination issues⁵² – flourished in the region due to European integration aspirations and various legal assistance activities of the nineties.⁵³ Thus, Western legal thinking comprehensively shaped these

⁴⁹ Cf. MÁDL, Ferenc: *State and Economy in Transformation. Revolution by Law in the Central and Eastern European Countries*. J.C.B. Mohr – Martinus Nijhoff, Tübingen – Dordrecht, 2000, 8–9. (International Encyclopedia of Comparative Law, XVII/23).

⁵⁰ SCHWARTZ, Herman: *The New East European Constitutional Courts, (1991–1992)* 13 Michigan Journal of International Law 741.; VERDUSSEN, Marc (ed.): *La justice constitutionnelle en Europe Centrale*. Bruylant, Bruxelles, 1997.

⁵¹ SAJÓ, András: *Rights in Post-Communism*, in: SAJÓ, András (ed.): *Western Rights? Post-Communist Application*. Kluwer Law International, The Hague, 1996, 139.

⁵² MOON, Gay: *Enforcement Bodies*, in: SCHIEK, Dagmar – WADDINGTON, Lisa – BELL, Mark: *Cases, Materials, and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*. Hart Publishing, Oxford, 2007, 871.

⁵³ For instance, Ajani argues that birth and modernisation of the antitrust law in the region occurred under the strong influence of the EC antitrust model. AJANI, Gianmaria: *Law and*

legal systems whereby many new institutions and instruments arrived from these countries to the earlier socialist legal systems. This importation process also had its natural limits. Both the historical setting of the region and its macro-sociological features were able to hinder the normal functioning of these Western institutions since they were parts of a different socio-historical background. They have formed such regional peculiarities that could even impede the real reception thereby compromising not only the legal reconstruction of the region but the entire transition process which started following 1989. Consequently, the study of these factors has a vital importance if one wants to have a detailed picture of the region capable of challenging the existing vague commonplaces.

2. Socio-political history as an interdisciplinary starting point

The first aspect worthy of being studied is the historical past of formerly socialist countries. It can be easily recognised that the countries of East-Central Europe have such a socio-political past that shares certain common features.⁵⁴ This historical heritage, or special historical setting, could have had a serious impact on their legal development in the last centuries, so it may even justify their common or unitary approach in comparative law.⁵⁵

A prominent Hungarian historian, Jenő Szűcs, asserted in the early Eighties, that the most dominant historical experience of the region of East-Central Europe⁵⁶ is a continuous drift between the influences coming from the West (*Mundus Occidentalis*) and from the East (*Mundus Orientalis*). In order to better understand his theory, it is worthwhile summarising the main lines and special features thereof. Szűcs submits that the newly emerged Bohemian, Polish and Hungarian kingdoms – beside the Eastern borders of the early medieval Western Europe in the 10th and 11th century – swiftly started the creation of socio-political systems following the Western patterns of social and political organisation. This fast

Economic Reform in Eastern Europe. The Transition from Plan Market during the Formative Years of 1989-1994. J.C.B. Mohr – Martinus Nijhoff, Tübingen – Dordrecht, 2006, 14-15. (International Encyclopedia of Comparative Law, XVII/3).

⁵⁴ Cf. SEDLAR, Jean W.: *East-Central Europe in the Middle Ages, 1000-1500.* University of Washington Press, Seattle – London, 1994.

⁵⁵ Cf. ZWEIGERT – KÖTZ 1998, 68-69.

⁵⁶ About the concept of East-Central Europe in general see Szűcs 1996, 14-48. About the historical units of Europe and the other options see DAVIES, Norman: *Europe: A History.* Harper Perennial, New York, 1998.

and fundamentally centrally led process was twofold: it regarded Christianity as an official state religion as well as relying upon the Western socio-political society organising practices. Among others these kingdoms made serious efforts to create a system of vassalage; their political thinkers stressed the moral obligation of the rulers; and they theoretically accepted the separation of 'society' (*civilis societas*) and 'state' (*corpus politicum*).⁵⁷

Due to all these efforts, the outlines of Western styled societies gained solid contour in the region; for instance the formation of nobility and bourgeoisie as well as the unification of the different positions of villeinage were finished at the end of the 14th century. These Western patterns were also deformed to a certain extent, as a part of them remained unambiguously incomplete, another part were even slightly overdeveloped compared to the general Western tendencies.⁵⁸ Contrary to all these deformities influencing the socio-political development – and these peculiarities may be regarded as regional features – it could be asserted that such kingdoms emerged outside the borders of "traditional" Western Europe that essentially adhered to the Western socio-political model. So, the historical room of Europe was considerably widened; and Western Europe, as a socio-political phenomenon, more or less successfully integrated these kingdoms in the second half of the 14th century.

The growth crisis of the 15th century was answered with an expansive colonisation by the West – among other things it laid down the fundamentals of the world market –, but, surprisingly, it triggered qualitatively different reactions in East-Central Europe, namely the introduction of the so-called second villeinage which means that the status of villains hopelessly paralyzed for centuries was absolutely contrary to the on-going social tendencies of Western Europe. Western societies aimed the dissociation and abolition of obligations emanating from villeinage in order to create a free labour force necessary for the rapid development of the early forms of agrarian capitalism in this age. Thus, the so-called second villeinage showed the appearance of another model of social development, the Eastern one trying to subordinate society to state as it was expressively proved by the actions of Eastern political leaders (e.g. the Grand-Princes of Moscow and the Tsars of Russia). This manifest Eastern socio-political influence determined the entire development of the region for centuries.

⁵⁷ See Szűcs 1996, 31-35.

⁵⁸ Szűcs argues that, for example, the development of cities was obviously incomplete in a Western sense, while the rate of nobility compared to the entire society significantly exceeded the general Western rate (every 20th or 25th person in Hungary was a noble in the late Medieval ages, but this rate was only 1 to 100 in France). Ibid. 34.

The impact of these tendencies and the dissolution of the already existing and functioning Western structures were just accelerated by the wars related to the intensive expansion of the Ottoman Empire.

Because of these centuries-long wars the Hungarian kingdom almost disappeared and its 'ruins' were finally attached to the Habsburg Empire (the Ottoman troops occupied Buda, the capital of the kingdom, in 1541 and it was liberated under Habsburg flags in 1686). Further, the processes of European politics being considerably determined by the evolving Ottoman expansion also led to the Habsburg takeover of Bohemia (the Battle of White Mountain in 1620 and the constitution of 1627) and the territorial division of Poland that happened three times in a relatively brief period (1772, 1793, and 1795).

It is obvious that the opportunities for the former, Western-styled social development narrowed significantly since neither the destructive socio-economic effects of the frequent wars, nor the status-conservative ambitions of the emerging regional 'enlightened' absolutisms were favorable to continue this development. The events of the first half of the 19th century emblematically proved that the connection of the region to the main tendencies of the modern Western European socio-political development did not disappear at all. Moreover, the reception of this line of thought found a very valuable ally in the representatives of the liberal-nationalist nobility. The prior 1848 cultural developments, due to the modern East-Central European nations were born, turned obviously toward the West of the interest of the region. It could even have meant that the Western orientation might have replaced the former centralist and paternalist attitude which was strictly coupled to the practice of enlightened absolutism. Even though the goals of the thinkers of this Reform era were not realised in a political sense – the revolutions failed and none of these nations reached their political independence in the terms of constitutional law – the whole region developed in harmony to the main socio-economic and political features of the West and tried to modernise itself on the basis of the Western patterns.⁵⁹

This development was broken by the outbreak of World War I and gained a fundamentally new direction due to the effects of the political agreements ending World War II (the summits of Jalta and Potsdam). Following a transitional period from 1945 to 1948/1949 the Soviet Union successfully consolidated its dominant position in the region and begun the introduction of an entirely new – and fundamentally different from

⁵⁹ Ibid. 47–48.

the modern East-Central European traditions – socio-political system. This process was strongly helped by the assistance of the local Communist governments. This model, again, was based on the idea of governmental intervention in the private sphere as well as on the negation of Western democratic political traditions. Although this emerging new socialist establishment almost completely changed the economic structure – for instance: it introduced the various forms of state and society ownership, it set up the so-called planned economy system – and disrupted the former democratic political system, the Western patterns did not totally disappear in the region. From the end of the Sixties, during the softening of the socialist systems, they obliquely reappeared in the framework of certain economic or political reforms.⁶⁰ This survival of Western patterns in the shadow of socialist transformation⁶¹ could partially explain why the transition process was so fast in the region, and why the main aims of this process – democracy, political pluralism, rule-of-law, respect of human rights, and creation of a market economy – showed an unambiguous return to the Western model.⁶²

In conclusion, socio-political history may teach us that in the countries of East-Central Europe socio-political and legal models cannot be found as purely as it would be the case in Western or Eastern Europe. Here, various models of Western or Eastern origin have always been mixed with each other depending on the dominant political setting of the region. So, comparatists must always be aware of this fact, and, therefore, they should be very careful when studying legal questions of the region. Moreover, easy and simple answers, if any, can only be accepted with a very special caution.⁶³

3. The role of historical emotions

It sounds a bit unusual, even today, that emotions and sentiments can have an impact on legal cultures, but, contrary to all counterarguments based on the rationality of law, they cannot obviously be disregarded. ‘Law and

⁶⁰ For a detailed analysis see EÖRSI, Gyula – HARMATHY, Attila (eds.): *Law and Economic Reform in Socialist Countries*. Akadémiai Kiadó, Budapest, 1971.

⁶¹ Cf. AJANI 2006, 5-6.

⁶² For a general discussion of the early transition process see GOLDMAN, Minton F.: *Revolution and Change in Central and Eastern Europe*. M. E. Sharpe, Armonk, N.Y., 1997, 21-52.

⁶³ The dangers of a simplistic approach regarding East-Central Europe are well explained and illustrated by G. H. Hodos. See HODOS, George H.: *The East-Central European Region. A Historical Outline*. Praeger Publisher, Westport – London, 1999, 133-146.

emotions' scholarship has created an extensive range of literature about this dimension of law in the last twenty years, and it has even emerged as a distinct field of study with its own unique research interests.⁶⁴ Hence, scholarship agrees that emotions can be found anywhere in law from criminal trials to family law issues.⁶⁵ In addition, one can even identify emotions in constitutional law since it is without doubt that, among others, fear is always an important motive in constitution-making. Modern constitutions, in general, can effectively provide guarantees against political oppression and disorder, so they are able to decrease the fear from unpredictable, future political events.⁶⁶

Interestingly, the influence of emotions in the formation of legal cultures has generally been out of the scope of this line of thought thus far. Despite this, 'law and emotions' research cannot be excluded when studying features of legal cultures. For instance, sentiments – such as love, empathy, solidarity, modesty or even passion for justice – are also able to shape the substance of legal cultures, as the examples of medieval Christian law or Japanese law illustrate. Therefore, legal cultures as such, are worthy of an emotion-oriented analysis.⁶⁷ The outcome may offer a more detailed picture by highlighting certain important, but almost invisible cultural aspects. Obviously, the features discovered through it will always remain only an additional dimension, being able to complete the picture gained by the more usual ways of research.

⁶⁴ About 'law and emotions' see ABRAMS, Kathryn – KEREN, Hila: *Who's Afraid of Law and Emotions?* (2009-2010) 94 *Minnesota Law Review* 2033; MARONEY, Terry A.: *Law and Emotion: A Proposed Taxonomy of an Emerging Field*, (2006) 30 *Law & Human Behavior* 125.

⁶⁵ BANDES, Susan A.: *Introduction*, in: BANDES, Susan A. (ed.): *The Passions of Law*. New York University Press, New York, 1999. 1.

⁶⁶ SAJÓ, András: *Constitutional Sentiments*, (2006) 47 *Acta Juridica Hungarica* 1.

⁶⁷ Few further examples: Harold J. Berman stresses that Christianity, having love and sanctity in its focus, significantly altered the Germanic folklaw to "more just and more humane", so to say it humanised it. Cf. BERMAN, Harold J.: *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*. Harvard University Press, Cambridge, Mass. 1999, 64-66. Lawrence Rosen argues that the central concept of Islamic legal culture is justice and it is "the most essential, if indeterminate, of virtues for Arabs". So, justice in Islam has obvious emotional dimensions, too, since virtues cannot solely operate on the grounds of reason. Cf. ROSEN, Lawrence: *The Justice of Islam*. Oxford University Press, Oxford, 2000. 173. Chin Kim and Craig M. Lawson points out that one of the main reasons of the distinctiveness of Japanese legal culture is the fundamentally emotional-centered character of the people. Cf. KIM, Chin – LAWSON, Craig M.: *The Law of the Subtle Mind: the Traditional Japanese Conception of Law*, (1979) 28 *International and Comparative Law Quarterly* 491, 497-498. The formulation and interpretation of certain penal law articles in Stalinist era was manifestly influenced by fear and hate toward "the enemies of the system". Cf. SOLZHENITSYN, Aleksandr I.: *The Gulag Archipelago 1918-1956. An Experiment in Literary Investigation*. Harper & Row, New York, 1974, 60-68.

Another problem should also be discussed briefly. What are emotions? For an emotion-oriented analysis a certain definition, as a starting point, is indispensable. One should also face the complexity of this problem, since it can be approached from the aspect of psychology, biology, moral philosophy or even neurosciences.⁶⁸ An ordinary lawyer is obviously incompetent in these fields. In order to avoid the trap of dilettantism the focus of the whole question should be changed. Emotions are obviously related to the individual,⁶⁹ but one can also speak of collective emotions rooted in the public thinking of an era.⁷⁰ Since we are dealing with legal cultures, the study of this macro level of emotions, i.e. public emotions, will be adequate. Moreover, this macro study does not need such a refined tool as the above mentioned fields offer for the study of the individual, since this problem can be handled with the application of the historical method.⁷¹ The most influential public emotions or sentiments dominating an era can be identified retrospectively by reviewing the expressions of the main trends of public thinking in various spheres of life. Media, literature, popular and high arts, for instance, and even law, can reveal so many telling points of the dominant public emotions.

In our region one should sharply differentiate between two waves of emotions having impact on post-socialist legal development at the very beginning. Firstly, a short-run perspective should be analyzed. This is related to the fall of the Iron Curtain and the start of political transition, i.e. the early 1990s. It is not too difficult to recognise that the significance of national sentiments drastically increased in the regional public thinking in these years. A large part of the public emotions in the last socialist decades were centred on the official socialist internationalism, therefore nationalist themes remained frozen. This situation radically changed and some scholars even talk about the presence of a strong ethno-nationalism or aggressive nationalism in the region,⁷² but this labeling may exaggerate a certainly existing phenomenon. This impressive rise and broad spread of

⁶⁸ See KAGAN, Jerome: *What is emotion? History, Measures and Meanings*. Yale University Press, New Haven, 2007, 1-54.

⁶⁹ Eric A. Posner offers a wide and comprehensive analysis of the role of emotions in the individual decision-making. Cf. POSNER, Eric A.: *Law and Emotions*, (2000-2001) 89 *Georgetown Law Journal* 1977.

⁷⁰ See SAJÓ 2006, 2-3.

⁷¹ One of the experts, Kagan explicitly accepts that emotions and their interpretations are culturally and historically influenced (see KAGAN 2007, 47-49.). So, they can also be studied on a macro level through historical research.

⁷² See ROTH, Stephen. J.: *The Effect of Ethno-Nationalism on Citizens' Rights in the Former Communist Countries*, in: SAJÓ, András (ed.): *Western Rights? Post-Communist Application*. Kluwer Law International, The Hague, 1996. 273, 274-275; and SAJÓ 1996, 146-147.

national emotions – just think of the emergence of the Baltic States, the fast dissolution of Czechoslovakia and Yugoslavia and the birth of entirely new ‘nation-states’ – was one of the consequences of the imperialistic and internationalist policies of the Soviet Union. The nations of this region tried to re-establish and revitalise their national-historical identity following more than forty years of the pressure of a fundamentally ahistoric and oppressive culture.⁷³ These national sentiments have also been a real engine of formerly socialist legal developments. Among others, they led to the formation of such legal solutions which manifestly differ from the general Western patterns. Acts like the language and citizenship laws of the Baltic countries, openly discriminating against former USSR Russian inhabitants;⁷⁴ the ‘status laws’ in Slovakia, Romania, Hungary and Slovenia providing preferential treatment and protection for the co-national minorities living outside of these countries;⁷⁵ or the ‘national responsibility clauses’⁷⁶ of the regional constitutions, are almost unknown in Western Europe. Thus, the rising national feelings significantly contributed to the

⁷³ Cf. WANDYDZ, PIOTR S.: *The Price of Freedom. A History of East Central Europe from the Middle Ages to the Present*. Routledge, London, 1992, 244–265.

⁷⁴ A good example can be the case of Latvian Citizenship Law (22 July 1994), which excluded all persons from Latvian citizenship who came into the country following 1940 (Art 2 (1)), and this provision mostly effected the former Russian USSR inhabitants having a permanent residence in Latvia. In theory they could apply for naturalisation, however, it was de facto impossible because of the very demanding linguistic requirements (Art 12 (1) spec. 2., 3., 4.). At the end, the status of these Russian persons was settled by the Law on the Status of Former USSR Citizens who do not have the Citizenship of Latvia or any other State (1995). For the assessment of these problems see the report of Klaus Berchtold on the draft prepared for the Venice Commission see BERCHTOLD, Klaus: *Report on the draft Law on Citizenship in Latvia* (1993), CDL(1993)005, <http://www.venice.coe.int/docs/1993/CDL%281993%29005-e.asp> (accessed 30.01.2012).

⁷⁵ HALÁSZ, IVÁN – MAJTÉNYI, BALÁZS – VIZI, BALÁZS: A New Regime of Minority Protection? Preferential Treatment of Kin-Minorities under National and International Law’, in: KÁNTOR, Zoltán et al. (eds.): *The Hungarian Status Law: Nation Building and/or Minority Protection*. Slavic Research Center, Hokkaido University, Sapporo, 2004, 328.

⁷⁶ These provisions usually declare various state obligations concerning those parts of the given nation that live outside the national borders. For ex.: Constitution of Romania: Art 7. “The State shall support the strengthening of links with the Romanians living abroad and shall act accordingly for the preservation, development and expression of their ethnic, cultural, linguistic and religious identity, with the observance of the legislation of the State whose citizens they are.”; The Constitution of the Slovak Republic: Art 7a “The Slovak Republic promotes national awareness and cultural identity of Slovaks living abroad, supports their institutions intended to achieve this aim and their relations with the mother country.”; The Constitution of the Republic of Slovenia: Art 5. “Slovenians not holding Slovenian citizenship shall enjoy special rights and privileges in Slovenia. The nature and extent of those rights and privileges shall be determined by statute.” The Constitution of the Republic of Croatia: Art 10. “Parts of the Croatian nation in other states shall be guaranteed special concern and the protection by the Republic of Croatia.”

emergence of certain unique legal measures trying to answer special regional challenges stemming from the recent past.

In addition, the long term role of emotions should also be assessed. The overwhelming majority of constitutional preambles contain some references to the century long historical fights for national independence.⁷⁷ These solemn sentences might be regarded just as declarations having no normative value, but, they are undeniably important expressions of public sentiment. They can be studied as important litmus papers, indicating the reappearance of historical emotions, as for instance the passion for independence. Furthermore, emotions embedded in these texts have strong repercussions for certain constitutional provisions.

The emotional nature of these century-long fights for independence strongly influenced those constitutional measures that made legally possible EU accession, that is, the so-called EU-clauses. The protection of the recently regained sovereignty against the supranationalistic claims of the European Union is unambiguous from the relevant provisions of East-Central European constitutions. In general, these articles that made possible the transfer of certain competences to the EU, i.e. open up the closed national legal system toward community law, have restrictive and minimalist wordings and they reflect strong sovereignty concerns.⁷⁸ For instance, the Hungarian constitution declares that “The Republic of Hungary may exercise competences [...] in conjunction with the other member states [...] to the extent that is necessary [...]” in order to fulfill EU obligations.⁷⁹ The minimalist and sovereignty-focused nature of this provision can hardly be denied. Another good example is the EU-clause of the Czech constitution. It declares that ‘certain powers [...] may be transferred by treaty to an international organisation or institution’ and if a constitutional act requires it, it must be approved by a referendum besides the tradition parliamentary way of ratification.⁸⁰ Thus, the decision of the political sphere is not enough in itself in such a vital question, but the

⁷⁷ For ex.: the Constitution of the Republic of Poland: “Beholden to our ancestors for their labours, their struggle for independence achieved at great sacrifice, [...]”; The Constitution of the Republic of Slovenia: “And, acknowledging that we Slovenians created our own national identity and attained our nationhood [...] as a result of our historical and centuries-long struggle for the liberation of our people.”; Constitution of the Republic of Lithuania: “The Lithuanian Nation [...] having for centuries defended its freedom and independence, [...]”

⁷⁸ Cf. ALBI, Anneli: *Europe Articles in the Constitutions of Central and Eastern European Countries*, (2005) 42 *Common Market Law Review* 415-420; SAJÓ, András: *The Impacts of EU Accession on Post-communist Constitutionalism*, (2004) 45 *Acta Juridica Hungarica* 193, 197-198.

⁷⁹ The Constitution of the Hungarian Republic Art. 2/A.

⁸⁰ The Constitution of the Czech Republic Art. 10/a (1) and (2).

consent of the people is also required. One may conclude that two main public emotions strongly influenced these clauses: the intent to preserve national independence and the fear of losing it in the future.

One can determine from this ‘law and emotions approach’, that even the norm-level of East-Central European legal cultures could be influenced by short and long run public sentiments, and, indeed, it properly illustrates to what extent emotions can play a decisive role in the shaping of legal cultures. Here, emotions triggered the emergence of particular regional legal instruments and special constitutional measures.

4. Hidden or shadow cultures’ in the attitudes towards law

It can be accepted without reservation, that the citizens’ attitudes towards law also have a crucial impact on the face of a given legal culture.⁸¹ Compare the Japanese way of legal thinking to the general Western attitude. Far-Eastern people do not have too much confidence in the law in general, and they prefer non-legal ways, such as mediation, in conflict settlement.⁸² On the contrary, law is the most frequently used way to solve problems and conflicts in the Western world. Obviously, this difference in attitudes decisively shaped the general functioning of legal cultures.

In the region of East-Central Europe, one can also find some interesting points, and these may indicate a certain deviation from the general Western model. These differences are coupled to ‘the non-official cultures of law’, so they are mostly invisible from the point of view of professional legal discourse. They are called ‘hidden or shadow cultures’ in the scholarly literature, since they cannot be evidently recognised on the surface of professional legal culture, but they need a more socially oriented research. Additionally, these ‘hidden cultures’ are mainly rooted in the socialist era when citizens had to develop certain special attitudes due to the pressure of official state policies, and, obviously, they were a way of social adjustment also.⁸³ Therefore, the heritage of socialist era still influences current legal cultures in Eastern-Central Europe because these ‘hidden or shadow cultures’ can create important socially based normative claims towards the legislator.

⁸¹ NELKEN 1995, 435.

⁸² See in detail KIM – LAWSON 1979.

⁸³ LOS, Maria: *Legitimation, State and Law in the Central European Return to Democracy*, in: GESSNER, Volkmar – HOELAND, Armin – VARGA, Csaba (eds.): *European Legal Cultures*. Dartmouth, Aldershot, 1996, 474–475.

As a primary example one can mention the widely spread ‘culture of legal skepticism’ in the region. It can empirically be proved, on the basis of the comparison of Western and former socialist data, that the public opinion shows a deep institutional skepticism.⁸⁴ The Eurobarometer surveys harshly illustrate this gap, between the old EU members and the new member states concerning institutional trust. For instance the overall average of trust in the legal systems in the EU was 47% in 2010.⁸⁵ This data was lower in most of the newly acceded countries from the Visegrad-group, the sole exception was Hungary in this regard.⁸⁶ In the Czech Republic 34%, in Poland 38%, and in Slovakia 32% of the population answered that they tend to trust in the legal system.⁸⁷ This gap is more apparent if one compares, for instance, the data of Germany, the Netherlands, and Luxembourg – each of them is one of the founding fathers of the EU – to those of the earlier three formerly socialist countries. In Germany 60%, the Netherlands 65%, and Luxembourg 60% of the citizens tended to trust in the legal system in the same year.⁸⁸ Thus, the general level of institutional trust seems to be significantly higher in these traditional Western countries.⁸⁹

⁸⁴ Cf. BEERS, Daniel J.: *Mass Attitudes toward the Law in Postcommunist Europe: Normative Support vs. Institutional Trust*. Prepared for delivery at the 2006 Annual Meeting of the American Political Science Association. 11. http://citation.allacademic.com/meta/p_mla_apa_research_citation/1/5/1/2/5/pages151258/p151258-1.php (accessed 30.01.2012); see Los 1996, 475.

⁸⁵ See the Eurobarometer survey about the trust in the national legal system, 11/2010, http://ec.europa.eu/public_opinion/cf/showchart_column.cfm?keyID=2196&nationID=16,&startdate=2010.11&enddate=2010.11 (accessed 30.01.2012).

⁸⁶ Surprisingly, compared to the data of 2009 the institutional trust considerably increased in Hungary, from 41% to 53%. See the Eurobarometer survey about the trust in the national legal system, 11/2009-11/2010, http://ec.europa.eu/public_opinion/cf/showchart_column.cfm?keyID=2196&nationID=22,&startdate=2009.11&enddate=2010.11 (accessed 30.01.2012).

⁸⁷ See the Eurobarometer survey about the trust in the national legal system, 11/2010, http://ec.europa.eu/public_opinion/cf/showchart_column.cfm?keyID=2196&nationID=17,24,26,&startdate=2010.11&enddate=2010.11 (accessed 30.01.2012).

⁸⁸ See the Eurobarometer survey about the trust in the national legal system, 11/2010, http://ec.europa.eu/public_opinion/cf/showchart_column.cfm?keyID=2196&nationID=3,9,10,&startdate=2010.11&enddate=2010.11 (accessed 30.01.2012).

⁸⁹ Interestingly, within the old EU members – the EU 15 – one can also note a dividing line between the Northern and Southern countries. The citizens of Portugal, Spain, Italy and Greece have generally less confidence in the functioning of national legal systems than the other members. These data may be compared to the institutional trust level of the East-Central European countries, but few points should be borne in mind: (i.) the level of institutional trust is generally higher in these countries than in East-Central European ones, even though it does not reach the overall EU level; (ii.) these countries have never been under Soviet influence, so their citizens have no experience about the functioning of a socialist legal system; (iii.) the last years’ economic crisis and its socio-political repercussions strongly touched upon the societies of these countries and – among other factors – it could also influence the trust in the legal system, just compare the post- and prior 2008 data. Cf. the Eurobarometer survey about

This could be a legacy of the socialist period, during which the governments and the political elites regularly misused the law for their political goals.⁹⁰ Basically, they regarded the law as a means to realise their special and ideologically biased group interests over the whole, not necessarily supportive, society. As a consequence, this caution and awareness of people towards the law will not disappear in one or two years following the beginning of the transition. Alternatively, it could also be a consequence of the general institutional performance in the years of the transition. A fundamental renewal of the whole system of administration of justice was simply impossible at the beginning of the Nineties, due to human resources and political reasons.⁹¹ Therefore citizens experienced the continuation of former institutional attitudes and practices. This transitory phase and its bad consequences – for instance: disregard of the interest of the everyday people, the birth of politically motivated judgments, the low effectiveness of criminal investigation etc. – considerably weakened the trust in legal institutions.⁹² In conclusion, citizens' attitudes toward legal institutions are not the most favorable compared to the general Western setting. People here tend to trust less in the legal system than citizens do in Western Europe. Whether this trust can be increased to a general EU level is a considerable challenge, but one should admit that this low level can seriously affect or even bias in certain cases, the functioning of the entire legal system.

