



Badó Attila | Detlev W. Belling (Hrsg.)

Rechtsentwicklungen aus europäischer Perspektive im 21. Jahrhundert

European perspectives on legal developments
in the 21st Century

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 2

Badó Attila | Detlev W. Belling (Hrsg.)

**Rechtsentwicklungen
aus europäischer Perspektive
im 21. Jahrhundert**

European Perspectives
on Legal Developments in the 21st Century

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

Umschlagfoto: Karla Fritze, Universität Potsdam

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

Druck: docupoint GmbH Magdeburg

ISBN 978-3-86956-309-1

Zugleich online veröffentlicht

auf dem Publikationsserver der Universität Potsdam:

URN [urn:nbn:de:kobv:517-opus-72260](https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:kobv:517-opus-72260)

<http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:kobv:517-opus-72260>

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	7
Die Versuche zur Reform des ungarischen Justizwesens nach der Systemwende. Gerichtsebenen und zentrale Verwaltung <i>Attila Badó</i>	11
Die Wirkung der Grundrechte und Grundfreiheiten zwischen Privaten <i>Detlev W. Belling, Antje Herold, Marek Kneis</i>	53
Comparative Perspectives on Plea Bargaining in Germany and the U.S.A. <i>Samantha Joy Cheesman</i>	113
Hungarian Legislation on Climate Protection <i>Erika Farkas Csamangó</i>	153
The History of the Hungarian Social Security System <i>Alex Ember</i>	165
Hungarian Rules of the Liability for Game Damage <i>Péter István Hegyes</i>	191
Was ist mit Vale nach dem Urteil des EuGH geschehen? Die Operation war gelungen, der Patient ist aber gestorben... <i>Csongor István Nagy</i>	207
Regeln des Besitzschutzes im ungarischen Privatrecht des 19. Jahrhunderts <i>Mária Homoki-Nagy</i>	215
The Future of Hungarian Legal Training and Profession within the European Union <i>Zsolt Nagy</i>	233

Rechtspersönlichkeit – Übertragung der Haftung und Durchgriffshaftung in Ungarn <i>Tekla Papp</i>	245
Das Verhältnis zwischen Unionsbürgerschaft und Staatsangehörigkeit der Mitgliedstaaten <i>Imola Schiffner</i>	263
The Practice of Leading Cases in the Hungarian High Court (Curia), with Special Attention to the Civil Procedure Act of 1911 <i>Norbert Varga</i>	281

Vorwort

Zwischen den Juristischen Fakultäten der Universität Szeged und der Universität Potsdam besteht seit etlichen Jahren eine fruchtbare Kooperation in der Lehre. Die Deutsche Rechtsschule an der Universität Szeged ist ein gedeihender Spross beider Fakultäten. Durch sie entwickelt sich allmählich eine wissenschaftliche Zusammenarbeit. Gemeinsame Konferenzen und Publikationen sind dafür ein Beweis. In der Zeitschrift „Acta Universitatis Szegediensis, Forvm, Acta Juridica et Politica“ wurden eine Reihe von Beiträgen zum deutschen Recht in ungarischer und in deutscher Sprache publiziert. Auch der vorliegende Band dokumentiert einen Erfolg dieser Zusammenarbeit. „Rechtsentwicklungen aus europäischer Perspektive im 21. Jahrhundert“ kennzeichnen das Engagement der ungarischen und der deutschen Juristen sowie die gemeinsamen Werte, welche der europäischen Rechtsentwicklung im 21. Jahrhundert zugrunde liegen und die Dogmatik der verschiedenen Rechtsgebiete verknüpfen. Die einzelnen Beiträge legen dabei Zeugnis ab von der ganzen Breite der Interessen der ungarischen und deutschen Juristen.

„Von den Pfeilen der Ungarn befreie uns, Herr!“ (*„A sagittis Hungarorum, libera nos Domine“!*) fügten die Deutschen vor über eintausend Jahren dem Vaterunser an. Damals hinterließen die auf ihren Pferden her- anstürmenden todesmutigen Magyaren bei den Deutschen Furcht und Schrecken, schweißten sie aber zur Nation zusammen. *Tempi passati!* Wir hoffen, dass dieser Band für seine deutschsprachigen Leser Anlass zur Freude bietet. Wem er nicht gefällt, sollte Kritik üben. Sie wird uns nicht betrüben: Denn Rezensionen sind bei weitem noch keine Gottesurteile (Georg Christoph Lichtenberg).

Das Schicksal einer Schriftenreihe entscheidet sich nicht mit der ersten Ausgabe, sondern danach, ob die Kraft auch für weitere Ausgaben reicht. Nur dann sind genug Entschlossenheit und Tatkraft vorhanden. Die Szegediner Kollegen sind stolz darauf, dass sie an der neuen Schriftenreihe in Potsdam mitwirken konnten. Stellvertretend möchten wir deshalb der Leitung der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam, den Herausgebern der Reihe und ihren Potsdamer Kollegen unseren besonderen Dank dafür aussprechen, dass sie das Erscheinen dieses Bandes ermöglicht haben.

Von Hermann Hesse wissen wir: Und jedem Anfang wohnt ein Zauber inne. Mag unsere neue Schriftenreihe Acta Iuridica Universitatis Potsdamiensis – auch mit den nachfolgenden Ausgaben – den Leser bezaubern.

Vorwort der Herausgeber



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*

Die Versuche zur Reform des ungarischen Justizwesens nach der Systemwende. Gerichtsebenen und zentrale Verwaltung¹

Attila Badó
Professor Universität Szeged

Seit den freien Wahlen 1990, die mehr als vierzig Jahre Einparteiensystem abschlossen, gingen es die regierenden ungarischen Parteien bereits mehrmals an, das Justizwesen umzugestalten. Die offiziellen Gründe für die Umgestaltungen waren - neben den schwierigen Arbeitsbedingungen und der Erhöhung der Effizienz - die Schaffung der aus dem Blickwinkel eines rechtsstaatlichen Justizwesens entsprechenden Rahmenbedingungen. Allerdings darf man auch das die Reformen prägende parteipolitische Umfeld nicht vergessen, das die Reformbemühungen - unabhängig von den oben genannten Zielen - gemäß der Weltanschauung der jeweils vorherrschenden Parteien und ihren Interessen ungünstig beeinflusste.

Regierungen wagen sich nur selten an umfassende Justizreformen. Veränderungen dieser Art werden in stabilen, ausgereiften demokratischen Rechtssystemen im Allgemeinen von einer großen gesellschaftlichen Unzufriedenheit im Zusammenhang mit der Justiz ausgelöst, deren Verlauf regelmäßig durch ein mit einem skandalösen Misserfolg endenden Strafverfahren beschleunigt wird. In den Ländern der Europäischen Union finden wir zahlreiche Beispiele solcher Umgestaltungen. Anders war die Lage in den sich demokratisierenden Ländern des ehemaligen sozialistischen Blocks, wo sich ein stärkeres oder schwächeres Bedürfnis nach „Umwälzung“ des Justizsystems und der Auswechslung der Richter zeigte. Verfestigte Strukturen, verfestigte Praktiken und Angewohnheiten zu ändern, ist auf jedem Gebiet schwierig. Das Justizwesen ist jedoch insofern besonders, dass sich hier jede Veränderungsabsicht mit den spezifischen inneren Gesetzmäßigkeiten einer überragend wichtigen Staatsgewalt, dem Selbstgefühl und dem Widerstand der Akteure und deshalb mit der oft unvorhersehbaren Wirkung der Reform auseinandersetzen muss. Organisatorische Reformen kann man mit einem Gesetz verwirklichen

¹ Übersetzt von Ass. jur. Daniel Pöschl, Kiskőrös.

und mit neuen Gesetzen kann man die Rechtsprechung beeinflussen. Die Methoden der Rechtsauslegung oder die Jahrhunderte überdauernden Rechtsprinzipien kann man dagegen unmöglich durch Befehl, mit einem gesetzgeberischen Akt, ändern. Die Diktaturen sind in dieser Hinsicht in einer günstigeren Position. Die Angst vor offener Retorsion lenkt das Denken der meisten Richter in die „richtige“ Richtung und die auf ihrem Platz verbleibenden legen die Rechtsnormen nach einiger Zeit den Interessen der Machthaber entsprechend aus. In demokratischen Rechtsstaaten jedoch können sich die Vertreter der anderen beiden traditionellen Staatsgewalten eigentlich nur an der Änderung der Rechtsnormen versuchen, deren für sie regelmäßig unvorteilhafte richterliche Auslegung sie ohnmächtig und mit möglichst unbewegter Mimik mitansehen müssen. Diese Situation muss in einem Land, in dem sich die Legislative und die Exekutive in Folge der Systemwende grundlegend erneuert, während die Judikative von den Veränderungen kaum unmittelbar betroffen ist, exponentiell zu Spannungen führen.

Die Veränderung der personellen Zusammensetzung des Justizwesens ist stets problematischer als die Auswechslung der politischen Akteure, soweit ein solcher gesellschaftlicher und später daraus resultierender politischer Anspruch entsteht. Nach dem Zweiten Weltkrieg verursachten die nach der kommunistischen Machtübernahme einsetzenden massenhaften Personenwechsel dem ungarischen Justizwesen außerordentlich große Probleme. Das oft vollständige Fehlen von Sachverstand konnte schwer durch das für die Machthaber wichtigere „Klassenbewusstsein“ ersetzt werden. In einer antidemokratischen Gesellschaft gilt die Vielzahl falscher richterlicher Entscheidungen neben den sonstigen Problemen als beinahe nebensächlich, während sich ein Land, das eine demokratische Umgestaltung durchläuft und die staatsbürgerlichen Rechte erweitern möchte, nicht erlauben kann, die im vergangenen System sozialisierten, aber qualifizierten Fachleute durch fachlich unqualifizierte Richter zu ersetzen. Dies gefährdet nämlich auch eines der als grundlegend erachteten Inhaltselemente der Rechtsstaatlichkeit, die Rechtssicherheit. Die Forderung, Richter zu entfernen, die in Ungarn früher auch innerhalb eines nicht rechtsstaatlichen Rahmens gearbeitet hatten, wurde nicht lediglich in der Zeit nach der Systemwende laut, sondern erscheint bis heute wahrnehmbar, obgleich verhehlt, im politischen Diskurs. Wegen des friedlichen Charakters der Systemwende schien es lange so, dass sich das Justizwesen ohne bedeutendere strukturelle Veränderungen und Personenwechsel an den rechtsstaatlichen Rahmen anpasst.

Zwar erhoben sich von Anfang an sich auf einen konsequenten Personenwechsel beziehende Forderungen, diese erhoben sich aber nie auf der Ebene des politischen Handelns. Wie wir sehen werden, trat auch ohne eine solche Absicht eine eigenartige und teilweise Auswechslung der Richter- und Staatsanwaltschaft ein, welche eine gewisse Krise des Justizwesens nach der Systemwende zur Folge hatte. All dies geschah aber auf spontane und sporadische Weise und war den zwangsläufigen Veränderungen nach der Systemwende zu verdanken.

Im Folgenden versuchen wir die das Justizwesen betreffenden Reformversuche von mehr als zwei der Systemwende folgenden Jahrzehnte darzustellen. Insbesondere mit zwei entscheidenden Reformen befassen wir uns detaillierter, die die Diskussionen unserer Tage auch für jene verständlicher machen, die lediglich bezüglich der letzten, weltweites Interesse erregenden Reform über mehr oder weniger Informationen verfügen. Schwerpunktartig beschäftigen wir uns mit dem umfassendsten Reformversuch von 1997, der gleichzeitig mehrere Elemente des Justizwesens zu verändern beabsichtigte.

I. Das politische Umfeld der Umgestaltung des Justizwesens

Die ungarische Systemwende stellte den Gerichten neue Aufgaben. Die hermetische Abriegelung der Gesellschaft von der Außenwelt, die starke Einschränkung der Marktwirtschaft und gleichzeitig der Staatsbürgerrechte, produzierte eine verhältnismäßig geringe Anzahl an Straf- und Zivilsachen und erträgliche Verfahrensmengen im Verhältnis zur gegebenen Beschaffenheit der Gerichte. Trotz des Personalmangels, der die ganze Zeit des Sozialismus begleitete, gerieten die Gerichte niemals an den Rand des Zusammenbruchs. Nach 1989 änderte sich dies beinahe von einem Augenblick auf den anderen, indem plötzlich tausende von Firmen gegründet wurden, die innerhalb kurzer Zeit Unmengen an Prozessen produzierten, und die Kriminalität nach der symbolischen und tatsächlichen Grenzöffnung, sowie infolge der plötzlichen Verarmung, die wesentliche gesellschaftliche Gruppen betraf, radikal zunahm. Unter solchen Umständen, neben der vorübergehenden Abnahme der Leistungsfähigkeit der Wirtschaft und den immer neuen auf Sparmaßnahmen drängenden Botschaften der Weltbank, erschienen die Chancen einer umfassenden Reform angesichts der finanziellen Möglichkeiten nicht als sehr wahrscheinlich.

Trotzdem unternahmen die sich abwechselnden Regierungen regelmäßig Versuche zur Veränderung des Zustands des Justizwesens. In der Zeit des Parteienstaates war das Justizministerium das „leitende Zentrum“ des Justizwesens, das von der Verwaltung der Gerichte bis hin zur Lenkung der Rechtsprechung über breit gefächerte Befugnisse verfügte. Als Erbe dessen bewahrte sich das Ministerium, mit immer geringeren Kompetenzen, bis 1997 ganz erheblichen Einfluss auf dieses als eigenständige Staatsgewalt betrachtete Gebiet. So ist es kein Zufall, dass das Ministerium bei der Ergründung der Probleme, die sich im Justizwesen bemerkbar machten, und der Erarbeitung eines Heilmittels, eine führende Rolle spielte.

1.1. Die Zeit des Reformsozialismus

Schon vor der Systemwende setzte das Nachdenken über die Reform des Justizwesens ein. Nach Meinung Vieler war die Zeit für die Überprüfung der 1972 durchgeführten Justizreform zu diesem Zeitpunkt reif. Die politischen Veränderungen beschleunigten all dies natürlich und bewegten die Politiker zur Formulierung neuer Anforderungen.

Die Regierung, die den Prozess der Systemwende leitete und Justizminister Kulcsár Kálmán persönlich, waren gezwungen sich mit vielschichtigen, das Justizwesen betreffenden Problemen auseinanderzusetzen. Die richterliche Überprüfung von Verwaltungsentscheidungen war ungelöst. Das aufmerksame Verfolgen und konsequente Anwenden der im Zuge der Erweiterung der Marktwirtschaft zunehmenden Rechtsvorschriften und Sachtypen verursachte bei den Gerichten immer größere Probleme. Prozesse verzögerten sich, die Richter waren überlastet, unterbezahlt und die Anzahl jener, die ihre Laufbahn beendeten, war bedeutend. Das Ministerium unter Leitung von Kulcsár konnte mit diesen Problemen mangels finanzieller Mittel und, mehr noch, mangels Zeit nicht so recht etwas anfangen. Die bevorstehenden Wahlen grenzten die Möglichkeiten ein. Als größte Leistung Kulcsárs sind die Leitung der Gesetzgebungsprozesse der Übergangszeit und die Durchführung der Verfassungsänderung anzusehen. Zwar präsentierte der Minister zahlreiche Vorstellungen bezüglich des Justizwesens, die einige Jahre später verwirklicht wurden oder zumindest auf der Ebene von Reformvorstellungen eines Ministers auftauchten. Zu deren Durchsetzung blieb indes keine Zeit. Kulcsár Kálmán nahm zu der vierstufigen Gerichtsorganisation Stellung und hielt die Auflösung der Sondergerichte für notwendig. Auf dem Gebiet des Prozessrechts strebte er die Erhöhung der staatsbürger-

lichen Garantien an und äußerte ebenfalls, dass die Leitung der Gerichte anstatt in die Hände des Ministeriums in die eines richterlichen Gremiums gegeben werden müsse.²

1.2. Die Entwicklungen der ersten vier, auf die freien Wahlen folgenden Jahre (1990–94)

Bei den Wahlen 1990 gewannen rechtsgerichtete Gruppierungen die Oberhand.³ Die MDF geführte Regierungskoalition übernahm ein mit Rückständen kämpfendes, unter wachsenden Lasten leidendes, immer langsames und in einem jämmerlichen infrastrukturellen Zustand befindliches Justizwesen, aus dem die qualifizierten Richter schier flüchteten. Justizminister wurde der Rechtsanwalt Balsai István, der gezwungen war, sich mit diesen Zuständen auseinanderzusetzen. Von wesentlichen organisatorischen Reformen in der vierjährigen Amtsperiode der Antall-Regierung kann man nicht sprechen. Der Grund dafür war einerseits, dass das Ministerium froh war, wenn es die Aufgaben im Zusammenhang mit dem Gesetzgebungsfieber versehen und die täglichen Probleme des Justizwesens handhaben konnte. Andererseits erkannte die Regierung, dass man das brennendste Problem des Justizwesens lösen kann, indem man dem in der Zeit des Sozialismus in seinem Prestige geschädigten Richteramt seine Anziehungskraft wiedergibt. Dazu ist nur ein einziges wirksames Mittel bekannt, die radikale Erhöhung der Richterbezüge (und dazu parallel die Erhöhung der Staatsanwaltsbezüge). In welch schlechten Zustand die ungarische Wirtschaft nach der Systemwende auch geriet, die „Justizlobby“ zeigte sich erfolgreich.

Anderen, ähnliche Ansprüche stellenden Gruppen der Gesellschaft gegenüber gelang es, die sichtliche Anhebung der Gehälter von Richtern und Staatsanwälten zu erreichen. Mit westeuropäischen Augen betrach-

² Kulcsár Kálmán. *A bírósági szervezet fejlesztéséről*. Magyar Jog, 1990, 1., 1–10. (Kulcsár Kálmán, Über die Entwicklung der Gerichtsorganisation. Magyar Jog (Anm. d. Übersetzers: Name der Zeitschrift, übersetzt: ungarisches Recht), 1990, 1., 1–10.)

³ Selbstverständlich war für die deutliche Mehrheit der Gesellschaft zu dieser Zeit überhaupt nicht klar, welche politische Partei auf welcher ideologischen Basis beruht. Für die Wähler war dies ein zweitrangiger Gesichtspunkt, wenn es überhaupt ein Gesichtspunkt war. Bei den Wahlen ging es in Wirklichkeit um die Ablehnung des vorherigen Systems durch Unterstützung der bisherigen Oppositionskräfte. Wer welche oppositionelle Partei wählte, hing fast ausschließlich von der durch die Medien vermittelten Persönlichkeit der Parteivorsitzenden und von ihren menschlichen Äußerungen ab. Nur einer schmalen, politisch bewanderteren Schicht war klar, dass die die meisten Stimmen erlangende MDF konservative Ideale vertritt oder dass die kämpferischere SZDSZ eine auch linksgerichtete Ideale vertretende liberale Partei ist.

tet, sicherten diese Gehälter, die ungarischen Lebensverhältnisse mitberücksichtigend, auch weiterhin nicht den „dem Amt entsprechenden“ Lebenswandel. Wenn wir aber erwähnen, dass ein richterliches Einstiegsgehalt mit dieser Gehaltserhöhung auf ein vielfaches der Gehälter von Ärzten oder Pädagogen anstieg, wird der Unterschied greifbar. Mit dieser Maßnahme gelang es zwar nur teilweise, den Prozess der „Abwanderung“ der Richter zu stoppen, einer Menge Juristen, die ihren Abschluss gerade erst gemacht hatten, machte sie die früher eher nur aus fachlichen Gründen anziehende Laufbahn aber zum Ziel.

Die bedeutende Entwicklung in der Zeit der bis 1994 regierenden Koalitionsregierung war, neben der Verringerung der Verwaltungsbefugnisse des Ministeriums und der Stärkung der Rolle der richterlichen Selbstverwaltungsgremien, der Erlass des Gesetzes über die richterliche Überprüfung von Verwaltungsentscheidungen. Die Regierung hatte dieses Gesetz zwar als Übergangslösung bis zur Aufstellung des Verwaltungsgerichts gedacht, diese wurde aber nicht verwirklicht. Als ein wichtiger, in seiner Wirkung bis heute fühlbarer Schritt kann die Umstrukturierung der Kompetenzen der Gerichte angesehen werden, die den örtlichen Gerichten, der untersten Ebene der Gerichtsorganisation, eigentlich neue Lasten auferlegt hatte⁴. Ein ebenfalls bedeutender Schritt war der Erlass des Rechtsanwaltschaftsgesetzes, dessen wesentliches Element die Liberalisierung des Berufsstands war, dabei das System des „Numerus Clausus“ aufhebend.

Das Verhältnis zwischen dem Justizminister und der Richterschaft war trotz der Ordnung der Gehälter nicht ungetrübt. Der Hauptgrund dafür war, dass sich der Minister die Ablösung der gerichtlichen Führungspersonen zum Ziel setzte und auf die Ernennung zahlreicher Komitatsgerichtspräsidenten drängte, die in den richterlichen Gremien nicht genug Stimmen erhalten hatten. Eine unglückliche Äußerung des Ministers, wonach „in Ungarn diejenigen Richter werden, die ich ernenne“, machte ihn im Kreis der Richter ebenfalls nicht besonders populär. Der Konflikt zeigte, dass eine Systemwende durchzuführen und auch die richterliche Unabhängigkeit zu respektieren, selbst im postkommunistischen Umfeld kein einfaches Unterfangen war.

⁴ Das Ziel dessen war, das Oberste Gericht möglichst wenig mit Berufungssachen zu belasten.

1.3. Die Reform der sozialistischen Regierung (1994–98)

Bei den Wahlen 1994 erlitt die rechtsgerichtete Koalition eine Niederlage und die Ungarische Sozialistische Partei gewann die Wahlen mit riesiger Überlegenheit. Die Probleme, die sich aus dem notwendigen Abbau des staatlichen Sektors ergaben, das Erscheinen der früher kaum existierenden Arbeitslosigkeit, die sich aus der Privatisierung ergebenden Skandale und nicht zuletzt die ungeschickten Äußerungen der unerfahrenen Regierung führten zum Sturz der Regierung. Obwohl die Sozialisten auch alleine eine Regierung hätten bilden können, koalierten sie in erster Linie aufgrund von Legitimationsvorteilen mit der über Oppositionsvergangenheit verfügenden Liberalen Partei (SZDSZ). Den Posten des Justizministers erhielt Vastagh Pál, der sich als Dozent der Juristischen Fakultät in Szeged schon vor der Systemwende in das politische Leben eingeschaltet hatte. Vastagh Pál sprach am Anfang seiner Ministerschaft über Reformen großen Umfangs. Ein großer Teil davon existierte bereits in den Plänen des Ministeriums unter Leitung von Kulcsár, es tauchten aber auch zahlreiche neue Gedanken auf. Spürbar war es ihm schon von Anfang an nicht unrecht, dass das Ministerium seine ohnehin schwindenden Befugnisse in Bezug auf die Verwaltung der Gerichte abbaute. Er erklärte, dass er vor allem die Verbesserung der Qualität der Gesetzgebung als primäre Aufgabe des Ministeriums ansah. Dies war seiner Meinung nach auch deshalb an der Zeit, weil das Ministerium im Zuge der Gesetzgebungsarbeit keinerlei ernste Hintergrundarbeit leistete, um die dysfunktionalen Wirkungen einzelner Gesetze zu vermeiden.

Sein anderer großer Plan war die Ersetzung der im Parteienstaat verwurzelten Verfassung durch eine neue, was von vielen verlangt wurde und wozu die riesige sozialistische Mehrheit wirklich eine Chance bot. Er war der Ansicht, dass die schon mehrmals als unaufschiebbar eingestufte Justizreform erst nach der Ausarbeitung der neuen Verfassung an die Reihe kommen könne. Seiner Meinung nach musste die Ausarbeitung der neuen Verfassung den die Gerichte betreffenden Reformen vorausgehen, damit das gegenüber Veränderungen empfindliche Justizwesen nicht durch neue und immer neue Änderungen weiter belastet wird. Seiner Meinung nach mussten nur jene Änderungsmöglichkeiten parallel zur Ausarbeitung der Verfassung in Betracht gezogen werden, die auch unabhängig von der Verfassungsgebung gelöst werden konnten.⁵ Als der Verfassungs-

⁵ *Az igazságügyi miniszter elképzelései.* Birák Lapja, 1994. 3–4., 20–27. (Die Vorstellungen des Justizministeriums, Birák Lapja [Anm. d. Übersetzers: Name der Zeitschrift, übersetzt: Rich-

gebungsprozess allmählich ins Stocken geriet, änderte sich die Strategie,⁶ was letztendlich zu den Reformen von 1997 führte. Am Ende dieser Vier-Jahres-Periode wurde die größte Justizreform in der Zeit nach der Systemwende verwirklicht, die aber wegen der Niederlage der von den Sozialisten geführten Koalition 1998 nur teilweise verwirklicht wurde.

Die Beziehung von Justizminister und Richterschaft war ebenfalls nicht frei von Konflikten. Die Konflikte wurden vor allem durch die Wirtschaftssparmaßnahmen in der Zeit der sozialistischen Regierung geschürt, die auch im Justizwesen die Mäßigung der Gehaltserhöhungen bedeuteten. Die mit dem Namen des damaligen Finanzministers gekennzeichnete, mit der Senkung der Haushaltsausgaben einhergehende Politik zielte auf die Schaffung eines wirtschaftlichen Gleichgewichts. Deshalb kam es zwischen dem Landesrichterrat, der die Interessen der Richter vertritt, und dem die Ziele der Regierung vertretenden Minister notwendigerweise zum Disput. Die Gehälter der Richter und Staatsanwälte folgten zwischen 1994 und 1997 nicht dem Maß der Inflation, was unter den Richtern und Staatsanwälten zu Unzufriedenheit führte. Es kam auch zu einem peinlichen Disput während der Ministerschaft von Vastagh, als eine Studienreise einiger ungarischer Richter nach Amerika von einer Firma gesponsert wurde, die gerade einen Prozess vor Gericht führte. Seine damaligen Befugnisse nutzend, initiierte der Minister das disziplinarische Zur-Verantwortung-Ziehen der Richter. Obwohl offensichtlich wurde, dass die Richter keinerlei Verbindung zu der betreffenden Firma hatten, behauptete der Minister, dass die Richter auch den Anschein der Bestechlichkeit hätten vermeiden müssen. Vastagh beantragte ein Disziplinarverfahren gegenüber 7 Komitatsgerichtspräsidenten, dem Präsidenten des Hauptstädtischen Gerichts und zwei Kollegiumsleitern, der Disziplinarausschuss des Obersten Gerichts teilte den Standpunkt des Ministers jedoch nicht.

II. Die Folgen der Systemwende für das Justizwesen: Die die Reformbemühungen begründenden wichtigsten Probleme

Seit dem Anfang der vierjährigen Regierungsperiode der Koalition, die bei den freien Wahlen 1990 an die Macht kam, konnte man extreme

terblatt], 1994. 3-4., 20-27.)

⁶ Vastagh Pál. *Tovább nem halogatható az igazságszolgáltatás reformja*. Népszabadság, 1996. június 21. (Vastagh Pál, Die Justizreform kann nicht weiter aufgeschoben werden. Népszabadság [Anm. d. Übersetzers: Name eines linksgerichteten Tagesblattes], 21. Juni 1996.)

Meinungen über die Beurteilung des Justizwesens hören, was der Titel eines Zeitungsartikels am besten widerspiegelt: „Der Erfolgssektor bedarf einer Reform.“ Während das Justizwesen in Regierungskreisen von vielen nämlich als Erfolgssektor angesehen wurde, wo es gelang bedeutende Gehaltserhöhungen zu erreichen, sprachen die Betroffenen selbst, die Richter, Staatsanwälte und Rechtsanwälte aber meistens über Zusammenbruch und Krise.

2.1. Strukturelle Probleme, Überlastung, Langsamkeit

Zweifellos stoppte die Ordnung der Richtergehälter einen negativen Prozess im Justizwesen, beruhigte jene ein bisschen, die früher für ein geringes Gehalt gearbeitet hatten, und erhöhte nicht zuletzt die Anziehungskraft der Richterlaufbahn (und der Laufbahn als Staatsanwalt). Andererseits sahen sich die Gerichte, die in der vom vorherigen Regime geerbten Struktur und Arbeitsweise arbeiteten, mit vielen neuen Aufgaben konfrontiert, die sie einfach unfähig waren, anständig zu lösen. Die sich stetig vermehrenden neuen Rechtsvorschriften, die immer weiter ausgreifenden sachlichen Zuständigkeiten und die Erweiterung der richterlichen Überprüfung von Verwaltungsentscheidungen hatten eine schier unerträgliche Arbeitsbelastung und das Aufstauen von Arbeit bei einigen Gerichten zur Folge. 1992 hatte sich die Anzahl der Verfahren, die sich mehr als ein Jahr in die Länge zogen, gegenüber dem vorausgegangenen Jahrzehnt verdreifacht. Zwar überstieg die Anzahl der Richter im Jahr 1994 schon 1900, was im Verhältnis zu den letzten Jahren des Sozialismus um über ein halbes Tausend an neuen Richtern mehr bedeutete, dennoch waren die Richter an den meisten Gerichten aber nicht in der Lage die Arbeitsmenge zu bewältigen. Vergeblicherweise führten viele an, dass dies im Verhältnis zu einem Land von zehn Millionen Einwohnern mehr als ausreichend sei, denn die Richter machten auf die Widersinnigkeit des Vergleichs aufmerksam. „Für das fünfmillionenköpfige Israel genügen 400 Richter, neben denen ernsthaftes Hilfspersonal tätig ist. Der ungarische Richter hat gar kein Hilfspersonal, das in der Lage wäre, juristische Arbeit zu verrichten, ganz zu schweigen von der technischen Ausstattung“, sagten sie. Zudem verursachte der 70 %-ige Frauenanteil, der für die Richterschaft bezeichnend war, weitere Probleme. Mehr als 50 % der Frauen waren obendrein jünger als 30 Jahre, wovon ein bedeutender Teil in Elternzeit war oder zeitweise wegen eines kranken Kindes ausfiel.

Zur Überlastung trug die veraltete Struktur der Gerichte in großem Maß bei. Die Gebietseinteilung der örtlichen Gerichte wurde aufgrund der früheren zentralistischen Bedürfnisse ausgestaltet, über die Zentralisation hinausgehend war darin keinerlei Logik erweislich. Gänzlich subjektive Gesichtspunkte entschieden mit darüber, wo in den Jahrzehnten des Sozialismus über allgemeine sachliche Zuständigkeit verfügende erstinstanzliche Gerichte geschaffen wurden. Da dies mit dem öffentlichen Verwaltungssystem nicht zusammenhing, wurden örtliche Gerichte teils aus finanziellen, teils aus personellen oder anderen Gründen auf zufälliger Basis eingerichtet. Ohne ernsthafte Planung wurden einzelne örtliche Gerichte (insbesondere in der Hauptstadt) zu groß dimensioniert, die bedeutende Führungskapazitäten banden und schier unlenkbar wurden, während bei der Mehrzahl der Gerichte gerade die zu dünne Personaldecke Probleme bereitete. Bei diesen stießen nämlich die fachliche Spezialisierung und die rationelle Arbeitsorganisation auf Schwierigkeiten. (In den örtlichen Zuständigkeitsbereich des zentralen Bezirksgerichts von Pest gehörten und gehören noch heute ca. 900 000 Menschen und 140 Richter, während zu den kleineren örtlichen Gerichten insgesamt 30 000 Einwohner und einige Richter gehörten und immer noch gehören.) Das Problem der zu kleinen Gerichte wollte die Führung der Justiz früher mit weiteren Zusammenlegungen handhaben, was jedoch den Grundsatz des Zugangs zu den Gerichten (access to justice) verletzte.

In der Zeit der Systemwende kehrte sich diese Tendenz um und anstelle von Zusammenlegungen wurden neue örtliche Gerichte gegründet. Dies ging aber nicht mit der sinnvollen Aufteilung der Sachen unter den Gerichtsebenen einher. Es gibt Sachtypen, die ein überdurchschnittlich hohes Maß an fachlicher Qualifikation und Spezialisierung erfordern, was an einem kleinen Gericht, wo 3-4 Richter arbeiten, beinahe unmöglich lösbar ist. Demgegenüber nahm die Anzahl der einfachen, geringes fachliches Wissen beanspruchenden Verfahren seit Anfang der 90er Jahre wegen der Ausdehnung der richterlichen Überprüfung auf Verwaltungsentscheidungen stetig zu. Infolgedessen musste der Richter eines örtlichen Gerichts an einem Tag über ein Kreditgeschäft von einigen tausend Forint, am nächsten Tag hingegen über eine außerordentlich komplizierte Erbsache verhandeln. Zur Handhabung dessen wurde zwar der Gedanke der kommunalen Gerichtsbarkeit von mehreren aufgeworfen, zu einem ernststen Regierungsplan reifte er nie.⁷ Diese Situation verschlechterte die

⁷ Petrik Ferenc. *Tizenöt kérdés és tizenöt válasz a bírósági szervezet reformja köréből*. Magyar Jog, 1990. 1., 11-30. (Petrik Ferenc, Fünfzehn Fragen und fünfzehn Antworten aus dem Kreis der

nicht gänzlich durchdachte, sachliche Zuständigkeiten umgestaltende Maßnahme von Justizminister Balsai im Jahr 1992, die die erstinstanzliche Bearbeitung zahlreicher, früher in den Zuständigkeitsbereich der Komitatsgerichte fallender Rechtssachen auf die örtlichen Gerichte, also auf die unterste Stufe der Gerichtsorganisation, übertrug. Alle Straftaten gegen das Vermögen, so die komplizierten Wirtschaftsstraftaten, Raub, Bandendiebstähle mit vielen Angeklagten und ein bedeutender Teil der Wirtschaftssachen, wurden von da an vor jenen Gerichten eingeleitet, an denen meistens 25- bis 30-jährige, unerfahrene Richter arbeiteten, obendrein praktisch alleine, mit selbstständiger Entscheidungskompetenz. Dies wird dadurch gut veranschaulicht, dass vor den örtlichen Gerichten 1990 3053 Wirtschaftsprozesse eingeleitet wurden, vor den Komitatsgerichten hingegen 30.474, bis 1994 demgegenüber 19.819 Wirtschaftssachen vor den örtlichen Gerichten anhängig waren, vor den Komitatsgerichten dagegen lediglich ein Zehntel der früheren Sachmenge. Noch radikaler war die Veränderung bei den Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Während 1990 die Bearbeitung von 157.316 Sachen vor den örtlichen Gerichten und von 127.221 vor dem Komitatsgerichten im Gange war, stieg diese Zahl vor den örtlichen Gerichten bis 1994 auf 448.138 und sank vor den Komitatsgerichten auf 7.342.⁸ Dies alles hatte zur Folge, dass sich die Lage an den Komitatsgerichten allmählich normalisierte, während die Arbeitsbelastung bei den meisten örtlichen Gerichten und aufgrund der Probleme des Systems der Revision bei dem über eine geringe Personaldecke verfügenden Obersten Gericht stetig anstieg.

Ein besonderes Problem bereitete der an den örtlichen Gerichten in Budapest, darunter insbesondere bei Budapester Gerichten mit der größten Belegschaft, entstandene katastrophale Zustand, den der Präsident eines der Gerichte 1994 in einer mit ihm gefertigten Reportage wie folgt zusammenfasste. „Unsere Lage ist schier unhaltbar. Das Gedränge ist hier so groß, dass schon in den Zimmern der Richter Verhandlungen stattfinden. Wir sind in der glücklichen Lage, dass 3-4 Personen, wenn auch beengt, Platz finden. Wir benötigten dringend neue Leute, aber ich wüsste ganz einfach nicht, wo ich sie unterbringen sollte. Die hier Beschäftigten sind schrecklich überlastet, die Arbeitsbedingungen sind schlecht. Die Menschen gehen von hier fort. Am Gericht herrscht eine riesige Fluktuation...das Justizwesen ist am Rand des Zusammenbruchs...die Mehrheit

Reform der Gerichtsorganisation, Magyar Jog, 1990. 1., 11-30.)

⁸ Horeczky Károly – Ilonczai Zsolt, Die Lage des Justizwesens in Ungarn, Bírak lapja, 1996. 3-4., 243.

der Richter ist jung, sie verfügen nicht über die nötige Routine. Die Sachen hingegen werden immer komplizierter. Früher nahm ein Kindesunterhaltsverfahren lediglich einige Monate in Anspruch, jetzt kann es gar Jahre dauern. Von den Wirtschaftsverfahren ganz zu Schweigen, selbst die Akten der einfacheren Sachen sind bündeldick... jene Altersgruppe, der wir vielleicht am meisten bedürfen, arbeitet bei Wirtschaftsunternehmen und verdient das Vier- bis Fünffache seines früheren Gehalts.“⁹ Zwar stieg die Anzahl der Richter allmählich an, die wachsende Anzahl von Sachen und nicht in letzter Linie die fehlerhafte Struktur ergab ein außerordentliches Ungleichgewicht und zwang die Richter einzelner Gerichte zur Bearbeitung unfassbar vieler Rechtssachen. Infolgedessen schoben die ungarischen Gerichte einen riesigen Sachrückstand vor sich her.

Die Überlastung des Obersten Gerichts, wo man sich neben der Entscheidung von Revisionsanträgen und den Berufungen im Zusammenhang mit den vor den Komitatsgerichten eingeleiteten erstinstanzlichen Verfahren auch mit der Grundsatzsteuerung und der Begutachtung von Gesetzentwürfen beschäftigen musste, nahm ebenfalls zu. 1995 konnten die Richter letztere Tätigkeiten neben den auf einen Richter entfallenden mehr als 180 Rechtssachen nur als zweitrangige Aufgabe versehen.

2.2. Die Probleme der Gerichtsverwaltung

Neben der Überlastung und der daraus resultierenden Langsamkeit bedurfte auch die Frage der externen und inneren Verwaltung der Gerichte der Regelung. Die umfassenden Befugnisse zur Lenkung der Verwaltung und der Rechtsprechung, die das Justizministerium in der Zeit des Sozialismus innehatte, beschränkten sich zum Jahr 1989 lediglich auf die Verwaltung. Auch diese Verwaltungsbefugnisse wurden in der Zeit des Ministeriums unter Balsai erheblich eingeschränkt.¹⁰ Das Justizministerium war jedoch noch immer der zentrale Akteur der externen Verwaltung. Bei der Vorlage des Haushaltsentwurfes, bei Personalentscheidungen und bei der Ausarbeitung von Gesetzentwürfen, die sich auf das Justizwesen beziehen, hatte die vollziehende Gewalt das letzte Wort. Obwohl diese Lösung auch in demokratischen Rechtssystemen angewendet wird (Österreich, Deutschland), entstand der Wunsch auf die volle Selbstverwal-

⁹ *Justitia omladozó csarnokai. A budai bírák és az utolsó pompeji katona.* Népszabadság, 1994. szeptember 23. (Die bröckelnden Hallen von Justitia, Die Richter von Buda und der letzte Soldat vom Pompeji. Népszabadság, 23. September 1994).

¹⁰ Gesetz 1991: LXVII.

tung der Gerichte mit Hinblick auf die schlechten historischen Erinnerungen Ungarns und auf die Anschauung, die eine Garantie eher in der strikten Trennung der Staatsgewalten als in ihrer Verbindung sah. Viele Richter waren der Meinung, dass der Justizminister, der aufgrund seiner Stellung (und im Allgemeinen aufgrund seiner fachlichen Vergangenheit) die wirklichen Probleme des Justizwesens gar nicht verstehen könne, kein Mitspracherecht im Leben der deklariert unabhängigen Staatsgewalt haben solle. Wegen den vorangehend erwähnten Konflikten, die mit den Ernennungen zusammenhingen, ließ all dies die Frage der externen Verwaltung zum aktuellen Problem reifen.

Auf der Ebene der tagtäglichen Arbeit der Gerichte war die Regelung der inneren Verwaltung eine noch brennendere Frage. Die innere Verwaltung der Gerichte wurde im Allgemeinen von Geschäftsordnungen auf Komitatsebene geregelt, die erhebliche Unterschiede aufwiesen. Dies verursachte in vielen Fragen partikuläre Unterschiede und Probleme, angefangen bei der Verwendung der Haushaltsmittel, über die Regelung der Frage der Heimarbeit von Richtern bis hin zur Verteilung der Sachen unter den Richtern. Unter diesen herausragend ist die Frage des Signierens, dessen System, der Meinung vieler nach, die Verletzung der richterlichen Unabhängigkeit in sich barg. Die Bedeutung der Angelegenheit veranschaulicht, dass sich auch die politischen Parteien mit der Frage des Automatismus beschäftigten und auch die Ungarische Richtervereinigung der Notwendigkeit der Änderung beipflichtete.¹¹

Die Verteilung der Rechtssachen folgt nämlich nicht nach einem Automatismus, sondern - an den meisten Stellen bis heute - durch Entscheidung der mit der Aufgabe des Signierens betrauten Personen. Das Signieren der eingehenden Sachen führen die Gerichtspräsidenten, beziehungsweise ihre Vertreter oder eine damit betraute Person aus. Dieses System birgt sehr erhebliche Ungleichheiten in sich. Erfahrungsgemäß werden bei den über viel Personal verfügenden örtlichen Gerichten kompliziertere Sachen bevorzugt denen zugewiesen, die ihre Arbeitsbelastbarkeit unter Beweis gestellt haben, während andere sich nur mit bestimmten, als einfacher bewerteten Sachen beschäftigen. Diese Situation drängte auf jeden Fall auf eine Reform, denn über die zwischen den einzelnen Richtern entstehende Ungleichheit hinaus birgt dies theoretisch auch die Möglichkeit, dass bei der Verteilung politische Aspekte mitspielen kön-

¹¹ Ilonczai Zsolt. *Vezetők nélkül automatikusan: Az automatikus szignálás és a bírósági vezetők megváltozott szerepe*. Bírák Lapja, 1994. 2., 109-118. (Ilonczai Zsolt, Automatisch ohne Führungspersonen: Das automatische Zuweisen von Rechtssachen an Richter und die veränderte Rolle der gerichtlichen Führungspersonen, Bírák lapja, 1994. 2., 109-118.).

nen.¹² Dass sich die Situation trotz ausdrücklichen politischen Anspruchs und der Anstrengungen des Landesjustizrats bis heute kaum geändert hat, veranschaulicht die praktischen Schwierigkeiten des Problems.

2.3. Veraltete Rechtsvorschriften

Die sich beinahe täglich ändernden Rechtsvorschriften bürdeten den Richtern erhebliche Mehrarbeit auf. Die Flickerei der Kodexe konnte neben solch radikalen Veränderungen der gesellschaftlichen Verhältnisse nur zur Lösung der brennendsten Probleme taugen. Der Erlass von übergreifenden, in demokratischem Rahmen zustande gekommenen Kodexen ließ jedoch auf sich warten. Besonders hervorzuheben ist, dass das Prozessrecht unter vielen Aspekten veraltet war. Die parteistaatliche Vergangenheit hinterließ zahlreiche prozessrechtliche Anomalien im Zivil- wie auch im Strafprozessrecht, die einerseits die „untergeordnete“ Rolle der Staatsbürger gegenüber dem Justizwesen weiter aufrecht erhielten, andererseits hingegen das Verlangsamen der Prozesse ermöglichten. Teils waren Verfahrensgarantien nicht vorhanden, teils waren sie äußerst überflüssig und „garantierten“ lediglich die Verzögerung des Prozesses. Einfach zu beurteilende Zivilprozesse konnten mit Beweisanträgen, Zustellungstricks und unbegründeten Fristverlängerungsanträgen verzögert werden. Probleme gab es außerdem bei der Vollstreckung, die in Ungarn sehr negative Tendenzen zur Selbstjustiz auslöste.

Abschließend sei ein Rechtsanwalt zitiert, der eine kompakte Zusammenfassung über das ungarische Justizwesen gibt und in seinem 1995 erschienenen Artikel (die gerade mit einer Gehaltsforderung auftretenden Richter und Staatsanwälte unterstützend) wie folgt formulierte: „Überlastete, schlecht bezahlte, negativ ausgelesene Gerichte, sich verzögernde Prozesse, mit jahrelanger Verspätung erlassene Urteile, die zudem nicht vollstreckbar sind: dies bezeichnen wir heute in Ungarn als Justizwesen... Ich erhebe mein Wort nicht zum ersten Mal in dieser Angelegenheit. Ich fühle jedoch, dass die letzte Stunde geschlagen hat. Die Einleitung der Reformen duldet keinen Aufschub mehr. Wenn wir gestern damit angefangen hätten, wäre auch dies zu spät gewesen.“¹³

¹² Das Regierungsprogramm von MSZP – SZDSZ enthielt übrigens ausdrücklich die Absicht, das Verfahren des Signierens zu ändern.

¹³ Nehéz-Posony István. *A széteső igazságszolgáltatás*. Magyar Hírlap, 1995. július 15. (Nehéz-Posony István. Das zerfallende Justizwesen, Magyar Hírlap (Anm. des Übersetzers: Zu der Zeit liberal orientierte Tageszeitung), 15. Juli 1995).

III. Reformvorschläge

Als Reaktion auf die in den auf die Systemwende folgenden Jahren angehäuften Probleme konnte man in den Fachzeitschriften beziehungsweise auf verschiedenen juristischen Foren über zahlreiche konkrete Ideen lesen. Es entstanden zwei übergreifende, die Meinung bedeutenderer juristischer Gruppierungen synthetisierende Reformvorschläge, die die Gesetzgebung sichtlich beeinflussten.

3.1. Das Reformkonzept der Ungarischen Richtervereinigung¹⁴

„Die Ungarische Richtervereinigung hat schon bei ihrer ersten Landesversammlung die Erforderlichkeit einer umfassenden Reform zum Ausdruck gebracht. Es wurde dargelegt, dass die gesamte richterliche Organisation, sowie die Rechtsstellung der Richter, so die entsprechende Gewährleistung der richterlichen Unabhängigkeit, einer grundlegenden und alle Punkte, die die Funktion des Systems betreffen, berührenden Reform bedurfte. Ihre Forderung führten sie auch ausführlich aus. Deren wichtigste Elemente sind folgende:

I. STATUS DER RICHTER

- 1. Die Änderung der Voraussetzungen der Erlangung des Richteramts. Die Anhebung der Praktikumszeit auf 3 Jahre unter Änderung des bestehenden Fachprüfungssystems. Je ein halbes Jahr dieser Praktikumszeit soll der Gerichtsreferendar bei der Staatsanwaltschaft und in einer Rechtsanwaltskanzlei absolvieren. Nach dem Ablegen der Fachprüfung sind zur Ernennung als Richter mindestens 2-3 Jahre als Gerichtsssekretär erforderlich. Zur Aus- und Weiterbildung der Richter muss ein Ausbildungszentrum geschaffen werden. Bei der Besetzung jeder Richterstelle ist die Einführung des Bewerbungssystems erforderlich.*
- 2. Die finanzielle Situation der Richter. Das System der Beförderungen bedarf unter Berücksichtigung der verlängerten Referendarszeit der Änderung. Mit der Anhebung der Richterzulage und sonstigen Zuwendungen und Vergünstigungen muss erreicht werden, dass das finale Ziel der juristischen Karriere die Erlangung des Richteramtes*

¹⁴ Der Text des Reformkonzepts mit dem Titel „die aktuellen Aufgaben der weiteren Reform des Justizwesens“ wurde modifiziert durch die in der Ausschusssitzung der Ungarischen Richtervereinigung am 27. Juni 1994 verlauteten Anmerkungen in der 3-4. Ausgabe 1994 des Birák Lapja veröffentlicht.

sei. Die Schaffung eines vom allgemeinen abweichenden Rentensystems für Richter.

3. *Es ist erwünscht, dass die Rechtsstellung und das Dienstverhältnis der Richter durch ein gesondertes Gesetz ohne Verweisungen auf andere Rechtsvorschriften geregelt werden. Das Richteramt soll bei Erreichen eines bestimmten Alters enden. Es muss ein Kontrollsystem geschaffen werden, das zur objektiven Untersuchung der Sachen auf ihre Aktualität hin geeignet ist. Die Sicherung der Heimarbeitsvergünstigung als subjektives Recht.*
4. *Die Probleme, die sich aus der Überlastung ergeben, sind nicht nur mit dem Aufstocken der Richterstellen, sondern auch durch das Zur-Verfügung-Stellen von entsprechendem Hilfspersonal zu lösen.*

II. DIE AKTUALISIERUNG DER PROZESSVORSCHRIFTEN

Die gegenwärtigen Prozessvorschriften entsprechen – in erster Linie in ihren Anschauungen – nicht mehr in jeglicher Hinsicht den Ansprüchen der Aktualität und tragen in großem Maß zur Überlastung der Gerichte und der Verzögerung der Sachen bei.

III. DIE ORGANISATION DES JUSTIZWESENS

1. Externe Verwaltung

Das gegenwärtige System befriedigt die Anforderungen der Rechtsstaatlichkeit, kann heute aber noch nicht als endgültig angesehen werden. Die Richtungen der Veränderung können auf folgende Weise prognostiziert werden:

- a) *Weiterentwicklung des gegenwärtig funktionierenden Systems. Alle die Gerichte betreffenden Verwaltungsaufgaben sollen von einem Gerichtsamt innerhalb des Justizministeriums versehen werden. Die Befugnisse des Justizministers müssen in Richtung eines Aufsichtsrechts gewandelt werden. Die Zusammensetzung des Landesrichterrats und seine Kompetenzen müssen überprüft und in Richtung höherer Effizienz gewandelt werden.*
- b) *Einführung einer vollumfänglichen richterlichen Selbstverwaltung. Nach dieser Auffassung würde die Verwaltung der Gerichte von einem Gremium (Justizrat) versehen, das von der Exekutive organisatorisch völlig unabhängig ist. Die Mehrzahl der Mitglieder des etwa 20–25-köpfigen Gremiums würden die Richter aus ihren Reihen wählen, einzelne Mitglieder würde das Parla-*

ment unter hochangesehenen Juristen wählen und ein Vertreter der Exekutive würde auch darin mitwirken. Das Gremium würde vom Präsidenten des Obersten Gerichts geleitet. Das Gerichtsamt würde diesem Gremium untergeordnet arbeiten. Die vorangehend geschilderte Konzeption wäre im Wesentlichen dem in der spanischen, portugiesischen und italienischen Praxis entstandenen Institutionensystem ähnlich.

- c) Unabhängig davon, in welche Richtung die ungarische Entwicklung geht, erscheint es als notwendig, dass auch der regionale Haushalt der regionalen Gerichte ein selbstständiges Kapitel im Haushalt bilden soll, indem darin alle Einnahmen und Ausgaben im Zusammenhang mit den Gerichten erscheinen.*

2. Die innere Verwaltung

- a) Die wichtigsten Fragen müssen durch Gesetz geregelt werden. Die parallele Regelung durch Ministerialverordnungen und durch die Geschäftsordnungen auf Komitats Ebene hat eine unübersichtliche Situation zur Folge und führt zur Entstehung von partikulären Verwaltungssystemen. In einigen Komitaten gelten Geschäftsordnungen von einigen Seiten, aber es gibt Komitate, in denen organisatorische Geschäftsordnungen von mehr als einem halben tausend Seiten verabschiedet wurden, die inhaltlich erhebliche Unterschiede aufweisen.*
- b) Das gegenwärtige System der örtlichen Verwendung von Haushaltsmitteln und die gegenwärtige Weise der Verteilung der Haushaltsvorgaben erfordern eine vollumfängliche Überprüfung. Die gegenwärtige Situation verdeutlicht auch die zwangsweise Umschichtung von Gehaltssparnissen einzelner Komitatsgerichte an andere Gerichte.*

3. Gerichtliches Instanzensystem

- a) Trotz der bekannt knappen finanziellen und personellen Voraussetzungen besteht die Möglichkeit der Einführung eines vierstufigen Instanzensystems, vorerst durch die Schaffung eines Landestafelgerichts in Budapest. Die doppelte (Berufungs- und Revisions-) Funktion des Obersten Gerichts muss in möglichst kurzer Zeit aufgelöst werden.*
- b) Das gesamte System der Gründung und des Betriebs der örtlichen Gerichte muss neu überdacht werden und die nicht überlebensfähigen Gerichte mit nur einigen Beschäftigten müssen alsbald aufge-*

löst werden. Gleichzeitig stellt sich auch die Frage der strukturellen Aufspaltung der in der Hauptstadt betriebenen erstinstanzlichen Gerichte mit äußerst großer Personalstärke.

- c) Die Weiterentwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, die schon etwa 90 % der Verwaltungssachen berührt und annähernd 100 Richter beschäftigt.*
- 4. Die materiellen und technischen Voraussetzungen der Rechtsprechung*
 - a) Die Renovierung der Gebäude, die nicht in entsprechendem Zustand sind, muss fortgesetzt werden, wo dies aber nicht wirtschaftlich ist, muss der Bau neuer, den sachgerechten Anforderungen entsprechender Gebäude veranlasst werden.*
 - b) Die Arbeitsbedingungen der Budapester Gerichte müssen dringend überprüft werden und zur Lösung der Probleme müssen umgehend Schritte eingeleitet werden.*
 - c) Die Entwicklung der Computertechnik muss fortgesetzt werden, damit die Verwendung von Textverarbeitungsgeräten generell gebräuchlich wird und die Computersysteme der Gerichte an das zentrale Register für Rechtsvorschriften angeschlossen werden können.*

IV. FORTSETZUNG DER REFORMEN

- 1. Zur Koordinierung der mehrere Teilbereiche betreffenden Arbeit, die auf die Reform des Justizwesens als Ganzes abzielt, muss eine verantwortliche Institution und Person ernannt werden.*
- 2. Zur Ausarbeitung der von der Reform betroffenen Themen müssen in erster Linie bereits bestehende Kommissionen (z. B. die Verfahrensrechte) beziehungsweise Arbeitsgruppen betraut werden.*
- 3. Das Herausarbeiten der Reformvorstellungen ist seinem Wesen nach eine gesetztesvorbereitende Arbeit, denn in diesem Rahmen ist die umfassende Überprüfung und wesentliche Änderung oder Neugestaltung der Verfassung, des Gesetzes über die Gerichte und der Verfahrensgesetze unumgänglich. Die im Justizwesen anzuwendenden wichtigsten materiellen Rechtsvorschriften müssen neu gestaltet werden.*
- 4. Die umfassende Justizreform muss parallel zum gegenwärtig laufenden Prozess der Verfassungsgebung erarbeitet werden.“*

3.2. Die Empfehlungen der dritten Juristenversammlung¹⁵

„Die Ungarische Juristenvereinigung, die einen bedeutenden Teil der ungarischen Juristen in sich vereint, formulierte im Mai 1996 ihre Reformvorstellungen in Bezug auf das Justizwesen, die sie der Regierung als Empfehlung überreichte.

Die Empfehlung analysierte jene Gebiete des Justizwesens nach Rechtsgebieten, die der Reform bedurften, und legte die allgemeinen Aufgaben der Reform des Justizwesens wie folgt fest:

In seinem gegenwärtigen Zustand befriedigt das Justizwesen die Erwartungen der ungarischen Gesellschaft und auch die durch unseren Beitritt zur Europäischen Union gestellten Anforderungen nicht. Im Hinblick auf die Garantien der richterlichen Unabhängigkeit ist die gegenwärtige rechtliche Regelung befriedigend, die Effektivität der Rechtsprechung hingegen ist unzulänglich. Diese Situation ist seit langer Zeit unverändert, obwohl bei der richterlichen Leistung Fortschritte zu verzeichnen sind. Dies ist darauf zurückzuführen, dass die von dem vorangegangenen gesellschaftlichen System geerbten Bedingungen den neuen Ansprüchen nicht genügen und nur eine umfassende Justizreform ist in der Lage, diese Situation von Grund auf zu ändern.

Diese Veränderungen erfordern auf den folgenden Gebieten viel Gesetzgebung und wesentliche finanzielle Aufwendungen:

- 1. Die richterliche Gewalt muss als eigenständige Staatsgewalt deutlich von der Exekutive und den verschiedenen politischen Faktoren abgegrenzt werden.*
- 2. Die gegenwärtige Zwitterstellung der externen Verwaltung der Gerichte muss beendet werden. Der Justizrat, den der Präsident des Obersten Gerichts leitet und dessen qualifizierte Mehrheit aus Richtern besteht, soll die Verwaltungsbefugnisse des Justizministers übernehmen. Die operativen Aufgaben muss ein Gerichtsamt versehen, das dem Rat untersteht.*
- 3. Die Umgestaltung der Gerichtsorganisation und des Rechtsmittelsystems sind durch die Verwirklichung der vierstufigen Rechtsprechung und der sinnvollen Neuverteilung der sachlichen Zuständigkeiten zu realisieren.*

¹⁵ Der Volltext der Empfehlung wurde im *Bírák Lapja* 1966, Nr. 3-4 veröffentlicht.

4. *Die Aktualisierung des Verfahrensrechts ist nunmehr mit der Neugestaltung der Straf- und Zivilverfahrensvorschriften innerhalb kürzester Zeit unabdingbar.*
5. *Anstelle des Gesetzes über die Gerichte sind die Gesetze über die Organisation und die Verwaltung der Gerichte, sowie über die Rechtsstellung der Richter zu erlassen. Im Rahmen dessen ist das gegenwärtige System der Erlangung des Richteramts und der Richterausbildung grundlegend umzugestalten, anstelle der weiteren Erhöhung der Anzahl der Richter ist eine ausreichende Anzahl an adäquat ausgebildetem Hilfspersonal sicherzustellen und es ist ein Computersystem aufzubauen, das auf dem Gebiet des Datenaustauschs landesweit einheitlich miteinander vernetzt ist.*
6. *Die innere Verwaltung der Gerichte ist durch gesetzliche Regelung derart auszugestalten, dass die Kontrolle der richterliche Verantwortung und der Arbeit der Richter, ohne die richterlichen Unabhängigkeit zu verletzen, effektiver als gegenwärtig gewährleistet und die aufgabenorientierte Zuweisung der Richter ermöglicht wird.*
7. *Die Rolle des Obersten Gerichts, die es bei der Verwirklichung der Rechtseinheit innehat, und dessen gesetzliche Instrumentarien müssen, einschließlich der Bestimmungen in der Verfassung, neu geregelt werden.“*

Die Zitate zeigen, dass die beiden Vorschläge, obgleich zwischen ihrem Entstehen mehr als drei Jahre vergangen sind, annähernd von den gleichen Problemen ausgehend, mit ähnlichen Lösungen den Ausweg aus der Krise suchten und hinter ihnen ein breites Lager der Juristenschaft stand. Die Richtervereinigung war in der Frage der externen Verwaltung der Gerichte nachgiebiger und sah auch die Aufstellung eines zum Ministerium gehörenden Gerichtsamts als Option an, was im Lichte der Reform von 2011 als wirklich interessant gilt. Die Empfehlungen der beiden Organisationen lassen sich in den verwirklichten Reformmaßnahmen sichtlich wiedererkennen.