Another special feature of these 'hidden cultures' is the attitudes related to the overemphasised welfare expectations. Because of the weaker performance of formerly socialist economies and the paternalist legacy of the socialist period there is a general attitude in the region which regards social security benefits as an expected solution to any kind of problems. People generally tend to establish their life expectations on social security benefits provided by the state than on their autonomous acts guaranteed by their fundamental rights. This however can also have serious repercussions on these legal systems. First of all, these social justice expectations

the trust in the national legal system, 11/2003–11/2010, http://ec.europa.eu/public_opinion/cf/showchart_column.cfm?keyID=2196&nationID=4,8,12,5,&startdate=2003.11&enddate=2010.11 (accessed 30.01.2012).

⁹⁰ VARGA, Csaba: *What is Needed to Have Law?* In: VARGA, Csaba: *Transition to Rule of Law. On the Democratic Transformation in Hungary*. Tempus, Budapest, 1995, 50.

⁹¹ For a general discussion see FLECK Zoltán: *Jogintézmények átépítése (Bevezetés a közép-európai új demokráciák bírói jogalkalmazásának szociológiájába)* [Reconstruction of legal institutions (Introduction to the sociology of the administration of justice in the new democracies of Central Europe)], (2003) 1 *Kontroll* 28.

⁹² *Ibid.* 40–49; and BEERS 2006, 11.

create a strong pressure on legislation concerning social and economic rights as well as social security law. Secondly, these also lead to a considerable dependency on state policies, and this can impede the formation of a legal culture based on civil autonomy. Therefore, these inherited welfare expectations also shape the content of these legal systems in a certain direction, as for instance an unusual broad interpretation of social rights.⁹³

The earlier feature is strongly related to another regional peculiarity: the unstable and not completely developed 'rights culture'. For various reasons,⁹⁴ the ability of the 'rights revolution' to replace the culture of political privileges and state paternalism, rooted in the socialist era, has not yet been accomplished. On the norm level one can see a comprehensive development, since the ratification of international human rights documents and the reformulation of constitutional provisions have already happened since the beginning of the transitory period. The constitutions of the region fully endorsed human rights and an institutional framework comprising constitutional courts and ombudspersons also emerged. But, partly due to the socialist legacy, partly to the ambiguous nature of the transition process, one cannot talk about a perfect 'rights culture' in Western terms. Shortcomings of the economic systems, structural problems of the societies and the overrepresentation of the political sphere are all able to distort the formation of such legal cultures where rights are not only regarded as instruments in different hands, but autonomous legal claims having a sui generis value. The situation of rights, therefore, needs refinement and more development in these legal cultures to be compared to the general Western standard.⁹⁵

IV. Concluding remarks

What are the main lessons to be learned for legal theory and comparative law? First of all, if we regard the East-Central European legal systems as not only a simple set of legal rules but as complex legal cultures, their unique features cannot be denied from a comparative aspect. They seem

⁹³ Sajó, András: *How the Rule of Law Killed Hungarian Welfare Reform*, (1996) 5 East European Constitutional Review 31; see also Sajó 2004, 208-212.

⁹⁴ András Sajó lists six "interdependent factors": (i.) aggressive nationalism, (ii.) anti-minoritarian attitudes, (iii.) unstable state system, (iv.) the state is uninterested in "destroying" its former economic and cultural monopolies, (v.) the distortion of the emerging market economy, (vi.) the lack of trust in economic transactions. (see Sajó 1996, 146-151).

⁹⁵ For a detailed discussion see *ibid.* 156-157.

to be formally adhered to 'Western Law', since they have imported many significant, manifestly Western legal institutions in the last twenty years, and one can even assert that on the norm-level it is not really possible to find highly relevant and serious differences between the Western legal systems and the East-Central European ones. This considerable level of similarity can be very tempting to declare the general similarity of Western and East-Central European legal systems.⁹⁶ Despite this, the earlier analysed features also show that important differences exist mostly related to the non-norm layers of these legal cultures. These are not only of theoretical or sociological relevance but they are also able to influence the norm-level and the general functioning of these systems. There are many options. These unique features can distort the ordinary functioning of law as the so-called 'hidden cultures' do, or they can even be engines for the formation of peculiar regional legal solutions as the example of emotions pointed out. Therefore, the similarity of our legal cultures to the Western one should be regarded cautiously. From the aspect of pure norms it seems to be correct, but the non-norm elements can suggest slightly different conclusions.

Moreover, this may also indicate that comparative law strictly focusing on the functional similarity of legal rules, or concentrating on the simple comparison or juxtaposition of norms is inadequate for the comprehensive understanding of these legal systems. Layers of legal cultures – although they are very complex and sometimes controversial – should also play a prominent role in these studies. Therefore, the continued development of the classical theses of comparative law towards the integration of cultural elements should be continued, as the lessons arising from the study of East-Central European legal cultures teaches us.

As regards the classification of these legal systems, the main conclusion of this essay is that Eastern European legal systems are part of the civil law tradition, however they form an autonomous group since one can find important distinguishing features in the history and on the non-norm level of these legal cultures. Finally, a further distinction between

⁹⁶ There is a line of thought in the comparative law of the last sixty years arguing that Central and Eastern European legal systems do not essentially differ from the general Western patterns. This position is represented by such authors as for instance J. H. Merryman or Tomasz Giaro in the recent times: MERRYMAN, John H.: *The French Deviation*, (1996) 44 *American Journal of Comparative Law* 109, 118-119; and GIARO, Tomasz: *Legal Tradition of Eastern Europe. Its Rise and Demise*, (2011) 2 *Comparative Law Review* 1. For a general overview see OSAKWE, Christopher: *The Greening of Socialist Law as an Academic Discipline*, (1986-1987) 51 *Tulane Law Review* 1257.

East-Central Europe and the rest of Eastern Europe is justified by several factors which we aimed to explain in this article.

La réconciliation «standardisée» de la constitutionnalité nationale à l'intégration européenne: Etude comparative des décisions constitutionnelles

Péter Kruzslíc

maître-assistant Université de Szeged

Le droit constitutionnel est incontestablement à l'épreuve du droit de l'Union européenne. Et la problématique des rapports entre le droit constitutionnel national et le droit de l'Union européenne est devenue l'un des sujets favoris des constitutionnalistes européens depuis désormais plus de deux décennies.¹ Entre le refus évident par le juge de l'Union de reconnaître une différenciation parmi les normes du droit «interne» en fonction de leur niveau dans la hiérarchie des normes lorsqu'il s'agit de les opposer au droit de l'Union européenne, et en prônant ainsi une primauté absolue du droit de l'Union sur les dispositions constitutionnelles, ces dernières ne pouvant pas servir notamment de raison d'exonération du respect des obligations découlant du droit de l'Union,² et une doctrine constitutionnelle nationale, avançant comme principe de base la suprématie absolue de ses dispositions constitutionnelles sur l'ensemble des actes juridiques applicables, car ces premières ont, de toute manière, pour objectif de définir, voir même de créer, de constituer le droit qui demeure un droit avant tout national, le débat restera toujours bien alimenté. Or l'état des faits, comme si souvent dans les débats juridiques à caractère doctrinal, exige une vision d'ensemble et surtout une vision plus claire pour ne pas dire plus pragmatique. Avec l'émergence du droit de l'Union, et notamment d'un certain droit «constitutionnel»³ de l'Union européenne,

¹ Sans vouloir être exhaustif, il suffit de citer les nombreux auteurs en doctrine constitutionnelle française s'intéressant au sujet: Boulois, Dubois, Favoreu, Rideau, Rousseau, Simon, etc.

² L'arrêt du 10 juin 2004 de la CJCE dans l'affaire *Commission c/ Italie*, C-87/02, Rec. p. 5975 mais également l'arrêt de principe du 15 juillet 1964 dans l'affaire *Costa c/ ENEL*, 6/64, Rec. p. 585.

³ Un terme qui ressort souvent de différents articles et conférences de Dominique Rousseau mais qui est repris également par d'autres auteurs.

définissant des caractéristiques propres à cette nouvelle ordre juridique,⁴ et bien évidemment, par le transfert de plus en plus important des compétences – souvent très étroitement – liées à la souveraineté nationale, le dédoublement de l'ordre juridique applicable aux particuliers est un fait incontestable. Une nouvelle dimension du droit est désormais ouverte non en tant que droit international, qui malgré quelques difficultés similaires à notre problématique de base, est beaucoup plus apte à être englobé par le droit national, mais en tant qu'un ordre juridique propre que justement ni la théorie moniste, ni la théorie dualiste ne peut expliquer, et ainsi entre droit national et droit européen, deux ordres juridiques cohabitent. Or pour toute cohabitation, des règles assurant une certaine cohérence ou au moins, un *modus vivendi* permettant une coexistence heureuse, doivent être définies si nécessaire même en l'absence de théorie harmonisatrice.

Le droit comparé a pour objectif de décrire et d'analyser les droits nationaux, droits étrangers dans tous leurs aspects⁵ en tenant compte bien évidemment du contexte et surtout de leurs usages. Ces analyses peuvent avoir également un but: améliorer le droit national par les expériences gagnées de ces analyses empiriques, ou encore arriver, en théorie du droit, à des définitions plus abstraites en profitant de l'éventail ouvert par les analyses de différents systèmes sur des thèmes, des questions sociétales ou des questions juridiques similaires.⁶ C'est dans cette approche du droit comparé que la présente étude souhaiterait retracer l'argumentaire juridique de deux décisions constitutionnelles autour d'une même question: contrôle de constitutionnalité d'un acte juridique de l'Union européenne qui est le même pour les deux juridictions constitutionnelles. Il ne s'agit pas, par conséquent, d'une étude d'une méthode comparative traditionnelle, car les deux droits, objets de la présente étude, en l'occurrence le droit constitutionnel allemand et français, sont des droits malgré les nombreux éléments distinctifs évidents, finalement ainsi que il sera démontré, en tout cas, sur ces questions, très proches. De plus, le problème juridique qu'ils rencontrent, est exactement le même. Néanmoins, c'est, en effet, grâce aux méthodes du droit comparé, notamment en examinant d'une manière parallèle, les deux décisions constitutionnelles en cause, que l'étude souhaite-

⁴ Considéré comme tel par l'arrêt fameux du 5 février 1963 de la CJCE dans l'affaire Van Gend en Loos, 26/62, Rec. p. 7.

⁵ Conception générale, définition, méthode et histoire du droit comparé. Le droit comparé et l'enseignement du droit. Congrès international de droit comparé, tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900. Procès verbaux et documents, Paris 1905.

⁶ Voir, notamment, la méthode factuelle et fonctionnelle du droit comparé.

rait tirer une conclusion pour l'état actuel de la problématique, c'est-à-dire la réconciliation du droit constitutionnel à l'intégration européenne.

Toujours à titre préliminaire et en attirant l'attention du caractère risqué de la méthode, il est important d'indiquer que les trois droits faisant l'objet de la présente analyse, notamment le droit constitutionnel allemand et français et le droit de l'Union, sont des branches, par définition, extrêmement abstraites du droit. Le droit national ayant toujours pour but de servir de référence de base au sommet de la hiérarchie des normes en définissant ainsi le cadre général du fonctionnement du pouvoir public et notamment les limites concernant le volet institutionnel et le volet des droits de l'homme et des libertés fondamentales,⁷ se caractérise donc par son objectif de limiter le pouvoir et c'est ainsi que ces dispositions tout autant que leurs applications par les juges constitutionnels montrent ce caractère souvent extrêmement abstrait. Pendant que le droit de l'Union européenne même dans ces dispositions très descriptives, voir même très explicatives, peut demeurer abstrait par le fait qu'il continuera à composer la deuxième dimension du droit applicable dans les Etats membres, tenant ainsi compte toujours de la nécessité de son applicabilité dans des contextes, par exemple constitutionnels, souvent très différents et en visant en même temps également, un objectif indéniable qui est celui de l'intégration. Dans cette présente étude, les dispositions détaillées de ces trois branches de droit ne pourront, bien logiquement, pas être présentées. Néanmoins, ces fonctions propres à ces trois branches, même à travers notre analyse, pourront guider la réflexion.

Enfin, avant de procéder directement à l'analyse détaillée des décisions constitutionnelles en cause, il est, tout de même, important de rappeler rapidement le contexte constitutionnel, notamment les positions respectives des juges constitutionnels allemands et français par rapport au droit de l'Union européenne. Sans vouloir entrer plus dans le détail, étant donné que la présente étude, certes uniquement sur deux décisions – un arrêt constitutionnel allemand et une décision constitutionnelle française – tentera, quand même, d'approfondir l'approche plus exacte des juges constitutionnels respectifs. Il est néanmoins important de bien rappeler pour une bonne compréhension de ces décisions, que et le juge allemand et le juge français ont reconnu l'existence d'une certaine «réserve» constitutionnelle face à l'intégration européenne. Pendant que le juge constitutionnel français ayant commencé la réflexion d'une telle réserve avec ses décisions

⁷ Kovács István: *A magyar alkotmányjog*, JATE Press, Szeged, 1989.

respectives relatives au Traité de Maastricht,⁸ il demeure toujours dans l'attente pour révéler plus clairement ces fameuses conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale qu'il considère comme limite impérative au développement du droit de l'Union européenne. Il laisse en attendant une large place à la doctrine dans la réflexion autour de ces conditions;⁹ le juge constitutionnel allemand a quant à lui, occupé très tôt une position bien ferme, par ses arrêts «sévères» Solange,¹⁰ en imposant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales et celui du principe démocratique par le droit de l'Union à un niveau équivalent à sa propre Loi fondamentale comme condition incontestablement nécessaire à l'application des actes de l'Union. Il est donc possible dès lors de considérer que pendant que la réserve constitutionnelle française se repose plutôt sur une approche institutionnelle des dispositions constitutionnelles, en restant attachée au critère de la souveraineté même dans une forme plus modeste, en parlant notamment des conditions essentielles à son exercice et en cherchant à sanctionner les éventuelles atteintes à celles-ci; la réserve allemande, toujours en «vigueur», comme le rappellent les arrêts plus récents de la Cour de Karlsruhe,¹¹ est basée sur une autre lecture de la souveraineté et de son exercice, en la mettant clairement sous la condition de l'exercice démocratique du pouvoir et toujours de la garantie des droits fondamentaux.

C'est par cette méthode comparative et dans ce contexte de caractère et d'approche des ordres juridiques en cause que cette étude souhaiterait analyser en détail d'une part, l'arrêt constitutionnel allemand,¹² d'autre part, la décision constitutionnelle française¹³ sur le pacte de stabilité de l'Union européenne¹⁴.

Concernant les procédures devant les deux juridictions constitutionnelles, il est à relever que c'est avant la ratification du pacte de stabilité que le contrôle constitutionnel a été effectué. En occurrence, bien que les voies de la saisine soient fortement différentes dans les deux systèmes ju-

⁸ Décisions n° 92-308 DC du 9 avril 1992 et n° 92-312 DC du 2 septembre 1992.

⁹ Voir la décision n° 2007-560 du 20 décembre 2007.

¹⁰ Les arrêts dits Solange I et II de la Cour constitutionnelle allemande du 29 mai 1974 et du 22 octobre 1986.

¹¹ Voir, par exemple, l'arrêt sur le Traité de Lisbonne, appelé par certains auteurs l'arrêt Solange III du 30 juin 2009.

¹² Arrêt BverfG 2 BvR 1390-12 12. 9. 2012.

¹³ Décision n° 2012-653 DC du 9 août 2012.

¹⁴ Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire.

ridictionnels constitutionnels, un tel contrôle ne peut intervenir qu'à ce moment-là.

Le contrôle de constitutionnalité, pendant longtemps, uniquement a priori en France, peut, depuis la révision constitutionnelle de 2008,¹⁵ intervenir a posteriori également, certes dans une procédure très limitée, par la question prioritaire de constitutionnalité, uniquement en cas d'atteinte par une disposition législative aux droits et libertés garantis par la Constitution, par renvoi des juridictions suprêmes, les traités et engagements internationaux, bien évidemment, échappent à un tel contrôle¹⁶. Or dans ce cas-là, il s'agit clairement et sûrement d'un acte juridique qui est à qualifier comme un engagement, ou même un traité international.

C'est sur ce point qu'il serait, tout de même, intéressant de rappeler la problématique de la qualification des actes juridiques issus de l'intégration européenne par les systèmes juridiques constitutionnels nationaux, car il s'agit d'un élément essentiel dans le choix de procédure de contrôle de constitutionnalité, voir même pour la recevabilité d'une demande de contrôle où les ordres juridiques nationaux montrent déjà une forte caractéristique de standardisation. Bien qu'à l'ouverture de cette deuxième dimension de droit, les traités constituant le socle de ce fameux droit «constitutionnel» de l'Union européenne, se différencient clairement et sur le plan quantitatif, par le degré des détails de leurs dispositions, et sur le plan qualitatif, par leurs contenues traités et engagements internationaux, il suffit de rappeler leur vocation à créer un ordre juridique propre,¹⁷ les droits nationaux, en l'absence d'autres ensembles dans leurs typologies de normes, les qualifient toujours ainsi. Celà, malgré le fait qu'au niveau constitutionnel, ils disposent désormais, pour leur plus grande partie, voici encore un signe de standardisation, des clauses dites «européennes», s'occupant justement de problématique issu de l'ouverture de cette deuxième dimension propre de droit et se référant souvent justement aux traités entre, d'une part, acceptant leurs caractéristiques propres, et d'autre part, en les élevant en quelque sorte au niveau constitutionnel, certes, en droit interne pour expliquer le caractère et l'envergure de ces transferts de souveraineté ouvrant finalement la possibilité à la naissance même de cette deuxième dimension juridique.¹⁸ Cette question de qualification devient

¹⁵ Voir le nouvel article 61-1 de la Constitution française, introduite par la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 à la Constitution.

¹⁶ Article 54 de la Constitution française.

¹⁷ Voir l'arrêt «Van Gend en Loos», précité.

¹⁸ Voir comme exemple parmi les dispositions constitutionnelles nationales relatives au transfert de souveraineté vers l'Union européenne, l'ancien article 2bis de la Constitution de la Hong-

d'autant plus pertinente dans le cadre de la présente analyse lorsque malgré une telle qualification traditionnelle des traités européens en traités internationaux classiques toujours de règle, c'est justement les juges constitutionnels qui opèrent plutôt une distinction plus pratique voir pragmatique et toujours très réelles quand ils refusent certains contrôles par rapport à ces textes, une pratique très commune entre les juges constitutionnels nationaux, et ainsi encore un élément de standardisation. Pour terminer la parenthèse, il faut en guise de complément rappeler que si un contrôle de constitutionnalité a priori des traités européens est possible et même opportun pour assurer la cohérence entre les normes applicables sur les territoires nationaux, et malgré ladite distinction pratique opérée par les juges constitutionnels, leurs contrôles a posteriori n'est pas en tout cas théoriquement exclu non plus,¹⁹ pour les normes du droit dérivé, c'est-à-dire les actes juridiques secondaires de l'Union européenne. Un tel contrôle n'est pas envisageable; les juges constitutionnels européens, dans tous les Etats membres de l'Union européenne, l'ont clairement exclu par leurs jurisprudences, ce qui peut également être considéré comme un élément de standard commun entre les juges constitutionnels européens.²⁰ Voir même à l'exemple du juge constitutionnel français, ils ont qualifié l'acceptation dans l'ensemble des normes applicables, ou dans l'exemple français plus exactement, la transposition de ces sources juridiques de l'Union européenne, comme une obligation constitutionnelle.²¹

Le contrôle de constitutionnalité largement ouvert en Allemagne, notamment par la voie de la requête constitutionnelle très générale, pouvant également viser un contrôle abstrait et a posteriori des normes infra constitutionnelles, donnent un large éventail des procédures permettant d'assurer, au juge constitutionnel allemand, la suprématie de la Loi fondamentale. Or le juge qui a toujours mis en avant les principes démocratiques et les droits de l'homme et des libertés fondamentales en gagnant une reconnaissance importante pour cette institution de Karlsruhe, devant

rie, repris par la Loi fondamentale sous l'article E, se référant clairement – pour délimiter le champs de transfert – aux traités européens.

¹⁹ C'est ainsi que suite à un long débat, voir les motifs de l'arrêt ainsi que les opinions parallèles, la Cour constitutionnelle hongroise a décidé finalement à se retenir compétente pour le contrôle de constitutionnalité a posteriori du Traité de Lisbonne, dans son arrêt n° 143/2010 (VII. 14.).

²⁰ C'est seulement la Cour constitutionnelle autrichienne qui a reconnu par une théorie dite „disposition mixte”, la possibilité de contrôle de constitutionnalité des normes de transposition du droit dérivé mais elle aussi n'opère justement ce contrôle que par rapport aux dispositions d'origine nationale, c'est-à-dire aux ajouts du législateur national non obligatoirement découlant de normes de l'Union qu'il transpose.

²¹ Décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004.

les normes européennes tout en restant aussi vigilantes, pose certaines limites dans la procédure. En effet, le contrôle de constitutionnalité vis-à-vis des traités européens demeure, en Allemagne aussi, a priori, en pratique. Il est important de souligner encore une fois que la théorie n'exclut pas un contrôle a posteriori des traités et la juridiction constitutionnelle ne s'est jamais imposée, non plus, une telle limitation expresse dans ses compétences.²² Néanmoins, la Cour constitutionnelle allemande s'est également retenue de pratiquer un contrôle a posteriori vis-à-vis de ces traités européens et d'une manière plus générale, elle est restée sur la réserve pour le contrôle de constitutionnalité a posteriori de ces normes d'origine européennes. Sur ce point, il suffit de rappeler que même le fameux premier arrêt «Solange»²³ a été adopté dans une procédure où le contrôle est intervenu par rapport à l'application du traité, notamment par rapport à l'ordonnance d'un juge national demandant une procédure préjudicielle auprès de la Cour de justice. Il ne s'agissait donc pas, non plus, d'opposer directement une norme de l'Union – ou des Communautés à l'époque – à une norme constitutionnelle quoique la conclusion, par sa portée générale, aboutisse à un tel résultat, voir même elle oppose finalement les deux ordres juridiques.

Il est donc à noter, par rapport aux procédures conduisant aux deux décisions constitutionnelles faisant l'objet de la présente étude, que malgré des règles procédurales très différentes en France et en Allemagne, introduisant, dans le premier pays, relativement tardivement et d'une manière très réservée le contrôle de constitutionnalité, d'abord, uniquement a priori, puis suite à une réforme récente, une première possibilité de contrôle a posteriori, ouvrant, par contre, dans le deuxième Etat, dès l'adoption de la Loi fondamentale, une voie large de saisine et de procédure, même pour le contrôle a posteriori, notamment par l'introduction de la requête constitutionnelle; le contrôle de constitutionnalité des normes telles que le pacte de stabilité en cause, considéré, sur la forme, comme des traités internationaux, mais dont la spécificité en tant que traités européens, sur le fond, est plus ou moins reconnue et par les juges constitutionnels et par les dispositions constitutionnelles qu'ils interprètent, intervient a priori et dans des conditions relativement limitées. Enfin, dans une approche pragmatique du sujet, il est également à noter que ces procédures même en cas de constatation d'une opposition éventuelle entre le traité européen et les

²² Voir déjà dans ce sens, l'étude de CONSTANTINESCO, Léontin: *L'introduction et le contrôle de la constitutionnalité des traités et en particulier des traités européens en droit allemand*, in: Revue belge de droit international, 1969/20.

²³ Voir l'arrêt du 29 mai 1974, précité.

dispositions constitutionnelles conduisent à la révision de ces dernières²⁴ et non pas à la mise à l'écart ou à l'annulation du premier qui serait la sanction classique d'un contrôle de constitutionnalité, un tel élément pratique peut également avoir son influence sur les procédures.

Concernant les arguments des requérants qui paraissent être, sous une première approche, quelque peu différents, quoiqu'ils visent la constatation de la non conformité du même pacte à des dispositions constitutionnelles qui ont, certes, été adoptées dans des contextes historiques très différents, en visant d'autres objectifs, même sur la base des notions très différentes sur les garanties constitutionnelles, mais qui font désormais partie d'un même patrimoine constitutionnel européen commun aux États membres²⁵ et qui font surtout l'objet de la même standardisation européenne²⁶. Ces différences peuvent, d'une part, justifiées par la différence des personnes, auteurs de requêtes dont la catégorie est plus restrictive en France qu'en Allemagne, puisque dans le premier pays, c'est uniquement le Président de la République, le Premier ministre, les présidents ou soixante membres respectifs de deux assemblées parlementaires qui peuvent demander un tel contrôle de constitutionnalité,²⁷ alors que dans le second État, la requête est ouverte à tous les citoyens. Et ainsi dans la décision constitutionnelle française en cause, c'est le Président de la République qui demande le contrôle de la constitutionnalité alors qu'à l'origine de l'arrêt constitutionnel allemand figurent plusieurs personnes, groupes de personnes et également un groupe politique. D'autre part, les différences ressortant sous un premier regard dans les argumentaires des requêtes peuvent être également expliquées simplement par le fait que les approches effectuées par les juges constitutionnels restent aussi relativement différents, par conséquent, pour voir sa requête conclure à de telles ou telles constatations, les requérants tentent de présenter des arguments déjà réfléchis ou au moins, pris en considération par les juges qu'ils saisissent. Or les intentions des parties sont également différentes dans les cas présents, car, alors que le Président français est surtout guidé par la volonté d'éviter une éventuelle situation juridique où telle ou telle disposition normative qui devrait être adoptée par la suite, pourrait se voir sanctionnée par le juge constitution-

²⁴ Les exemples étant très nombreux, il suffit de rappeler ici les décisions relatives au Traité de Maastricht, précitées.

²⁵ Voir, pour l'introduction de la notion: *Acte du colloque «Le patrimoine constitutionnel européen»*, colloque tenu à Montpellier (France), les 22 et 23 novembre 1996, publié par le Conseil de l'Europe, dans la collection Science et technique de la démocratie, n° 18, Strasbourg, 1997.

²⁶ Terme également utilisé pour décrire le même processus qui est le plus apparent au sein du Conseil de l'Europe, voir, *ibidem*.

²⁷ Voir l'article 54 de la Constitution française, précité.

nel en raison de sa non-conformité à la Constitution malgré, pour ainsi dire, son origine européenne; les requérants allemands sont plus révoltés et veulent obtenir un arrêt qui sanctionne clairement le pacte de stabilité²⁸. Malgré ces différences dans les arguments, par une lecture plus analytique, il est à relever que finalement, ces moyens visent sous le même angle une éventuelle non-conformité constitutionnelle du pacte de stabilité.

En France, c'est notamment l'obligation de déterminer ce qui est désormais appelée une règle d'or qui est à l'origine de la requête. Il est à rappeler, brièvement, que selon le pacte de stabilité les Etats membres de la zone euro sont tenus d'adopter des règles, préférablement, de niveau constitutionnel, permettant d'assurer le respect des conditions budgétaires prévues par le pacte. L'adoption de ces règles qui déterminent donc des critères budgétaires contraignants pour l'Etat pour une période de plusieurs années, doit se faire sous le contrôle de la Cour de justice de l'Union européenne. Or la requête demande au juge constitutionnel de décider si l'obligation d'adopter une telle règle, est-elle ou non restrictive, d'une part, par rapport aux compétences budgétaires prévues par la Constitution, d'autre part, si le contenu éventuel de cette règle à adopter, peut-il être en conformité ou non avec la Constitution, par exemple, en ce qui concerne le principe de l'annualité budgétaire qui est un principe expressément prévu par la Constitution.

En Allemagne, les requérants argumentent d'une manière beaucoup plus générale, et surtout, beaucoup plus directe, pour la non-conformité du pacte à la Loi fondamentale. Il est à indiquer qu'ici, l'Assemblée parlementaire, c'est-à-dire le Bundestag ainsi que le gouvernement fédéral se présentent également à la procédure en tant que «partie défenderesse», et ainsi la procédure gagnera en quelque sorte et d'une manière, bien entendu, limitée, un aspect contradictoire. L'argument principal ici, bien que les différents requérants le développent à leurs propres façons, créant ainsi des versions diverses autour de cette même logique, se concentre sur la liberté parlementaire dans la définition du budget de l'Etat. La limitation de ces compétences parlementaires budgétaires par des mécanismes définis à l'échelle européenne, au niveau de la Banque centrale européenne ou de la Commission de l'Union européenne afin, bien évidemment, de pouvoir contrôler d'une manière forte le niveau de l'endettement de l'Etat en cause, mais en absence de structures, et en-

²⁸ Déjà une première lecture des arguments des parties nous permet de voir leurs intentions. Mais plus clairement encore, bien que les personnes physiques requérantes gardent l'anonymat dans l'arrêt, le groupe politique DIE LINKE y est indiqué, or ses convictions politiques sont ouvertement contraires aux prises de position politiques que représente le pacte de stabilité.

core pire, de contrôle démocratiques, doit obligatoirement être considérée comme non conforme au principe démocratique, pierre angulaire du système constitutionnel allemand. La deuxième catégorie d'argument où l'on peut regrouper les différentes branches et moyens avancés par les requérants, tourne autour de la question de la souveraineté de l'Etat allemand, en cherchant à convaincre le juge, que par ces mécanismes mis en place par le pacte de stabilité, c'est la liberté d'action de l'Allemagne fédérale qui est remise en cause d'une manière irréversible, conduisant ainsi, pour certains requérants, à la destruction même de l'Etat que la Loi fondamentale ne peut sûrement pas tolérer.

Bien que dans cette présente analyse, il soit nécessaire de se concentrer sur l'essentiel sans présenter ni l'ensemble des dispositions du pacte de stabilité, ni la totalité des arguments des parties, mais en faisant plutôt de deux décisions constitutionnelles et de leur comparaison l'objet principal de l'étude, sans vouloir trop simplifier la portée ni du traité dont les requérants mettent en cause la constitutionnalité, ni les arguments par lesquels ils s'opèrent, dans une deuxième approche, par la comparaison de deux cas, il est déjà possible malgré les différences importantes de forme, voir une similitude apparente du fond entre les différents arguments opposés au traité. Car si dans le cas français c'est surtout l'obligation expresse de légiférer qui pose le problème, les arguments des requérants allemands concernant la restriction sur la liberté parlementaire en matière budgétaire y rime en contrepartie. Et si c'est l'importance quantitative de nouvelles compétences attribuées par le pacte de stabilité aux institutions de l'Union qui pose la question de la conformité à la Constitution française, la restriction irréversible de la liberté d'action de l'Etat allemand et son opposition à la Loi fondamentale allemande constituant le pouvoir public se complètent également comme arguments. Il est donc patent que si déjà les approches entreprises, prédéfinies, d'une part par les personnes ayant le rôle de requérants, et, d'autre part par une intention claire de se plier devant les jurisprudences déjà établies des juges constitutionnels respectifs en cette matière de contrôle de constitutionnalité des actes d'approfondissement de l'intégration européenne, en parlant plus *in concreto* des obligations expresses prévues par le traité européen en cause et en argumentant en compétences au juge constitutionnel français alors qu'en s'expliquant plus *in abstracto* parlant de la liberté d'action de l'Etat et de la nécessité des structures et du contrôle démocratiques, au juge constitutionnel allemand, sont différentes, le problème de droit et ainsi finalement le champs de l'analyse et surtout la portée de l'interprétation que les juges doivent exercer, restent très identiques.

Le problème de droit que les juges doivent résoudre, est donc le même, et ainsi les deux décisions constitutionnelles se relient et même se complètent. Bien évidemment, les approches différentes ainsi que les formes rédactionnelles, l'on pourrait même remarquer, tout à fait opposées de deux textes où malgré les évolutions pendant son histoire, les décisions constitutionnelles françaises demeurent très succinctes alors que les arrêts constitutionnels allemands sont très riches en motifs et surtout en explications avec souvent des développements doctrinaux, voir même philosophiques, se distinguent d'une manière très visible, la même logique peut être retracée tout au long des argumentaires. Cette similitude qui s'explique donc par le même problème de droit, ne se résume pas uniquement du fait qu'il s'agisse de contrôler finalement la constitutionnalité des avancées de l'intégration européenne, c'est-à-dire de l'approfondissement européen, de l'élargissement des compétences de l'Union toujours à l'encontre de celles des États, mettant ainsi en péril la souveraineté ou en tout cas, des compétences de plus en plus étroitement liées à celle-ci. Il est vrai que le pacte de stabilité est très riche en cette matière, car il vise justement à restreindre la marge de manœuvre budgétaire des États. Or c'est ainsi dans un domaine étroitement lié à la souveraineté nationale que la liberté des États ou en d'autres termes, l'exercice des compétences essentielles est restreint. Le problème de droit, par contre, n'est pas sur ce volet primaire, mais devrait remonter à un niveau secondaire où ce n'est pas forcément l'élément quantitatif mais plutôt l'élément qualitatif qui doit être pris en compte. Ce n'est pas donc une analyse sur le transfert des compétences essentielles et de ses conséquences juridiques que le droit de l'Union européenne peut être considéré comme contraire aux droits constitutionnels respectifs prévoyant, d'une façon générale, malgré les dispositions constitutionnelles présentant différentes approches, les mêmes limites constitutionnelles: respect du principe démocratique, garantie autour des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il s'agit plutôt des conditions dans lesquelles ces compétences transférées seront exercées que le contrôle par rapport aux principes indiqués doit ou plus exactement devrait être exercé. Or sur ce deuxième volet où repose donc une opportunité de contrôle de constitutionnalité véritable surtout dans ces nouveaux mécanismes mis en place par le pacte de stabilité où des décisions importantes doivent être prises par des institutions ne présentant aucune structure démocratique et ne subissant aucun contrôle démocratique, les deux juges constitutionnels tout en donnant quelques éléments essentiels pour un développement, restent, de plusieurs points de vue, plutôt tacites.

La réponse finale de deux juridictions constitutionnelles est parfaitement identique: le pacte de stabilité et sa ratification nationale ne violent nullement les dispositions constitutionnelles françaises et allemandes respectives. Un contrôle sérieux s'opère dans les deux cas mais les résultats sont plutôt «timides», en tout cas, laissent suffisamment de place à un transfert pourtant important des compétences souveraines sans définition de quelconques limites réelles.

Et pour le Conseil constitutionnel français et pour la Cour constitutionnelle allemande, le pacte de stabilité ne présente pas de réels dangers pour les systèmes constitutionnels, car les dispositions des traités fondateurs assurent un encadrement, pour ainsi dire, «quasi constitutionnel» suffisant; car en l'absence de révision des traités, il n'y a pas de nouveau transfert de compétence; où bien encore, car dans l'approfondissement de l'exercice des compétences déjà transférées, l'encadrement est assuré. Bien entendu, malgré cette identité flagrante dans la logique des réponses juridictionnelles, sur les approches spécifiques, les réponses des juges se différencient.

Ainsi devant les juges de Karlsruhe, ce sont les prérogatives parlementaires en matière budgétaire dont la diminution est analysée sous l'angle de la protection du principe démocratique, et où la réponse de la Cour est de dire que malgré l'appauvrissement du pouvoir décisionnel, par ces moyens de contrôle, assurant un contrôle démocratique sur les processus, les Assemblées parlementaires allemandes sauvegardent une influence suffisante pour que la démocratie, sur son fond, ne soit pas violée, et surtout en répétant sa fameuse théorie «Kompetenz-kompetenz», le juge constitutionnel allemand réaffirme que jusqu'à ce que l'Union européenne ne peut pas se créer de nouvelles compétences, mais elle est subordonnée à l'attribution de ses compétences par les Etats membres, la souveraineté de ces derniers n'est pas en danger.

Les sages français, de l'autre côté du Rhin, en mettant l'accent sur les éléments institutionnels, voir même procéduraux, cherchent à se rassurer que lorsqu'une loi organique peut être suffisante pour répondre à l'obligation de légiférer et la Constitution ne doit pas être révisée afin de satisfaire aux prescriptions du pacte de stabilité, lorsque d'importantes modalités peuvent être librement définies par les législateurs nationaux à la poursuite de l'objectif, par contre, défini en commun et lorsque le contrôle effectué par la Cour de justice de l'Union européenne ne porte pas sur les dispositions constitutionnelles, la Constitution française n'est pas violée.

Il est constant que les réponses des juges constitutionnels par rapport au problème du droit, posé surtout dans une première approche, se concen-

trant, d'une part, sur des éléments bien spécifiques aux dispositions constitutionnelles respectives de deux ordres juridiques constitutionnels en cause, question de niveau de l'obligation de légiférer et des principes budgétaires caractéristiques en France, prérogatives budgétaires parlementaires, structures et contrôle démocratique en Allemagne, et se contentant sinon de mettre en avant des questions plutôt quantitatives dans l'avancée de l'intégration européenne sur le problème des compétences importantes transférées en France et la restriction de la liberté d'Etat en Allemagne, restent comme elles doivent rester, évidemment, négatives, c'est-à-dire que ces éléments ne permettent pas d'arrêter une violation des constitutions nationales.

Hélas, le compromis, le *modus vivendi*, déjà mentionné, doit être trouvé dans l'approche qualitative aussi, où, tel qu'il ressort de la présente étude comparative, les juridictions constitutionnelles en cause, sont plutôt timides, voir même, très réservées. Les garanties constitutionnelles, il suffit à ce titre de rappeler la jurisprudence autrefois audacieuse de la Cour constitutionnelle allemande, doivent être présentes à l'échelle européenne aussi. Si la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales y ont retrouvé une place convenable, il est toujours question de savoir si le volet institutionnel en ce qui concerne les principes de démocratie ou de l'Etat de droit, peuvent également avoir une protection suffisante, c'est-à-dire similaire à celle assurée par les droits constitutionnels nationaux, dans le fonctionnement de ce nouvel ordre juridique qui est celui de l'Union européenne. Et si ces garanties ne sont pas encore assez présentes en cette deuxième et nouvelle dimension du droit, les juges constitutionnels nationaux doivent trouver les moyens de les imposer.

Les ordres juridiques nationaux, et notamment leurs branches suprêmes, les droits constitutionnels nationaux ne sont pas mis en danger par l'intégration européenne. Les révisions constitutionnelles consécutives dues aux avancées importantes de cette construction juridique en commun, ne pourront aboutir à de tel danger même si les contradictions et non-conformités sont toujours résolues de cette manière jusqu'à ce que l'objectif constitutionnel, c'est-à-dire la limitation de l'exercice du pouvoir public peut être garantie, si ce n'est pas à l'échelle européenne alors à l'échelle nationale.

Die historische Entwicklung des ungarischen Urheberrechts bis zum ersten Gesetzentwurf¹

Péter Mezei
Universitätsdozent
Universität Szeged

Tünde Szűcs
Rechtsanwältin
Kanzlei Katona & Partners
Rechtsanwälte (Budapest)

„Wenn der Schmied ein Hufeisen herstellt, bestreitet niemand sein Recht, über dieses von eigener Hand geschaffene Produkt allein und ausschließlich zu verfügen... Genauso klar, unzweifelhaft und unantastbar betrachtet jeder Rechtsstaat heutzutage das Recht des Schriftstellers und im Allgemeinen des geistigen Urhebers, über das Produkt seiner geistigen Arbeit ausschließlich zu bestimmen.“

(Antal Molnár, 1874)

I. Einleitung und allgemeine Gedanken

Die historische Entwicklung des Urheberrechts ist bereits ein sehr bekanntes, gründlich erforschtes Gebiet. Man kann mit Sicherheit behaupten, dass die fachkundigen Meister dieses Themas im Laufe ihrer Arbeit notwendigerweise den Verhältnissen der Entstehung, beziehungsweise den Entwicklungsstadien des deutschen „Urheberrechts“, des französischen „droit d’auteur“, beziehungsweise des englischen oder amerikanischen „copyright“ begegnet sind. Das ist auch deshalb verständlich, weil die meisten Länder der Welt ihr eigenes Regelwerk, auf diese Beispiele aufbauend, weiterentwickelt haben und zwar nicht nur vor mehreren Jahrhunderten, sondern eben in mehreren Fällen auch in den heutigen Tagen. Dies bedeutet jedoch bei Weitem nicht, dass das Urheberrecht anderer Länder in den vergangenen zwei bis drei Jahrhunderten keine individuellen Züge aufzeigen würde und keine bedeutenden Konzepte oder Ge-

¹ Besonderen Dank an Natalie Dessauer, Rechtsanwältin bei der Kanzlei Weitnauer Rechtsanwälte und ehemalige Lektorin der Juristischen Fakultät der Universität Szeged, die bei der deutschsprachigen Fassung der Studie eine unentbehrliche und herausragende Mitarbeit geleistet hat.

setzesentwürfe vorweisen könne. Dies betrifft gerade auch die Geschichte des ungarischen Urheberrechts.

Die Entwicklung des ungarischen Urheberrechts schaut auf eine Vergangenheit von mehr als zwei Jahrhunderten zurück. Während dieser Zeit haben die Fachzeitschriften über ähnliche Rechtsstreitigkeiten berichtet, und die Rechtswissenschaft ihre Flügel in ähnlicher Weise entfaltet wie die Fallbeispiele in den westlichen Nationen. Die ungarischen Gelehrten des Urheberrechts mussten auf ähnliche theoretische und praktische Herausforderungen Antworten finden. Es ist unbestreitbar, dass zum Zeitpunkt der Entstehung des ersten Urheberrechtsgesetzes im Jahre 1884 das Urheberrecht anderer Rechtsordnungen bereits sehr fortgeschritten war. Dem ungarischen Gesetzgeber ist es erst gelungen, diesen Rückstand aufzuholen, als sich Ungarn 1922 der Berner Übereinkunft angeschlossen hat. Dies bedeutet jedoch nicht, dass der vorhergehende Zeitraum – vor allem das 19. Jahrhundert – keine Besonderheiten bereit hielt, die den Personen, die ein starkes Interesse an der Geschichte des Urheberrechts haben, nicht bekannt sind.

In diesem Sinne soll hier dargestellt werden, welchen Entwicklungsbogen das ungarische Urheberrecht bis zur Schaffung des Gesetzes im Jahre 1884 genommen hat. Dieser Aufsatz befasst sich vorrangig mit den ungarischen Ereignissen; es ist jedoch unvermeidbar, dass wir hinsichtlich des einen oder anderen Aspekts über unsere Landesgrenzen hinaus schauen und uns solche (insbesondere deutsche, österreichische, französische) Ereignisse in Erinnerung rufen, die auch vom ungarischen Auge ernsthaft verfolgt wurden.

Im ersten Kapitel wird zusammenfassend dargestellt, welche Umstände dafür notwendig waren, dass der Gedanke des Rechtsschutzes als Anerkennung der Arbeit der Schöpfer und der Künstler entstehen konnte. Darauf aufbauend, wird im zweiten Kapitel die geschichtliche Entwicklung der Rechtsschutzformen von den Privilegien bis zur Epoche der internationalen Verträge dargestellt. Im dritten Kapitel wird die Entwicklung des ungarischen Urheberrechts vom Ende des 18. Jahrhunderts bis zum Jahre 1884 einer grundlegenden Untersuchung unterzogen.

II. Die für die Entstehung des Urheberrechts maßgeblichen Umstände

Gemäß der klassischen ungarischen Terminologie des Privatrechts ist das Urheberrecht „das ausschließliche Recht des Autors oder seines

Rechtsnachfolgers, ein zum Bereich von Literatur oder Kunst gehörendes Geistesprodukt.² Nach Ansicht von Elemér P. Balázs – der bei der Rechtsvorgängerin der Juristischen Fakultät der Universität Szeged arbeitete und ein anerkannter Urheberrechtler seiner Zeit war – liegen die Wurzeln des Urheberrechts im Persönlichkeitsrecht; dessen Regelungen sind jedoch dem Sachenrecht angenähert. Das Urheberrecht ist nun nichts anderes als „das dingliche Recht des Individuums“.³

In den heutigen kontinentaleuropäischen Rechtssystemen scheint diese Dualität selbstverständlich zu sein, der Schutz der persönlichen Verbindung zwischen dem Autor und seinem Werk erlangte jedoch erst im 19. Jahrhundert maßgeblich an Bedeutung. Vor dieser Zeit bezweckte das Urheberrecht (und seine ursprünglichen Schutzformen, wie beispielsweise die Privilegien) vor allem den Schutz gegenüber der Aneignung bzw. Usurpation durch die Autoren und/oder die Herausgeber. Im Kreise der ungarischen Denker des 19. Jahrhunderts war mit dem Begriff der Aneignung üblicherweise der Nachdruck gemeint. Einer Definition zufolge ist Nachdruck „die neuerliche Vervielfältigung der in Druckform erschienenen literarischen und künstlerischen Produkte, die ohne das Bewusstsein und die Einwilligung des rechtmäßigen Herausgeber-Eigentümers, beziehungsweise des Rechtsnachfolgers, aufgrund des Strebens nach Profit eines anderen über Medien eigenmächtig stattfindet“.⁴ Diese Formulierung, die durch die Verbreitung der Typen der geschützten Werke ungeeignet war, sowohl die ohne Genehmigung stattfindende Vervielfachung der Werke der bildenden Künstler als auch die rechtswidrigen öffentlichen Vorführungen zu umfassen, wurde mit der Zeit durch den Begriff „Aneignung“ abgelöst.⁵

Der Nachdruck bzw. die Aneignung konnte den Herausgeber in eine gefährliche Situation verwickeln. Hatte das herausgegebene Buch nicht genug Erfolg, so ist das Kapital, welches zur Deckung der Kosten und zur Vergütung des Schriftstellers angedacht war, verloren gegangen. Soweit jedoch das Buch in großen Mengen verkauft wurde, haben auch die Profiteure ihre eigenen Exemplare herausgegeben, die wiederum mit der Summe des Honorars des Schriftstellers neben den reduzierten Kosten

² *Magyar Jogi Lexikon VI*, Pallas, Budapest, 1907, 397.

³ BALÁZS P. Elemér: *Szerzői jog*, in: SZLADITS, Károly (Hrsg.): *Magyar Magánjog I*, Grill, Budapest, 1941, 664. Siehe auch: ALFÖLDY Dezső: *A magyar szerzői jog*, Grill, Budapest, 1936, 15.

⁴ KELEMEN Mór: *Adatok az írói tulajdonjog hazai történelméhez*, in: Budapesti Szemle, Hrsg.: RÁTH Mór, Pest, 1869/XIV., 305-306.

⁵ ARANY László: *Az írói és művészi tulajdonjogról*, in: Budapesti Szemle, Hrsg.: RÁTH Mór, Budapest, 1876/XX., 252.

produziert werden konnten. Die Folge dessen war, dass die Lesebegeisterten eher die billigeren Exemplare gekauft haben und damit ernsthafte finanzielle Schäden für den Herausgeber und einen erheblich großen finanziellen Vorteil für die sich aneignenden Personen verursacht haben. Dies führte dazu, dass die unternehmerischen Ambitionen der Herausgeber gemindert wurden.⁶

Die Auswirkungen dieses Problems auf die Entwicklung des Urheberrechts können anhand eines klassischen Beispiels aus der Geschichte hervorragend dargestellt werden. Es ist allgemein bekannt, dass die nationalen Regelungen ursprünglich nur die Interessen der inländischen Urheber geschützt haben. Gegen die ohne Genehmigung stattfindende Nutzung der Werke der ausländischen Autoren sahen die Regelungen keine Rechtsmittel vor. Dadurch war es im Wesentlichen möglich, ausländische Autoren auszubeuten. Hierzu sei folgendes Beispiel genannt: Da in Belgien Französisch die dominante Sprache war, sind im Laufe des 19. Jahrhunderts immer wieder Drucke erschienen, durch die die Meisterwerke der französischen Literatur ohne Genehmigung auf belgischem Boden herausgegeben wurden. Die französischen Autoren und Herausgeber hatten davon selbstverständlich keinen Nutzen. Durch die Verbreitung billiger Nachdrucke der ausländischen Werke (oftmals in schlechter Qualität) wurde die Position der belgischen Autoren geschwächt. Auch wenn die Herausgeber bereit waren, die Werke der ausländischen Autoren anzunehmen, haben sie einen so niedrigen Preis für das Manuskript gezahlt, dass es sich nicht gelohnt hat, es fertigzustellen. Das französisch-belgische Abkommen, welches entstanden ist, nachdem dieses Problem erkannt wurde, und welchem das Prinzip der Gegenseitigkeit zugrunde lag, diente dem Anschein nach der Beseitigung der für die belgischen Herausgeber entstandenen Nachteile, führte aber in Wirklichkeit zu einem Aufschwung des Literaturlebens beider Länder.⁷

Der Rechtsschutz der Autoren hat sich auch nicht von einem Tag auf den anderen herausgebildet. Die Entstehung dieses Rechtsgebiets kann grundsätzlich durch die glückliche Zusammenfügung von vier Faktoren erklärt werden. Darunter ist der bedeutendste und der am meisten bekannte Umstand die Erfindung der (europäischen) Technik des Buchdrucks. Dank dieser Erfindung konnten in Überwindung der durch Handschrift erfolgten Vervielfältigung die Bücher in bedeutenden

⁶ MOLNÁR Antal: *Az irodalmi szerzőjog*, in: Magyar Igazságügy, Hrsg: ZILAHY Sámuel, Budapest, 1874/I., 223-224.

⁷ LADAS, Stephen P.: *The International Protection of Literary and Artistic Property*, Harvard Studies in International Law, Macmillan, New York, 1938, 46.

Mengen hergestellt und verbreitet werden. Diese Tatsache wurde von der klassischen ungarischen Rechtswissenschaft des Urheberrechts als *objektive Seite* beziehungsweise als technischer oder dinglicher Umstand bezeichnet.⁸ Nach Ansicht von Rudolf Müller-Erbach, einem Vertreter der Interessenjurisprudenz, ist der Schutz des Urheberrechts derart von der Entwicklung der Technik des Buchdrucks determiniert, dass die bis dahin typischen handschriftlichen Vervielfältigungen nicht das Interesse mitbrachten, geschützt zu werden, denn es fehlte die Garantie der Marktfähigkeit.⁹ Mit der Möglichkeit der Vervielfältigung wurden die geistigen Werke marktfähig.¹⁰ So wie Balás einmal gesagt hat: „Das geistige Werk wurde verkehrsfähig und somit eine Ware“¹¹.

Mit der Entstehung der Verkehrsfähigkeit rückte auch die Notwendigkeit der Wahrung der persönlichen und geistigen Interessen immer weiter in den Vordergrund.¹² All dies ist durch einen theoretischen Umstand, die Entstehung des Individualismus (also *die subjektive Seite*), wirklich wichtig geworden. Die künstlerischen Werke des Mittelalters waren nämlich durch die Anonymität geprägt. Ab der Epoche der Renaissance ist jedoch mit den Worten des Kunsthistorikers Jacob Burckhardt „das subjektive Element mit seiner ganzen Kraft auferstanden. Der Mensch wird ein geistliches Individuum und damit erkennt er sich selbst. (...) Niemandem widerstrebt es, aufzufallen, anders zu sein und anders auszu- sehen als die anderen Menschen“.¹³ Vom Ende des Mittelalters an waren die Künstler immer mehr darauf bedacht, dass ihr Name nicht nur ihren Zeitgenossen, sondern auch der Nachwelt bekannt sein wird.

Schließlich bildete sich in den vergangenen zwei Jahrhunderten besonders stark die *Verbraucherseite* heraus, d. h. der Anspruch, dass die Mitglieder der Gesellschaft Besitzer von geistigen Produkten werden können. So sagte einmal Ferencz Toldy (Schedel): „Wo die wissenschaftliche Kultur und der literarische Zeitvertreib noch nicht notwendig geworden ist,

⁸ Balás P. Elemé betonte, „dass sich das geistige Werk sich ein sachliches Substrat wünscht, das... auch selber das Ergebnis der Anwendung der dynamischen sachlichen Ansicht ist“. Siehe: BALÁS 1941, 664.

⁹ NIZSALOVSKY Endre: *Fogalomkutató és érdekkutató jogtudomány, a szabadjogi iskola és a tisztta jogtan*, in: *Tanulmányok a jogról*, Akadémiai, Budapest, 1984, 15.

¹⁰ Alajos Knorr verwies noch darauf, dass sich aus der Vervielfältigung der Handschrift kein bedeutender Gewinn ergeben konnte. Siehe: KNORR Alajos: *A szerzői jog magyarázata*, Herausgegeben bei Ifj. Nagel Otto, Budapest, 1890, III.

¹¹ BALÁS 1941, 684.

¹² NIZSALOVSKY 1984, 15.

¹³ BURCKHARDT, Jacob: *A reneszánsz Itáliában*, Képzőművészeti Alap Kiadóvállalata, Budapest, 1978, 94.

da hat die geistige Arbeit keinen Platz, da ist der Beruf eines Schriftstellers kein Erwerbszweig.“¹⁴

Der Anspruch auf die Entstehung des Urheberrechtsschutzes hat die Erscheinung beziehungsweise Festigung von mindestens drei Elementen vorausgesetzt. Neben den Autoren, die sich (ewige) Beliebtheit und ein den Lebensunterhalt sicherndes Einkommen gewünscht haben, bedurfte es auch der Druckereien (und Herausgeber), die ihre Werke zu Papier gebracht haben, beziehungsweise bedurfte es der Verbraucher, die bereit waren, für die Exemplare Geld zu opfern. Die gleichzeitige Erscheinung dieser drei Elemente war jedoch keine Garantie dafür, dass die Interessen der Berechtigten (insbesondere der Autoren) eine gesetzliche Anerkennung gefunden hätten. Dazu war es auch notwendig, dass das jeweilige *gesetzgeberische (politische) Umfeld* optimal war und der Schaffung einer Ordnung zwischen den Interessen und Gegeninteressen, die sich während der zwei Jahrhunderte nach der Erfindung des Buchdrucks herauskristallisiert haben, offen gegenüberstand.

Als perfekte Beispiele gelten die geschichtlichen Umstände, die zur Entstehung des ersten Urheberrechtsgesetzes, des englischen Statute of Anne, geführt haben.¹⁵ In der Zeit vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes im Jahre 1710 wurde die Herausgabe der Bücher im Rahmen eines Monopols von den Inhabern der Druckereien, der Stationers' Company, beherrscht. Die Existenz dieses Monopols wurde von der herrschenden Macht auch gern unterstützt, weil die Herausgabe der Werke durch die Mitglieder der Stationers' Company eine Zeit lang als ein effektives Mittel der Zensur galt. Viele konnten nur dadurch aus dem Schatten der Akteure, die den Marktzugang erschwert haben, treten, indem sie ungenehmigte Nachdrucke in einer minderen Qualität, die dementsprechend billiger waren, produziert haben. Die größte Spannung hat sich natürlich aus der Verwertung des Originals und des Duplikats ergeben, die durch den Vertrieb der Bücher zu einer Zeit, in der man keine Landesgrenzen oder Genehmigungserfordernisse kannte, weiter verschärft wurde.