IV. Die Justizreform von 1997

Die Forderung der Notwendigkeit einer Reform nahm 1996 schon solche Ausmaße an, dass das Justizministerium die Ausarbeitung der Gesetzesentwürfe nicht weiter aufschieben konnte. In der Presse erschienen zahlreiche Artikel, die von einer Notstandslage im Zusammenhang mit dem Justizwesen sprachen.¹⁶ Zwar wurden auch gegenteilige Meinungen formuliert, wonach die Lage bei Weitem nicht so schlimm sei, wie es in der Presse dargestellt werde, und das Niveau der Rechtsprechung und die Dauer der Verfahren dem europäischen Durchschnitt entsprächen¹⁷, Gleichwohl sprachen sich Regierung und Opposition für die Notwendigkeit von Veränderungen aus.¹⁸ Die Bedeutung der Reform zeigt sich darin, dass sie Solt Pál, der Präsident des Obersten Gerichts, in einem Interview als die vielleicht bedeutendste ungarische Justizreform des Jahrhunderts bezeichnete.¹⁹

Die Kodifizierungsarbeiten begannen und das „Reformpaket“ kam als Ergebnis dessen 1997 vor das Parlament. Zwar stimmte die Richterschaft den angefertigten Entwürfen im Allgemeinen zu, gleichfalls wurden diesbezüglich auch mehrere Einwände laut. Die Ungarische Richtervereinigung z. B. vermisste die parallel erfolgende umfassende Reform der Verfahrensrechte. Ihrer Meinung nach wären die zustande kommenden strukturellen Veränderungen ohne deren grundlegende Reform nämlich wirkungslos gewesen.²⁰

Das 1997er Reformpaket bestand aus mehreren Teilen und der vom Justizministerium herausgegebene zusammenfassende Bericht unterschied grundsätzlich fünf Elemente der Reform. Das Wichtigste davon waren die beiden grundlegenden strukturellen Veränderungen, auf die wir im

¹⁶ *Szükséghelyzet van az igazságszolgáltatásban.* Népszabadság, 1996. július 20., Szerző. *Gyorsuló igazságszolgáltatás.* Új Magyarország, 1996. június 28., *„Halaszthatatlan a bírósági reform.* Világgazdaság 1996. június 27. (Es herrscht Notstand im Justizwesen. Népszabadság, 20. Juli 1996, Autor, Schneller werdendes Justizwesen, Új Magyarország (Anm. d. Übersetzers: Neues Ungarn, Tagesblatt zwischen 1991 und 1997), 28. Juni 1996, Die Gerichtsreform ist unaufschiebbar, Világgazdaság (Anm. d. Übersetzers, Weltwirtschaft, Wirtschaftstagesblatt), 27. Juni 1997).

¹⁷ *Egy millió ecu számítógépekre.* Magyar Nemzet, 1996. szeptember 17. (Eine Millionen ECU für Computer, Magyar Nemzet, (Anm. d. Übersetzers: Ungarische Nation, Tagesblatt), 17. September 1996).

¹⁸ *Hack reformot sürget az igazságszolgáltatásban,* Szerző. *Elodázhatatlan a reform a FIDESZ szerint is.* Népszabadság, 1996. július 17. (Hack drängt auf Reformen im Justizwesen, Autor, Die Reform ist auch nach Meinung von FIDESZ unaufschiebbar. Népszabadság, 17. Juli 1996).

¹⁹ *Interjú Solt Pállal.* Bírák Lapja, 1996. 3-4., 31-39. (Interview mit Solt Pál, Bírák Lapja, 1996, 3-4., 31-39.)

²⁰ *Horeczky Károly levele az igazságügyi miniszterhez.* Bírák Lapja, 1996. 3-4., 259. (Horeczky Károlys Brief an den Justizminister, Bírák Lapja 1996, 3-4., 259.)

Folgenden eingehen werden. Die eine war die Veränderung der externen Verwaltung der Gerichte, infolge der, dem europäischen Trend entsprechend, eine mehrheitlich aus Richtern bestehende Organisation die Aufgaben des Justizministeriums übernahm. Die andere war die Anhebung des dreistufigen Instanzensystems der Gerichte auf ein vierstufiges, was den Ausbau neuer „regionaler“ Justizzentren bedeutete.²¹ Die strukturellen Veränderungen wurden durch die sich aus dem neuen Instanzensystem ergebenden Modifizierungen der Verfahrensvorschriften ergänzt. Außerdem kam ein gesondertes Gesetz über die Rechtsstellung und Vergütung der Richter sowie anderer Akteure des Justizwesens zustande.²²

4.1. Die Einführung einer neuen Gerichtsebene: Argumente und Gegenargumente

Von 1998 an geriet die Idee der Schaffung einer vierstufigen Gerichtsorganisation, die die öffentliche Meinung in der Branche damals ablehnte, von einem Augenblick auf den anderen in das allgemeine Bewusstsein. Anfang der 90er Jahre wurde dieser Gedanke von immer mehr Menschen, die in ihm eines der wichtigsten Gegenmittel für die Defekte des Justizwesens sahen, akzeptiert. Die ungarischen rechtsgeschichtlichen Traditionen spielten natürlich eine ernsthafte Rolle bei der Verbreitung des Gedankens, dies war jedoch trotzdem nicht der entscheidende Gesichtspunkt. Ein Teil der unter der Arbeitsbelastung leidenden Richterschaft erwartete hoffnungsvoll die Einführung der vierten Ebene, sprich des Tafelgerichts. Die Regierung indes vertrat den Standpunkt, dass die Erhöhung der Anzahl der Richter als solche nicht ausreichte, um den bedeutenden Sachrückstand abzarbeiten, und die Effizienz der während des Sozialismus eingerichteten dreistufigen Gerichtsorganisation durch die Veränderung von sachlichen Zuständigkeiten nicht erhöht werden könnte. Obwohl nach der Systemwende mehrere örtliche Gerichte gegründet und neue Richter ernannt wurden, minderten sich die Probleme nicht, sondern wurden eher größer.

²¹ Es kam auch eine sehr umstrittene strukturelle Reform hinzu, nämlich die Eingliederung der bisher als eigenständig arbeitenden Arbeitsgerichte in die ordentliche Gerichtsorganisation.

²² Das Parlament verabschiedete das Gesetz 1997: LXVI über die Organisation und die Verwaltung der Gerichte, das Gesetz 1997: LXVII über die Rechtsstellung und Vergütung der Richter, das Gesetz 1997: LXVIII über das Dienstverhältnis von Justizangestellten und das Gesetz 1997: LXIX über die Festlegung des Sitzes der Tafelgerichte und seiner örtlichen Zuständigkeit.

Neben dem Ziel der Entlastung der Richter und der sinnvolleren Verteilung der Sachen formulierte sich auch ein anderer Beweggrund für die Einführung einer neuen Gerichtsebene, nämlich die Erweiterung der Möglichkeit des Einlegens ordentlicher Rechtsmittel, die bei dieser neuen Struktur leichter verwirklicht werden konnte. Die Einrichtung der Ebene des über Berufungen entscheidenden Tafelgerichts würde nämlich ein differenzierteres Rechtsmittelsystem und die Pflicht der zweistufigen Berufung in Strafsachen ermöglichen. Schließlich und als wichtigstes Argument erschien die Überlastung des Obersten Gerichts mit Berufungssachen, was dieses Gericht daran hinderte, seiner Aufgabe der Vereinheitlichung des Rechts nachzukommen. Einige skizzierten das Bild von zwanzig unkoordinierten Rechtssystemen, entsprechend der Zahl der Komitatsgerichte,²³ da sich die Rolle des Obersten Gerichts als die Rechtssprechung steuernde Instanz seit der Systemwende radikal verringert hat. Eine weitere Frage der Einführung des Tafelgerichtssystems war, wo diese Gerichte eingerichtet werden sollten. Zwar tauchte ziemlich früh die Idee auf, dass aus Kostengründen nur ein einziges Tafelgericht in Budapest eingerichtet werden sollte, der mehrheitliche Standpunkt aber, den sich auch die Regierung zu eigen machte, war der für die Einrichtung von fünf Tafelgerichten. Unausgesprochen bezweckte dies die Bildung von Justizregionen über solchen Komitaten, wo die regionale Zentren bedeutenden Tafelgerichte eine Art von Dezentralisation des Justizwesens verwirklicht hätten. Zwar hätte das Oberste Gericht mit Sitz in Budapest auch nach Aufnahme der Arbeit durch die Tafelgerichte die Rolle der wichtigsten Rechtsmittelinstanz bewahrt, allerdings hätten die streitenden Parteien, die Angeklagten und Rechtsanwälte, nach der Umgestaltung des Rechtsmittelsystems für die letzte Entscheidung in den meisten Fällen nicht nach Budapest reisen müssen. Das Oberste Gericht hätte sich nämlich fortan nur mit den außerordentlichen Rechtsmitteln beschäftigen und den Schwerpunkt auf die Rechtseinheitlichkeitsentscheidungen setzen können.

Obwohl die meisten juristischen Gruppierungen dem diesbezüglichen Teil des von der Regierung vorgelegten Gesetzesentwurfs im Wesentlichen zustimmten, meldeten sich zahlreiche Gegenmeinungen zu den Tafelgerichten zu Wort. Mehrere bewerteten die neue Struktur als

²³ *Interjú egy lemondott megyei főbíróval.* HVG, 1996. január 6. (Interview mit einem Zurückgetretenen Komitatsrichter, HVG (Anm. d. Übersetzers: Wöchentliche Weltwirtschaft, Handelswochenblatt), 6. Januar 1996.)

überflüssigen Luxus eines kleinen Landes²⁴ und waren der Meinung, dass die Änderung des Rechtsmittelsystems auch ohne die Schaffung der neuen Ebene verwirklicht werden könnte. Es gab einige, die darauf hinwiesen, dass die Einführung der neuen Gerichtsebene das Justizwesen verteuern und entgegen der Absicht noch verlangsamen würde. Nach Meinung von Professor Németh János z. B. befanden sich die Befürworter der Reform auf dem Irrweg, denn die bestehenden drei Ebenen konnten, ähnlich wie in anderen europäischen Ländern, die Möglichkeit der Erhöhung des Niveaus der Rechtsprechung und der Verkürzung der Verfahrensdauer schaffen, und zwar dergestalt, dass keine neuen Gerichte mit bedeutendem Kostenaufwand geschaffen werden mussten.²⁵ Befürchtet wurde zudem auch ein eigentümliches regionales Justizwesen. In Rechtsanwaltskreisen konnte man hören, dass diese in Rechtsmittelangelegenheiten lieber nach Budapest führen, als dass jene ehemaligen Komitatsrichter die durch das häufige Durchsetzen von partikulären Gesichtspunkten als weniger objektiv anzusehen seien als die Richter in der Hauptstadt eine endgültige Entscheidung in dem überwiegenden Teil der Sachen fällten.

Die Regierung hatte in dieser Frage aber schon entschieden und das neue Gerichtsorganisationsgesetz ergänzte die ungarische Gerichtshierarchie um eine neue Ebene. Die ministeriale Begründung zum Gesetz erklärte die Notwendigkeit dieser Veränderung wie folgt:

„... aus der bei den Gerichten eingehenden Menge von mehr als einer Million Rechtssachen jährlich (Straf- und Zivilprozesse beziehungsweise Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit) entstand ein beständiger Sachrückstand von 200.000. Die Richterschaft hat sich in den vergangenen Jahren verjüngt, die über weniger Berufserfahrung verfügenden Richter sind bei den komplizierteren und juristisch schwerer zu beurteilenden Sachen nicht immer in der Lage, zeitig zu urteilen. ... Infolge der Systemwende und des allmählichen Ausbaus der zivilen Rechtsinstitute erweiterte sich die sachliche Zuständigkeit der Gerichte in großem Maße und die Kriminalität wuchs. Wegen der gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Veränderungen veränderten sich auch die Lebensverhältnisse und die Rechtsvorschriften in bedeutendem Maße. Die Gerichte verrichten ihre Rechtsanwendungstätigkeit unter den veränderten – schwereren – Voraussetzungen. Die Möglichkeit der Inanspruchnahme des Rechtswe-

²⁴ *Felesleges luxus a négyszintű bírósági rendszer?* Magyar Hírlap, 1997. október 7. (Ist das vierstufige Gerichtssystem ein Luxus? Magyar Hírlap, 7. Oktober 1997.)

²⁵ *Interjú a bírósági reformról.* HVG, 1996. december 14. (Interview über die Gerichtsreform, HVG, 14. Dezember 1996.)

ges an sich ist zu wenig, die kompetente Entscheidung der Rechtsstreitigkeiten innerhalb sinnvoller Fristen muss sichergestellt werden. Die Verzögerung der Gerichtsverfahren birgt die Gefahr in sich, dass sich die rechtssuchenden Staatsbürger vom Justizwesen abwenden und gesetzwidrige Mittel in Anspruch nehmen. All dies kann zur Erschütterung der Rechtssicherheit führen. Mittlerweile ist es zur Gewissheit geworden, dass es zum Versehen der Aufgaben des Justizwesens auf rechtsstaatlichem Niveau nicht ausreicht, jeweils die Anzahl der Richter zu erhöhen oder die sachlichen Zuständigkeiten und die Verfahrensvorschriften von Zeit zu Zeit mehr oder weniger zu modifizieren. Die Verbesserung der personellen und materiellen Voraussetzungen ist natürlich unerlässlich, aber der Widerspruch, der zwischen dem tatsächlichen Zustand beziehungsweise den tatsächlichen Möglichkeiten des gerichtlichen Justizwesens und den ihm gegenüber gestellten Erwartungen gegenwärtig besteht, kann nur durch eine umfassende, alle damit zusammenhängenden Gebiete betreffende Reform gelöst werden, deshalb sind auf dem Gebiet der Verfahrensrechte, der Gerichtsorganisation, der Gerichtsverwaltung sowie der Rechtsstellung und Vergütung der Richter grundlegende Veränderungen notwendig. Die Regierung der Republik Ungarn verabschiedete das Konzept der Gerichtsreform im Herbst 1996. Unter Berücksichtigung dessen wurde ein gesondertes Gesetz über die Organisation und die Verwaltung der Gerichte, über den Sitz der Tafelgerichte, des Weiteren über die Rechtsstellung und Vergütung der Richter, sowie über das Dienstverhältnis von Justizangestellten geschaffen. Das Gesetz über die Organisation und die Verwaltung der Gerichte bestimmt über die Gerichtsorganisation, formuliert einheitlichere und zeitgemäßere Arbeitsgrundprinzipien, auch im Einklang mit den in völkerrechtlichen Verträgen übernommenen Verpflichtungen. Das dreistufige Gerichtssystem gemäß der gültigen Regelung lässt den Verfahrensrechten nicht genügend Spielraum für die sinnvollere Ansiedelung der Zuständigkeiten und für die differenziertere Regelung des Systems der Rechtsmittel. Den Großteil der Sachen bearbeiten gegenwärtig die örtlichen Gerichte mit allgemeiner Zuständigkeit, deren Richter größtenteils jung sind und über wenig richterliche Praxis verfügen und deshalb weniger in der Lage sind Sachen, die über einen komplizierteren Sachverhalt verfügen und juristisch schwerer zu beurteilen sind, zeitgemäß zu handhaben. Die gegenwärtige sachliche Zuständigkeit und die daraus resultierende Arbeitsbelastung des Obersten Gerichts ermöglicht es nicht, dass es seine verfassungsmäßige Aufgabe der Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung restlos versieht. Im Einklang mit der Neuregelung der sachlichen Zuständigkei-

ten im Strafprozess und in der zivilen Prozessordnung ist das Einfügen der als ausschließlicher Rechtsmittelinstanz arbeitenden Tafelgerichte in die Gerichtsorganisation erforderlich. Die Umwandlung der Gerichtsorganisation auf vier Ebenen entspricht der Tradition der ungarischen Rechtsentwicklung und harmonisiert mit den Lösungen, die in dem Gerichtssystem der hoch entwickelten westlichen Staaten verfolgt werden. Die bedeutendste Veränderung, die die Gerichtsorganisation betrifft, ist somit die Neugründung der bis Oktober 1949 als Tafelgericht bezeichneten und später bis zum 31. Dezember 1950 als Obergericht tätigen Berufungsinstanz. Die Anzahl, den Sitz und den örtlichen Zuständigkeitsbereich der Tafelgerichte legt ein gesondertes Gesetz fest. Das Gesetz bestimmt im Interesse der Sicherung der einheitlichen Gerichtsbarkeit die Voraussetzungen des Rechtseinheitlichkeitsverfahrens, die Art und Weise des Erlasses eines Rechtseinheitlichkeitsbeschlusses und die Ordnung der Verkündung der Beschlüsse.²⁶

4.2. Die Veränderung des gerichtlichen Instanzensystems

Das Gesetz legte fest, dass ab dem 1. Januar 1999 drei Tafelgerichte ihre Arbeit mit Sitz in Budapest, Szeged und Pécs aufnehmen und bis zum 1. Januar 2003 zwei weitere Provinztafelgerichte in Győr und Debrecen entstehen sollten. Bei der Bestimmung der Standorte der Tafelgerichte spielten die territorialen Verwaltungseinheiten nur in der Hinsicht eine Rolle, dass jene Komitatshauptstädte für diesen Zweck benannt wurden, in denen schon vorher Komitatsgerichte bestanden. Der praktische Grund dafür war, dass man die Richter der Tafelgerichte aus den Komitatsgerichten auswählen wollte. Mit der notwendigen Änderung der Verfassung und dem zustande kommenden Gesetz änderten sich das gerichtliche Instanzensystem – beziehungsweise parallel dazu das System der Staatsanwaltschaft – und die Aufgaben der Gerichte wie folgt:

„a) Örtliches Gericht und Arbeitsgericht

Das örtliche Gericht ist das Gericht erster Instanz. (In Zivil- und Strafsachen verfügt das örtliche Gericht über die allgemeine sachliche Zuständigkeit erster Instanz. Das Gericht arbeitet abhängig von seinem Sitz mit der Bezeichnung 'Bezirksgericht' oder 'Stadtgericht'.

²⁶ Die ministeriale Begründung zum Gesetz 1997: LXVI.

In der Hauptstadt befinden sich sechs zusammengelegte Bezirksgerichte. Die übrigen örtlichen Gerichte arbeiten seit 1994 ausnahmslos in Orten mit Stadtrecht, was auch in der Bezeichnung des Gerichts zum Ausdruck gelangt. Die Anzahl der örtlichen Gerichte beträgt gegenwärtig 111.) Das Arbeitsgericht befasst sich mit Prozessen erster Instanz, die aus dem Arbeitsverhältnis oder aus einem Arbeitsverhältnis ähnlichen Rechtsverhältnissen stammen, sowie mit allen sonstigen durch das Gesetz in seine sachliche Zuständigkeit verwiesenen Sachen. Arbeitsgerichte sind in der Hauptstadt und an den Komitatssitzen tätig.

Das örtliche Gericht und das Arbeitsgericht werden von dem Präsidenten geleitet. Das örtliche Gericht und das Arbeitsgericht sind keine juristischen Personen, können aber in bestimmtem Rahmen, der durch die Organisations- und Geschäftsordnung bestimmt ist, zivilrechtliche Rechte erwerben und Verpflichtungen übernehmen. Am örtlichen Gericht können zur Bearbeitung von Sachen bestimmter Art Gruppen gebildet werden.

b) Komitatsgericht

Die zweite Ebene der Gerichtshierarchie machen die zwanzig Komitatsgerichte aus. Die örtliche Zuständigkeit der einzelnen Komitatsgerichte erstreckt sich auf das Gebiet der Komitate, während sich die des gleichrangigen Hauptstädtischen Gerichts auf Budapest erstreckt. Das Komitatsgericht ist – in den durch das Gesetz bestimmten Sachen – Gericht erster Instanz und entscheidet in zweiter Instanz über die gegen Gerichtsbeschlüsse der örtlichen Gerichte eingelegten Berufungen. Das Komitatsgericht wird von dem Präsidenten geleitet. An den Komitatsgerichten sind Kammern, Gruppen und Straf-, Zivil-, Wirtschafts- und Verwaltungskollegien tätig. Die Kollegien können auch zusammengelegt tätig sein. In durch das Gesetz bestimmten Sachen sind Militärkammern erster Instanz – an den bezeichneten Komitatsgerichten und mit der bezeichneten örtlichen Zuständigkeit – tätig.

c) Tafelgericht

Die durch das Gesetz gegründete dritte Ebene machen die Tafelgerichte aus, die mit Sitz und örtlicher Zuständigkeit, welche durch ein gesondertes Gesetz bestimmt sind, ab dem darin bezeichneten Zeitpunkt tätig sind. Das Tafelgericht entscheidet – in durch das Gesetz bestimmten

Sachen – über Rechtsmittel, die gegen einen Beschluss eines örtlichen Gerichts oder eines Komitatsgerichts eingelegt wurden, beziehungsweise wird in den in seinen sachlichen Zuständigkeitsbereich verwiesenen sonstigen Sachen tätig. Das Tafelgericht wird von dem Präsidenten geleitet. Das Tafelgericht ist eine juristische Person. Am Tafelgericht sind Kammern, sowie Straf-, Zivil- und Verwaltungskollegien tätig. Die Militärkammer des Tafelgerichts wird bei Sachen tätig, die in erster Instanz von an den dazu bestimmten Komitatsgerichten tätigen Militärkammern entschieden wurden.

d) Oberstes Gericht

Das höchste Gerichtsorgan der Republik Ungarn ist das Oberste Gericht. Das Oberste Gericht wird vom Präsidenten geleitet. Der Präsident wird auf Vorschlag des Staatspräsidenten vom Parlament gewählt, seinen Vertreter ernannt der Staatspräsident auf Vorschlag des Präsidenten. Das Oberste Gericht ist eine juristische Person, sein Sitz ist Budapest.

Das Oberste Gericht

- a) entscheidet – in durch das Gesetz bestimmten Sachen – über Rechtsmittel, die gegen einen Beschluss eines Komitatsgerichts oder eines Tafelgerichts eingelegt wurden*
- b) entscheidet über Revisionsanträge*
- c) erlässt für alle Gerichte verbindliche Rechtseinheitlichkeitsbeschlüsse*
- d) wird in den sonstigen Sachen tätig, die in seine sachliche Zuständigkeit gehören*

*Beim Obersten Gericht sind Gerichtskammern und Rechtseinheitlichkeitskammern, sowie Straf-, Zivil- und Verwaltungskollegien tätig.*²⁷

Das neue Gesetz führte zur Lenkung der Gerichtspraxis das Rechtseinheitlichkeitsverfahren anstelle des früheren Systems der Grundsatzsteuerung ein. Damit wurde praktisch wieder der Begriff eingeführt, der sich am bis 1949 funktionierenden und nun wieder eingeführten gerichtlichen

²⁷ Gesetz 1997: LXVI, §§ 19–26.

Instanzensystem orientiert.²⁸ Ein Ziel der Veränderung der Gerichtsorganisation war es gerade, dass die Arbeitsbelastung des Obersten Gerichts im Zusammenhang mit der Entscheidung von Berufungen abnimmt und es auf diese Weise seinen verfassungsmäßigen Aufgaben im Zusammenhang mit der Sicherung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung restlos nachkommen kann. Gemäß § 47 der damals geltenden Verfassung übte das Oberste Gericht die Grundsatzsteuerung über die Arbeit der Richter und die Rechtsprechung sämtlicher Gerichte aus. Das Mittel der Grundsatzsteuerung waren die vor der Reform entstandenen, für die Gerichte verpflichtenden Richtlinien, Stellungnahmen der Kollegien, beziehungsweise die Grundsatzentscheidungen, die gemäß der Begründung des neuen Gesetzes nicht den rechtsstaatlichen Anforderungen entsprachen. Diese wurden nämlich nicht aufgrund von konkreten Urteilen formuliert. Zur Handhabung von Fragen, die im Zusammenhang von konkreten Sachen auftreten, richtete die neue Regelung das Rechtseinheitlichkeitsverfahren und das als dessen Ergebnis ergehende Institut des Rechtseinheitlichkeitsbeschlusses ein. Trotzdem binden die im Zuge der früheren Grundsatzsteuerung ergangenen Entscheidungen die Gerichte auch weiterhin.

Inwiefern das auf diese Weise geschaffene gerichtliche Organisationssystem effizienter ist als das vorherige, konnte man einige Jahre lang nicht auf Erfahrungswerte gestützt nachvollziehen. Nach dem Regierungswechsel 1998 stoppte die neue Regierung, sich auf finanzielle Gründe berufend, nämlich die Aufnahme der Arbeit der Tafelgerichte durch das Aussetzen der Durchführung des sich darauf beziehenden Gesetzes. Deshalb wurden die bereits begonnenen Arbeiten zur Einrichtung der Tafelgerichte unterbrochen und ihre Gründung wurde auf unbestimmte

²⁸ Die wichtigsten Regelungen des Rechtseinheitlichkeitsverfahrens sind die folgenden. Die Sicherung der Einheitlichkeit der gerichtlichen Rechtsanwendung ist Aufgabe des Obersten Gerichts. Das Oberste Gericht erlässt im Zuge der Erfüllung seiner Aufgaben Rechtseinheitlichkeitsbeschlüsse und veröffentlicht Grundsatzgerichtsentscheidungen. Wenn die Kammer oder der Einzelrichter eines Tafelgerichts, eines Komitatsgerichts oder eines örtlichen Gerichts in einer Grundsatzfrage geurteilt hat und sein Beschluss rechtskräftig geworden ist, ist die Kammer oder der Einzelrichter verpflichtet, dem Präsidenten des Gerichts den Beschluss von grundsätzlicher Bedeutung vorzulegen. Das Rechtseinheitlichkeitsverfahren ist statthaft, wenn a) der Erlass eines Rechtseinheitlichkeitsbeschlusses zur Weiterentwicklung der Rechtspraxis oder zur Sicherung der einheitlichen Rechtsprechungspraxis erforderlich ist, b) wenn eine Kammer des Obersten Gerichts in Rechtsfragen von dem Beschluss einer anderen Kammer des Obersten Gerichts abweichen möchte.

Am Obersten Gericht sind Rechtseinheitlichkeitskammern in der Fachrichtung Strafrecht, Zivilrecht, Wirtschaftsrecht, Arbeitsrecht und Verwaltungsrecht tätig. Die Rechtseinheitlichkeitskammern werden vom Präsidenten, vom Vizepräsidenten, vom Kollegiumsleiter oder vom stellvertretenden Kollegiumsleiter geleitet. Die Rechtseinheitlichkeitskammern bestehen aus fünf Mitgliedern, ihre Mitglieder werden vom Präsidenten der Kammer ausgewählt.

Zeit verschoben. Auf Druck des Justizwesens änderte die Regierung ihren diesbezüglichen Vorsatz später dahingehend, dass das vierstufige System eingeführt werden sollte, allerdings lediglich mit der Aufnahme der Arbeit durch ein einziges Tafelgericht in Budapest und dies auch erst ab dem 1. Januar 2003. Damit können wir praktisch über das Festfahren eines wesentlichen Elements der 1997er Reform sprechen. Somit entstand jene eigenartige Situation, dass in der Verfassung und dem Gerichtsorganisationsgesetz zwar das Tafelgericht vorkam, in Wirklichkeit aber bezüglich des Instanzensystems alles beim Alten blieb.

4.3. Die Stärkung der Unabhängigkeit der Justiz als Staatsgewalt

Die Verwirklichung des zweiten Hauptelements der organisatorischen Reform berührte der Regierungswechsel 1998 nicht, so blieben die im Zuge der Reform in Kraft getretenen Bestimmungen, die die vollständige organisatorische Unabhängigkeit der Staatsgewalt begründeten, bis 2011 unangetastet.

In den ehemaligen sozialistischen Ländern löste die Schaffung der organisatorischen Unabhängigkeit der Justizgewalt beinahe überall Diskussionen aus. Wie auch in Westeuropa, entstanden jedoch auch in diesen Ländern unterschiedliche Lösungen, abhängig davon, wie stark der Druck zur Stärkung der Staatsgewalt seitens des Justizwesens zu spüren war und inwiefern die Exekutive diesen akzeptierte. Die volle richterliche Selbstverwaltung, die das spanische, italienische und portugiesische System kennzeichnet, wurde neben Ungarn in Albanien, Bulgarien, Mazedonien, Rumänien, Kroatien und Slowenien verwirklicht. Allgemein verbreitet sich aber eher das gemischte System, in dem die Verwaltung den richterlichen Selbstverwaltungsorganisationen mit der Exekutive gemeinsam obliegt (Polen, Estland, Weißrussland, Slowenien, Litauen). Währenddessen blieb auf dem Gebiet der Verwaltung die zentrale Rolle der Regierung in einigen Ländern bestehen.²⁹

Für die ehemaligen sozialistischen Länder war dies ein heikles Problem, da die Frage der organisatorischen Unabhängigkeit in der Zeit des Einparteiensystems nicht einmal auf theoretischer Ebene im rechtswissenschaftlichen Denken Platz hatte. Unter der in der Verfassung auffindba-

²⁹ Németh János. *Az átmeneti időszak igazságszolgáltatásának jelenlegi helyzete a közép- és kelet-európai országokban*. Magyar Jog, 1998, 3., 129-141. (Németh János, Die gegenwärtige Situation des Justizwesens der Übergangszeit in den Mittel- und Osteuropäischen Ländern.

ren Unabhängigkeit wurde lediglich die Unabhängigkeit des urteilenden Richters verstanden.³⁰ Trotzdem existierten dennoch gewisse Elemente der organisatorischen Unabhängigkeit. Zwischen dem Obersten Gericht und dem Parlament, beziehungsweise zwischen dem Justizminister und den sonstigen Gerichten entwickelte sich nämlich ein eigentümliches Verhältnis. Zwar geriet das Oberste Gericht gegenüber dem Parlament formell nicht in eine untergeordnete Rolle, praktisch kam aber eine Art von politischer Abhängigkeit zur Geltung. Der Präsident dieses Gerichts hatte die Pflicht, regelmäßig Rechenschaft abzulegen, und es konnten Interpellationen an ihn gerichtet werden. Diese eigentümlichen, mit der Rechtsstaatlichkeit schwer zu vereinbarenden Anforderungen wurden im

³⁰ Über die Verbreitung der organisatorischen Abhängigkeit schreibt Fleck Zoltán ausführlich in seiner Monografie über das Justizwesen in der Zeit des Sozialismus. Fleck Zoltán. *Jogszolgáltatató mechanizmusok az államszocializmusban*. Napvilág Kiadó, Budapest, 2001, 109-150., Fleck Zoltán, *Rechtleistende Mechanismen im Staatssozialismus*. Napvilág Verlag, Budapest, 2001, 109-150. Die Abhängigkeit war auf mehreren Ebenen sichtbar. Der Justizminister verfügte über sehr weite Befugnisse bezüglich der Gerichte. Über die Verwaltungsaufgaben hinausgehend, hatte er auch in der Sache Einfluss auf die Rechtsprechung. Dies bedeutete vor allem die Kontrolltätigkeit der Gerichtsabteilung des Justizministeriums, was die regelmäßige Überprüfung der Rechtssprechungspraxis einzelner Komitee oder des Zustands einzelner Rechtsgebiete bedeutete. Die Ergebnisse dieser Untersuchungen wurden in Form sogenannter Methodiklehrhefte publiziert, die in dogmatischer Hinsicht die Rechtssprechungstätigkeit der Richter beeinflussten. Die Qualifikation der auf die verschiedenen Rechtsgebiete spezialisierten Beamten im Ministerium übertraf meistens das Wissen der Richter, somit war ihr Einfluss auch auf fachlicher Basis spürbar. Das Ministerium setzte ebenfalls die Politik der Partei bei der Besetzung der leitenden Positionen durch. Hauptregel war, dass bei der Auswahl der politische Aspekt eine umso höhere Rolle spielte, je höher die Position war, um die es ging. Leiter auf Komiteeebene konnte niemand ohne Parteimitgliedschaft werden, aber Vizepräsident beim örtlichen Gericht schon. Diese Anforderung hing damit zusammen, dass die Präsidenschaft am Komiteegericht eine Vertrauensposition war, mit der schier selbstverständlich die Mitgliedschaft im Parteiausschuss des Komitees verbunden war. Es war nicht selten, dass auf Eintritt in die Partei gedrängt wurde, allerdings folgte einem erfolglosen Versuch keinerlei Vergeltung, der Betreffende wurde höchstens nicht Präsident am Komiteegericht. Das Vermischen von Loyalität und von fachlichen Gesichtspunkten war die individuelle Charaktereigenschaft des Justizwesens in der Kádár-Ära. Die fachliche Exzellenz ersetzte in vielen Fällen die Parteimitgliedschaft, gleichzeitig konnte unbedingte Parteitreuere das fachliche Wissen ersetzen. Die fachliche, lenkende Arbeit des Ministeriums trat auch bei der Beurteilung der Richter in Erscheinung. Der lenkende Willen des Ministeriums gelangte über die Komiteepäsidenten, die neben der Repräsentation der Machthaber häufig eine eigenartige politische Filterfunktion gegenüber Einflussnahmeversuchen von Außen innehatten, zu den Gerichten. Das andere Instrument der Leitung der Gerichte als Organisation war das Oberste Gericht, das neben dem Ministerium der zweite wichtigste Vermittler der Rechtspolitik der Machthaber wurde. Dieses Gremium war offensichtlich mit großer gesetzgeberischer Macht versehen und verfügte über zahlreiche Mittel zur Durchsetzung von rechtspolitischen Zielen und zur Beeinflussung der Rechtssprechungspraxis, sei es als Rechtsmittelinstanz oder als mit der Grundsatzsteuerung betrautes Gericht. Die politische Verlässlichkeit war hier am spürbarsten und dies entspricht auch dann noch der Wahrheit, wenn wir von zahlreichen Ausnahmen wissen, als aus jemandem ausschließlich wegen seinen fachlichen Qualitäten ein Richter am Obersten Gericht geworden ist.

Zuge der Verfassungsänderungen 1989 abgeschafft. Außer bezüglich seiner Wahl, besteht seit diesem Zeitpunkt zwischen dem Präsidenten des Obersten Gerichts und dem Parlament keine Verbindung.

Im Hinblick auf die anderen Gerichte versah die Regierung, genauer der Justizminister, die Verwaltungsaufgaben, welche Tätigkeit aus zwei Teilen bestand. Einerseits aus der mit den Gerichtspräsidenten gemeinsam versehenen Justizverwaltung, andererseits aus der Aufsicht über die sog. „allgemeine Arbeit“. Erstere bestand aus der Sicherung der personellen und materiellen Voraussetzungen, die für die Arbeit der Gerichte erforderlich sind, während die zweite die Durchsetzung der Justizpolitik der Regierung bedeutete. Eigentlich bedeutete diese zweite Aufgabe die Verletzung der richterlichen Unabhängigkeit, als man die Richtung der Rechtsprechung aus Regierungsaspekten beeinflussen konnte. Auf dieses Recht verzichtete Justizminister Kulcsár Kálmán jedoch noch 1989 freiwillig. Deshalb und wegen der Verfassungsänderung zeichnete sich im Hinblick auf die Verwaltung der Gerichte praktisch eine „gemischte“ Lösung ab, die auch in einzelnen westeuropäischen Ländern funktioniert. Dieser Prozess wurde durch die Stärkung der Rolle der richterlichen Selbstverwaltungsorgane, beziehungsweise durch die Einschränkung der Verwaltungsrechte des Justizministers 1991 gestärkt.³¹ Im Verhältnis zur sozialistischen Zeit bedeutete das die Berufung von Richtergremien³², die als Selbstverwaltungsorgane der Richterschaft Einfluss auf die die Gerichte betreffenden Regierungsangelegenheiten nehmen konnten. In den wichtigsten Fragen konnte von nun an ohne Zustimmung der Richterräte keine Entscheidung getroffen werden. Erneut auf die Tagesordnung kam das Problem der Verwaltung jedoch durch die Ernennungspraxis, die zur Zeit des Ministeriums unter Balsai 1992 einen Skandal auslöste. Der Fall der durch den Minister gegen den Willen der Richterräte ernannten leitenden Richter machte deutlich, dass das gemischte System nur im Fall der politischen Selbstkontrolle zur Zufriedenheit der Richter funktionieren konnte. Jedoch war, Selbstkontrolle zu üben und dabei gleichzeitig Absichten der Systemwende durchzusetzen, im Justizwesen äußerst schwierig. Deshalb erschienen immer häufiger Schriften, die die vollständige organisatorische Unabhängigkeit des Justizwesens forderten.

Währenddessen gingen Anträge beim Verfassungsgericht ein, wonach es entscheiden sollte, ob der damalige Zustand, in erster Linie bezüglich der Art und Weise der Ernennungen, als verfassungsmäßig

³¹ Gesetz 1991: LXVII.

³² Komitatsgeneralversammlung der Richter, Kollegium, Komitatsrichterrat, Landesrichterrat.

angesehen werden könne. Mehrere Anträge verbindend, erließ das Verfassungsgericht 1993 einen Beschluss, in dem es die geltende Regelung mehrheitlich als verfassungsmäßig befand. Die Begründung jedoch gelang ziemlich widersprüchlich, zudem bestärkten die abweichenden Meinungen, welche mehrere Punkte der Regelung als verfassungswidrig beurteilten, die Bestrebungen jener, die die organisatorische Reform der Gerichte forderten.³³ Im Zuge der Reform von 1997 erreichten diese Bestrebungen ihr Ziel und zur Verwunderung vieler wurden dem Ministerium mit dem neuen Gesetz alle Machtbefugnisse entzogen. Zwar werteten dies einige als ein Im-Stich-Lassen der Gerichte,³⁴ fundierter erscheint aber jene Meinung, nach der der Minister, der die Vorlage erarbeitet hatte, die Forderung der Richterghremien akzeptiert hatte.³⁵ Damit erlangte die Staatsgewalt, nach mehr als hundert Jahren der Verwaltung des Justizwesens durch die Regierung, die völlige Unabhängigkeit. Der Minister begründete diese grundlegende Veränderung wie folgt:

„Die Verwaltung der Gerichte ist gemäß der geltenden Regelung teilweise eine äußere Verwaltung, da der Vertreter der Exekutive – der Justizminister – durch die Ausübung seiner ihm gewährten Befugnisse (Ernennung von Führungspersonen, das Initiieren von Disziplinarverfahren, Sicherung der für die Arbeit der Gerichte erforderlichen personellen und materiellen Voraussetzungen usw.) daran teilnimmt. Die Arbeit der durch die Richter gewählten Richterghremien bildet ein Gegengewicht zur äußeren Verwaltung. In den vergangenen Jahren zeigten sich in der äußeren Verwaltung (in der Frage der Ernennung der Komitatspräsidenten, in Haushaltsfragen), aber auch selbst bei der Arbeit der Richterghremien Störungen. Das Verfassungsgericht befasste sich in mehreren Beschlüssen – so in der Entscheidung des Verfassungsgerichts³⁶ 53/1991 (X.31.), der EV 38/1993 (VI.11.) und der EV 28/1995 (V.19.) usw. – mit dem Verhältnis der Gerichte als selbstständige Staatsgewalt und der Exekutive, beziehungsweise mit der Frage der Verfassungsmäßigkeit der Regelungen, die sich auf die Gerichte beziehen. Die Beschlüsse des Verfassungsgerichts stellten die Ver-

³³ 38/1993. (VI.13.) AB határozat (Entscheidung des Verfassungsgerichts 38/1993. (VI.13.)).

³⁴ Németh János. *Az átmeneti időszak igazságszolgáltatásának jelenlegi helyzete a közép- és kelet-európai országokban*. Magyar Jog, 1998, 3., 129-141. (Németh János, Die gegenwärtige Situation des Justizwesens der Übergangszeit in den Mittel- und Osteuropäischen Ländern. Magyar Jog, 1998, 3., 129-141.).

³⁵ Vastagh Pál. *Igazságszolgáltatási reform jogvédelmi rendszerünkben*. Magyar Jog, 1997, 12., 705-711. (Vastagh Pál, Justizreform in unserem Rechtsschutzsystem, Magyar Jog, 1997, 12., 705-711.).

³⁶ Anmerkung des Übersetzers: Im Folgenden: EV.

fassungswidrigkeit der geltenden Regelungen zwar nicht fest, in den abweichenden Meinungen wurde aber im Wesentlichen formuliert, dass die organisatorische Autonomie und Verwaltung, die die Unabhängigkeit der Gerichte zum Ausdruck bringt, eine beruhigende Lösung bedeuten würde.

Angesichts dessen legt das Gesetz die Gerichtsorganisation als von der Exekutive isolierte einheitliche Organisation fest und gestaltet zur grundlegenden Sicherung der richterlichen Unabhängigkeit ein System der Verwaltung der Gerichte, das die politisch unparteiische Justizgewalt von der Legislative und der Exekutive trennt. ...Infolge der erwähnten Veränderungen der Gerichtsorganisation ist zu erwarten, dass das Justizwesen in der erneuerten Organisationsform der Gerichte – zusammen mit der Verwirklichung anderer Bereiche der Reform – fähig sein wird, um in den nächsten Jahrzehnten seine gewachsenen Aufgaben versehen zu können, mit besonderem Hinblick auch auf die durch den Beitritt zur Europäischen Union gewachsenen Anforderungen.³⁷

Den Bestimmungen des Gesetzes gemäß, versieht der Landesjustizrat unter Einhaltung des verfassungsmäßigen Grundsatzes der richterlichen Unabhängigkeit die zentralen Aufgaben der Verwaltung der Gerichte und übt die Aufsicht über die Verwaltungstätigkeit der Präsidenten der Tafelgerichte und der Komitatsgerichte aus. Der Landesjustizrat besteht aus 15 Personen. Zwar verlauteten früher verschiedene Meinungen, seine Zusammensetzung betreffend, der Minister sprach sich aber schließlich für ein Gremium aus, das mehrheitlich aus Richtern besteht, in dem aber auch andere Staatsgewalten vertreten sind. Ein bedeutender Teil der Richter plädierte für ein ausschließlich aus Richtern bestehendes Gremium; der Präsident des Obersten Gerichts sprach sich aber, dem Minister zustimmend, für ein Gremium mit gemischter Zusammensetzung bei richterlicher Mehrheit aus. Seiner Begründung zufolge bringt ein nur aus Richtern bestehendes Gremium nicht nur die Gefahr des Korporativismus mit sich, sondern auch die Gefahr, dass die Fähigkeit zur Durchsetzung der richterlichen Interessen abnimmt.³⁸ Dementsprechend bilden den Rat 9 Richter, der Justizminister, der Generalstaatsanwalt, der Präsident der Ungarischen Rechtsanwaltskammer und je ein vom Verfassungs- und Justizausschuss, sowie vom Haushalts- und Finanzausschuss

³⁷ Die ministeriale Begründung zum Gesetz 1997: LXVI.

³⁸ Solt Pál: *Az Országos Igazságszolgáltatási Tanács ünnepélyes alakulólésére*. *Bírák Lapja*, 1998, 1., 8. (Solt Pál, zur feierlichen konstituierenden Sitzung des Landesjustizrats, *Bírák Lapja*, 1998, 1., 8.).

des Parlaments benannter Parlamentsabgeordneter; den Posten des Präsidenten nimmt der Präsident des Obersten Gerichts ein.

Angesichts der Aufgaben lässt sich feststellen, dass der Landesjustizrat sämtliche frühere Verwaltungsaufgaben des Ministeriums übernommen hat. Allerdings erhielt er dabei auch Verwaltungsbefugnisse, die kein einziges Regierungsorgan je ausgeübt hat und in einem Rechtsstaat auch nicht ausüben dürfte.

Der Justizrat versah seine Aufgabe von seiner Gründung an bis zu seiner Auflösung unter heftiger Kritik. Kritik äußerten nicht nur die Richter oder die Vertreter der Rechtswissenschaften, sondern oftmals auch Politiker. Nach den Wahlen 1998 zeigten mehrere Äußerungen des Justizministers, dass die Exekutive die dem neuen System innewohnenden Grenzen wahrzunehmen begann. Eine Regierung, die einen strengen Kampf gegen das Verbrechen verkündet, sieht dem Eigenleben des Justizwesens oftmals ohnmächtig zu, auf das sie nur unmittelbar einwirken kann (der Vorsitzende des Landesjustizrats reagierte einmal sehr scharf auf eine die Langsamkeit geißelnde Äußerung von Ministerin Dávid Ibolya).

In Anbetracht der Diskussionen in Frankreich oder Portugal über die Zusammensetzung des Rates lässt sich erkennen, dass es keine Lösung gibt, die ungeteilte Zustimmung genießen würde. Sicher kann jedoch behauptet werden, dass die Existenz des Rates die Möglichkeiten und gleichzeitig die Verantwortung der Richterschaft erhöhte und versuchte, einen Schlussstrich unter ein Unabhängigkeitsbestreben von mehreren Jahrzehnten zu ziehen. Die Freude darüber verdeutlichen die auf der konstituierenden Sitzung geäußerten Worte des Präsidenten: „Wenn ich den heutigen Tag als einen Tag von historischer Bedeutung bezeichnen würde, würden mich dazu eher meine Rührung, die durch den lang ersehnten Augenblick verursachte Anspannung und die kaum zu verhehlende Neigung des Menschen zu Plattitüden verleiten. Ich möchte maßvoller bleiben, aber weniger kann ich auch so nicht sagen: Die Gründung des Landesjustizrates ist in der ungarischen Justizgeschichte ein einmaliges und hoffentlich auch beim Prozess des Ausbaus des verfassungsmäßigen Rechtsstaats ein wichtiges Ereignis.“³⁹

³⁹ Ebenda, 7.

V. Von Reform zu Reform (1998–2011)

FIDESZ-MPP, die die führende Kraft unter den bei den Wahlen 1998 siegreichen rechtsgerichteten Parteien darstellte, machte am Anfang ihrer Regierungszeit offensichtlich, dass sie die Beendigung zahlreicher Großprojekte und Reformmaßnahmen, die durch die Sozialisten begonnen wurden, verhindern wollte. Obgleich MDF, die kleinste Partei der Koalition – die 1990 das Rückgrat der rechtsgerichteten Kraft bildete –, den Posten des Justizministers erlangte, war der Einfluss des Regierungschefs auch auf diesem Gebiet spürbar. Die Medien sprachen bald vom persönlichen Konflikt zwischen dem Präsidenten des Obersten Gerichts und dem Regierungschef, was die beiderseitigen scharfen Äußerungen auch bestärkten. Obwohl die Vorbereitungen der durch die Sozialisten ausgearbeiteten und durch die Gesetzgebung verabschiedeten organisatorischen Reformen in vollem Gang waren, stellte sich bald heraus, dass die Regierung diese Reformen, sich auf finanzielle Gründe berufend, stoppen wollte. Der Stopp betraf im Wesentlichen eines der wichtigsten Elemente der Reform, die Einrichtung einer neuen Gerichtsinstanz, die die Verringerung der die Gerichte belastenden Sachbelastung und gleichzeitig die Veränderung des Rechtsmittelsystems hätte bedeuten können. Zur Annullierung einzelner Elemente der Reform bedurfte es auch einer Verfassungsänderung. Da die neue Regierung zu dieser Änderung aufgrund ihrer Kräfteverhältnisse nicht in der Lage war, sprach sie lediglich von dem Verschieben der Einführung der Tafelgerichte. Die seitens der Regierung bestehende konzeptionelle Diskrepanz, die den Bestrebungen der sozialistischen Regierung bezüglich des Justizwesens entgegenstand, war allerdings allgemein bekannt. Dies projizierte aber nicht das Verschieben, sondern das vollständige Verwerfen der Einrichtung der Tafelgerichte voraus. Obwohl das „Verschieben“ dieses Elements des Reformpakets große Empörung innerhalb des Justizwesens auslöste,⁴⁰ beharrte die Regierung auf dem Abstellen des Prozesses. (Das Gesetz 1998:LXXI setzte das Gesetz 1997:LXIX über die Festlegung des Sitzes und die örtliche Zuständigkeit der Tafelgerichte zum 1. Januar 1999 außer Kraft, somit wurde das Mandat der bereits ernannten Führungspersonen zurückgenommen.)

Zur wirklichen Einrichtung der Tafelgerichte konnte es somit erst in Folge der Niederlage der rechtsgerichteten Regierung nach der Bil-

⁴⁰ Die Einrichtung der neuen Gerichtsgebäude war im Gange und die Leiter dieser Gerichte waren bereits ernannt. Vielerorts wurden angesichts der Reform neue Richterstellen ausgeschrieben und jene, die erfolgreich an diesen Ausschreibungen teilnahmen, wurden später dennoch nicht ernannt, usw.

derung der MSZP-SZDSZ⁴¹-Koalition kommen. Im Sinne von § 1 Abs. 1 des Gesetzes 2002:XXII über die Festlegung des Sitzes und die örtliche Zuständigkeit der Tafelgerichte und der staatsanwaltlichen Rechtsmittelorgane entstanden zum 1. Januar 2003 in der Hauptstadt, in Szeged und in Pécs die Tafelgerichte als Teil der Gerichtsorganisation. Sie nahmen ab dem 1. Juli 2003 ihre Arbeit auf. § 1 Abs. 4 des Gesetzes ordnete mit Frist vom 1. Juli 2004 die Einrichtung zweier weiterer Tafelgerichte in Debrecen und in Győr an, die – nach 55-jähriger Zwangspause – am 1. Januar 2005 ihre Arbeit aufnehmen konnten.

Die zwei wichtigsten Elemente der Reform von 1997 waren damit praktisch realisiert. Die Arbeit des Justizrates hatte sich zu diesem Zeitpunkt bereits größtenteils stabilisiert und die Rahmen bezüglich der Verwaltung und die Eigenheiten der Arbeitsmechanismen sind innerhalb der Richterschaft bekannt geworden.

Während das Tafelgerichtssystem, das zwischen 1998 und 2002 wegen der Absicht der Regierung eine Verzögerung erlitt, nach dem Regierungswechsel 2010 unbehelligt weiterarbeitete und weiterarbeitet, wurde das zweite Standbein der Reform von 1997 angetastet. Dass die Arbeit des Landesjustizrates beinahe ununterbrochen von außen und von innen fachlich kritisiert wurde, schuf offenbar die geeignete Situation für die Umbildung der äußeren Verwaltung des Justizwesens. Die Situation und die individuellen Aspekte jener, die die Kritiken formulierten, induzierten ganz voneinander abweichende kritische Anmerkungen. Selbstverständlich sah ein städtischer Richter die Probleme woanders als ein Verwaltungsaufgaben versiehender Komitatsgerichtspräsident oder ein Hochschullehrer. Während ein städtischer Richter dem Landesjustizrat z. B. das Fehlen des administrativen Hilfspersonals oder den Zustand der Gerichtsgebäude vorwarf, betonten die Komitatsgerichtspräsidenten eher die Betriebsprobleme des Landesjustizratsamts. 2002 äußerten sie daher konkrete Vorschläge im Interesse der Verbesserung des entstandenen Systems.

Während die Komitatsgerichtspräsidenten die Einschränkung ihrer Verwaltungsbefugnisse reklamierten, reklamierten externe Analysten die Gefahr des Korporativismus oder die Übermacht der Präsidenten. Die umfassendste Analyse dieser Zeit bietet die Monographie von Fleck Zoltán und der von ihm verfasste Studienband, in dem die von ihm geleitete

⁴¹ Ungarische Sozialistische Partei, Bund Freier Demokraten.

Forschergruppe die umfassende Analyse der Anomalien der Arbeit der Gerichte vornahm.⁴²

Von welcher Seite die Kritiken auch kamen, das von ihnen erreichte Ergebnis war identisch. Sie durften als Grundlage für eine grundlegende Reform dienen, an welche ihre Verfasser nicht einmal im Traum gedacht haben. Die Hoffnungen von Fleck scheinen sich vorerst nicht zu verwirklichen, hatte er sich doch in seinem oben genannten Buch folgendermaßen ausgedrückt: „In zehn Jahren werden unsere Angelegenheiten hoffentlich von einer Justizgewalt geregelt, die der heutigen von außen betrachtet organisatorisch zum Verwechseln ähnlich sieht, in der Tiefe jedoch in einigen Details das Ergebnis von Veränderungen aufweist, durch die die Durchsetzung der richterlichen Unabhängigkeit erweitert, der verantwortliche Rechtsanwender geschaffen, die Arbeit der Organisation transparent und kontrollierbar gemacht und dadurch auch die Effizienz verbessert wird.“⁴³ 2011 unternahm der Gesetzgeber jedoch organisatorische Neuerungen, welche nicht als Feinabstimmung, sondern gerade als radikaler Abriss oder Umbau der früheren Struktur bezeichnet werden können.

VI. Reform im Schatten der Zweidrittelmehrheit (2010–)

Obwohl in den Medienberichten anfangs nur von der Umgestaltung der Zusammensetzung des Rates und seiner Arbeitsweise die Rede war, wurde nach dem Regierungswechsel ziemlich schnell klar, dass die Regierung als Bestandteil des Verfassungsgebungsprozesses die erhebliche Umgestaltung des organisatorischen Rahmens des Justizwesens vorhat. Mit der Schaffung des Grundgesetzes und dem Gesetz 2011:CLXI ersetzt eine gänzlich neue Struktur die Arbeit des Landesjustizrats. Die zentralen Verwaltungsaufgaben des Justizwesens versieht aufgrund dessen das Landesrichteram, dessen besonders bedeutende Machtbefugnisse genießender Präsident, beziehungsweise der als Kontrollorgan fungierende Landesrichterrat. Viele kritisierten früher die Störungen im Betrieb zwischen dem Landesjustizrat und dessen Amt. Die Reform von 2011 wünschte das Problem scheinbar mit einem Rollenwechsel zu lösen. Es kam eine mit fundamen-

⁴² Fleck Zoltán. *Bíróságok mérlegen*. Pallas Tudástár, 2008, 361.; Fleck Zoltán (szerk.) *Bíróságok mérlegen II*. Pallas Tudástár, 2008, 392. (Fleck Zoltán, Gerichte in der Waagschale, Pallas Tudástár, 2008, 361.; Fleck Zoltán (Redakteur), Gerichte in der Waagschale II., Pallas Tudástár, 2008, 392.).

⁴³ Fleck, zitiertes Werk, 17.

talen Verwaltungsbefugnissen ausgestattete Behörde mit einer Ein-Personenführung, und ein aus Richtern bestehendes, über ärmliche Befugnisse verfügendes Kontrollgremium zustande, dessen Einwirkungsmöglichkeit auf die wirklichen Entscheidungen stark begrenzt ist. Die Position des Amtspräsidenten ist wegen der Zweidrittelmehrheit im Parlament und der außergewöhnlich langen Amtszeit (9 Jahre), verglichen mit der des Landesrichterrats, dessen Mitgliedern⁴⁴ oder dessen halbjährlich wechselnden Präsidenten, sichtlich stärker. Für sich genommen, entspricht das neue System insoweit den europäischen Verwaltungstrends, als es die Verwaltung der Gerichte, die Gewaltenteilung erfüllend, in die Hände der Richter legt. Es ging hinsichtlich der Zusammensetzung der Justizräte sogar über jene Erwartung hinaus, dass in diesem Gremium die Richter möglichst in der Mehrheit sein sollen, denn andere Staatsgewalten (und Juristenstände) verfügten in den neuen Gremien nicht einmal über eine Vertretung. Wegen der umgehenden Einführung der neuen Struktur und in Kenntnis des politischen Umfelds sahen allerdings viele, anstatt der Stärkung der organisatorischen Unabhängigkeit des Justizwesens, eben die Gefahr der Entwicklung der politischen Unabhängigkeit.

Während die Regierung die Reform mit der Notwendigkeit der Beschleunigung der Verfahren und der Erhöhung der Effizienz begründete, sprach die Opposition von dem Ende oder der erheblichen Beschädigung der richterlichen Unabhängigkeit, behauptend, dass das ausgesprochene Ziel der mit Zweidrittel-Regierungsmehrheit, ohne Zustimmung der Opposition, durchgeprägelter Reform die Sicherung der Macht eines regierungsnahen Präsidenten war, der über die Ernennung und Beförderung der Richter, sowie durch das Innehaben anderer Verwaltungsbefugnisse in der Lage sein werde auf lange Sicht auch die autonomen Entscheidungen der Richter zu beeinflussen. Um diese Argumentation zu belegen, zitierten sie jene Bestimmung des Grundgesetzes, die den bereits ernannten Präsidenten auch dann in seiner Stellung halten würde, wenn es dem nächsten Kandidaten nicht gelänge, mit Ablauf der neun Jahre die zu seiner Ernennung erforderliche Zweidrittelmehrheit im Parlament zu erlangen.⁴⁵

Die Polemik im Zusammenhang mit der neuen Struktur spielte sich nicht nur innerhalb der Landesgrenzen ab und erweckte zusammen mit der ungarischen Verfassungsgebung und der neuen Medienregelung das rege Interesse der internationalen Medien. Der Fall des vor Ende seiner Amtszeit entlassenen Präsidenten des Obersten Gerichts und das Pro-

⁴⁴ Die Mitglieder des Landesrichterrats werden für 6 Jahre gewählt.

⁴⁵ Diese Bestimmung des Grundgesetzes wurde am 17. Juli 2012 außer Kraft gesetzt.

blem der frühzeitigen Pensionierung der Richter erhöhten dieses Interesse weiter und trugen zur Diskussion über die richterliche Unabhängigkeit bei. Einer ungarischen Justizreform wurde noch nie soviel internationale Aufmerksamkeit zuteil.

Während viele ausländische Verfassungsrechtler und Publizisten die ungarische richterliche Unabhängigkeit beweinten, sprach die Regierung von Panikmache⁴⁶ und verteidigte sich damit, dass die Gerichte auch weiterhin unabhängig und nicht der Regierung untergeordnet seien.

Die Venedig-Kommission, das aus Verfassungsrechtlern bestehende Gremium des Europarats, legte eine umfassende Beurteilung vor, gemäß derer es im Hinblick auf die richterliche Unabhängigkeit glücklicher gewesen wäre, eine kleinere Modifikation des früheren Systems vorzunehmen, als dieses durch ein neues zu ersetzen, das weniger in der Lage sei die richterliche Unabhängigkeit zu gewährleisten als das frühere. Ihrer Meinung nach habe im neuen System eine einzige Person im Gegensatz zur europäischen Praxis ungewöhnlich weite Befugnisse, während die richterliche Selbstverwaltung in den Hintergrund gerate. Sie bemängelte jenes Recht des Präsidenten, Sachen nach seinem Belieben von einem Gericht an ein anderes zu verlegen, was den Grundsatz des Rechts auf den gesetzlichen Richter verletze. Nach Meinung der Kommission seien die Befugnisse des Präsidenten des Landesrichteramts ungenau, lediglich umschrieben festgelegt worden, was den Spielraum des Präsidenten erhöhe, gleichzeitig seien die Befugnisse des Parlaments und des Organisationssystems zur Kontrolle des Präsidenten sehr gering. Die Zusammensetzung des Gremiums zur Kontrolle des Präsidenten (Landesrichterrat) sei problematisch, da die Vertretung anderer Juristenstände nicht sichergestellt sei. Aber noch wichtiger sei, dass das Gremium über keine einzige Befugnis verfüge, die hinsichtlich der richterlichen Verwaltung wichtig sei, weshalb seine Rolle sehr gering sei.

Der ungarische Gesetzgeber modifizierte zahlreiche Punkte der die Organisation des Justizwesens betreffenden gesetzlichen Regelungen, in erster Linie in Folge der Vorschläge der Venedig-Kommission. Zu den wichtigsten darunter zählen die Änderungen im Zusammenhang mit dem Mandat und den Befugnissen des Präsidenten des Landesrichteramts, dessen weite Befugnisse eingeschränkt wurden und dessen Tätigkeit stärkerer gesetzgeberischer und fachlicher Kontrolle unterworfen wurde. Zum Bei-

⁴⁶ Taylor, Guy. *Hungarian Leaders See Hysteria among Critics of Reforms*. The Washington Times, June 2012, 5.

spiel sind durch die Änderung die durch ihn erlassenen Regelungen durch das Verfassungsgericht überprüfbar, und seine Befugnis zum Anregen eines Disziplinarverfahrens blieb ihm nur hinsichtlich jener Richter erhalten, deren Ernennung zu seinen Befugnissen zählt. Mehrere seiner früheren Befugnisse gingen auf den Landesrichterrat über. Im Fall seiner ihm verbliebenen Befugnisse muss er für Entscheidungen die Zustimmung des Landesrichterrats einholen.

Den Änderungen zum Trotz, blieben Vorbehalte seitens internationaler Organisationen auch weiterhin spürbar. Das Menschenrechtsinstitut der Internationalen Rechtsanwaltskammer verfasste im September 2012 zu diesem Themenkreis, ähnlich der Venedig-Kommission, eine kritische Meinung, in der es den Reformvorgang in zahlreichen Punkten angreift, angefangen bei der Amtsenthebung des Präsidenten des Obersten Gerichts, über den Ausschluss der Opposition vom Reformvorgang und der frühen Pensionierung der Richter, bis hin zur Einschränkung der Befugnisse des Verfassungsgerichts (z. B. Abschaffung der Popularklage).⁴⁷

Das Unverständnis der Befürworter des Reformprozesses spiegelt vielleicht ein Leserkommentar am ehesten wieder, der nach einer Schrift zu finden ist, die die ungarische Justizreform kurz darstellt:⁴⁸ „...und wer hat die Venedig-Kommission ernannt? Durch was fühlen sich ihre Mitglieder dazu berechtigt, ein Urteil über eine Verfassung zu fällen, die von einer gewählten Regierung erlassen wurde? ...die während des kommunistischen Regimes ernannten Richter müssen wegen ihrer Vorurteile ausgewechselt werden. Dies wird durch eine demokratisch gewählte Regierung durchgeführt. Warum ist dies ein Problem?“

Wie der ganze Verfassungsgebungsprozess, wurde innerhalb dessen auch die zweitbedeutendste Reform nach der Systemwende nicht von einem Konsens der regierenden und oppositionellen Parteien begründet, was den Neuregelungen, trotz des eine parlamentarische Zweidrittelmehrheit erfordernden Charakters des entscheidenden Gesetzes, eine nur beschränkte Lebensdauer bescheren könnte: Die oppositionellen Kräfte haben sich jedenfalls die Wiederherstellung des „Originalzustandes“ auf diesem Gebiet auf ihre Fahnen geschrieben.

⁴⁷ Autor, Umstrittene Fragen: Die Wirkung der letzten Reformen auf die Unabhängigkeit der Gerichte und auf die Rechtsstaatlichkeit in Ungarn, International Bar Association, September 2012.

⁴⁸ Rayner, Jonathan. *Hungarian Judicial Reforms Slammed as Breach of Rights*, 19. März 2012.

Die Wirkung der Grundrechte und Grundfreiheiten zwischen Privaten*

Detlev W. Belling

Universitätsprofessor Universität Potsdam

Antje Herold | Marek Kneis

Akad. Mitarbeiterin | Akad. Mitarbeiter

I. Die Einführung

Nach den Erfahrungen des nationalsozialistischen Unrechts im Deutschen Reich von 1933 bis 1945 wurden die Grundrechte in der deutschen Verfassung (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949) exponiert an den Anfang gestellt. An der Spitze steht der Schutz der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG): *„Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen, ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.“* Wo – im Gegensatz zu einem totalitären System¹ – Staat und Gesellschaft unterschieden werden, drängt sich die Frage auf, ob diese Garantie sich allein gegen den Staat richtet oder ob sie auch für die Bürger untereinander gilt, die in ihm leben, also innerhalb der Gesellschaft. Traditionell werden die Grundrechte vor allem als *Abwehrrechte* gegen den Staat verstanden (Freiheit vom Staat²), welche die Freiheitsphäre des Bürgers vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt sichern sollen³.

* Herrn o. Prof. (em.) Dr. iur. Dr. h.c. (mult.) Wilfried Schlüter mit den besten Wünschen gewidmet, der am 28.01.2015 sein 80. Lebensjahr vollendet. Besonders sei ihm für seine umsichtige Mitwirkung in der Gründungskommission der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam gedankt.

¹ Beispielsweise geprägt durch das „Prinzip der völkischen Einheit und Ganzheit“, E. R. Huber, Verfassungsrecht des großdeutschen Reiches, 1937/39, § 14a) (S. 157-167) oder die „sozialistische Einheit von Staat und Bürger“, Institut für Theorie des Staates und des Rechts der Akademie der Wissenschaften der DDR (Hrsg.), Marxistisch-leninistische Staats- und Rechtstheorie, 1975, S. 260.

² Im Sozialismus galt diese Konzeption als „Anachronismus“, Akademie für Staats- und Rechtswissenschaft der DDR, Potsdam-Babelsberg (Hrsg.), Staatsrecht der DDR, 2. Aufl. 1984, S. 181.

³ BVerfGE 7, 198, 204; 50, 290, 337; 68, 193, 205; Fabisch, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte im Arbeitsrecht, 2010, S. 57 m. w. N.; Guckelberger, JuS 2003, 1151, 1152; aus-

Dass sich ihre Wirkung in dieser Beziehung nicht erschöpft, wurde schon früh bemerkt, wie *Starck*⁴ kürzlich nachgewiesen hat. Doch wie wirken die Grundrechte zwischen Privaten?

Bei den Beratungen zum Grundgesetz wurde der Frage, wenn überhaupt, nur wenig Beachtung geschenkt, obwohl schon die rücksichtslosen Auseinandersetzungen in der Gesellschaft während der Weimarer Republik (1918-1933) es nahegelegt hätten und man die Schwächen der Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919 beseitigen wollte⁵. Doch kurze Zeit nach Inkrafttreten des Grundgesetzes im Jahr 1949 entbrannte in der deutschen Rechtswissenschaft unter der Thematik „*Drittwirkung*⁶ der Grundrechte“ eine Diskussion darüber, ob und wie die Grundrechte⁷ Private vor Übergriffen anderer Privater schützen. Es geht um die Frage der *horizontalen* Geltung der Grundrechte im Verhältnis der Bürger zueinander, im Gegensatz zur *vertikalen* Geltung im Verhältnis des Bürgers gegenüber der Staatsgewalt. Im Gegensatz zum Verhältnis zwischen dem Bürger und dem Staat sind in der Konstellation, in der sich zwei Bürger gegenüberstehen, auf beiden Seiten Grundrechtsträger betroffen. Nicht allein im Hinblick auf die in Art. 1 Abs. 1 GG geschützte Menschenwürde dauert der Streit an⁸, weil der Kreis der Grundrechtsadressaten im Grundgesetz nicht eigens festgelegt wird.

drücklich schon von Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz, 1953, S. 57 u. 62; ders., in: Schriftlicher Bericht zum Entwurf des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, 1949, S. 5; Starck, Wie kommen die Grundrechte ins Privatrecht und wie wirken sie dort?, in: Festschrift für Rolf Stürmer, 1. Teilbd., hrsg. v. Bruns/Kern/Münch/Kiekenbrock/Stadler/Tsikrikas, 2013, S. 61, 66.

⁴ Starck, Wie kommen die Grundrechte ins Privatrecht und wie wirken sie dort?, in: Festschrift für Rolf Stürmer, 1. Teilbd., hrsg. v. Bruns/Kern/Münch/Kiekenbrock/Stadler/Tsikrikas, 2013, S. 61-77.

⁵ In der Verfassung von 1919 wirkten Grundrechte nur im Verhältnis zwischen dem Bürger und dem Staat. Ausnahmen bildeten lediglich Art. 118 Abs. 1 S. 1 und Art. 159. Starck, Wie kommen die Grundrechte ins Privatrecht und wie wirken sie dort?, in: Festschrift für Rolf Stürmer, 1. Teilbd., hrsg. v. Bruns/Kern/Münch/Kiekenbrock/Stadler/Tsikrikas, 2013, S. 61, 66.

⁶ Der Begriff „Drittwirkung“ wurde 1954 geprägt von Hans-Peter Ipsen (Gleichheit, in: Die Grundrechte, Band 2, hrsg. v. Neumann/Nipperdey/Scheuner, 1954, S. 111, 143).

⁷ Einige Grundrechte scheinen sich ihrem Inhalt nach allein gegen den Staat zu richten und folglich von der Drittwirkung ausgenommen zu sein. Gemeint sind etwa das Petitionsrecht (Art. 17 GG) oder das Recht auf Nichtausbürgerung (Art. 16 Abs. 1 S. 1 GG). Es ist allerdings nicht ausgeschlossen, dass die Ausübung auch dieser Grundrechte von privater Seite behindert wird. Dementsprechend eignen sich alle Grundrechte für eine mittelbare Drittwirkung; ebenso Szczekalla, Die sog. grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, S. 149 f., 350 f.; Guckelberger, JuS 2003, 1151, 1154 (mit großer Wahrscheinlichkeit); a. A. Lücke, JZ 1999, 377, 379.

⁸ Für die unmittelbare Drittwirkung von Art. 1 Abs. 1 GG: BAG, NJW 1957, 1688, 1690; BAGE 38, 69, 80 f.; Maunz/Dürig/Herdegen, GG, 2014, Art. 1, Rn. 74; v. Münch/Kunig, GG, 6. Aufl. 2012, Art. 1, Rn. 27; BeckOK/Hillgruber, 2013, Art. 1, Rn. 8; Guckelberger, JuS 2003, 1151, 1152; dagegen: Canaris, AcP 184 (1984), 201, 203 f.; Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 477 f.

II. Die verschiedenen Theorien zur Wirkung der Grundrechte im Privatrechtsverkehr

1. Die sog. unmittelbare Drittwirkung

Nach der Theorie der unmittelbaren Drittwirkung sind auch Private unmittelbar an die Grundrechte gebunden. Die Bürger können sich gegenseitig auf die Beachtung der Grundrechte in Anspruch nehmen.

2. Die sog. mittelbare Drittwirkung

Die Vertreter der Theorie der „nur“ mittelbaren Drittwirkung lehnen die unmittelbare Drittwirkung ab. Die Konzeption beruht auf der Annahme, dass das Grundgesetz in seiner Funktion als *objektive Wertordnung* für alle Bereiche des Rechts gelte. Keine bürgerlich-rechtliche Vorschrift dürfe im Widerspruch zu dieser objektiven Wertordnung stehen. Als *Medium* für die *Ausstrahlungswirkung der Grundrechte* in das bürgerliche Recht dienen danach vor allem die *unbestimmten Rechtsbegriffe* und Generalklauseln, wie etwa die Begriffe „Sittenwidrigkeit“ und „Treu und Glauben“.

3. Die Grundrechte als Schutzgebote

Einem anderen Ansatz folgt schließlich die *Theorie der staatlichen Schutzpflicht*. Ihre Vertreter gehen davon aus, dass Grundrechte auch einen Schutzauftrag des Staats dahin enthalten, vor allem bei fehlender Macht-symmetrie den unterlegenen Bürger vor der Beeinträchtigung seiner Grundrechte durch den überlegenen Bürger zu bewahren⁹. Angelegt ist die grundrechtliche Schutzdimension schon im Wortlaut von Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG¹⁰ sowie Art. 6 Abs. 1 und 4 GG^{11, 12}.

⁹ Dazu unten V. 2. b) – d).

¹⁰ Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG: Die Würde des Menschen ist unantastbar. S. 2: Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.

¹¹ Art. 6 Abs. 1 GG: Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung. Abs. 4: Jede Mutter hat Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft.

¹² Darüber hinaus statuiert Art. 20a GG (Der Staat schützt auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen und die Tiere im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung.) staatliche Schutzpflichten freilich

III. Die Rechtslage in anderen Staaten

1. Vorbemerkung

Die Diskussion über die Wirkung der Grundrechte zwischen Privaten wird in vielen Staaten geführt – besonders in solchen, die Diktaturen überwunden und sich in den letzten Jahrzehnten moderne freiheitliche Verfassungen gegeben haben und sie verwirklichen. Es finden sich unterschiedliche Ansätze. In einigen Verfassungen ist die Drittwirkung ausdrücklich angeordnet oder zumindest angelegt. Dabei sind die deutsche Rechtsprechung und Lehre nicht ohne Einfluss geblieben¹³. Auf der Ebene der Europäischen Union wird die Frage nicht einheitlich beantwortet. In Russland beginnt die Diskussion erst.¹⁴ Diskutiert wird sogar im internationalen Recht, ob transnationale Unternehmen, die in Entwicklungsländern teilweise staatliche Aufgaben übernehmen, an völkerrechtliche Normen gebunden sind.¹⁵ Nicht alle Fragen in diesem Rahmen lassen sich nachfolgend beantworten, sondern bedürfen weiterer Forschung.

2. Ungarn

Das Grundgesetz ist die Grundlage für das Rechtssystem Ungarns¹⁶ und steht damit über allen anderen Gesetzen. Alle Gesetze müssen dem Grundgesetz entsprechen. Ob und wie die Grundrechte zwischen Privaten wirken, wird – wie in der Bundesrepublik Deutschland – weder von der alten Verfassung noch von dem neuen Grundgesetz Ungarns¹⁷ ausdrücklich geregelt.

ohne entsprechenden Grundrechtsträger und ohne subjektiv-rechtlichen Anspruch; BVerwG NJW 1995, 2648, 2649; Maunz/Dürig/Scholz, GG, 2014, Art. 20a, Rn. 33.

¹³ Nach Hirsch, Anayasanın Özel Hukuk Kurallanna Etkileri, Türkiye Barolar Birliği'nin 1. Türk Hukuk Kongresinde Sunulan Tebliğ, 1972, S. 7 f., hat die Diskussion über die Drittwirkung der Grundrechte im deutschen Recht das türkische Rechtssystem beeinflusst.

¹⁴ Siehe Berger, Osteuropa Recht 2013, 326 ff. unter Berücksichtigung der grundrechtlichen Besonderheiten in Russland; dies., Die Bindung der Bürger an die Grundrechte – Ein Rechtsvergleich zwischen Deutschland und Russland, 2014, S. 47 ff., 118 ff.

¹⁵ Dazu eingehend: Klein, Der Schutz unternehmerischer Freiheit. Nationale, europa- und völkerrechtliche Aspekte, demnächst im Tagungsband der 3. Woche des Deutschen Rechts, 2013.

¹⁶ Art. R Abs. 1 Grundgesetz Ungarns.

¹⁷ Zwischen 1949 und 2012 hieß die höchste geschriebene Norm Ungarns „Verfassung“ (Alkotmány). Die ursprünglich sozialistisch geprägte Verfassung wurde mit dem Systemwechsel im Jahr 1989 grundlegend überarbeitet und entsprach den demokratischen Werten; technisch gesehen wurde aber keine neue Verfassung verabschiedet. Die am 01.01.2012 in Kraft getretene neue Verfassung trägt den Titel „Grundgesetz Ungarns“ (Magyarország Alaptörvénye).

Ähnlich wie die alte Verfassung besagt das (neue) ungarische Grundgesetz, dass „das Grundgesetz und die Rechtsvorschriften für alle verbindlich sind“.¹⁸ Diese Bestimmung ist als Teil des Rechtsstaatsprinzips zu verstehen. Die unmittelbare Anwendbarkeit der Grundrechte zwischen Privaten kann daraus nach herrschender Meinung nicht abgeleitet werden.¹⁹

Gemäß Art. I Abs. 1 des ungarischen Grundgesetzes „sind die unverletzlichen und unveräußerlichen Grundrechte des Menschen zu achten. Deren Schutz ist primäre Pflicht des Staates“. Das ungarische Verfassungsgericht (*Alkotmánybíróság*) betont in seiner Rechtsprechung, dass der Staat die Rahmenbedingungen sicherstellen muss, welche die Durchsetzung der Grundrechte garantieren.²⁰ Das Verfassungsgericht hatte bisher aber noch nicht darüber zu befinden, ob und wie die Grundrechte im Verhältnis der Bürger zueinander gelten.²¹

Das geltende Grundgesetz fordert die Richter der ordentlichen Gerichte zur objektiv teleologischen und verfassungskonformen Auslegung auf.²² Damit diese Pflicht auch in der Praxis erfüllt wird, wurde die Prüfung der sogenannten „echten“ *Verfassungsbeschwerde*²³ als neue Kompetenz des Verfassungsgerichts eingeführt. Diese Änderung gehört zu den Stärken des ungarischen Grundgesetzes,²⁴ weil seitdem das ungarische Verfassungsgericht befugt ist, aufgrund einer Verfassungsbeschwerde die Konformität einer rechtskräftigen richterlichen Entscheidung mit dem Grundgesetz zu prüfen²⁵ und nicht nur über die Verfassungsmäßigkeit einer Rechtsvorschrift zu erkennen²⁶.

¹⁸ Art. R Abs. 2 Grundgesetz Ungarns.

¹⁹ *Sonnevend*, Az alapjogi bíráskodás és korlátai (Die Grundrechtsgerichtsbarkeit und deren Grenzen), Fundamentum, 1998/4, S. 79; *Vincze*, Az Alkotmány rendelkezéseinek érvényre juttatása a polgári jogviszonyokban (Die Geltendmachung der Bestimmungen der Verfassung in privaten Rechtsverhältnissen), Polgári Jogi Kodifikáció, 2004, S. 5 ff.

²⁰ 64/1991. (XII. 17.) Verfassungsgerichtsentscheidung; 30/1992 (V. 26.) Verfassungsgerichtsentscheidung; *Sonnevend*, Az alapjogi bíráskodás és korlátai (Die Grundrechtsgerichtsbarkeit und deren Grenzen), Fundamentum, 1998/4, S. 84.

²¹ *Zakariás*, Die Problematik des Verhältnisses der Grundrechte zum Privatrecht im ungarischen Recht, *Iustum Aequum Salutare*, 2010/3, S. 243.

²² Art. 28 Grundgesetz Ungarns; *Jakab*, A bírói jogértelmezés az Alaptörvény tükrében, *JeMa*, 2011/4, S. 93.

²³ Das neue Verfassungsgerichtsgesetz (Gesetz 2011: CLI über das Verfassungsgericht, u. VerfGG) ist ebenfalls am 01.01.2012 in Kraft getreten. Dessen § 27 konkretisiert die „echte“ Verfassungsbeschwerde.

²⁴ *Küpper*, Ungarns neues Grundgesetz von 2011 und seine Änderungen – Teil 1, *WiRo* 2013, 353, 357.

²⁵ Art. 24 Abs. 2 lit. d Grundgesetz Ungarns.

²⁶ Art. 24 Abs. 2 lit. c Grundgesetz Ungarns.

Das neue Bürgerliche Gesetzbuch, das am 15. März 2014 in Kraft getreten ist, ordnet ausdrücklich an, dass dessen Bestimmungen im Einklang mit der Verfassungsordnung Ungarns auszulegen sind (§ 1:2 Abs. 2 neues ungar. BGB).²⁷ Dadurch wird gewährleistet, dass auch im Bereich der privatrechtlichen Rechtsanwendung die Verfassungsmäßigkeit gewahrt wird. Den ordentlichen Gerichten ist es überlassen, wie und in welchem Umfang sie die Grundrechte auf private Rechtsverhältnisse anwenden. Es bleibt also abzuwarten, ob sie als selbständige Rechtsgrundlage einer Entscheidung oder als Auslegungshilfe bei der Rechtsfindung dienen werden.²⁸ Schließlich kann im konkreten Fall durch die Verfassungsbeschwerde vom Verfassungsgericht geprüft werden, ob die grundrechtsbezogene Entscheidung des Zivilrichters verfassungskonform war.²⁹

Über die Wirkung der Grundrechte zwischen Privaten herrscht im ungarischen Schrifttum Uneinigkeit. In der Literatur wurden schon die entsprechenden Bestimmungen der alten Verfassung hinsichtlich der Anwendbarkeit der Grundrechte zwischen Privaten kontrovers diskutiert: Sowohl als Grundlage für deren mittelbare³⁰ oder unmittelbare³¹ Wirkung als auch zur Ablehnung der Drittwirkung.³² Im Hinblick auf das neue Grundgesetz und das neue Bürgerliche Gesetzbuch gewinnt das Thema an Ak-

²⁷ § 1 Abs. 2 des vorherigen Bürgerlichen Gesetzbuchs (Gesetz IV:1959) besagte lediglich, dass die Gesetzesbestimmungen im Einklang mit Ungarns wirtschaftlicher und gesellschaftlicher Ordnung auszulegen sind. Im Vergleich dazu spricht die neue Formulierung („im Einklang mit Ungarns Verfassungsordnung“) eindeutig für die Beachtung der Grundrechte bei der Auslegung.

²⁸ *Gárdos-Orosz*, Constitutional adjudication and the individual – a post-socialist solution. In Вторые Ельцинские чтения. Материалы международной научной конференции Конституционализм в современной мировой и российской истории. Екатеринбург, Издательство Уральского университета. 2013, S. 90.

²⁹ *Gárdos-Orosz*, Constitutional adjudication and the individual – a post-socialist solution. In Вторые Ельцинские чтения. Материалы международной научной конференции Конституционализм в современной мировой и российской истории. Екатеринбург, Издательство Уральского университета. 2013, S. 90.

³⁰ U. a. *Vékás*, Parerga, 2008, S. 25 ff.; *Sonnevend*, Az alapjogi bíráskodás és korlátai (Die Grundrechtsgerichtsbarkeit und deren Grenzen), Fundamentum, 1998/4, S. 81 f.

³¹ *Lábady*, Alkotmányjogi hatások a későbbi Ptk. szabályaira (Verfassungsrechtliche Wirkungen auf die Regeln des werdenden BGB), Polgári jogi kodifikáció, 2000/2, S. 13 ff.; *Halmai*, Az alkotmány mint norma a bírói jogalkalmazásban (Die Verfassung als Norm im Rahmen der richterlichen Rechtsanwendung), Fundamentum, 1998/3, S. 77 ff.

³² Dazu eingehend: *Gárdos-Orosz*, Az emberi jogok alkalmazásának lehetőségei a rendes bíróságokon különös tekintettel a magánjogi jogvitákra (Die Möglichkeiten der Grundrechtsanwendung der ordentlichen Gerichte insbesondere in privatrechtlichen Streitigkeiten), 2010, S. 115 ff.; *Zakariás*, Die Problematik des Verhältnisses der Grundrechte zum Privatrecht im ungarischen Recht, Iustum Aequum Salutare, 2010/3, S. 230; *Vincze*, Die unmittelbare Anwendbarkeit der ungarischen Verfassung, Jahrbuch für Ostrecht, 1/2009, S. 87 ff.; *Menyhárd*, Az emberi jogok magánjogi érvényesülése (Die Wirkung der Menschenrechte im Privatrecht), in: Kisfaludi, Liber amicorum: studia L. Vékás dedicata, 2009, S. 225 ff.

tualität. Das Schrifttum scheint zur Theorie der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte zu tendieren. Demnach sollen die Grundrechte horizontal in erster Linie durch die richterliche Auslegung der Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe in das Privatrecht hineinwirken.³³

3. Türkei

Im türkischen Rechtssystem wurde dagegen die Drittwirkung deutlich in der Verfassung (Art. 11 Abs. 1 TV von 1982³⁴) angeordnet.³⁵ Danach binden die Verfassungsvorschriften als rechtliche Grundregeln (gemeint sind damit auch die Grundrechte) nicht nur die Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung, sondern auch die Verwaltungsbehörden und die übrigen Organisationen und (Privat) Personen.

Auf dieser Grundlage wird die unmittelbare Drittwirkung weithin akzeptiert³⁶. Für diese Ansicht spricht auch Art. 27 des Türkischen Obligationenrechts n. F. (tOR), wonach verfassungswidrige privatrechtliche Vereinbarungen nichtig sind.³⁷ Ein weiteres Argument wird Art. 12 TV (1982) entnommen.³⁸ Nach dessen Abs. 1 besitzt jedermann mit seiner

³³ Paczolay, A közjog és a civiljog kapcsolata az Alaptörvényben – avagy a Ptk. alkotmányos alapjai (Das Verhältnis vom Staats- und Zivilrecht im Grundgesetz – Die verfassungsmäßigen Grundlagen des BGB), 2013, S. 10; Gárdos-Orosz, Az emberi jogok alkalmazásának lehetőségei a rendes bíróságokon különös tekintettel a magánjogi jogvitákra (Die Möglichkeiten der Grundrechtsanwendung der ordentlichen Gerichte insbesondere in privatrechtlichen Streitigkeiten), 2010, S. 282; Vincze, Die unmittelbare Anwendbarkeit der ungarischen Verfassung, Jahrbuch für Ostrecht, 1/2009, S. 84 ff.; Sonnevend, Az alapjogi bíráskodás és korlátai (Die Grundrechtsgerichtsbarkeit und deren Grenzen), Fundamentum, 1998/4, S. 84.

³⁴ Die Vorgängerregelung war Art. 8 TV von 1961.

³⁵ Belling/Ince, Legal Hukuk Dergisi 2014, Sayı 137 (2014), 1, 38 f.

³⁶ Vgl. etwa Gören, Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu I' den Ayrı Bası, Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, Ankara 11 Mayıs 2001, S. 1, 31; Özcan, AÜEHFD, C. IX, Sayı 3-4 (2005), 181, 186; Dural/Ögüz, Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, İstanbul 2002, S. 93 f.; Sabuncu, ZİTS 1989, 35, 53; Okur, Kamu-İş, C. 10, Sayı 3 (2009), 1, 11; Hirsch, Die Verfassung der Türkischen Republik, 1966, S. 88; Kameti, İÜHFM, C. 53, Sayı 1-4 (1988-1990), 199, 210; Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, İstanbul 2006, S. 46; Çelik, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2005, S. 355; Tunçomağ/Centel, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2005, S. 4; Tanör/Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 2002, S. 121 ff. Ausführlich: Belling/Ince, Legal Hukuk Dergisi 2014, Sayı 137 (2014), 1, 38 ff. und 44.

³⁷ Hirsch, Die Verfassung der Türkischen Republik, 1966, S. 89; Gören, Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu I' den Ayrı Bası, Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, Ankara 11 Mayıs 2001, S. 1, 31.

³⁸ Özcan, AÜEHFD, C. IX, Sayı 3-4 (2005), 181, 186; Rumpf, Das türkische Verfassungssystem, 1996, S. 240.

Persönlichkeit verbundene, unantastbare, unübertragbare sowie unverzichtbare Grundrechte und Grundfreiheiten. Nach Abs. 2 umfassen die Grundrechte und Grundfreiheiten auch eine gegenüber der Gemeinschaft, der eigenen Familie und anderen Personen bestehende Verpflichtung und Verantwortung Privater. Aus der Vorschrift gehe deutlich hervor, dass nicht nur die Staatsgewalten, sondern auch Private gegenüber anderen Grundrechtsträgern verantwortlich sind.³⁹ Es wird betont, dass die Grundrechte auch von nichtstaatlichen Kräften bedroht werden⁴⁰. Die Grundrechte sollen deshalb auch Schutz vor privaten Mächten bieten⁴¹.

Zunehmend wird jedoch auch von den Befürwortern der unmittelbaren Drittwirkung gesehen, dass die Verfassungsvorschriften im Privatrecht nur im Ausnahmefall unmittelbar wirken, weil die Grundrechte bereits durch privatrechtliche Normen ausreichend konkretisiert werden oder über privatrechtliche Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe – also in Form verfassungskonformer Interpretation – nur „mittelbar“ im Privatrecht wirken.⁴² Eine unmittelbare anspruchsbegründende Anwendung der Grundrechte sei dennoch notwendig, solange bestimmte Vorschriften der Verfassung nicht durch Gesetze geregelt seien.⁴³

Eine andere Meinung in der türkischen Literatur lehnt die unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte ab.⁴⁴ Mit dem Ziel, einen um-

³⁹ *Rumpf*, Das türkische Verfassungssystem, 1996, S. 240.

⁴⁰ *Gören*, Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu I' den Ayrı Bası, Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, Ankara 11 Mayıs 2001, S. 1, 32; *Özcan*, AÜEHFD, C. IX, Sayı 3-4 (2005), 181; *Dural/Öğüz*, Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, İstanbul 2002, S. 93 f.; *Sevimli*, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, İstanbul 2006, S. 46.

⁴¹ *Gören*, Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu I' den Ayrı Bası, Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, Ankara 11 Mayıs 2001, S. 1, 32; *Özcan*, AÜEHFD, C. IX, Sayı 3-4 (2005), 181; *Dural/Öğüz*, Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, İstanbul 2002, S. 93 f.; *Sevimli*, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, İstanbul 2006, S. 46; *Çelik*, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2005, S. 355; *Tunçoğlu/Centel*, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2005, S. 4.

⁴² *Belling/Ince*, Legal Hukuk Dergisi, Sayı 137 (2014), 1, 45; *Gören*, Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu I' den Ayrı Bası, Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, Ankara 11 Mayıs 2001, S. 1, 23 ff.; *Özcan*, AÜEHFD C. IX, Sayı 3-4 (2005), 181, 200; *Dural/Öğüz*, Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, İstanbul 2002, S. 93 f.; *Hirsch*, Die Verfassung der Türkischen Republik, 1966, S. 88 f.; *Kaneti*, İÜHFM, C. 53, Sayı 1-4 (1988-1990), 199, 200; *Tanör/Yüzbaşıoğlu*, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 2002, S. 121 ff.; *Ünsal*, Politische und religiöse Symbole im Betrieb, 2009, S. 468 f.

⁴³ *Kaneti*, İÜHFM, C. 53, Sayı 1-4 (1988-1990), 199, 210 f.; *Tanör/Yüzbaşıoğlu*, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 2002, S. 121 ff.

⁴⁴ Ausführlich: *Belling/Ince*, Legal Hukuk Dergisi 2014, Sayı 137 (2014), 1, 44; *Ünsal*, Politische und religiöse Symbole im Betrieb, 2008, S. 467-469 m. w. N.; *Sungurtekin-Özkan*, DEÜHFD, C. 11 Özel Sayı 2009, 553, 554.

fassenderen Grundrechtsschutz im Privatrecht zu gewährleisten, leitet diese Ansicht aus Art. 5 TV⁴⁵ eine Schutzgebotsfunktion der Grundrechte ab. In der Konsequenz ist primär der Gesetzgeber zur Schaffung einer grundrechtsadäquaten Privatrechtsordnung aufgerufen. Die Grundrechte wirken aber auch über zivilrechtliche Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe in das Zivilrecht hinein (etwa Art. 2, 23, 24 tZGB).⁴⁶ Sollten ausnahmsweise keine ausfüllungsfähigen Rechtsnormen eingreifen, können gesetzliche Regelungen sogar im Wege der „normativen Lückenschließung“ unter Berufung auf die Grundrechte korrigiert werden.⁴⁷

IV. Die historische Entwicklung des Meinungsstands in Deutschland

1. Die frühe Rechtsprechung des BAG und die unmittelbare Drittwirkung von Grundrechten

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) sprach sich 1954 – zu Beginn seiner Rechtsprechung – für die unmittelbare Drittwirkung aus und hielt daran über Jahrzehnte fest.⁴⁸ Geprägt wurde die Rechtsprechung dabei vornehmlich von seinem ersten Präsidenten und Vorsitzenden des Ersten Senats: *Hans Carl Nipperdey*⁴⁹, dem federführenden Befürworter der unmittelbaren Drittwirkung seit 1949.⁵⁰ *Nipperdey* vertrat den Standpunkt, dass eine Reihe von Grundrechten „die wichtige Funktion von Ordnungssätzen oder Grundsatznormen für die gesamte Rechtsordnung“

⁴⁵ Gemäß Art. 5 TV gehört es u. a. zu den Grundzielen und Aufgaben des Staats, die politischen, wirtschaftlichen und sozialen Hindernisse zu beseitigen, welche die Grundrechte und Grundfreiheiten der Person in einer mit den Prinzipien des sozialen Rechtsstaats und der Gerechtigkeit nicht zu vereinbarenden Weise beschränken.

⁴⁶ *Belling/Ince*, Legal Hukuk Dergisi 2014, Sayı 137 (2014), 1, 44; *Sungurtekin-Özkan*, DEÜH-FD, C. 11 Özel Sayı 2009, 553, 554.

⁴⁷ *Belling/Ince*, Legal Hukuk Dergisi 2014, Sayı 137 (2014), 1, 44; *Ünsal*, Politische und religiöse Symbole im Betrieb, 2008, S. 470–472 m. w. N.

⁴⁸ Beispielhaft BAGE 1, 185, 193 f., 196; 3, 296, 301; 4, 274, 276 ff.; 16, 95, 100; 24, 438, 441; BAG DB 1975, 551, 552.

⁴⁹ *Hans Carl Nipperdey* bekleidete das Amt des (ersten) Präsidenten des BAG vom 12.04.1954 bis zum 31.01.1963. Zum Leben und (juristischen) Wirken von *Hans Carl Nipperdey* umfassend *Adomeit*, in: Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler, Band 1, hrsg. v. Grundmann/Riesenhuber, 2007, S. 149 ff.

⁵⁰ Vgl. *Nipperdey*, RdA 1949, 214, 216; 1950, 121, 124 f.; BB 1951, 282, 283 f.; DVBl. 1958, 445, 46 ff.

habe, weshalb sie auch Private unmittelbar binden und nicht nur als „Leitsätze“ oder „Auslegungsregeln“ fungieren sollten.⁵¹ Verstöße gegen diese Grundnormen führten demnach im Zivilrecht zur Nichtigkeit des jeweiligen Rechtsgeschäfts.⁵² Andere Autoren stellen in diesem Zusammenhang ausdrücklich auf § 134 BGB⁵³ ab und sehen in dem verletzten Grundrecht ein entsprechendes Verbotsgesetz.⁵⁴ Soweit sich aus dem Grundrecht ein subjektives Recht ableiten lässt, soll es im Deliktsrecht daneben als sonstiges Recht i. S. v. § 823 Abs. 1 BGB^{55,56} bzw. als Schutzgesetz gemäß § 823 Abs. 2 BGB⁵⁷ gelten.⁵⁸

2. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte

Das Bundesverfassungsgericht sprach sich schon früh für die sogenannte mittelbare Drittwirkung aus und folgte damit unter anderem *Günter*

⁵¹ *Nipperdey*, Grundrechte und Privatrecht, 1961, S. 14; *Enneccerus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band 1, Halbband 1, 15. Aufl., 1959, S. 93, 98 ff.; a. A. *Larenz*, Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 1967, § 2 III, S. 38 f.

⁵² *Nipperdey*, Grundrechte und Privatrecht, 1961, S. 14.

⁵³ § 134 BGB: Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt.

⁵⁴ So etwa *Mangoldt/Klein*, Das Bonner Grundgesetz, Band I, 2. Aufl., 1957, S. 68 zu Art. 9 Abs. 3, 3 Abs. 3 und Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG; a. A. *Dürig*, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: FS Nawiascky, hrsg. v. Maunz, 1956, S. 157, 162; *Jellinek*, BB 1950, 425, 426. Zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Vorschriften aus den EU-Verträgen, vor allem der Grundfreiheiten vgl.: *Schroeder*, Grundkurs Europarecht, 3. Aufl. 2013, § 14, Rn. 29.

⁵⁵ § 823 Abs. 1 BGB: Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

⁵⁶ *Nipperdey*, Grundrechte und Privatrecht, 1961, S. 15. Die Einordnung als sonstiges Recht i. S. v. § 823 Abs. 1 BGB spricht nicht in jedem Fall für eine unmittelbare Drittwirkung des jeweiligen Grundrechts nach der geltenden Rechtslage, die nur von einer mittelbaren Drittwirkung ausgeht. So wird vor allem das Allgemeine Persönlichkeitsrecht zu den sonstigen Rechten i. S. v. § 823 Abs. 1 BGB gezählt (*Palandt/Sprau*, BGB, 73. Aufl. 2014, § 823, Rn. 19, 83 ff.). Dennoch wird nicht von einer unmittelbaren Drittwirkung dieses Grundrechts ausgegangen. Bei dem durch § 823 Abs. 1 BGB geschützten privatrechtlichen Persönlichkeitsrecht handelt es sich vielmehr um ein Institut des einfachen Rechts, das mit dem verfassungsrechtlichen Grundrecht nicht identisch ist (*Palandt/Sprau*, BGB, 73. Aufl. 2014, § 823, Rn. 84; *Jarass*, NJW 1989, 857, 858).

⁵⁷ § 823 Abs. 2 BGB: Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalt des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein.

⁵⁸ Vgl. erneut zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Vorschriften aus den EU-Verträgen, vor allem der Grundfreiheiten: *MüKo/Wagner*, BGB, 6. Aufl. 2013, § 823, Rn. 391; *Schroeder*, Grundkurs Europarecht, 3. Aufl. 2013, § 14, Rn. 29; vgl. auch *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 202.

Dürig.⁵⁹ Er lehnte die unmittelbare Drittwirkung ab, weil ein Verbot für den Staat noch längst kein solches für Private untereinander sei.⁶⁰ Das Zivilrecht sei vielmehr gegenüber dem verfassungsrechtlichen Grundrechtssystem eigenständig und eigengesetzlich.⁶¹ Zur Abwehr von Angriffen der Bürger untereinander dienten neben den vorhandenen speziellen zivilrechtlichen Schutznormen die wertausfüllungsfähigen und -bedürftigen Generalklauseln des Zivilrechts⁶², namentlich die §§ 138⁶³, 242⁶⁴, 826 BGB^{65, 66}

a) Das *Lüth-Urteil*

Das Bundesverfassungsgericht hatte im Jahr 1958 im sog. "*Lüth-Urteil*"⁶⁷ über einen Fall aus dem Deliktsrecht zu befinden. Der Vorsitzende eines privaten Presseclubs, *Erich Lüth*, hatte 1950 zum Boykott des Films "Unsterbliche Geliebte" aufgerufen. Der Regisseur des Films, *Veit Harlan*, hatte während des Nationalsozialismus den antisemitischen Film "Jud Süß" gedreht und sei daher – wörtlich zitiert (*Lüth*) – „einer der wichtigsten Exponenten der mörderischen Judenhetze der Nazis“ gewesen. Der Produzent und der Verleiher des Films klagten auf Unterlassung wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung und obsiegten vor dem Landgericht Hamburg.

⁵⁹ *Dürig*, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: FS Nawiasky, hrsg. v. Maunz, 1956, S. 157 ff.

⁶⁰ *Dürig*, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: FS Nawiasky, hrsg. v. Maunz, 1956, S. 157, 162.

⁶¹ *Dürig*, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: FS Nawiasky, hrsg. v. Maunz, 1956, S. 157, 164, 173 ff.

⁶² LG Potsdam WM 2014, 414 (zur Rauchbelästigung durch Mitmieter); *Dürig*, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: FS Nawiasky, hrsg. v. Maunz, 1956, S. 157, 176; *ders.*, Freizügigkeit, in: Die Grundrechte, Band 2, hrsg. v. Neumann/Nipperdey/Scheuner, 1954, S. 507, 525.

⁶³ § 138 Abs. 1 BGB: Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.
§ 138 Abs. 2 BGB: Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen.

⁶⁴ § 242 BGB: Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

⁶⁵ § 826 BGB: Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet.

⁶⁶ A. A. *Enneccerus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band 1, Halbband 1, 15. Aufl. 1959, S. 97. Für das türkische Recht *Sungurtekin-Özkan*, DEÜHFD, C. 11 Özel Sayı 2009, 553, 554. Ähnliche Schutznormen existieren dort auch: Art. 2 ZGB, Art. 27 n. F. tOR und Art. 49 Abs. 2 n. F. tOR.

⁶⁷ BVerfGE 7, 198 ff.; dazu sowie zum Film und den beteiligten Personen umfassend *Henne/Riedlinger*, Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht, 2005.

Das Bundesverfassungsgericht hob das Urteil auf⁶⁸, weil das Gericht bei der Auslegung des Begriffs der „guten Sitten“ in der Anspruchsnorm (§ 826 BGB⁶⁹) den Gehalt des Grundrechts auf freie Meinungsäußerung (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG⁷⁰) nicht beachtet habe. Das Bürgerliche Gesetzbuch müsse so interpretiert werden, dass der besondere Wertgehalt des Grundrechts der Meinungsfreiheit in der freiheitlichen Demokratie gewahrt bleibe. Das Grundgesetz habe in seinem Grundrechtsabschnitt eine *objektive Wertordnung* errichtet, welche als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gelte. Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung empfangen von ihm Richtlinien und Impulse. So beeinflusse es auch das bürgerliche Recht; keine bürgerlich-rechtliche Vorschrift dürfe in Widerspruch zu ihm stehen, jede müsse in seinem Geiste ausgelegt werden.

Die *Lüth*-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts bestätigte nicht nur, dass Grundrechte (hier Persönlichkeitsrecht einerseits, Meinungs- und Medienfreiheit andererseits) auch Private betreffen – ohne sie zu Grundrechtsadressaten zu machen. Sie markierte zugleich den Zeitpunkt, von dem an sich in der Rechtsprechung die Lehre der sogenannten *mittelbaren* Drittwirkung der Grundrechte etablierte.⁷¹ Danach wird die Wirkung der Grundrechte in privatrechtlichen Streitigkeiten indirekt „durch das Medium der das jeweilige Rechtsgebiet unmittelbar beherrschenden Vorschriften“ vermittelt.⁷² Medium für die *Ausstrahlungswirkung der Grundrechte* in das bürgerliche Recht sind unbestimmte Rechtsbegriffe in zivilrechtlichen Generalklauseln, wie etwa die Begriffe „Treu und Glauben“ und „billiges Ermessen“, die als Übermaßverbote wirken⁷³. Sie werden deshalb auch als „Einbruchstellen der Grundrechte in das bürgerliche Recht“ bezeichnet.⁷⁴ So wird etwa der Begriff der „Sittenwidrigkeit“ nicht nur durch die sich wandelnden Anschauungen in der Gesellschaft⁷⁵, sondern vor al-

⁶⁸ BVerfGE 7, 198 ff.

⁶⁹ Vgl. Fn. 65.

⁷⁰ Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG: Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten.

⁷¹ Die *Lüth*-Entscheidung wird überdies als eine „wesentliche Quelle des europäischen Grundrechtsdenkens“ bezeichnet; vgl. *Di Fabio*, JZ 2004, 1.

⁷² BVerfGE 7, 198, 205; BVerfG NJW 2013, 3086, 3087.

⁷³ BVerfGE 81, 242, 256.

⁷⁴ BVerfGE 7, 198, 205 unter Hinweis auf *Dürig* in: Die Grundrechte, Band 2, hrsg. v. Neumann/Nipperdey/Scheuner, 1954, S. 525. Die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte in das Privatrecht bestätigte das Bundesverfassungsgericht danach immer wieder, BVerfGE 24, 236, 251; 32, 311, 318; 34, 269, 280; 35, 202, 218 f.; 42, 143, 147 f.; 73, 261, 269; 81, 242, 254 ff.; 96, 375, 399; 112, 332, 358; GRUR 2011, 223, 224, Rn. 19.

⁷⁵ Vgl. dazu BVerfGE 7, 198, 207.

lem durch die grundrechtlichen Wertentscheidungen inhaltlich bestimmt. Die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte in das Privatrecht bestätigte das Bundesverfassungsgericht danach immer wieder.⁷⁶ Dadurch wurde die Trennung von Privatrecht und Verfassungsrecht durchbrochen⁷⁷.

b) Die Urteile zum Schwangerschaftsabbruch

Die sich aus den Grundrechten ergebende staatliche Schutzpflicht wurde erstmals durch das Bundesverfassungsgericht im Urteil zum Schwangerschaftsabbruch von 1975⁷⁸ anerkannt. Das Urteil hatte die damalige Neuregelung der Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs zum Gegenstand. Die Schutzpflicht des Staats für das ungeborene Leben leitete das Bundesverfassungsgericht aus dem objektiv-rechtlichen Gehalt des Grundrechts auf Leben (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG⁷⁹) i. V. m. der Menschenwürdeggarantie (Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG⁸⁰) her.⁸¹ Sie verbiete nicht nur unmittelbare eigene Eingriffe, sondern gebiete es dem Staat auch, den Einzelnen vor rechtswidrigen Eingriffen von Seiten anderer zu bewahren. Der Staat muss danach den *Nasciturus*, der verbreiteter Meinung nach schon Grundrechtsträger⁸² ist, vor rechtswidrigen Eingriffen von Seiten anderer – auch

⁷⁶ BVerfGE 24, 236, 251; 32, 311, 318; 34, 269, 280; 35, 202, 218 f.; 42, 143, 147 f.; 73, 261, 269; 81, 242, 254 ff.; 96, 375, 399; 112, 332, 358; GRUR 2011, 223, 224, Rn. 19; NJW 2013, 3086, 3087. Ipsen, JZ 2014, 157, 161.

⁷⁸ BVerfGE 39, 1 (sog. erstes Urteil zum Schwangerschaftsabbruch). Der BGH hatte schon vor dem BVerfG im Jahr 1960 festgestellt, dass „die Organe des Staates, mögen sie der gesetzgebenden, der rechtsprechenden oder der vollziehenden Gewalt angehören, [...] nicht nur den Bürger in seinem so geschützten Rechtsgut vor Übergriffen des Staates zu schützen haben, sondern darüber hinaus *verpflichtet sind*, die das Rechtsgut schützende Grundsatznorm auch bei der ihnen übertragenen Beurteilung und Regelung menschlicher Verhältnisse, soweit sie die Beziehungen der Staatsbürger zueinander betreffen, zu beachten und *zur Geltung zu bringen*.“ Vgl. BGHZ 33, 145, 150 (Hervorhebung nicht im Original).

Zuvor hatte der BGH aus Art. 1 Abs. 1 S. 2 i. V. m. Art. 1 Abs. 3 i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG das Allgemeine Persönlichkeitsrecht als sonstiges Recht i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB hergeleitet (BGHZ 24, 72, 77) und damit die Schutzpflicht wahrgenommen. Drei Jahre davor hatte der BGH bereits die Wirkung von Art. 1 und 2 GG im Privatrecht bejaht, allerdings ohne sich auf die unmittelbare oder mittelbare Wirkung der Grundrechte im Privatrecht festzulegen (BGHZ 13, 334, 338). Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG: Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit.

⁸⁰ Vgl. Fn. 10.

⁸¹ BVerfGE 39, 1, 41; 46, 160, 164.

⁸² Zu Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG: Isensee/Kirchhof/Müller-Terpitz, Handbuch des Staatsrechts, Band VII, 2009, § 147, Rn. 30 f.; Isensee/Kirchhof/Rüfner, Handbuch des Staatsrechts, Band IX, § 196, Rn. 4; Maunz/Dürig/Di Fabio, GG, 2014, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, Rn. 24; auch zu Art. 1 GG: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1, 1988, § 70 IV 5 e) (S. 1063); Sachs/Höfling, GG, 6. Aufl. 2011, Art. 1, Rn. 60; offen gelassen in BVerfGE 39, 1, 41;

der (werdenden) Mutter⁸³ – beschützen.⁸⁴ Die mit dem Schwangerschaftsabbruch einhergehende Verletzung der Grundrechte des Ungeborenen⁸⁵ führt dazu, dass jeder Schwangerschaftsabbruch grundsätzlich als Unrecht anzusehen ist.⁸⁶ Es muss im Rahmen der Abwägung mit den ebenfalls relevanten Grundrechten der Mutter aber berücksichtigt werden, dass es für sie Grenzen des Erträglichen, des Aushaltbaren, gibt. Diese Grenze ist erreicht, wenn die Belastung eine derart hohe Aufopferung eigener Lebenswerte verlangt, dass sie von der Frau nicht erwartet werden kann.⁸⁷ In diesem Fall wird der Frau keine Rechtspflicht zum Austragen des Kinds auferlegt. Der Gesetzgeber wurde daher durch das BVerfG aufgerufen, diese Gesichtspunkte bei der erforderlichen Neuregelung zur Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs hinreichend zu berücksichtigen.⁸⁸ Nach deutschem Recht bleibt der Schwangerschaftsabbruch nunmehr ohne Indikation in der Frühphase der Schwangerschaft auch strafflos, wenn sich die Schwangere unter anderem einem Beratungsgespräch unterzogen hat, welches sie in erster Linie zum Fortsetzen der Schwangerschaft ermutigen soll.⁸⁹ Damit wird dem staatlichen Schutzauftrag gegenüber dem Ungeborenen nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts Genüge getan.

c) Die Handelsvertreterentscheidung

Auf das Privatrecht wandte das BVerfG die Schutzgebotsfunktion der Grundrechte erstmals eingehend⁹⁰ 15 Jahre später in der sog. *Handelsvertreter-Entscheidung*⁹¹ an. Ein im Weinhandel tätiger Handelsvertreter hatte ein zweijähriges, entschädigungsloses Wettbewerbsverbot vereinbart

88, 203, 251 ff.; a. A. *Szczekalla*, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, 2002, S. 169 f.

⁸³ *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, Band IX, 2011, § 191, Rn. 149.

⁸⁴ Das gilt selbst, wenn man nicht von einer Rechtssubjektivität des Nasciturus ausgeht, sondern die Schutzpflicht nur aus der objektiven Werteordnung des Grundgesetzes ableitet – vgl. BVerfGE 39, 1, 41; 88, 203, 251 ff.

⁸⁵ Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 2 GG sowie Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG.

⁸⁶ BVerfGE 39, 1, 44; 88, 203, 255.

⁸⁷ BVerfGE 88, 203, 256 f. (sog. zweites Urteil zum Schwangerschaftsabbruch).

⁸⁸ Die Regelungen zur Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs wurden mit Gesetz vom 27.07.1992 (BGBl. I 1992, S. 1398, 1402) entsprechend geändert.

⁸⁹ Vgl. §§ 218a Abs. 1, 219 StGB.

⁹⁰ Zuvor wurden Schutzpflichten bereits im Zusammenhang mit sorgerechtlichen Verfahren angesprochen, um eine hinreichende Berücksichtigung der grundrechtlichen Stellung des Kindes in materieller und verfahrensrechtlicher Hinsicht zu garantieren – BVerfGE 55, 171, Rn. 20.

⁹¹ BVerfGE 81, 242.

für den Fall, dass der Vertrag aus einem von ihm verschuldeten wichtigen Grund gekündigt würde. Diese vertragliche Regelung entsprach dem damals geltenden § 90a Abs. 2 S. 2 HGB⁹². Nachdem der Handelsvertreter schuldhaft Grund zur fristlosen Kündigung gegeben hatte, berief er sich mit einer Verfassungsbeschwerde auf die Verfassungswidrigkeit dieser Norm. Sie durchbricht die Regel, dass der Unternehmer stets verpflichtet ist, dem Handelsvertreter für seine Wettbewerbsunterlassung eine angemessene Entschädigung zu zahlen (§ 90a Abs. 1 S. 3 HGB).⁹³ Das BVerfG stellte die Unvereinbarkeit der Norm mit dem Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG⁹⁴) fest. Es erkannte, die berufliche Tätigkeit könne zwar privatautonom durch zivilrechtlichen Vertrag gestaltet werden. Privatautonomie bestehe aber nur im Rahmen der geltenden Gesetze, und diese seien ihrerseits an die Grundrechte gebunden.⁹⁵

Gestützt wurde die Entscheidung auf die staatliche Schutzpflicht. Diese greift im Privatrecht ein, wenn bei der privatvertraglichen Verfügung über grundrechtliche Positionen ein annäherndes Kräftegleichgewicht der Parteien fehlt und damit die freie Selbstbestimmung inadäquat eingeschränkt ist. Das BVerfG bejahte die gestörte Vertragsparität und befand die betreffende Norm als unverhältnismäßig. Die darin geregelte undifferenzierte und vollständige Verweigerung einer Entschädigung für jedwede Fallgestaltung und für die höchstmögliche Dauer der Karenzzeit finde keine sachliche Grundlage in den Besonderheiten einer vorzeitigen und verschuldeten Vertragsbeendigung.⁹⁶ Die streitige Norm wurde mit Wirkung zum 01.07.1998 aufgehoben.⁹⁷

⁹² § 90a Abs. 2 S. 2 HGB a. F.: Kündigt der Unternehmer das Vertragsverhältnis aus wichtigem Grund wegen schuldhaften Verhaltens des Handelsvertreters, so hat dieser keinen Anspruch auf Entschädigung.

⁹³ BVerfGE 81, 242, 259.

⁹⁴ Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG: Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen.

⁹⁵ BVerfGE 81, 242, 254.

⁹⁶ BVerfGE 81, 242, 260 ff.

⁹⁷ Handelsrechtsreformgesetz v. 22.06.1998; BGBl. I 1998, S. 1474, 1476.

d) Die Bürgschaftsrechtsprechung

Wenn der Gesetzgeber seine Schutzpflicht nicht konkret, sondern durch zivilrechtliche Generalklauseln ausübt, steht die Aufgabe der Verwirklichung der staatlichen Schutzpflichten den *Gerichten* zu.⁹⁸ Aufmerksamkeit erregte in diesem Zusammenhang vor ca. 20 Jahren die sog. *Bürgschaftsrechtsprechung*. In der Sicherungspraxis von Banken war es üblich geworden, bei der Vergabe von Krediten an mittelständische Unternehmen einen Bürgschaftsvertrag mit Familienangehörigen in beträchtlicher Höhe – d. h. über 100.000 DM und mehr – zu schließen. Die Bürgen waren selten älter als 21 Jahre und ohne Berufsausbildung oder arbeiteten als ungelernte Kraft in einer Fabrik.⁹⁹

Den Klagen auf Zahlung aus solchen Bürgschaften gab der Bundesgerichtshof trotzdem statt.¹⁰⁰ Er nahm an, Bürgschaftsverträge könnten nicht deshalb als *sittenwidrig* angesehen werden, weil sie voraussichtlich zu einer Überschuldung führten. Die Bank könne davon ausgehen, dass ein Erwachsener, der eine Bürgschaftsverpflichtung übernehme, die Tragweite seines Handelns kenne und sein Risiko selbstverantwortlich einschätze.¹⁰¹

Das Bundesverfassungsgericht hob 1993 eine solche Entscheidung des Bundesgerichtshofs auf. Der Bundesgerichtshof hatte seine Pflicht verletzt, bei der Anwendung und Auslegung der Generalklauseln des Bürgerlichen Gesetzbuchs dafür zu sorgen, dass privatrechtliche Verträge nicht als Mittel der Fremdbestimmung missbraucht werden. Allerdings stehen sich im Privatrechtsverkehr zwei Grundrechtsträger mit dem gleichen Anspruch auf Privatautonomie und Selbstbestimmung (i. S. v. Art. 2 Abs. 1 GG¹⁰²) gegenüber. Die kollidierenden Grundrechtspositionen seien daher so zu begrenzen, dass sie für alle Beteiligten möglichst wirksam werden.¹⁰³ Die Gerichte dürften sich deshalb erst dann nicht mehr mit der Feststellung begnügen: „Vertrag ist Vertrag!“, wenn der Vertragsinhalt für eine Seite ungewöhnlich belastend und der Interessenausgleich infolge strukturell ungleicher Verhandlungsstärke offensichtlich unangemessen sei. Das Zivilgericht müsse folglich klären, ob die Regelung eine Folge

⁹⁸ Vgl. etwa BVerfGE 96, 56, 64; BVerfG NJW 2013, 3086, 3087; BAGE 76, 155, 168.

⁹⁹ Vgl. etwa BGHZ 106, 269; BGH NJW 1989, 1605.

¹⁰⁰ Vgl. BGHZ 106, 269.

¹⁰¹ Vgl. etwa BGHZ 106, 269, 271 f.

¹⁰² Art. 2 Abs. 1 GG: Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.

¹⁰³ BVerfG NJW 1994, 2749, 2750.

strukturell ungleicher Verhandlungsstärke ist, und dann gegebenenfalls im Rahmen der Generalklauseln des Zivilrechts korrigierend eingreifen.¹⁰⁴

Indem der BGH das Zustandekommen und den Inhalt des Bürgschaftsvertrags ohne Rückgriff auf die Generalklauseln bewertete und die gestörte Vertragsparität zwischen den Parteien unberücksichtigt ließ, hat das Gericht es versäumt, die gegenläufigen Grundrechte des Bürgen und der Bank zum Ausgleich zu bringen. Dadurch wurde dem Bürgen der Schutz seines Grundrechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG¹⁰⁵) versagt. Der Bürge war von Verfassungs wegen berechtigt, diesen Schutz vom Gericht zu fordern, um einer lebenslangen „Schuldenfalle“ zu entgehen.

e) Das Sorgerecht des Vaters eines nichtehelichen Kinds

In jüngster Zeit hatte das Bundesverfassungsgericht über das Sorgerecht des Vaters eines nichtehelichen Kinds zu befinden. Die elterliche Sorge¹⁰⁶ für Kinder, deren Eltern nicht miteinander verheiratet sind, lag in Deutschland seit 1. Juli 1970¹⁰⁷ grundsätzlich bei der Mutter.¹⁰⁸ Der Vater konnte das Sorgerecht zunächst nur in besonderen Ausnahmefällen¹⁰⁹, seit 1. Juli 1998 in allen Fällen erlangen, vorausgesetzt es liegt ein Einverständnis der Mutter vor. Dazu müssen beide Eltern gemäß § 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB erklären, dass sie die Sorge für das Kind gemeinsam übernehmen wollen.¹¹⁰ Diese Norm hatte das Bundesverfassungsgericht im

¹⁰⁴ BVerfGE 89, 214, 234; vgl. auch 81, 242, 254 ff.; BVerfG NJW 2013, 3086, 3087.