Dies zeigte sich insbesondere in den Beziehungen zwischen Schottland und England. Neben den Interessen der Verleger und den Bestrebungen ihrer Gegner haben viele die tatsächlichen Urheber vergessen. All diese Umstände haben aufgrund einer zunehmenden Absicht zur Schaffung von Gesetzen zur Wende vom 17. zum 18. Jahrhundert eine

¹⁴ TOLDY (SCHEDEL) Ferencz: *Néhány szó az írói tulajdonról*, in: Athenaeum, 1838, 712.

¹⁵ Das „Statute of Anne“ ist auf der Seite <http://www.copyrighthistory.com/anne.html> abrufbar (Zuletzt abgerufen am 12. Dezember 2013).

bedeutende Änderung erfahren. Überraschenderweise bildete die Argumentation von Daniel Defoe neben der Pressefreiheit den fruchtbarsten Nährboden für die sich auf den Rechtsschutz konzentrierende Person des Autors. Defoe glaubte, man solle die im Übrigen nicht so effektive Zensur dadurch auflösen, dass die Autoren für den Inhalt ihrer Werke/Gedanken Verantwortung übernehmen und man ihnen als Gegenleistung selbstverständlich auch Rechte zugesteht. Das im Jahre 1709 formulierte Statut hat deswegen die Rechte, die sich aus der Vervielfältigung und dem Vertrieb der Bücher ergaben, grundsätzlich in die Hände des Autors gelegt. Zwar waren diese Rechte übertragbar, aber mit der Auflösung des bisherigen Monopols der Verleger konnte nunmehr jedermann das Recht erwerben, eine gebundene Ausgabe herauszugeben. Mit der Einführung einer Schutzdauer von 14 Jahren (und im Falle einer einmaligen Verlängerung von weiteren 14 Jahren) bezweckte das Gesetz, der Entstehung eines faktischen Monopols (d. h. eines im Einzelfall entstehenden Monopols) entgegenzuwirken (d. h. nach dem Ablauf der Schutzdauer konnte jeder das Buch, das dann im Gemeineigentum stand, wieder drucken).¹⁶

Das obige englische Beispiel ist selbstverständlich im Lichte der Epoche, des Landes, der Personen, des Umfeldes und aller anderen Faktoren und vom Einzelfall abhängig zu betrachten. Alle anderen Länder der Welt waren ähnlichen Herausforderungen ausgesetzt, die sich in der Zeit der Entstehung nationaler Rechtsordnungen zwischen den politischen und wirtschaftlichen (insbesondere dem Buchmarkt) Verhältnissen entwickelt haben. Dies führt dazu, dass die nationalen Regelungen einzelner Länder nicht nur hinsichtlich ihres Inhalts, sondern auch hinsichtlich ihrer Zielsetzung bedeutende Unterschiede aufzeigten.

In den Vereinigten Staaten von Amerika haben zum Beispiel die Konföderationsartikel von 1777 die Regelung des Urheberrechts noch dem Zuständigkeitsbereich der Mitgliedstaaten zugewiesen. In der verfassungsgebenden Versammlung von 1787 (sog. „Philadelphia Convention“) haben James Madison aus Virginia und Charles Pinckney aus South-Carolina vorgeschlagen, die Frage der Gesetzgebung bezüglich des Urheberrechts in den Zuständigkeitsbereich des föderativen Kongresses zu übertragen. Der Erfolg und die Bedeutsamkeit dieses Vorschlags zeigt sich insbesondere dadurch, dass das Urheberrecht zu den 17 vom Kon-

¹⁶ PATTERSON, L. Ray - BIRCH, Stanley F. - JOYCE, Craig: *A Unified Theory of Copyright - Chapter 2: The Copyright Clause and Copyright History*, in: *Houston Law Review*, Spring 2009, 244-256. In der ungarischen Rechtsliteratur siehe insbesondere: BODÓ Balázs: *A szerzői jog kalózai - A kalózek szerepe a kulturális termelés és csere folyamataiban a könyvnyomtatástól a fájlserelés hálózatokig*, Typotex, Budapest, 2011, 55-79.

gress erstmals konkret bezeichneten Zuständigkeitsbereichen zählte und es diesbezüglich erstmals gelungen ist, ein Gesetz zu verabschieden. Obwohl das Urheberrechtsgesetz der Vereinigten Staaten von 1790 hinsichtlich seines Inhalts dem Statut der Königin Anne ähnelte,¹⁷ divergierten die Umstände der Entstehung beider Regelungen deutlich voneinander, insbesondere vor allem deshalb, weil die Vereinigten Staaten zu dieser Zeit grundsätzlich eine Agrargesellschaft waren.¹⁸

Als ein weiteres prominentes Beispiel sei die Entstehung des französischen Urheberrechtsgesetzes von 1793 (sog. Chénier) genannt. Dieses Gesetz ist auch nicht vorwiegend aufgrund des Anspruchs auf die Freiheit der Autoren zustande gekommen, sondern bezweckte die Manifestierung der sich aus der Meinungsfreiheit ergebenden Verantwortung der Autoren, die im Zusammenhang mit Defoe's Argumentation noch die Ideologie der französischen Revolution in sich trug.¹⁹

Anhand der oben vorgestellten Beispiele kann man im 3. Kapitel erfahren, welchen Anforderungen der ungarische Gesetzgeber in der Zeit der Verabschiedung des ersten Urheberrechtsgesetzes entsprechen musste.

III. Die geschichtliche Entwicklung des urheberrechtlichen Rechtsschutzes

Die Reihenfolge, die sich hinsichtlich des Urheberrechts herausgebildet hat, ist geschichtlich und logisch zugleich: Im Laufe dieser Entwicklung gelangen wir vom Individuum zum Allgemeinen.

Bereits das römische Recht hat solche Verträge gekannt, die zwischen Autoren und Buchhändler bezüglich der Vervielfältigung von literarischen Werken abgeschlossen wurden. Im Hinblick dessen war das Recht des Herausgebers durch den Handelsbrauch des Händlers geschützt, dessen Geschäfte erhielten jedoch keinen Rechtsschutz. Weder in den Rechtsquellen wird das Recht der Vervielfältigung von schriftstellerischen Werken er-

¹⁷ Siehe: <http://www.copyright.gov/history/1790act.pdf> (Zuletzt abgerufen am 12. Dezember 2013.).

¹⁸ OCHOA, Tyler: *Copyright Duration: Theories and Practice*. In: Yu, Peter K. (Hrsg.): *Intellectual Property and Information Wealth: Copyright and related rights*, Greenwood Publishing Group, Westport, 2007, 142-143.

¹⁹ LATOURNERIE, Anne: *Petite histoire des batailles du droit d'auteur*, in: *Multitudes* n°5, May 2001. Siehe ferner: OCHOA 2007, 141-142. In der ungarischen Rechtsliteratur siehe: HAJDÚ Dóra: *Betekintés a francia szerzői jog történetébe - A kezdetektől a nagy francia forradalom idején elfogadott törvényekig*, in: *Jogtörténeti Szemle*, 2014 (Manuskript).

wähnt, noch existierte eine Klagemöglichkeit, wonach eventuelle Ansprüche im Falle einer Rechtsverletzung geltend gemacht werden konnten.²⁰

Als erste Form des heutigen modernen Urheberrechts bildete sich das *Privileg* (älterer Ausdruck: Sonderrecht, Freibrief) heraus, welches vom Herrscher oder von einer anderen obersten Instanz *einem Einzelnen eingeräumt wurde*. Dieses Privileg „wurde entweder an den Autor oder an den Herausgeber verliehen, in älteren Zeiten jedoch räumte man ausschließlich und regelmäßig nur dem Herausgeber dieses Sonderrecht ein“.²¹

Die Entstehung des Systems der Privilegien ist einerseits damit zu erklären, dass in einigen Ländern der Feudalismus im 15. Jahrhundert immer noch existiert hat. Andererseits verhinderte lange Zeit die Rezeption des römischen Rechts die Herausbildung nationaler privatrechtlicher Regelungen.²² Deswegen war es in dieser Zeit unvorstellbar, spezielle innere Rechtsnormen (Gesetze) zu schaffen. Für die damaligen Herrscher war es viel praktikabler, das Monopol des Buchdrucks gegen einen bestimmten Preis, hinsichtlich eines bestimmten Werks, für eine bestimmte Zeit, also in Einzelfällen durch die Sicherung von Sonderrechten an jemanden zu verleihen.²³

Der Sinn dieser Privilegien ergab sich daraus, dass der Herausgeber – neben dem Aufsichtsrecht des Herrschers oder einer anderen Person – im Rahmen eines Monopols die Rechte am Buchdruck und am Vertrieb der gedruckten Exemplare erworben hat. In den Freibriefen wurde bestimmt, auf welche Werke sich diese Rechte beziehen und welchen Inhalt das Verhältnis zwischen dem Herausgeber und dem Autor hatte. Ferner wurde die Zeitdauer des Monopols festgelegt.²⁴

In traditioneller Hinsicht können zwei große Gruppen von Patentrechten unterschieden werden. Die eine Gruppe gewährt den Buchdruck *im Allgemeinen* dem Begünstigten des Privilegs, gleichzeitig untersagt es allen anderen diese Tätigkeit. Das klassische Beispiel hierfür ist das Privileg, welches im Jahre 1469 die Stadt Venedig an Johann von Speier vergab. Die andere große Kategorie hat den Druck von *konkreten* Büchern ermöglicht, neben der gleichzeitigen Untersagung dieser Tätigkeit für andere.

²⁰ APÁTHY István: *A szerzői jogról szóló törvény. Értekezések a Társadalmi Tudományok köréből*, 8. kötet, Hrsg: MTA, Budapest, 1887, 10; KNORR 1890, III-IV.; KENEDI Géza: *A magyar szerzői jog*, Athenaeum, Budapest, 1908, 7. In der heutigen ungarischen Rechtsliteratur siehe: LENDVAI Zsófia: *Szerzői jog az ókorban*, in: Iparjogvédelmi és Szerzői Jogi Szemle, 2008/3, 57–79.

²¹ KNORR 1890, V.

²² ZWEIGERT, Konrad - KÖTZ, Hein: *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3. Auflage, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1996, 130–136.

²³ MOLNÁR 1874, 225.

²⁴ KNORR 1890, V.; KENEDI 1908, 7.

Das in diesem Zusammenhang des Öfteren angeführte Beispiel ist das Sonderrecht Hendriks, des Bischofs von Bamberg, der 1490 die Druckrechte des Messebuchs von Hamburg erhielt.

Ungarn hatte in diesem Bereich keinen bedeutenden Rückstand. Die Hochschule in Tyrnau (im Ungarischen: Nagyszombat) hat zum Beispiel im Jahre 1584 das Sonderrecht erworben, den *Corpus Iuris Hungarici* herauszugeben. Die Klausel dieses Freibriefes hat eine Sanktion von zehn Goldmark in Aussicht gestellt, falls jemand die Ausgabe rechtswidrig nachdrucken und verkaufen sollte.²⁵

Die Privilegien wurden auch in West-Europa nur langsam *durch die für das ganze Land geltenden gesetzlichen Regelungen* ausgetauscht. Das erste Gesetz, auf das bereits oben hingewiesen wurde, ist in England 1709 unter der Herrschaft von Anna Stuart entstanden. Die richtige Welle der Gesetzgebung ist erst ab dem Ende des 18. und am Anfang des 19. Jahrhunderts in Gang gekommen. Hinsichtlich dieser Gesetze dominierten die jeweils herrschenden staatlichen und wirtschaftspolitischen Ansichten und enthielten dementsprechend starke Spuren des Systems der Privilegien. Wie unten sogleich näher dargestellt, hat das ungarische Parlament nach mehreren österreichischen Verordnungen im 18./19. Jahrhundert und nach mehreren ungarischen gesetzgeberischen Versuchen im 19. Jahrhundert erst im Jahre 1884 ein Gesetz in diesem Bereich verabschiedet.

Die dritte Stufe des Urheberrechtsschutzes – die infolge der Erkenntnis, dass die Landesgrenzen zum Schutz des Urheberrechts überschritten werden mussten, entstanden ist – ist die Schaffung *internationaler Verträge und Übereinkommen*. Die Unterzeichner solcher zwei- oder mehrseitigen Verträge formulierten ihre inneren Regelungen so, dass diese dem Inhalt des Vertrages soweit wie möglich entsprachen. Die von den einzelnen Staaten abgeschlossenen Abkommen sind traditionell auf dem Grundsatz der Gegenseitigkeit aufgebaut. Danach gewährte der einzelne Staat nur dann und nur einen so weiten Schutz für die ausländischen Autoren, soweit auch ihr Staat die Urheber des betroffenen Landes schützte.²⁶ Durch das Wachstum der grenzüberschreitenden Nutzung musste notwendigerweise ein effektiveres Prinzip herausgearbeitet werden. Die 1886 entstandene Berner Übereinkunft stimmte dem Prinzip der nationalen Behand-

²⁵ Toldy (Schedel) Ferencz: *Az írói tulajdonról*, in: Budapesti Szemle, Hrsg: HECKENAST Gusztáv, 1840, 192; KELEMEN 1869, 306-307; MOLNÁR 1874, 225; KNORR 1890, V.; KENEDI 1908, 7.

²⁶ Das schweizer und luxemburgische Recht schütze die ausländischen Urheber auch ohne das Erfordernis einer urheberrechtlichen Gegenseitigkeit. Siehe: BOYTHA György: *A hatályos szerzői és szomszédos jogi sokoldalú szakegyezmények*, in: GYERTYÁNFY Péter (Hrsg.): *A szerzői jogi törvény magyarázata*, CompLex, Budapest, 2006, 656.

lung bezüglich des ausländischen Urhebers zu.²⁷ Aufgrund dessen mussten die Mitgliedstaaten der Übereinkunft einem ausländischen Urheber den gleichen Schutz wie einem inländischen gewähren.²⁸ Der Grundsatz der nationalen Behandlung hat die Handhabung der sich aus dem internationalen Element ergebenden Unsicherheiten deutlich vereinfacht, weil es nicht mehr nötig war zu prüfen, welche konkreten Rechte der fremde Staat den Ausländern zusicherte. Die Bedingung der Geltendmachung dieses Schutzes war nur, dass beide betroffenen Staaten Mitglieder der Berner Übereinkunft sind.

Ungarn hat bezüglich seines eigenen Rechts erst 1887 mit Österreich ein bilaterales Abkommen über den gegenseitigen Schutz des Rechts der Urheber der Literatur- und Kunstwerke geschlossen. Wie wir gleich sehen werden, gehörte Ungarn bereits davor mehreren internationalen Verträgen an. Hierbei handelt es sich um das Abkommen, welches zwischen Österreich dem Vatikan und Sardinien 1844 geschlossen wurde, ferner das Abkommen zwischen Österreich und Frankreich von 1866. Ein ähnliches Beispiel ist der Ungarisch-Kroatische Ausgleich von 1868, der sich mittelbar auf dieses Rechtsgebiet bezieht.²⁹ Den relevanten multilateralen internationalen Übereinkommen hat sich Ungarn erst im 20. Jahrhundert angeschlossen. Die Berner Übereinkunft wurde zum Beispiel erst im Jahre 1922 von Ungarn unterzeichnet.

IV. Die Regelungen des Urheberrechts in Ungarn

1. Die ersten Rechtsstreitigkeiten und der Beginn der Rechtssetzung

Als Ausgangspunkt für die Anspruchserhebung auf die Kodifizierung des Urheberrechts in Ungarn kann der „Aufruf“ von Ádám Takács an den Gesetzgeber gesehen werden. In diesem lenkte der kalvinistische Pfarrer von Göny die Aufmerksamkeit des Statthalterrates darauf, dass der Buch-

²⁷ Artikel 5 Abs. 1 der Berner Übereinkunft.

²⁸ Gemäß der Formulierung von Stephen Ladas besagt die Theorie der nationalen Gleichbehandlung soviel, dass „die vollständige Assimilierung der Ausländer in den Kreisen der Staatsbürger ohne das Erfordernis der Reziprozität erfolgt“. Zitiert von: GOLDSTEIN, Paul - HUGENHOLTZ, Bernt: *International Copyright - Principles, Law, and Practice*, Second Edition, Oxford University Press, New York, 2010, 99.

²⁹ Während des 19. Jahrhunderts hat Ungarn noch mit Italien (1890), mit Großbritannien (1893) und mit Deutschland (1899) ähnliche staatliche Abkommen abgeschlossen. Siehe: *Corpus Iuris Hungarici*, Franklin Társulat, Budapest, 1897, 47.

drucker Landerer die Arbeit vom Pester Buchdrucker Paczkó, der seine Leichenrede herausgegeben hatte, geschmäht habe, weil er den ganzen Band ohne Genehmigung nachgedruckt habe. Wegen des sich daraus ergebenden Schadens habe Paczkó darauf verzichtet, den zweiten Band von Takács herauszugeben, weil er befürchtete, dass Landerer diesen wieder nachdrucken werde.³⁰

Aufgrund der Fortsetzung dieses unlauteren Verhaltens wandte sich der Pfarrer an den Stadthalter. Infolgedessen wurde am 3. November 1793 die königliche Verordnung Nr. 12157 erlassen, die die verbesserte Variante der in Österreich am 11. Februar 1775 erlassenen Verordnung war. Dieses Dokument bestrafte den inländischen Nachdruck der gedruckten Materialien hart, und sanktionierte ihn des Weiteren mit der Beschlagnahme und der Gewährung von Schadenersatz zugunsten des Urhebers. Dies betraf jedoch die im Ausland herausgegebenen und im Inland bereits von jemand anderem nachgedruckten Bücher nicht: Diese konnten frei herausgegeben werden. Die königliche Verordnung erweiterte den Rechtsschutz auf den Rechtsnachfolger (Zessionär) des Autors. Die prinzipiellen Grundsteine des Instituts der Schutzdauer wurden auch festgelegt, als bestimmt wurde, dass sich das Werk in Gemeineigentum umwandeln werde, falls nach dem Tod des Urhebers eine bestimmte Zeitperiode abgelaufen sei. Danach könne das Werk frei herausgegeben werden. Dennoch wurde mit dem Erlass der königlichen Verordnung versäumt, die detaillierten Regelungen bezüglich der Schutzdauer zu bestimmen. Die königliche Verordnung legte die Zustimmung des Urhebers (oder des Rechtsnachfolgers) als grundsätzliche Bedingung fest. Die Genehmigung des Buchprüfers (Imprimatur) konnte nämlich erst nach der Geltendmachung der Zensur gegeben werden.³¹

Mit der im Jahre 1794 erfassenden königlichen Verordnung Nr. 1812 wurde all dies, auf dem Grundsatz der Gegenseitigkeit aufbauend, dadurch ergänzt, dass untersagt wurde, die in Österreich gedruckten Werke in Ungarn nachzudrucken. Gleichzeitig genossen die im ungarischen Gebiet gedruckten Werke diesen Schutz in Österreich.³²

Der Kreis der geschützten Werke wurde durch die höfische Verordnung vom 22. April 1831 Nr. 4232 auch auf „Zeichnungen und Gravie-

³⁰ KELEMEN 1869, 311.; ARANY 1876, 226.

³¹ TOLDY 1840, 211-213.; KELEMEN 1869, 311-312.; ARANY 1876, 226, 227-228.; KOVÁTS Gyula: *Mi a jogunk s milyen legyen a törvényünk az írói és a művészi munka védelmében*, Külön lenyomat a Magyar Igazságügy 1882. évi folyóiratából, Pesti Könyvnyomda Rt., Budapest, 1882, 2-3.; KNORR 1890, X-XII.; KENEDI 1908, 9.

³² KNORR 1890, XI.; KENEDI 1908, 9.

rungen“ erweitert. Hiervon ausgenommen waren die „Modebilder und kleinere Zeichnungen“, die neben den Zeitschriften erschienen sind, auch dann, wenn sie nicht gegen die maßgebenden Zensurreglungen verstießen.

In der Mitte des 19. Jahrhunderts erfuhr das Literatur-, Wissenschafts- und Politikleben Ungarns einen Aufschwung. Es ist kein Zufall, dass diese Zeit traditionell als „Reformzeit“ bezeichnet wird. Die Zeitschriften „Aurora“, „Wissenschaftliche Sammlung“ (im Ungarischen: „Tudományos Gyűjtemény“), „Der Kranz“ („Koszorú“), „Athenaeum“, „Benachrichtigung“ („Figyelmező“), „Pester Modeblatt“ („Pesti Divatlap“) usw. sind nacheinander erschienen, gefolgt von den schönsten der schönsten literarischen Werke („Bánkbán“, „Die Hymne“ [„Himnusz“], „Zalán's Lauf“ [„Zalán futása“], „Csongor und Tünde“ [„Csongor és Tünde“], „Der Appell“ [„Szózat“], „Der Notar des Dorfes“ [„A falu jegyzője“] usw.). Auch Musikstücke, wie zum Beispiel das Stück von Erkel, welches dann als Hymne vertont wurde, oder seine sonstigen Opern, darf man nicht vergessen. Ebenso erfuhr die ungarische Schauspielerei eine bedeutende Entwicklung, und auch die Anzahl der weltberühmten Werke der bildenden Kunst (zum Beispiel Miklós Barabás und Mihály Zichy) stieg enorm an. Dank dieser Entwicklungen konnten immer mehr Menschen, die sich eine Änderung gewünscht haben, in den Genuss einer gestiegen Elite kommen.

Mit dem Anstieg dieser Entwicklungsstufen sind gleichzeitig die Zahl der Missbräuche der Rechte der Urheber und die Beschwerden dieser selbstverständlich gestiegen. Von den landesweit bekannten Fällen ist beispielsweise der von Kunoss hervorzuheben, der 1837 wegen seiner Beschwerde bezüglich der unberechtigten Nachdrucke seines Bandes „Wortkranz“ (im Ungarischen: „Szófüzér“) das Wort ergriffen hat.³³ Der in dieser Sache wegen Aneignung angeklagte Herr mit dem Monogramm „G.N.“ war nicht nur deswegen im Kreuzfeuer der Angriffe. Nicht einmal ein Jahr später verbreitete Toldy die Nachricht, dass G.N. ohne die Genehmigung der Erben von Dániel Berzsenyi mehr als die Hälfte seiner Gedichte unter dem Titel „Anthologia“ herausgab. Szenvey erlitt einen ähnlichen Missbrauch, da er zwar die Gedichte von Schiller allein übersetzte, sein Manuskript jedoch von Ferencz Soproni Fidler ungenehmigt in Siebenbürgen vor der offiziellen Publikation nachgedruckt wurde.³⁴

³³ *Figyelmező*, 1837/21, 174.

³⁴ Das letzte Beispiel siehe: TOLDY 1838, 713-714.

2. Die Anfänge der wissenschaftlichen Literatur zum Urheberrecht – die Leistungen von Ferenc Toldy (Schedel)

Die ersten wissenschaftlichen Schriftstücke, die sogar fast das Niveau eines Gesetzes erreicht haben, werden mit dem Namen Ferencz Toldy (Schedel) in Verbindung gebracht. 1838 publizierte er zunächst die Kolumnen des „Athenaeum“, die überarbeitet und weiterentwickelt dann 1840 in der Budapester Rundschau (im Ungarischen: Budapesti Szemle) veröffentlicht wurden. Aufgrund der Umstände der damaligen Zeit ist es keine Überraschung, dass sich Toldy in seinen Arbeiten auch nur auf den Schriftsteller konzentrierte. Die Definition des schriftstellerischen Eigentums formulierte er so: „Alles, was wir mit unseren eigenen inneren Begabungen oder mit unseren äußeren Mitteln ohne Verletzung fremder Rechte geschaffen/uns verschafft haben, ist unser unentziehbares Eigentum.“³⁵

Die Anerkennung dieser Art des Eigentums beschrieb er 1838 noch mit drei Elementen; in seiner Schrift aus dem Jahre 1840 finden wir nur noch zwei davon. Einerseits bezeichnet er das schriftstellerische Eigentum als *originären Besitz*, weil ein Werk die Frucht einer jedem Menschen angeborenen Begabung sei. Andererseits schreibt er dem schriftstellerischen Eigentum auch die Eigenschaft des *erworbenen Besitzes* zu, denn bevor sich jemand als Schriftsteller bezeichnen könne, brauche es Zeit, um materiellen Besitz zu erwirtschaften, der die Basis für das Verfassen des Werkes sei (inverstiertes Kapital).³⁶ Zu diesen zwei Elementen fügte Toldy 1838 noch ein drittes hinzu, wonach das schriftstellerische Eigentum „auch in *moralischer Hinsicht*“ von allem und jedem als die Frucht der Umwandlung der edelsten Begabungen in die edelsten Ziele respektiert werden sollte (der Lohn der Öffentlichkeit).³⁷

Eine andere, weniger ausgereifte, jedoch nicht weniger wichtige Aufgliederung der Theorie von Toldy ist die Untersuchung des „vorläufigen schriftstellerischen Eigentums“ nach drei weiteren Gesichtspunkten. In *historischer* Hinsicht sah er es als ausschließliches Recht des Autors an, dass dieser sein Werk und die damit einhergehenden Risiken als seine eigenen anerkennt. In *moralischer* Hinsicht garantierte er dem Autor das Recht, das Werk zu verändern, zu korrigieren, es zusammenzufügen und zu erweitern, zu überarbeiten und zu vernichten, bzw. die Verbreitung sei-

³⁵ TOLDY 1840, 157.

³⁶ TOLDY 1840, 158.

³⁷ TOLDY 1838, 705.

nes Werkes unter seinem Namen zu verbieten. In *kommerzieller* Hinsicht charakterisierte er das schriftstellerische Eigentum als Erwerbsquelle, als Gegenstand des Handels.³⁸

Auch wenn die Gedanken von Toldy nicht als systematisch bezeichnet werden können, so geben diese Kategorisierungen dennoch einen nicht in Frage zu stellenden richtigen Weg für die späteren Denker dieser Zeit vor. Das erste Element, welches das Urheberrecht mit einem Eigentumscharakter ausstattete, kann mit dem Grundmotiv unseres heutigen Urheberrechts, d. h. mit dem Erfordernis einer individuellen, originären Schöpferfähigkeit gleichgestellt werden. Das zweite Element berührt die Interessen, die hinter den Vermögensrechten des Urheberrechtsschutzes stehen. Zwar erwähnte Toldy das dritte Element seiner überarbeiteten Studie von 1840 nicht mehr, doch kann dieser Gedanke von ihm als der ungarische Vorläufer des Konzepts der Persönlichkeitsrechte bewertet werden, die sich im Urheberrecht der westeuropäischen Rechtssysteme im 19. Jahrhundert herauskristallisiert haben. Eben gerade deshalb ist auch die zweite und oben bereits erwähnte Kategorisierung, das „vorläufige schriftstellerische Eigentum“, interessant. Die Annäherung aus der „historischen“ Sicht erinnert an das im modernen Recht bezeichnete Recht des Autors zur ersten Veröffentlichung. Die „moralische“ Garantie ist die Wurzel der Änderung des Werkes und damit er Verfügungsmacht über das Werk, die heute mit dem Vermögens- bzw. Nutzungsrecht und dem Integritätsrecht in Verbindung gebracht wird. Die „kommerzielle“ Dimension beleuchtet die Ausschließlichkeit des dem Autor garantierten Vermögensrechts.

Toldy formulierte auch den Anspruch, dass der Autor als das ursprüngliche Subjekt des schriftstellerischen Eigentums anzusehen ist, während der Herausgeber nur im Falle der „Ableitung“ (Abtretung oder Übertragung) der Rechte und die Gesellschaft nur im Falle des „Verlassens“ (Verzicht) der rechtmäßige Verwender werden könne.³⁹

Als erster Vertreter der wissenschaftlichen Denker bezüglich des Urheberrechts durchblickte Toldy die rechtspolitischen Elemente des Schutzes der schöpferischen Tätigkeit perfekt. Sogar auf den letzten zwanzig Seiten seiner Schrift von 1840 hat er – ohne dass er dies ausdrücklich erwähnt oder in Artikeln gegliedert hätte – einen Vorschlag mit fortschrittlichem Charakter für den Gesetzgeber entworfen. Der Vorschlag hat über das oben Genannte hinaus beispielsweise auch die Frage

³⁸ TOLDY 1840, 164-167.