¹⁰⁵ Vgl. Fn. 102.

¹⁰⁶ Bis 1980 fand sich im BGB noch anstelle der elterlichen Sorge der Begriff der „elterlichen Gewalt“; vgl. den unterschiedlichen Gesetzestext in § 1626 BGB im Jahr 1958 und 1980, abgedruckt in BGBl. I 1957, S. 609, 624 und BGBl. I 1979, S. 1061.

¹⁰⁷ Davor stand das uneheliche Kind nicht unter elterlicher Gewalt, sondern wurde durch den Amtsvormund (das Jugendamt) vertreten. Die Mutter hatte lediglich das Recht und die Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen; ausführlich Staudinger/Göppinger, BGB, 10./11. Aufl. 1969, in der Kommentierung zu § 1707 BGB.

¹⁰⁸ Vgl. NEhelG (Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder) vom 19.08.1969 (BGBl. I 1969, S. 1243, 1248 ff.), vor allem § 1705 S. 1 BGB der damaligen Fassung sowie den durch das KindRG (Kindschaftsrechtsreformgesetz) vom 16.12.1997 neu eingefügten § 1626a Abs. 2 BGB (BGBl. I 1997, S. 2942, 2945).

¹⁰⁹ Etwa durch Adoption des Kindes oder durch Verheiratung mit der Kindesmutter oder durch Ehelicherklärung; vgl. dazu ausführlich z. B. Staudinger/Göppinger, BGB, 12. Aufl. 1992, § 1705, Rn. 27, §§ 1719, 1723 ff.

¹¹⁰ Vgl. den durch das KindRG (Kindschaftsrechtsreformgesetz) vom 16.12.1997 neu eingefügten § 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB (BGBl. I 1997, S. 2942, 2945: Sind die Eltern bei der Geburt des Kindes nicht miteinander verheiratet, so steht ihnen die elterliche Sorge dann gemeinsam zu, wenn sie erklären, dass sie die Sorge gemeinsam übernehmen wollen (Sorgeerklärungen)). Eine

Januar 2003 zunächst für verfassungsgemäß erachtet.¹¹¹ Es hatte dazu ausgeführt, dass es nicht gegen das Elternrecht des Vaters aus Art. 6 Abs. 2 GG¹¹² verstoße, dass ein Kind nicht miteinander verheirateter Eltern nach § 1626a Abs. 2 BGB¹¹³ zunächst rechtlich allein der Mutter zugeordnet wird und grundsätzlich ihr die Personensorge zu übertragen ist. Auch sei es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass die gemeinsame Sorge von der Bereitschaft und Zustimmung der Mutter abhängt, weil für die Ausübung des Elternrechts ein Mindestmaß an Übereinstimmung zwischen den Eltern erforderlich sei.¹¹⁴ Allerdings wollte das Gericht seine Ansicht nicht für alle Zeit festschreiben. Vielmehr machte es auf die zukünftige Möglichkeit eines Verfassungsverstoßes aufmerksam, sofern sich die der Gesetzgebung zugrundeliegenden Annahmen des Gesetzgebers nicht bestätigen sollten.

Dementsprechend änderte das Bundesverfassungsgericht sieben Jahre später (veranlasst durch eine entsprechende Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte¹¹⁵) seine Ansicht. Es erachtete es zwar weiterhin als verfassungsgemäß, dass der Gesetzgeber das elterliche Sorgerecht für ein Kind nicht miteinander verheirateter Eltern auch bei wirksamer Vaterschaftsanerkennung zunächst allein der Mutter übertragen hat.¹¹⁶ Demgegenüber bewertete das Gericht es nunmehr als einen Eingriff in das von Art. 6 Abs. 2 GG geschützte Elternrecht des Vaters eines Kinds nicht miteinander verheirateter Eltern, wenn der Gesetzgeber in § 1626a Abs. 1 Nr. 1 und § 1672 Abs. 1 BGB die Realisierung des väterlichen Sorgerechts vom Willen der Mutter abhängig macht und dem Vater bei Zustimmungsverweigerung durch die Mutter den Zugang zur elterlichen Sorge dauerhaft verschließt, indem er für diesen Fall keine gerichtliche Einzelfallprüfung vorsieht.¹¹⁷ Die damaligen Annahmen des Gesetzgebers hätten sich inzwischen aufgrund hinreichenden Datenmaterials als nicht zutreffend erwiesen. Vor allem habe sich die Vermutung des Gesetzgebers nicht bestätigt, dass die Ablehnung einer gemeinsamen

weitere Möglichkeit der Sorgerechtserlangung durch den Vater bestand gemäß § 1672 BGB i.d.F.d. KindRG (Kindschaftsrechtsreformgesetz) vom 16.12.1997; BGBl. I 1997, S. 2942, 2947.

¹¹¹ Vgl. BVerfGE 107, 150 ff.

¹¹² Art. 6 Abs. 2 GG: Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht. Über ihre Betätigung wacht die staatliche Gemeinschaft.

¹¹³ § 1626a Abs. 3 BGB: Im Übrigen hat die Mutter die elterliche Sorge.

¹¹⁴ BVerfGE 107, 150, 175.

¹¹⁵ Vgl. NJW 2010, 501 ff. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte erachtete § 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB a. F. für unvereinbar mit Art. 14 i. V. m. Art. 8 EMRK.

¹¹⁶ BVerfGE 127, 132, 141 ff.

¹¹⁷ BVerfGE 127, 132, 151 f.

Sorgetragung seitens der Mütter in aller Regel von Gründen getragen wird, die sich am Kindeswohl orientieren.¹¹⁸ Das Bundesverfassungsgericht forderte daher den Gesetzgeber zur Ausarbeitung einer gesetzlichen Neuregelung auf. Durch das Gesetz zur Reform der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern vom 16.04.2013¹¹⁹ wurde dem Vater nunmehr in § 1626a Abs. 1 Nr. 3 i. V. m. Abs. 2 BGB¹²⁰ unter Beachtung des Kindeswohls die grundsätzliche Möglichkeit zur Erlangung des Sorgerechts eingeräumt. Danach überträgt das Familiengericht auf Antrag die elterliche Sorge beiden Eltern gemeinsam, wenn die Übertragung dem Kindeswohl nicht widerspricht.

Judikative und Legislative sind damit ihrer Schutzpflicht gerecht geworden. Sie haben für unverheiratete Eltern die elterliche Sorge, welche essentieller Bestandteil des von Art. 6 Abs. 2 GG geschützten Rechts der Eltern auf Pflege und Erziehung des eigenen Kinds ist¹²¹, zivilrechtlich in ein ausgewogenes Verhältnis gebracht und die Bedürfnisse des Kinds mit berücksichtigt. Dadurch wurden die grundrechtlich abgesicherten Interessen aller Beteiligten auch privatrechtlich in Einklang gebracht und umgesetzt.

f) Weitere Beispiele für die Berücksichtigung der mittelbaren Drittwirkung und der Schutzpflichtlehre durch das Bundesverfassungsgericht

Die Sachverhaltskonstellationen, in denen die Schutzpflichtlehre zum Tragen gekommen ist, sind vielfältig und nahezu unbegrenzt. So unterwirft das Bundesverfassungsgericht stark benachteiligende Eheverträge anhand von § 138 Abs. 1 BGB in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 und

¹¹⁸ BVerfGE 127, 132, 157 ff.

¹¹⁹ BGBl. I 2013, S. 795 ff.; in Kraft seit 19.05.2013.

¹²⁰ § 1626a Abs. 1 BGB: Sind die Eltern bei der Geburt des Kindes nicht miteinander verheiratet, so steht ihnen die elterliche Sorge gemeinsam zu,

1. wenn sie erklären, dass sie die Sorge gemeinsam übernehmen wollen (Sorgeerklärungen),

2. wenn sie einander heiraten oder

3. soweit ihnen das Familiengericht die elterliche Sorge gemeinsam überträgt.

§ 1626a Abs. 2 BGB: Das Familiengericht überträgt gemäß Absatz 1 Nummer 3 auf Antrag eines Elternteils die elterliche Sorge oder einen Teil der elterlichen Sorge beiden Eltern gemeinsam, wenn die Übertragung dem Kindeswohl nicht widerspricht. Trägt der andere Elternteil keine Gründe vor, die der Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge entgegenstehen können, und sind solche Gründe auch sonst nicht ersichtlich, wird vermutet, dass die gemeinsame elterliche Sorge dem Kindeswohl nicht widerspricht.

¹²¹ Vgl. BVerfGE 127, 132, 152.

Art. 6 Abs. 2, 4 GG der Inhaltskontrolle¹²². Es gesteht dem Kind ein aus dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht abgeleitetes Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung zu¹²³ und dem Mann ein Recht auf Kenntnis, ob ein Kind von ihm abstammt¹²⁴. Auf dieser Grundlage verlangte es die Einrichtung eines Verfahrens zur Abstammungsklä rung, dem der Gesetzgeber durch den Erlass von § 1598a BGB nachgekommen ist. Exemplarisch sind daneben die Entscheidungen der Zivilgerichte, die das Bundesverfassungsgericht in zahlreichen Fällen korrigierte, weil bei der Auslegung der zivilrechtlichen Normen die Abwägung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts (aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. 1 Abs. 1 GG) mit dem Grundrecht des Art. 5 GG ungenügend erfolgte.¹²⁵ Auch im Bereich des Arbeitsrechts spielen mittelbare Drittwirkung und Schutzpflichtlehre eine nicht zu unterschätzende Rolle, so unter anderem im Hinblick auf die sich aus Art. 4 GG ergebenden Rechte des Arbeitnehmers, religiöse Symbole, wie das Kopftuch zu tragen¹²⁶ oder aus Gewissensgründen die Ausführung übertragener Aufgaben zu verweigern¹²⁷. Ferner dürfen dem Arbeitnehmer aufgrund seiner Zeugenaussagen im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren gegen den Arbeitgeber wegen seiner Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG keine zivilrechtlichen Nachteile (wie z. B. eine fristlose Kündigung) erwachsen¹²⁸.

¹²² BVerfGE 103, 89; auf der Basis dieser Entscheidung ergingen zahlreiche Urteile des BGH zur gerichtlichen Kontrolle von benachteiligenden Eheverträgen und Scheidungsvereinbarungen: vgl. BGH FamRZ 2004, 601; 2005, 691; 2005, 1444; 2005, 1449; 2013, 195 und *Schwab*, Familienrecht, 21. Aufl. 2013, Rn. 224 ff.

¹²³ BVerfGE 79, 256; 90, 263; 96, 56 (zum Auskunftsanspruch des Kinds gegenüber der Mutter auf Benennung des leiblichen Vaters); vgl. auch OLG Hamm NJW 2013, 1167 (zum Auskunftsanspruch des Kinds gegen den behandelnden Arzt hinsichtlich der Identität des Samenspenders).

¹²⁴ BVerfGE 117, 202.

¹²⁵ Ggü. Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG vgl. BVerfGE 97, 391; 101, 361; ggü Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG vgl. BVerfGE 97, 173; ggü. Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG vgl. BVerfGE 119, 1. Überdies hat das Bundesverfassungsgericht festgestellt, dass das Allgemeine Persönlichkeitsrecht im Rahmen der Prüfung der Widerrechtlichkeit des § 823 Abs. 1 S. 1 BGB zu beachten ist, so BVerfGE 25, 256; 34, 269, 281.

¹²⁶ BVerfG NJW 2003, 2815.

¹²⁷ BAGE 62, 59.

¹²⁸ Andernfalls drohe eine starke Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege, sog. „whistleblowing“, vgl. BVerfG NJW 2001, 3474.

3. Die spätere Rechtsprechung des BAG zur Grundrechtswirkung im Privatrecht

Das Bundesarbeitsgericht, das zunächst – wie gesehen – die unmittelbare Drittwirkung vertrat, rückte in Bezug auf Individualarbeitsverhältnisse von diesem Ansatz erst nach und nach ab¹²⁹, um spätestens 1984 mit der herrschenden Meinung die mittelbare Drittwirkung zu befürworten.¹³⁰ Weitere 20 Jahre später vertrat es Gleiches für das kollektive Arbeitsrecht.¹³¹

Der offenkundige Wandel in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur privatrechtlichen Wirkung von Grundrechten vollzog sich in einer Entscheidung, in der es sich mit der Religions- und Gewissensfreiheit (Art. 4 Abs. 1¹³² GG, ggf. i. V. m. Art. 4 Abs. 2 GG¹³³) des Arbeitnehmers beschäftigten musste.¹³⁴ Dabei hatte es über die Wirksamkeit einer arbeitsrechtlichen Kündigung zu entscheiden, wenn der Arbeitnehmer die Arbeit aus Glaubens- oder Gewissensgründen verweigerte. Das BAG führte aus, der Arbeitgeber könne zwar aufgrund seines Weisungsrechts¹³⁵ einseitig eine im Arbeitsvertrag nur rahmenmäßig (also nicht konkret und detailliert; vgl. § 106 S. 1 HS 2 GewO) umschriebene Leistungspflicht des Arbeitnehmers bestimmen. Entsprechend der gesetzlichen Regelung¹³⁶ dürfe er dieses Weisungsrecht jedoch nur nach billigem Ermessen ausüben.¹³⁷ Dabei müsse er die wesentlichen Umstände¹³⁸ und die beiderseitigen im Einzelfall einschlägigen Interessen – vor allem die Grundrechte

¹²⁹ Noch offengelassen in BAGE 31, 67, 71.

¹³⁰ Vgl. BAGE 47, 363, 373 a.E.; 48, 122, 138 f.; 130, 347, 353.

¹³¹ Dazu führte das BAG 2004 in einem Urteil (BAGE 111, 8) aus: „Die Tarifvertragsparteien sind als Vereinigungen privaten Rechts nicht unmittelbar grundrechtsgebunden.“ Kritisch und a. A. *Belling*, ZfA 1999, 547, 558 ff., 575 ff.; *Löwisch*, RdA 2000, 312, 313 f.; a. A. zuvor ebenso noch das BAG; vgl. BAGE 1, 258, 262; 95, 277, 283 m. w. N.

¹³² Art. 4 Abs. 1 GG: Die Freiheit des Glaubens, des Gewissens und die Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses sind unverletzlich.

¹³³ Art. 4 Abs. 2 GG: Die ungestörte Religionsausübung wird gewährleistet.

¹³⁴ BAGE 47, 363 ff.; bestätigt in BAGE 62, 59 ff.; 137, 164 ff.

¹³⁵ Früher hergeleitet aus § 315 BGB; seit 2003 spezialgesetzlich in § 106 S. 1 GewO geregelt. § 315 Abs. 1 BGB: Soll die Leistung durch einen der Vertragschließenden bestimmt werden, so ist im Zweifel anzunehmen, dass die Bestimmung nach billigem Ermessen zu treffen ist. § 106 S. 1 GewO: Der Arbeitgeber kann Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht durch den Arbeitsvertrag, Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrages oder gesetzliche Vorschriften festgelegt sind.

¹³⁶ § 315 Abs. 1 BGB bzw. § 106 S. 1 GewO (siehe Fn. 135).

¹³⁷ BAGE 47, 363, 375; später bestätigt in BAGE 62, 59, 67; 137, 164, 168.

¹³⁸ BAGE 137, 164, 168.

beider Parteien¹³⁹ – angemessen berücksichtigen.¹⁴⁰ Aufgrund der *mittelbaren* Wirkung des Grundrechts der Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG¹⁴¹) dürfe der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer regelmäßig¹⁴² aber keine Arbeit zuweisen, die mit ernststen, fundamentalen, unüberwindlichen Glaubensüberzeugungen des Arbeitnehmers kollidiert.¹⁴³ Das hat zur Folge, dass der Arbeitnehmer seine vertraglichen Pflichten durch die Arbeitsverweigerung nicht verletzt.¹⁴⁴ Eine verhaltensbedingte Kündigung¹⁴⁵ von Seiten des Arbeitgebers ist damit nicht möglich¹⁴⁶, wohl aber eine personenbedingte¹⁴⁷, sofern der Arbeitnehmer nicht im Rahmen der vereinbarten oder geänderten Arbeitsbedingungen anderweitig beschäftigt werden kann.¹⁴⁸

4. Die nachfolgende Entwicklung des Meinungsstands bis zur Gegenwart

Im Übrigen lässt sich der Meinungsstand zur Wirkung der Grundrechte im Privatrecht wie folgt darstellen: In Rechtsprechung¹⁴⁹ und Schrift-

¹³⁹ Beim Arbeitgeber ist die grundrechtlich geschützte unternehmerische Betätigungsfreiheit berührt (Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG: Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden.), die ihm gestattet, dem Arbeitnehmer eine von der vertraglichen Vereinbarung gedeckte Tätigkeit zuzuweisen; vgl. BAGE 62, 59, 67; 137, 164, 170. Im Übrigen sind auch die Grundrechte aus Art. 14 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG betroffen.

¹⁴⁰ BAGE 62, 59, 67 f., 70; 137, 164, 168, 170 f.

¹⁴¹ Vgl. Fn. 132.

¹⁴² Anders kann es sein, wenn der Arbeitnehmer schon bei Vertragsschluss mit der kommenden Konfliktlage rechnen musste; vgl. dazu näher BAGE 47, 363, 375; 62, 59, 70 f.; 137, 164, 171, 174.

¹⁴³ Vgl. BAGE 47, 363, 373; 137, 164, 170; zurückhaltender *Scholl* (BB 2012, 53, 55), der die strengen Maßstäbe zur Rechtfertigung eines Eingriffs in Art. 4 GG nicht ohne Weiteres auf das Privatrecht übertragen möchte, vielmehr die betrieblichen Gründe als wichtigstes Abwägungskriterium auf Seiten des Arbeitgebers angemessen berücksichtigt sehen möchte.

¹⁴⁴ Im Schrifttum wird als Rechtsgrundlage für das Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitnehmers aus Glaubens- oder Gewissensnot hingegen § 275 Abs. 3 BGB statt § 106 S. 1 GewO angewandt; vgl. *Richardt*, SAE 2012, 7, 9 f.; *Scholl*, BB 2012, 53, 55. Bei dieser Lösung verliert allerdings der Arbeitnehmer grds. seinen Anspruch auf die Gegenleistung (Lohn); § 326 Abs. 1 S. 1 BGB.

§ 275 Abs. 3 BGB: Der Schuldner kann die Leistung ferner verweigern, wenn er die Leistung persönlich zu erbringen hat und sie ihm unter Abwägung des seiner Leistung entgegenstehenden Hindernisses mit dem Leistungsinteresse des Gläubigers nicht zugemutet werden kann.

¹⁴⁵ § 1 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 S. 1 Alt. 2 KSchG.

¹⁴⁶ BAGE 137, 164, 167.

¹⁴⁷ § 1 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 S. 1 Alt. 1 KSchG.

¹⁴⁸ BAGE 62, 59, 66, 70, 73; 137, 164, 174 f.

¹⁴⁹ BVerwG DÖV 1971, 861.

tum¹⁵⁰ hatte die Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung von Anfang an nur wenige Befürworter. Auch heute wird sie nur selten vertreten.¹⁵¹ Demgegenüber schloss sich damals¹⁵² wie heute¹⁵³ die ganz überwiegende Ansicht in Schrifttum und Rechtsprechung den Theorien von der mittelbaren Drittwirkung und der staatlichen Schutzpflicht an.

V. Die Stellungnahme zu den verschiedenen Theorien

Der Begriff „Drittwirkung“ ist nicht glücklich gewählt¹⁵⁴, hat sich aber als geläufige Wendung durchgesetzt, wenn Rechtsgeschäfte, unerlaubte Handlungen oder sonstige Verhaltensweisen einer Privatperson gegenüber einer anderen vorliegen, die an den Grundrechten gemessen werden.¹⁵⁵ Heute wird zunehmend der Terminus „Horizontalwirkung“ verwandt.¹⁵⁶

1. Zur unmittelbaren Drittwirkung

Die unmittelbare Wirkung der Grundrechte auch auf den Rechtsverkehr unter Privaten zu erstrecken, wird zu Recht abgelehnt¹⁵⁷. Denn: Grundrechte gelten nach Art. 1 Abs. 3 GG¹⁵⁸ *unmittelbar* grundsätzlich *nur* im

¹⁵⁰ Vgl. z. B. *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, 1960, S. 285 ff., 354 ff.; *Kaufmann*, AcP 161 (1962), 289, 295 ff.

¹⁵¹ Vgl. *Lücke*, JZ 1999, 377 ff.; *Christensen/Fischer-Lescano*, Das Ganze des Rechts, 2007, S. 265 ff., 365 ff.

¹⁵² Zur mittelbaren Drittwirkung: *Reimers*, Die Bedeutung der Grundrechte für das Privatrecht, 1959, S. 16 ff.; *Geiger*, Die Grundrechte in der Privatrechtsordnung, 1960, S. 18, 37; *Koebel*, JZ 1961, 521, 525 f.; zur Schutzpflichttheorie: *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 225 ff.

¹⁵³ BVerfGE 103, 89, 100; 114, 1, 33; 121, 317, 356; zuletzt OLG Köln CR 2014, 650, 652 sowie OLG Hamburg GRUR-RR 2014, 140, 145; *Durner*, ZUM 2010, 833, 835; *Horwald*, Das Kommunikationsgrundrecht der Meinungsfreiheit und seine Kollision mit arbeitsvertraglichen Pflichten, 2003, S. 23; *Jarass/Pieroth*, GG, 12. Aufl. 2012, Art. 1, Rn. 50; *Ruffert*, Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 252 f.; *Unruh*, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, 1996, S. 71.

¹⁵⁴ Grundrechte „wirken“ nicht gegenüber Dritten als Privatpersonen; sie verpflichten allein den Staat. Insofern überzeugt auch die Unterscheidung zwischen unmittelbarer und mittelbarer Drittwirkung nicht. Auch das BVerfG verwendete den Begriff „Drittwirkung“ in seinen Entscheidungen nur sehr selten, und zwar in BVerfGE 7, 198, 204; 73, 261, 269.

¹⁵⁵ Vgl. *Canaris*, Drittwirkung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten, in: Umwelt, Wirtschaft und Recht, hrsg. v. Bauer/Czybulka/Kahl/Vosskuhle, 2002, S. 29, 32.

¹⁵⁶ Vgl. etwa *Wall/Wagner*, JA 2011, 734.

¹⁵⁷ Im türkischen Recht dagegen nur vereinzelt *Sungurtekin-Özkan*, DEÜHFD, C. 11 Özel Sayı 2009, 553, 554.

¹⁵⁸ Art. 1 Abs. 3 GG: Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht.

Verhältnis zwischen Bürger und Staat.¹⁵⁹ Daher wirken Grundrechte im Zivilrecht grundsätzlich weder als Verbotsgesetze i. S. v. § 134 BGB¹⁶⁰ noch als Schutzgesetze nach § 823 Abs. 2 BGB¹⁶¹ oder als sonstige Rechte gemäß § 823 Abs. 1 BGB^{162, 163}.

Unmittelbare Wirkung entfalten Grundrechte zwischen Privaten nur, wenn und soweit es das Grundgesetz explizit und eindeutig bestimmt. Das Grundgesetz statuiert ein Regel-Ausnahme-Prinzip – anders als die Verfassung der Türkei. Die ausdrückliche Anordnung der unmittelbaren Wirkung unter Privaten in einigen wenigen Grundrechtsartikeln – wie z. B. Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG^{164, 165} – ergibt nur Sinn, wenn die Grundrechte im Allgemeinen nicht unmittelbar unter Privaten gelten¹⁶⁶, was für den ganz überwiegenden Teil der Grundrechte anerkannt ist. Das gilt – nach freilich nicht unbestrittener Auffassung – auch für das Grundrecht¹⁶⁷ aus Art. 1 Abs. 1 GG. Die Unantastbarkeit der Menschenwürde gilt zwischen Privaten nicht unmittelbar¹⁶⁸. Denn Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG stellt klar, dass der Staat zur Beachtung der Menschenwürde aufgerufen ist, obwohl die Erfahrung gelehrt hatte, dass die Menschenwürde auch von nichtstaatlichen Kräften bedroht wurde und wird – beispielsweise von der „Sturm-

¹⁵⁹ Vgl. ebenso schon *Canaris*, JuS 1989, 161.

¹⁶⁰ Vgl. Fn. 53.

¹⁶¹ Vgl. Fn. 57.

¹⁶² Vgl. Fn. 55.

¹⁶³ A. A. *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, 1960, S. 356; zu den unmittelbar anwendbaren Grundfreiheiten vgl. *Roth*, Privatautonomie und die Grundfreiheiten des EG-Vertrags, in: Perspektiven des Privatrechts am Anfang des 21. Jahrhunderts, FS für Dieter Medicus zum 80. Geburtstag, hrsg. v. Beuthien/Fuchs/Roth/Schiemann/Wacke, 2009, S. 393, 421.

¹⁶⁴ Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG: Abreden, die dieses Recht einschränken oder zu behindern suchen, sind nichtig, hierauf gerichtete Maßnahmen sind rechtswidrig.

¹⁶⁵ A. A. *Ipsen*, JZ 2014, 157, 158. Weitere Ausnahmefälle – d. h. unmittelbare Drittwirkung – enthalten Art. 20 Abs. 4 GG und Art. 38 Abs. 1 i. V. m. Art. 48 Abs. 2 GG.

¹⁶⁶ Ähnlich *Canaris*, Drittwirkung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten, in: Umwelt, Wirtschaft und Recht, hrsg. v. Bauer/Czybulka/Kahl/Vosskuhle, 2002, S. 35.

¹⁶⁷ Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG wird unter Beachtung der Auslegungstheorien überwiegend als Grundrecht aufgefasst; vgl. statt aller Maunz/Dürig/Herdegen, GG, 2014, Art. 1 Abs. 1, Rn. 29; v. Münch/Kunig, GG, 6. Aufl. 2012, Art. 1, Rn. 3, jeweils m. w. N. Auch das BVerfG spricht vom „Grundrecht aus Art. 1 Abs. 1 GG“; vgl. etwa BVerfGE 109, 133, 151; 125, 175, 222; 132, 134, 159.

¹⁶⁸ Wie hier *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 203 f.; *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 477 f.; a. A. BAG NJW 1957, 1688, 1690; BAGE 38, 69, 80 f.; Maunz/Dürig/Herdegen, GG, 2014, Art. 1, Rn. 74; v. Münch/Kunig, GG, 6. Aufl. 2012, Art. 1, Rn. 27; BeckOK/Hillgruber, 2014, Art. 1, Rn. 8; *Guckelberger*, JuS 2003, 1151, 1152; aus der nur mittelbaren Wirkung der Menschenwürde zwischen Privaten ist freilich nicht zu schließen, dass in diesem Bereich Beeinträchtigungen der Menschenwürde durch die grundrechtliche Gewährleistung kollidierender Freiheitsrechte gerechtfertigt werden können – BGH NJW 2014, 3786, 3788.

abteilung“ (SA), der „Schutzstaffel“ (SS¹⁶⁹) in der Zeit des Dritten Reichs oder von Denunzianten in der Nachbarschaft.¹⁷⁰ Im Übrigen signalisiert der Gesetzgeber durch die Bereitstellung vieler Normen, die Generalklauseln oder unbestimmte Rechtsbegriffe enthalten – wie §§ 138¹⁷¹, 242¹⁷², 275 Abs. 3¹⁷³, 307 Abs. 1¹⁷⁴, 626 Abs. 1¹⁷⁵, 826¹⁷⁶, 1004 Abs. 2¹⁷⁷, 1666¹⁷⁸

¹⁶⁹ SA und SS waren Organisationen der NSDAP. Die Partei hat großen Wert darauf gelegt, sie nicht in den Staatsapparat zu integrieren, weil man den staatlichen Institutionen in der Weimarer Republik – und teilweise auch noch nach 1933 – misstraute. Selbst die Waffen-SS, die ähnlich operierte wie die Wehrmacht, blieb an die Partei gebunden.

¹⁷⁰ Gleichwohl war es nicht die private Bedrohung der Menschenwürde, welche zur Aufnahme der Menschenwürdegarantie führte. Vielmehr standen auch bei den Beratungen zum GG vor allem die Gefährdungen der Menschenwürde durch staatliche Amtsträger im Vordergrund; vgl. *Dreier*, GG, 3. Aufl. 2013, Art. 1 I, Rn. 24 m. w. N.

¹⁷¹ Vgl. Fn. 63.

¹⁷² Vgl. Fn. 64.

¹⁷³ Vgl. Fn. 144.

¹⁷⁴ Zur Drittwirkung im Rahmen des § 307 BGB vgl. BGH NZM 2006, 775, 776.

¹⁷⁵ § 626 Abs. 1 BGB: Das Dienstverhältnis kann von jedem Vertragsteil aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, auf Grund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung des Dienstverhältnisses nicht zugemutet werden kann.

Zur mittelbaren Drittwirkung im Rahmen des § 626 Abs. 1 BGB vgl. auch *Lembke*, RdA 2013, 82, 85.

¹⁷⁶ Vgl. Fn. 65. Zur mittelbaren Drittwirkung der Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG, 3 Abs. 1 sowie Art. 14 GG über § 826 BGB bei Stadionverboten *Stoll/Lüers*, DÖV 2014, 222, 223 f.; vgl. dazu auch BGH NJW 2010, 534, 535.

¹⁷⁷ § 1004 Abs. 1: Wird das Eigentum in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt, so kann der Eigentümer von dem Störer die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann der Eigentümer auf Unterlassung klagen.

Abs. 2: Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der Eigentümer zur Duldung verpflichtet ist.

¹⁷⁸ § 1666 Abs. 1 BGB: Wird das körperliche, geistige oder seelische Wohl des Kindes oder sein Vermögen gefährdet und sind die Eltern nicht gewillt oder nicht in der Lage, die Gefahr abzuwenden, so hat das Familiengericht die Maßnahmen zu treffen, die zur Abwendung der Gefahr erforderlich sind.

Abs. 2: In der Regel ist anzunehmen, dass das Vermögen des Kindes gefährdet ist, wenn der Inhaber der Vermögenssorge seine Unterhaltspflicht gegenüber dem Kind oder seine mit der Vermögenssorge verbundenen Pflichten verletzt oder Anordnungen des Gerichts, die sich auf die Vermögenssorge beziehen, nicht befolgt.

Abs. 3: Zu den gerichtlichen Maßnahmen nach Absatz 1 gehören insbesondere

1. Gebote, öffentliche Hilfen wie zum Beispiel Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe und der Gesundheitsfürsorge in Anspruch zu nehmen,

2. Gebote, für die Einhaltung der Schulpflicht zu sorgen,

3. Verbote, vorübergehend oder auf unbestimmte Zeit die Familienwohnung oder eine andere Wohnung zu nutzen, sich in einem bestimmten Umkreis der Wohnung aufzuhalten oder zu bestimmende andere Orte aufzusuchen, an denen sich das Kind regelmäßig aufhält,

4. Verbote, Verbindung zum Kind aufzunehmen oder ein Zusammentreffen mit dem Kind herbeizuführen,

BGB und § 315 Abs. 1 BGB, § 106 S. 1 GewO¹⁷⁹ – seine Ablehnung gegenüber der unmittelbaren Drittwirkung. Das Grundgesetz selbst ist zwar erst knapp 50 Jahre nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in Kraft getreten. Bis heute sind die genannten wertausfüllungsbedürftigen Generalklauseln, die als Übermaßverbote wirken¹⁸⁰, aber nicht obsolet geworden. Vielmehr sind sie fester Bestandteil der Privatrechtsordnung und fungieren nun als Transformatoren der Grundrechte in das Privatrecht.

Soweit die Vertreter der unmittelbaren Drittwirkung darauf abstellen, dass die Grundrechtsbindung des Staats erst recht eine Bindung Privater nach sich ziehen müsse¹⁸¹, wenn sie mit sozialer Macht ausgestattet sind¹⁸², ist dem zu widersprechen.¹⁸³ Denn auch private Inhaber sozialer Macht sind Grundrechtsträger, weshalb ihnen Grundrechtsgewährleistungen ebenso zukommen.

Der maßgebliche Unterschied, welcher das Verhältnis von Staat und Bürger auf der einen Seite und das Verhältnis der Bürger untereinander kennzeichnet, steht der Gleichstellung entgegen.¹⁸⁴ Normadressat der Grundrechte ist nur der Staat. Das ergibt sich auch aus der in Art. 3 Abs. 1 GG¹⁸⁵ geregelten Gleichheit „vor dem Gesetz“ und der Systematik der

5. die Ersetzung von Erklärungen des Inhabers der elterlichen Sorge,

6. die teilweise oder vollständige Entziehung der elterlichen Sorge.

Abs. 4: In Angelegenheiten der Personensorge kann das Gericht auch Maßnahmen mit Wirkung gegen einen Dritten treffen.

Zur mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte von Eltern und Kind im Rahmen des § 1666 BGB vgl. *Belling*, Der Schwangerschaftsabbruch bei Minderjährigen – Eine ungelöste Aufgabe des Gesetzgebers, in: Festschrift für Wolf-Rüdiger Bub zum 60. Geburtstag, Partner im Gespräch, Bd. 80, hrsg. v. Derleder/Gauweiler/Merle/Schumann, 2007, S. 455, 460.

¹⁷⁹ Vgl. Fn. 135.

Zum „billigen Ermessen“ i. S. d. § 315 Abs. 1 BGB bzw. § 106 S. 1 GewO: LAG Schleswig-Holstein, Urteil v. 20.01.2009 – 5 Sa 270/08; BAGE 137, 164, 169 f. m. w. N.

¹⁸⁰ BVerfGE 81, 242, 256; BAGE 76, 155, 168.

¹⁸¹ *Nipperdey*, RdA 1950, 121, 125.

¹⁸² *Gamillscheg*, Die Grundrechte im Arbeitsrecht, AcP 164 (1964), S. 385, 406 f.; für das türkische Recht *Gören*, Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu I' den Ayrı Bası, Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, Ankara 11 Mayıs 2001, S. 1, 32; *Özcan*, AÜEHFD, C. IX, Sayı 3-4 (2005), S. 181; *Dural/Ögüz*, Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, İstanbul 2002, S. 93 f.; *Sevimli*, İççinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, İstanbul 2006, S. 46; *Çelik*, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2005, S. 355; *Tunçomağ/Centel*, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2005, S. 4.

¹⁸³ Ebenso *Canaris*, AcP 184, (1984), 201, 206.

¹⁸⁴ *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1985, S. 480; *Richardi* in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, hrsg. v. Richardi/Wlotzke/Wißmann/Oetker, 3. Aufl. 2009, § 12, Rn. 9.

¹⁸⁵ Art. 3 Abs. 1 GG: Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.

Gesetzesvorbehalte der Grundrechte, welche sich lediglich an den Gesetzgeber richten.¹⁸⁶

Eine unmittelbare Drittwirkung lässt sich schließlich auch nicht damit begründen, dass Zivilgerichte, welche über Streitigkeiten zwischen Privaten zu entscheiden haben, gemäß Art. 1 Abs. 3 GG unmittelbar an die Grundrechte gebunden sind. Gerichte haben Grundrechte nur insoweit zu beachten, wie sie gelten.¹⁸⁷ Der klare und eindeutige Wortlaut von Art. 1 Abs. 3 GG spricht gegen die unmittelbare Bindung Privater an die Grundrechte. Folgerichtig entscheiden Zivilgerichte private Rechtsstreitigkeiten grundsätzlich allein anhand von Zivilrechtsnormen, bei deren Anwendung der Zivilrichter betroffene Grundrechtsbelange beider Parteien (lediglich) gegeneinander abwägt¹⁸⁸, die Zulässigkeit eines hoheitlichen Grundrechtseingriffs prüft er dagegen nicht¹⁸⁹.

In materieller Hinsicht zöge der aus der unmittelbaren Wirkung resultierende stärkere *Schutz* vor Grundrechtsbeeinträchtigungen durch Private auf der Seite des Gegenübers auch eine stärkere *Freiheitsbeschränkung* nach sich.¹⁹⁰ Die einstigen Vertreter einer unmittelbaren Drittwirkung nahmen zwar an, dass die Wirkung der Grundrechte im Verhältnis zwischen Privaten eine andere sei als diejenige zwischen Bürger und Staat.¹⁹¹ Bei der Grundrechtsanwendung zwischen Privatrechtssubjekten sei deshalb zu beachten, dass jeder von ihnen Grundrechtsträger ist und sich auf diese Weise gleiche oder andere Freiheitsrechte gegenüberstehen¹⁹², vor allem die auch in der Verfassung verbürgte privatrechtliche Gestaltungsfreiheit und Vertragsfreiheit solle nicht ungebührlich eingeschränkt werden.¹⁹³ Dementsprechend sahen die Vertreter der unmittelbaren Drittwirkung die Privatautonomie nicht „an der Wurzel getroffen“ oder wenigstens beein-

¹⁸⁶ *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 203 ff.; *ders.*, JuS 1989, 161, 162; *ders.*, Drittwirkung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten, in: Umwelt, Wirtschaft und Recht, hrsg. v. Bauer/Czybulka/Kahl/Voskuhle, 2002, S. 29, 35.

¹⁸⁷ Zutreffend *Petz*, JA 1987, 634 m. w. N.

¹⁸⁸ Zur Abwägung des Tatbestandsmerkmals der Rechtswidrigkeit in § 1004 BGB vgl. BGH NJW 2014, 1381, 1382; BAG JZ 2014, 902 m. Anm. *Belling*.

¹⁸⁹ *Durner*, ZUM 2010, 833, 835.

¹⁹⁰ Ähnlich *Canaris*, Drittwirkung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten, in: Umwelt, Wirtschaft und Recht, hrsg. v. Bauer/Czybulka/Kahl/Voskuhle, 2002, S. 29, 36; Maunz/Dürig/Herdegen, GG, 2014, Art. 1 Abs. 3, Rn. 59; *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Staatsrecht II, 29. Aufl. 2013, Rn. 191; a. A. *Enneccerus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band 1, Halbband 1, 15. Aufl. 1959, S. 95.

¹⁹¹ *Nipperdey*, Grundrechte und Privatrecht, 1961, S. 18; so auch jetzt noch *Preedy*, Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten, 2005, S. 65 f.

¹⁹² *Nipperdey*, Grundrechte und Privatrecht, 1961, S. 18 f.

¹⁹³ BAGE 1, 185, 196.

trächtig.¹⁹⁴ Tatsächlich wird selbst heute noch angenommen, dass in den Auswirkungen auf die Privatautonomie kaum messbare Unterschiede zwischen beiden Theorien bestehen.¹⁹⁵

Das mag für einen nicht unerheblichen Teil der Fälle zutreffen, in denen Grundrechte Privater aufeinander treffen. So macht es vom Ergebnis her z. B. keinen Unterschied, ob die Grundrechte des Bürgen mittelbar über den in § 138 Abs. 1 BGB¹⁹⁶ verankerten Begriff der Sittenwidrigkeit zur Nichtigkeit des Bürgschaftsvertrags führen, oder ob sich die Nichtigkeit unmittelbar aus § 134 BGB¹⁹⁷ i. V. m. dem entsprechenden Grundrecht des Bürgen aus Art. 2 Abs. 1 GG^{198, 199} ergibt.

Im Einzelfall bestehen aber deutliche Unterschiede: So wäre im Fall unmittelbarer Drittwirkung der Grundrechte die vertragliche Verpflichtung eines Christen zur Sonntagsarbeit wegen des vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechts der ungestörten Religionsausübung²⁰⁰ nichtig.²⁰¹ Auch die Wahl des Vertragspartners wäre im Fall der unmittelbaren Drittwirkung stärker eingeschränkt. Anders als vom Grundgesetz vorgegeben, verbietet das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz Ungleichbehandlungen im Zivilrechtsverkehr z. B. nur unter bestimmten Voraussetzungen (§ 19 AGG²⁰²). Auch gelten die Einschränkungen dieses Gesetzes nur gegenüber dem Abwickler von Massengeschäften²⁰³, nicht aber gegenüber dem auswählenden Kunden.²⁰⁴ Dementsprechend erreicht das Verhalten eines Kunden, der sich seinen Vertragspartner nach dessen Religion oder

¹⁹⁴ *Nipperdey*, Grundrechte und Privatrecht, 1961, S. 18 f.

¹⁹⁵ *Preedy*, Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten, 2005, S. 65 f.; ebenso schon *Kempff*, Grundrechte im Arbeitsverhältnis, 1988, S. 21 f.

¹⁹⁶ Vgl. Fn. 63.

¹⁹⁷ Vgl. Fn. 53.

¹⁹⁸ Vgl. Fn. 102.

¹⁹⁹ Vgl. BVerfG NJW 1994, 2749 f.

²⁰⁰ Vgl. Fn. 133.

²⁰¹ *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984), 201, 204.

²⁰² Vgl. z. B. § 19 Abs. 3 AGG: Bei der Vermietung von Wohnraum ist eine unterschiedliche Behandlung im Hinblick auf die Schaffung und Erhaltung sozial stabiler Bewohnerstrukturen und ausgewogener Siedlungsstrukturen sowie ausgeglichener wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Verhältnisse zulässig.

§ 19 Abs. 5 S. 1 AGG: Die Vorschriften dieses Abschnitts finden keine Anwendung auf zivilrechtliche Schuldverhältnisse, bei denen ein besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis der Parteien oder ihrer Angehörigen begründet wird.

²⁰³ Der Gesetzgeber geht davon aus, dass nur (natürliche oder juristische) unternehmerisch tätige Personen eine „Vielzahl von Verträgen“ ähnlichen Inhalts abschließen und dass solche Massengeschäfte regelmäßig „ohne Ansehen der Person“ abgewickelt werden (sollen). Vgl. den Wortlaut von § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG sowie BT-Drs. 16/1780, S. 41.

²⁰⁴ *MüKo/Thüsing*, BGB, 6. Aufl. 2012, § 19 AGG, Rn. 124; *Wendeling-Schröder/Stein*, AGG, 1. Aufl. 2008, § 19, Rn. 9.

Weltanschauung auswählt, auch nicht das Maß der in den § 138 Abs. 1 BGB und § 826 BGB enthaltenen Sittenwidrigkeit. Ein Kunde kann sich also – anders als ein Unternehmer – seinen Vertragspartner durchaus etwa nach dessen Religion oder Weltanschauung auswählen, ohne rechtliche Konsequenzen befürchten zu müssen. Diese Freiheit hätte er bei unmittelbarer Drittwirkung nicht. Bei unmittelbarer Drittwirkung wäre eine Verletzung von Art. 3 Abs. 3 GG²⁰⁵ durch den Kunden gegeben, wenn dieser seine Entscheidung ausschließlich auf der Basis eines der in Art. 3 Abs. 3 GG enthaltenen Gründe trifft. In der Konsequenz wäre der Kunde einem Schadenersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB²⁰⁶ i. V. m. Art. 3 Abs. 3 GG ausgesetzt. Die genannten Beispiele zeigen, dass die unmittelbare Drittwirkung die Privatautonomie stärker gefährdet als ihr nur mittelbar wirkender Gegenpart. Die unmittelbare Drittwirkung verkehrte die privatrechtlich garantierte „Freiheit zur Willkür“²⁰⁷ bzw. „Freiheit zur Diskriminierung“²⁰⁸ in eine bevormundende Gesetzmäßigkeit. Es mag zwar mittlerweile viele Gesetze – wie etwa das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG), die Regeln über Allgemeine Geschäftsbedingungen (§§ 305 ff. BGB) oder § 138 Abs. 2 BGB²⁰⁹ – geben, welche der Willkür auch unter Privaten Grenzen setzen. Diese Normen zielen aber nicht auf zwei Privatrechtssubjekte auf gleicher Höhe, sondern wollen primär die Chancenungleichheit bei der Vertragsschließung und -gestaltung ausgleichen, welche entsteht, wenn sich Verbraucher und Unternehmer gegenüberstehen.

2. Zur mittelbaren Drittwirkung und der Schutzpflichtlehre

a) Die Theorie der mittelbaren Drittwirkung

Die Theorie der mittelbaren Drittwirkung verdient damit den Vorzug. Sie findet nur zwischen Privatrechtssubjekten Anwendung. Sie müssen danach im Rahmen ihrer rechtsgeschäftlichen oder tatsächlichen Handlung

²⁰⁵ Art. 3 Abs. 3 GG: Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden. Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden.

²⁰⁶ Vgl. Fn. 57.

²⁰⁷ Vgl. dazu de *Wall/Wagner*, JZ 2011, 734, 736.

²⁰⁸ Vgl. *Isensee*, Vorwort des Herausgebers, in: *Vertragsfreiheit und Diskriminierung*, hrsg. v. Isensee, 2007, S. 7.

²⁰⁹ Vgl. Fn. 63.

gen die gegenseitigen Grundrechte – vermittelt durch Spezialgesetze oder zivilrechtliche Generalklauseln – beachten.

Werden der Gesetzgeber oder die Gerichtsbarkeit auf dem Gebiet des Zivilrechts tätig, sind sie gemäß Art. 1 Abs. 3 GG²¹⁰ unmittelbar an die Grundrechte gebunden. Das gilt für die Rechtsprechung nicht nur bei der Anwendung öffentlichen Rechts (wie den Prozessordnungen²¹¹), sondern auch bei der Anwendung zivilrechtlicher Normen. Handelt es sich dabei um Generalklauseln, welche die Grundrechte mittelbar zum Tragen bringen, muss zwischen den ins Privatrecht einstrahlenden Grundrechten ein konkreter, auf den zu entscheidenden Einzelfall bezogener Interessenausgleich hergestellt werden.²¹² Missachtet das Gericht die betreffenden Grundrechte oder schöpft es seinen Abwägungsspielraum zu Lasten einer Partei nicht aus, weil es der Rechtsposition der anderen Partei grundsätzlich den Vorrang einräumt²¹³, verletzt es als Grundrechtsverpflichteter die Grundrechte der betroffenen Partei unmittelbar.²¹⁴ Deshalb kann der Bürger gegen Gerichtsentscheidungen gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG²¹⁵ direkt Verfassungsbeschwerde erheben.

Die eigentliche sog. mittelbare Drittwirkung entfaltet sich damit nur in Fällen, in denen eine *Privatperson* die *Grundrechte einer anderen einschränkt*, z. B. durch Vertrag, Ausübung eines Gestaltungsrechts oder durch schädigende Handlung. Nur in dieser Konstellation können die Grundrechte durch die zivilrechtlichen Generalklauseln in das materielle Zivilrecht „ausstrahlen“.

²¹⁰ Vgl. Fn. 158.

²¹¹ Vgl. dazu BVerfG NJW 2013, 290 f.

²¹² *Manssen*, Staatsrecht II, 10. Aufl. 2013, Rn. 103.

²¹³ Vgl. BVerfGE 96, 56, 65 f.; vgl. auch BVerfG NJW 2013, 3086, 3087.

²¹⁴ In der Türkei sprechen die Richter zwar – ähnlich wie in Deutschland – die Urteile gemäß ihrem Gewissen in Übereinstimmung mit der Verfassung, den Gesetzen und dem Recht (vgl. Art. 138 Abs. 1 HS 2 TV von 1982). Aus dem Umstand, dass sich die Parteien gegenüber einer möglicherweise verfassungswidrigen Zivilgerichtsentscheidung auf Grundrechte berufen können, wird jedoch z.T. gefolgert, dass die Grundrechte zwischen Privaten unmittelbar wirken. Vgl. *Özcan*, AÜEHFD C. IX, Sayı 3–4 (2005), S. 181, 185. Im türkischen Recht leitet *Ünsal* (Politische und religiöse Symbole im Betrieb, 2009, S. 468) aus Art. 5 von 1982 TV ab, dass der Staat den Bürger vor Grundrechtseingriffen durch Dritte bewahren müsse. Anders als im deutschen Recht wird im türkischen Recht aber die Schutzpflichtlehre kaum vertreten.

²¹⁵ Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG: Das Bundesverfassungsgericht entscheidet über Verfassungsbeschwerden, die von jedermann mit der Behauptung erhoben werden können, durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte oder in einem seiner in Artikel 20 Abs. 4, 33, 38, 101, 103 und 104 enthaltenen Rechte verletzt zu sein.

b) Die Schutzpflichttheorie

Die mittelbare Drittwirkung in Gestalt der „Ausstrahlungswirkung“ stellt deshalb nur eine bildhafte Umschreibung der Vorstellung dar, die man von der Wirkung der Grundrechte zwischen Privaten hat. Der dogmatische Ansatz wird zunehmend in der sog. Schutzpflichttheorie gesehen.²¹⁶

Danach ist der Staat verpflichtet, den *Bürger vor rechtswidrigen Zugriffen zu schützen*, die ihm von Seiten Dritter drohen.²¹⁷ Ursprung des staatlichen Schutzgedankens ist das „Wesen der Staatlichkeit selbst“.²¹⁸ Es ist Aufgabe des Staats, für Sicherheit und Rechtsfrieden in seinem Herrschaftsbereich zu sorgen.²¹⁹ Der Verzicht auf das „naturegegebene Recht zur Verteidigung“²²⁰ kann durch die Bürger nur akzeptiert werden, wenn sie ihre *Rechtsgüter durch den Staat gesichert* wissen. Dementsprechend sind gemäß Art. 1 Abs. 3 GG Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung an die Grundrechte als unmittelbar geltendes Recht gebunden.

Staatliche Schutzpflichten lassen sich zwar nur teilweise²²¹ unmittelbar dem Wortlaut des jeweiligen Grundrechts entnehmen.²²² Erkennt man jedoch – wie überwiegend angenommen wird²²³ – auch die objektivrechtliche Dimension der Grundrechte an, welche die abwehrrechtliche Dimension optimiert²²⁴, so enthält jedes Grundrecht im Ergebnis zugleich einen Schutzauftrag.²²⁵

²¹⁶ Vgl. etwa *Jarass*, AöR 120 (1995), 345, 352 f.; *MüKo/Armbrüster*, BGB, 6. Aufl. 2012, § 134, Rn. 34; *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 252 f.

²¹⁷ Zur Schutzpflicht des Staats bereits *Belling*, ZfA 1999, 547, 572 ff.

²¹⁸ *Oldiges*, Neue Aspekte der Grundrechtsgeltung im Privatrecht, in: FS für Friauf, hrsg. v. *Wendt*, 1996, S. 281, 299; *Starck*, Wie kommen die Grundrechte ins Privatrecht und wie wirken sie dort?, in: Festschrift für Rolf Stürmer, 1. Teilbd., hrsg. v. Bruns/Kern/Münch/Kiekenbrock/Stadler/Tsikrikas, 2013, S. 61, 64.

²¹⁹ *Hager*, JZ 1994, 373, 378; *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, Band IX, 2011, § 191, Rn. 181 ff.; vgl. auch *Ciftci*, NJOZ 2014, 921, 922.

²²⁰ *Klein*, NJW 1989, 1633, 1636; ähnlich *Isensee*, Nachwort – Privatautonomie: Freiheit zur Diskriminierung? – Verfassungsrechtliche Vorgaben, in: Vertragsfreiheit und Diskriminierung, hrsg. v. *Isensee*, 2007, S. 239, 252 m. w. N.

²²¹ Vgl. etwa Art. 6 Abs. 1 GG: Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung.

Zum Gesetzestext des Art. 6 Abs. 2 S. 2 i. V. m. S. 1 GG vgl. Fn. 112.

Zum Gesetzestext des Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG vgl. Fn. 10.

²²² *Bleckmann* (DVBl. 1988, 938, 941 f.) folgert aus den Formulierungen „ist unantastbar“ (Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG) und „ist unverletzlich“ bzw. „sind unverletzlich“ (vgl. Art. 4 Abs. 1, 10 Abs. 1 und 13 Abs. 1 GG), dass „die Grundrechte Werte darstellen, die gegen alle denkbaren Eingriffe – ganz gleich aus welcher Richtung – umfassend geschützt sind.“

²²³ Vgl. vor allem BVerfGE 7, 198, 206 f.; 39, 1, 41 f.; 81, 242, 256; *Ciftci*, NJOZ 2014, 921, 922.

²²⁴ BVerfGE 7, 198, 205; 35, 79, 113 m. w. N.; *Jarass*, AöR 120 (1995), 345, 347.

²²⁵ Ebenso *Dreier*, GG, 3. Aufl. 2013, Vorb., Rn. 104; *Isensee/Kirchhof/Rüfner*, Handbuch des Staatsrechts, Band IX, 2011, § 197, Rn. 93; *Klein*, DVBl. 1994, 489, 491; *Szczekalla*, Die so-

Wenngleich die Schutzpflichttheorie Unklarheiten aufweist und ihre Konturen in manchen Ausprägungen noch verschwommen sind (z. B. hinsichtlich der Schutzbedürftigkeit und der Schutzintensität), ist sie zu befürworten. Gesetzesmediatisiert richtet sie sich, nicht allein, an die Rechtsprechung²²⁶. In Erfüllung ihrer Schutzpflicht hat diese die Gesetze einschließlich der Verfassung anzuwenden, auszulegen und – unter Beachtung der Grenzen der Rechtsfortbildung²²⁷ – weiterzuentwickeln. Die Schutzpflicht verlangt darüber hinaus, und zwar primär²²⁸ vom Gesetzgeber, verantwortungsvolles Gestalten unter Berücksichtigung aller Belange der beteiligten Personen einschließlich ihrer Grundrechte²²⁹. Adressiert sind die Grundrechte damit nach wie vor unmittelbar nur an die Staatsgewalten – freilich an sämtliche (Art. 1 Abs. 3 GG).

Dem Gesetzgeber steht ein weiter Gestaltungsspielraum bei der Umsetzung dieses Schutzes zu²³⁰. Im Vergleich zu den Mitteln des öffentlichen Rechts und des Strafrechts bietet sich das Zivilrecht in vielen Fällen als geeigneteres Instrument an, weil es für die Beteiligten schonender und ausgleichender wirkt.²³¹

genannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, 2002, S. 149 f., 335; *Tian*, Objektive Grundrechtsfunktionen im Vergleich, 2012, S. 87; *Unrub*, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, 1996, S. 75 u. 78; vgl. auch *Ipsen*, JZ 2014, 157, 161; ausführlich *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 154 ff., 170 ff. Zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) BVerfG NJW 2013, 3086, 3087.

Die Ausdehnung der eindeutigen staatlichen Schutzpflicht des Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG auf alle übrigen Grundrechte ließe sich hingegen schwerer begründen (*Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 160 f.; a. A. *Tian*, Objektive Grundrechtsfunktionen im Vergleich, 2012, S. 76 ff.).

²²⁶ Vgl. dazu BVerfGE 103, 89, 100; BAG NZA 2010, 824, 827 f. Daneben richtet sich die Schutzfunktion der Grundrechte auch an die Exekutive; zu Recht *Jarass*, AöR 120 (1995), 345, 352; *ders.*, Die Grundrechte: Abwehrrechte und objektive Grundsatznormen, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, 2. Band, hrsg. v. Badura/Dreier, 2001, S. 35, 48; *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 267; *Ziekow*, Über Freizügigkeit und Aufenthalt, 1997, S. 590. *Ipsen*, JZ 2014, 157, 161 nimmt dagegen an, Schutzpflichten seien „aus der Verfassung ableitbare Verpflichtungen des Gesetzgebers“.

²²⁷ Diese Grenzen sind auch vom Bundesverfassungsgericht selbst zu wahren.

²²⁸ Vgl. BVerfGE 39, 1, 51; 96, 56, 64; 114, 1, 34 f.; 121, 317, 356; ebenso *Canaris*, JuS 1989, 161, 163; *Hermes*, NJW 1990, 1764, 1765, 1767; *Ipsen*, JZ 2014, 157, 161; *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 202 f.; *Schmidt am Busch*, GewArch 2011, 1, 2.

²²⁹ Vgl. BVerfG NJW 2005, 2376, 2378 sowie *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 203 ff.

²³⁰ Der Rechtsprechung sind engere Grenzen gezogen, allein schon weil sie nur auf einen Fall bezogen erkennt.

²³¹ Ähnlich *Hager*, JZ 1994, 373, 378.

Aus den Grundrechten sogar eine „Pflicht zum Strafen“ herzuleiten, erstaunt auf den ersten Blick, ist aber nicht ausgeschlossen.²³² Zwar sind die Grundrechte primär Abwehrrechte gegenüber dem Staat und sollen in dieser Funktion der Strafgewalt des Staats Grenzen ziehen. Die Schutzpflicht des Staats gründet aber auch auf dem staatlichen Gewaltmonopol, welches es dem Bürger verwehrt, ihm zugefügte Rechtsverletzungen eigenmächtig abzuwehren und zu verfolgen²³³. Der Staat kann deshalb gehalten sein, die Grundrechte des Einzelnen vor Eingriffen Dritter durch Strafnormen zu schützen, selbst wenn damit ein schwerer Eingriff in die Freiheitsrechte des jeweiligen Täters verbunden ist. Aus zivilrechtlichen Haftungsnormen²³⁴ und verwaltungsrechtlichen Mitteln können sich zwar in vielen Fällen für den Täter tiefgreifende und empfindliche Maßnahmen ergeben. Das gilt unter anderem, wenn der Täter mit hohen Schadenersatzforderungen belastet wird. Strafrechtliche Sanktionen werden dadurch allerdings nicht obsolet. Sie dienen der Generalprävention und als Abschreckung und werden nur eingesetzt, „wenn ein bestimmtes Verhalten über sein Verbotensein hinaus in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich, seine Verhinderung daher besonders dringlich ist“²³⁵. Insofern lässt sich zum Beispiel ein Schutz vor Mördern und Totschlägern generalpräventiv nicht anders erreichen als durch strafrechtliche Verbotsnormen.²³⁶ Damit die Grundrechte auf diesem Wege nicht entarten, indem aus ihnen eine „Fülle von freiheitsbeschränkenden Reglementierungen“ entnommen wird²³⁷, sind der sich aus der Schutzpflicht ergebenden Verpflichtung des Staats, Strafnormen zu erlassen, enge Grenzen zu setzen: Bei der Genese strafrechtlicher Normen müssen der Gesetzgeber und bei deren Kontrolle das Bundesverfassungsgericht Zurückhaltung üben. Strafen sollen nur *als ultima ratio* angewendet werden²³⁸. Das Bundesverfassungsgericht darf dem Gesetzgeber darüber hinaus nicht bereits entgegenreten und die vom Gesetzgeber getroffene Entscheidung durch eine eigene Regelung erset-

²³² In diese Richtung aber: BVerfGE 39, 1, 68 ff. = NJW 1975, 573, 582 ff. (abw. *M. Rupp-v. Brünneck, Simon*).

²³³ Vgl. die Nachweise in Fn. 217–219.

²³⁴ Z. B. gerichtet auf Schadenersatz und/oder Entschädigung.

²³⁵ BVerfGE 96, 245, 249; vgl. zum Ganzen auch *Szcekalla*, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, 2002, S. 360 ff.

²³⁶ BVerfGE 39, 1, 68 ff. = NJW 1975, 573, 584 (abw. *M. Rupp-v. Brünneck, Simon*), welche an anderer Stelle aber auch generell die aus der objektiven Werteordnung des Grundgesetzes abgeleitete Pflicht des Gesetzgebers zum Erlass von Strafnormen in Frage stellen.

²³⁷ Diese Befürchtung äußern *Rupp-v. Brünneck, Simon*, in: BVerfGE 39, 1, 68 ff. = NJW 1975, 573, 583 (abw. *M.*).

²³⁸ BVerfGE 96, 245, 249 m. w. N.

zen, wenn es der Auffassung ist, eine objektive Wertentscheidung sei nicht bestmöglich verwirklicht; es darf das nur unter der Voraussetzung, dass die Wertentscheidung vollständig außer Acht gelassen wurde oder die Art und Weise ihrer Realisierung offensichtlich fehlerhaft ist.²³⁹ Andernfalls mutiert das Bundesverfassungsgericht zu einer Superrevisionsinstanz, welche die Eigenständigkeit des Privatrechts gegenüber dem Verfassungsrecht aushöhlt. Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, welche das Zivilrecht betreffen, binden gemäß § 31 Abs. 1 BVerfG auch den Zivilrechts-Gesetzgeber; dessen Arbeitsweise wird damit durch das Bundesverfassungsgericht allerdings unmittelbar vorgezeichnet, obwohl die Schutzpflicht primär dem Gesetzgeber selbst obliegt.²⁴⁰

c) Das Verhältnis zwischen mittelbarer Drittwirkung und Schutzpflicht

In den letzten Jahren rückte die Schutzpflichttheorie verstärkt in den Vordergrund. Es fragt sich daher, ob die Theorie der mittelbaren Drittwirkung deshalb an Bedeutung verloren hat. Große Einigkeit besteht gegenwärtig dahingehend, dass zwischen beiden Theorien eine Wechselwirkung besteht.²⁴¹ Teilweise wird dabei die Schutzpflichtlehre als Teil der Drittwirkungslehre betrachtet.²⁴² Andere sehen in der Schutzpflichtlehre die Drittwirkungslehre mit enthalten.²⁴³

Die gegenseitige Abhängigkeit beider Theorien lässt sich wie folgt darstellen: Sie ergänzen und vervollkommen einander: Auf der einen

²³⁹ BVerfGE 39, 1, 68 ff. = NJW 1975, 573, 583 (abw. *M. Rupp-v. Brünneck, Simon*).

²⁴⁰ Vgl. auch *Ipsen*, JZ 2014, 157, 160 ff.

²⁴¹ Vgl. etwa *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 227 f.; *Hermes*, NJW 1990, 1764, 1765 f.; *Klein*, NJW 1989, 1633, 1639 f.; *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 285; *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 252 f.; *Unrub*, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, 1996, S. 71 ff.

²⁴² *Enders*, Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung, 1997, S. 335; *Howald*, Das Kommunikationsgrundrecht der Meinungsfreiheit und seine Kollision mit arbeitsvertraglichen Pflichten, 2003, S. 34.

²⁴³ *Augsberg/Viellechner*, JuS 2008, 406, 412; *Canaris*, Drittwirkung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten, in: Umwelt, Wirtschaft und Recht, hrsg. v. Bauer/Czybulka/Kahl/Voskuhle, 2002, S. 29, 32 m. w. N.; *Gersdorf*, AöR 199 (1994), 400, 421 mit Verweis auf *Klein*, NJW 1989, 1633, 1640; *Groß*, JZ 1999, 326, 331; *Gurlit*, NZG 2012, 249, 251; *Hermes*, NJW 1990, 1764, 1767 f.; *Jarass*, AöR 120 (1995), 345, 352 f.; *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Staatsrecht II, 29. Aufl. 2013, Rn. 198; *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 253; *Szczekalla*, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, 2002, S. 254 ff.; *Starck*, Praxis der Verfassungsauslegung, 1994, S. 67; *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1, 1988, S. 1560, 1572; *Tian*, Objektive Grundrechtsfunktionen im Vergleich, 2012, S. 176; *Unrub*, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, 1996, S. 72 f.

Seite stellt die mittelbare Drittwirkung eine Ausprägung der staatlichen Schutzpflicht dar. Nicht alle gegenwärtigen oder zukünftigen menschlichen Beziehungen und Konflikte lassen sich im Rechtssystem konkret ausgestalten oder lösen. Deshalb stellt der Gesetzgeber in Umsetzung seiner Schutzpflicht unbestimmte Rechtsbegriffe und Generalklauseln zur Verfügung, welche die Rechtsprechung anhand der grundrechtlichen Wertordnung und den Umständen des konkreten Einzelfalls ausfüllt.

Auf der anderen Seite wird die mittelbare Drittwirkung durch die staatliche Schutzpflicht selbst begrenzt. Grund ist die Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungskompetenz des Staats²⁴⁴ im Hinblick auf die Erfüllung der ihm obliegenden Schutzpflicht.

d) Die Erfüllung der Schutzpflicht

Aber auch dieser Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers bei der Erfüllung der Schutzpflicht ist keineswegs unbeschränkt.

Vor allem im rechtsgeschäftlichen Bereich, der dem Einzelnen die rechtlichen Mittel zur Verfügung stellt, seine Interessen in eigener Verantwortung zu verwirklichen, muss der Staat die durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistete Privatautonomie der beteiligten Personen wahren. Privatautonomie als „Strukturelement einer freiheitlichen Gesellschaftsordnung“²⁴⁵ ist „das Prinzip der Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den einzelnen nach eigenem Willen“.²⁴⁶ Sie umfasst die Vertragsfreiheit, d. h. die Freiheit, sich selbst durch Vertrag zu binden.²⁴⁷ Das Bundesverfassungsgericht fordert grundsätzlichen staatlichen Respekt gegenüber privatrechtlich getroffenen Regelungen; denn die privaten Vertragsparteien „bestimmen selbst, wie ihre gegenläufigen Interessen angemessen auszugleichen sind, und verfügen damit zugleich über ihre grundrechtlich geschützten Positionen ohne staatlichen Zwang.“²⁴⁸ Der im Vertrag zum Ausdruck gebrachte übereinstimmende Wille der Vertragsparteien lässt deshalb in der Regel auf einen durch den Vertrag hergestellten sachgerechten Interessenaus-

²⁴⁴ Vgl. dazu BVerfGE 96, 56, 64 m. w. N.; 121, 317, 356.

²⁴⁵ BVerfGE 81, 242, 254.

²⁴⁶ Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band 2, 4. Aufl. 1992, S. 1.

²⁴⁷ Isensee, Nachwort – Privatautonomie: Freiheit zur Diskriminierung? – Verfassungsrechtliche Vorgaben, in: Vertragsfreiheit und Diskriminierung, hrsg. v. Isensee, 2007, S. 239, 249; vgl. auch BVerfGE 81, 242, 254.

²⁴⁸ BVerfGE 81, 242, 254.

gleich schließen.²⁴⁹ Deshalb gilt im Grundsatz „Vertrag ist Vertrag“.²⁵⁰ Allerdings besteht Privatautonomie nur im Rahmen der geltenden Gesetze, die ihrerseits an die Grundrechte gebunden sind, vor allem, wenn sie als zwingendes Recht der Privatautonomie Schranken setzen. Diese Schranken sind jedenfalls erforderlich, wenn Fremdbestimmung droht; denn Privatautonomie setzt voraus, dass freie Selbstbestimmung tatsächlich möglich ist.²⁵¹ Jede Seite muss die Macht zur Selbstbestimmung haben. Im Rahmen der auch im Gesetzgebungsverfahren notwendigen vorweggenommenen Abwägung der sich – grundsätzlich gleichrangig²⁵² – gegenüberstehenden Grundrechte kommt es deshalb – neben der potentiellen Schwere der Grundrechtsbeeinträchtigungen – vor allem darauf an, ob die autonome Entscheidungsfreiheit einer Partei in der zu regelnden Konstellation aufgrund eines *strukturellen Machtgefälles* beeinträchtigt ist. In diesem Fall muss der Gesetzgeber abstrakte Normen (wie etwa §§ 611 ff. BGB, §§ 6 ff. AGG²⁵³ im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, und das Tarifvertragsgesetz) erlassen, die den betreffenden Themenkomplex abdecken. Ein solches Gefälle besteht beispielsweise auf „typisch unvollkommenen Märkten“ wie dem Arbeits- und Wohnungsmarkt, wo „die Vertragsfreiheit zur Diktatfreiheit des sozial Mächtigen, zur Diktathörigkeit des sozial Ohnmächtigen“²⁵⁴ wird, wenn nicht der Staat in Erfüllung seiner Schutzpflicht ausgleichend wirkt. Der Arbeits- und Wohnungsmarkt sind daher der Privatautonomie zu einem erheblichen Teil entzogen. Durch die Wahrnehmung der Schutzpflicht mäßigt der Staat die Freiheitsentfaltung des Starken und ermöglicht die Freiheitsentfaltung des

²⁴⁹ BVerfGE 103, 89, 100.

²⁵⁰ Vgl. dazu BVerfGE 89, 214, 234.

²⁵¹ Vgl. BVerfGE 81, 242, 254 f.; 103, 89, 100; ebenso bereits *Flume*, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Band I, hrsg. v. Caemmerer/Friesenhahn/Lange, 1960, S. 135, 142 f. sowie S. 146 f.

²⁵² *Rüfner*, Grundrechtskonflikte, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, hrsg. v. Starck, II. Bd., 1976, S. 453, 461–465; vgl. BGH (NJW 2008, 216, 217 sowie 2010, 436, 437) zur Gleichrangigkeit der Grundrechte aus Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG und Art. 5 Abs. 1 S. 1 Halbsatz 2 GG; BVerwG (NVwZ 1994, 578, 579) zur Gleichrangigkeit der Grundrechte aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG und Art. 4 Abs. 1 und 2 GG; BGH (NJW 1978, 1797, 1798) sowie OLG Stuttgart (Urt. v. 01.10.2003 – 4 U 114/03) zur Gleichrangigkeit der Grundrechte aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG (sowie Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG). Ebenso *Ipsen*, JZ 2014, 157, 159 m. w. N.

²⁵³ Die Notwendigkeit des AGG bezweifelnd *Isensee*, Nachwort – Privatautonomie: Freiheit zur Diskriminierung? – Verfassungsrechtliche Vorgaben, in: Vertragsfreiheit und Diskriminierung, hrsg. v. Isensee, 2007, S. 239, 271 ff.

²⁵⁴ *Radbruch*, Rechtsphilosophie, 8. Aufl. 1973, S. 133.

Schwachen. Für die *Schwere* der Beeinträchtigung des Grundrechts des einen (schwachen) Privaten durch einen anderen kommt es darauf an, ob sich das Grundrecht auch in der Weise verwirklichen lässt, dass die Kollision mit dem Grundrecht des anderen vermieden wird. So muss beispielsweise ein Arbeitnehmer in Ausübung seiner Koalitionsfreiheit nicht zum Streik aufrufen, indem er das Eigentum des Arbeitgebers (konkret dessen Kommunikationsmittel) verwendet, wenn ihm dafür auch andere (eigene) Mittel zur Verfügung stehen.²⁵⁵ Andererseits kann ein Mieter ausländischer Herkunft zur Gewährleistung seiner Informationsfreiheit auf die primäre Inanspruchnahme von Informationsquellen wie das Internet oder Kabelfernsehen verwiesen werden, wenn damit in zumutbarer Weise ein Eingriff in das Eigentum seines Vermieters durch Anbau einer Satellitenanlage vermieden werden kann.²⁵⁶

Unter anderem im Bereich der gesetzlichen Schuldverhältnisse²⁵⁷, die ihrer Intention nach darauf abzielen, den Einzelnen vor Eingriffen nicht rechtsgeschäftlicher Natur zu schützen und einen gerechten Ausgleich für Schäden und ungerechtfertigte Bereicherungen zu gewährleisten²⁵⁸, ist zweifelhaft, ob die „Diktatfreiheit des sozial Mächtigen“ und die „Diktathörigkeit des sozial Ohnmächtigen“ bei der Abwägung der sich gegenüberstehenden Grundrechte im Vordergrund stehen, weil es in diesem Bereich weniger um die privatautonome Umsetzung eigener Interessen geht. Vielmehr geht es um den Ausgleich zwischen der Betätigungsfreiheit des einen und dem (Bestands-)Schutz der Rechte und Rechtsgüter des anderen. Der Staat hat, worauf *Isensee*²⁵⁹ zutreffend hinweist, „kraft seiner grundrechtlichen Schutzpflicht zu gewährleisten, daß die Träger der Grundrechte sich der Übergriffe auf die Rechtsgüter des anderen enthalten“. Dabei gilt der staatliche Schutz grundsätzlich dem Schwachen, Gehandikapten, Wehrlosen (z. B. der Leibesfrucht). Der Staat muss aber auch die Grundrechte des verhältnismäßig Stärkeren (etwa der Schwangeren) berücksichtigen, die möglichst nicht völlig verdrängt werden dürfen.

Im „*Harlan* ./ *Lüth-Prozess*“²⁶⁰ war diese Lage im Verhältnis zwischen *Lüth* und *Harlan* nicht gegeben. Harlan befand sich nicht in

²⁵⁵ BAG JZ 2014, 902, 904 m. Anm. *Belling*.

²⁵⁶ Vgl. z. B. BGH NJW-RR 2013, 1168; BVerfG NJW-RR 2005, 661.

²⁵⁷ Gleiches gilt für alle anderen „außervertraglichen Schuldverhältnisse“; zu diesem, dem Europäischen Recht entnommenen Begriff vgl. Art. 1 Abs. 1 und 2 VO (EG) 864/2007 (ROM II-VO).

²⁵⁸ *Looschelders*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2014, Rn. 6.

²⁵⁹ Nachwort – Privatautonomie: Freiheit zur Diskriminierung? – Verfassungsrechtliche Vorgaben, in: Vertragsfreiheit und Diskriminierung, hrsg. v. Isensee, 2007, S. 239, 252.

²⁶⁰ BVerfGE 7, 198; vgl. oben VI. 2. a).

der Position des Schwachen, des Schutzbedürftigen. Der Staat musste und durfte – anders als die Instanzgerichte es getan hatten – nicht zu seinem Schutz einschreiten. In der Abwägung ihrer widerstreitenden Grundrechte überwog die Meinungsfreiheit von *Lüth*, der öffentlich zum Boykott des Films von Harlan aufrief. Angesichts der vorangegangenen Zeit des Nationalsozialismus ist die Meinungsfreiheit für den freiheitlich-demokratischen Staat von grundlegender Bedeutung. Sie soll nur zurücktreten, wenn ihre Inanspruchnahme schutzwürdige Interessen eines anderen von höherem Rang verletzt. Das war bei *Lüth* nicht der Fall.²⁶¹ Vor allem appellierte er lediglich an das Verantwortungsbewusstsein und die sittliche Haltung der von ihm Angesprochenen. Sie konnten frei entscheiden, ob sie ihm folgen wollten. Zwangsmittel – wenigstens gegenüber den Filmproduzenten – standen ihm nicht zur Verfügung.²⁶² Unzulässig ist ein Boykottaufruf im Gegensatz dazu, wenn er nicht nur auf geistige Argumente gestützt wird, sondern darüber hinaus Mittel einsetzt, welche den Angesprochenen die Möglichkeit nehmen, ihre Entscheidung in voller innerer Freiheit und ohne wirtschaftlichen Druck zu treffen, so wie es in dem ebenfalls vom Bundesverfassungsgericht entschiedenen Fall „*Blinkfuer*“²⁶³ geschehen ist. Dort hatte der *Axel-Springer-Verlag* Zeitungshändler im Raum Hamburg dazu aufgefordert die Wochenzeitung *Blinkfuer* nicht weiter zu vertreiben, weil diese neben dem westdeutschen Fernsehprogramm auch das Programm der DDR abdruckte. Der einen nicht unerheblichen Teil des Zeitungsmarkts beherrschende Verlag drohte, die Geschäftsbeziehungen zu denjenigen Händlern einzustellen, welche dem Boykottaufruf nicht folgten. Die damit verbundene Ausübung wirtschaftlichen Drucks

²⁶¹ Ähnlich entschied unlängst der Bundesgerichtshof (BGH) in einem Fall aus dem Jahr 2010 (AZ: VI ZR 490/12, Urteil vom 30.09.2014), in dem private E-Mails des damaligen Innenministers des Landes Brandenburg (Speer) zum Zwecke der Berichterstattung durch die Presse verwertet wurden. Das Gericht stufte das Informationsinteresse der Öffentlichkeit und ihr Recht auf Meinungs- und Medienfreiheit – anders als die Vorinstanzen – höher ein als den Schutz des Politikers an seiner Persönlichkeit (Ehre, soziale Anerkennung, Vertraulichkeitssphäre und informationelle Selbstbestimmung) und wies dessen Unterlassungsklagen ab. Die verwerteten und veröffentlichten Informationen privaten (brisanten) Inhalts waren aufgrund der politischen Stellung des Klägers als Minister von hohem „Öffentlichkeitswert“. Sie belegten, dass sich der Kläger über viele Jahre der wirtschaftlichen Verantwortung für seine nichteheliche Tochter (E.) entzogen und diese auf den Steuerzahler abgewälzt hatte. Dementsprechend führte die rechtswidrige Erlangung der Informationen (durch Dritte) und die anschließende Nutzung durch die Presse nicht zu einem Überwiegen der Interessen des Ministers aus Art. 2 Abs. 1, 10 Abs. 1 GG. Die Veröffentlichung der E-Mails in direkter oder indirekter Rede erachtete der BGH aus ähnlichen Gründen als zulässig.

²⁶² BVerfGE 7, 198, 221.

²⁶³ BVerfGE 25, 256.

durch Androhung schwerer Nachteile mit dem Ziel, die verfassungsrechtlich gewährleistete Verbreitung von Meinungen und Nachrichten zu verhindern, verletzte die Gleichheit und Chancen beim Prozess der Meinungsbildung und widersprach dem Wesen des Grundrechts der freien Meinungsäußerung²⁶⁴. Die Entscheidung zeigt, dass ein bestehendes Machtgefälle auch im nicht rechtsgeschäftlichen Bereich bei der Grundrechtsanwendung zwischen Privaten ins Gewicht fällt.

Für die Erfüllung der Schutzpflicht ergeben sich Leitlinien aus dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit. In jedem Fall muss der Staat das Untermaßverbot²⁶⁵ beachten, d. h. er muss das verfassungsrechtlich gebotene Maß an Schutz, den Minimalschutz, gewährleisten.²⁶⁶ Insofern aber bleibt die Wirkung der Grundrechte im Privatrecht, und dort vor allem – aber nicht nur – im Bereich der Rechtsgeschäfte, gegenüber der unmittelbaren Wirkung im Verhältnis Bürger-Staat zurück, bei der dem Bürger der größtmögliche Schutz seiner Freiheits- und Gleichheitsrechte angedeihen soll und der Staat jeden grundrechtlichen Eingriff – nicht selten durch gewichtige Güter der Allgemeinheit – legitimieren muss. Eine Orientierung am geforderten Minimalschutz wird der Privatautonomie am besten gerecht. Der Minimalschutz akzeptiert die privatrechtliche Selbstbestimmung und damit die gewollte und tolerierte Grundrechtsbeschränkung. Auf dieser Grundlage kann jedes agierende Rechtssubjekt seine Freiheit entfalten, muss aber auch die Freiheitsentfaltung des anderen dulden. Das Prinzip macht den elementaren Unterschied zum Verhältnis des Bürgers zum Staat offenkundig.

Die gleichen Grundsätze lassen sich auf staatliches regulierendes Tätigwerden im Bereich der Rechtsprechung übertragen. Richterliches Eingreifen zugunsten eines Grundrechtsträgers muss der Ausnahmefall bleiben und wird erst bei markanten Grundrechtsbeschränkungen verlangt, in denen eine Seite auf den Schutz des Staats angewiesen, also schutzbedürftig ist. Das ist, wie dargestellt, im rechtsgeschäftlichen Bereich vor allem bei einem starken Machtgefälle zwischen den beteiligten Personen (z. B. mittelloser, familiär gebundener Bürge ./ Gläubigerbank) gegeben. Diesem Abwägungskriterium kommt neben der jewei-

²⁶⁴ BVerfGE 25, 256, 265; zulässig wäre es aber gewesen, wenn der Axel-Springer-Verlag in seinen Zeitungen und Zeitschriften die Leser zum Boykott der Wochenzeitung „Blinkfuer“ aufgerufen hätte – BVerfGE 25, 256, 266.

²⁶⁵ Ähnlich *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, Band IX, 2011, § 191, Rn. 149. Zum Untermaßverbot vgl. *Mayer*, Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltsgarantie, 2005, S. 43 ff.

²⁶⁶ BVerfGE 88, 203, 254; 103, 89, 101 (zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen über Unterhalt im Zusammenhang mit der Schwangerschaft der zukünftigen Ehefrau); *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2011, 411, 412; ausführlich zum Untermaßverbot vgl. *Klein*, JuS 2006, 960 ff.

ligen Schwere des Grundrechtseingriffs²⁶⁷ besondere Bedeutung zu. Im Zivilrecht mit an sich gleichberechtigten Vertragspartnern herrscht beinahe nirgends vollkommene Parität. Gleichwohl bleibt es richtigerweise (natürlichen oder juristischen) Privatrechtspersonen vorbehalten, sich ihre Vertragspartner selbst auszusuchen und den Vertragsinhalt selbst mitzubestimmen, auch wenn die konkreten Umstände im Einzelfall eine unbeschränkte Auswahl bzw. Mitbestimmung unmöglich machen.²⁶⁸ Diese Freiheit versagt freilich bei starkem Machtgefälle zwischen den Privatrechtssubjekten, mit der Folge, dass der Staat schützend zur Wahrung der Grundrechte des strukturell Unterlegenen einschreiten muss.

Wird auf die Bedingung eines Machtgefälles verzichtet – wie im „Ebenbürtigkeitsbeschluss“ des Bundesverfassungsgerichts²⁶⁹ – oder lässt sich ein solches nicht feststellen, führt die Schutzpflichttheorie dazu, dass die Selbstverantwortung des Einzelnen durch ein Übermaß an Grundrechtsschutz geschwächt wird und dass der Staat wie ein Übervater seine Bürger lenkt und ihnen „Gerechtigkeit“ zuteilwerden lässt. Die Grundrechte sollen normalerweise Freiheiten gewährleisten und können nur in Ausnahmesituationen freiheitsbeschränkend wirken. Gerade diese Wirkung entfaltet nämlich das Grundrecht des Geschützten im Verhältnis zu seinem Gegenüber, weil dieser auch Grundrechtshaber ist. Den Gerichten ist daher (nicht allein aus diesem Grund) Zurückhaltung beim Ausgleich der Grundrechte gegeneinander agierender Bürger geboten.

Daran mangelte es im „Ebenbürtigkeitsbeschluss“ des Bundesverfassungsgerichts. Es muss sich nicht in familiäre Angelegenheiten des früheren Preußischen Königshauses „einmischen“. Denn hier stehen sich beim Abschluss des Erbvertrags gleichstarke („ebenbürtige“) Akteure gegenüber, die im Rahmen ihrer Testier- und Vertragsfreiheit ihrem Willen Geltung verschaffen können müssen, ohne ihn zu begründen. Das gehört zum Wesen der Vertragsfreiheit: „*Stat pro ratione volun-*

²⁶⁷ Vgl. u. a. BVerfGE 90, 27 und BVerfG NJW 1994, 2143 zur Abwägung der Informationsfreiheit des Mieters aus Art. 5 Abs. 1 GG und des Eigentumsrechts des Vermieters aus Art. 14 Abs. 1 GG im Hinblick auf das Anbringen einer Parabolantenne sowie BAG JZ 2014, 902, 904 m. Anm. Belling zur Abwägung der sich aus Art. 9 Abs. 3 GG ergebenden Koalitionsfreiheit des Arbeitnehmers mit dem in Art. 14 Abs. 1 GG enthaltenen Eigentumsrecht des Arbeitgebers.

²⁶⁸ So werden ältere, im Gehen beeinträchtigte Menschen zumeist in nahegelegenen kleinen Einkaufsläden ihre nötigen Lebensmittel erwerben (müssen), obwohl dort die Preise regelmäßig etwas höher als in Supermärkten liegen.

²⁶⁹ BVerfG NJW 2004, 2008: Durch die Ebenbürtigkeitsklausel wird die Erbschaft in einem Erbvertrag an eine „ebenbürtige“ Heirat geknüpft; näher dazu Ipsen, JZ 2014, 157, 159.

tas²⁷⁰.²⁷¹ Es kann – so *Flume*²⁷² mit Recht – nicht darauf ankommen, ob der Richter einer privatautonomen Gestaltung „das Placet erteilt, daß sie ‚verständigen und zu billigenden Sinnes‘ ist“. Auch der Bundesgerichtshof muss sich vorhalten lassen, ohne Notwendigkeit in die Belange ebenbürtiger Vertragsparteien einzugreifen. So muss es der freien Entscheidung gleichberechtigter Privatpersonen überlassen bleiben, wenn diese die Freizügigkeit der einen Partei durch eine Vereinbarung beschränken, welche sie verpflichtet, ihren Wohnsitz aus einer bestimmten Stadt zu verlegen.²⁷³ Anlass für gerichtliche Modifikationen oder Korrekturen besteht auch im Falle eines einvernehmlichen Eingriffs in Art. 11 Abs. 1 GG nur ausnahmsweise, namentlich bei „massiv gestörter Vertragsparität oder dem Einsatz unzulässigen Drucks“²⁷⁴.

e) Zur Kritik an der individuell ausgerichteten Abwägung im Rahmen der sog. Drittwirkung

*Hensel/Teubner*²⁷⁵ erheben vor allem in Bezug auf die Besonderheiten innergesellschaftlicher Kollisionen Einwände gegen die nur einzelfallbezogene Abwägung gegenläufiger Grundrechte von Privatrechtssubjekten im Rahmen der sog. Drittwirkung. Sie glauben, die Theorien von mittelbarer Drittwirkung und Schutzpflicht aufgrund gesellschaftsinterner Defizite mit Blick auf die kollektiv-institutionelle Dimension weiterentwickeln zu müssen. Wegen der schwierigen Strukturkollisionen der Gesellschaft fordern sie über die Abwägung individueller Grundrechte hinaus die Stärkung der kollektiv-institutionellen Dimension der Grundrechte, wobei sie die Institution nicht als staatliche Bestandsgarantie, sondern als Normierungsprozess verstehen. Die Kontextualisierung der Grundrechte dürfe sich nicht darauf beschränken, sie an die Besonderheiten des Privatrechts anzupassen, sondern müsse auch der Eigennormativität der gefährdeten

²⁷⁰ Das Zitat entstammt dem römischen Satiredichter Juvenal (Decimus Iunius Iuvenalis), vgl. dessen *Saturae* 6, 223.

²⁷¹ *Flume*, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Band I, hrsg. v. Caemmerer/Friesenhahn/Lange, 1960, S. 135, 141; *Isensee*, Nachwort – Privatautonomie: Freiheit zur Diskriminierung? – Verfassungsrechtliche Vorgaben, in: Vertragsfreiheit und Diskriminierung, hrsg. v. Isensee, 2007, S. 249 f.

²⁷² Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Band I, hrsg. v. Caemmerer/Friesenhahn/Lange, 1960, S. 135, 140.

²⁷³ A. A. BGH NJW 1972, 1414 f.

²⁷⁴ Bezüglich Art. 11 Abs. 1 GG wie hier Maunz/Dürig/Durner, GG, 2014, Art. 11, Rn. 110; a. A. MüKo/Armbrüster, BGB, 6. Aufl. 2012, § 138, Rn. 69.

²⁷⁵ *Hensel/Teubner*, KJ 2014, 152, 155 ff.

Autonomiebereiche gerecht werden. Außerdem genüge es nicht, ausschließlich dem Staat Schutzpflichten aufzuerlegen; vielmehr müsse die Drittwirkung die gesellschaftlichen Grundrechtsgefährdungen selbst angehen und gesellschaftliche Gegenkräfte aktivieren.

Als Beispiel für Struktorkollisionen innerhalb der Gesellschaft nennen *Hensel/Teubner*²⁷⁶ die nicht selten vorkommenden Manipulationen klinischer Studien im Pharnanetzwerk.²⁷⁷ Diese Manipulationen äußern sich etwa in zurückgehaltenen Veröffentlichungen negativer (unliebsamer) Studienergebnisse, in Zensurklauseln in Forschungsverträgen (zwischen Pharmaindustrie und Wissenschaftlern) oder in Entlassungen (unbeugsamer) Forscher durch finanziell abhängige Forschungseinrichtungen. Über die von Bevormundungen geprägte, knebelnde Forschungsfinanzierung versucht die Pharmaindustrie in ihrem Sinne Einfluss auf die Zulassung und Vermarktung von Medikamenten zu nehmen und gerät dabei unter anderem in Konflikt mit den Interessen der Forschungseinrichtungen (Wissenschaftsfreiheit) und dem Gesundheitswesen. *Hensel/Teubner*²⁷⁸ sehen in dieser Kollision gesellschaftlicher Kollektiv-Institutionen die vernachlässigte, aber eigentlich brisante Problematik der Horizontalwirkung der Grundrechte. Die Manipulationen der Pharmakonzerne verletzen nicht nur Einzelrechte von Wissenschaftlern und Patienten, „sondern zugleich und tiefgreifender die Integrität und damit die Funktionsweise der gesellschaftlichen Autonomiebereiche Wissenschaft und Gesundheitswesen“. Grundrechtsverletzungen geschähen letztlich durch unpersönliche Sozialprozesse, die sich menschlicher Akteure als deren Funktionäre bedienen. Wirksamen Schutz in der Kollision zwischen Wissenschaft, Gesundheitswesen und Wirtschaft soll die Registrierpflicht (trial-registration) bieten, d. h. Studien und diesbezügliche Ergebnisse jedes Forschers werden von Anfang bis Ende z. B. in einem Studien- und Ergebnisregister vollständig erfasst. Zudem sollen die Fachzeitschriften eigeninitiativ die

²⁷⁶ *Hensel/Teubner*, KJ 2014, 152 ff.

²⁷⁷ Ein weiteres Beispiel stellt der Internetriesen und Beinahe-Monopolist Amazon dar, der mittlerweile mit „Kindle Direct Publishing“ und seiner Tochterfirma „CreateSpace“ sogar quasi als Online-E-Book-Verlag agiert. Der Buchhandelsriese Amazon stand unlängst in der Kritik vieler Verlage, weil er unter anderem den Bonnier-Verlag boykottierte, indem er dessen Titel zum Teil entweder nur mit Verzögerung oder gar nicht an die Kunden auslieferte, um in den Verhandlungen um E-Books deutlich höhere Rabatte durchzusetzen. Gelingt es Amazon, die Verlage auszuschalten, könnte Amazon nicht nur die E-Book-Preise diktieren, sondern auch die Inhalte der Bücher bestimmen und damit die Kunstfreiheit aushöhlen; vgl. dazu z. B. <http://www.handelsblatt.com/unternehmen/handel-dienstleister/streit-mit-bonnier-und-hachette-was-willst-du-als-naechstes-diktieren-amazon/10328316-2.html>. (eingesehen am 11.12.2014)

²⁷⁸ Zum Folgenden: *Hensel/Teubner*, KJ 2014, 152, 157 f.

Eintragung aller durchgeführten Studien in diese Register zur Publikationsvoraussetzung machen.

Auf den ersten Blick sind diese Gedanken plausibel, bei näherer Betrachtung aber werden Schwächen sichtbar. Substanzielle Neuerungen lassen sich den Ausführungen von *Hensel/Teubner* jedenfalls nicht entnehmen, weder in Bezug auf den Inhalt der Grundrechte noch auf deren Wirkung oder Beachtung im Privatrecht.

Zunächst bleibt sowohl die eigentliche Bedeutung des Begriffs der kollektiv-institutionellen Dimension der Grundrechte als auch deren Einordnung zu den subjektiven bzw. objektiven Grundrechtsgehalten weiterhin unklar. Die Behauptung „unpersönlicher Sozialprozesse“ überzeugt schwerlich. Selbst digitale Prozesse lassen sich stets auf menschliches Handeln zurückführen. Im obigen Beispielfall etwa schließen natürliche oder juristische Personen Forschungsverträge miteinander; negative Forschungsergebnisse werden durch Menschen zurückgehalten. Dass sie sich bestimmten gesellschaftlichen Gruppen mit inhärenten Profitinteressen zuordnen lassen, ändert wenig. Das lässt sich am Beispiel der Bürgschaftsrechtsprechung verdeutlichen. Dort mögen zwar im Einzelfall – wie *Hensel/Teubner*²⁷⁹ zu Recht feststellen – nur individuell-subjektive Rechte gegeneinander abgewogen worden sein; das ist jedoch auf die den Gerichten obliegende Anwendung der §§ 138, 242 BGB in Privatrechtsstreitigkeiten und generell die Aufgabe der Gerichte²⁸⁰ im Unterschied zur Gesetzgebung zurückzuführen. Die hohe bürgschaftsrechtliche Inanspruchnahme mittelloser Familienangehöriger bei der Vergabe von Krediten an mittelständische Unternehmen war seinerzeit gängige Praxis. Man hätte also genauso gut argumentieren können, die gesellschaftliche Kollektiv-Institution der „Banken“ habe versucht, die Privatautonomie der Gesellschaftsgruppe der Familienangehörigen auszuhöhlen. Dementsprechend wurde bei der Drittwirkung im Privatrecht der sog. „Institutionenschutz“ keineswegs vernachlässigt.²⁸¹ Im Bereich der Wahrnehmung der staatlichen Schutzpflicht zeigt sich der Institutionenschutz etwa in den Gesetzen und Richtlinien zum Schutz der „Verbraucher“ gegenüber den (überlegenen) „Unternehmern“.

Letztlich erweist sich die Registrierpflicht, sofern man ihre Normierung dem Staat auferlegt²⁸², nur als Ausformung der staatlichen Schutz-

²⁷⁹ Zum Folgenden: *Hensel/Teubner*, KJ 2014, 152, 156.

²⁸⁰ Zur verfassungsrechtlichen Funktion der Gerichte siehe *Schlüter*, Das Obiter dictum, 1973, S. 18–28.

²⁸¹ So aber *Hensel/Teubner*, KJ 2014, 152, 156.

²⁸² Unklar *Hensel/Teubner*, KJ 2014, 152, 165 ff.

pflicht. Die spezielle Konstellation der Manipulation von Forschungsstudien und -ergebnissen erfordert eigentümliche Schutzmaßnahmen, damit das Recht auf vollständige Publikation der Forschungsstudien und -ergebnisse als Teil der Wissenschaftsfreiheit²⁸³ gewahrt bleibt. Der „Geburt“ neuer Grundrechtsdimensionen bedarf es dazu nicht.

Natürlich ließe sich jedes private Handeln auf eine höhere Ebene „zoomen“; eine „anonyme Matrix“²⁸⁴ anzunehmen, geht jedoch zu weit. Im Internetzeitalter sind Netzwerke ohne Kollektivstatus zwar keine Seltenheit; die Gefahren, welche von ihnen ausgehen, sind aber nicht in den totalisierenden Tendenzen gesellschaftlicher Prozesse zu suchen. Zwar potenziert sich die Gefahr, wenn sich alle Mitglieder einer Gesellschaftsgruppe kollektiv (etwa aus Profitsucht) und eigennützig gegenüber Mitgliedern anderer Gesellschaftsgruppen verhalten²⁸⁵; die Gefahr geht jedoch von jedem einzelnen Akteur aus. Im Fall der Manipulation von Forschungsstudien und -ergebnissen ist die Gefahr der Beeinträchtigung der Wissenschaftsfreiheit zwar geringer, wenn nur wenige Pharmaunternehmen ihre Finanzmacht ausnutzen, weil der Wissenschaftler dann noch auf seriöse Pharmaunternehmen zurückgreifen kann. Das gilt allerdings nicht, wenn die anderen Pharmaunternehmen kein Interesse an dieser Forschung haben. Letztlich können weder Einzelpersonen noch Kollektiv-Institutionen Grundrechte beeinträchtigen, wenn ihnen die Möglichkeit zur Übermacht schon im Keim genommen wird. Da das System und Verfahren der Arzneimittelzulassung selbst Gelegenheit zur Manipulation bietet²⁸⁶ (z. B. durch Zurückhaltung wissenschaftlicher Studien), können geeignete Schutzmaßnahmen durchaus in der Organisation und Regelung von Verfahren liegen. Diese (hier nicht näher zu skizzierenden) Schutzmaßnahmen obliegen in erster Linie dem Staat, nicht nur weil als mittelbare Folge bei einer unvorhersehbaren Patienten- und Probandenzahl Eingriffe in die Gesundheit und ggf. sogar das Leben zu erwarten sind. Die einzelnen Wissenschaftler sind den Pharmaunternehmen zudem überwiegend machtlos ausgeliefert. Das präventive Wissen um den Finanzierungsbedarf wissenschaftlicher Forschung und das Innehaben der Geldmittel so-

²⁸³ Vgl. Maunz/Dürig/Scholz, GG, 2014, Art. 5 Abs. 3, Rn. 83 (zum Zensurverbot: Rn. 112); Epping/Hillgruber/Kempen, BeckOK-GG, 2014, Art. 5, Rn. 182 m. w. N.

²⁸⁴ So aber Hensel/Teubner, KJ 2014, 152, 158; vgl. auch Teubner, Der Staat 2006, 161, 178 ff.

²⁸⁵ Zum Beispiel durch Preisabsprachen. Eine homogene Vorgehensweise ist aber auch ohne Kommunikation denkbar, wenn etwa lukrative Strategien (z. B. über die Medien) mitgeteilt und übernommen werden.

²⁸⁶ Gemäß §§ 21 ff. AMG dienen klinische Studien in Deutschland als Grundlage der Medikamentenzulassung, so dass die Arzneimittelbehörden sie nicht mehr eigenständig überprüfen; vgl. Hensel/Teubner, KJ 2014, 152, 164.

wie die Abhängigkeit der oft finanzschwachen Wissenschaft von externen Unterstützern verschieben die Macht zugunsten der Pharmaunternehmen. Neben überlegenem Wissen, struktureller Überlegenheit²⁸⁷ oder technischer Versiertheit²⁸⁸ stellen damit auch Finanzierungsbedürfnisse²⁸⁹ bzw. Kapital²⁹⁰ Mittel der Macht dar. Es bleibt dem Gesetzgeber überlassen, in welcher Art und Weise er seiner Schutzpflicht effektiv nachkommt.

3. Die Horizontalwirkung europäischer Rechte

a) Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Europäische Grundrechtscharta

Auf europäischer Ebene ergeben sich Grundrechte und ähnliche Rechte aus verschiedenen Quellen. Zu nennen sind vor allem die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) und die Grundrechtscharta der EU.

Weder die EMRK noch die Europäische Grundrechtscharta gelten unmittelbar zwischen Privaten.²⁹¹ Allerdings ergeben sich aus der EMRK Schutzpflichten der Vertragsstaaten dahingehend, Beeinträchtigungen der Konventionsrechte durch Private zu verhindern.²⁹² Gleiches gilt im Hinblick auf die in der Grundrechtscharta verbürgten Rechte.²⁹³ Auch

²⁸⁷ Zur strukturellen Überlegenheit von Sport-Verbänden und Vereinen gegenüber Fans und Mitgliedern im wirtschaftlichen und sozialen Bereich *Stoll/Lüers*, DÖV 2014, 222, 226 f.

²⁸⁸ Sie wird vor allem von Internet-Betrügern ausgenutzt.

²⁸⁹ Es wirkt sich auf die Feststellung eines Machtgefälles nicht aus, dass Pharmaunternehmen nur seduktiv (verführerisch) und nicht prohibitiv (abhaltend) agieren, wenn sie der Wissenschaft die notwendigen finanziellen Mittel zur Verfügung stellen; die „Machttechnik“ ist lediglich eine andere. Vgl. auch *Hensel/Teubner*, KJ 2014, 152, 160.

²⁹⁰ Zweifelnd gegenüber Geld *Hensel/Teubner*, KJ 2014, 152, 160 Fn. 35.

²⁹¹ Für die EMRK: *Rebbahn*, Zivilrecht und Europäische Menschenrechtskonvention, AcP 210 (2010), 489, 499; *Rengeling/Szczekalla*, Grundrechte, 2004, § 4, Rn. 339; *Calliess/Ruffert/Kingreen*, EUV/AEU, 4. Aufl. 2011, Art. 51 EU-GRCharta, Rn. 18; für die Grundrechtscharta: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEU, 4. Aufl. 2011, Art. 1 EU-GRCharta, Rn. 6 f.; *Calliess/Ruffert/Kingreen*, EUV/AEU, 4. Aufl. 2011, Art. 51 EU-GRCharta, Rn. 18; *Krois*, Der Betrieb, 2010, 1704, 1705; *Magiera*, DöV 2000, 1017, 1021; *Jarass*, EU-GRCharta, 2. Aufl. 2013, Art. 8, Rn. 3; *Streinz/Michl*, EuZW 2011, 384, 385; *Rengeling/Szczekalla*, Grundrechte, 2004, § 11, Rn. 575; *Riesenhuber*, Europäisches Arbeitsrecht, 2009, § 2, Rn. 24; a. A.: von der Groeben/Schwarze/Beutler, EUV/EGV, 6. Aufl. 2003, Art. 6 EUV, Rn. 66.

²⁹² EGMR NVwZ 1999, 57, 58; *Szczekalla*, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, 2002, S. 712; *Rebbahn*, Zivilrecht und Europäische Menschenrechtskonvention, AcP 210 (2010), 489, 492, 500; *Seifert*, Die horizontale Wirkung von Grundrechten, EuZW 2011, 696, 698.

²⁹³ *Krois*, Der Betrieb, 2010, 1704, 1705; *Magiera*, DöV 2000, 1017, 1021; *Streinz/Michl*, EuZW 2011, 384, 385; *Rengeling/Szczekalla*, Grundrechte, 2004, § 11, Rn. 575; vgl. auch *Calliess/Ruffert*, EUV/AEU, 4. Aufl. 2011, Art. 1 EU-GRCharta, Rn. 6; *Jarass*, EU-GRCharta, 2. Aufl.

insoweit muss der Staat für den Schutz vor Verletzungen durch Private sorgen.²⁹⁴ Selbst Grundrechte, die ihrem Wortlaut und ihrer Zielrichtung nach auf eine Horizontalwirkung angelegt sind – unter ihnen das Verbot des Menschenhandels²⁹⁵ und das Verbot der Kinderarbeit²⁹⁶ –, begründen positive Handlungspflichten nur für die EU und ihre Mitgliedstaaten.²⁹⁷

b) Die Grundfreiheiten

(1) Allgemeines

Anders stellt sich die Rechtslage bei den im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) enthaltenen Grundfreiheiten dar. Diese dienen der Verwirklichung des Binnenmarkts und zählen zu den wesentlichen Elementen der europäischen Wirtschaftsverfassung.²⁹⁸ Es handelt sich nicht um Grundrechte im klassischen Sinn; denn anwendbar sind sie lediglich auf grenzüberschreitende Wirtschaftstätigkeiten.²⁹⁹ Dennoch enthalten sie gleichheitsrechtliche und freiheitsrechtliche Komponenten. Deshalb wird von „grundrechtsähnlichen Rechten“ gesprochen.³⁰⁰

Die Grundfreiheiten sind *in den Mitgliedstaaten* unmittelbar anwendbar, sie statuieren ihnen gegenüber Abwehrrechte, auf welche sich die Bürger vor den innerstaatlichen Gerichten berufen können.³⁰¹ Darüber hinaus ergeben sich aus den meisten Grundfreiheiten auch Handlungspflichten der Mitgliedstaaten, auf die der Einzelne einen Leistungs-

2013, Art. 8, Rn. 3, 10; *Riesenhuber*, Europäisches Arbeitsrecht, 2009, § 2, Rn. 25; a. A.: von der Groeben/Schwarze/*Beutler*, EUV/EGV, 6. Aufl. 2003, Art. 6 EUV, Rn. 66.

²⁹⁴ Calliess/Ruffert/*Kingreen*, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 51 EU-GRCharta, Rn. 18; speziell zu Art. 8 EU-GRCharta: *Jarass*, EU-GRCharta, 2. Aufl. 2013, Art. 8, Rn. 10; *Riesenhuber*, Europäisches Arbeitsrecht, 2009, § 2, Rn. 24.

²⁹⁵ Art. 5 Abs. 3 EU-GRCharta: Menschenhandel ist verboten.

²⁹⁶ Art. 32 EU-GRCharta: Kinderarbeit ist verboten. Unbeschadet günstigerer Vorschriften für Jugendliche und abgesehen von begrenzten Ausnahmen darf das Mindestalter für den Eintritt in das Arbeitsleben das Alter, in dem die Schulpflicht endet, nicht unterschreiten.

Zur Arbeit zugelassene Jugendliche müssen ihrem Alter angepasste Arbeitsbedingungen erhalten und vor wirtschaftlicher Ausbeutung und vor jeder Arbeit geschützt werden, die ihre Sicherheit, ihre Gesundheit, ihre körperliche, geistige, sittliche oder soziale Entwicklung beeinträchtigen oder ihre Erziehung gefährden könnte.

²⁹⁷ *Seifert*, EuZW 2011, 696, 700 f.; *Riesenhuber*, Europäisches Arbeitsrecht, 2009, § 2, Rn. 24.

²⁹⁸ *Schroeder*, Grundkurs Europarecht, 3. Aufl. 2013, § 14, Rn. 1.

²⁹⁹ Vgl. *Schroeder*, Grundkurs Europarecht, 3. Aufl. 2013, § 14, Rn. 7 ff.

³⁰⁰ *Seifert*, EuZW 2011, 696, 400; *Schroeder*, Grundkurs Europarecht, 3. Aufl. 2013, § 14, Rn. 2.

³⁰¹ *Schroeder*, Grundkurs Europarecht, 3. Aufl. 2013, § 14, Rn. 16.

anspruch hat³⁰² und aus denen Schutzpflichten dahingehend abgeleitet werden, dass der jeweilige Mitgliedstaat rechtswidrige Eingriffe Dritter in die Grundfreiheiten zu unterbinden hat.³⁰³

(2) *Die unmittelbare Horizontalwirkung in der Rechtsprechung des EuGH*

Der überwiegende Teil der Grundfreiheiten entfaltet nach der Rechtsprechung des EuGH inzwischen sogar *unmittelbare Horizontalwirkung* zwischen Privatpersonen, ist also nicht nur Auslegungsmaßstab, sondern im Rahmen von Streitigkeiten zwischen Privatpersonen vor den nationalen Gerichten direkt anwendbar. Im Zusammenhang mit den *Personenverkehrsfreiheiten* entschied der EuGH bereits 1974, dass diese nicht nur die Mitgliedstaaten verpflichten, sondern sich auch auf sonstige Maßnahmen erstrecken, die eine kollektive Regelung im Arbeits- und Dienstleistungsbereich enthalten.³⁰⁴ Private Normgeber wurden dadurch neben den Mitgliedstaaten an die Arbeitnehmer-, Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit gebunden³⁰⁵, weil auch private Verbände und Unternehmen als sog. intermediäre Gewalten mit besonderer Macht ausgestattet sind.³⁰⁶ Das sollte sowohl im Verhältnis zu ihren eigenen Mitgliedern als auch im Verhältnis zu Dritten gelten³⁰⁷. In der Rechtssache *Angonese* stellte der EuGH schließlich klar, dass die Arbeitnehmerfreizügigkeit für alle Ver-

³⁰² *Schroeder*, Grundkurs Europarecht, 3. Aufl. 2013, § 14, Rn. 22 f.; Beispiel: Art. 45 Abs. 2 AEUV: Verpflichtung zur Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten.

³⁰³ Vgl. EuGH NJW 2003, 3185, Rn. 59, 62, der dafür auch an Art. 10 AEUV (früher: Art. 5 EGV) anknüpft, welcher die Mitgliedstaaten verpflichtet, alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zur Erfüllung der Verpflichtungen zu treffen, die sich aus dem Vertrag ergeben, und alle Maßnahmen zu unterlassen, die die Verwirklichung der Ziele des Vertrages gefährden könnten.

³⁰⁴ EuGH NJW 1975, 1093, 1094 (Walrave, Koch).

³⁰⁵ Zur Niederlassungsfreiheit: EuGH Slg 2007, I-10779 (Viking); *Schmal/Jung*, NVwZ 2013, 607, 608; *Ludwigs/Weidemann*, Jura 2014, 152, 155.

³⁰⁶ *Schroeder*, Grundkurs Europarecht, 3. Aufl. 2013, § 14, Rn. 25. Darüber hinaus wäre die Gewährleistung der benannten Freiheiten gefährdet, wenn „die Beseitigung der staatlichen Schranken dadurch in ihren Wirkungen wieder aufgehoben würde, dass privatrechtliche Vereinigungen oder Einrichtungen kraft ihrer rechtlichen Autonomie derartige Hindernisse aufrichten.“ – EuGH NJW 1975, 1093, 1094 (Walrave, Koch). Bestätigung dieser Rechtsprechung des EuGH für die Arbeitnehmerfreizügigkeit: EuGH NJW 1996, 505 (Bosman), die Niederlassungsfreiheit: EuGH Slg 2007, I-10779 (Viking) und die Dienstleistungsfreiheit: EuGH NJW 2000, 2011 (Deliège).

³⁰⁷ *Ludwigs/Weidemann*, Jura 2014, 152, 155 f. unter Bezugnahme auf EuGH Slg 2007, I-10779 (Viking).

träge zwischen Privatpersonen gelte.³⁰⁸ Die Entscheidung wird nach ihrer Bestätigung³⁰⁹ auch auf die anderen Freiheiten des Personen- und Dienstleistungsverkehrs übertragen, weil diese strukturell besondere Ähnlichkeiten aufweisen.³¹⁰

Die horizontale Wirkung der *Warenverkehrsfreiheit* bejahte der EuGH 1981 zunächst in einem *obiter dictum*³¹¹, um sie sodann aber abzulehnen³¹². Auch die h.M. in der Literatur ging lange Zeit nicht von einer unmittelbaren Horizontalwirkung der Warenverkehrsfreiheit aus, unter anderem weil von privater Seite errichtete Warenverkehrshindernisse ausreichend durch das Wettbewerbsrecht erfasst werden (Art. 101 ff. AEUV).³¹³ Dritte konnten lediglich mittelbar über die staatliche Schutzpflichtdimension in die Pflicht genommen werden.³¹⁴ Inzwischen hat der EuGH in der Rechtssache DVGW³¹⁵ (zumindest unter bestimmten Voraussetzungen) die unmittelbare Drittwirkung der Warenverkehrsfreiheit zwischen Privaten bejaht. Nach dieser Entscheidung sind private Einrichtungen an Art. 34 AEUV³¹⁶ gebunden, soweit ihnen durch eine mitgliedstaatliche Verweisungsnorm eine *de facto* Regelungshoheit übertragen wurde und sie durch eigenes Handeln Beeinträchtigungen des freien Warenverkehrs verursachen; gleiches gilt, wenn private Organisationen mit hoheitlichen Machtbefugnissen ausgestattet werden und auf dieser Grundlage über den Marktzugang von Unternehmen entscheiden können.³¹⁷ Eine darüber hinausgehende unmittelbare Horizontalwirkung

³⁰⁸ EuGH Slg 2000, I-4139 (Angonese).

³⁰⁹ EuGH Slg 2008, I-5939 (Raccanelli); NZA 2012, 863 (Erny).

³¹⁰ *Schmahl/Jung*, NVwZ 2013, 607, 608; *Schroeder*, Grundkurs Europarecht, 3. Aufl. 2013, § 14, Rn. 28; Grabitz/Hilf/Nettesheim/Forsthoef, 2014, Art. 45 AEUV, Rn. 168; als offen sieht diese Frage noch *Birkenmeyer*, EuR 2010, 662, 665; kritisch mit Blick auf das nur bei der Arbeitnehmerfreizügigkeit bestehende Machtgefälle zwischen den Beteiligten: *Ludwigs/Weidemann*, Jura 2014, 152, 158.

³¹¹ EuGH NJW 1981, 1893, 1894 (Dansk Supermarked; Rn. 17); wobei die Literatur daraus – nicht einheitlich – z.T. eine unmittelbare und z.T. eine mittelbare Drittwirkung der Warenverkehrsfreiheit ableitet, *Streinz/Leible*, EuZW 2000, 459, 460 m. w. N.

³¹² In van Vlaamse Reiseburoos (VersR 1989, 349) bezog er Art. 34 AEUV nur auf staatliche Maßnahmen und nicht auf Verhaltensweisen von Unternehmen; vgl. auch *Schmahl/Jung*, NVwZ 2013, 607, 608.

³¹³ *Schroeder*, Grundkurs Europarecht, 3. Aufl. 2013, § 14, Rn. 28; *Schwarze/Becker*, 3. Aufl. 2012, Art. 34 AEUV, Rn. 89 m. w. N.; *Schmahl/Jung* NVwZ 2013, 607, 608 f.; zweifelnd, soweit Bereiche des Art. 34 AEUV betroffen sind, die außerhalb des Wettbewerbsrechts liegen: *Birkenmeyer*, EuR 2010, 662, 674 f.

³¹⁴ *Schmahl/Jung*, NVwZ 2013, 607, 609.

³¹⁵ Deutscher Verein des Gas- und Wasserfaches e.V.

³¹⁶ Art. 34 AEUV: Mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung sind zwischen den Mitgliedstaaten verboten.

³¹⁷ EuGH EuZW 2012, 797 (DVGW); *Schmahl/Jung*, NVwZ 2013, 607, 609 f.

der Warenverkehrsfreiheit zwischen Privaten postuliert die Entscheidung nicht, wohl aber lassen sich die Wertungen dieser Entscheidung auf die Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 63 Abs. 1 AEUV³¹⁸) übertragen, die aufgrund der ebenfalls produktbezogenen Schutzrichtung strukturell mit der Warenverkehrsfreiheit vergleichbar ist.³¹⁹

(3) Die Kritik an der unmittelbaren Horizontalwirkung

Die Bejahung der unmittelbaren Horizontalwirkung bei der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Warenverkehrsfreiheit lösten Widerspruch aus³²⁰ – vor allem in der deutschen Literatur.

(a) Die Argumente des EuGH

In beiden Entscheidungen zur unmittelbaren Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit stützt der EuGH sich im Wesentlichen auf folgende Argumente:

- den *Wortlaut* der Vorschrift, welcher allgemein formuliert sei und sich nicht nur an die Mitgliedstaaten richte³²¹
- den *Grundsatz des „effet utile“*³²² –, hier: die Tatsache, dass die Beseitigung der Freizügigkeitshindernisse gefährdet wäre, wenn die Abschaffung der Schranken staatlichen Ursprungs durch Hindernisse konterkariert werden könnte, welche von privaten Einrichtungen und Vereinigungen aufgestellt werden
- die *Wahrung der einheitlichen Anwendbarkeit* der betroffenen Grundfreiheit in den Mitgliedstaaten³²³ und

³¹⁸ Art 63 Abs. 1 AEUV: Im Rahmen der Bestimmungen dieses Kapitels sind alle Beschränkungen des Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten sowie zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern verboten.

³¹⁹ *Schmahl/Jung*, NVwZ 2013, 607, 610; für die Übertragbarkeit auch: *Ludwigs/Weidemann*, Jura 2014, 152, 161, die aber von einer „gemischten“ Schutzrichtung der Warenverkehrsfreiheit ausgehen.

³²⁰ *Streinz/Leible*, EuZW 2000, 459; *Birkenmeyer*, EuR 2010, 662; *Schmahl/Jung*, NVwZ 2013, 607; im Ergebnis dem EuGH (Raccanelli) beipflichtend, wenn auch nicht in der Begründung: *Repasi*, EuZW 2008, 529.

³²¹ EuGH Slg 2000, I-4139, Rn. 30 (Angonese); EuGH Slg 2008, I-5939, Rn. 42 f. (Raccanelli).

³²² EuGH Slg 2000, I-4139, Rn. 32 (Angonese); EuGH Slg 2008, I-5939, Rn. 44 (Raccanelli).

³²³ EuGH Slg 2000, I-4139, Rn. 33 (Angonese).

- die Parallele zum allgemeinen Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit (Art. 18 AEUV³²⁴) und zum Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen (Art. 157 AEUV³²⁵), welche ebenfalls unmittelbare Horizontalwirkung entfalten³²⁶.

In der Rechtssache DVGW hat der EuGH auf eine dogmatische Herleitung der unmittelbaren Drittwirkung von Art. 34 AEUV³²⁷ verzichtet. Das wäre wegen der mit der Entscheidung verbundenen Rechtsprechungsumkehr aber zumindest wünschenswert gewesen.³²⁸ Die Schlussanträge der Generalanwältin *Trstenjak* lassen dennoch erkennen, dass jedenfalls der Effektivitätsgrundsatz und das Gebot der Wahrung der einheitlichen Anwendbarkeit der Warenfreiheit in die Überlegungen einbezogen wurden.³²⁹

Das vom EuGH bemühte *Wortlautargument* lässt sich nicht völlig entkräften³³⁰, denn Art. 45 AEUV³³¹ richtet sich tatsächlich nicht ausschließlich an die Mitgliedstaaten und Art. 34 AEUV³³² lässt sich so verstehen, dass sich die Formulierung „zwischen den Mitgliedstaaten“

³²⁴ Art. 18 AEUV (ex Art. 12 EG): Unbeschadet besonderer Bestimmungen der Verträge ist in ihrem Anwendungsbereich jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten. Das Europäische Parlament und der Rat können gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren Regelungen für das Verbot solcher Diskriminierungen treffen.