³⁹ TOLDY 1840, 169-172.

nach dem Schicksal der Theaterstücke, nach der Beurteilung der Veröffentlichung von Vorlesungen und jene nach der rechtlichen Situation der Übersetzungen und Zitate, nach der Veröffentlichung ohne Namen oder unter einem Decknamen, dem Verzicht auf Rechte und der Verjährung (heute als Schutzdauer bezeichnet) umrissen.⁴⁰

3. Gesetzesentwurf von Bertalan Szemere

Die Kisfaludy-Gesellschaft ist lange Zeit als der Gesetzgebung des Urheberrechts verpflichtete Anhängerin aufgetreten. Der erste Versuch der Gesellschaft erfolgte 1844 in der Mitte der Reformzeit. Das Gremium, das sich aus den Personen József Bajza, László Bánfai, Sándor Bertha, András Fáy, János Fogarasi, Károly Kiss, Florent Simon und Mihály Vörösmarty zusammensetzte, hat einen ersten Entwurf vorbereitet. Der Entwurf gelangte zu Bertalan Szemere, der einer der gebildetsten und weltläufigsten Adligen seiner Zeit war. Unter dem Einfluss des preussischen Urhebergesetzes von 1837 beziehungsweise des ungarischen Strafgesetzbuchkonzeptes von 1843 hat er den Entwurf präzisiert.

Vor allem wegen seiner fortgeschrittenen Geistigkeit und auch wegen seiner dogmatischen Ausgereiftheit und Ordnung verdient der Entwurf eine noch ernstere Würdigung als das noch rudimentäre Konzept von Toldy. Szemere hat den Entwurf neben den schriftstellerischen Werken auch um die Theaterstücke, Musikstücke, Zeichnungen und Malereien erweitert. Ferner hat er den Zeitraum der Schutzdauer deutlich verlängert und diesen auf 50 Jahre festgelegt, obwohl er dabei zahlreiche Ausnahmen zugelassen hat.

Szemere hat ein eigentümlich gemischtes System des Rechtsschutzes gegenüber den Rechtsverletzungen herausgearbeitet. In diesem System hat er die strafrechtlichen und die privatrechtlichen Elemente gut miteinander verbunden. Zu der ersten Gruppe gehörten zum Beispiel der Tatbestand der Scheinveröffentlichung, die Bestrafung der Anstifter und Gehilfen neben der Bestrafung des Schädigers, sowie noch schwerwiegendere Sanktionen für den Rückfälligen und die Beschlagnahme. Im Falle der Aneignung schrieb der Gesetzesentwurf eine Geldbuße vor, die anstelle des „Staates“ an das Nationalmuseum zu zahlen war, welches wiederum den Motor der damaligen Kultur darstellte. Die Geldbuße konnte in Arresthaft umgewandelt werden. Als eines der wichtigsten privatrecht-

⁴⁰ TOLDY 1840, 215-237.

lichen Elemente können der Schadenersatz (in der damaligen Terminologie Kompensation), die gesamtschuldnerische Haftung, die Möglichkeit des Ausgleichs oder die Kostentragung durch den Verlierer erwähnt werden. Ferner ist es der unvergängliche Verdienst von Szemere, dass er auch die damit verbundenen prozessrechtlichen Regelungen bestimmt hat.

Es ist als eine revolutionäre Neuerung anzusehen, dass Szemere vorgeschlagen hat, ein Kollegium von Experten ins Leben zu rufen. Die Äußerungen dieses Kollegiums haben bezüglich der Rechtsverletzungen als Grundlage der Urteilsfindung der zuständigen Behörden gedient, von denen die Behörden im Wesentlichen nicht abweichen konnten. Darunter wäre allerdings der Ausspruch zur Summe des Schadenersatzes eine Ausnahme gewesen; diese habe nur als ein Gutachten für die zuständige Behörde gedient.

Ähnlich wie im damals geltenden Erbrecht – welches eher eine der am meisten belagerten Bastillen der politischen Schlachten der Reformzeit war –, war die neuartige Idee, dass (außerhalb der Deszendants- und Aszendantsverwandtschaft) der weiterlebende Ehegatte nicht nur ein Nießbrauchsrecht, sondern das Eigentum am Werk erworben hat. Dies ist deshalb ein bedeutungsvoller Gedanke, weil in der feudalen ungarischen Gesellschaft vollständig bis zum Jahre 1861, als die sog. Beschlüsse der Konferenz der Landesrichter (in der ehemaligen österreichischen Terminologie „Judexkurialkonferenz“) geschaffen wurden, der überlebende Ehegatte sich im Rahmen des „Witwenrechts“ (ius viduale) nur ein Nießbrauch am Nachlass verschaffen konnte. Szemere hat dem Erben aufgrund des erfolgreichen Auftritts gegenüber den Scheinveröffentlichungen auch die Möglichkeit der Klage gesichert.

Die Bestimmung des Entwurfes, die den Vorschlag enthielt, die Rechte der Autoren und Künstler in Siebenbürgen bereits vor der Wiedervereinigung zu sichern, hat die allgemeine Stimmung, die in Ungarn vor der Revolution und dem Freiheitskampf von 1848-1849 geherrscht hat, perfekt symbolisiert.

Schließlich hat Szemere im letzten Abschnitt des Vorschlags betont, dass alle anderen Gesetze, Gewohnheiten und Privilegien, die sich gegen den Gesetzesentwurf stellen, außer Kraft gesetzt werden sollen. Dieser Schritt war nämlich unerlässlich, um das ungarische Urheberrecht von seinem feudalen Charakter zu entkleiden.⁴¹

⁴¹ Die ausführlichste Analyse des Vorschlags siehe: BALOGH Elemér: *A Szemere-féle szerzői jogi törvényjavaslat*, in: RUSZOLY József (Hrsg.): *Szemere Bertalan és kora, 1. kötet*, Miskolc, 1991, 149-172.

Obwohl nach einigen Ansichten „die Geschichte der ungarischen Gesetzgebung in diesem Bereich kein schöneres, vorzüglicheres Beispiel aufzeigen könnte“⁴² und der Vorschlag ohne Gegenstimme oder Änderung an den Herrscher weitergeleitet wurde, hat er die Unterzeichnung abgelehnt. Der zurückgewiesene Gesetzesvorschlag konnte nicht mehr vom Parlament geprüft werden, weil dieses inzwischen aufgelöst war. In der Begründung zur Ablehnung wurde nur so viel angemerkt, dass „die im Gesetzesentwurf enthaltenen Prinzipien zum Teil zum Ziele der besseren Klarheit, zum Teil zur Ergänzung von manchen Lücken zu modifizieren seien“.⁴³ Dennoch ist es sehr wahrscheinlich, dass der richtige Grund der Ablehnung darin steckt, dass der Herrscher aufgrund des österreichischen Urhebergesetzes, dessen Verabschiedung in dieser Zeit bereits auf Hochtouren lief, die Einheit der österreichischen und der ungarischen Ansichten in diesem Bereich nicht spalten wollte.⁴⁴

4. Stürmische Jahrzehnte (1846-1876)

Das erwähnte österreichische Urheberrechtsgesetz wurde am 16. Oktober 1846 verkündet. Der Herrscher rief gleichzeitig den Kanzler auf, über die Anwendbarkeit der Rechtsnormen in Ungarn zu referieren. Der Kanzler leitete die Aufgabe an den Ungarischen Königlichen Rat der Statthalter weiter, der diese Aufgabe wiederum weiter an die Ungarische Königliche Hauptbehörde der Buchkritik delegierte. Dieses letzte Organ legte den Bericht am 27. Juli 1847 dem König vor. Der Bericht diente demnach als Quelle für einen neuen Gesetzesentwurf, der durch *Pál Jászay* gezeichnet wurde. Eine Debatte über dieses Dokument fand jedoch nicht statt, weil das Land auf eine Revolution hinsteuerte und sich die politischen Ereignisse überschlugen.⁴⁵ Infolgedessen blieben weiterhin die bereits erwähnten Verordnungen von 1793, 1794 und 1831 im Territorium Ungarns in Kraft.

In der Zeit nach Ausbruch der Revolution am 15. März 1848 entstanden zwei bedeutende Rechtsnormen, die indirekt eine große Wirkung auf die Entwicklung des Urheberrechts und der kulturellen Schöpferarbeit hatten und gleichzeitig die Einbettung des Urheberrechts in die

⁴² CSENERGY Antal: Adatok Szemere Bertalan életrajzához, 2. közlemény, in: *Budapesti Szemle*, Hrsg.: RÁTH Mór, Pest, 1869/XIII, 251.

⁴³ KNORR 1890, XIII.

⁴⁴ KELEMEN 1869, 313; ARANY 1876, 227-228; KENEDI 1908, 10.

⁴⁵ KELEMEN 1869, 314; ARANY 1876, 228; KNORR 1890, XIII.; KENEDI 1908, 10.

Grundrechte begründet haben. Mit dem Gesetzartikel XVIII aus dem Jahre 1848 wurde die Pressefreiheit verankert und gleichzeitig erlosch damit die Zensur. Als Ergebnis dieser Entscheidung wurde nicht nur die Meinungsfreiheit und das Grundrecht des Urhebers bestimmt, sondern – ähnlich zu den englischen und französischen Beispielen im 18. Jahrhundert – auch die vorherige präventive staatliche Selektion der Werke abgeschafft. Die Rechtsnorm schrieb unter anderem vor, dass eine Druckerei nur bei Einhaltung der Vorschriften des Gesetzesartikels XVI aus dem Jahre 1840 und der Hinterlegung einer Kautions in Höhe von 4000 Forint angetrieben werden konnte.⁴⁶ Der Verkauf von Büchern konnte jedoch ab diesem Zeitpunkt – laut der allgemeinen Regeln des Handelsrechts – ohne Erlaubnis betrieben werden. Ferner schrieb der Gesetzesartikel XXX aus dem Jahre 1848 die Gründung von Theatern vor und bestimmte die Freiheit der Vorstellungen von Theaterstücken.⁴⁷

Es wurde bereits erwähnt, dass das Inkrafttreten des österreichischen Urheberrechtsgesetzes von 1846 in Ungarn durch die Revolution verhindert wurde. Nach der Niederschlagung der Revolution ließ jedoch der Artikel VII des Kaiserlichen Öffentlichen Befehls,⁴⁸ der die Anwendung des österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches (ABGB) in Ungarn bestimmte, das österreichische Urheberrechtsgesetz ab dem 1. Mai 1853 in Kraft treten.⁴⁹

Die Regelung sicherte den Urhebern das Eigentum an ihren Werken, welches das Verfügungsrecht im Allgemeinen und daneben speziell das Recht der Vervielfachung, des Vertriebs und der Übertragung mit einschloss. Gemäß der Hauptregel wurde die Schutzdauer auf 30 Jahre festgelegt. Die ausschließlichen Rechte bezüglich der Aufführung von Musik- und Theaterstücken bildeten darunter eine Ausnahme, die nach dem Ablauf des zehnten Jahres ab dem Tod des Urhebers erlöschten. Die von den wissenschaftlichen oder künstlerischen Instituten herausgegebenen Werke genossen ebenso einen speziellen Schutz, der 50 Jahre betrug. Darüber hinaus bestand die Möglichkeit, dass die „staatliche Regierung“ in speziellen Fällen, ferner im Falle von Werken mit großem finanziellen

⁴⁶ Das Geschäft einer Druckerei konnte erst durch die Regelungen des Gesetzesartikels VIII aus dem Jahre 1872 vollständig frei betrieben werden.

⁴⁷ KNORR 1890, XIII-XIV.

⁴⁸ Das kaiserliche Patent galt für die Königreiche Ungarn, Kroatien und Slowenien, die Woiwodschaft Serbien und das Temescher Banat, wodurch für diese Kronländer das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch vom 1. Juni 1811 mit mehreren Beschränkungen und Bestimmungen eingeführt und vom 1. Mai 1853 an in Kraft gesetzt wurde (im Weiteren: *Das kaiserliche Patent*).

⁴⁹ *Das kaiserliche Patent*, 80.

Aufwand, den Schutz auch nach dem Ablauf der Schutzzeit in einem Freibrief verlängerte, wodurch das Erbe des Systems der Privilegien erhalten blieb.⁵⁰

Der Kaiserliche Befehl bestimmte detailliert die prozessrechtlichen Regelungen im Falle eines Rechtsverstoßes. Gemäß diesen Bestimmungen konnten die politischen Behörden gegen rechtswidriges Verhalten vorgehen; in allen weiteren Fällen waren die Bestimmungen des österreichischen Strafgesetzbuches anwendbar. Die zivilrechtlichen Gerichte waren nur in einem Fall zuständig: nämlich wenn der Titel eines früheren Werks in umgeänderter Form, jedoch ohne Verfolgung eines rechtswidrigen Ziels als Titel für ein späteres Werk benutzt wurde.⁵¹ Bei den Sanktionen wurde die Beschlagnahme und die Geldbuße in Höhe von 25 bis 1000 Forint als konjunktives Element bestimmt. Die Geldbuße war gegenüber der Gefängnisstrafe abänderbar. Dem in seinen Rechten verletzten Urheber, bzw. unter Umständen seinem Erben oder Rechtsnachfolger stand ein Schadenersatzrecht (in der damaligen Terminologie Kompensation) zu. Im Falle eines mehrmaligen (mindestens dreimaligen) Rückfalls konnte die Sanktion den Verlust der Erlaubnis bezüglich des Gewerbebetriebs nach sich ziehen. Auch derjenige, dem bekannt war, dass das Nachdrucken als rechtswidrige Handlung galt, und der trotzdem mit den rechtswidrigen Exemplaren handelte, war zu bestrafen. Laut der modernen prozessrechtlichen Terminologie konnte ein privater Strafantrag gestellt werden. Dennoch wurde als Garantienregel bestimmt, dass der Widerruf des privaten Strafantrags die Prüfung und Bestrafung nicht ausschließt.⁵²

Gemäß dem Kaiserlichen Befehl konnte niemand – außer den Rechtsnachfolgern –, weder die Staatskasse noch andere Personen, Urheberrechte erben.⁵³ Bezüglich des Schutzes von ausländischen Bürgern legte der kaiserliche Befehl das Prinzip der Reziprozität fest.⁵⁴ Ebenso wurde bestimmt, dass die von Österreich abgeschlossenen bilateralen Verträge auch auf Ungarn anzuwenden sind. Auf diese Weise wurde in dieser Zeit das Übereinkommen von 1844 zwischen Österreich, den Papststaaten und Sardinien ein Teil unseres Rechts.⁵⁵

⁵⁰ *Das kaiserliche Patent*, 96-97.

⁵¹ *Das kaiserliche Patent*, 86-87, 106.

⁵² *Das kaiserliche Patent*, 100-107.

⁵³ *Das kaiserliche Patent*, 93. Diese Regelung war diejenige, die als erste von den am 1861 verabschiedeten Beschlüssen der Konferenz der Landesrichter (im Ungarischen: Ideiglenes Törvénykezési Szabályok) überschrieben wurde.

⁵⁴ *Das kaiserliche Patent*, 110.

⁵⁵ ARANY 1876, 228; KOVÁTS 1882, 6; KNORR 1890, XV.

Das kaiserliche Patent hat die freie Presse nicht gekannt. Die Presseordnung vom 7. Mai 1852 strebte an, – anstatt durch Zensur – durch die Einführung der „vorherigen Anmeldung“ allen Verstößen bezüglich der Presse vorzubeugen. Von hier an war es nur noch ein Schritt bis zur Verhinderung der Werke von allen anderen Autoren. Die Druckereien und die Buchhandlungen konnten nur durch eine „Konzession“ betrieben werden.

Die vorhin erwähnten Bestimmungen blieben in Ungarn bis 1861 und in Siebenbürgen bis 1884 in Kraft. In diesem Jahr sammelte nämlich die Konferenz der Landesrichter die Regelungen des bürgerlichen Rechts und des Prozessrechts zusammen, aus denen die bereits oben erwähnten sog. Beschlüsse der Konferenz der Landesrichter entstanden sind. Eine dieser Bestimmungen legte sehr minutiös fest, dass „die Geschöpfe des Hirns ein solches Eigentum bilden, das unter gesetzlichem Schutz steht“.

Nach der urheberrechtlichen Literatur des 19./20. Jahrhunderts wurde durch diese kurze Bestimmung eindeutig, dass nicht nur die literarischen Werke, sondern alle Geschöpfe des Hirns, d. h. alle Werke der Literatur, der bildenden Künste und der Musik, sogar noch die Übersetzungen unter Schutz stehen. All dies musste notwendigerweise bei den relevanten Typen von Werken das Recht der offenen Vorführungen und der Vervielfachung in sich halten. Andererseits schien es so, dass eine schon lang anhaltende Debatte auch erledigt und das Urheberrecht im Rahmen des Privatrechts festgesetzt wurde, obwohl, wie wir sehen werden, ohne ausdrückliche Rechtsvorschrift diese Kategorisierung erst 1884 zustande kam. Nach der Meinung der Analytiker – obwohl man damit nicht notwendigerweise einverstanden sein muss – konnte von den obigen Vorschriften abgeleitet werden, dass der urheberrechtliche Schutz sich nicht auf die Zeit nach dem Tod des Autors erstreckt.⁵⁶

Géza Kenedi stellte einige Jahrzehnte nach der Entstehung der Konferenzbeschlüsse der Landesrichter fest, dass sich keine Praxis bezüglich des oben erwähnten kurzen Satzes herausgebildet hat. Eines der hierfür bestehenden Hindernisse ergab sich verständlicherweise aus der Unsicherheit der Vorschriften, andererseits – laut Kenedi – „stempelte die Gewohnheit und die strenge Auffassung der Allgemeinheit das Plagiat als einen schändlichen Verstoß gegen das Urheberrecht ab“⁵⁷. Die Autoren erhielten sozusagen für ihre Rechte kaum mehr als vor einem Jahrhundert ernsthaft Respekt in Ungarn.

⁵⁶ KELEMEN 1869, 315; ARANY 1876, 225, 229; KOVÁTS 1882, 7-8; KNORR 1890, XV-XVI.

⁵⁷ KENEDI 1908, 12.

Das Jahr 1867 ist in Ungarn hauptsächlich wegen des österreichisch-ungarischen Ausgleichs bekannt, dennoch diente es auch den Urheberrechtlern mit zwei bemerkenswerten Ereignissen. Zum ersten wurde infolge des internationalen Abkommens zwischen Österreich und Frankreich das Recht des Autors auf die Übersetzung beziehungsweise auf die öffentliche Vorstellung als ausschließliches Recht anerkannt. Überraschend wichtig ist, dass nach französischem Beispiel die Registration der Werke als Voraussetzung der Rechtsausübung bestimmt wurde.⁵⁸

Die Kisfaludy-Gesellschaft hat ihren zweiten Gesetzesentwurf ebenso 1867 vorbereitet. An der Vorbereitung dieses Gesetzes haben neben dem bereits erwähnten Ferencz Toldy auch Ferencz Pulszky, Pál Gyulai, Lőrincz Tóth und Pál Vadnay mitgewirkt. Der Vorschlag hat nicht die Spur, die von Szemere und Jászay angetreten wurde, weiter verfolgt, sondern kehrte zurück auf den holprigen Weg, den die Gesellschaft hinter sich gelassen hatte. Der Vorschlag wurde hauptsächlich deshalb verworfen, weil das ungarische Konzept des Strafrechts noch nicht abgeschlossen war. Daher gab es keine Grundlagen für Strafen beziehungsweise für prozessrechtliche Fragen, auf die man sich hätte beziehen können.⁵⁹

Gleichermaßen hatte der Entwurf der Gesellschaft der Ungarischen Schriftsteller und Künstler wenig Erfolg. Das Dokument, das an den Namen von Gyula Kovács gebunden ist, baute auf dem deutschen imperialen Gesetz von 1870 auf und wurde 1874 dem Parlament vorgelegt. Seine Verabschiedung wurde aber durch die Vorbereitungsarbeiten des Handelsgesetzbuches verhindert.⁶⁰

Auch deswegen verbanden die Vertreter der Kodifikation des Urheberrechts das Handelsgesetzbuch (Gesetzesartikel XXXVII aus dem Jahre 1875) mit großen Erwartungen. Unter dem 8. Titel Abschnitt II (§§ 515-533) wurden die Definitionen des Geschäfts über die Herausgabe, den Kreis von Rechten und Pflichten, den Inhalt des Vertrags, das Haftungsrecht, das Honorar, die Auflösung des Vertrages über die Herausgeber, ferner den Abschluss von Verträgen über Herausgabe mit einer Person, die nicht Rechtsnachfolger ist, bestimmt. Selbstverständlich bezieht sich das Geschäft über die Herausgabe nicht auf ein geistiges Werk, sondern auf die materielle Verwirklichung, auf den physischen Träger dessen. Auch die Schutzzeit wurde nicht bestimmt. Dementsprechend waren diese Regelungen insgesamt nicht ausreichend für die Behandlung der

⁵⁸ KOVÁTS 1882, 9-10; KNORR 1890, XVI- XVII.

⁵⁹ KELEMEN 1869, 316-317; ARANY 1876, 229; KOVÁTS 1882, 13; KNORR 1890, XVII-XVIII; KENEDI 1908, 13.

⁶⁰ ARANY 1876, 229-230; KNORR 1890, XVIII.; KENEDI 1908, 13.

urheberrechtlichen Verhältnisse im Ganzen, auch nicht dann, wenn sie tatsächlich einen korrekten Rahmen bezüglich des Interessenausgleichs zwischen dem Autor und dem Herausgeber begründet haben.

5. Die Jahre der Vorbereitung des ersten Urheberrechtsgesetzes (1876-1882)

Die Kisfaludy-Gesellschaft versuchte 1867 zum dritten Mal – diesmal in enger Zusammenarbeit mit der Ungarischen Akademie der Wissenschaften – die Normen-Aufbereitung. In der in diesem Rahmen ins Leben gerufenen Kommission wurde die Akademie durch János Fogarasy, Tivadar Pauler, Ferencz Toldy, Lőrincz Tóth, Antal Zichy und László Arany und die Gesellschaft durch Pár Gyulai, Károly Keleti, István Bartalus und Ede Szigligeti vertreten. Die Kommission beauftragte László Arany mit der Ausarbeitung des Gesetzesentwurfs. Arany stellte die ursprüngliche Fassung des Entwurfs 1876 fertig, die auch in der Kolumne der Budapester Rundschau publiziert wurde. Dieser Entwurf litt jedoch an mehreren Fehlern, deswegen überarbeitete er ihn auch mit Hinblick auf das neueste deutsche Urheberrechtsgesetz. Diese modifizierte, jedoch nicht veröffentlichte Fassung wurde schließlich der Akademie vorgelegt. Die Akademie leitete den Vorschlag nach ihrer Zustimmung an den Justizminister, der eine Fachkonferenz zusammenrief, um den Vorschlag durchzuarbeiten.

In dem Vorschlag von Arany wurde der Schutz auch auf die Werke der Urheber aus dem Bereich der Literatur, der Musik und der bildenden Künste erstreckt. Als Bezeichnung des Rechtsverstoßes empfahl er das Wort Aneignung, denn weder der früher benutzte ‚Nachdruck‘, noch die Scheinveröffentlichung deckten die Frage vollständig ab. Die Schutzzeit hätte, den damaligen internationalen Beispielen nach, in der Regel 30 Jahre betragen. Das Erbrecht des Staates wurde ausgeschlossen.

Der Vorschlag von Arany definierte den Tatbestand der Aneignung; als Strafe setzte er den Schadenersatz an die erste Stelle, daneben ermöglichte der Vorschlag auch die Verhängung einer Geldbuße. Es wäre auch möglich gewesen, diese in eine Gefängnisstrafe umzuwandeln. Es wurden Rechtsinstitute, wie die Täterschaft und Teilnahme, die Theorie über die Deliktstadien, die Beschlagnahme, der strafrechtliche Rückfall und die Geschäftsfähigkeit mitgeregelt. Auch privatrechtliche Elemente machten das Dokument bunter. Neben dem Schadenersatz wurden auch die Gutgläubigkeit und die gesamtschuldnerische Haftung mit in den Vorschlag aufgenommen. Die Grundvoraussetzung der Haftung war der

private Strafantrag, der nur dem Geschädigten zustand. Ferner verlangte der Vorschlag den Vorsatz und schuldhaftige Fahrlässigkeit als Kriterium der Bestrafung.

Als das Gericht der ersten Instanz wurden die königlichen Gerichtshöfe von Pest und Klausenburg (im Ungarischen: Kolozsvár) bestimmt. Die Zuständigkeit dieser zwei Gerichtshöfe hätte sich nach dem Wohnort des Aneigners bestimmt. Die Erklärung für die Auswahl dieser Städte war, dass Arany in diesen zwei Universitätsstädten am ehesten die Möglichkeit sah,⁶¹ einen Fachausschuss aus Universitätslehrern, aus den Vertretern der Literatur und Kunst und aus den Buchhändlern auswählen zu können. Von diesem Ausschuss hat sich Arany – vielleicht ein bisschen naiv – die Durchsetzung des Gesetzes in der Praxis versprochen.⁶²

Als Nachlass des österreichisch-französischen Abkommens wurde das Institut der Registration auch im Entwurf aufgenommen. Neben den französischen Traditionen verwendete Arany auch aus dem deutschen Recht Ideen, sowohl bezüglich der Gliederung, als auch bezüglich des Inhalts des Entwurfs. Der Vorschlag wich jedoch vom deutschen Urheberrechtsgesetz in mehreren Punkten ab, so zum Beispiel bei den spezielleren Regeln hinsichtlich der zu bearbeitenden Werke oder der politischen Reden.⁶³

Zwar zollte Gyula Kováts der Sachlichkeit von Arany seine Anerkennung,⁶⁴ dennoch meinte er, dass der Vorschlag an mehreren Fehlern litt. Kováts kritisierte, dass Arany im Titel des Vorschlags über Eigentum spreche, wenn dies im Text des Vorschlags nicht konsequent durchgesetzt werde.⁶⁵ Kováts kritisierte heftig, dass die Erledigung der Rechtsstreitigkeiten in den ausschließlichen Zuständigkeitsbereich der königlichen Gerichtshöfe von Pest und Klausenburg fiel, und Arany diese als „ordentliche“ Gerichte bezeichnete. In diesem Punkt muss man Gyula Kováts widersprechen, denn das Wort „ordentlich“ wurde gar nicht im Aufsatz von László Arany 1876, der eine gesellschaftliche Debatte

⁶¹ Mit gebührendem Stolz ist hier anzumerken, dass der Rechtsvorgänger der Juristischen Fakultät der Universität Szeged 1921 gerade von Klausenburg nach Szeged gezogen ist.

⁶² „In ihren Händen liegt die Zukunft des Gesetzes. Sie werden dessen Details präzisieren können; sie können die Prinzipien zum Leben erwecken.“ Siehe: ARANY 1876, 257.

⁶³ ARANY 1876, 230–257.

⁶⁴ „Ein Werk, das dazu berufen ist, sich nicht nur auf ein einzelnes, sondern auf mehrere Menschenleben auszuwirken, bedarf einer sorgfältigen Überprüfung.“ Siehe: KOVÁTS Gyula: *Az írói és művészi tulajdonjog*, Wickens F.C. és fia Könyvnyomdája, Budapest, 1879, 5.