³²⁵ Art. 157 Abs. 1 AEUV (ex Art. 141 EG): Jeder Mitgliedstaat stellt die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit sicher.

³²⁶ EuGH Slg 2000, I-4139, Rn. 35 (Angonese); EuGH Slg 2008, I-5939, Rn. 45 (Raccanelli).

³²⁷ Vgl. Fn. 316.

³²⁸ *Schmabl/Jung*, NVwZ 2013, 607, 610.

³²⁹ EuGH, Schlussanträge vom 28.03.2012, C-171/11, Celex-Nr. 62011CC0171 (Rn. 46 f. und 48). *Schmabl/Jung* (NVwZ 2013, 607) nehmen aber auch zu den anderen Argumenten aus Angonese und Raccanelli Stellung.

³³⁰ Schlüsse ließen sich aus dem Wortlaut nicht ziehen: Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Forsthoff*, 2014, Art. 45 AEUV, Rn. 165; *Riesenhuber*, Europäisches Arbeitsrecht, 2009, § 3, Rn. 28, ist der Auffassung, dass der Wortlaut bereits gegen eine unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten spreche.

³³¹ Art. 45 Abs. 1 AEUV: Innerhalb der Union ist die Freizügigkeit der Arbeitnehmer gewährleistet. Art. 45 Abs. 3 AEUV: Sie gibt – vorbehaltlich der aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigten Beschränkungen – den Arbeitnehmern das Recht, a) sich um tatsächlich angebotene Stellen zu bewerben; b) sich zu diesem Zweck im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen; c) sich in einem Mitgliedstaat aufzuhalten, um dort nach den für die Arbeitnehmer dieses Staates geltenden Rechts- und Verwaltungsvorschriften eine Beschäftigung auszuüben; d) nach Beendigung einer Beschäftigung im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats unter Bedingungen zu verbleiben, welche die Kommission durch Verordnungen festlegt.

³³² Vgl. Fn. 316.

lediglich auf den räumlichen Anwendungsbereich der Vorschrift bezieht.³³³ Aus den anderen Normen zur Arbeitnehmerfreizügigkeit, vor allem aus Art. 46 AEUV³³⁴, ergibt sich aber immerhin, dass die Mitgliedstaaten für die Beseitigung etwaiger Diskriminierungen zu sorgen haben. Abgesehen davon sind die Rechtfertigungsgründe (Art. 36, 45 Abs. 3, 52, 62 und 65 AEUV) lediglich auf staatliches Handeln zugeschnitten.³³⁵ Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass Eingriffe in die Grundfreiheiten über den Begriff der öffentlichen Ordnung³³⁶ gerechtfertigt werden können und der EuGH in der Rechtssache Bosman zu erkennen gegeben hat, dass die Rechtfertigungsgründe in Bezug auf die öffentliche Ordnung, Sicherheit und Gesundheit von Privatpersonen geltend gemacht werden können.³³⁷ Zwar ist auch die grundrechtliche Handlungsfreiheit Teil der öffentlichen Ordnung (vgl. Art. 6 EU-GRCharta und Art. 2 EUV) und die allgemeine Handlungsfreiheit gewährleistet unter anderem wirtschaftliche Interessen Privater. Der Begriff der öffentlichen Ordnung in den Art. 36, 45 Abs. 3, 52 Abs. 1, 62 und 65 Abs. 1b) AEUV ist aber eng auszulegen³³⁸ und umfasst nach der Rechtsprechung des EuGH jedenfalls keine wirtschaftlichen Ziele³³⁹, wie sie

³³³ *Schmahl/Jung*, NVwZ 2013, 607, 611; vgl. auch *Müller-Graf*, EuR 2014, 3, 8 f.

³³⁴ Art. 46 Abs. 1 AEUV (ex Art. 40 EG): Das Europäische Parlament und der Rat treffen gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren und nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses durch Richtlinien oder Verordnungen alle erforderlichen Maßnahmen, um die Freizügigkeit der Arbeitnehmer im Sinne des Artikels 45 herzustellen, insbesondere

- a) durch Sicherstellung einer engen Zusammenarbeit zwischen den einzelstaatlichen Arbeitsverwaltungen;
- b) durch die Beseitigung der Verwaltungsverfahren und -praktiken sowie der für den Zugang zu verfügbaren Arbeitsplätzen vorgeschriebenen Fristen, die sich aus innerstaatlichen Rechtsvorschriften oder vorher zwischen den Mitgliedstaaten geschlossenen Übereinkünften ergeben und deren Beibehaltung die Herstellung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer hindert;
- c) durch die Beseitigung aller Fristen und sonstigen Beschränkungen, die in innerstaatlichen Rechtsvorschriften oder vorher zwischen den Mitgliedstaaten geschlossenen Übereinkünften vorgesehen sind und die den Arbeitnehmern der anderen Mitgliedstaaten für die freie Wahl des Arbeitsplatzes andere Bedingungen als den inländischen Arbeitnehmern auferlegen;
- d) durch die Schaffung geeigneter Verfahren für die Zusammenführung und den Ausgleich von Angebot und Nachfrage auf dem Arbeitsmarkt zu Bedingungen, die eine ernsthafte Gefährdung der Lebenshaltung und des Beschäftigungsstands in einzelnen Gebieten und Industrien ausschließen.

³³⁵ *Streinz/Leible*, EuZW 2000, 459, 461; *Riesenhuber*, Europäisches Arbeitsrecht, 2009, § 3, Rn. 28; ähnl. *Cremer*, Jura 2015, 39, 42 f.; zur Parallelproblematik hinsichtlich der Schranken des Grundgesetzes vgl. IV. 1. und *Canaris*, Drittwirkung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten, in: *Umwelt, Wirtschaft und Recht*, hrsg. v. Bauer/Czybulka/Kahl/Vosskuhle, 2002, S. 35.

³³⁶ Vgl. Art. 36, 45 Abs. 3, 52 Abs. 1, 62 und 65 Abs. 1 b) AEUV.

³³⁷ EuGH Slg 1995, I-4921 (Rn. 86) (*Bosman*).

³³⁸ *Schroeder*, Grundkurs Europarecht, 3. Aufl. 2013, § 14, Rn. 47.

³³⁹ EuGH Slg 2003, I-721 (Rn. 19).

ganz überwiegend von Privaten verfolgt werden. Dementsprechend ist es nicht „zwingend, Marktzugangsbeschränkungen privater Urheber im Licht von deren wirtschaftlichen Handlungsfreiheiten zu bewerten“.³⁴⁰ Selbst der EuGH knüpft in der Entscheidung *Angonese* die Rechtfertigung von Eingriffen Privater zumindest nicht mehr an einen konkreten Rechtfertigungsgrund, er lässt es aber immerhin ausreichen, wenn seitens des Privaten sachliche Erwägungen vorliegen, die nicht diskriminierend sind und in verhältnismäßiger Weise verfolgt werden.³⁴¹ Die Folge ist letztlich eine Ungleichbehandlung staatlicher und privater Maßnahmen auf der Rechtfertigungsebene.³⁴²

Soweit sich der EuGH auf das *Effizienzgebot* („*effet utile*“) stützt und damit der Auslegung der betroffenen Grundfreiheiten den Vorrang einräumen will, welche die Verwirklichung der Vertragsziele und die Funktionsfähigkeit der Union sicherstellt, ist darauf hinzuweisen, dass dieses Gebot nicht unreflektiert zur Begründung von allem, was der Verwirklichung des Gemeinschaftsrechts dienen soll, eingesetzt werden darf. Das gilt vor allem, wenn andere geeignete Mittel zur Verfügung stehen.³⁴³ Im Zusammenhang mit der Warenverkehrsfreiheit wäre insofern ein Rückgriff auf die ebenfalls im AEUV enthaltenen Wettbewerbsregeln (Art. 101-106 AEUV) möglich gewesen.³⁴⁴

Auch die in den Urteilen zur Arbeitnehmerfreizügigkeit gezogene *Parallele zu den unmittelbar wirkenden* Art. 18³⁴⁵ und 157 AEUV³⁴⁶ überzeugt nicht vollends; denn keine der beiden Vorschriften enthält einen allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz: Art. 157 AEUV regelt als spezielle Vorschrift die Entgeltgleichheit von Mann und Frau; Art. 18 AEUV enthält zwar ein allgemeines Diskriminierungsverbot, welches sich aber nur auf das Differenzierungskriterium der Staatsangehörigkeit

³⁴⁰ So aber: *Müller-Graf*, EuR 2014, 3, 12.

³⁴¹ EuGH Slg 2000, I-4139, Rn. 42 (*Angonese*); Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Forsthoff*, 2014, Art. 45 AEUV, Rn. 181; von Teilen der Literatur wird auf der Rechtfertigungsebene ein Rückgriff auf die Unionsgrundrechte befürwortet, was häufig eine Abwägung der betroffenen Grundrechte und Grundfreiheiten im Wege der praktischen Konkordanz erforderlich machen wird; *Ludwigs/Weidemann*, Jura 2014, 152, 163 f.

³⁴² *Streinz/Leible*, EuZW 2000, 459, 461; ähnlich zu den Rechtfertigungsgründen im Zusammenhang mit der Warenverkehrsfreiheit: *Schmahl/Jung*, NVwZ 2013, 607, 611.

³⁴³ *Streinz/Leible*, EuZW 2000, 459, 462; *Birkenmeyer*, EuR 2010, 662, 668; allgemeiner: *Riesenhuber*, Europäisches Arbeitsrecht, 2009, § 3, Rn. 28.

³⁴⁴ *Schmahl/Jung*, NVwZ 2013, 607, 612; gegen ein kategorisches Alternativverhältnis zwischen Grundfreiheiten und den Wettbewerbsvorschriften des AEUV: *Ludwigs/Weidemann*, Jura 2014, 152, 160; *Müller-Graf*, EuR 2014, 3, 13.

³⁴⁵ Vgl. Fn. 324.

³⁴⁶ Vgl. Fn. 325.

bezieht. Ohne Weiteres lassen sich die Wirkungen der insofern speziellen Art. 18 und 157 AEUV deshalb nicht auf die ebenfalls speziellen Art. 34 und 45 AEUV übertragen.³⁴⁷ Abgesehen davon handelt es sich bei Art. 157 AEUV um ein Gemeinschaftsgrundrecht, auf das sich jeder Unionsbürger, unabhängig vom Vorliegen eines grenzüberschreitenden Sachverhalts berufen kann. Der darin liegende strukturelle Unterschied zu den betroffenen Grundfreiheiten lässt die Übertragung der unmittelbaren Drittwirkung zumindest als zweifelhaft erscheinen.³⁴⁸

Schließlich greift das *Gebot der einheitlichen Anwendung des Unionsrechts* nicht durch; denn es liefe im Ergebnis auf Folgendes hinaus: Schafft ein einziger Mitgliedstaat in einem bestimmten Bereich Regeln zum Schutz einer Grundfreiheit und zu Lasten der Privatautonomie, dann ergäbe sich daraus ein Gebot der Gleichbehandlung von Staat und Privaten über die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheit für alle anderen Staaten.³⁴⁹

(b) Weitere gegen eine unmittelbare Horizontalwirkung sprechende Gründe

Ungeachtet dieser Argumente sprechen auch grundsätzliche Erwägungen gegen die unmittelbare Horizontalwirkung der Grundfreiheiten. Vor allem führt die unmittelbare Geltung der Grundfreiheiten dazu, dass der nationale verfassungsrechtliche Grundrechtsschutz durch einen unionsrechtlichen Grundrechtsschutz abgelöst wird. Denn im Rahmen der Rechtfertigung von Eingriffen in Grundfreiheiten findet lediglich eine Abwägung der sich aus der jeweiligen Grundfreiheit ergebenden Rechtsposition mit den in unionsrechtlichen Grundrechten verbürgten Rechtspositionen statt.³⁵⁰ Anders als bei einer durch den Staat zu erfolgenden Umsetzung der Grundfreiheiten im Rahmen des Schutzpflichtenmodells werden die nationalen Grundrechte nicht berücksichtigt. Das erscheint aus verfassungsrechtlicher Sicht bedenklich, weil dem Staat auf diese Weise die bei der Umsetzung notwendige Abwägung zwischen gemein-

³⁴⁷ *Repasi*, EuZW 2008, 527, 532; anders im Hinblick auf Art. 18 AEUV: Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Forsthoff*, 2014, Art. 45 AEUV, Rn. 168 f.

³⁴⁸ *Streinz/Leible*, EuZW 2000, 459, 462; *Birkenmeyer*, EuR 2010, 662, 670.

³⁴⁹ *Schmahl/Jung*, NVwZ 2013, 607, 611 f.; *Löwisch*, Die horizontale Direktwirkung der Europäischen Grundfreiheiten, 2009, S. 216.

³⁵⁰ Vgl. etwa EuGH Slg 2007, I-10779, Rn. 77-89 (Viking).

schaftsrechtlichem Handlungsauftrag und nationalen Grundrechten verwehrt bleibt.³⁵¹

Abgesehen davon könnte den Anforderungen der Grundfreiheiten im Privatrechtsverkehr bei Geltung des Schutzpflichtenmodells wesentlich sachangemessener und flexibler Rechnung getragen werden.³⁵² Ein Übermaß an rechtlichen Sanktionen gilt es dabei zu verhindern, um die Willensentschlüsse Privater und die in ihnen zum Ausdruck kommende Privatautonomie nicht zu unnötig einzuschränken.³⁵³ Besitzen die an einem Rechtsverhältnis Beteiligten Entscheidungsfreiheit im Hinblick auf das Maß der von ihnen intendierten Bindungen und damit uneingeschränkte Privatautonomie, „bedarf es keines Schutzes grundrechtlicher Güter, weil auch die – freiwillige! – Verfügung hierüber anderen Privatrechtssubjekten gegenüber Teil des Freiheitsstatus des Individuums ist; diese Befugnis kann nur ganz ausnahmsweise vom Staat eingeschränkt werden“.³⁵⁴ Die aus dieser Feststellung folgende notwendige Zurückhaltung des Staats lässt sich mit dem Schutzpflichtenkonzept auch deshalb besser realisieren, weil der das Recht anwendende Richter aus psychologischen Gründen eher geneigt sein wird, der Privatautonomie im Rahmen eines Regelsystems, welches ihr einen hohen Stellenwert einräumt und ihre Schranken als Ausnahmen begreift, den Vorrang zu geben.³⁵⁵ Aber nicht nur der Privatautonomie, sondern auch dem Subsidiaritätsprinzip aus Art. 5 EUV³⁵⁶ kann bei grundsätzlich nur mittelbarer Horizontalwirkung der Grundfreiheiten besser Rechnung getragen werden³⁵⁷: Lediglich dann, wenn die im Wege der mittelbaren Horizontalwirkung gefundene Lösung keinen effektiven Schutz der Grundfreiheiten bietet, weil das nationale Recht selbst bei europarechtsfreundlicher Auslegung nicht ausreicht, um gegen die Grundfreiheiten anderer verstoßendes Privatverhalten zu unterbinden, kann es ausnahmsweise angezeigt sein, die Grund-

³⁵¹ Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Forstboff*, 2014, Art. 45 AEUV, Rn. 172 f.

³⁵² *Birkenmeyer*, EuR 2010, 662, 669.

³⁵³ Vgl. Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Forstboff*, 2014, Art. 45 AEUV, Rn. 166; von der uneingeschränkten unmittelbaren Wirkung zwischen Privaten gehen auch nach Auffassung von *Ludwigs/Weidemann*, Jura 2014, 152, 156 f. Gefahren für die Privatautonomie aus, sie wollen deshalb die Bindung „einfacher Privater“ auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit beschränkt wissen; im Vergleich zum Grundgesetz insgesamt keine stärkere Einschränkung der Privatautonomie durch das Gemeinschaftsrecht sieht hingegen *Riesenhuber*, Europäisches Arbeitsrecht, 2009, § 2, Rn. 7.

³⁵⁴ *Klein*, NJW 1989, 1633, 1640.

³⁵⁵ *Bachmann*, AcP 210 (2010), 424, 472.

³⁵⁶ Vgl. z. B. Art. 5 Abs. 1 S. 2 EUV: Für die Ausübung der Zuständigkeiten der Union gelten die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit.

³⁵⁷ *Schmabl/Jung*, NVwZ 2013, 607, 612; demgegenüber für eine Kumulation von unmittelbarer Drittwirkung und „Schutzpflichtenkonstruktion“: *Ludwigs/Weidemann*, Jura 2014, 152, 162 f.

freiheiten unmittelbar anzuwenden und die Betroffenen nicht erst auf ein in der Zukunft liegendes gesetzgeberisches Tätigwerden zu verweisen³⁵⁸.

Bei allem ist zu berücksichtigen, dass es letztlich nicht Aufgabe der EU sein darf, die Bürger zu optimalen Marktteilnehmern zu erziehen. Dem Markt selbst kommt insoweit bereits eine rationalisierende und egalisierende Funktion zu, welche Marktteilnehmer, die sich am Markt behaupten und Gewinne erzielen wollen, in der Regel davon abhält, ihre geschäftlichen Entscheidungen auf irrationaler Basis zu treffen.³⁵⁹ Dennoch drohenden Diskriminierungen durch Private kann im Rahmen des Schutzpflichtenkonzepts – wie gezeigt – sachgerechter und vor allem unter angemessener Berücksichtigung auch der nationalen Grundrechte begegnet werden.

VI. Resümee

Trotz der dargestellten Kritik an den Entscheidungen des EuGH, ist jedenfalls für die Praxis geklärt, dass Private unmittelbar an einen Teil der Grundfreiheiten gebunden sind. Gleiches gilt für die EMRK und die europäische Grundrechtscharta aber nicht. In Deutschland sind die Grundrechte ganz überwiegend ebenfalls nicht unmittelbar zwischen Privaten anwendbar.

Damit die Eigenständigkeit des Privatrechts erhalten bleibt und Privatrechtsnormen nicht durch einzelfallbezogene Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts „verfassungsfest“ gemacht werden, ist vor allem der Privatgesetzgeber gefordert, die Schutzpflicht des Staats wahrzunehmen. Ihm ist dabei ein weiterer Gestaltungsspielraum einzuräumen, der ihm die Freiheit lässt, im Fall kollidierender Grundrechte Privater zwischen vielen denkbaren Lösungen *eine* zu wählen und diese zu kodifizieren. Dem Gesetzgeber steht die Regelungsprärogative zu. Das Bundesverfassungsgericht – und damit die Rechtsprechung – sollte demgegenüber zurückhaltend und erst dann korrigierend eingreifen (dürfen), wenn Grundrechte so sehr beeinträchtigt werden, dass die betroffene privatrechtliche Norm verfassungsrechtlich nicht mehr vertretbar ist.

Die Schutzpflicht des Staats enthebt den Einzelnen nicht der Verantwortung, seine Individualsphäre auf friedliche Weise gegenüber an-

³⁵⁸ *Bachmann*, AcP 210 (2010), 424, 477.

³⁵⁹ *Fabis*, Die Auswirkungen der Freizügigkeit gemäß Art. 48 EG – Vertrag auf Beschäftigungsverhältnisse im nationalen Recht, 1995, S. 122–124; *Forsthoff*, EWS 2000, 289, 392; *Grabitz/Hilf/Nettesheim/Forsthoff*, 2014, Art. 45 AEUV, Rn. 166.

deren selbst zu behaupten. Der Staat hüte sich davor, seinen Schutz dem Einzelnen aufzudrängen. Übermäßiger Grundrechtsschutz zwischen Privaten führt zum Paternalismus und beengt die Freiheit des Einzelnen.

VII. Zusammenfassung

Grundrechte sind Abwehrrechte des Bürgers gegenüber dem Staat. Unter dem Thema „Drittwirkung der Grundrechte“ wird aber seit langem diskutiert, ob Grundrechte auch horizontal, also zwischen Privatpersonen wirken. Diese Frage wird in verschiedenen Staaten unterschiedlich beantwortet. In Deutschland wurden und werden unterschiedliche Theorien vertreten: Nach der „Theorie der unmittelbaren Drittwirkung“ gelten Grundrechte auch zwischen Privaten unmittelbar. Die „Theorie der mittelbaren Drittwirkung“ lässt die Grundrechte dagegen nur indirekt über unbestimmte Rechtsbegriffe und Generalklauseln in das Bürgerliche Recht hineinwirken. Die Vertreter der „Theorie der staatlichen Schutzpflicht“ gehen schließlich davon aus, dass Grundrechte in ihrer objektiven Funktion einen Schutzauftrag des Staats enthalten, den einzelnen Bürger vor Grundrechtseingriffen durch Dritte umfassend zu bewahren.

Während das Bundesarbeitsgericht lange Zeit die Theorie der „unmittelbaren Drittwirkung“ vertrat, sprach sich das Bundesverfassungsgericht schon früh für die Anwendung der Theorie der „mittelbaren Drittwirkung“ aus. Betont wurde dabei die Eigenständigkeit und Eigengesetzlichkeit des Zivilrechts gegenüber dem verfassungsrechtlichen Grundrechtssystem. Bereits seit dem „Lüth-Urteil“ entnahm das Bundesverfassungsgericht den Grundrechten neben ihrer Abwehrfunktion auch eine objektive Wertordnung, welche als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts, also auch für das Bürgerliche Recht, gelten sollte. Die mittelbare Drittwirkung leitete es daraus her, dass keine zivilrechtliche Norm im Widerspruch zur grundrechtlichen objektiven Wertordnung stehen darf. Dementsprechend gelten die Grundrechte nicht unmittelbar zwischen Privaten, sondern strahlen vor allem über unbestimmte Rechtsbegriffe in das bürgerliche Recht hinein.

Im ersten Urteil zum Schwangerschaftsabbruch entnahm das Bundesverfassungsgericht dem objektiv-rechtlichen Gehalt der Grundrechte erstmals einen Schutzauftrag, welcher den Staat verpflichtete, Private vor rechtswidrigen Eingriffen von Seiten anderer Privater zu bewahren. Im Ergebnis wurde der Gesetzgeber aufgerufen, bei der Normierung zur Straf-

barkeit des Schwangerschaftsabbruchs die kollidierenden Grundrechte von Mutter und Kind abzuwägen.

In weiteren Entscheidungen wurde die grundrechtliche, staatliche Schutzpflicht auch auf das Privatrecht angewendet. Maßgeblich kam es vor allem darauf an, ob die freie Selbstbestimmung einer der Parteien eines zivilrechtlichen Streits dadurch eingeschränkt war, dass es an einem ausgeglichenen Kräfteverhältnis zwischen den Parteien fehlte und Grundrechte der unterlegenen Partei dadurch bedroht waren. In solchen Konstellationen postulierte das Bundesverfassungsgericht die Schutzpflicht des Staats.

Dieser Konzeption schlossen sich die übrige Rechtsprechung und das Schrifttum mehrheitlich an, im weiteren Verlauf auch das Bundesarbeitsgericht. Die unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte wurde und wird in Deutschland nahezu einhellig abgelehnt, weil die Grundrechte gemäß Art. 1 Abs. 3 GG unmittelbar nur die Gesetzgebung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung binden. Vor allem aber führte die unmittelbare Drittwirkung zu einer stärkeren Einschränkung der Privatautonomie, z. B. in Bezug auf die Möglichkeit des Einzelnen, seinen Vertragspartner frei zu wählen.

Beide Theorien – die Schutzpflichttheorie und die Theorie der mittelbaren Drittwirkung – stehen in einer Wechselwirkung. Sie ergänzen und vervollkommen einander. Einerseits stellt die mittelbare Drittwirkung eine Ausprägung der staatlichen Schutzpflicht dar, wenn der Gesetzgeber Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe schafft, und deren grundrechtsbezogene Ausformung den Gerichten überlässt. Andererseits begrenzt die staatliche Schutzpflicht auch die mittelbare Drittwirkung. Der Staat verfügt zwar über eine Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungskompetenz im Hinblick auf die Erfüllung der ihm obliegenden Schutzpflicht. Dieser Spielraum wird im Zivilrecht aber durch die Privatautonomie der beteiligten Personen eingeschränkt. Das Untermaßverbot gebietet es dem Staat, im Privatrecht erst bei markanten Grundrechtsbeschränkungen einzuschreiten und dann entweder Einzelnormen zu erlassen oder (subsidiär) auf Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe zurückzugreifen. Vor allem im rechtsgeschäftlichen Bereich stellen die Parteien mit Verträgen aber regelmäßig selbst einen sachgerechten Interessenausgleich her. Grenzen findet die Privatautonomie allerdings dort, wo Fremdbestimmung droht; denn Privatautonomie setzt die tatsächliche Möglichkeit freier Selbstbestimmung zwingend voraus. Im Privatrecht existiert zwar beinahe nirgends vollkommene Parität; die Privatautonomie kann aber jedenfalls dort nicht in einem ausgewogenen Verhältnis wahrgenommen werden, wo ein starkes Machtgefälle zwischen den Ver-

tragsparteien herrscht. Dementsprechend obliegt es einerseits dem Gesetzgeber, in solchen Fällen, unter Berücksichtigung der Interessen und Grundrechte der beteiligten Personen, einen angemessenen Ausgleich durch Spezialgesetze herzustellen. Andererseits ist es Aufgabe der Rechtsprechung, über die Anwendung zivilrechtlicher Generalklauseln und unbestimmter Rechtsbegriffe im Falle eines ungleichen Kräfteverhältnisses adäquat korrigierend einzugreifen, vor allem bei einer schweren Grundrechtsbeeinträchtigung auf Seiten des Schwächeren. Zum Schutz der Privatautonomie sollte – unter Beachtung des Untermaßverbots – richterliches Eingreifen zugunsten eines Grundrechtsträgers aber der Ausnahmefall bleiben.

Im außervertraglichen Bereich des Privatrechts obliegt die Wahrung der Grundrechte vor allem der Rechtsprechung. Sie muss den konkurrierenden Grundrechtspositionen ausgewogen Rechnung tragen, wobei ebenfalls ein bestehendes Machtgefälle entscheidungserheblich sein kann.

Auf der europäischen Ebene ergeben sich Menschenrechte und Grundrechte aus der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Grundrechtscharta der EU. Diese gelten nicht unmittelbar zwischen Privaten. Die Vertragsstaaten der EMRK bzw. die EU und ihre Mitgliedstaaten müssen aber im Rahmen des Schutzpflichtenkonzepts Verletzungen durch Private verhindern. Demgegenüber sind die im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union enthaltenen Grundfreiheiten, welche der Verwirklichung des Binnenmarkts dienen, zwar lediglich grundrechtsähnlich, entfalten nach der Rechtsprechung des EuGH aber ganz überwiegend unmittelbare Horizontalwirkung zwischen Privatpersonen. Zu diesen Grundfreiheiten gehören vor allem die Arbeitnehmerfreizügigkeit unmittelbar, die Niederlassungsfreiheit und inzwischen auch die Warenverkehrsfreiheit. Während letztere nur unmittelbar zwischen Privaten anwendbar ist, wenn eine der Parteien mit einer de facto Regelungshoheit oder mit hoheitlichen Machtbefugnissen ausgestattet wurde, gilt die Arbeitnehmerfreizügigkeit für alle Verträge zwischen Privatpersonen. Diese Rechtsprechung wird von der Literatur auf die anderen Freiheiten des Personen- und Dienstleistungsverkehrs – namentlich die Niederlassungsfreiheit und die Dienstleistungsfreiheit – übertragen.

Der EuGH begründet die unmittelbare Drittwirkung der dargestellten Grundfreiheiten unter anderem mit dem Wortlaut der maßgeblichen Vorschriften, dem Effizienzgebot und dem Gebot der einheitlichen Anwendung des Unionsrechts in den Mitgliedstaaten.

Die Argumentation des EuGH überzeugt nicht durchgehend, vor allem grundsätzliche Erwägungen sprechen gegen eine unmittelbare Ho-

horizontalwirkung der Grundfreiheiten: Bei der unmittelbaren Horizontalwirkung können auf der Rechtfertigungsebene nur die unionsrechtlichen Grundrechte bei der Abwägung mit den sich aus den Grundfreiheiten ergebenden Rechtspositionen herangezogen werden. Die nationalen Grundrechte der einzelnen Mitgliedstaaten werden – anders als bei Anwendung des Schutzpflichtenmodells – nicht berücksichtigt, was verfassungsrechtliche Bedenken hervorruft. Darüber hinaus ermöglicht das Schutzpflichtenmodell eine sachangemessenere und flexiblere Umsetzung der Grundfreiheiten, welche die grundrechtlich geschützte Privatautonomie nicht unnötig und übermäßig einschränkt. Lediglich wenn im Einzelfall das nationale Recht selbst bei europarechtsfreundlicher Auslegung nicht ausreicht, um gegen die Grundfreiheiten anderer verstoßendes Privatverhalten zu unterbinden, kann es ausnahmsweise angezeigt sein, die Grundfreiheiten unmittelbar anzuwenden.

Trotz der dargestellten Kritik an den Entscheidungen des EuGH ist die Rechtslage in Bezug auf die betroffenen Grundfreiheiten für die Praxis geklärt. Auf nationaler Ebene sollte der Gesetzgeber bei der Umsetzung des Schutzpflichtenkonzepts nur zurückhaltend agieren und der Privatautonomie ausreichend Raum belassen.

Comparative Perspectives on Plea Bargaining in Germany and the U.S.A.

Samantha Joy Cheesman
University of Szeged

This article provides a historical and a contextual understanding of plea bargaining in the U.S.A and Germany. The situation of plea bargaining in Germany is also examined in light of its European Convention on Human Rights obligations. A tentative definition of plea bargaining is proffered by the author to illustrate how the practice of plea bargaining has developed within the German and U.S.A context as both countries have considered the matter at a constitutional level. The development of plea bargaining is tracked by analysing both U.S. and German case law and the decisions handed down by the respective courts.

There are still reservations regarding the practice of plea bargaining and there remains wide spread concern over its application. Despite these reservations the practice of plea bargaining remains within the legal system and a way must be found which balances the tensions of the State and the individual freedoms. In order to maintain the basic and fundamental rights of the individual, Germany and the U.S.A have both developed creative interpretations of plea bargaining and these creative interpretive methods are discussed in light of the cases of the U.S.A. as well as the criminal statutory legislation and Constitutional Court decisions of Germany.

I. Plea bargaining

Plea bargaining, in its traditional sense, takes the form of an agreement between the prosecution and defence upon which the defendant admits their guilt in return for a reduction in their charge or sentence. This is generally known as prosecutorial plea bargaining. This form of plea bargaining can take place before the judge in their chambers with both the parties present. The judge will then indicate the probable charge in return for the guilty plea. This form of the plea bargain is characteristic of common law systems. The practice of conducting the plea bargain in the private chambers

of the judge runs counter to the concept of Article 6 of the European Convention on Human Rights (ECHR) which stipulates that justice should be administered in public save when it is not in the public interests. The European Court of Human Rights (ECtHR), through its own decisions, has interpreted that the requirement of publicity as including that all are subject to the rules of the trial which most importantly include that justice is to be done. Article 6 also interprets the right to justice as being protected when the decision is decided in public by stating that the ECHR has been held to apply to the sentencing stage of the trial.

The legal principles that justice should be public, transparent as well as “being seen to be done” provide the foundation upon which the ECtHR has based the principle of equality of arms. The ECtHR has developed, in conjunction with the topic of justice and equality of arms in their case law, the appearance test. This test seeks to ensure not only equality between the parties but that the general public maintain and have their faith restored in the mechanisms of the administration of justice. This is achieved through the transparency and publicity of the trial. Both of these fundamental principles are infringed when plea bargains are decided in the privacy of the judge’s chambers. Article 9 of the Union Internationale des Avocats International Charter of Legal Defence Rights states that judicial proceedings must be in public and “Every sentence passed in a criminal or civil matter must be made in public, except where the interests of minors are concerned or where the trial is concerned with matrimonial differences or the care of children.”¹

Plea bargaining can be used as a positive prosecution tool by which the trial can be speedily disposed where a favourable verdict can be secured and in this sense, the prosecutor is the sole holder and controller of the criminal procedure.² The process of the plea bargain can be divided into three phases. Firstly, the prosecutor induces the defendant into engaging in the plea bargain with an offer, typically in the form of a sentence reduction or charge. Secondly, the defendant then admits their guilt or confesses to the crime and this is followed by the waiver of their right to a fair trial.³ A consequence of these three phases is that the prosecutor does not have to prove guilt and this is highly important in cases where there is an unob-

¹ Constitutional Implication of Plea Bargaining by Peter Charleton SC and Paul Anthony McDermott BL <http://www.lawlibrary.ie/documents/publications/petercharleton.pdf> (accessed on the 22nd of July 2013)

² J. H. LANGBEIN, *Torture and Plea Bargaining*, *The University of Chicago Law Review* 46, No.1 Autumn, 1978.

³ *Ibid.*

tainable standard of “beyond all reasonable doubt”. This standard sometimes seems unobtainable because of factors such as the admissibility of evidence; reliability of witness and the vulnerability of the victim.

As a consequence of the use of plea bargaining, the jury trial, infamous in common law jurisdictions, is now making way for more efficient and cost effective courts. This shift in the administration of justice has repercussions which are felt most acutely by the socially and economically disenfranchised. Plea bargaining cannot be solely blamed for creating a rich/poor access to justice chasm rather it has publicly drawn attention to such schisms. Those unable to afford legal representation often fall foul of the law machine and in practices, such as plea bargaining, this reality is brought to the fore because the cost of justice becomes a price which defendants are unable to pay resulting in the denial of their constitutional right to a trial. This constitutional right to prosecution has presented problems in the German system where plea bargaining has been introduced.

In the U.S., the prosecution draw their authority from the Federal Rules of Criminal Procedure which enables them to ascertain the sentencing differentials. This information can be used by the prosecutor as a coercive force in the plea bargaining process. Despite this potential for coercive action, the U.S. system does provide guidelines for the court when it comes to accepting the defendant's guilty plea. Federal Rule 11 (d) of the Rules of Criminal Procedure sets out that the Court cannot accept a guilty plea without first determining, in open court, from the defendant, “that the plea has been made voluntarily and was not the result of threats or of promises apart from a plea agreement.”⁴ This phraseology is important as it indicates that the principle of publicity is paramount to the guilty plea being accepted. The plea also has to be voluntary and can only be made because of promises, in the case of a plea bargain which indicate that the U.S. has attempted to legitimise a practice which is, in essence, in contravention of Federal Rule 11 (d). In Germany there is a similar requirement where the judge has to ascertain whether the truth of the matter has been ascertained.

Many problems remain regarding the application of plea bargaining despite attempts to legitimise and find loop holes. These problems include issues such as encouraging the defence counsel to persuade their clients to accept offers which may not be in their best interests. The practice of plea bargaining raises questions about ineffective assistance of counsel claims. This is discussed below in more detail. Defence counsel are typically underfunded and under resourced when compared the State and this places

⁴ FED. R. CRIM. P. 11 (d)

them at a significant disadvantage with plea bargaining as both sides are charged with ensuring that justice is served. A danger of the plea bargain is that there is no obligation placed upon the prosecution to document the offered plea bargains.

The benefits for the defendant in accepting a pleas bargain is that there is typically a significant reduction in penalty as well as an agreement over the terms of the confinement. For most defendants, a speedily disposed of the case is an addition attraction.

There still remain numerous pitfalls with adoption of the plea bargaining model despite positive attributes for both sides of the case. The biggest concern is that innocent defendants will plead guilty to a crime they did not commit and this admission of guilt results in the defendant waiving certain rights and privileges.

The most worrying pitfall is that the presumption of innocence is being eroded by the use of plea bargaining. John Langbein documents in "Torture and plea bargaining" how the development of torture as a means by which to garner confessions has paved the way for development of plea bargaining⁵. Langbein further argues that there are multiple flaws with plea bargaining. Langbein goes on to state that so long as we have a mechanism by which one can obtain an omission of guilt the need to overcome the presumption of innocence is redundant.

Langbein is a strong supporter of the sixth amendment right to a fair trial and for there always to be a trial. Lippke, however, concedes that in some circumstances the use of the plea bargaining mechanism does have benefits⁶ Lippke, unlike Langbein is of the opinion that there are elements of the plea bargain that are worth preserving.⁷ In addition to the admission of guilt and depending upon the severity of the crime, the offer of the reduction in sentence can actually be beneficial for the defendant. This action reduces the impact of the deterrence if the defendant knows that the possibility of a plea bargain will enable them to barter for a lesser sentence. In this way, it is not only the prosecution which can manipulate the system to their advantage. The English term plea bargain conjures up unhelpful imagery, in that it presupposes a relationship where both parties come to the table with something to offer. In reality, this is far from the truth as there is a very real bias towards the prosecution. The prosecution have all the resources of the State at their disposal.

⁵ LANGBEIN (as in n. 2)

⁶ R. L. LIPPKE, *The Ethics of Plea Bargaining* Oxford University Press, 2011, chap. Introduction

⁷ Ibid.

The defence is limited to the testimony of their client, any witnesses that may support their case and the disclosure of documents by the defendant. Defence lawyers have limited resources which normally results in any plea bargain being, rubber stamped or rejected. In very limited scenarios will the defendant be able to offer something that will help to mitigate their own case and actually bargain.

For plea bargaining to be fully embraced as part of the modern legal systems, it is necessary to remove issues of uncertainty regarding the sentencing brackets that are prevalent particularly in the United States of America. This is necessary to enable a defendant to make an informed decision concerning their acceptance of the plea bargain. Removing this cloak of uncertainty will keep the offer of a plea within reasonable parameters and remove undue pressure and coercion by the prosecutor. Additionally the defendant should not be allowed to manipulate the process by accepting or employing a strategic 'choice of the moment' tactic. Unfortunately, plea bargaining is invariably made up of tactics by both of the parties to the proceedings. This article will take into consideration the constitutional provisions of both the U.S.A. and Germany. It will be noted that in the case of Germany that the constitutional guarantees have presented a problem for the incorporation of plea bargaining. This is in part to do with the fact that fundamental rights are enshrined in constitutions. Germany's constitution protects individuals from arbitrary imprisonment by the State as does the U.S.A. Both countries ensure that ones liberty is protected by certain criminal justice safeguards.

II. The Development of Plea Bargaining in the United States of America

The U.S. model of plea bargaining is by far the most developed in the legal world and can take various forms each of which has importance for the outcome for the defendant. The plea bargain can be divided into two areas, concessions (consensual), and contractual⁸. The first requires that the defendant makes a nominal guilty plea in order to receive a concession from the prosecutor. This could mean that the defendant pleads guilty to some of the charges against him and the prosecution concedes to drop some of the other charges against them. The contractual aspect of the plea

⁸ D. ALGE, *Negotiated Plea Agreements in Cases of Serious and Complex Fraud in England and Wales: A New Conceptualisation of Plea Bargaining?*, Web JCLI 19 (1) 2013

bargain was established in the U.S. Supreme Court case of *Brady v. United States*⁹. The case of *Brady v. United States*¹⁰ granted the plea bargain a constitutional basis. Additionally, the Supreme Court established certain safeguards to protect against, the previously mentioned, infringements of the fundamental rights of the defendant. These safeguards include that the hearing must take place in open court and that the defendant must “intelligently” make the waiver of their right to a trial. Additionally, the court must be able to satisfy itself that the plea was made by the defendant “voluntarily and knowingly”. Despite these extensive safeguards there is a plethora of cases where the defendant has effectively been punished for wanting to exercise their right to a trial¹¹. The Supreme Court held that there is

“no element of punishment or retaliation so long as the accused is free to accept or reject the prosecution’s offer.”

Chief Judge William G. Young of the Federal District Court in Massachusetts has stated that there is,

“Evidence of sentencing disparity visited on those who exercise their Sixth Amendment right to trial by jury is today stark, brutal, and incontrovertible. Today, under the Sentencing Guidelines regime with its vast shift of power to the Executive, that disparity has widened to an incredible 500 percent. As a practical matter this means, as between two similarly situated defendants, that if the one who pleads and cooperates gets a four-year sentence, then the guideline sentence for the one who exercises his right to trial by jury and is convicted will be 20 years. Not surprisingly, such a disparity imposes an extraordinary burden on the free exercise of the right to an adjudication of guilt by one’s peers. Criminal trial rates in the United States and in this District are plummeting due to the simple fact that today we punish people—punish them severely—simply for going to trial. It is the sheerest sophistry to pretend otherwise.”

Attorney Timothy Sandfeur argues, in defense of plea bargaining, that the defendant has the right to make a contractual agreement with the State as in other free-trade situations. Plea bargaining, however, is more like forced association as the accused cannot simply walk away from the State when charged with a crime.¹² The prosecutor, when using the plea

⁹ 397 U.S. 742 (1970)

¹⁰ 397 U.S. 742 (1970)

¹¹ W. J. STUNTZ, *Bordenkircher v. Hayes: The Rise of Plea Bargaining and the Decline of the Rule of Law*, Harvard Public Law Working Paper No. 120 November 2005, p. 1.

¹² T. LYNCH, *The Case Against Plea Bargaining*, Regulation 26 2003

bargain, can either offer a change or reduction in the charge that means that the defendants plead guilty to a less serious crime than the original charge. Alternatively, they could opt for a variation in the count or sentence. Both of these would mean that the defendant pleads guilty to a subset of multiple original charges or in the latter case they plead guilty agreeing in advance to the given sentence. The prosecutor agrees to set out the facts upon which the sentence will be charged and the appearance of these facts can be negotiated as part of the bargaining process. It is clearly set out how these concessions will affect the defendant and how they are to be punished under the Sentencing Guidelines.

The U.S. Supreme Court acknowledged the existence of the plea bargain and its necessity in an overloaded system which it was serving to protect from complete collapse. The Supreme Court's vision for plea bargaining, as formulated in the *Brady v United States* decision, was as a tool to be used when and where there was substantial evidence which pointed towards the overwhelming guilt of the defendant. This was perceived as an opportunity to bargain which may provide them with the possibility to achieve a more favourable result. Plea bargaining was only ever meant to be used as a tool by the prosecution in those cases where the guilt of the defendant could be established with very convincing evidence. The increased use of plea bargaining has resulted in the need to test and ensure that the guilty plea had not come from coercion, misrepresentation of promises or bribes.¹³ More than 97% of convictions within the U.S. federal system have resulted from pleas of guilty showing that plea bargaining is the dominant process with the U.S. justice system¹⁴. The advent of sentencing guidelines have further helped to clarify reasonable expected sentencing. This has also further exacerbated the problem of plea bargaining. Sentencing guidelines enable the prosecutor to play with the sentencing differentials which are, "the differences between the sentence a defendant faces if he or she pleads guilty versus the sentence risked if he or she proceeds to trial and is convicted." The danger with this situation is that all of the cards are in the hands of the prosecution.

At the heart of the debate over the appropriateness of the practice of plea bargaining is the associated risks of bargaining away one's justice and that it is the innocent and not only the guilty who are being punished. There is an unhelpful prevalent myth that innocent people will not accept a plea bargain to plead guilty in return for a lesser penalty. It is perceived as

¹³ L. E. DERVAN and P. VANESSA A. EDKINS, *The Innocent Defendant's Dilemma: An Innovative Empirical Study of Plea Bargaining's Innocence Project*, *The Journal of Criminal Law & Criminology* 103, No. 1 2013

¹⁴ *Ibid.*

not being possible to coerce someone who is innocent into pleading guilty. Much of the assertions placed forward as evidence are based on assumptions of how innocent people may behave in given circumstances. A study, conducted by the Innocence project into the effects of plea bargaining upon the innocent defendant, revealed that more than half of the participants were willing to falsely admit something in order to obtain some perceived benefit.¹⁵

In *Brady*, the Supreme Court made the observation that assumption that the defendant would have been able to make an informed plea of guilty because

*“pleas of guilty are voluntarily and intelligently made by competent defendants **with adequate legal counsel** and that there is nothing to question the accuracy and reliability of the defendants’ admissions that they committed the crimes with which they are charged.”¹⁶ (emphasis own)*

The Supreme Court has noted that a key element to the acceptance of a plea bargain being constitutional is the option as well as the possibility of the defendant accepting or rejecting the offer.

There have been several attempts at plotting the impact of plea bargains upon the criminal justice system and there are issues over the accuracy of studies when determining the effect innocence has on the choosing of a plea bargain. Dervan and Edkins approached this issue from a psychological background.¹⁷ Their study had students signed up for a fictional problem-solving assessment. Students were placed in a room with one other individual who unbeknown to them was working for the study. The students were told that conferring was forbidden on the second set of questions. The examiner left the room and the “confederate” (the insider) would ask the student for their answers. Those students who offered assistance were placed into the guilty category and the others innocent. The examiner returned after an allotted time, gathered the papers only to return stating that the marked papers showed that the students had cheated. The students were given an opportunity to confess their guilt. The consequences of the admission of guilt would be no compensation for their participation. However, if they did not plead guilty, they would have to appear before the Academic Review Board which would then rule on the matter after hearing both sides

¹⁵ DERVAN AND VANESSA A. EDKINS (as in n. 13)

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid.

arguments. An unsuccessful appearance before the board would result in the student losing their study compensation; their faculty adviser would be informed of the event and compulsory attendance to an ethics class. 56.4% (22 students) innocent students accepted the plea offer whereas the percentage of guilty students who accepted the offer was 89.2%.¹⁸

These results confirm that innocents confessed to the misconduct and guilty defendants are still more likely to plead guilty than innocent ones. The most striking result is that the innocent individuals were willing to admit guilt (falsely) irrespective of the leniency or harshness of the imposed sentence. This shows that there are individuals who will plead guilt simply because they want a quick and decisive conclusion to the whole process and as such defendants may be falsely condemning themselves on matters which have nothing to do with their factual guilt.¹⁹ The innocent defendant's behaviour was high risk-aversion and the statistical nature of the evidence resulted in the defendant choosing that route which gave the lowest personal penalty. This indicates that the defendant is most vulnerable at this stage of the justice process, even more than the police interrogation phase.

This study destroys the commonly held myth of the fact that only the guilty do plead bargaining. Extrapolating upon these finding to the legal context, these result shows that the Brady decision has overstretched its remit. The use of plea bargaining is now being employed in scenarios where there is not overwhelming and compelling evidence of guilt against the defendant.

The lack of effective representation is most strongly felt at the lower courts levels where there is a tendency to encourage a plea, in order to avoid a lengthy trial. The right to representation is deemed as being imperative in those circumstances where the risk of the loss of liberty is at the highest.

The financing of legal representation is a large part of the problem. States can spin that legal counsel and representation is actually a hindrance to justice by enabling someone to arm themselves against the state and subsequent prosecution. Case funding in the U.S. is predominantly reserved to the remit of the state courts, whereas there has little concern over the federal courts' spending budget.

In 2004, the American Bar Association revealed that thousands of defendants pass through the criminal justice system without any contact with a legal professional²⁰. This was further reiterated by the Constitu-

¹⁸ DERVAN and VANESSA A. EDKINS (as in n. 13)

¹⁹ Ibid.

²⁰ "Half a century after landmark ruling, we need to ensure counsel for all." by Brian Gilmore, ADN.com, March 13, 2013, www.and.com/2013/03/13/2823264/half-a-century-after-land

tion Project in 2009 which found that the situation had not changed in 5 years²¹. The current global financial crisis also does not help the situation as there has been a reduction and now limited funding available for indigent defendants counsel services.

*“The recent economic crisis has exacerbated the problem. In New Orleans last year, the chief public defender had to lay off a third of his staff. Hundreds of people languished in jail for months, waiting for a lawyer to be appointed. One man had been there two months for possessing a joint. Another man accused of burglary, sat in jail for more than a year while waiting for an attorney to be assigned to him.”*²²

There has been a movement to recognise that, once counsel has been appointed, there is an overriding duty for that counsel to be effective and not affect the overall fairness of the trial as noted in the plea bargaining cases of *Missouri v Frye*²³ and *Lafler v Cooper*²⁴. The ECtHR has adopted the same position with regards to the provision of a legal defence for the defendant as well as the right to a fair trial. This is to do, in some part, with the margin of appreciation. The U.S. has adopted what is called “the critical stage doctrine” which reasserts the fact that the Sixth Amendment right applies to all “critical stages” of the trial process to ensure that a trial is fair. For example, a lawyer should be provided at the interview stage and also in plea bargaining arrangements. It was considered to be naive to completely ignore that interviews and plea bargaining, which occur before the actual trial, have an overriding impact upon the overall fairness of the trial.

The subsequent cases of *Frye* and *Lafler* cemented the influence of the plea bargain and that its effectiveness will be dependent upon the legal counsel provided to the defendant during their plea bargain decision making process. The Sixth Amendment has been found to be applicable to all of the critical stages of the trial²⁵.

mark.html (accessed on the 26th of March 2013)

²¹ “Half a century after landmark ruling, we need to ensure counsel for all.” by Brian Gilmore, ADN.com, MARCH 13, 2013, www.and.com/2013/03/13/2823264/half-a-century-after-land-mark.html (accessed on the 26th of March 2013)

²² “Indigent clients suffer as public defenders struggle to keep up with caseloads.” by Karen Houppert, The Washington Post, 26th of March 2013. (accessed on the 26th of March 2013).

²³ No. 10-444 (U.S. Mar. 21, 2012)

²⁴ No. 10-209 (U.S. Mar. 21, 2012)

²⁵ *Montejo v. Louisiana*, 556 U.S. 778, 786

2.1 Missouri v. Frye (No. 10-444 (U.S. Mar. 21, 2012))

The case of Frye concerned the issue that the defendant was not informed of the prosecutor's plea bargain. Frye appealed against his conviction and "brought an ineffective assistance of counsel claim on the basis that his trial counsel's failure to convey the plea offers to him was a violation of his Sixth Amendment right to counsel."

The court investigated whether lapsed plea offers are part of the the two stage Strickland requirement of deficient performance and it held in this case that:

*"[t]he reality is that plea bargains have become so central to the administration of the criminal justice system that defense counsel have responsibilities in the plea bargain process, responsibilities that must be met to render the adequate assistance of counsel that the Sixth Amendment requires in the criminal process at critical stages."*²⁶

The court, from the Frye case, resulted in following test²⁷ for showing ineffective assistance of counsel from a lapsed or rejected plea offer. The defendant must show the following:

1. a reasonable probability they would have accepted the earlier plea offer had they been afforded effective assistance of counsel
2. a reasonable probability the plea would have been entered without the prosecution cancelling it or the trial court refusing to accept it if they had the authority to exercise that discretion under state law

and

3. a reasonable probability that the end result of the criminal process would have been more favourable by reason of a plea to a lesser charge or a sentence of less prison time²⁸

²⁶ C. DUROCHER, "Are We Closer to Fulfilling Gideon's Promise? The Effects of the Supreme Court's "Right-to-Counsel Term"", Issue Brief American Constitution Society for Law and Policy 7 January 2013

²⁷ Ibid.

²⁸ Ibid.

The U.S. Supreme Court upheld the Missouri court decision that the counsel's failure, to inform Frye of the plea bargain before it expired, fell below the objective reasonableness standard. However, the Missouri Court failed to show that possibility of the the prosecution acceptance of the plea bargain and the adherence of the Court to the deal. This was pertinent as Frye was found to be driving without a licence one week before the trial, and this violation would have been taken into consideration with all of his offences. The U.S. Supreme Court therefore postulated that the plea bargain would have been rejected by both sides . As such, the Supreme Court stated that these were matter that the Missouri appellate court would have to initially rule upon.

*"This application of Strickland to uncommunicated, lapsed pleas does not alter Hill's standard, which requires a defendant complaining that ineffective assistance led him to accept a plea offer instead of going to trial to show 'a reasonable probability that, but for counsel's errors, he would not have pleaded guilty and would have insisted on going to trial.'"*²⁹

Justice Kennedy, in section B of the judgment, finds it necessary to mention that the question of ineffective legal assistance. He goes on to define the duty as well as responsibilities of the defense counsel but then concludes that this scope is not needed in this particular judgment.

Great scope as well as discretion is given, to how a defense lawyer can prepare their case and strategy. This is comparable to Europe and the ECtHR. It is rare that the Courts will directly chastise the practice of a counsel. The U.S. Supreme Court recognised that plea bargaining has become a central facet of the American criminal system and it would be remiss if a defence attorney did not consider and approach their client with the terms of any plea bargain. Based upon this reasoning, the judges determined that a defence attorney would not be working to the best of their professional capabilities and would not be in keeping with the spirit of the Sixth Amendment requirement of effective counsel. In order to ensure that the defendant is informed of the plea bargain, the American Bar Association has established standards which both the prosecution and the defence should follow. These standards require the registration of the presence, or lack, of a plea bargain agreement before any plea is entered. This ensures that the defendant is made aware of the fact before any proceedings have commence.

²⁹ 566 U. S. (2012)

"The American Bar Association recommends defense counsel 'promptly communicate and explain to the defendant all plea offers made by the prosecuting attorney,' ABA Standards for Criminal Justice, Pleas of Guilty 14-3.2 (a) (3d ed. 1999), and this standard has been adopted by numerous state and federal courts over the last 30 years."

The dissenting judgment of Justice Scalia as mentioned in Lafler (2.2 page 16) focused on the fairness of the trial. In this particular case, he asserted that the defendant recognised his guilt as well as the fairness of the proceedings. The central point of dissenting Justice Scalia's judgment was that,

"counsel's mistake did not deprive Frye of any substantive or procedural right; only of the opportunity to accept a plea bargain to which he had no entitlement in the first place."

Justice Scalia maintains that his colleagues have misapplied the rule in Strickland as the matter is about whether or not the ineffective legal assistance received has deprived the defendant of the right to a fair trial as well as some procedural and substantive duties. The Justice takes issues with the point that defence counsel have their own personal style when it comes to plea bargaining and that it will not do to simply say that, "it will not be so clear that counsel's plea-bargaining skills, which must now meet a constitutional minimum, are adequate."

Additionally,

"if an attorney's 'personal style' is to establish a reputation as a hard bargainer by, for example, advising clients to proceed to trial rather than accept anything but the most favourable plea offers? It seems inconceivable that a lawyer could compromise his client's constitutional rights so that he can secure better deals for other clients in the future; does a hard-bargaining 'personal style' now violate the Sixth Amendment? The Court ignores such difficulties, however, since '[t]his case presents neither the necessity nor the occasion to define the duties of defense counsel in those respects.' Ante, at 8. Perhaps not. But it does present the necessity of confronting the serious difficulties that will be created by constitutionalization of the plea-bargaining process. It will not do simply to announce that they will be solved in the sweet by-and-by."

Justice Scalia agrees as well as accepts that the counsel's advice was inadequate but he does not agree with the Court's new interpretation of prejudice. He states that it is unwise to constitutionalise the practice of plea bargaining because he rather critically states that it would involve the very unwise practice of looking into the "crystal ball" of the past so as to postulate the long chain of possible acceptance events which would be need from the defendant, Missouri state prosecution and Judge, with each link affect the next decision. Also, would the appeal court process have accepted a withdrawal of the plea bargain by the prosecution. Justice Scalia asserts the fact that Frye was arrested one week before the trial for driving without a licence as evidence that it was probably very highly likely that the prosecution would have withdrawn their plea bargain and that the appellate court would have accepted this withdrawal. Justice Scalia predicted that after the handing down of this decision of the constitutionality of plea bargaining that there would be a whole host of new cases which would be addressing this topic.

The reasoning for his dissent was that it was inconsistent with the Sixth Amendment which assures the guarantee of the right to a fair trial. This does not apply to a plea bargaining process and also that the decision was inconsistent with the previous precedent's of the court concerning this matter.

"Whatever the 'boundaries' ultimately devised (if that were possible), a vast amount of discretion will still remain, and it is extraordinary to make a defendant's constitutional rights depend upon a series of retrospective mind-readings as to how that discretion, in prosecutors and trial judges, would have been exercised."

What is more worrying about this judgment is that Justice Scalia seems to be at odds with the general principle of a plea bargain as being promoted as part of the US justice system. His attitude and mannerism suggest that he sees plea bargaining as a slight addition not a core part of the process.

2.2 Lafler v. Cooper (No. 10-209 (U.S. Mar. 21, 2012))

The cases of Lafler and Frye (2.1, page13) are often referred to as companion cases as they were both handed down on the same day by the court as well addressing very similar issues. This case was especially noteworthy

because it enabled the U.S. Supreme Court to review as well as declare a new doctrine on habeas review.

The Court found that Cooper's lawyer had been deficient under the first prong of the Strickland test. This is a hard test to satisfy as there is a heavy emphasis upon the lawyer's strategic decisions and tactics. The Lafler case decision

*"appears to have loosened the "contrary to" standard a notch for future cases, encouraging petitioners to argue that the state court never applied the correct federal precedent (even when that precedent is cited or described), instead of arguing that the court's application of federal law was unreasonable."*³⁰

The dissenting judges stated that the Strickland test was not satisfied as Cooper had "knowingly" and "voluntarily" rejected two plea offers and chosen to go to trial. This was the reason for the rejection of the appeal by the Michigan Court of Appeals. The question before the U.S. Supreme Court was whether the advice of the counsel had fallen below the standard acceptability as set out in the Sixth and Fourteenth Amendment. The U.S. Supreme Court, applying Strickland, found that there had been deficient legal performance as the legal counsel had informed the respondent of "an incorrect legal rule".

The Courts stated that

"defendants have a Sixth Amendment right to counsel, a right that extends to the plea-bargaining process. During plea negotiations defendants are 'entitled to the effective assistance of competent counsel.'"

The Court agreed that the respondent's counsel was deficient when the respondent was advised to reject the plea bargain. However, the point of contention before the Court was how to apply the Strickland test of prejudice where a rejection of a guilty plea offer is the result of ineffective legal assistance. The court was divided 5-4. In order to satisfy the Strickland prejudice test, the respondent must show the following,

"that there is a reasonable probability that, but for counsel's unprofessional errors, the result of the proceedings would have been different."

³⁰ N. J. KING, Lafler v. Cooper and AEDPA, Yale L.J. Online 122 2012

This case is different from Hill as the ineffective legal assistance resulted in the rejection of a plea bargain. In determining what the scope of the application of the Sixth Amendment is,

"[t]he benchmark for judging any claim of ineffectiveness must be whether counsel's conduct so undermined the proper functioning of the adversarial process that the trial cannot be relied on as having produced a just result."