⁶⁵ Interessant ist, dass Kováts die Eigentumseigenschaft des Urheberrechts nicht anerkannte und dieses aus dem Kreis der Vermögensrechte ausschloss, dennoch tritt im Titel seines Schreibens das umstrittene Wort auf. Vgl.: KOVÁTS 1879, 27–29.

über den Vorschlag erreichen wollte, erwähnt. Unbestritten ist, dass der Urheber des Vorschlags eine „ausschließliche“ Zuständigkeit bestimmte. Dennoch konnte man Arany nur so viel vorwerfen, dass er dies im verbundenen Abschnitt nicht *expressis verbis* erklärte. Ein viel ernsteres Problem lag darin, dass der Vorschlag von 1876 den Gerichtshof für Streitigkeiten in Wechselangelegenheiten als Beschwerdegericht bestimmte,⁶⁶ während dieses schon 1872 aufgelöst worden war.⁶⁷ Allerdings hat Kováts die Daseinsberechtigung des Fachausschusses, welcher für Arany eine wesentliche Rolle bezüglich der urheberrechtlichen Klagen spielte, nicht bestritten. Dennoch war er der Meinung, dass die gesetzliche Verankerung, dass der Richter nicht an die Meinung des Fachausschusses gebunden ist, als unerlässlich anzusehen sei.⁶⁸

Die historische Kuriosität ist, dass László gegenüber Arany auf die obige Kritik mit einem hart subjektiven Ton reagierte. Dies wurde auch im Titel seines kurzen Briefes ausgedrückt: „*als Aufklärung*“. In diesem beschwerte er sich größtenteils darüber, dass Kováts seine ursprüngliche (erste) Version geprüft habe, obwohl diese Version später korrigiert worden sei.⁶⁹ Kováts bezeichnete – mit einer nicht weniger subjektiven Art und Weise – die Reaktion von Arany als irreführend und gaukelhaft. Er wies darauf hin, dass kein einziger Künstler an den Sitzungen des Ausschusses, der vom Justizminister zusammengerufen worden war, teilgenommen hatte, obwohl bei dem Entwurf eines derartigen Gesetzes die Balance von juristischen und nichtjuristischen Elementen begründet gewesen wäre.⁷⁰ Andererseits hatten nur die anwesenden Teilnehmer die gedruckten Exemplare der zweiten Version von Arany zur Hand bekommen, Kováts selbst zum Beispiel nicht. Die gedruckte Variante sei von Anfang an ein Zeichen dafür, meinte Kováts, dass dies nicht zum großen Publikum durchgedrungen sei.⁷¹

⁶⁶ ARANY 1876, 246.

⁶⁷ Der § 2 des Gesetzesartikels XVI aus dem Jahre 1870 wies dessen Zuständigkeit dem Oberlandesgericht von Pest zu. Siehe: BÓNIS György - DEGRÉ Alajos - VARGA Endre: *A magyar bírósági szervezet és perjog története*, Zala Megyei Bíróság-Magyar Jogász Egylet Zala Megyei Szervezete, Zalaegerszeg, 1996, 217.

⁶⁸ KOVÁTS 1879, 11.

⁶⁹ Arany fasst das Verhalten von Kováts wie folgt zusammen: „Vielleicht ist es gerade nicht unangebracht, sondern vielmehr üblich, dass derjenige, der einen Gesetzesentwurf beurteilt, den Text prüft, der gerade auf dem Teppich ist.“ Siehe: ARANY László: *Felvilágosításul*. In: KOVÁTS 1879, 42-43.

⁷⁰ ARANY 1876, 230; KOVÁTS 1879, 4.

⁷¹ KOVÁTS 1879, 44-48.

6. Beratung und Annahme des Gesetzesentwurf (1882-1884)

Der Entwurf wurde am 20. November 1882 dem Abgeordnetenhaus vorgelegt, welches den Gesetzesentwurf seinem Justizausschuss zuwies. Vorsitzender des Ausschusses war Lajos Horváth und Referent István Apáthy.⁷² Zwar legte der Ausschuss bereits am 21. Februar 1883 seinen Bericht dem Abgeordnetenhaus vor, die tiefgehende Debatte über den Gesetzesentwurf begann jedoch erst am 21. Februar 1884. István Teleszky, der Referent des Abgeordnetenhauses, machte in seiner Rede darauf aufmerksam, dass endlich die Zeit gekommen sei, in der die Autoren hinsichtlich ihrer geistigen Arbeit geschützt werden müssten. Damit wurde vor allem auf die vom Staat geleistete Hilfe zur Ausnutzung der sich aus der geistigen Schöpfung ergebenden Vermögenswerte angespielt. Teleszky sah das Urheberrecht nicht als Eigentum an, denn diesem fehlte unter anderem die für das Eigentum charakteristische Eigenschaft, nämlich die Möglichkeit, die juristische Herrschaftsgewalt zu begründen. Während der zweiwöchigen Debatte des Abgeordnetenhauses verhallten zahlreiche sinnvolle und auch unbegründete Argumente.⁷³

Scharfe Kritik erfuhr der Gesetzesentwurf hauptsächlich deshalb, weil er eher eine, an manchen Stellen sogar wortwörtliche, Übersetzung des deutschen Urheberrechtsgesetzes darstellte, die deshalb zahlreiche nicht ungarisch klingende Wortfolgen enthielt.⁷⁴ Die Wortwahl „Urheberrecht“ wurde von Károly Eötvös angegriffen; er schlug stattdessen die bereits früher gebräuchliche Formulierung „schriftstellerische und künstlerische Rechte“ vor. In der über diese Frage abgehaltenen Abstimmung folgte die Mehrheit der Meinung der damaligen Justizminister Pál Mandel und Tivadar Pauler und befürwortete den im Entwurf enthaltenen Ausdruck „Urheberrecht“, der im Alltag bis dahin bereits anerkannt war. Aufgrund des Antrags von Sándor Nikolich und Mór Jókai, der einer der fruchtbarsten und einflussreichsten ungarischen Schriftsteller und in dieser Zeit gleichzeitig Abgeordneter war, wurde die Schutzdauer von ur-

⁷² Deswegen wird das spätere Gesetz oft mit dem Namen von Apáthy verbunden, obwohl seine Rolle bei der Vorbereitung geringer war als die von László Arany.

⁷³ Die Debatte bezüglich des Gesetzesentwurfs siehe ausführlich: *Az 1881-1884. évi Országgyűlési Képviselőházi Napló 304-327., XV. kötet* (des weiteren: *Országgyűlési Napló*).

⁷⁴ Diesbezüglich schlug Kálmán Thaly die meisten Änderungen vor. Dies wiederum formulierte Pál Hoitsy sehr geistreich wie folgt: „Wenn wir überhaupt irgendwelche Normen hätten, welche den Schriftsteller beschützen und den ausländischen Schriftsteller vor Plagiaten und Übersetzungen absichern: dann könnte man nicht darauf bestehen, dass dieser Gesetzesentwurf auf dem Tisch des Hauses liegt, weil ansonsten dessen Paragraphen in erster Linie gegen seinen Schöpfer angewendet werden müssten.“ Siehe: *Országgyűlési Napló*, 163.

sprünglich dreißig Jahren ab dem Tod des Autors auf fünfzig Jahre erhöht. Heftige Streitigkeiten bildeten sich bezüglich der Briefe, der Literatur in Zeitschriften, der Übersetzung der die Moral der Gesellschaft zerstörenden ausländischen Literatur, der schriftstellerischen Decknamen, des Haftungsrechts und bezüglich der zu errichtenden Fachausschüsse. Daneben ließ Ottó Hermann hinsichtlich der Problematik, dass Fernschreiben vom Entwurf erfasst wurden, während den privaten Briefen ein derartiger Schutz versagt wurde, scharfe Beschimpfungen gegen den viel zu materialistischen Ansatz des Gesetzesentwurfs los.⁷⁵

Man kann behaupten, dass das Urheberrechtsgesetz die Mehrheit der Abgeordneten bewegte und sich dadurch eine sehr erfolgreiche und leidenschaftliche Debatte im Abgeordnetenhaus ergab. Der finale Text wurde am 12. März 1884 verabschiedet und vom Oberhaus ohne Widerrede in unveränderter Form angenommen. Der Herrscher verkündete den Gesetzesartikel XVI noch im gleichen Jahr am 7. Mai 1884.⁷⁶

Über ein Gesetz, das unter solchen Umständen zustande kam, kann kurz gesagt werden, dass damit der bisherigen Theorie des geistigen Eigentums eine Absage erteilt wurde und sich stattdessen des Konzepts des selbständigen Urheberrechts bedient wurde. In den Kreis der geschützten Werke (als Erweiterung des von Arany bestimmten Kreises) wurden jegliche, in der damaligen Zeit bekannten schriftstellerischen und künstlerischen Formen aufgenommen. Es wurden die Werke der Literatur (§§ 1-10), der Musik (§§ 45-48), der Schauspielkunst (§§ 49-59) beziehungsweise der bildenden Künste (§§ 60-66), die Erd- und Landkarten, die naturwissenschaftlichen, geometrischen, architektonischen und andere technische Zeichnungen und Abbildungen (§§ 67-68), ferner die Fotografien (§§ 69-75) genannt. Die materiellen Rechte schlossen in sich das Recht der Vervielfachung, der Veröffentlichung, der Verbreitung (den Vertrieb mit eingeschlossen) und ferner die öffentlichen Vorstellungen ein. Das Konzept der persönlichen Rechte spiegelte sich in diesem Dokument noch nicht wieder,⁷⁷ abgesehen von einem bescheidenen Beispiel.

⁷⁵ Die Beschimpfung von Ottó Hermann erwies sich als so radikal, dass selbst Mór Jókai nicht in der Lage war zu verstehen „ob er nun den Gesetzesentwurf über die Rechte des Schriftstellers oder die Theorie des Darwinismus oder über die Reform des Mediengesetzes oder doch über die Reform des Parlaments“ gehört habe. István Teleszky drückte sich hierüber ebenso sehr geistreich aus: „Mir ist das Gleichnis eingefallen, dass es manchmal üblich ist, mit Kanonen auf Spatzen zu schießen“. Siehe: *Országgyűlési Napló*, 334-335.

⁷⁶ KNORR 1890, XVIII.; KENEDI 1908, 14.

⁷⁷ Das Primat des Schutzes des Persönlichkeitsrechts wurde von der urheberrechtlichen Literatur 1957 immer noch missbilligt, doch gleichwohl betont, dass das zweite, im Jahre 1921 verabschiedete Urheberrechtsgesetz Ungarns – unter anderem aufgrund des Beitritts zur Berner

Danach konnte sich aus der ohne Genehmigung erfolgten Benutzung eines noch nicht publizierten Manuskripts auch die Aneignung ergeben (Abs. 1 § 6). Obwohl dies nicht in vollem Maße mit dem Recht der ersten Veröffentlichung parallel gestellt werden kann, zeigt dies trotzdem die damit inhaltliche Verflechtung.

Die Schutzdauer wurde im Allgemeinen auf 50 Jahre nach dem Tod des Autors festgelegt; das Gesetz ließ jedoch mehrere Ausnahmen hiervon zu (§§ 11-18). Hinsichtlich der Aneignung enthielt das Gesetz ausführliche Regelungen (§§ 5-9, 23-24), das gerichtliche Verfahren, dessen Durchführung an einen privaten Antrag gebunden war, wurde dem Zuständigkeitsbereich der Zivilgerichte zugewiesen; auch die Festlegung des Schadenersatzes und die Verhängung von Strafen gehörten hierzu (§§ 25-35).

Die §§ 19-24 des neuen Gesetzes erweiterten – abweichend vom Vorschlag von Arany, aufgrund des in der Zwischenzeit herausgearbeiteten Kodex von Csemegi, welches das berühmte Strafgesetzbuch dieser Zeit war – die Strafbarkeit von der schuldhaften Fahrlässigkeit auf die Fahrlässigkeit im Ganzen. Diese Rechtsnorm qualifizierte die Aneignung als Vergehen und unterschied sich daher vom Recht der gefährdeten Ordnungswidrigkeit beziehungsweise von den ernsthafteren Verbrechen. Auch der Wechsel zur Gefängnisstrafe, die Täterschaft-Teilnahme, die Beschlagnahme, der Rückfall und die Geschäftsmäßigkeit wurden geregelt.⁷⁸

Die Konzeption von Arany, wonach die Zuständigkeit für urheberrechtliche Angelegenheiten ausschließlich zwei königlichen Gerichtshöfen zufallen sollte, wurde vollständig aufgegeben. Nunmehr waren sämtliche Gerichte der ersten Instanz für derartige Angelegenheiten zuständig. Auch die örtliche Zuständigkeit wurde insoweit geändert, dass neben dem königlichen Gerichtshof, der nach dem Wohnort des Täters zuständig gewesen wäre, auch das Gericht des Ortes der Aneignung zuständig wurde (§ 26). Das Institut der Registrierung, das infolge des österreichisch-französischen Abkommens von 1866 Teil des ungarischen Rechts geworden war, wurde auch geregelt (§§ 42-44).

István Apáthy machte in seinem Bewertungsschreiben des Gesetzes auf mehrere bedeutende Punkte aufmerksam. Einerseits betonte er die Notwendigkeit der Ausarbeitung des Urheberrechtsgesetzes, die sich

Übereinkunft – viele solcher Bestimmungen enthielt, die dazu berufen waren, die persönliche Beziehung zwischen dem Autor und seinem Werk zu schützen. Siehe: PALÁGYI Róbert: *A magyar szerzői jogszab könyve*, Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest, 1957, 11.

⁷⁸ Der ausführliche Kommentar zu diesem Teil siehe: KNORR 1890, 84-129; *Magyar Jogi Lexikon* 1907, 406-409; KENEDI 1908, 118-135, 195-199.

unter anderem aus der Erfüllung unserer früher angenommenen Pflichten, der Vollendung der mehrmals unternommenen gesetzgeberischen Versuche, der Vereinheitlichung des Urheberrechts für das Gebiet des ganzen Landes, und ferner aus der Notwendigkeit des Abschlusses der internationalen Abkommen begründete. Apáthy betrachtete die einheitliche Struktur des Gesetzes als hervorragend, denn gegenüber manchen europäischen Rechtsnormen, die verschiedene Teilbereiche getrennt regelten, fasste das ungarische Gesetz all diese in einer Norm zusammen.⁷⁹

V. Schlusswort

Mit dem soeben aufgezeigten geschichtlichen Abriss sollte dem Leser Stufe für Stufe aufgezeigt werden, dass sich die Entwicklung des ungarischen Urheberrechts sowohl intern als auch extern, sowohl in gesellschaftlicher, politischer als auch wirtschaftlicher Hinsicht über fast ein gesamtes Jahrhundert hindurch zog. Es ist deutlich geworden, dass aufgrund der österreichischen Hoheitsgewalt das deutsch/österreichische Konzept des Urheberrechts auf das ungarische Urheberrecht gewaltige Auswirkungen hatte. Gleichzeitig haben einzelne Elemente des französischen *droit d'auteur*, über die „österreichischen Kanäle“ wiederum, im ungarischen Rechtsleben ihren Niederschlag gefunden. Die Arbeit der ungarischen Gesetzgebung war über einen Zeitraum von mehreren Jahren dadurch gekennzeichnet, den in dieser Zeit bestehenden Ansprüchen durch Rechtsetzung so genau und reflektiert wie möglich gerecht zu werden. Diese Abhandlung unternimmt dabei nicht den Versuch, die nach 1884 folgenden ungarischen Reglementierungen herauszuarbeiten. Der konformistische Ansatz besteht allerdings darin, dass der Gesetzgeber Ungarns auch nach 1884 zum Schutze der Interessen des Urhebers handelte.

⁷⁹ APÁTHY 1887, 13-14.

A jogösszehasonlítás kezdetei és első lépései az MTA Állam- és Jogtudományi Intézetében

Péteri Zoltán

Professzor emeritus Pázmány Péter Katolikus Tudományegyetem

Már maga a cím is kérdéseket vet fel és kétségeket támaszt: hogyan, milyen értelemben lehet szó kezdetekről egy olyan jelenség esetében, amelynek – amint azt már több publikáció is tisztázta – Magyarországon már a XIX. század második felétől kezdődően a jogtudományban és a joggyakorlatban is írásos dokumentumai és számottevő eredményei voltak? Milyen első lépésekről beszélhetünk ezzel kapcsolatban?

A válasz e kétségekre – legalábbis az idősebb generációkhoz tartozók számára – nagyon egyszerű és kézenfekvő. A II. világháborút követő csaknem fél évszázados időszakban ugyanis Magyarország, mint az ún. „szocialista vilárendszer” tagja mind hivatalos ideológiájában, mind mindennapos gyakorlatában többé-kevésbé következetesen képviselte azt az álláspontot, hogy gazdasági, társadalmi és politikai berendezésében – s ezen belül államszervezetében és jogrendszerében – egy olyan, teljesen új modell minél tökéletesebb megvalósítására törekszik, amely éppen forradalmi újdonságánál fogva alapvetően elüt a korábbi, tradicionális keretektől, ennél fogva azokkal nem hasonlítható össze a korábbi, hagyományos módszerekkel. „Csak az összehasonlíthatót lehet összehasonlítani” („*nur Vergleichbares kann verglichen werden*”) – fogalmazta meg ezzel kapcsolatos álláspontját a „*droit comparé*” néven a XIX. század utolsó harmadától megjelenő, majd az 1900. évi párizsi első nemzetközi összehasonlító jogi világtalálkozásra hivatalosan is zászlót bontó új összehasonlító jogtudomány, és ez a – II. világháború után létrejött – „vasfüggönynek” nevezett hidegháborús választóvonal mindkét oldalán elfogadott, „hivatalos” álláspont eleve kizárt minden ilyen irányú kezdeményezést.

Amikor évek múltán a nemzetközi politikában bekövetkezett változások hatására a tudományos életben és ezen belül a magyar állam- és jogtudományban is megkezdődött az „olvadásnak” nevezett folyamat, ez a jogösszehasonlítás megítélésében is mindkét oldalon kedvező változást hozott. A nyugati komparatistikában – főleg a René David és követői által kezdeményezett szemléletváltás hatására – fokozatosan teret hódí-

tott a Szovjetunió és a hozzá igazodó országok jogának új, ún. szocialista jogcsaládként való elismerése, a másik táborban pedig lassanként oldódni kezdett a jogösszehasonlítás eszméjéhez korábban tapadó és főleg politikai szempontoktól táplálkozó radikális elutasítás és tagadás, és megnyílni látszott az út a „burzsoá” országok jogtudományával történő kapcsolatfelvétel irányában.

Ezt a folyamatot Magyarországon az a szerencsésnek mondható körülmény is támogathatta, hogy a magyar állam- és jogtudomány első emberének számító Szabó Imre akadémikus, egyetemi tanár, az MTA Állam- és Jogtudományi Intézetének igazgatója, az MTA-nak előbb külügyekben illetékes főtítkárhelyettese, majd alelnöke, korán felismerte a jogösszehasonlítás jelentőségét és lehetséges szerepét mind a magyar jogtudomány eredményeinek nemzetközi megismertetése és értékelése, mind a saját személyes ambícióinak kielégítése tekintetében. Az ő hathatós támogatása nélkül aligha történhetett volna meg, hogy ezen, a korábban tabunak számító és szigorúan tiltott területen létrejöhetnek az első, óvatos kezdeményezések. Ezt az is megkönnyítette, hogy Szabó, aki Visinszkij halála óta a Szovjetunió Tudományos Akadémiájának egyetlen teljes jogú jogásztagja volt, a szovjet jogtudomány vezető személyiségei körében nagy tekintélynek örvendett, így állásfoglalásai és a tőle kiinduló kezdeményezések eleve az átlagosnál kedvezőbb fogadtatásra számíthattak a szocialista nagyhatalom illetékes politikai és tudományos fórumai részéről is.

A Szabó által választott és végső soron teljes áttöréshez vezető út első állomását a magyar jogtudomány képviselőinek bekapcsolódása jelentette az előbb luxemburgi, majd strasbourgi székhelyű Nemzetközi Összehasonlító Jogi Fakultás (*Faculté Internationale de Droit Comparé*) oktató tevékenységébe. Ez a jogösszehasonlítás jelszavával szervezett, nemzetközi jellegű oktatási intézmény a különböző, sőt ellentétes társadalmi rendszerű országok közötti ún. békés egymás mellett élés („*peaceful co-existence*”) jegyében kezdettől fogva nyitottságot tanúsított az ún. szocialista tábor jogászainak mind oktatói, mind hallgatói minőségben való részvételét illetően, tanrendjében a szocialista jog minden hallgatóra kötelező vizsgatárgyként szerepelt, és következetesen érvényesült az az elv is, hogy ezt a tárgyat csak a szocialista országok valamelyikében élő professzorok adhatták elő. Így kerülhetett sor első ízben (1961) Eörsi Gyula professzori és Mádl Ferencnek, az MTA Társadalomtudományi Főosztálya jogi referensének hallgatói, majd a következő évben az Állam- és Jogtudományi Intézet két fiatal kutatójának ugyancsak hallgatói minőségben történő részvételére, majd – már a strasbourgi székhelyű Fakultáson – előbb (1963-tól) Szabó Imre, utóbb (1970 óta) Péteri Zoltán professzori

meghívására. Ettől kezdve rendszeresen vettek részt fiatal magyar jogászok a Fakultás tavaszi és nyári kurzusain, az MTA Állam- és Jogtudományi Intézetében pedig általánosan követett gyakorlattá vált az oda felvett fiatal kutatók kiküldése a Fakultásra, részben szakmai továbbképzésük, részben nyelvi ismereteik fejlesztése céljából. Ez a részvétel a szocialista országokból érkező fiatal jogászok számára több vonatkozásban is szinte új horizontot nyitott meg, amennyiben az előbb említett előnyökön túl jó lehetőséget biztosított az akkori körülmények között csak nagyon korlátozott keretek között megvalósítható nyugati utazásokra, az otthon alig vagy egyáltalán nem hozzáférhető forrásanyagok megismerésére és alaposabb tanulmányozására, valamint olyan személyes kapcsolatok kiépítésére is, amelyek a nemzetközi tudományos életben való későbbi szerepvállalásukat megkönnyíthették, sőt közvetlenül is előkészíthették. Nem véletlen tehát, hogy a Fakultás kurzusain való részvétel – Magyarország mellett más szocialista országokban is – igen hamar olyan népszerűsége tett szert, amelynek hatása mindmáig érezhető.

A következő lépést az Intézet jogösszehasonlító osztályának megalakítása jelentette (1963) Péteri Zoltán vezetésével, amelynek feladata az alapító okirat szerint egyrészt az összehasonlító módszer alkalmazásával folytatott kutatómunka volt (ami abban is kifejeződött, hogy munkatársai tudományos kutatói és nem dokumentátori besorolást kaptak), másrészt az intézeti kutatómunkát vagy a felső szintű állami szervek munkáját támogató és főként az ő felkérésükre, illetve megrendelésükre készült tájékoztatók, előkészítő anyagok stb., szolgáltatása, és – esetenként – publikálása. Ezen kívül a jogösszehasonlító osztály feladata lett az Intézet nemzetközi kapcsolatainak „gondozása” is. Megjegyzésre érdemes ezzel kapcsolatban, hogy az osztály feladatainak értelmezésében kezdettől fogva jelentős különbségek mutatkoztak az intézeti vezetés részéről. Míg az igazgató elsősorban az elméleti-tudományos kutatómunkát helyezte előtérbe, addig Kovács István akadémikus, igazgatóhelyettes (később igazgató) inkább a gyakorlat, főleg az állami jogalkotó tevékenység támogatását tekintette az osztály elsődleges feladatának. Ebből a kettősségből fakadt, hogy az osztály egyes tagjainak munkáját inkább az előbbi, míg másokét az utóbbi kiindulópont és eredmények jellemezték.

A jogösszehasonlító megközelítés térhódítása azonban nemcsak az osztály, hanem az egész Intézet kutatómunkájában is egyre jobban érvényesült. E téren a vezetők jártak elől jó példával, amennyiben Szabó Imrénének a jogösszehasonlítás elméleti és módszertani kérdéseivel, Kovács Istvánnak a szocialista országok alkotmányfejlődésével és az utóbb ugyancsak igazgatóhelyettesé kinevezett Eörsi Gyulának a nemzetközi jog-

összehasonlítás előterében álló polgári jog alapvető kérdéseivel foglalkozó művei jelentős nemzetközi visszhangot is kiváltottak, de fiatalabb intézeti kutatók (Harmathy Attila, Mádl Ferenc, Péteri Zoltán, Vörös Imre és mások) publikációi is egyre fokozódó érdeklődéssel találkoztak. Kedvező nemzetközi fogadtatást váltott ki az a magyar és holland közös kiadásban megjelent angol nyelvű kötet is, amely intézeti kutatók tanulmányait tartalmazta a szocialista jogösszehasonlítás kérdéseiről. Az is a kibontakozás irányában hatott, hogy a magyar jogtudomány korábban háttérbe szorított „nagy öregjei” között a nemzetközi magánjog Európa-hírű tudósa, Szász István professzor is újra publikálhatott a külföldi olvasóközönség számára is, ami a magyarországi jogösszehasonlítás korábbi eredményeivel kapcsolta össze az újabb kezdeményezéseket. Mindez jelentősen hozzájárult ahhoz, hogy a magyar jogtudomány fokozatosan kiléphetett elszigeteltségéből, és egyre inkább bekapcsolódhatott a nemzetközi tudományos élet vérkeringésébe.

Az ezzel összefüggő új lehetőségek az Állam- és Jogtudományi Intézet tevékenységét is alapvetően befolyásolták. A nemzetközi kapcsolatoknak a jogösszehasonlító osztály létrehozásakor a feladatok között szinte mellékesen említett gondozása egyre inkább meghatározóvá vált, és az osztályon belül Lamm Vanda vezetése alatt álló külön csoport, az Intézet nemzetközi kapcsolatainak szervezésével foglalkozó részleg kialakítását eredményezte. Ez a munka mindenkor az igazgató személyes irányításával folyt, és végső soron az ő döntéseinek végrehajtását jelentette. Így kerülhetett sor a nagy tekintélyű nemzetközi tudóstestület, a Nemzetközi Összehasonlító Jogi Akadémia (*Académie Internationale de Droit Comparé*) tevékenységébe történő bekapcsolódásra, ami a négyévenként sorra kerülő nemzetközi összehasonlító jogi kongresszusokon 1962 óta rendszeressé váló magyar részvételt, valamint a hazai jogtudomány eredményeinek nemzetközi megismertetését tette lehetővé. Az ezzel kapcsolatos szervező tevékenységet kezdettől fogva az Intézet, illetve annak jogösszehasonlító osztálya látta el, ami az egyes témák nemzeti referenseinek felkérését, kongresszusi részvételük koordinálását, valamint a magyar nemzeti referátumokat tartalmazó és az Akadémiai Kiadó által megjelentetett angol és francia nyelvű kötetek szerkesztését jelentette. Ezek a kötetek többnyire széleskörű és kedvező nemzetközi visszhangot is kiváltottak, ami feltehetően szerepet játszott abban is, hogy hamarosan lehetővé vált előbb magyar professzoroknak a Nemzetközi Akadémia rendes vagy ún. társult tagjai közé történő felvétele, majd – az Akadémia vezetőségének azóta is folytatás nélkül maradt döntése alapján – a tizedik nemzetközi összehasonlító jogi kongresszusnak az ún. „keleti országok” (*„pays de l’Est”*) egyi-

kében, Budapesten történő megrendezése (1978), és Szabó Imrének ekkor a Nemzetközi Akadémia elnökévé történő megválasztása. E tendencia folyamatosságára utal, hogy az utóbbi években Harmathy Attila az alelnökök egyikeként vett részt az Akadémia vezető testületének munkájában.