The question before the court relates to the pre-trial processes and the Court found that the same standards of fairness and reliability apply to the plea bargaining stage as well. The intended essence of the habeas corpus application is to protect against those incidents where the state criminal justice system does not behave in the way that it should.³¹

The Court found that the respondent had shown that but for the deficient performance of the legal counsel he would have pleaded guilty, and received a lesser sentence. The solution in this situation was found to be that the State should re-offer the plea agreement. If the defendant accepted it, the discretion of the Court would determine whether to vacate the convictions and re sentence according to the terms of the bargain or to leave the original trial conviction and sentence in tact and undisturbed.

Justice Scalia issued a rather scathing dissenting opinion stating that the Supreme Court had opened up plea bargaining as a whole new area of constitutional law. The Judge raises the interesting questions of whether or not it is constitutionally acceptable to make no plea offer at all, even though its case is weak - thereby excluding the defendant from the "criminal justice system"? He cynically states that the Court has erred in considering the respondent's claim because,

"the Court nonetheless concludes that Cooper is entitled to some sort of habeas corpus relief (perhaps) because his attorney's allegedly incompetent advice regarding a plea offer caused him to receive a full and fair trial."

In his dissenting opinion, the Justice sets out that the the right to effective legal counsel originates from of United States v. Wade where it was held that

³¹ K. NANCY J, Lafler v. Cooper and AEDPA, YALE L.J. ONLINE 29 122 2012

*“any stage of the prosecution formal or informal, in court or out, where counsel’s absence might derogate from the accused’s right to a fair trial.”*³²

The dissenting Judges’ problem was that Cooper had received a fair and just trial. He was accordingly convicted and sentenced freely so accordingly there had been no constitutional infringements in their opinions. They held the view that this decision worked to open up an unsafe interpretation of the effective assistance of counsel clause found in the Sixth Amendment and as such, the verdict which was reached in the case of Cooper was an unsound constitutionally interpretation of the principle.

Another point of contention between the majority ruling and the dissenting judges was the appropriate remedy which should be offered in a case where it is deemed a defendant, with ineffective counsel, went to trial and received a longer sentence than if the plea bargain was accepted. The dissenting judges were of the view that if the trial was a fair and just, then the results should not be changed as it could make a complete up a mockery of the justice system. However, the majority judges stated that the case should be sent back to the trial judges to rule, within their discretion, as to whether they would apply the plea bargain terms or to stick with the original trial result.

The positive attribute about the decisions in both Lafler and Frye cases is that it establishes an onus upon the defence lawyer to take serious consideration of as well as diligence when dealing with plea bargains being offered by the prosecution in a particular case.

The significant legal outcome from both Lafler and Frye cases is that the criminal courts have openly stated that plea bargaining is part of the integrated process of U.S. criminal justice system. The courts call for its official recognition so that it can be regulated, assured and the quality of the counsel representation monitored.

However, the legacy of Strickland remains despite the progress that was made in the both Lafler and Frye cases. The courts still give a wide deference to the counsel and find it hard to assert that the counsel had acted in a completely unreasonable way as such the Strickland test will only allow for the kind of remedy that both Lafler and Frye provide if it is completely egregious behaviour as well as failures.³³

³² United States v. Wade, 388 U. S. 218, 226 (1967)

³³ DUROCHER (as in n. 32), p. 7.

2.3 Burt v. Titlow (12-414 U.S. 6th Cir. OT 2013)

Vonlee Nicole Titlow, a transgender individual, helped her aunt Billie Rogers murder her Uncle. Titlow's guilty plea bargain would reduced her sentence to manslaughter with a corresponding imprisonment between 7-15 years. She would have to submit to a lie detector test; give evidence against Billie Rogers and and not challenge the prosecutor's sentencing range on appeal³⁴. The Court accepted the plea agreement.

Whilst Titlow was in jail in between hearings, she spoke with the sheriff's deputy who advised her that she should not plead guilty if she believed that she was innocent and then referred her to another lawyer. Titlow subsequently discharged her initial lawyer and took on Frederick Toca. At the hearing, Titlow confirmed that she was freely and voluntarily withdrawing her plea; that she understood the withdrawal of her plea reinstated the first-degree murder charge and she would be subjected to the possibility, if found guilty, of life imprisonment. Titlow was sentenced to 20-40 years in prison following trial.

Her case raises several ineffective assistance of counsel claims and prosecutorial misconduct claim. The United States Court of Appeals for the Sixth Circuit held that the Michigan Court of Appeals had erred when they had rejected Titlow's claim for ineffective assistance of counsel with relation to advice received concerning the plea bargain.

The Sixth Circuit appeals Court also deemed that it was reasonable to conclude that the second lawyer was at fault. They had failed to investigate adequately the case before advising to withdraw the plea and this advice resulted in a longer sentence instead of the 7-15 years imprisonment agreed in the plea bargain³⁵. Toca's failures to obtain the relevant case information constituted a sizeable impact upon her plea negotiations and these research omissions did not come from a safe professional judgment or a strategic choice. The Appeals Court also took into consideration that Titlow did originally intend to accept the plea. The conclusion of the Appeal Court was that Titlo's Sixth Amendment rights were violated by receiving Toca's ineffective legal counsel. The Appeals Court ultimately held that the district court's judgment should be reversed and they should conditionally grant the petition for a writ of habeas corpus, giving the State 90 days to re-offer Titlow the original plea offer or release her.

³⁴ <http://lawyersusaonline.com/wp-files/pdfs-5/burt-v-titlow.pdf> (accessed on the 20th of October 2014)

³⁵ <http://lawyersusaonline.com/wp-files/pdfs-5/burt-v-titlow.pdf> (accessed on the 20th of October 2014)

This case shows the predicament which Justice Scalia warned would occur in the Frye and Lafler dissenting judgments. The case was decided by the Supreme Court on November 5th 2013. This case raised three general plea bargaining related issues. The first was whether the Sixth Circuit failed to give appropriate deference to a Michigan state court under Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996 (AEDPA) in holding that defense counsel was constitutionally ineffective for allowing respondent to maintain his claim of innocence; a related point was whether a convicted defendant's subjective testimony that he would have accepted a plea but for ineffective assistance, is, standing alone, sufficient to demonstrate a reasonable probability that defendant would have accepted the plea. The Court then considered the issue whether *Lafler v. Cooper* always requires a state trial court to resentence a defendant who shows a reasonable probability that he would have accepted a plea offer but for ineffective assistance, and to do so in such a way as to "remedy" the violation of the defendant's constitutional right."³⁶

The central issue for the U.S. Supreme Court in this case is to determine the weighting which the ineffective legal counsel had upon Titlow's acceptance of the plea bargain. Is it really appropriate for the U.S. Supreme Court, in their judgments concerning ineffective assistance of counsel, to be creating solutions and thus more work for an overburdened defence system? It was hoped that the case of *Titlow* would bring some answers to further define the effective assistance of counsel question in plea bargaining cases but rather stated that "federal habeas law and *Strickland v. Washington* do not permit federal judges to so casually second-guess the decisions of their state-court colleagues."³⁷

It is recognised that the facts of the *Titlow* case were somewhat convoluted and did not help the Supreme Court in taking advantage of the opportunity to clarify this area of the law.³⁸

Unfortunately this most recent decision of the U.S. Supreme Court does not leave those unsure of their role in the plea bargaining process with further clarification of how they ought to be conducting themselves.

³⁶ <http://www.scotusblog.com/case-files/cases/burt-v-titlow/> (accessed on the 26th of July 2014)

³⁷ *Sherry L. Burt, Warden, Petitioner v. Vonlee Nicole Titlow on Writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the Sixth Circuit* [November 5th, 2013] No. 12-414 Supreme Court of the United States.

³⁸ Rory Little, *A messy follow-up to Lafler and Frye: Can "fun" facts produce "good" law?*, SCOTUSblog (Oct. 7, 2013, 10:12 AM), <http://www.scotusblog.com/2013/10/a-messy-follow-up-to-lafler-and-frye-can-fun-facts-produce-good-law/> (last accessed on the 19th of October 2014)

The mantle is now for the taking and further clarification in this area of the law now relies upon those bringing appeal in whose cases are more straightforward and less wrapped up in a procedural quagmire.³⁹

2.4 Summary of US cases

The cases of *Lafler* and *Frye* show that the right to counsel derived from the Sixth Amendment, guaranteeing the right to a fair trial, is now includes the plea bargaining process. Paradoxically there is no constitutional guarantee that a defendant will be offered a plea bargain. Rather the only guarantee is that the constitution will protect the regulation and fairness of the initiated process. The court in *Lafler* established that the determining factor in whether a trial is fair or not will be determined by the effectiveness of the legal assistance. The scope of the application of the Sixth Amendment to plea bargains (expired and rejected) was a contentious point between the minority and majority judges in *Frye* and *Lafler*.

There was agreement between the justices that the Sixth Amendment extends to the plea bargaining process and that entering a plea deal does constitute a “critical stage” of the criminal proceedings. The justices parted company on the objective of the plea bargain as the minority judges asserted that the U.S. Supreme Court should have never extended protection to include rejected plea offers. Their reasoning for this position was that the right to a fair trial should be the goal. In reaching their decision, the justices determined that there is a general duty imposed upon lawyers by the Court to inform their clients of favourable plea offers. Additionally, there is a right to a lawyer at all stages of the criminal proceedings. The majority judges found that the Sixth Amendment guarantee extends to stages where the defendant relies upon their lawyer’s counsel and seeks their advice on certain matters.

In light of the U.S. Supreme Court’s decisions the appropriate position was established that problematic cases are to be remanded and for the State to re-offer the plea deal to the client. The trial court then can use its discretion to determine whether to apply the plea bargain and any subsequent re sentencing. Additionally the court should focus on whether a fair trial would cure “the particular errors at issue.”⁴⁰

³⁹ The Latest Supreme Court Case on Plea Bargaining, or Not, by Cynthis Alkon, November 9, 2013, <http://www.indisputably.org/?p=5185> (last accessed in the 20th of October 2014)

⁴⁰ C. S. MCKAY, RECENT DECISION CONSTITUTIONAL LAW—THE PLEA BARGAINING PROCESS—MR. COUNSEL, PLEASE BARGAIN EFFECTIVELY FOR

Justice Scalia in his dissenting opinion was particularly wary of opening up a new area of law. This could create a floodgate of cases where defendants could, using this newly founded constitutional right, challenge their convictions despite having a fair trial. His main objection was not to create a forum and overburdened the courts with unmerited litigation based upon the fact that a defendant did not like the result that they were handed. Justice Scalia was correct in his summation that the *Lafler* decision would provide an opportunity for a series of cases, including *Titlow*, to be reopened and re-examined on the basis of plea bargains and fair trial requirements.

The U.S. Supreme Court, has extended the right to legal counsel to the pre-trial arena where the client relies upon the legal counsel of their lawyer. The reasoning of the U.S. Supreme Court was that even though one may be awarded a fair trial, the pre-trial procedural infringements as well as prejudices that one has suffered will invariably and inevitable damage the ability of the trial to be fair. This reasoning has resulted in a recognition of the overlap between effective defence questions with the practice of plea bargaining.

The ECtHR has already recognised the importance of both the right to access and effective counsel in the case of *Saldaz v. Turkey*⁴¹.

The decision in *Lafler* and the pending one in *Titlow* have the potential to create a safety valve for those who received below par legal advice. This is a result of the undeniable fact that the defence lawyer is overburdened and under financed. The inevitable consequence of this situation is that the defence lawyer does not always have the ability to do their job effectively. The Supreme Court has found a creative way in which to regain some ground from their decision in *Brady* and has created a constitutional means by which to redress those who fall through the justice gap.

2.5 Germany

The case of plea bargaining in Germany is distinct from that of the U.S.A. in that the introduction of Germany's plea bargaining into its legal system was done through the back door in the 1980s. German bargains are known as *Absprachen*, they concern confessions and do not replace the trial but

YOUR CLIENT'S SIXTH AMENDMENT RIGHTS, OTHERWISE THE TRIAL COURT WILL BE FORCED TO REOFFER THE PLEA DEAL AND THEN EXERCISE DISCRETION IN RESENTENCING, *Mississippi Law Journal* 82:3 2013

⁴¹ Application no 36391/02, 27 November 2008

generally shortens them. Unlike in the U.S.A., where the prosecutor has vast discretion not to charge, the German procedure of *Klageerzwingungsverfahren* allows the aggrieved person or party to appeal to the judge to compel the prosecutor to pursue the case. The judge is the key player in the plea bargains as they are the final decision-maker. It is then the trial judge then who decides based upon the evidence in front of them in the case docket whether there is enough evidence to proceed to trial. This procedure though seriously undermines the principle of the presumption of innocence. The reason for this is that the trial judge is the same person who then is usually the trier of the facts. This then creates an impossible situation whereby the defendant cannot be afforded a fair trial as the judge cannot possibly be impartial in these situations. As Germany has sought to bring about reforms which might increase the immediacy and orality of the trial (as in the U.S.A) they have lost the benefits somewhat of the investigation dossier which is particularly useful for determining the guilt in the context of the plea bargain. In Germany there have been calls to move back to this practice of pre-trial investigation which involves gathering a pre-trial dossier. The argument for returning to this model is that the dossier then would be open to the defendant to test its validity and if a consensus is reached then a plea will be determined. In the case that a consensus could not be reached then it would proceed to a streamlined trial however this also presents its own whole host of problems in that if the pre-trial investigative dossier is skipped then the trial judge would have a very difficult time knowing what to base his finding of guilt upon. The German system has particular problems with the practice of *Absprachen* because the German criminal system is centred around the obtaining of a confession and with a plea you do not necessarily achieve a confession. The question of what to base a finding of guilt is a central problem for the German system. The problem originates from the fact that the finding of guilt has traditionally been built upon a confession and the finding of the substantive truth. The practice *Absprachen* now challenges this traditionally held ideal. There were three court cases in Germany which instigated the formal role of plea bargaining in the German system making it recognised by the German Criminal Legal System.⁴² The introduction of these informal negotiations follows the same reasons that have been cited in other jurisdictions which include some form of plea bargaining. Namely that it helps to ease an ever increasing case load as well as financial con-

⁴² BVerfG Judgment of 27th of January 1987 and BGHSt 43, 195 (F.R.G.) and BGH Judgment of June 10, 1998

straints and the influence of the prosecutors office. After much dispute in Germany over the informal practice of plea bargaining, the German Federal Parliament passed legislation which now regulates the agreement and makes them part of a formal procedure known as *Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren*.⁴³ The move to regulate the practice was that it recognised that informal agreements which encouraged a confession of some kind were becoming increasingly popular within the German process. It was in light of the fact that these informal agreements were becoming so key to the criminal procedure that the German Federal Parliament acted. Despite the fact that the German criminal trial is concerned with ascertaining the 'material truth' or 'substantive truth'.

As with all countries which have adopted the plea bargain, the practice has been perceived as an alternative response to a way of dealing with the ever increasing case load of the courts as well the paperwork. Simultaneously, the way in which offences are being charged became more complicated and much more difficult to prove.

The complex German criminal procedure, with its manifold procedural safeguards is not equipped to deal with the new requirement of substantive law.⁴⁴

In the 80s where it is generally agreed that some form of plea bargaining was creeping onto the scene in Germany, an individual using the pseudonym Detlef Deal stated that this widespread practice had turned the formal trial into nothing more than a theatre, "where the participants pretend to contribute to the finding of a sentence, which in reality has been agreed upon by all parties."⁴⁵ It is this very farcical act of theatre that the German criminal justice system has trouble reconciling with the judge's role for investigating the substantive truth because by its very nature the plea bargain is not concerned with this but rather two things, firstly, the quick and short disposal of the case and secondly that the defendant confess. They are not concerned with whether that confession be made by a contrite heart.

The German system is interesting to observe because the criminal procedure does not recognise guilty pleas. As such the use of informal negotiations are linked to those procedures which provide the prosecutor with some already preexisting negotiating powers (this is evident in section 407 which gives the prosecutor the power to request an order impos-

⁴³ R. E. RAUXLOH, *Formalisation of Plea Bargaining in Germany - Will the New Legislation Be Able to Square the Circle?*, *Fordham International Law Journal* 34 2010, p. 1.

⁴⁴ RAUXLOH (as in n. 49), p. 3.

⁴⁵ *Ibid.*

ing punishment from the judge if there is sufficient suspicion if this is not appealed against by the accused then it remains instated and the accused will receive either a fine or probation (this is set out in sections 407-412 of the Strafprozessordnung).⁴⁶ The benefit of this method is that there is no full trial (this is the closest it comes to a guilty plea which is used in the common law trials.) This use of a penal order is very popular as the defence and the prosecution agree upon the details with the judge. Approximately 35% of cases are dealt with by this kind of an order.

There are several provisions within the German Criminal Code which allow for the prosecution to deal with a case before the trial. In section 153 the prosecutor is given the possibility to dismiss the case on the grounds of insignificance so long as the court agrees with this assessment as well as the request. This provision is an exception to the principle of compulsory prosecution.⁴⁷ Section 153a was proposed by the judiciary (in 1974) as a way by which to fight non petty crimes. This tool allows the prosecutor to refrain from using all or some of the charges against the suspect but they can only make use of this option if the defendant agrees to make some kind of a payment to a charity. This provision was hugely criticised at the time as it was viewed as a mechanism by which to introduce the American version of “plea bargaining” into the German system and seen as buying off the defendant. However, section 153a was not a new creation in that the principle had already existed in the German law it was just the German legislator incorporating it. As with most plea bargaining mechanisms section 153a has been used far too liberally and is used frequently for the basis of informal settlements.

“Especially during the preliminary investigation, it is common for the courtroom actors to agree that the investigation will cease if the accused pays a fine.”⁴⁸

Section 153 can be used both for the advantage and disadvantage of the defendant. The disadvantages are obvious in that it violates their right when there is insufficient suspicion of a criminal act, and the presumption of innocence. This would mean that there would be no prosecution at all. The advantages for the defendant is that the case is often redefined in order for it to be able to meet the requirements of section 153a. In

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ RAUXLOH (as in n. 49).

these kinds of circumstances an application occurs where the evidence is complicated and overburdened. This provision allows the prosecution the opportunity to combine an offer for settling with a warning that this is the last chance for settling. In this way the prosecutor can indicate that, "a refusal to accept an agreement could lead to a higher sentence recommendation." This approach is obviously unfair (and very similar to that adopted in the United States of America) approach of punishing the defendant for objecting to the negotiations. But it is very difficult to ascertain whether the final sentence would be anyway so it is difficult to directly link the higher sentence to the rejection of the defendant to negotiate. Rauxloh states that the use of section 153a works well in those situations where the parties know each other well. As there is more likely to be a higher level of trust that the informal negotiations and plea bargaining will be employed successfully.

Ultimately a remorseful confession will have the affect of reducing the sentence but it is the remorse element which the court views highly. In Germany the need for the confession is connected closely with the sentence reduction and not the need for showing remorse. Schünemann states that the confession depends upon an offer therefore there is no room for a remorseful confession to be made.⁴⁹ Additionally, the Federal High Court of Justice has held that a confession is a mitigating factor. However, there are critics of this process which declare that it undermines the principle of substantive truth as well as the presumption of innocence. This practice is in conflict with Article 103 (2) of the German Constitution as well as §261 of the Code of Criminal Procedure where it enshrines the principles that the defendant may not be convicted by a court where there is doubt about their guilt because as we have seen innocent defendants sometimes confess when they have nothing to confess.⁵⁰ There are risks that juvenile defendant will accept the offers and the upper or middle classes who are in the financial position to be able to pay the fine imposed. These offers are also favoured by defence lawyers where the possibility of a conviction is very high.

A very obvious similarity between the German and the American system is that section 153a allows the prosecution to make the offer for settling with a warning that if the defendant turns it down they will not be able to settle at a later stage in the proceedings. In this way the prosecutor can indicate that, "a refusal to accept an agreement could lead to a

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Ibid.

higher sentence recommendation.”⁵¹ This is not a fair approach to punish the defendant for objecting to the negotiation. But, it is very difficult to ascertain whether or not the final sentence would be anyway so there is no way of knowing if the higher sentence was a direct result of the rejection of the informal negotiation.

As mentioned above the German system focuses on the judge determining the substantive/material truth however the practice of informal negotiations bypasses this. This requirement upon the judge means that they must then examine all of the necessary evidence at the trial this requirement is part of the inquisitorial principle. This principle means that the judge must consider all of the surrounding relevant evidence and not only just that which the two opposing parties are presenting. The plea bargain is completely at odds with this process because by its very nature it shortens the process and requires less evidence to be examined. There are two central objections to the introduction of informal negotiations into the German system the first is the slim confession and the second is the waiver of the right to appeal. A slim confession provides the defendant with the ability to conform but not introduce any new evidence. This mechanism protects the defendant from having to introduce any new facts which could result in a harsher conviction being brought upon them. This practice runs contrary to the theory that a confession of any sort ought to reveal the material truth and also it goes against the argument that a confession deserves a sentence reduction as it aids with fact finding is no longer applicable. The danger of the slim confession is that even though the prosecutor can make an offer the court is not generally bound by this agreement. As such the court is entitled to determine

“if the evidence during the hearing shows that an act has to be evaluated on the higher charge the court has to convict accordingly. If however the court accepts a slim confession without further investigation it will not have any indication that a higher charge might be appropriate.”⁵²

Also another issue is the requirement of the principle of individual guilt.⁵³ The principle states that “only the offender’s blameworthiness - and not any arrangement among the parties or with the court - shall be the basis

⁵¹ RAUXLOH (as in n. 49).

⁵² Ibid., p. 14.

⁵³ section 46 of the German Penal Code

of the sentence.”⁵⁴ So in light of this the concept of offering a mitigated sentence in return for the defendant’s negotiated confession it is doubtful that it will be possible to continue this practice in light of section 46 of the German Penal Code. Also, according to section 46, such a confession might indicate remorse but a negotiated confession is all about the rational calculation of the options and is therefore, based upon regret or the willingness to reform one’s behaviour.⁵⁵

As is the case with both the U.S. and Germany there has been much debate about the legality of plea bargains/negotiated settlements. One major concern from critics is the element of coercion as well as the revocation of the defendant’s fundamental rights. The German Penal code as well as the German Constitution protect the fundamental rights of the individual which are sometimes questionable infringed when a plea or informal settlement is reached between the parties in a particular case.⁵⁶ As with the U.S. there exist safeguards to protect against arbitrary conviction. In this way negotiated agreements conflict with article 103 (1) of the German Basic Law because they affect the right of the accused to be heard as well as participate in the trial. In Germany before 1982 no one had questioned of the legality of the negotiated settlements. Debate then ensued (which followed similar issues as in the U.S.) raising issues that the practice was illegal because it was not included in the Criminal Procedure Code and it did not expressly include them so they must be illegal. However this very same point was used by proponents stating that just because the practice was not expressly mentioned does not mean it is illegal. It was section 136a that caused the catalyst for the debate in that the Federal High Court of Justice and the Federal Constitutional Court (hereinafter referred to as the FCC) as they were both forced to consider the question of its legality in particular the principle of freedom from coercion. The landmark decision of BGHSt NSTZ 1987, 419 the FCC considered the legality of discussions that had been made between the parties where they discuss the case are not forbidden so “long as the law was respected.” There was held to be no violation in this particular case as the final sentence which was received,

⁵⁴ V.J. CARDUCK, *Quo Vadis, German Criminal Justice System? The Future of Plea Bargaining in Germany*, Warwick School of Law Research Paper No. 2013-17 (Special Plea Bargaining Edition) 2013, p. 14.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ these include but are not limited to the following: presumption of innocence, the right to a fair trial, the right to a lawful judge, the right to a judicial hearing, the principle of a public trial, the principle of substantive truth and court investigation, the principles of immediacy and orality, the privilege against self-incrimination, the compulsory prosecution, the duty of presence of accuse and the prohibition of waiver pressure.

“was commensurate with the offender’s guilt.” As such the free choice of the defendant had not been violated.⁵⁷ The German FCC established a set of rules which were to be followed in the case of informal negotiations. By setting out these limitations upon the process the FCC seemed to be indirectly accepting their validity. This decision was then followed in 1998⁵⁸ where the Fourth Senate of the Federal High Court of Justice stated that informal settlements are not prohibited so long as they remain with certain specified parameters. This case established that discussions held in the preparation stage are allowed so long as they can be revealed in the main trial. The trial court still had to investigate and find the objective truth and had to figure out the credibility of the confession. Since this case it has been recognised by the courts that informal negotiations are part of the German criminal justice system. Despite this fact the decision did not provide clarity on the matter of waiver of appeal being valid and the issue was brought before the Joint Senate of the Federal High Court of Justice in 2004. The court stated that if a judgment was based upon a waiver of the defendant it would only be valid if the defendant was informed of the fact that they are not bound by any promises to waive the right to appeal made previously as part of the agreement, the so-called ‘qualified information’.⁵⁹

As a culmination of the incoherent case law and the decision of the Joint Senate of the Federal High Court of Justice the Plea Bargaining Act 2009⁶⁰ was introduced as a means by which to codify and also regulate the practice.⁶¹ Up until this point judges had attempted to avoid stating point blank when and where they would deem a negotiated informal settlement to infringe upon the German law. After the Joint Senate issued their statement that plea bargaining was indeed legitimate within certain limits they then requested that the German legislature step in because the “judicial limits of lawmaking had been reached.”⁶² Section 257c was introduced into the German criminal procedure which allows for as well as regulates agreements without infringing the German Criminal Procedure. This new provision means that an agreement becomes valid when “the court announces the possible context of the agreement and both prosecution and defence consent.”⁶³ Importantly, section 160b allows for the communication be-

⁵⁷ RAUXLOH (as in n. 49).

⁵⁸ BGHSt NJW1998, 86

⁵⁹ RAUXLOH (as in n. 49).

⁶⁰ Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren, BT-Drucks 16/12310

⁶¹ CARDUCK (as in n. 60).

⁶² Ibid.

⁶³ RAUXLOH (as in n. 49), p. 20.

tween both the prosecution and the defence before the trial so long as the communication “is suitable to further the proceedings.” These provisions both seek to reconcile the practice of informal settlements with the German procedure of searching for the substantive truth. An important step of moving plea bargaining practices out of the shadows and into the formalisation mode was the new requirement in section 273 (1(a)) that all negotiations made before the trial need to be recorded even the fact if they do not take place. Section 257c (4) tries to protect the rights of the defendant to a fair trial by stating that unless new facts emerge the trial is to proceed and is bound by the initial prognosis of punishment. This seeks to provide some security as well as certainty for the defendant in terms of what the defendant can expect from the outcome. It is only if the defendant does not waive their right to appeal that there will be any formal control of the informal negotiations.⁶⁴

The new law has two parts which are of importance. The second part of the act deals with the importance of the waiver of the appeal in § 35a, 302 (1) which states that a waiver of appeal cannot form any part of the agreement. A waiver would only be valid if it can be demonstrated that the defendant has received qualified information about it. This means that, “the court has to explain to the defendant that if his waiver was part of the deal they are not bound by it.” This only becomes valid if the defendant sticks to it after being informed by the court. But there are problems with this system as well because of the applicable time limits. So if the defendant declares a waiver then changes their mind and then claims that they did not receive the qualified information they can only do this within the ordinary time limits for appeals which is one week after the pronouncement of the judgment. It was ruled that this could not be extended because it would place them at a better position than defendants who had not accepted or participated in the settlement. In light of the attempts to formalise a form of plea bargaining within the German criminal justice system Regina Rauxloh remains dubious as to whether or not the new legislation will help to lift a practice out of informality into the realm of the formal and whether or not formalisation will actually help the process at all.⁶⁵

Unfortunately, the plea bargaining act was not all that had been hoped for. The Act failed to aid with the much needed clarification of the law. As such the FCC was requested to review the law enacted in 2009 and its constitutionality. The FCC decision found the new law to be not

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ RAUXLOH (as in n. 49).

yet unconstitutional. The FCC decision permitted the legislature to regulate plea bargaining. In addition to finding the new law not yet unconstitutional the FCC also stated that: “The Court also called upon public prosecutors, as guardians of the law, to monitor negotiation practices.”

The move to make the prosecutor the “watchdog” of the procedure was not the wisest decision as the prosecutor is generally concerned with the success of deals so this does not help the constitutionality of the legal arrangement.⁶⁶ The judgment of the FCC shows that there is awareness of the plea bargaining by the FCC allowing the legislature to regulate plea bargaining. The judgment failed to address the elephant in the room of whether the practice of informal settlements is compatible with the inquisitorial principle. There was no detailed analysis of the compatibility question as was there no regard for the issues of lack of efficiency and practicability. Even though the court recognises that one of the main reasons for prosecutors not keeping within the bounds of the law is because of the “lack of practicability”.

In response to this dismissal and missed opportunity of the FCC Carduck suggest that there are only four alternatives left open with regards to the integration of the plea bargaining model into the German system. The first is that the status quo could be maintained, secondly, criminalise informal deals that do not conform with the law. The reasoning behind this would be that it would have a deterrent effect. However, in practice it would be not workable as it would depend upon colleagues reporting on each other and it would add to the already overburdened case load of the court. The third option would be to abolish plea bargaining altogether delete it from the CCP and argue for the implementation of the traditional inquisitorial procedure as it has been working fine. The problem with this option is that it would just push the practice further underground. Finally, the fourth option would be for a reformed version of plea bargaining as well as an adversarial element to the German CPP.

This would require a complete overhaul of the system.⁶⁷

The other alternative is the waiver in proceedings which means that the defendant generally gives up some of their procedural rights. This could be that the defendant agrees not to challenge the admission of certain evidence. The most common waiver though is that of the right to appeal. There are normally three reasons why the defendant will waive their right to appeal, they are happy with the agreed outcome, reluctant to

⁶⁶ CARDUCK (as in n. 60), p. 29.

⁶⁷ CARDUCK (as in n. 60).

spend more money and time on the process or the defence counsel fails to inform their client about the legal remedies against settlement or even that an negotiated settlement has taken place between the two opposing counsel. This last one is the most serious and has parallels with the U.S. cases of ineffective assistance of counsel.

Germany's history of the development of plea bargaining is chequered with severe debates amongst the judiciary, legislators and the academics. It was recognised that the practice of informal settlements developed because it was seen that the German criminal justice system was too complicated and congested to navigate. So in order to help keep the criminal justice system running the lawyers began engaging with these informal settlements. Regina Rauxloh states that the unpredictability of the legislation is a reason for the development of the informal negotiations as a means by which to establish some security in the outcome for the defendant.⁶⁸ Within this debate in Germany (which is still ongoing) several academics have voiced their opinions. One supporter of the informal negotiations, Hermann, argues that more justice is achieved through using them because when all parties are involved in the working towards an agreed outcome the defendant is more likely to be successfully rehabilitated as they accept the sentence.⁶⁹ This concept that the defendant accepts the sentence as Hermann suggest embodies the overall problems with the system. This supposed acceptance raises questions relating to whether the acceptance was genuine and effective (a very similar problem to the U.S. problem of ascertaining whether the assistance gives rise to a claim of ineffective assistance of counsel), how involved is the defendant actually in the overall negotiation of the agreement? The picture painted by Hermann places too much power with the defendant which is unrealistic as the criminal law is not set up to look out for the interests of the defendant but that of the victim.

There have been several problems identified within the German system. There have been two main problems identified that of the conflict between practitioners claiming that it is a necessary mechanism by which to conduct informal procedures and the academics who point out that it is not compatible with the German Criminal Code. In fact there is a third problem and that is of whose task is it to bridge the chasm between the informal procedure system and the formal process? This question has been left unanswered by both the legislator and the courts leaving it up to the practitioners to forge the path ahead. Where two systems of law develop

⁶⁸ RAUXLOH (as in n. 49).

⁶⁹ Ibid.

side by side (which is easier to do in the context of the common law where the judges are expected as well as allowed to develop the law) questions arise as to who is allowed to pick which system to follow. The answer is that it is always the defendant who gets to choose between the safeguards and the sanction reduction. The reality is very far from the theoretical. There are two main problems with this theoretical idea of the “choice” being vested in the defendant. The first group of problems are that the defendant does not have enough information to make a rational decision. Defendants generally lack insight into the court procedures, they have no access to the prosecution file and as such they are not in a position where they can evaluate the strength of the prosecution case against them. This places the defendant in a position where they are dependant upon the lawyer’s decision. The problem with this power balance is that the lawyer is sometimes serving their own interests. The second group of problems with this myth of “choice” on the part of the defendant is that the informal procedure silences the public as well as the victim. Additionally there is no audience at trial so the prosecution are not representing the interests of the public but their own i.e. serving themselves.

Within both the adversarial and inquisitorial systems the method of selection of cases deemed worthy of a trial by the legal profession are the same. There are no real guidelines for selection rather it is done at random, where the emphasis is placed more upon the defendant than the interests of the public. However, it is these very traditional fair trial principles which are having to make way for the redefining of a fair trial and sentencing for this new wave of “process economy”^{70, 71} Carduck observes that one of the reasons that the German system has had such difficulty introducing a plea bargaining model is because of the inquisitorial structure of the German system. The reasons for this are more to do with legal culture rather than a demarcation of being either in the adversarial or inquisitorial camp. Because of the judge having a central role this has a knock on effect on the impartiality of the judge. Because the court is no longer neutral and is pursuing their own interests which places an emphasis upon the defendant to accept the offer the court proposed. The judge has a massive discretion in choosing which cases to pursue and which ones are “suitable cases”. There is also no specified penalty range which can be offered. Hence a huge penalty gap between the sentence after the trial and the sentence offered to the defendant in case of a confession. Also there is no mandatory requirement

⁷⁰ RAUXLOH (as in n. 49).

⁷¹ Prozessökonomie

that the defence participate in the case which further serves to weaken the position of the defendant. What is really worrying is that the court is not bound by the negotiated agreement. So the defendant could well shoot themselves in the foot by offering their confession if the court determines in line with section 257c (4) CCP that if, "legally or factually significant circumstances have been overlooked or have arisen and the court therefore becomes convinced that the prospective sentencing range is no longer appropriate to the gravity of the offender of guilt."

Also if the defendant acts in a way which is inconsistent with the agreement it can be revoked however on the basis of what kind of behaviour is not specified. Problems arise if the defendant then appears before the same judge to whom they confessed. The judge then must remain neutral but it is hard to still maintain the presumption of innocence if you have already heard the confession of the defendant.⁷² Herein lies the biggest distinction between the Anglo-American system and the German. In the Anglo-American an admission of guilt or confession is required. Whereas in the German the confession should be an integral part of the defendant's conduct at trial but does not require a confession rather it was the substantial confession previously as set out in section 244 (2) of the CPP.

One of the main criticisms of the German legislation is that it is very ambitious as it aims to take the practice of plea bargaining so that it can profit from the informal procedure while still maintaining the main principles of the formal criminal trial. The legislation fails to cover those informal negotiations which take place before the main trial. Another problem is that of the confession (is not sufficient to automatically establish the defendant's guilt). The court is still expected to study the dossier carefully to make sure that there are no factual or legal obstacles to the agreed outcome. This has created a paradox for the courts because the purpose of the Act was to shorten the proceedings rather than to lengthen but if the judge still has to examine the confession it is questionable how much shorter the proceedings will be in reality. The result is that the courts will be placed in a position where they will have to disregard the Federal High Court of Justice and the extension of the use of informal negotiations. This practice just goes to further demonstrate the ever widening gap between the substantive criminal law which is used to solve social problems and the fact that the expectation as well as the demands upon the criminal procedure and the role of punishment have well and truly shifted from what they used to be. The problem that the German system faces with this transplant of informal

⁷² CARDUCK (as in n. 60).

negotiations is that the criminal justice system is predominantly concerned with finding the truth of the confession. Up until now,

*“the essential question is how the authenticity of the confession can be tested.”*⁷³

Both Rauxloh and Carduck identify that the confession of the defendant is a critical element to the German negotiated settlements. Carduck raises the question of the infringement of article 3 (1) of the German Basic Law’s principle of “equality before the law”.⁷⁴ Carduck’s argument asserts that this principle is also being infringed because a distinction is being made at law between those defendants who want a trial (being treated less fairly) and those who enter into negotiations. The only real difference between them is that one makes the right not to self incriminate. Also the defendant who wants to and remains silent until a plea bargaining opportunity presents itself is in a much better position than the one who confesses at the very beginning of the interrogation.⁷⁵

The law is far from the reality of the practice. This position was further supported by an empirical study which was conducted in 2012 where it was observed that both the judiciary and the lawyers disregard the application of the letter of the law altogether. The results were shocking. In blatant disregard of the law 35% of the judiciary confronted the defendant with a sentencing alternative whether they wanted a trial or not and 28% accepted a waiver of appeal contrary to section 302 (1) of the CPP.⁷⁶ The informal negotiation presents changes to the goal posts in this area of the law however the German criminal justice system has not been able to shift gear in the same direction yet.

Bussmann made the following remarks reflecting on the practice of informal agreements within the German system:

“Through giving up the punitive, repressive paradigm in favour of an economic paradigm and abandonment of hierarchical, authoritarian form of interaction in favour of process, criminal procedures become increasingly

⁷³ RAUXLOH (as in n. 49).

⁷⁴ CARDUCK (as in n. 60), p. 16.

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ Ibid.

similar to administrative law procedures, solving conflicts of interests [...] by negotiation."⁷⁷

The German system can be split into two parts the search for consent or the truth.⁷⁸ Reformers in Germany have been pushing for the consent principle as opposed to truth and justice. The consent principle stipulates that, "the consent of the prosecution and the defence provides a sufficient basis for the court's decision; if the parties have agreed on a disposition, the court can ratify that agreement without examining its basis. The court would then be relegated to the role of a notary public with very limited supervisory functions."⁷⁹ This shift in approach would no longer require a confession. The criticism of this approach are that it turns the criminal process into one of finding an acceptable resolution which is then determined between the prosecutor and the defence.⁸⁰ This situation is unacceptable in that truth and consent are then lending legitimacy to criminal judgments. It is of course naive to presume that the truth can always be achieved but this is not a reason not to pursue it. As Sisyluss states we must make our best effort even if we cannot succeed.⁸¹

III. More pitfalls than benefits

This paper has provided an in depth discussion of the key tensions which arise when plea bargaining is used in the justice process in both the U.S.A. and Germany.

It has been illustrated, particularly in the case of the U.S., that plea bargaining and the access to effective legal counsel have become truly intertwined with respect to ensuring a fair trial. The U.S. has focused upon

⁷⁷ K.-D. BUSSMANN, Die Entdeckung der Informalität: Über Aushandlungen in Strafverfahren und ihre juristische Konstruktion (Baden Baden: Nomos Verlagsgesellschaft) Nomos; 1991, p. 27.

⁷⁸ T. WEIGEND, Is the Criminal Process About Truth? German Perspective, Harvard Law Journal of Law and Public Policy 26 Winter 2003

Idem, Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context Essays in honour of Professor Mirjan Damaska Hart Publishing, 2008, chap. The Decay of the Inquisitorial Ideal: Plea Bargaining Invades German Criminal Procedure

⁷⁹ WEIGEND, Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context Essays in honour of Professor Mirjan Damaska (as in n. 85), p. 56.

⁸⁰ E. WESSLAU, Konsensprinzip als Leitidee des Strafverfahrens, Neue Juristische Wochenschrift 1 2007

⁸¹ WEIGEND, Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context Essays in honour of Professor Mirjan Damaska (as in n. 85), p. 60.

fairness in plea bargaining by considering whether the defendant had adequate legal advice when they considered accepting the plea bargain. The utmost concern in the European context is ensuring that the procedural elements are fair. The role of the lawyer in the plea bargaining process is a concept which is becoming more important in Europe. The slow increase in lawyers present at the pre-trial investigative stage, when the plea bargaining occurs take place, has happened as a result of ECtHR judgments. The benefits of the plea bargain are as the ECtHR describes them to be the benefits of speedy adjudication of criminal cases which results in the workload of both the prosecutors and courts being less. Additionally, it is a very successful tool which can be used to combat corruption and organised crime and also help to reduce the number of prison sentences.

Unfortunately the benefits do little to counter the pitfalls which are experienced in a plea bargain. The U.S. sentencing guidelines allow for more room for arguing for a sentence reduction. The U.S. has the most developed system of plea bargaining. The original purpose and intention of plea bargaining has morphed from its conception in the case of *Brady v. United States*. It was originally intended as a mechanism to be used when an individual, who has overwhelming evidence of guilt against them, to plead guilty and to be afforded the opportunity to “bargain” something out of the situation. The practice has since, in the U.S. become so far removed from this original position that many critics now argue that the practice is employed rather as a deterrent to deny people their right to a fair trial. This is done by imposing upon them a harsher penalty than the one received under the terms of the plea and a more severe sentence than reasonable in the circumstances. The prevalent myth that those who are innocent do not plead guilty has been challenged by several studies most notably that of Dervan and Edkins. Their study indicated that the innocent do plead guilty because they do not want to face jail time. In this case the defendant would rather admit guilt then risk being sent down. Ineffective assistance of counsel cases have led the U.S. Supreme Court to decide that the Sixth Amendment assures both the right to legal counsel as well as the right to a jury trial. The U.S. Supreme Court has now extended the right to effective legal assistance to the pre-trial phase including the plea bargaining process. In addition to this, if the defendant rejected the plea offer on the basis of ineffective legal counsel then the defendant may have recourse to have their case reopened and the plea re-offered to them.

The European development of plea bargaining has developed in a multifaceted way which is highly dependant upon the studied country. Both of the countries examined require that the defendant must, to some

extent, either admit guilt, confess or waive their right to a trial in order to receive the benefit of the plea. This practice does raise questions about the sanctity of the presumption of innocence as well as the fact that once one admits guilt to a crime should it be possible for that individual to later upon appeal revoke their admission of guilt on the premises that it was achieved through coercion of the plea bargain? This is a question that the U.S. Supreme Court Justices are currently grappling with. The other issue is that of the victims, how do they achieve closure for the harms that they have suffered? Also, it makes a mockery of a system where it is intended to deliver justice but how can it be justice when it can be traded and given away in order to produce a result.

There are undeniable benefits of plea bargaining, it reduces costs, brings cases to a speedy conclusion, reduces the backlog of cases and helps to bring those guilty of crimes to justice. In both America and Germany, the drive for adopting plea bargaining was the increase in efficiency and effectiveness of the Judiciary. Despite these benefits, the elephant in the room still remains. What happens to those who are innocent of the crime(s) with which they are charged? We trust in a system which protects the innocent and punishes the guilty. The criminal justice system is reliant upon people having faith in the system that is why it is essential for trials to be transparent and public. People need to know what happens in courts. When the innocent are punished for exercising their fundamental right to a trial it does beg the question of who the criminal justice system serves. Have we sold out true justice for the cheap convenient fast-food of plea bargaining?

The practice of plea bargaining is here to stay and there is no indication that either the U.S.A. or Germany have plans to reduce its use within their systems. Both countries have stated that the reason for the use of plea bargaining was to ensure a more expedient and efficient criminal justice system. It is also evident from the cases analysed that plea bargaining is not exempt from abuse. It can often be manipulated to serve the interests of the criminal. The criminal defendant can bargain for their justice reinforcing the standpoint of this thesis that the rich can buy their justice. Alternatively, the prosecutor can use it as a tool to intimidate, bully and coerce the defendant into giving them the desired result. Plea bargaining's strengths and weaknesses are well known and it would be acceptable to presume that solutions to these problems would be easy to identify and rectify. This is not the case. Both Germany and the U.S.A. have a need to introduce safeguards to protect the rights of the defendant. Suggestions for the improvement of the plea bargaining system have been made in both countries. Prosecutors, across the board should be encouraged to keep a record of all

of the negotiations between the prosecutor and defendant. This record will ensure the terms of the agreement and would prevent deviation without the express agreement of both of the parties. This recording of the pre-trial negotiations must be accessible and a copy given to the court so that the judge can also ascertain that both sides willingly entered into the bargain. This requirement for the recording of plea bargains will only be effective if there are no procedural irregularities which form barriers to its realisation. As mentioned above in the case of Germany, critics have been pushing for more involvement of the pre-trial investigative dossier to help the trial judge to determine the issue of guilt. This will require reforms in the legal culture of the practice of plea bargaining. The attitude of “take it or leave it” plea bargains creates an atmosphere of coercion. Too often the cases analysed were littered with instances of the defendant being detained; in deliberately stressful conditions; not being informed of the plea bargain on offer; lack of understanding of the other viable alternative options available to them or because of the lack of sentencing guidelines a real uncertainty as to the maximum impossible sentence. The prosecutor should not be allowed to threaten the defendant with charges which are unsupported by *prima facie* evidence. It is this last issue of unsupported *prima facie* evidence that in the German context has caused the most uncomfortable problems because the system has traditionally been built up upon the pursuit of the material truth. The practice of plea bargaining does not allow the defendant to assess the value of the evidence against them and to mount a counter argument. This is counter to the fairness requirement of the right to a fair trial in that it has been established by the case law of the ECtHR that there is no safeguard if there is only a mere possibility to consult the documents. In this instance, there is not even a mere possibility to consult the documents containing the evidence. The opinion of the ECtHR is of particular importance for Germany as they are a member state of the European Union and a signatory to the ECHR. As such Germany must take into consideration the rulings as well as the principles established by the ECtHR. The fairness of the trial will be assessed by taking into consideration the proceedings in their entirety. The ECtHR has stressed the importance of appearance in the administration of justice. It is important that the fairness of the proceedings is apparent. This element is currently not observed in plea bargaining as the bargain process itself is not open to scrutiny. Additionally, the ECtHR holds the principle of adversariality in high regard and in order to abide by this principle the member states must ensure that there is an opportunity for both parties to have knowledge of and comment on all of the evidence with a view to influencing the ECtHR's decision. The

parties must be provided with a realistic opportunity of challenging the evidence in satisfactory conditions. In order to abide by this requirement of the ECtHR proceedings should be documented. As the fairness of the proceedings are assessed in their entirety an isolated irregularity may not be sufficient to render the proceedings as a whole unfair. All of these aspects serve to create an intimidating environment in which the defendant must make a decision this is often not helped by the lack of willingness on the part of both the defendant and the prosecution to go to trial. In the midst of this the above coercive techniques erode the presumption of equality of arms principle. Germany may soon have to take into consideration initiatives of the Council of Europe (CoE) such as the proposed directive on the presumption of innocence which are welcomed.

In both the U.S.A. and Germany the defendant, as part of accepting the plea bargain, was required to revoke their right to appeal. This practice removes the possibility of judicial supervision of the fairness of the plea bargain. The requirement of waiving the right to appeal is also in part to do with the presumption of innocence. Once the defendant has pleaded guilt in relation to the charges against them it becomes very difficult to then perform the psychological gymnastics required to then ignore the fact that they are appealing against their admission of guilt. Irrespective of this awkward positioning the right to appeal should not be used as a bartering chip. The significance of the right to appeal should not be underestimated. This works to reinforce the importance of safeguards being set in place so as to chart the process of the plea bargain from its inception to its acceptance.

The critics of the Absprachen system in Germany have cited that the reason for bringing back the inquisitorial investigative dossier is because of the need to ensure that the charges against the defendant are well founded. It is necessary to re-evaluate the current mechanisms in place which allow the defendant to waive their right to appeal. The unfettered discretion of the prosecution needs to be curbed. The current tide of the erosion of the presumption of innocence and equality of arms need to be brought back from the brink of destruction.

Hungarian Legislation on Climate Protection

Erika Farkas Csamangó
Senior lecturer University of Szeged

I. International obligations

The concentration of greenhouse gases (GHG) in the atmosphere is on the increase, which contributes to the global warming of climate. Due to this climate change, extreme weather phenomena and disasters are becoming more frequent. Droughts, floods following heavy rains and hails cause a great deal of damage, jeopardizing the livelihood of hundreds of thousands of people. Therefore, the fight against climate change is among the priority objectives, reduction in greenhouse gas emissions being a primary objective.

The first demonstration of the global alliance tackling climate change was the *United Nations Framework Convention on Climate Change* (UNFCCC¹), signed at the United Nations Conference on Environment and Development in Rio de Janeiro in 1992. The Framework includes the definition of climate change: “(climate change) means a change of climate which is attributed directly or indirectly to human activity that alters the composition of the global atmosphere and which is in addition to natural climate variability observed over comparable time periods”.

The European Community ratified the Framework Convention by Decision 94/69/EC of 15 December 1993. Its ultimate objective is to achieve stabilisation of greenhouse gas concentrations in the atmosphere at a level which prevents dangerous anthropogenic interference with the climate system². In Hungary it was proclaimed in the Act LXXXII of 1995.

¹ The United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC or FCCC) was signed in Rio de Janeiro on the 13th of June in 1992.

² GERZSENYI, Gabriella: Riótól Kiotóig, és azon túl – Az éghajlatváltozással kapcsolatos nemzetközi, uniós és magyar jogalkotás, (From Rio to Kyoto and beyond – International, European and Hungarian climate change legislation) in: Európai Jog, 2004/2, pp. 17-18.

The second step of the international alliance was the Protocol³ adopted in Kyoto in 1997, which obliged the parties to reduce emissions of the six most important greenhouse gases listed in Annex A of the Protocol (carbon dioxide, methane, nitrous oxide, hydrofluorocarbons, perfluorocarbons and sulphur hexafluoride) by at least 5 per cent below 1990 levels in the commitment period 2008 to 2012. The European Community and its member states reached an agreement to fulfil their commitments jointly (the EU-15 had a collective commitment to reduce emissions by 8%), and agreed that the 8% target will be redistributed among themselves (Internal Burden Sharing Agreement, principle of solidarity)⁴. Only the Parties included in Annex B may participate in emissions trading for the purposes of fulfilling their commitments. Hungary promulgated the Protocol by the Act IV of 2007. The current emissions reduction benchmarks for Hungary are determined by the Union.⁵

The Kyoto Protocol expired in 2012; the new agreement had not been made despite the annual climate conferences held in order to work out a new climate protection agreement. These climate conferences (Conferences of the Parties, COP) take place within the UNFCCC. In 2009, the Copenhagen Climate Change Conference⁶ resulted in a mere three-page document. The text lacks commitments and the common target figures of greenhouse gas emissions reduction, as the participants failed to reach an agreement.⁷ At the Cancun conference⁸, in 2010 Mexico, the ministers of the participating countries agreed on certain draft resolutions, which included a sequel to the Kyoto Protocol, and also a new climate agreement. They agreed on the objective of keeping the average global temperature rise below two degrees Celsius and also on the objective of reducing Greenhouse gas emissions significantly by 2050. A formal decision was also made to establish a new 'Global Climate Fund', which will play a central role in mobilising and deploying US\$100 billion a year by 2020 to support developing countries to reduce pollution. In 2012 in Doha⁹, several countries

³ The Kyoto Protocol entered into force on the 16th of February in 2005.

⁴ KRÁMER, Ludwig: EU Environmental Law. Sweet & Maxwell, 2011. pp. 313-317.

⁵ FODOR, László: A kibocsátási egység – új típusú vagyoni értékű jog a klímavédelem szolgáltatásban. (Assigned Amount Unit – a Novel Intangible Asset Serving the Purposes of Climate Protection) in *Collectio Juridica Universitatis Debreceniensis*, Tomus VII., Debrecen, 2008.

⁶ Copenhagen Climate Change Conference 2009 (UNFCCC COP 15)

⁷ PÁNOVICS, Attila: Éghajlatvédelmi tárgyalások fagyos légkörben – a koppenhágai klímakonferencia kudarcának háttere (Climate Protection Negotiations in a Frosty Atmosphere – the Backgrounds of the Copenhagen Climate Change Conference's Failure), in: *Közjogi Szemle*, 1/2010, pp. 70-73.

⁸ Cancun Climate Change Conference, Mexico 2010 (UNFCCC COP 16)

⁹ Doha Climate Change Conference, Qatar 2012 (UNFCCC COP 18)

committed to reducing emissions. The USA and China – the two largest emitters – did not participate and did not commit to reductions. At this conference the parties extended the Kyoto Protocol until 2020. In December 2015 (UNFCCC-COP 21¹⁰), at the Paris conference, the objective is to achieve a legally binding and universal agreement on climate.

II. EU legislation

The *Treaty of Lisbon*¹¹ amended the Treaty on European Union (TEU) and the Treaty establishing the European Community (TEEC). Climate change as a decisive issue of environmental policy was cited in the Treaties, the international efforts to combat climate change became a specific objective of the EU environmental policy. Concerning environmental issues, the novelty of this treaty is that besides preserving and protecting the quality of the environment it emphasises its improving as well. Consequently, a reduction in the extent of environmental damage, in the emission of greenhouse gases and in other forms of polluting the atmosphere can reasonably be expected. The *concept of climate change* was also implemented into the Treaty on European Union, noting its importance at both member state and Community level.

The development of instruments to aid the efforts to reduce emissions is assisted by *The European Climate Change Programme (ECCP)* of 2000, the main objective of which is the development of a strategy that helps to meet the Kyoto Protocol objectives. The introduction of the EU emissions trading system (ETS) in 2005 was also due to this programme. The ETS has become the most important climate protection measure; the subjects of the system are not the member states, but the undertakings of the member states. This system was created to meet the objectives of the Kyoto Protocol, that is, to reduce the emissions of greenhouse gases.¹²

The Heads of State and Government adopted the Directive 2009/28/EC on the promotion of the use of energy from renewable sources. It obliges the member states to draw up national action plans which include

¹⁰ UNFCCC COP 21: The 21st session of the Conference of the Parties to the UNFCCC is expected to take place in December 2015, in Paris, France. Read more: <http://climate-1.iisd.org/events/unfccc-cop-21/>

¹¹ The „Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community”, signed at Lisbon, 13th December 2007 was aimed at enhancing the efficiency and democratic legitimacy of the EU.

¹² See: HORVÁTH, Szilvia: Quo vadis közösségi emissziókereskedelem? (Quo vadis Community Emissions trading?), in: Európai Tükör 4/2011, pp. 97-104.

the ways they wish to follow to achieve the target proportion of renewable energy to be used. This directive also includes the EU commitments until 2020. The main objectives of European energy policy in the given period are the so-called '20-20-20' targets:

- a 20% reduction in EU greenhouse gas emissions from 1990 levels (30% in the event of an international agreement)
- raising the share of EU energy consumption produced from renewable resources to 20%
- a 20% improvement in energy efficiency

The 2020 objectives also include the objective of reaching a 10% share of biofuels in the total fuel consumption of vehicles by 2020.

This 10% commitment applies to all member states. In addition, the commitments concerning greenhouse gas emissions reduction, the share of energy from renewable resources and energy efficiency are joint commitments, which are redistributed among the member states.

Directive 2010/31/EU on the energy performance of buildings is aimed at improving energy efficiency. The directive concerns new buildings, and provides that by 2020 all new buildings, by 2018 new buildings owned and occupied by public authorities be nearly zero-energy buildings, that is, they must be highly energy efficient.¹³ The system of certification of the energy performance of buildings is to be established by the member states.

The European Parliament has also set climate protection objectives by 2030. Instead of the 20-20-20 targets, 40-27-40 targets are recommended:

- an at least 40% reduction in EU greenhouse gas emissions from 1990 levels (30% in the event of an international agreement)
- increasing the share of renewable energy to at least 27% of the EU's total energy consumption. This commitment is legally binding
- a 20% improvement in energy efficiency¹⁴

¹³ KRÄMER, Ludwig: EU Environmental Law. Sweet & Maxwell, 2011, pp. 321-325.

¹⁴ The 2030 policy framework for climate and energy „Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the Telecommunications Single Market. A policy framework for climate and energy in the period from 2020 to 2030”

The EU aims at achieving 80-95% GHG emissions reductions from 1990s levels in the framework of emissions reductions reached by the developed countries by 2050.

III. Hungarian legislation

The ecological footprint of Hungary is rather big, compared to other countries of similar size. This is the reason why tackling the question of greenhouse gas emissions reduction is of major importance. In Hungary, the level of greenhouse gas emissions is lower than before the 1990s, mainly due to the disappearance of the main emitter, the Communist heavy industry and the transformation of the economic structure. In the Kyoto Protocol, Hungary committed to the reduction of greenhouse gas emissions to 94% of average emissions between 1985 and 1987 (this objective has been reached).

Hungary, as a signing party of the UNFCCC and the Kyoto Protocol, also implemented the EU emission trading scheme as a market-based instrument. Act LX of 2007 provides for the implementation framework of the UNFCCC and the Kyoto Protocol.

Air is cited as protected asset in the Fundamental Law of Hungary.¹⁵ The high-level source of law is the Act LIII of 1995 on the General Rules of Environmental Protection, which provides for the protection of the air.¹⁶ The act also provides for the protection of the climate: "The protection of the air shall cover the whole of the atmosphere and the processes and composition thereof, as well as the climate."¹⁷ The subjects of the regulation are the protected "environmental components: land, air, water, the biosphere as well as the built (artificial) environment created by humans"¹⁸

Hungary does not have a comprehensive climate protection act; the most important source of law is Act CCXVII of 2012 on the participation in the scheme for greenhouse gas emission allowance trading within the Community and in the implementation of the Effort Sharing Decision (GHG Act). Domestic legislation complies with the EU systems. The Act applies to:

¹⁵ The Fundamental Law Of Hungary. (25 April 2011)

¹⁶ MIKLÓS, László (ed.): *A környezetjog alapjai*. (Introduction to Environmental Law/Legislation) JATEPress Egyetemi Kiadó, Szeged, 2011, p. 81.

¹⁷ Act LIII of 1995, Article 22.

¹⁸ BÁNDI, Gyula: *Környezetjog*. (Environmental Law) Osiris Kiadó, Budapest, 2004, p. 17.

- a) greenhouse gas emission allowance and aviation emissions trading
- b) activities defined in Annex 1. and the emissions of GHGs resulting from these activities, also listed in Annex 1

The GHG Act regulates two areas: the greenhouse gas emission allowance trading scheme, and also effort-sharing.¹⁹ The act considers the emission of greenhouse gases both from buildings and aerial vehicles as emission. The legislation applies to the following greenhouse gases: carbon-dioxide (CO₂), methane (CH₄), nitrous oxide (N₂O), hydrofluorocarbons (HFCs), perfluorocarbons (PFCs), sulfur hexafluoride (SF₆) and nitrogen trifluoride (NF₃), and also the gaseous constituents of the atmosphere, both natural and anthropogenic, that absorb and re-emit infrared radiation.