Ebbe a folyamatba illeszkedett az Állam- és Jogtudományi Intézetnek a Nemzetközi Jogtudományi Egyesület (*Association Internationale des Sciences Juridiques*) néven az UNESCO égisze alatt tevékenykedő és egy, a jogösszehasonlításra utaló elnevezésű (*Comité International de Droit Comparé*) testület által irányított nemzetközi szervezethez – annak magyar tagozataként – történő csatlakozása, ami a nemzetközi tudományos életben való részvétel újabb lehetőségeit nyitotta meg. Ezek között a legjelentősebbnek, mert mindmáig maradandó hatásának bizonyult az Association által kezdeményezett, széleskörű nemzetközi együttműködés eredményeként megvalósult hatalmas vállalkozás, az angol nyelvű Nemzetközi Összehasonlító Jogi Enciklopédia megjelentetése, amelynek munkálataiban magyar szakemberek, köztük az Intézet több munkatársa is részt vehetett, szócikkek, tanulmányok, stb. elkészítése formájában.

A hetvenes évektől kezdődően az Állam- és Jogtudományi Intézet rendszeres gyakorlatává vált a francia kezdeményezés alapján létrejött, és más országok által is kultivált nemzetközi jogásztalálkozók, az ún. kétoldalú jogásznapok („*journees juridiques*”) szervezése is. E néhány napos találkozók keretében a két résztvevő ország jogtudományát és joggyakorlatát képviselő szakemberekből álló, mintegy 6-8 tagú jogászdelegációk általában néhány, közös érdeklődésre számot tartó kérdést vitatnak meg, egyeztetett tematika és egymáshoz előzetesen eljuttatott referátumok alapján. Feltehetően a magyar jogtudománynak a jogösszehasonlítás terén elért új eredményei is közrehatottak abban, hogy francia részről történt kezdeményezés alapján sor kerülhetett előbb Budapesten, majd rövidesen Párizsban az első francia-magyar jogásznapok megrendezésére, amit a következő években további nyolc hasonló találkozó követett. Az e téren szerzett kedvező tapasztalatokon felbuzdulva, az Intézet rövidesen már kezdeményező szerepre is vállalkozhatott más nyugati országok irányában, ami szinte minden esetben kedvező fogadtatásra talált. Kisebb-nagyobb nehézségeket legfeljebb az jelenthetett, hogy – a megkeresett nyugati országok eltérő tudományszervezetéből következően – a megfelelő partnerrintézmény felkutatása nem mindig bizonyult könnyű feladatnak. Az évek során végül a jogásznapok megrendezése terén mégis sikerült számottevő előrehaladást elérni, amennyiben angol, német (NSZK), svéd, finn, holland, svájci, majd egyesült államokbeli partnerekkel sikerült – mindenkor a viszonyosság alapján – kétoldalú találkozókat szervezni, sőt ilyen rendez-

vényekre – az ún. szocialista országok között kivételes módon – a belgrádi összehasonlító jogi intézettel is sor kerülhetett.

Kevésbé látványos, mégis fontos szerepet játszott az Intézet a magyar jogalkotás és jogtudomány eredményeinek nemzetközi megismertetése terén a dokumentációs osztálya által készített különböző összeállításoknak (folyóirat-szemlék, jogszabályismertetések, stb.) nyugati intézményekhez (egyetemek, könyvtárak, folyóirat-szerkesztőségek, stb.) történő rendszeres eljuttatásával is. Ennek viszonzásaként a címzettekől gyakran érkeztek az Intézetbe olyan, hasonló jellegű küldemények, amelyek a nyugati fejleményekről való, az akkori devizaínséges időkben legalábbis nehézkesen megvalósítható naprakész tájékozódást jelentősen megkönnyítették. E téren különösen a strasbourgi egyetem jogtudományi karának keretében működő és a Szovjetunió, valamint a „keleti országok” (*„l'U.R.S.S. et les pays de l'Est”*) jogára specializálódott intézettel és annak akkori igazgatójával, a magyar származású és utóbb az MTA külföldi tagjai közé is megválasztott A. Ch. Kiss professzorral való együttműködés bizonyult gyümölcsözőnek, aki – széles körű kapcsolatai révén – felbecsülhetetlen segítséget nyújtott az Intézet kutatói számára más francia tudományos intézmények, pl. a R. Cassin francia jogtudós Nobel-békedíjából létrehozott nemzetközi emberi jogi kutatóközpont munkájával való közelebbi megismerkedésre, sőt az abban való részvételre is, például előadások tartására szóló meghívás, kutatói ösztöndíjak igénybevétele formájában.

Végül említésre érdemes, hogy a sikeresnek bizonyult magyar kezdeményezések a szocialista táborhoz tartozó más országokban is figyelmet ébresztettek és követésre találtak. Ennek érzékelhető megnyilvánulásként a jogösszehasonlítás körébe sorolható publikációk számának gyors növekedése mellett az intézményesedés és a jogösszehasonlítás jelszavával egyre inkább terebélyesedő nemzetközi mozgalomba való bekapcsolódás igényére utaló jelek is mind több szocialista ország jogtudományában is megjelentek. Jellemző példaként éppen a Szovjetunió említhető, ahol az „olvadást” a SZUTA Állam- és Jogtudományi Intézetében nem kevesebb, mint három, a szocialista, a „burzsoá”, illetve az ún. „harmadik világba” sorolt országokra specializálódó részleg létrehozása jelezte. Bár a korábbi fenntartások továbbélésére utalt a „belső”, vagyis a hasonló társadalmi formációhoz tartozó, illetve a „külső”, vagyis az ellentétes típusú jogok közötti, ún. „kontrasztáló” jogösszehasonlítás megkülönböztetése, mégis elmondható, hogy a jogösszehasonlítás – korábban tabuként kezelt – eszméjének és gyakorlatának gyors terjedése elől elhárultak az akadályok a vasfüggöny keleti oldalán is.

Mindezek alapján talán túlzás nélkül megállapítható, hogy az MTA Állam - és Jogtudományi Intézetének jelentős, egyes vonatkozásokban pedig egyenesen meghatározó szerepe volt a nagy hagyományokkal rendelkező magyarországi jogösszehasonlítás korábbi eredményeinek megőrzésében, sőt – ha az adott időszak körülményeit figyelembe vesszük – újraélesztésében, valamint számottevő, határainkon kívül is értékelt továbbfejlesztésében. A jövő fogja megmutatni, hogy ez a tevékenység hogyan alakul majd a következő évek folyamán, és a sikeresnek bizonyult út hogyan fog folytatódni.

Differentiae und *collatio* – Arbeiten aus dem 17. Jahrhundert über die Vergleichung des römischen Rechts mit den einheimischen Rechten in Ungarn

Béla P. Szabó

Universitätsprofessor Universität Debrecen

I. Es ist leider eine Tatsache, dass die Geschichte der ungarischen Rechtswissenschaft im 17. Jahrhundert sowohl bezüglich der Analyse der im Druck erschienenen wenigen rechtswissenschaftlichen Arbeiten, als auch hinsichtlich der sich noch in den Archiven versteckenden, wissenschaftsgeschichtlich bewertbaren Manuskripte gehört zu den wenig erforschten Bereichen unserer Rechtsgeschichte. Man kann leider kein besseres Bild aufzeichnen, wenn man die Erschließung und Bearbeitung solcher juristischen Werke ungarntämmiger Verfasser überblickt, welche die Ergebnisse der frühneuzeitlichen gemeineuropäischen Rechtswissenschaft den einheimischen Rechtskundigen – wenn überhaupt – weiterleiten konnten.

Wir analysierten bisher nur wenige rechtswissenschaftliche Arbeiten, welche die folgenden Ausführungen eines ausländischen Rechtswissenschaftlers bezüglich des frühneuzeitlichen ungarischen Rechtssystems glaubwürdig machen konnten. Arthur Duck (1580-1648), bedeutender englischer Rechtsgelehrter des 17. Jahrhunderts, schrieb nämlich in seinem europaweit bekannten Buch, das unter dem Titel „Über Gebrauch und Geltung des *ius civile* der Römer in den Staaten der christlichen Fürsten“ 1648 erschienen ist: „*Trotzdem geht die Meinung aller Ungarn dahin, dass die Gesetze Ungarns aus den Quellen des kaiserlichen und des kanonischen Rechts hervorgegangen seien, vor allem aber dem kaiserlichen Recht entstammen: Die Gewohnheitsrechte Ungarns seien nach der Norm und nach der Methode des *ius civile* der Römer zusammengestellt.*“¹ Zu Ducks Zeit war diese

¹ „*Illud tamen apud Hungaros omnes receptum est, Leges Hungariae a Iuris Caesarei et Canonici fontibus promanasse, praesertim vero ex Iure Caesareo petitas fuisse; Consuetudines Hungariae compositas fuisse ad normam et methodum Iuris Civilis Romanorum.*“ Siehe: DUCK, Arthur: *De usu et auctoritate juris civilis Romanorum in dominiis principum christianorum, libri duo*, Lipsiae, 1668, 449-450. Die deutsche Übersetzung stammt von HINRICHS, Focke Tannen: *Über Gebrauch*

Meinung dermaßen selbstverständlich, dass er nicht einmal ansatzweise versuchte, sein Urteil tiefer zu ergründen, obwohl er auch erkannt hatte, dass die Spuren des römischen Rechts bei den Ungarn etwas abgeschwächer zu finden sind als bei anderen, unter friedlicheren Umständen lebenden europäischen Völkern.²

Natürlich ist hinter den Thesen von Duck unschwer der Nachklang einiger Zeilen von Stephan Werbőczy's *Tripartitum*³ zu erkennen: „*Man soll wissen ..., dass obwohl alle Rechte unseres Landes ursprünglich aus den Quellen des kirchlichen und kaiserlichen Rechtes entsprossen...*“ Aber sofort danach kommt eine Präzisierung: „*trotzdem unsere diese Gewohnheit, welche wir jetzt in der Rechtspflege gebrauchen, aus drei Grundelementen besteht...*“, und dann werden als die wichtigsten rechtsschaffenden Faktoren, nämlich die landesweiten Gesetze, die Privilegien des Herrschers sowie die Entscheidungen der Großrichter des Landes aufgezählt.

Trotz der ernüchternden Worte Werbőczy's⁴ bezüglich der Bedeutung des römischen Rechts in Ungarn können wir im Allgemeinen davon ausgehen, dass die zeitgenössischen ausländischen Rechtswissenschaftler, die europaweit weiterhin an der *ius commune*-Tradition geschult wurden, dem römischen Recht, auch Ungarn betreffend, die gleiche Wirkungskraft zugemessen haben, wie ihrem Rechtsgebiet.

Die moderne ungarische Rechtsgeschichtswissenschaft steht der Haltung Duck'scher Prägung eher skeptisch gegenüber, aber das ist vielleicht darauf zurückzuführen, dass wir – wie gesagt – viel zu wenig über die frühneuzeitliche ungarische Rechtsliteratur wissen.

Dementsprechend kann man die Arbeiten ungarischer Autoren, die im Zuge der im damaligen Europa sehr verbreiteten Arbeitsmethode des Rechte-Vergleiches entstanden und zur Literaturgattung der *differentiae*

und Geltung des ius civile der Römer in den Staaten der christlichen Fürsten. Übersetzung, Einleitung und Anhang, Göttingen, 1993, 188. Zu Ducks Arbeit siehe HORN, Norbert: Römisches Recht als gemeineuropäisches Recht bei Arthur Duck, in: WILHELM, Walter (Hrsg.): Studien zur europäischen Rechtsgeschichte, Frankfurt am Main, 1972, 170-180. Zur Übersetzung siehe SCHERMAIER, Martin Josef: Rezension, in: Zeitschrift der Savigny Stiftung, Romanistische Abteilung, 1996, 597-605.

² „*Inter has vero Leges & Consuetudines Hungariae non possumus expectare, ea Iuris Romani vestigia a Gente, armis potius quam Legibus semper intenta, qualia habemus apud reliquas Gentes Europaeas...*“ Duck 1668, X.

³ *Tripartitum opus iuris consuetudinarii inclityi regni Hungariae per magistrum Stephanum de WEBEWCUM personalis presentie regie maiestatis locum tenentem: acuratissime editum, Viennae Austriae, Singrenius, 1517.*

⁴ Zu Werbőczy siehe neulich SZABÓ Béla: Werbőczy, Stephanus, in: STOLLEIS, Michael (Hrsg.): *Juristen: Ein biographisches Lexikon von der Antike bis zum 20. Jahrhundert*, München, 2001², 668-669; RADY, Martin: *The Prologue to Werbőczy's Tripartitum and its Sources*, in: *The English Historical Review*, 2006, 104-145.

und *collationes* zu rechnen sind, fast als unbekannt beurteilen. Die Darbietungen des Differenzverhältnisses zwischen *ius commune* und *ius patriae* könnten uns aber sehr aufschlussreiche Informationen darüber geben, wie die damaligen Rechtskundigen die Einwirkung des römischen Rechts in Ungarn beurteilt haben und inwieweit sie sich Einklang oder Verschiedenheit der einzelnen rechtlichen Konstruktionen des einheimischen sowie des gelehrten Rechts bewusst gemacht haben.

Die Heranziehung dieser Arbeiten kann vielleicht mit weiteren Gesichtspunkten bezüglich der Rolle des römischen Rechts im zeitgenössischen ungarischen Rechtsleben und der Rechtsliteratur dienen.

II. Es ist eine von mehreren Generationen der Rechtshistoriker vertretene These, dass in (fast) allen Ländern des alten Europa bis in das 19. Jahrhundert ein extremer Rechtsquellenpluralismus bestand. Innerhalb dieses Rechtsquellenpluralismus bedeutete das römisch-kanonische Recht, das *ius commune*, bis zum 16. Jahrhundert immerhin eine stabilisierende Einheit. Das *ius commune* – trotz seiner nur subsidiären Geltung – konnte beim Fehlen eines *ius particulare* (*ius speciale*, *ius proprium*) den Rang einer primären Rechtsquelle erringen und für die Gerichte als Entscheidungsgrundlage dienen.⁵

Es existierten in dieser Zeit nebeneinander unterschiedliche Rechtsquellenebenen sowohl des gemeinen als auch des einheimischen Rechtes – gebietsweise abweichend. Diese Rechtsebenen wurden nicht eindeutig voneinander abgesondert, vielmehr ist zu beobachten, dass diese Rechte sich wechselseitig durchdrungen haben.⁶

⁵ Aus der immens großen Literatur zum Verhältnis zwischen den einheimischen Rechten und dem römisch-kanonischen *ius commune* im Spätmittelalter und in der frühen Neuzeit siehe unter anderem WIEACKER, Franz: *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Göttingen, 1967, 138-141; TRUSEN, Winfried: *Römisches Recht und partikulares Recht in der Rezeptionszeit*, in: KUCHINKE Kurt (Hrsg.): *Festschrift für Heinrich Lange zum 70. Geburtstag*, München, 1970, 97-120; COING, Helmut: *Europäisches Privatrecht, Band I. Alteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*, München, 1985, 34-42; WIEGAND, Wolfgang: *Studien zur Rechtsanwendungslehre der Rezeptionszeit*, Ebelsbach, 1977; WIEGAND, Wolfgang: *Die privatrechtlichen Rechtsquellen des Usus modernus*, in: SIMON, Dieter (Hrsg.): *Acten des 26. Deutschen Rechtshistorikertages*, Frankfurt am Main, 22-26. September 1986, Frankfurt am Main, 1987, 237-252; Neulich: ZWALVE, Willem J. - SIRKS, Boudewijn: *Grundzüge der Europäischen Privatrechtsgeschichte: Einführung und Sachenrecht*, Wien, Köln, Weimar, 2012, 25-31; RUSZOLY József: *Európai jog- és alkotmánytörténelem* [Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte], Pólay Elemér Alapítvány, Szeged, 2011, 67-68.

⁶ MOHNHAUPT, Heinz: *Differentienliteratur als Ausdruck eines methodischen Prinzips früher Rechtsvergleichung*, in: DURAND, Bernard - MAYALI, Laurent (Hrsg.): *Excerptiones iuris: Studies in Honor of Andre Guoron*, The Robins Collection, Berkeley, 2000, 439-440; MOHNHAUPT, Heinz: *Zum Verhältnis von Region und „ius particulare“ in Europa während des 16. bis 18. Jahrhunderts:*

Durch den Verschmelzungsprozess von gemeinem und partikularem Recht zu einem – für die einzelnen Landschaften charakteristischen – Mischrecht, sowie durch die Ausdifferenzierung der verschiedenen Rechtslandschaften im Mittelalter und der frühen Neuzeit entstand ein europaweiter Patschwork-Teppich der territorialen Rechtsgebiete. Diese Vielseitigkeit wurde durch die verschiedenen Interpretationstraditionen in der gerichtlichen Praxis und wegen der Uneinheitlichkeit der Geltungskraft gemeinrechtlicher Normen weiter verstärkt.⁷

In der Epoche des *Usus modernus Pandectarum* kam weiterhin die Frage auf, inwieweit es möglich ist, das alte gemeine Recht auf neue soziale Tatbestände anzuwenden. Dank dieser Umstände konnten häufig das gemeine Recht und das jeweilige partikulare Recht – trotz der scheinbar wohlausgedachten Subsidiarität des *ius commune* – in Widerstreit geraten.

Ein Mittel zur Konfliktlösung zwischen gemeinem Recht und *ius particulare* war die Klärung des Kollisionsverhältnisses beider Rechtsquellenebenen. Die Methode zur Beseitigung der Kollision zwischen den einzelnen Regelungen der verschiedenen Rechtsquellenebenen und zur Herstellung der dazu notwendigen Ordnung des divergierenden Rechtsstoffs war notwendigerweise eine vergleichende Arbeitsweise.⁸

Die Herstellung einer Neuordnung des Verhältnisses zwischen gemeinem Recht und territorialen Rechten konnte damals nur auf der Basis der Vergleichung der römisch-kanonischen Rechtssätze mit den Normen der übrigen konkurrierenden Rechtsebenen, vor allem mit denen der vorhandenen einheimischen Rechtsquellen (*consuetudines, statuta*), erfolgen.⁹

Bezüglich der Rechtsliteratur der frühen Neuzeit können wir natürlich noch nicht von Rechtsvergleichung im heutigen Sinne sprechen. Es ging eher um die „Anfänge einer vergleichenden Beobachtung unterschiedlicher Rechte und Rechtsordnungen.“ Das Ziel dieser komparativen Annäherung war die Aufdeckung von Gemeinsamkeiten und Unterschie-

Historische Notizen zu einem aktuellen Thema, in: SCIACCA, ENZO: *L'Europa e le sue regioni*, Amal-do Lombardi, Palermo, 1993, 226-238; MOHNHAUPT, Heinz: *Zum Verhältnis von Region und ius particulare' in Europa während des 16. bis 18. Jahrhunderts*, in: GARCIA Y GARCIA, Antonio - WEIMAR, Peter (Hrsg.): *Miscellanea Domenico Maffei dicata IV*, Keip, Goldbach, 1995, 551-563.

⁷ HOLTHÖFER, ERNST: *Die Literatur zum gemeinen und partikularen Recht in Italien, Frankreich, Spanien und Portugal*, in: COING, Helmut (Hrsg.): *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, II/1.*, München, 1977, 223-224.

⁸ MOHNHAUPT 2000, 440-441.

⁹ STOBBE, O.: *Geschichte der deutschen Rechtsquellen*, 2. Abt., Duncker & Humblot, Leipzig, 1864, 155-157; MOHNHAUPT 2000, 448.

den, die später zu einer möglichen Vereinheitlichung oder Bereinigung der Rechte führen konnte.¹⁰

Vergleichbar waren in diesem Sinne jeweilige Rechtsgestaltungslösungen von unterschiedlichen Rechtsordnungen, die mehr oder weniger in einer gemeinsamen Rechtstradition wurzelten. Weitere Voraussetzung dieser vergleichenden Arbeit war eine Ähnlichkeit der Vergleichstatbestände – die rechtlichen, sozialen, wirtschaftlichen und kulturellen Grundlagen inbegriffen.¹¹

Einen ersten Anwendungsfall der gezielten rechtsvergleichenden Tätigkeit bildete die sog. Differentienliteratur. Diese spezifische Literaturgattung der mittelalterlichen und frühneuzeitlichen Rechtswissenschaft fußte auf Ordnungsprinzipien aus dem Altertum (*genus* und *differentia specifica*) und bezweckte die Aufdeckung der Unterschiede vorwiegend zwischen den beiden Rechtsbereichen *ius commune* und *ius particulare*. Aber als Vergleichsgegenstand kamen gelegentlich auch *ius feudale*, *ius canonicum*, *ius mosaicarum*, und *ius naturae* in Betracht.¹² Die Publikationen der Differentienliteratur erschienen ab dem Ende des 16. Jahrhunderts in immer größeren Auflagen und waren in ganz Europa verbreitet. In Deutschland sind solche Werke besonders in Form von Disputationen/Dissertationen erschienen.

Die Literaturgattung war schon im Mittelalter bekannt.¹³ Während im Mittelalter die bloße Gegenüberstellung von römischem und kanonischem Recht der Gegenstand der Differentienliteratur war,¹⁴ wurden

¹⁰ MOHNHAUPT 2000, 441.

¹¹ MOHNHAUPT, a. a. O.

¹² MOHNHAUPT, Heinz: *Rechtsvergleichung*, in: ERLER, Adalbert - KAUFMANN, Ekkehard (Hrsg.): *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, IV*, Berlin, 1990, 405.

¹³ Dazu siehe DOLEZALEK, Gero: *Differentienliteratur*, in: ERLER, Adalbert - KAUFMANN, Ekkehard (Hrsg.): *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, I*, Berlin, 1971, 741-742; HORN, Norbert: *Die legistische Literatur der Kommentatorenzeit*, in: COING, Helmut (Hrsg.): *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, I, Mittelalter (1100-1500)*, München, 1973, 315, 345-346, 361; WEIMAR, Peter: *Differentienliteratur*, in: BAUTIER, Robert-Henri - AUTRY, Robert (Hrsg.): *Lexikon des Mittelalters, III*, München, Zürich, 1986, 1042-1043; LANGE, Hermann - KRIECHBAUM, Maximiliane: *Römisches Recht im Mittelalter, Band II: Die Kommentatoren*, München, 2007, 429-433.

¹⁴ SCHNIZER, Helmut: *Differentienliteratur zum kanonischen Recht: Eine unbekannte Literaturgattung als Beleg zur dialektischen Kraft des kanonischen Rechts in der Privatrechtsentwicklung der Neuzeit*, in: WILBURG, Walter: Festschrift für Walter Wilburg zum 70. Geburtstag, Graz, 1975, 335-353; ASCHERI, Mario: *Le 'Differentiae inter ius canonicum et ius civile'*, in: CONDORELLI, Orazio - ROUMY, Frank - SCHMOECKEL, Mathias (Hrsg.): *Der Einfluss der Kanonistik auf die europäische Rechtskultur, Bd. I: Zivil- und Zivilprozessrecht*, Köln, Weimar, Wien, 2009, 67-74; LANGE - KRIECHBAUM 2007, 215-219.

– wie gesagt – in der frühen Neuzeit die partikularen Rechte mit dem *ius commune* vorzüglich mit dem römischen Recht verglichen.¹⁵

Bei der Vergleichung der Rechte wurde überwiegend das römische Recht als Maßstab genommen,¹⁶ an dem die anderen Rechte gemessen wurden. Die Entfernung vom römischen Recht wurde geprüft und bewusst gemacht.¹⁷ Die veralteten, obsolet gewordenen Normen des römischen Rechts wurden natürlich nicht berücksichtigt.¹⁸

Für die vergleichenden Arbeiten, die aus partikularrechtlicher Perspektive ausgegangen sind, pflegte man die Bezeichnung *collatio* anzuwenden, während die Werke, die die derogativen gemeinrechtlichen Normen in den Vordergrund gestellt haben, häufig als *censura* betitelt wurden.¹⁹

Die *collatio* und *censura* waren in fast allen europäischen Ländern verbreitet, die bis zum Ende des 18. Jahrhunderts zum Terrain des *ius commune*, der wissenschaftlichen lateinischen Rechtskultur, gehörten. Aber erhebliche territoriale Schwer- und Schwachpunkte sind zu verzeichnen. Während in Iberien und Frankreich – wo die schriftliche Fixierung der Partikularrechte ziemlich früh stattgefunden hat und deshalb der Abgrenzung vom römischen Recht eine besondere Bedeutung zukam – die vergleichenden Partikularrechtskommentare schon im 16. Jahrhundert sehr verbreitet waren,²⁰ waren die *collationes* in Nord- und Ost-Europa verhältnismäßig selten. Es ist aber zu bemerken, dass in letzteren Rechtsgebieten – wo Werke der gelehrten Rechtsliteratur insgesamt seltener erschienen – der Differentienliteratur ein größeres Gewicht zukommt. Hier konnten nämlich die *collationes* und *censurae* eigentlich das Medium sein, über welches die erste literarische Auseinandersetzung mit dem römischen Recht stattfinden konnte.²¹ Dies kann auch für die Länder der Stephanskronen in der frühen Neuzeit zutreffen.

Es ist zu bemerken, dass in der frühneuzeitlichen Differentienliteratur folgende Rechtsmaterien – überwiegend aus dem Bereich des Pri-

¹⁵ SÖLLNER, Alfred: *Zu den Literaturtypen des deutschen Usus modernus*, in: *Ius Commune* 1969, 185-186.

¹⁶ DOLEZALEK 1971, 742.

¹⁷ SCHÄFER, Frank L.: *Juristische Germanistik*, Klosterman, Frankfurt am Main, 2008, 57-58.

¹⁸ MOHNHAUPT 2000, 448; MOHNHAUPT 1990, 405.

¹⁹ Zur Benennung der verschiedenen Typen der Differentienliteratur siehe HOLTHÖFER, Ernst: *Die Literatur zum gemeinen und partikularen Recht in Italien, Frankreich, Spanien und Portugal*, in: COING 1977, 225.; SÖLLNER, Alfred: *Die Literatur zum gemeinen und partikularen Recht in Deutschland, Österreich, den Niederlanden und der Schweiz*, in: COING 1977, 555-556.

²⁰ SÖLLNER 1969, 185-186.

²¹ HOLTHÖFER 1977, 226.

vatrechts – im Mittelpunkt standen: Vertragsrecht, Erbrecht, Eheerrecht, Wechselrecht, Hypothekenrecht und Prozessrecht.²²

III. Die erste Gegenüberstellung der ungarländischen Rechte und des *ius commune* mit Anspruch auf Wissenschaftlichkeit wurde von Johannes Decius Barovius am Ende des 16. Jahrhunderts geleistet.²³ Er wurde aber in erster Linie nicht von der Absicht der Vergleichung geführt, sondern er wollte eher die Unvollständigkeiten des ungarischen Privatrechts mit Hilfe des römisch-kanonischen Rechts ergänzen. Seine Arbeit kann man als einen Partikularrechtskommentar betrachten, womit sich Decius eigentlich zu einer europaweiten Tendenz der damaligen Rechtsliteratur gesellt hat. Diese Tendenz hat sich um eine Synthese des gemeinen Rechts und des jeweiligen partikularen Rechts bemüht und hat auf dem ganzen Kontinent zur frühen wissenschaftlichen Bearbeitung der einheimischen Rechte beigetragen.²⁴ Die daraus hervorgegangenen Arbeiten können überall als die ersten Vorboten der nationalen Rechtswissenschaften betrachtet werden.

Die Erstlingswerke der vergleichenden Arbeitsmethode sind, auch Ungarn betreffend, im 17. Jahrhundert in Form von an ausländischen Universitäten verteidigten Disputationen entstanden. Um Mitte des 17. Jahrhunderts, kurz nach dem Dreißigjährigen Krieg, wurden zwei solche Streitschriften (die erste in Straßburg, die zweite in Altdorf) zum Druck gegeben, deren ausdrückliches Ziel – der vorher erwähnten Tendenz folgend – die vergleichende Gegenüberstellung des römischen Rechts und des einheimischen partikularen Rechts war.

Im Bewusstsein der Unsicherheit bezüglich der wirklichen Verfasserschaft der damaligen universitären Streitschriften, betrachten wir die zwei Disputationen mit ungarländischen Respondenten trotzdem als Produkte der ungarischen Rechtsliteratur.

Selbstverständlich müssen wir im Rahmen dieser Studie auf die detaillierte Analyse der zwei Werkchen verzichten. Statt einer eingehenden

²² MOHNHAUPT 2000, 457.

²³ DECII BAROVII, Ioannis: *Syntagma institutionum juris imperialis ac Ungarici, quattuor perspicuis questionum ac responsum libris comprehensum, opera ac studio*, Claudiopoli Transylvaniae, typ. Heltanis, 1593.

²⁴ Zur Wertung des juristischen Schaffens von Decius Barovius sind die folgenden Studien noch immer unentbehrlich: ZLINSZKY, János: *Ein Versuch zur Rezeption des römischen Rechts in Ungarn*, in: HORAK, Fritz - WALDSTEIN, Wolfgang (Hrsg.): *Festgabe für Arnold Herallitzka zu seinem 75. Geburtstag*, München, Salzburg, 1972, 315-326; ZLINSZKY, János: *Legal Studies and Works of János Baranyai Decsi*, in: *Acta Ethnographica Hungarica* 2000/3-4, 327-336.

den Untersuchung müssen wir uns auf einige allgemeine Bemerkungen bezüglich der Eigentümlichkeiten der zwei Kleinschriften beschränken.

IV. Das erste „Werklein“ entstand unter der Führung des namhaften *primarius professor* der Straßburger Universität Johann Otto Tabor²⁵ im Jahre 1651 als eine sog. Zwilling-Disputation. Einer der zwei Respondenten war der spätere Ratsherr von Pressburg, Johannes Beigler²⁶ (der Andere war ein Kommilitone aus Ober-Österreich).²⁷

Der konservativ gesinnte Professor Tabor, der die Reputation der Straßburger Jurafakultät wieder auf das Niveau der Zeitalter von Hofredus und Obrecht angehoben hatte, hat üblicherweise einen sehr starken Einfluss auf die unter seiner Obhut geschriebenen Disputationen ausgeübt. Dies kann in unserem Fall auch beobachtet werden, denn im ersten Teil der Arbeit treten die von Tabor in seinen eigenen Schriften mit Belieben angewandte *quattor causae*-Methode und die ramistische *dichotomie*-Bildung ausdrücklich in Erscheinung.

Der Leser unserer Zeit kann, wenn er von der Arbeit einen Katalog der Aufzählung der Unterschiede vom *ius Romanum* und *ius Hungaricum* erhofft, ziemlich enttäuscht werden. Denn Beiglers „Werklein“ können wir eher als einen rechtstheoretischen Versuch betrachten, der – vorwiegend von den theoretischen Ausführungen des Prologs von Werbőczys *Tripartitum* und der *Directio Methodica* von Johannes Kithonich (eine prozessrechtliche Zusammenfassung vom Anfang des 17. Jahrhunderts)²⁸ ausgehend – versucht, die gemeinsamen Grundgedanken beider Rechtswelten zu erkunden. Dabei bedient er sich einer traditionellen, ein wenig altmodischen und ausschweifenden Untersuchungsmethode, aber er

²⁵ Tabor, Johann Otto (1604-1674), Rechtsgelehrter. Nach Studien in Leipzig, Wittenberg und Jena wurde er 1631 in Straßburg zum *doctor juris* promoviert. Später wurde er Juraprofessor und genoss ein sehr großes Ansehen. 1659 wurde er in Gießen zum Ordinarius und Universitätskanzler ernannt. VON EISENHART, August Ritter: *Tabor, Johann Otto*, in: *Allgemeine Deutsche Biographie* 37, Leipzig, 1894, 337-339; JÖCHER, Christian Gottlieb: *Tabor, Johann Otto*, in: *Allgemeines Gelehrten-Lexicon* 4, Leipzig, 1751, 978-979.

²⁶ Beigler, Johannes (1625-?), stammte aus Preßburg. Nach seinem Studium in Straßburg, ab 1660 wurde er Ratsherr von Preßburg. Siehe FEDERMAYER, Frederik: *Rody starého Prešporka: Genealogický rozbor obyvatelstva a topografia mesta podl'a súpisu z roku 1624*, Bratislava, 2003, 225-226.

²⁷ *Collationis Juris Romani Et Hungarici τα πρώτα* Sub Moderamine Dn. Joh. Ottonis TABORIS JCI Et In Inclita Universitate Argentinensi Professoris Primarii &c. Publicae eruditorum censurae exposita, & propugnata. Studio & operâ Johannis BEIGLERI, Posonio-Hungari Et Georgii Samuelis HASENLOFFII Efferlingo Austrii. Argentorati, Typis Johannis Philippi Mülbli, Et Josiae Staedlii, Anno M. DC. LI. (Im Weiteren: *Collationis*.)

²⁸ KITHONICH DE KOSZTANICZA, Johannes: *Directio methodica processus judiciarii Juris consuetudinarii Incliti Regni Hungariae*, Tyrnaviae, 1619.

macht es auf einer sehr breiten Literaturbasis der wichtigsten und modernsten europäischen rechtswissenschaftlichen Werke. Die zeitgenössischen Leser, die mit den ungarländischen Verhältnissen nicht besonders vertraut waren, konnten aus der Disputation bestimmte Grundinformationen vom „Geist“ des ungarischen Rechts erhalten, aber ohne eine wirkliche und gründliche Gegenüberstellung.

Es werden die Lehren über Recht, Gerechtigkeit und Rechtswissenschaft von Werbőczy („*concinnator iuris Hungarici*“) detailliert vorgeführt,²⁹ wengleich bezüglich der Rechtswissenschaft nur europäische Verfasser erwähnt werden. Bezüglich der Regeln des öffentlichen Rechts bekommt der Leser eine Zusammenfassung über die Fundamentalgesetze des ungarischen Staates mit Aufzählung der wichtigsten königlichen Dekrete³⁰ und mit der Analyse des werbőczy'schen Begriffes, betreffend das öffentliche Recht. Dann werden die europäischen Parellelen zur Naturrechts- und *ius gentium*-Auffassung des *Tripartitums* vorgeführt. Es wird auch die Dreischichtigkeit des Begriffes des *ius civile* (*generale, speciale, excellens*) bei Werbőczy³¹ und Kithonich³² weitgehend geprüft.

Es ist interessant, wenn der Verfasser der *Collatio* erklärt, dass jedem Rechtskundigen in der Welt bewusst ist, dass sich kein Recht unter dem Himmel mit dem römischen Recht messen kann, und deshalb auch das ungarische Recht notwendigerweise die Autorität des römischen Rechts anerkennen muss.³³ Später wird das Verhältnis des kanonischen und ungarischen Rechts, dann eine Art von Gewohnheitsrechtstheorie, im Spiegel der europäischen Literatur erörtert.

Der zweite Teil der *Collatio* – wahrscheinlich vom ober-österreichischen Student verfasst – gibt eine detaillierte Rechtsquellenlehre des un-

²⁹ Zur Wertung der rechtsphilosophischen Gedankenwelt von Werbőczy siehe jüngst SZABAD-FALVI József: *A magyar jogbölcséleti gondolkodás kezdetei* [Die Anfänge der ungarischen Rechtsphilosophie], Gondolat, Budapest, 2011; SZMODIS Jenő: *Werbőczy jogbölcséleti koncepciójáról* [Über das rechtsphilosophische Konzept von Werbőczy], in: *Publicationes Universitatis Miskolciensis, Sectio Juridica et Politica XXXI*, 2013, 163-179.

³⁰ *Collationis, Sectio Secunda A.*

³¹ WERBŐCZY, *Tripartitum*, z.W., ProL. 2.9. „*Jus autem civile est, quid quisque populus, vel quaeque civitas, sibi propter divinam, humanamque causam constituit. Et vocatur jus civile, quasi proprium jus civitatis. Quod tripliciter potest accipi. Primo generaliter; & est, quod in unaquaque civitate generaliter observatur. Secundo specialiter, & est, quod quisque populus, vel quaeque civitas sibi proprium, divina humanaque causa constituit. Tertio excellenter, ad excellentiam videlicet juris romanorum, quod etiam jus imperiale nominatur. Dum enim non exprimitur nomen hujus, vel illius civitatis, tunc per excellentiam, tantum jus romanorum significatur...*“.

³² KITHONICH DE KOSZTANICZA 1619, I. 10.

³³ *Collationis, Sectio III. (B.) 9.*

garischen Rechts (Gesetze, Privilegien, Gewohnheitsrecht), aber er wiederholt in weiten Passagen die Feststellungen des ersten Teiles.

Als Endergebnis der Untersuchung der *Collatio* kann man feststellen, dass Werbőczy und Kithonich nach ihren „wissenschaftlichen“ Leistungen auch von den tonangebenden europäischen Wissenschaftlern anerkannt wurden. Es ist noch bemerkenswerter, wenn wir hinter der Disputation den starken Einfluss Tabors vermuten.

Die zweite uns jetzt interessierende Arbeit wurde von einem kaum zwanzigjährigen, aber schon seit zwei Jahren in Altdorf studierenden Jungen aus Mediasch in Siebenbürgen verfasst, der später mit einem historischen Werk berühmt und ziemlich berüchtigt wurde. Laurentius Toppeltinus³⁴ hatte seine Übungsdisputation unter der Führung von Ernest Cregel,³⁵ einem eher wenig bekannten Ordinarius des öffentlichen Rechts und der Institutionen, im Jahre 1661 – wie gesagt – an der Universität Altdorf verfasst.³⁶

Die Arbeit hat die Darstellung der Unterschiede und der Ähnlichkeiten des römischen Rechts und der Statuten der Siebenbürger Sachsen³⁷ aus dem Jahre 1583 auf sich genommen. Laut meiner Forschungen können wir in diesem Fall sicher sein, dass der eigentliche Verfasser der Streitschrift mit dem Studenten aus Mediasch identisch ist. Neben dem Wortgebrauch weist auch die Tatsache, dass Toppeltinus nebst den Statu-

³⁴ Toppeltinus (Töppelt), Laurentius (1641-1670). Aus Mediasch in Siebenbürgen stammend studierte er zwei Jahre lang in Altdorf, dann mindestens vier Jahre lang in Padua, wo er mehrere Universitätsämter bekleidet hatte. Später bereiste er als Erzieher eines jüngeren Landmannes ganz Europa. Er verfasste und gab historische Werke heraus. Zum *doctor juris* wurde er in Orleans promoviert. Nach seiner Heimkehr verstrickte er sich unglücklich in die Lokalpolitik, und starb ziemlich jung. Siehe: TRAUSSCH, Joseph: *Schriftsteller-Lexikon oder biographisch-literarische Denk-Blätter der Siebenbürger Deutschen* III., Kronstadt, 1871, 400-406.

³⁵ Cregel, Ernestus (1628-1674), studierte in Rostock, ging darauf nach Altdorf, wo er *doctor iuris* und dann Professor wurde. Später war er auch Konsul der Stadt Nürnberg gewesen. Siehe: *Grosses vollständiges Universal Lexicon Aller Wissenschaften und Künste...*, VI., Halle und Leipzig, 1733, 1561.

³⁶ *Differentiae Atque Convenientiae Juris Civilis Et Juris Municipalis Saxonum In Transylvania Aspirante Numine Divino Praeside Nobilissimo, Consultissimo Atque Excellentissimo Viro Dn. Ernesto CREGEL, J. U. D. Et Juris Publici Ac Institutionum Imperialium in Florentissima Academia Altdorffina Professore Ordinario, Ut Et Inclytae Reipublicae Noribergensis Consiliario Gravissimo, Fautore ac Praeceptore Aetatem Suscipiendo Placidiae censurae Eruditorum subjectae a Laurentio TOPPELTINO Medieso Transylvano Avt. Et Resp. Ad d. 20. Martii Altdorphi Typis Georgi Hagen Universitatis Typographi. Anno Christi M D C LXI. - RMK. III. 2135 (Im Weiteren: *Differentiae*).*

³⁷ Die zu selber Zeit gedruckte Fassungen: *Statuta Ivriov Mvncipalivm Saxonvm in Transylvania: Opera MATTHIAE FRONI reuisa, locupletata et edita. Impressum in Inclyta Transylvanæ Corona. Cum gratia, et priuilegio decennali. 1583; Der Sachsen in Siebenbürgen Statuta: Oder eygen Landtrecht. Durch MATTHIAM FRONIUM vbersehen, gemehret vnd mit Kön. Maiest: inn Polen gnad vnd Priuilegio in Druck gebracht. Anno M.D.LXXXIII.*

ten mehrmals auch auf die Rechtspraxis seiner Gemeinde Bezug nimmt, darauf hin.

In der Einführung der Arbeit erklärt Toppeltinus, dass die Rechtsstudenten die gemeinsamen Prinzipien und Gesetze der Rechtswissenschaft (*principia et leges communes Jurisprudentiae*) berücksichtigen müssten, auch wenn die Völker Europas verschiedene Gewohnheiten und Gesetze hätten, ihre gewohnheitsrechtliche und geschriebene Regeln vom *ius commune* abwichen und die eigenen Rechte oftmals dem Recht der Kaiser und Päpste (*Imperatorum et Pontificum leges*) vorgingen. Das Recht ihrer Heimat stünde nämlich in enger Beziehung mit diesen Rechtsprinzipien. Deshalb hält der Autor es für wichtig, dass in seiner Disputation der Vergleich zwischen dem – im Jahre 1583 veröffentlichten – Munizipalrecht (Eigen-Landrecht) der Siebenbürger Sachsen und dem *ius civile* durch die Bestandsaufnahme der Übereinstimmungen und Abweichungen (*convenientia et discrepantia*) bewerkstelligt werde.³⁸

Der überwiegende Teil (1-43) der in 54 Thesen geteilten Arbeit beschäftigt sich – untermauert durch die Zitierung der kennzeichnenden Belegstellen – mit der Darstellung der Diskrepanzen. Die abweichenden Charakteristiken der einzelnen Rechtsinstitute und die verschiedenen Norminhalte werden kurz oder in längerem Umfang dargestellt. In den letzten 10 Thesen bezüglich der Übereinstimmungen werden bewusst nur die Textstellen der beiden Rechtsebenen akribisch aufgelistet. Der Verfasser glaubt seine in der Einführung auf sich genommene Aufgabe in dieser Form erledigt zu haben.

Auf den ersten Blick sieht es so aus, als würde Toppeltinus dem Institutionen-System folgen, denn er fängt mit personenrechtlichen Themen an. Es folgen aber erbrechtliche Differenzen, und damit scheint er den Aufbau des Eigen-Landrechts zu berücksichtigen, später fallen beide Ordnungen allerdings durcheinander und die Gegenüberstellung wird ziemlich launenhaft. Überwiegend werden privatrechtliche Regeln ergänzend mit prozessrechtlichen und strafrechtlichen Normen kompariert. (Bezüglich des Strafrechtes wird auch die *Constitutio Criminalis Carolina* zum Vergleich herangezogen.)³⁹

³⁸ *Differentiae*, Einführung.

³⁹ Über den Einfluss der *Constitutio Criminalis Carolina* auf das Strafrecht des Eigen-Landrechts siehe P. SZABÓ BÉLA, *Az erdélyi szászok büntetőjogának kapcsolata a justinianuszi és a birodalmi német büntetőszabályokkal* [Die Beziehung zwischen dem Strafrecht der Siebenbürger Sachsen und den justinianischen beziehungsweise den reichs-deutschen Strafrechtsbestimmungen], in: *Collectio iuridica Universitatis Debreceniensis* V., 2005, 137-177.

Die Thesen von Toppeltinus machen (besonders im ersten Teil) auf einige interessante Diskrepanzen zwischen den Regeln des zum *Statutum* veredelten Gewohnheitsrechts der Siebenbürger Sachsen und denen des *ius civile* aufmerksam. Es ist aber kennzeichnend, dass er nur ausnahmsweise versucht, die Divergenzen Toppeltinus hinterfragt also nur selten das Abweichen der Lösungen.

Seltenheitswert hat also, wenn er bezüglich des erbrechtlichen Vertretungsprinzips in interessante Erklärungsversuche einlässt. Im römischen Recht kam das *ius repraesentationis* jedem Verwandten absteigender Linie zu, während die Sachsen dieses Recht nur den Kindeskindern, also den Enkeln gewährten. Hier ist eigentlich der Erklärungsversuch von Toppeltinus interessant: laut seiner Interpretation werden im römischen Recht unter *liberi* alle Abkömmlinge verstanden. Bei den Sachsen ist es dagegen anders: auch hier wird von dem lateinischen Terminus *liberi legitimi* Gebrauch gemacht, da aber in der deutschen Übersetzung „Kinder“ steht⁴⁰ und „*Statuta stricte sunt interpretanda*“,⁴¹ so können nur die Kinder repräsentiert werden.⁴²

Er weist mehrmals darauf hin, dass die Regeln der Sachsen deshalb vom römischen Recht abweichen, weil sie die Lösungen des *ius canonicum* übernommen haben. Damit begründet Toppeltinus zum Beispiel, dass während nach dem *ius civile* den Kindern, die aus gottlosem und schuldigem Beischlaf oder aus Ehebruch stammen, kein Alimentationsanspruch zusteht, nach dem sächsischen Recht aber – dem Kirchenrecht folgend

⁴⁰ Die zwei Textvarianten des Eigen-Landrechts (SS. 2.2.1) lauten: „*Patre et matre defunctis liberi legitimi, filii et filiae, in omnibus bonis mobilibus et immobilibus succedunt. Quod si quem ex istis descendantibus mori contingat, relictis liberis, illius liberi in parentum locum succedunt in stirpem nimirum tam magnam ex haereditate defuncti portionem percepturi, quantum eorum parens adeptus esset, si supervixisset.*“ – „Sterben Vatter vnd Mutter / jhre Ebeliche kinder als Söhne vnd Töchter / ererben all jre bewegliche vnd vbewegliche gütter: Stürben aber der **kinder** etliche / vnd liessen auch **kinder** hinder sich / dieselbe treten in stad vnd stell jrer verstorbenen Elter / vnd erben in den stammen / das ist / sie entpfahen aus jrer Grosalter verlassener habschafft so viel / wie viel jr Vatter oder Mutter draus geerbet betten / wo sie bey leben weren.“

⁴¹ Zu dem Satz siehe WIEACKER 1967, 138.

⁴² *Differentiae XIV. „Nec refert quod liberorum appellatione nepotes, pronepotes caeterique descendentes veniant... adeoque, quia liberorum vocabulo textus municipalis utitur, a iure civili non differat: Respond statuta stricta sunt interpretanda, & haec formula loquendi procedit tantum in latina lingua, in vernacula vero nostra germanica verbum Kinder de liberis tantum primi gradus usurpatur, non etiam nepotibus & seqq. attestante immortalī Conrado Rittershusio piae memoriae...“* Im Hintergrund steht hier die – historisch noch nicht eindeutig geklärte – Frage, ob die lateinische oder die deutsche Fassung des Eigen-Landrechts als authentisch anzusehen bzw. bei der Interpretation heranzuziehen war.

(das hier laut Toppeltinus das Zivilrecht derogiert) – solchen Abkömmlingen mindestens der Lebensunterhalt zu gewähren ist.⁴³

Die von uns hier gesichteten zwei Disputationen mit vergleichender Thematik vertraten nur einen geringen Anteil der 80⁴⁴ im 17. Jahrhundert an ausländischen Universitäten mit der Beteiligung von Ungarländern verteidigten Streitschriften. Aber sie beweisen immerhin, dass die ungarischen Rechtskundigen auch in der frühen Neuzeit durch den Besuch von ausländischen Universitäten die Anschlussmöglichkeit an die jeweiligen Standardrichtungen der europäischen Rechtswissenschaft gesucht haben.

Die detailliertere Analyse der zwei Arbeiten könnte uns immerhin auch davon ein Bild verschaffen, was für einen Ruf die Ungarn damals in der Welt hatten.

⁴³ SS. 2.2.4: „*Nati ex incestuoso et nefario damnatoque concubitu, item ex adulterii complexibus neque ad successionem patris, neque matris admittuntur; de aequitate tamen canonica debentur eis alimenta, nam educatio liberorum est juris naturae.*”

⁴⁴ Siehe SZABÓ Béla: *Előtanulmány a magyarországi joghallgatók külföldi egyetemeken a XVI–XVIII. században készített disputációinak (dissertációinak) elemzéséhez* [Vorstudie zur Analyse der von ungarländischen Jurastudenten an ausländischen Universitäten zwischen 1550–1800 verteidigten Disputationen], in: *Publicationes Universitatis Miskolciensis, Sectio Juridica et Politica* Tom. VIII. Fasc. 5, 1993, 79–154.

Mitglieder des Instituts für Rechtsvergleichung seit 2003

Prof. Dr. Badó Attila:

*Head of the Institute, Professor of Law
Univ. Prof., Institutsdirektor
Professeur des universités, directeur d'Institut*

Prof. Dr. iur. Dr. h. c. (SZTE)

Detlev W. Belling, M.C.L. (U. of Ill.):

*Individual Responsible for the German Legal training program
Geschäftsführer der Deutschen Rechtsschule
Responsable des formations juridiques en langue allemande*

Dr. Mezei Péter:

*Director of the American Legal training program
Leiter der Amerikanischen Rechtsschule
Directeur des formations du droit des Etats-Unis*

Dr. Bóka János:

*Assistant Professor
Univ. Oberassistent
Assistant-professeur*

Dr. Heka László:

*Associate Professor
Univ. Dozent
Maître de conférences*

Dr. Almási Ibolya LL.M.:

Scientific Research Assistant, Director of the German Legal training program

Wissenschaftliche Mitarbeiterin, Leiterin der Deutschen Rechtsschule

Assistant de recherche, Directeur des formations juridiques en langue allemande

Samantha Cheesman:

Assistant Lecturer

Univ. Assistentin

Assistant maître de conférences

Eric Blin:

Director of the French Legal training program

Leiter der Französischen Rechtsschule

Directeur de formations francophones

Kilic Keziban:

French Lecturer

Französische Lektorin

Lectrice française

Laureline Congnard:

French Lecturer

Französische Lektorin

Lectrice française

Ass. jur. Dominik Kretzschmann:

German Lecturer

Deutscher Lektor

Lecteur allemand

Ass. jur Michael Schonger:

*German Lecturer
Deutscher Lektor
Lecteur allemand*

Ass. jur Regina Henning:

*German Lecturer
Deutsche Lektorin
Lectrice allemande*

Anna Buchwald:

*German Lecturer
Deutsche Lektorin
Lectrice allemande*

Ass. jur. Henning Thomas:

*German Lecturer
Deutscher Lektor
Lecteur allemand*

Natalie Detsauer:

*German Lecturer
Deutsche Lektorin
Lectrice allemande*

Dr. Andreas Neef, LL.M., M.A. :

*Lecturer for German Law of the DAAD
DAAD-Fachlektor für Deutsches Recht
Lecteur de droit allemand du DAAD*

David Wolfmeyer, LL.M.:

German Lecturer

Deutscher Lektor

Lecteur allemand

Dr. Ulrich Ernst, mgr (Poznań):

Lecturer for German Law of the DAAD

DAAD-Fachlektor für Deutsches Recht

Lecteur de droit allemand du DAAD

Gyivicsán Andrea:

Coordinator of the Institute

Koordinatorin des Instituts

Coordinatrice de l'Institut

Pusztai Izabella:

Coordinator of the Institute

Koordinatorin des Instituts

Coordinatrice de l'Institut

Deák Krisztina:

Coordinator of the Institute

Koordinatorin des Instituts

Coordinatrice de l'Institut

Tatai Ágnes:

Coordinator of the Institute

Koordinatorin des Instituts

Coordinatrice de l'Institut

Srankó Orsolya:

Coordinator of the Institute

Koordinatorin des Instituts

Coordinatrice de l'Institut

Lele Gabriella:

Coordinator of the Institute

Koordinatorin des Instituts

Coordinatrice de l'Institut

Dr. Radics Olivia:

PhD student

Doktorandin

Doctorante

Dr. Volford Anita:

PhD student

Doktorandin

Doctorante

Dr. Lele Ágnes Zsófia:

PhD student

Doktorandin

Doctorante

Dr. Németh László:

PhD student

Doktorand

Doctorant

Dr. Hajdú Dóra:

PhD student

Doktorandin

Doctorante

Dr. Márton Csirik:

PhD student

Doktorandin

Doctorant

Die Konferenz „International Conference for the 10th Anniversary of the Institute of Comparative Law“ hat am 24. Mai 2013 in Szeged stattgefunden. Im Rahmen der viersprachigen Konferenz haben mehr als dreißig Teilnehmer ihre Forschungsergebnisse präsentiert.

Der Essay von Zoltán Péteri blickt auf die Disziplin aus der Perspektive der Wissenschaftsgeschichte. Katalin Kelemen und Balázs Fekete gehen in ihrem Aufsatz der Frage nach, welchen Weg die Versuche der Klassifikation der Rechtssysteme von Osteuropa in der späten Phase der Umbrüche der 1980/90er Jahren genommen haben. Die historische Betrachtungsweise mit Bezug auf Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung spiegelt sich auch in anderen Essays wider, vor allem in den Aufsätzen von Szilvia Bató, Magdolna Gedeon und Béla Szabó P. sowie auch in den Aufsätzen von Péter Mezei und Tünde Szűcs. Attila Badó analysiert die Rechtsvergleichung aus der Sicht des Rechts, der Soziologie und der Politikwissenschaft anhand von Untersuchungen über das Sanktionsystem der Richter in den USA. Diese politikwissenschaftliche Seite wird auch in den Aufsätzen über die aktuellen Fragen der europäischen Integration von Carine Guemar und Laureline Congnard betont. Eine Reihe von Aufsätzen behandeln die konventionelle normative Komparatistik auf dem Gebiet des Verfassungsrechts (Jordane Arletta und Péter Kruzlicz), Gesellschaftsrechts (Kitti Bakos-Kovács), Urheberrechts (Dóra Hajdú) und Steuerrechts (Judit Jacsó). Daneben bilden eine weitere Gruppe die Aufsätze von János Bóka und Erzsébet Csatlós, die die Verwendung der vergleichenden Methode in der Praxis der Rechtsprechung untersuchen.

Die Rechtsvergleichung ist eine sich dynamisch entwickelnde Disziplin. Die Konferenz und dieser Band dienen nicht nur der Würdigung der bisherigen Arbeit des Instituts für Rechtsvergleichung, sondern zeigen gleichzeitig neue Ziele auf. Die wichtigsten Grundsätze bleiben aber fest verankert auch in einem sich stets verändernden rechtlichen und geistigen Umfeld. Das Motto des Instituts lautet „instruere et docere omnes qui edoceri desiderant“ – „alle lehren, die lernen wollen.“ Auch in den folgenden Jahrzehnten werden uns der Wille des Lernens und Lehrens, die Freiheit der Forschung sowie die Übertragung und Weiterentwicklung der ungarischen wie globalen Rechtskultur leiten.

ISSN 2199-9686
ISBN 978-3-86956-308-4