The Act applies to activities that are cited in the related EU Directive as well. Certain defined installations that are associated with greenhouse gas emission (manufacture of glass, ceramic products, production of paper, chemical industry, mineral industry, district heating, electricity generation, after 2010 aviation etc.) can only be operated if its operator holds an emissions permit. The greenhouse gas from these activities is mainly carbon dioxide; but in the case of the production of primary aluminium, regulations also include perfluorocarbons; and – in the case of chemical industry (for example, the production of nitric acid) nitrous oxide.

Sectors that are not part of the EU ETS, for example, agriculture and households, the burdens of emissions reduction are distributed among the member states. The per capita GDP figures of the Member States were taken into account, Hungary has the target of +10%, which means the country has no reduction commitment, but a 10% increase is allowed. If a member state fails to comply with the commitment, they face a deduction of the allowance allocation in the following year, as a sanction.

In Hungary, industry is responsible for the emission of 34% of all greenhouse gases. The transport sector is the only sector where energy consumption is on the increase. Emissions from agriculture make up 11.2%, from waste management and waste water treatment 6-7% of total greenhouse gas emissions.

¹⁹ FODOR, László: A kibocsátási egységek kereskedelmi rendszerének bevezetése Magyarországon. (The Introduction of the Greenhouse Gas Emission Allowance Trading Scheme in Hungary) Publicationes Universitatis Miskolciensis, Sectio Juridica et Politica, Tomus XXV/1., Miskolc University Press, Miskolc, 2007, pp. 289-316.

Besides the act, major commitments for the period of 2008–2025 are included in the National Climate Strategy²⁰ (NCS) (Resolution of the Parliament No. 29 of 2008 [20 of March]). The NCS determines the necessary measures to tackle climate change and gives guidelines to the harmonisation of climate protection and development policy. The resolution includes that the revenues generated from the auctioning of allowances shall be used to tackle climate change and to adapt to the inevitable impacts.

The NCS sets three main pillars for the medium-term Hungarian climate policy:

- provides for measures that comply with EU and international requirements
- includes the most important elements of improving adaptability to the impacts of climate change
- propagates public climate change awareness

Developing the appropriate legal and economic regulatory systems, monitoring support schemes, raising public awareness and setting examples are the tasks of state authorities.

Directive 2009/28/EC – in addition to the aforementioned 20–20–20 targets – obliges the member states to draw up national action plans which include the ways they wish to follow to achieve the 2020 target share of renewable energy to be used, imposed by the EU. Hungary has a set target of 13% renewable energy use to be reached by 2020.²¹ In the *National Renewable Energy Action Plan (2010–2020)* the projected value by 2020 is 14.65%. The most important objective of the action plan is to set the principles, courses and measures that are necessary to reach the aforementioned value, which would go beyond the 13% target set by the EU.

In 2011, the share of energy from renewable sources (in % of gross final energy consumption) was 8.1%, in 2012 it increased to 9.6%.²² (In 2004 this share was 4.4%)

²⁰ Act LX of 2007 on the implementation framework of the UN Framework Convention on Climate Change and the Kyoto Protocol Art. 3 provides for the adoption of the National Climate Strategy

²¹ See also OLAJOS, István – SZILÁGYI, Szabolcs: A megújuló energiaforrások európai uniós jogi szabályozása, különös tekintettel a megújuló energiaforrásokra vonatkozó irányelvekre. (EU Legislation of Renewable Energy Sources, in Particular the Directives on Renewable Energy) Publicationes Universitatis Miskolciensis, Sectio Juridica et Politica, Tomus XXXI., Miskolc, 2013, pp. 448–449.

²² Source: Eurostat (www.mti.hu) (2014.08.27.)

The sources of *renewable energy*²³ legislation are international law (global, regional multilateral, bilateral), European law, environmental sciences (biology, chemistry, physics) and jurisprudence (civil law, administrative law, economic law).²⁴ Within the Hungarian renewable energy-supply systems four main sources must be taken into consideration: biomass, geothermal, solar and wind energy. *Biomass*, that is, waste from forestry and biodegradable organic fractions of industrial and municipal wastes account for the biggest share, but Hungary has significant potential for *geothermal energy* as well, which puts the country amongst the world leaders considering these two energy sources. At the moment, geothermal energy is used for heat production only. Due to the favourable conditions, geothermal energy – alongside with biomass use – might be a major opener to reach the goals of expanding the use of renewable energy sources. Solar technologies are also tools of great potential, as the energy of the solar radiation reaching the surface of the territory of Hungary is 1200 to 1500 kWh/year. The country is rather poor in actually making use of the utilisation of water energy. The promotion of the use of renewable energy for transport is also of great importance. *Act CXVII of 2010* provides for this and also on the greenhouse effect reduction of energy used for transport purposes. According to Article 2, Hungary shall ensure that the share of energy from renewable sources in all forms of transport is at least 10% of the final consumption of energy in transport, a target which must be reached by 2020. Fuel suppliers are obliged to record the greenhouse gas emission calculated over full life-cycle and per energy unit for the fuels and other transport-related energy products which they have placed on the market.

In Hungary, electricity from renewable energy sources is subsidized within the frameworks of the so-called feed-in tariff scheme²⁵ In 2013 in Hungary, the feed-in tariff is 32.18 HUF/kWh (Subsidy: 19.54 HUF/kWh).

²³ We can differentiate two types of energy sources: fossil (non-renewable), and non-fossil (renewable) ones. Fossil energy sources are lignite, coal, oil, oil shale and natural gas. Renewable energy sources are the energy of wind, solar, geothermal, wave, tidal, hydropower, biomass and biogases. (Definitions of Directive 2001/77/EC of the European Parliament and of the Council of 27 September 2001 on the promotion of electricity produced from renewable energy sources in the internal electricity market Art. 2/a, and also of Act LXXXVI of 2007.)

²⁴ FARKAS CSAMANGÓ, Erika: A megújuló energiaforrások környezetjogi szabályozásának alapjai (Introduction to the Environmental Legislation of Renewable Energy Sources), in: XVII. Nemzetközi Környezetvédelmi és vidékfejlesztési diákkonferencia kiadványa, Szolnok, 2011, p.10.

²⁵ See also: OLAJOS István: Támogatási rendszereink és a megújuló energiák. (Support schemes and renewable energies) Miskolci Egyetem, Miskolc, 2013, pp. 21–25.

Of the aforementioned 2030 objectives, Hungary does not promote at least 27% share of renewable energy, as with it the EU could interfere with the National Energy Strategy.

The National Energy Strategy was adopted by the Resolution of the Parliament No. 77 of 2011 (14 of October)²⁶. Government Decree No. 176 of 2008. (30 April) regulates the energy performance certification of buildings. The energy performance of a building means the calculated or measured amount of energy needed to meet the energy demand associated with a typical use of the building, which includes energy used for heating, cooling, ventilation and hot water.

Government Decree No. 323 of 2007 (11 November) regulates the Green Investment Scheme (GIS). The GIS makes it possible that in the first commitment period (2008–2012) determined by the Kyoto Protocol Hungary can sell its unused AAUs for a price higher than otherwise possible. Revenues from the GIS are to be spent on increasing the energy efficiency of existing buildings in the households and public sector.

The German legislation on renewable energy is often cited as an example in Hungary. Hungary does not have such comprehensive legislation, as the different areas are being tackled by fragmented laws and regulations.²⁷ Provisions concerning energy sources can be found mainly in government decrees and parliament resolutions.

The German legislation applies not only to solar, hydro and wind energy, but to all other sources, namely biomass and geothermal energy, of which Hungary - on account of its environmental characteristics - is amongst the world leaders. The German law stipulates that renewable energy always has priority in the transmission grid, even over energy produced by network operators, and each producing unit must be connected to the network, therefore, end-users become producers. The tariff rate for energy must be precisely determined by law, which provides stability and predictability. Of course, the feed-in tariffs guaranteed by law can be ensured only if required conditions are complied with. Several member states have separate renewable energy legislation, which regulates energy production from renewable sources.

The Hungarian legal environment related to green energy is complicated. The authorities involved in the authorisation procedures are numerous, which leads to the uncertain length of procedures and duplica-

²⁶ See also FODOR László: *Környezetjog (Environmental Law)*. Debreceni Egyetemi kiadó, Debrecen, 2014, pp. 253–254.

²⁷ http://energiaklub.hu/sites/default/files/ek_sajto_hatter__megujulok.pdf (downloaded 26.08.2014.)

tions in the functions of administrations. Permit procedures are especially complicated and lengthy, simplified procedures for lower capacity energy producing units are rare. Furthermore, under the present arrangements in Hungary, investors are facing a complicated and quickly changing legal environment, which makes the revision of the current legal environment inevitable.

In the absence of appropriate legislative framework, reaching the target of 13% renewable energy use by 2020 will be extremely difficult. The National Renewable Energy Action Plan includes the incentives and the administrative instruments that can promote the use of alternative energy sources, the legal revision of the system, the reconsideration of support schemes and the simplification of approval procedures.

The Hungarian institutional setting of climate policy is fragmented; there is no autonomous ministry of environment. Since June 2014, the Ministry of State for Environmental Affairs, Agricultural Development and Hungaricums is in charge of environmental issues, within the Ministry of Agriculture. Within the Ministry of State, one of the deputy ministers of state is responsible for environmental affairs. Government Decree No. 152 of 2014 (6 June) on the duties and responsibilities of the members of the government confers energy policy issues on the Minister of National Development. The Minister is responsible for drafting laws and regulations related to climate policy, the promotion of biofuels and other renewable energies for transport, the use of renewable sources for generating electricity and heat and increasing energy efficiency and energy saving. The Minister is also in charge of providing for the strategic conditions for sustainable development and energy management, especially of the elaboration and implementation of energy policy, building energy management and building energy saving programs.

The medium-term objective of the Hungarian climate policy is to reach the emissions reduction target, for which aim the use of nuclear energy is also considered important, beyond increasing renewable energy production capacity and energy efficiency.

Fighting climate change is a task which the state cannot solve with the available instruments by itself. The climate-awareness of the society, climate-friendly production and consumption patterns, and, in some cases, investment and operating aids are also necessary.

The History of the Hungarian Social Security System

Alex Ember PhD

Assistant Professor University of Szeged

I. Introduction

The need for social security has a long history. In his book, *Politics*¹, Aristotle (384-322 BCE) already discussed the phenomenon of economic defencelessness and its effects on the individual. During the upcoming centuries, the demand for a safety net had been growing, up until theory was put into practice. The first ever attempts to establish such a system cannot be considered even similar to what we know as social security nowadays, but the need for it had already surfaced quite early.

Similarly to the developed Western societies, the need for social security had emerged in Hungary as well, therefore the appearance of some local systems were foreseeable. Bringing such systems to life was the requirement of the simple worker consequently the constructions of the system had started from the lowest levels.

We can see from the history of law that almost every country had gone through such a path. The voluntary organizations gradually reached governmental recognition by the very government which created the legal framework for these insurers and all the institutions which actually offers and provides the insurance activities. Later it was the government that made the insurance obligatory in the systems under its administration. Moreover, it was the government that sized up those circumstances that could have been prevented during the actual work. This created an entirely new, more or less preventive legal framework. At first, it was only a limited number of people who could actually join the governmental social security systems, but soon more and more people had access to them.²

¹ In this work, Aristotle expresses his opinion on the ideal state.

² BUDA, József: *Betegségi biztosítás. Szemelvények a társadalombiztosítás történetéből*. Bor-nus ny, Pécs, 2001, p. 29.

Hungary has a long history of voluntary insurance. Typical of these systems that they did not consider accidents and illnesses as problems to prevent, but a phenomenon of which consequences had to be lessen or dealt with completely.

II. The Mines

The end of the 13th century was an important era in Hungary's history. It did not only mark the end of the reign of the House of Árpád³ or the end of the Hungarian feudalism, but the end of natural farming as well. It was also when the Kingdom of Hungary slowly but surely could integrate into European economy.

The complete integration needed a couple of decades. IV. Béla (1206–1270)⁴ took the first reform steps. Under his reign, the support of the mining industry became a priority since the “treasures of the earth” – according to the law or the era – were the king's due. Since this source of royal income was quite profitable, it was virtually impossible to establish a mining settlement or executing mining activities. Róbert Károly (1308–1342)⁵ implemented some changes amongst which gave one third of the above mentioned income to the owner of the land where the mine was. With this step, the landlord also became interested in the improvement of mining and the establishment of mining communities. Due to Róbert Károly, the second half of the 13th century marked the evolution of the mining industry. By this time with the help of German experts brand new mining communities spawned to which later the privilege was given to become towns.

Mining was a profitable but also a very fund-demanding industry. No wonder that it was this field where foreign expertise, influence and capital had appeared. Probably, due to the fact that work could only commence in those processes where the working conditions and safety of the people were improved.⁶

The relics of the earliest voluntary self-aiding mining organizations of the Hungarian Kingdom can be found in Slovakia, in a former silver mine, Selmecbánya (Banská Štiavnica)⁷. In this place, already in 1245 there was

³ The ruling dynasty of the Principality of Hungary in the 9th and 10th centuries.

⁴ 'The Second Founder of the State'; the king of Hungary and Croatia between 1235 and 1270.

⁵ Charles I; the first king of Hungary and Croatia (1308–1342) of the Anjou.

⁶ HONVÁRI, János (ed.): Magyarország gazdaságtörténete a honfoglalástól a XX. század közepéig. Aula Kiadó, Budapest, 1998, p. 30, 49, 54–55, 121–122.

⁷ It is a town today in middle Slovakia famous for its abundant silver ore.

a self-aiding mining organization and in parallel a hospital for the miners in 1271, supported by the Church. Unfortunately this hospital and also the organization were destroyed during the Mongol invasion (1241-1242)⁸ of the area.⁹ The role of the Church in espousing the injured miners is not accidental. Around this time the Church was the institution that was providing ease for the poor and since miners were deeply religious, the Church was willing to help them in time of need. Because we do not have earlier information about self-aiding miner organizations, we can consider 1245 as the beginning of miners' health service and the Hungarian social security system.¹⁰

The next example of insurance in case of accident and death in Hungary can be found in the 15th century which also marks the birth of the world's first social security document. This early example of social security among miners appeared at the same time with the capitalist market economy. Compared to other branches of industry the harsh working condition and the fact that the miners had to rely on each other created unique circumstances.

The surfacing of this phenomenon was urged by the escalating wage disputes of the miners and the aversion for capitalist exploitation. These two elements acted jointly and had a role in strengthening solidarity and the obvious consequence of this was the newly formed self-aiding organizations.¹¹

One of the best examples for such organizations was established in the copper mines of János Thurzó (1437-1508)¹² in Besztercebánya (Banská Bystrica)¹³ in 1496.¹⁴ His organization aimed to help the miners while they carry out their extremely dangerous activities. Thurzó was the first to recognise that these people were worth seeing to.

Although miners' hospitals had been functioning since the 13th century in Selmecbánya, they only appeared in miner communities from the 16th century. Similar to self-aiding organizations, a vast difference could

⁸ This was the part of Mongol invasion and conquest of Europe in the 13th century.

⁹ IZSÓ, István; IZSÓ Luca: A bányatárspénztárak működésének bányajogi alapjai és felügyelete. Argumentum Kiadó, Budapest, 2007, p. 114-163.

¹⁰ BARTAL, Anna Mária: Szociálpolitikáról alapfokon. INTERTECHNO-H Kft, Budapest, 1998, p. 50.

¹¹ LACZKÓ, István: A magyar munkás- és társadalombiztosítás története. Táncsics Könyvkiadó, Budapest, 1968, p. 7-8.

¹² He was famous entrepreneur of the era, who hired and ran mines in central Slovakia. He initiated many pioneering procedures in the mining industry.

¹³ It is a town in central Slovakia which was famous for copper mining.

¹⁴ CZÚCZ, Ottó: Szociális jog I. UNIO Kiadó, Budapest, 2000, p. 67.

be seen among hospitals as well. There were towns where only medieval hospitals could be found, but also there were places where real – even for modern standards – hospitals provided recovery for miners. The financial background and the operating conditions for these healthcare institutes were provided by the chamber of miners. Also they were supervised by the physician of the miners who was also the physician of the miner community as well. Typically, the in-patient attendance could only be required if the home treatment of the patients could not have been solved at home. Besides the self-aiding organizations, the exemplary stance of hospitals had also strengthened this spirituality. For instance, it was the *Selmechbánya* hospital which first managed to realize the in-house boarding.

The main idea of the self-aiding organizations was that the miner, who becomes ill or injured, dies or cannot look after his family, is supported by voluntary grants and donations. Tough in the beginning the occupational accidents were not separated from the insured events, but it can be seen from the above that social security was brought to life by the fear of occupational accidents and illnesses.

In the early times the existence of the self-aiding organizations were greatly dependant on the solidarity of the employer for he made the decision whether to establish such an organization or not; but later on he had also become a contributor. The exact amount of the contribution differed from organization to organization, but generally it was around 2% of the weekly wage and was also due every week. Firstly, the employer only made a contribution once and it was up to his solidarity if he was to share a greater burden in the operation and liquidity of the self-aiding organization or not.¹⁵

Later, setting the legal framework to the self-aiding organizations, the employers had become more and more interested in paying larger sums. In this case the income of the organizations could have covered the expenditures. According to this, the 1854 Austrian mine law made it obligatory for the employers to eke out the shortfall of the organizations in every year. Although this law did not covered the notion of obligatory contribution it made employers concerned about a greater income and a lesser expenditure. This created a dual effect. Firstly the aim was to involve healthy miners into the supporting of the organization, and secondly made miners less needy for the service of the self-aiding organization.

¹⁵ LACZKÓ (1968), p. 7-8.

BOGNÁR, Miklós; ASZTALOS, Gézáné: A magyar társadalombiztosítás története és a magyar társadalombiztosítási jog a magyar jogrendszerben. SZTÁV ny, Budapest, 1991, p. 5.

The contribution of the employer, which was in the beginning a single inpayment, later became compensational in nature, and at the end turned out to be a contribution. The third form of income of the organizations was coming from the carrying of interest. This was a classical bank activity which eventually increased the organizations' income. The general practice was that the main source of income was still the regular inpayment of the employees.¹⁶

But the self-aiding organizations primarily were to help the injured and ill miners and therefore soon exceeded their limits. Intime they could only be operational by the supervision of the miners' chamber. The chambers regularly inspected the validity of the employers' membership in the organizations, and if they fulfilled the payment requirements.

The miners' self-aiding organizations were autonomous right from the beginning. The organizations at János Thurzó's mines were completely run by the miners themselves. The voluntary period of the organizations lasted from the 15th to the 19th century, and they only gained national form in 1854, but still not as the achievement of the Hungarian legislature, but on the grounds of the Austrian mine laws. These laws made it obligatory for employers to establish miner organizations helping their employees. According to this law, the self-aiding organizations had lost their voluntary nature and every miner must have contributed a certain amount of money to the organization operating at his workplace. With this measure the state ensured the social safety of the miners. It is also important to mention that it was still not the state that organized the inpayments and the social provisions attached to the organization, but it made it a sort of responsibility of the employer. Therefore the autonomous nature of the self-aiding organization lingered.¹⁷

III. The Guilds

Similarly to the mines, other branches of industry – such as the craftsmen and the tradesmen – established their own protective organizations, the so called guilds. These guilds effectively represented their own economic and social interests. In Europe, the guilds formed throughout the 14th century;

¹⁶ BOGNÁR, ASZTALOS (1991), p. 6.

¹⁷ NÁDASNÉ RAB, Henriett: A társadalombiztosítás fejlődésének története. in: *Collega*. 1/2003, p. 25-27.
FABÓK, András; PRUGBERGER, Tamás: Társadalombiztosítási jog. Szent István Társulat, az Apostoli Szentszék Könyvkiadója, Budapest, 2005, p. 27.

almost a century later than the miners' self-aiding organizations. Their hey-days were between the 15th and the 16th centuries and had been able to satisfy the needs of the then population. But as the population increased, the industrial demand was also increasing. From the 18th century, the system of guilds was not able to serve the social demands; they were deemed outdated therefore their decline was inevitable.¹⁸

The guilds were supervised by employers and masters and the employees and apprentices – similarly the miners' organizations – had to pay contribution. From the gathered dues, the members helped their ill or vagabond fellow-workers, gave subsidy in case of death and looked after their widows and orphans. By the early 1810s the supervision of guilds fell into the hands of the employees and the membership became voluntary. The employers proceeded by their own constitution and had their own assets separate from the guilds'. They had their own decisional authority but, as a reminiscence of the past centuries, a formal authority of masters had survived.

The multiplication of guilds had an ambivalent result. On the one hand, it positively affected the extent of the industry in relation to agriculture and increased the number of people working in this field, but on the other hand, however, it was able to hinder the further development of the industry.¹⁹

After the Hungarian Revolution of 1848-1849, the value of the guilds had decreased when they no longer had to support the war with their products; though it is also indisputable that the guilds had served as a basis for subsequent institutions. Later, this system made space for the 1868 Általános Munkássegylet (General Workers' Association) and the 1870 Általános Munkás Betegsegélyező és Rokkantpénztár (General Worker and Disabled-aiding Office).²⁰

3.1. Political and Economic background

Hungary was hit hard under the Turks (1541-1689)²¹. The Ottoman Empire stationed a huge army in the country and by harshly taxing the people

¹⁸ Céhek Magyarországon. Országos Széchenyi Könyvtár, 2008. http://regi.oszk.hu/cehek/cehek_magyarorszagon.html

KAPOSI, Zoltán: Magyarország gazdaságtörténete 1700-2000. Dialóg Campus Kiadó, Budapest, 2010, p. 123-124.

¹⁹ KAPOSI (2010), p. 50-52, 55, 126-129.

²⁰ HITCHINS, Keith: Önszegélyező egyletek Magyarországon 1830 és 1941 között. Esély Kiadó, Budapest, 1995, p. 90-92.

²¹ Hungary was under Turkish regime for almost 150 years during the 16th and 17th centuries.

they had hindered the development of economy and social politics for almost a hundred and fifty years.²² The Habsburg Empire and its allies were able to defeat the Turks just under Vienna in 1683 and expelled them from the territory of Hungary. But this had also an unfortunate consequence; the Habsburg Empire annexed the Hungarian Kingdom for quite a long time.

Hungary's industry also suffered from the Turkish occupation; its productivity had steeply decreased by the 17th century. The country's economy was also impaired by the decline of the intracontinental trade and the revival of agriculture. The only positive effect was the rise of the guilds, but unfortunately – as described before – they could not take up the gauntlet against the greatly industrialized Austria and Bohemia.

Around this time, the majority of the society was working in the home industry. Despite the fact that this activity was not noteworthy by itself, this kind of work still altogether made up the majority of the industry. But the development of the economy could not be set back for long. Among the great supporters of the Hungarian industry was Lajos Kossuth (1802–1894)²³. He believed that Hungary must not give up on the development of its industry and in spite of the Austrian influence it has to build up its own industry. To prove this, he himself organized corporations and helped others to be established. Such corporation was the Ganz és Tárza Vasöntő és Gépgyár Rt. (Ganz and Co. Ironworks and Machine Factory Corp.)²⁴

By the 1840s, we can witness an ever growing economy and the broadening of internal and external markets. New demands had brought new casemaps. But the legislature had an eye on agriculture as well.

The so called 1848 April laws, which were passed by the diet created a new situation for the Kingdom of Hungary within the Habsburg Empire and once and for all paved its way to parliamentary democracy. The greatest goal of these laws was completely repealing feudalism and hence the structure of the economy, giving way to the capitalist development. On the one hand, the general and proportionate sharing in taxation and the taxation of every layer of society produced extra income, on the other hand, by changing the laws of landed property made farming available for more people, hence increasing the productivity of the country.

Since guilds did their bit in the war expenditure, they were not yet abolished, but were already limited. As a result of the Hungarian Revolu-

²² HONVÁRI (1998), p. 144–146.

²³ He was the Regent-president of the Kingdom of Hungary during the 1948–1949 revolution.

²⁴ KAPOSÍ (2010), p. 153–155.

tion of 1948-1949²⁵ Hungary could form its own economy which led to equality before the law.

Even by 1850, peasantry could not get over the last couple of decades of absolutism. Changing the legal situation of the peasantry could not lessen the burden of indebtedness therefore peasantry remained on the level of family farming. Mechanization, which could have changed the situation of agriculture, was still around the corner; therefore agriculture remained the main branch of economy of the dualism.²⁶

3.2. Self-aiding organizations

After defeating the rebels of the 1848-1849 Revolution, the Habsburg Empire transformed many feudal institutes into capitalists, but only as many institutes as it served the Habsburg's purposes. The 1867 Austro-Hungarian Compromise²⁷ brought an economic boom in the credit-system, the infrastructure building, the growth of capitalism, and also in the fields of agriculture and industry. The advancement of the industry had unfortunate consequences for the existing social system; the proletarian self-conscious had become stronger which led to workers' movements.

At the end of the 18th century and beginning of the 19th century, the home trade had become stronger and the number of hired workers had increased. They preferred the safer factory work in towns rather than the dangerous mining. Obviously, the factory work had brought new potential accidental possibilities with it for the workers, which could end up in the loss of ability to work and consequently not being able to take care of the family or themselves. For these kinds of perils, workers' associations were voluntarily seeking solutions. The outcome of such movements resulted in the establishment of the 1868 Budai-Pesti Munkásegylet (Buda-Pest Workers' Association) and the 1870 Általános Munkás Betegsegélyező és Rokkantspénztár (General Worker and Disabled-aiding Office). At the beginning, these associations did not support the workers' socialist ambi-

²⁵ The Hungarian Revolution of 1848-1849 was one of those revolutions that broke out in Europe around the same time. This particular revolution was against the Habsburg rule and resulted in defeat for the Hungarian revolts.

²⁶ KAPOSI (2010), p. 163-166.

²⁷ The Compromise re-established the sovereignty of the Kingdom of Hungary within the Habsburg Empire.

tions; rather they were supporting the peaceful understanding between the employer and the employee.²⁸

These associations only had minor differences in their constitutions; they were operating according to similar, democratic rules. The main income of these associations was derived from the membership fees, but they also received employer contributions, donations, and of course, investments. Despite all of these sources, most of the associations were standing on thin ice. Hungary's first and long-lasting self-aiding organization was the one established by the printers in Pest in 1837 and members could only be the printers of the University Press. The organization tried to find a cure for the social troubles of its members.²⁹

Similar to the printers' association, several other self-aiding organizations spawned during the era. Notable associations were the tradesmen's and the factory workers'. These organizations only propagated free medical treatment and free access to medicines. Supporting this, in 1840 a law was passed, which declared that in case a worker got sick, the employer must have contributed to the expenditure of the medical treatment. This measure though did not mean complete safety for the employee yet. The law only covered sickness in connection with work, but did not deal with the prevention and the given social disturbances. This defect of the 1840 law urged workers to establish their own voluntary, autonomous self-aiding organizations. Unfortunately, revolution was at the doorstep, so there was no time for putting theory into practice; many modern and advanced self-aiding organizations broke up in the 1848 revolution.

Those eighteen years between the defeat after the revolution and the Consolidation did not favour the advancement of the social security system. The serious organizations had either broken up or gone bankrupt. The era was characterized by small, isolated self-aiding organizations which were operating differently by profession and by region too. The only possible direction for advancement was the Austrian way. These laws were valid in the territory of Hungary therefore an 1854 law, which made employers compensate the deficit of the miners' self-aiding organizations, was easily passed.³⁰

The importance of the laws after the Consolidation was that they created rational institutes with large number of members and clarified

²⁸ KAPOSÍ (2010), p. 163-166.

LACZKÓ (1968), p. 37-38.

²⁹ BUDA (2001), p. 22.

HITCHINS (1995), p. 94-97.

³⁰ LACZKÓ (1968), p. 38-40.

their operational framework. With this step the system became fairer and helped establishing institutes which granted equality among workers. One such institute was the 1870 Általános Munkás Betegsegélyező és Rokkantspénztár. The aim of the Pénztár was to create social safety for the worker regardless of his profession or the solidarity of his employer. The Pénztár was still self-organized and its structure resembled a private organization. Membership was voluntary and the establishment was not a governmental aim, but the realization of the workers' self-aiding goals. This organization was financed by the members' entry fees and regular membership fees and assets coming from investments. The Pénztár offered in kind support, such as the free medical provision and the member could also expect financial support in case of being unable to work. The organization paid compensation to a third party as well – the family – if the worker happened to die while carrying out his duties.³¹

The Pénztár gathered all those workers on a national level who desired social safety though the Pénztár's aims were much more grandiose. The idea was not only to congregate workers from Hungary, but from Austria as well. On an 1873 congress assembled by Hungarian and Austrian self-aiding organizations, a decision was made to set up an international organization for the employees of the two countries. But by contemporary terms such an organization would have been so huge and would have had considerable means well provided with capital that it had threatened both countries governments in a form of socialist movements. Consequently, the Hungarian government forbid the Pénztár to merge with foreign organizations.³²

IV. Organizations by governmental recommendation on voluntary grounds

At the end of the 19th century social security was – though not in an effective way – dealing with accidents and illnesses, but still did not help to prevent them. Moreover, up until the 1880s, insuring institutes in Hungary were voluntary; laws did not make their organization obligatory. But the proportion of workers had increased in society over the past couple of decades and therefore the government could not delay to consider social safety for all anymore. For living problems had risen among labourers,

³¹ LACZKÓ (1968), p. 38-40.

³² LACZKÓ (1968), p. 41-42.

no wonder that the very first laws regarding social provisions appeared among laws regulating the industry. The first example for such law was the 1884/XVII. article³³, the *Industry Act*. Practically this institute had already been operational; therefore the result of this law was not to establish the institution, but rather acknowledge it.

In conclusion we can state that before the obligatory governmental insurance, there were two laws regulating the social situation of the workers: the 1854 miners' law which made self-aiding organizations compulsory for miners, and the 1884/XVII. article, which recommends their set up. Owing to these regulations, by the 1890s, more than 70% of all workers were insured at a given voluntary self-aiding organization.³⁴

V. Governmental organization and compulsory insurance

By the second half of the 19th century it became obvious that for maintaining a steady social security system more people ought to be involved. This could have only been reached from top to bottom, so more and more the government started to take part in the establishment of the system. Although the system was already operable in the 13th century, it was only in the 19th century when a general need had risen for a widespread, government-operated national system. Owing to the flourishing capitalism, the number of poor workers, whose only asset was their capacity to work, was growing. By itself it proved to be a feat of arms; without their affirmative contribution, the economy and consequently the society would not have been able to advance. The workforce became a tool for utilizing political pressure. But capitalism was not only about exploitation; the abundance of goods provided stable background for financing a social security system.³⁵

The government had two options realizing such a system. Firstly, it could support the already existing organizations, or secondly, it could endow existing institutes with social security duties. Also, the government had two functions: it had to protect employees and had to support the reproduction of this social layer.³⁶

³³ Ipartörvény. www.1000ev.hu

³⁴ VÁNKOSNÉ Timár, Éva: A társadalombiztosítás hazai jogtörténete. in: Magyar Közigazgatás, Budapest 1993, p. 168-171.

HAJDÚ, József; LŐRINCSEK Lajkó, Dóra: Társadalombiztosítási jog. Dialóg Campus Kiadó, Budapest-Pécs, 2005, p. 14.

³⁵ CZÚCZ, Ottó: Társadalombiztosítás a változó világban. Közigazgatási és Jogi Kiadó, Budapest, 1989, p. 52-55.

³⁶ CZÚCZ (1989), p. 52-55.

From the 1870s, on the Eastern part of the Austro-Hungarian Monarchy, in the Kingdom of Hungary, the course of industrialization had begun. By the 1880s and 1890s it was inevitable to set the frameworks of trade and industry in Hungary which included the regulation of the relationship between the employer and the employee. Hence, by the 1890s an industrial policy was born which was meant to set the minimal living conditions of the workers working in factories. This Hungarian regulation was – after Austria and Germany – the third in Europe. The aim of the governmental intervention was to enhance the country's industrial and economical capacity after the 1867 Austro-Hungarian consolidation.³⁷

The 1891/XIV. article³⁸, *Aiding industrial and factory workers in case of illness*, is considered to be Hungary's first real, general law in social politics. The law chose the Bismarck³⁹ way. Operative from 1883, this law was aimed to organize the social security system from a governmental level. It wanted to draw together all the smaller organizations and only those organizations could receive permission to operate which were acknowledged by the government. The system aimed to take out the chance of decision-making from the hands of its citizens. The idea of a general system that was available for everyone did not arise since it was only the workers of the industry who were welcomed. By this law, the government wanted to see the solidification of the social situation. Being true to the Bismarck way, the Hungarian government wanted to weaken the labourers' political strength; the government did not want its future social security system to be the financial base to a possible workers' movement. Since the Általános Munkás Betegsegélyező Pénztár (General Labourer-aiding Counter) and the Social democrats were close to each other, in 1892 the government established its competitor, the Budapesti Kerületi Betegsegélyező Pénztár (Budapest District Labourer-aiding Counter). In the following decade the Általános Pénztár lost and the Kerületi Betegsegélyező Pénztár gained members, consequently the intention to weaken the working class was successful.⁴⁰

The 1891/XIV. article – even regarding other 'developing' European countries – created a high-standard, advanced overall legislation. The intention of the legislation was to create a minimal level of social security for the poorest workers of the Kingdom of Hungary regardless of their sex,

³⁷ SZIKRA, Dorottya: Az 1891. évi betegbiztosítási törvény végrehajtása. Aetas, Budapest, 2004, p. 31-33.

³⁸ Az ipari és gyári alkalmazottaknak betegség esetén való segélyezéséről. www.1000ev.hu

³⁹ SZIKRA (2004), p. 33-36.

⁴⁰ SZIKRA (2004), p. 33-36.

age, and citizenship. Moreover, the existence of the insurance in this case was not up to the solidarity of the employer. The advanced conception of the law coupled with weak execution but it can also be said that the Hungarian system was more generous than the Austrian or even the German one. After the law came into effect the number of insured people had significantly grown. Unfortunately, the organizations soon became bankrupt therefore the provision of the people again became uncertain which also resulted in mass discontent which made the revision of the 1891 law necessary. The proposition was the passing of a new law in 1907.⁴¹

The insurance in agriculture differed from the general legislation of the time since the agricultural lobby was much weaker than the industrial or the trade therefore the labourers of the former could only get into the system much later. Their first laws regarding social security were the 1900/XVI. article⁴² and the 1912/VIII. article.⁴³

VI. Centralized insurance

At the turn of the century, the industrial bourgeoisie strengthened and the Austrian-based factory building had continued. The growing number of factories needed more workers. More workers represented more political power, and therefore workers' movements became more frequent. The government tried to do everything to hinder such organizations which result was varying. Referring to social security, more and more was deducted from the wages, so the wage disputes also became more common and the workers started to ask for general insurance. The government could not delay the solving of the problem. The result was the 1907/XIX. article.⁴⁴

⁴¹ HAJDÚ, LŐRINCSIKNÉ (2005), p. 15.
PRÓNAI (2011), p. 31-32.

⁴² A gazdasági munkás- és cselédsegélypénztárról. www.1000ec.hu

⁴³ Az Országos Gazdasági Munkás- és Cselédsegélypénztárról szóló 1900: XVI. tc. és 1902: XIV. tc. kiegészítéséről. www.1000ev.hu
PRÓNAI (2011), p. 31-32.

⁴⁴ Az ipari és kereskedelmi alkalmazottaknak betegség és baleset esetére való biztosításáról. www.1000ev.hu
LACZKÓ (1968), p. 44-45.

VII. Social Security during the First World War

The First World War had a devastating effect on Hungary and its social security as well but it can also be said that it gave a great push for the social security ambitions of the workers and accelerated the positive changes of the past two decades. Before and during the years of the war the economy of the country decentralised. The arms race preferred the industry and especially the ordnance manufacturing. This shift in production needed governmental help. The strategically important plants were under military control which led to the widespread limitation of the workers' rights. War was rewarding from an economic aspect; factories became huge mammoth companies employing great numbers of employees. But what the industry had gained, agriculture had lost. Drafting and the permanent lack of workforce in factories lessened the productivity of agriculture, while inflation was growing which hit the workers the hardest. Close to the end of the war it became evident that the Monarchy could no longer fulfil its pre-war political and economic position.⁴⁵

By 1915, the Országos Pénztár was forced to initiate wartime measures. Although the insurance of the soldiers was under governmental control, the current level of service could not be maintained any longer; there were instances for closing down entire institutions as well but the Országos Pénztár proved to be a lasting and strong institution.⁴⁶

VIII. Social Security between the two world wars

The Austro-Hungarian Monarchy was one of the greatest European countries until the end of the First World War, but after 1918 it fell to pieces and could no longer keep the pace with other great European powers. After the 1920 Treaty of Trianon⁴⁷, economically the Kingdom of Hungary became the weakest among the neighbouring countries; it lost 38,6% of its agricultural lands, 65% of its coal mining, 15% of its iron ore mining, and 53% of its salt and precious metal mining.

Though splitting from Austria lessened the regional differences, it sapped Hungary. The First World War resulted in defeat and national

⁴⁵ KAPOSÍ (2010), p. 262-265.

⁴⁶ LACZKÓ (1968), p. 93-95.

⁴⁷ After the Treaty, Hungary possessed only 28% of its pre-war territory.

bankruptcy. The democratic processes right after 1918 had little time to solve the problems of this magnitude not to mention codifying them.⁴⁸

8.1 The Republic of Councils

During the First World War the Social Democrats became stronger and by the end of the war they were able to move great masses in the industry, the purveyance, and the transportation. In 1921, the Social Democrats joined the *Kommunisták Magyarországi Pártja* (Hungarian Party of Communists) and together they formed the Hungarian Republic of Councils. Despite the system was only operable for four months (!) and despite the continuous political battles, it managed to effectuate laws for the sake of the working class. One of the main aims of the Republic was to pacify the situation in the field of workers' insurance.

The war disarranged the more or less operable social security system. With the reorganization that the Republic had an idea of a social security system that takes care of the workers without insurance administration or organization. During those four months, the Republic was able to successfully realize many of its ideas, which coincided with the pursuits of the working class before and during the war. Since the political milieu was not adequate for a detailed problem-solving, the Republic limited itself to settling the most urgent matters. It also desired to resolve the problems of agricultural workers with swift and simple measures. Hence the quality of insurance of the agricultural workers reached the level of the industrial workers by the first third of the 20th century. Although several points had been left untouched, the insurance of the agricultural workers became the most advanced throughout Europe. One of the key factors in the 1919 downfall of the Republic was that it interfered with the relationship of the government, the employer, and the employee and shifted the power-relations which generated the increase of potency of the working class. The Republic also had a word in the management of the companies urging trade unions to take over the leadership.

After the Soviet model Republic of Councils in Hungary, the policy-makers faced many hardships during the 1920s. Their 'new' aim was to

⁴⁸ A két világháború közötti Magyarország gazdasági története. SZTE Klebelsberg Könyvtár. <http://www.bibl.u-szeged.hu/ha/gazd/gazdasag/index.html>

restore the good old pre-war order and believed that the only viable way was to return the anachronistic social security laws.⁴⁹

8.2 The Temporary Solutions of the 1920s

The catastrophic outcome of the First World War forced the post-war nations to develop nationalist economic-policies. After the Treaty of Trianon, Hungary turned into a moderately industrialised, first of all agricultural country exposed to the Western powers. Owing to the fact that Hungary had lost much of its industry and service industry, its economy was able to develop apace. Hungary could not choose but to step onto the stage of international trade where it faced the truth that it was only capable to produce mediocre quality products.⁵⁰

In the late 1910s and the early 1920s, the development of the social security system virtually stopped for the counter-revolutionary terror wanted to abolish everything what the Republic of Councils had reached. The hostile attitude of the government towards the workers and the huge inflation only culminated the effects of the war, of which victims were yet again the working class.

By 1924, the situation and the attitude had eased; the government was willing to pass some protective measures. The working class most of all saw the problem of lacking autonomy and the extensive bureaucracy. The social security of the 1920s was characterised by negligence, overrating of interests of employers, disregarding workers' rights and bureaucracy. The governments of the era had to deal with the consequences of the war in the first place, and indeed it was a hard task to carry out. This tried not just the financial resources of the country, but a new basis had to be found for its legal system. Unfortunately, the 1907/XIX. article did not live up to the expectations.⁵¹

The new legal framework had to be clarified. Unfortunately, progressive ideas did not come up and even their realization was virtually impossible due to the circumstances; yet again it became a period of compromises. The governments could not and did not want to effectively alter the social security system; therefore they were seeking to maintain the pre-war system with some minor modifications. After a while the patching of the

⁴⁹ CZÚCZ (2000), p. 74.

⁵⁰ KAPOSÍ (2010), p. 276-277, 287.

⁵¹ LACZKÓ (1968), p. 116-117.

system resulted in many measures seeking to alter it. The comprehensive transformation and modernization of the system was inevitable which came about in 1927.⁵²

8.3 Centralization and Autonomy of the 1920s

It was not only the social security system which was characterized by centralization; it was typical for all governmental systems therefore it triggered much discontent. By the 1920s, centralization had reached its summit. The Országos Munkásbiztosító Intézet (National Workers' Insurer Institute) became the head of all other organizations. Its task was to monitor if the bureaus met the requirements set out by law. The Intézet could only spend its income on relief and the establishment of institutes dealing with such matters. In addition to this the Intézet issued measures that aimed to control healthcare and accident prevention.⁵³

8.4 The Era of the Economic Crisis

The crisis reached Hungary in 1931, which shattered agriculture the most. Many people became unable to pay and so they lost their lands. Obviously, the crisis neither left industry intact; it reached the bottom in 1932 when it could only produce 74% of the year before the crisis, 1928.

The national economy had weakened yet again which was followed by a further inflation undermining the value of the financial provisions. A couple of years after the big-time modification of the social security system, it was again unable to fulfil its designation. The government must have had to reorganize the system for it did not accomplish the minimal requirements. The situation favoured the fund-holders but affected the working class disadvantageously. Also, widespread bureaucracy, the treating of patients, and the quality of provisions was repulsive to the Országos Munkásbiztosító Intézet. The employers were constantly protesting against the increased burdens created by the workers' social security; some

⁵² LACZKÓ (1968), p. 122-128.

BOGNÁR, ASZTALOS (1991), p. 14.

BOTOS, József Dr. A magyar társadalombiztosítás kialakulása és fejlődése. Osiris Kft, Budapest, 1998.

⁵³ BUDA (2001), p. 133.

BOTOS (1998)

of them even wanted to see the system completely abolished. Finally, for the sake of the fund-holders, the government was willing to implement some changes: they raised the extent of the contributions, but at the same time they lessened the provisions.⁵⁴

The greatest setback of the system was that due to this fact many employees went bankrupt, they were not able to pay contributions; their debt was accumulating, so the chance that they could ever settle up was practically equal to nil. The national budget could neither pay the contributions after their employees. Consequently, the insurance system was left completely without adequate liquid funds. The long-continued crisis had very vast consequences throughout the country until 1938.

The second half of the 1930s was the time of reorganization. The first couple of decades of the 20th century were very inelastic and the solutions were expected from the industry; from those companies which helped the recovery after the First World War. When in 1938 and 1939 the management of the social security system could have settled, the wartime expenditures took a greater share from industrial production. The national debts were still increasing. The Hungarian government was certain that another war was coming on the way and Hungary could not avoid it.⁵⁵

The government implemented the *Győri Program*⁵⁶ (Programme of Győr⁵⁷) which was due to vitalize the economy. Thanks to the Programme the country could finance the national armament programme, the development of the infrastructure, the agriculture, and the mining. The initial plan was to complete the Programme by 1943, but it was so successful that the target was already met in 1940; just a year after the Second World War broke out. In the short run the Programme vivified the economy and created workplaces but also resulted in inflation. It had boosted industry and agriculture as well, in spite of its drawbacks the public yielded great consent to it.⁵⁸

In the 1930s, social security could show two important achievements. First of all, the Országos Mezőgazdasági Biztosító Intézet (National Agricultural Insurer Institution) was established, which could provide pension and provisions in case of widowhood for agricultural workers.

⁵⁴ KAPOSÍ (2010), p. 295–300.

LACZKÓ (1968), p. 143–148.

⁵⁵ KAPOSÍ (2010), p. 301–303, 305.

⁵⁶ It was an armament programme which helped Hungary to prepare for the Second World War.

⁵⁷ It is the most important city in northwest Hungary by the Danube between Budapest and Vienna.

⁵⁸ KAPOSÍ (2010), p. 317–320.

Of course, this did not mean that agricultural workers would have been completely involved into the social security system, but it still created an institutionalized background for these workers. Second of all, the burdens of the families were reduced.

Even before taking part in the Second World War, Hungary had spent great a sum of money on strategic purposes. Joining the Axis also meant spending and indebtedness. In this situation the functioning and further advancement of the Hungarian social security system was again impossible.⁵⁹

IX. The Hungarian Social Security after the Second World War

The 1945 Yalta conference ended the war for Hungary. As the First World War, this also had a devastating effect on the country. The 1944 Soviet liberation soon became an occupation. The loans, the arms race, the provision of the Soviet Army, and the paying of the indemnities had used up the country's reserves. During the war, 40% of Hungary's national property was destroyed; the agricultural machinery was completely demolished, the machines in the factories and the gold reserves of the Magyar Nemzeti Bank (Hungarian National Bank) were stolen.

Already in the first years of occupation, the relationship between Hungary and the Soviet Union was characterised by dependence; Hungary owed the Soviet Union two third of the indemnities. The German influence, which was typical of the 1940s, had been taken over by the Soviets from 1945. In 1949 the Comecon (Council for Mutual Economic Assistance) was established which was aimed at vivifying the economy of its member states.⁶⁰

According to the plans of Imre Nagy (1896-1958)⁶¹, the agrarian reform had commenced. The small lands were not suitable for solving great social disturbances anymore therefore in 1948 they were integrated into TSZs (farmers' so-operatives). Hence, by the early 1950s agriculture pro-

⁵⁹ CZÚCZ (2000), p. 79.

PRÓNAI (2011), p. 84-85.

⁶⁰ KAPOSZ (2010), p. 322-329.

Magyar Elektronikus Könyvtár. Külkereskedelem. A II. világháború után. <http://mek.oszk.hu/02100/02185/html/362.html#365>

⁶¹ He was a Hungarian politician, the Chairman of the Council of Ministers of the People's Republic.

vided the workforce for the industry; people were moving from the countryside into towns in search of employment.

Because it could not be settled before the Second World War, in 1948 the time was right for insuring women working in the field of agriculture. Their increasing numbers made it necessary, so with a few modifications, the 1938/XII. article⁶² about old age provisions was applied to them as well. By 1949 half of Hungary's population lived from agriculture, but owing to the agricultural reform, the only option for farmers was finding employment in the industry. Consequently, the working class again gained power.⁶³

Social Security was hit harder by the Second World War than the First World War. The nation-wide devastation did not spare the social security system either; buildings were damaged, hospitals were robbed, the expensive medical equipments were lost, the lack of doctors and medicine was acute. The financial reserves had also run out and from 1945, the Országos Társadalombiztosító Intézet (OTI, National Institute for Social Security) activity was suspended.

In the second half of the 1940s, the Hungarian social security system had to be reorganized. The OTI became an even larger institute, of which the legal basis was the 1927/XXI. article⁶⁴. For the sake of accelerating the reorganization, only alterations were made to this article keeping it up-to-date. All the private insurance organizations were abolished, and their duties were carried forth by the OTI. Even the OTI could not escape reorganization; the previous unipersonal system now turned into an institution run by a council. The fundamental principle of the OTI was again autonomy.⁶⁵

9.1 The Social Security Centre of the Trade Unions

The communist rule of the 1940s consolidated the fate of the social security system. The insurance system was run by trade unions. In 1950, the management of the insurance system fell into the hands of the labourers

⁶² A gazdasági munkavállalók kötelező öregségi biztosításáról. www.1000ev.hu

⁶³ Országos Széchenyi Könyvtár. A magyar társadalom. www.rev.hu/sulinet45/tanulm_tars/tars.htm
PRÓNAI, Borbála Dr. Társadalombiztosítás Magyarországon 1891–2005. JATE Press, Szeged, 2011, p. 119.

KAPOSI (2010), p. 329–334.

⁶⁴ A betegségi és baleseti kötelező biztosításról. www.1000ev.hu

⁶⁵ CZÚCZ (2000), p. 80
PRÓNAI (2011), p. 57–58.

and by gathering into trade unions they were able to manage these systems. The OTI was supervised by the National Council of Trade Unions (SZOT, Szakszervezetek Országos Tanácsa). The SZOT's branch the National Social Security Council (OTT, Országos Társadalombiztosítási Tanács) dealt with matters regarding social security. Its members were the governmental organizations and the business federations. After 1950, the OTI was renamed Szakszervezetek Országos Tanácsa (SZTK, Social Security Centre of the Trade Unions).

The SZTK remained a strongly centralized system, but the tasks had multiplied. As the number of insured had grown, so did the scope and quality of provisions and the burden of administration. While the proportion of insured employees only reached 40% right after the Second World War, by the 1960s it was well over 95%. In 1953 much of the agricultural labourers gained access to the system.

The important law of the era was the 1967/II. article⁶⁶. Its aim was to control the work-order of the socialist Hungarian society; the rights and duties and the life and work circumstances. It covered all labour relations but the members of the TSZs were managed by a completely different law.⁶⁷

9.2 The Scope of the Insured and the Advancement of the Provisions

From 1945 the scope of insured labourers and the advancement and quality of the provisions had developed swiftly. In 1945, the agricultural workers received access to the social security system, from 1947 they could receive financial provisions, and in the same year their insurance was made obligatory. From 1949 the craftsmen, from 1950 the students, and from 1957 the tradesmen became insured. From 1958 to 1962, the workers of every TSZ became a subject of insurance. By 1975, every Hungarian citizen was socially insured.

One of the important laws was the 1972/II. article⁶⁸, *Of Healthcare*. This law wanted to gather the whole society and provide them with adequate provisions. Its tasks, among others, were the development of public

⁶⁶ A Munka Törvénykönyvéről. www.1000ev.hu

⁶⁷ BOTOS (1998)

PRÓNAI (2011), p. 63-65.

HAJDÚ, LŐRINCSIKNÉ (2005), p. 17.

⁶⁸ Az egészségügyről. www.1000ev.hu

health, implementing preventive measures, and to educate. It also dealt with the environment and its effect on the individual, worked out the rules of the work process and technology, and put emphasis on work circumstances and the advancement of health requirements. The law included the protection of women and children as well as the pension system and the provisions given to the family in case of death. The post-war years proved that there was no need for a system of multiple insurance organizations, but the many laws and their amendments virtually created an impenetrable maze of regulations. From 1951, the situation of the pensioners had also evolved.⁶⁹

Since social security is a politically sensitive area, from the 1950s until 1975, the system worked with minimal changes. But the lack of improvement of the economy made a comprehensive reform necessary. This was a 1975 law which codified the whole legislation after the Second World War. The 1975/II. article⁷⁰, *Of Social Security*, completely reorganized the previous system of social security. Social security became free by right of citizenship. At the beginning of the 1970s the proportion of insured people reached 97%, but owing to the 1975/II. article it reached the unbelievable 100%. Therefore the Hungarian social security system was completely managed and controlled by the state.

The overall nature of the 1975 law made it long-lasting and well-applicable; until the late 1990s. While in force it survived many alterations that touched upon its extent of funding and expenditure.⁷¹

X. The Change of Regime

The change of regime in Hungary happened in 1989. The country broke with the formal socialist order and stood among the democratic, capitalist countries, a move also resulted in significant social and economic changes. But it was not a sudden choice; the approach of Hungary and the European Union had been noticeable years before the change. The first step towards the new order was joining the European Economic Community in 1988. Ten years later the negotiations for joining the European Union

⁶⁹ PRÓNAI (2011), p. 60-62.

PRÓNAI (2011), p. 127-134.

⁷⁰ A társadalombiztosításról. www.1000ev.hu

⁷¹ CZÚCZ (2000), p. 92, 94.

FABÓK, PRUGBERGER (2005), p. 30

BOTOS (1998)

had commenced; the condition of accession was the harmonization of the legal systems. The negotiations finished in 2003 and from 2004 Hungary has been a member of the European Union.⁷²

Already in the 1980s the need arose for a common social space parallel with the European Economic Community. Hungary joined this conception in 1989, when it accepted the 1987 Single European Act and the 1989 Charter of Fundamental Social Rights of Workers. The Act aimed to create a field for social dialogue and contained directives on health protection. The Charter dealt with the advancement of life and work conditions, social protection, equal rights between women and men, the protection of children and young workers and the protection of people with needs.

Two years later, in 1991 part of the Treaty of Maastricht three agreements came to light which deal with European social rights: the Treaty on European Union, the Social Policy Protocol, and the Agreement on Social Policy. They together brought changes in social-policy and aimed to strengthen the social protection and increase the equality between women and men in terms of labour.⁷³

The change of regime also meant a change of social security. The budget of the social security system was detached from the state finance hence it became an autonomous part of the budget. Before the 1990s every Hungarian citizen was fully covered by the social security system. It was out-of-date by then and could not serve the needs anymore. It was paralyzed by financial burdens and the hospital-centred approach, but it was accessible. The basis of accessibility was set down by the laws passed between 1972 and 1975. This was the accomplishment of the needs past 1945.⁷⁴

After the change of regime the goal was to lessen the influence of the government. The free-of-charge social security implemented in 1975 discontinued in 1992. Characteristic features of the current system are that the insurance is in the hands of one organization and that every citizen obligatorily has to take part in the funding. The system – except for dental care – gives complete coverage. The funding of the system is provided

⁷² A magyar EU-tagság története. Európa-politikai kormányzati honlap. www.eu.kormany.hu

⁷³ JAKAB, Nóra: Az Európai Unió szociálpolitikai alapjai az elsődleges és másodlagos jogforrásokban, avagy az Európai Unió szociálpolitikájának fejlődése. *Sectio Juridica et Politica*, Miskolc, 2007, p. 345–349.

⁷⁴ SZEPESI, György, ZOMBORI, Gyula, JENEY, Sarolta (ed.): *Jelentés a társadalombiztosításról*. Fraternité Tanácsadó Rt, Budapest, 1991.

jointly by the employer and the employee in the figure of 70% and the government is responsible for the rest.⁷⁵

XI. Social Security within the European Union

As it was mentioned before, the legal harmonization had commenced before the 2004 accession to the European Union, therefore by the time of 2004, Hungary had a complete legal system that fit into the European Union's legal system. The push for the change in social-policy was given by the 2000 meeting of the Council of Europe in Lisbon and Nice which helped in modernizing Hungary's social model. The aim of the meetings was the investment in people and the development of an active welfare state where socially-derived problems are not present. The strengthening of the role of social protection was a priority.

Social protection has to be present at all times in the policies of every country of the European Union. The EU only monitors the fulfilment of the basic laws, but the development of the legal systems is the sole responsibility of the member states. The task of the EU is to protect the people from risk factors that every member state is struggling with; the aging society, the dependencies based on age groups, defectiveness, sickness, motherhood, children with needs, unemployment and taking care of old, handicapped or sick relatives.⁷⁶

By 2004 healthcare turned into a multi-participant system. The owners are the state and the municipalities, the Állami Népegészségügyi Szolgálat (ÁNTSZ, National Public Health Service) as the licensor and supervisor organization, and the Országos Egészségbiztosítási Pénztár (OEP, National Health Insurance Fund Administration) as the granter of funds. This financing is called dual-channel financing system for the greater part of funds comes from the state.⁷⁷

⁷⁵ SINKÓ, Eszter Dr. A magyar egészségbiztosítási rendszer átalakítási kísérlete – tanulság egészségpolitikusok számára. Kritika Online, 2008. www.kritikaonline.hu/kritika_08nov-sinko.html

⁷⁶ FRIGYESI, Veronika; KAPOLYI, László: Szociálpolitika az Európai Unióban. Közgazdasági Szemle, LII. évf. Magyar Tudományos Akadémia (Budapest). Közgazdaságtudományi; Bizottság, Budapest, p. 289-291.

⁷⁷ KINCSES, Gyula Dr. (ed.): Magyarország egészségügye és szociális rendszere. 2004. http://www.eski.hu/new3/adatok/zip_doc/eg-szoc-rendsz.pdf

XII. Conclusion

As we can see, the Hungarian social security has a very long and troublesome history. From the 13th century, it took hundreds of years until it reached its current status and could provide protection for many people.

The initial need for such a system fed itself from defencelessness; the employee relied very heavily on the goodwill of the employer. Therefore the labourers, firstly the miners and then the workers of the guilds formed their own insurance companies, the self-aiding organizations. These institutions were operable in a couple of decades, but the social, political, and economic circumstances of the given period always changed the rules.

The capitalist factory owners and employers did not want to see the strengthening of the working class since it threatened the existing order. Labourers and their work had always been assets and their work was only necessary to supply the ruling classes. But times had changed and so did the political stance, hence it was inevitable to see the rise of the working classes, which were quickly ruled out.

The permanent change happened when it became obvious that society, politics, and economy were based on the work of labourers and only by their effective contribution can a society be maintained. This change of perspective soon provided the foundation for many laws and orders that had changed the century-long negligence of the working class. Today, labourers are equal participants of the society who equally contribute to its prosperity and therefore are equally protected by the social security system. Hungary by now is an equal part of the European Union and treats workers according to its laws which aim to create circumstances which they are entitled to because of their work in advancing the member states.

Hungarian Rules of the Liability for Game Damage

Péter István Hegyes

Senior Lecturer University of Szeged

In the legislation in force at the closure of my study, the provisions establishing liability for damages caused by game that may be hunted are found in the new Hungarian Civil Code (Act V of 2013, hereinafter referred to as Civil Code) and in the Act on the Protection of Game, Game Management and Hunting (Act LV of 1996, hereinafter referred to as the Hunting Act) as well as its implementing decree (79/2004. (V. 4.) FVM decree, hereinafter referred to as Vhr.). The Code Civil contains the general rule: *“Reimbursing the damage caused by game that may be hunted, liability befalls on the person licensed to hunt from whose hunting range the game has arisen. If the damage did not occur on any hunting territory, liability befalls on the person licensed to hunt from whose hunting range the game has arisen.”*¹

According to this, the Hunting Act contains a special rule: “The obligee shall, as defined in this Act, be liable to the aggrieved person for reimbursing the part exceeding 5% of the damage caused by red deer, fallow deer, roe deer, wild boars and moufflons in agriculture and forestry as well as the damage caused by roe deer, hares and pheasants in vineyards, orchards, arable and afforested areas as well as nurseries.” In this study I present the special rule’s elements.

I. Basic features of the hungarian regulation of hunting

Pursuant to Article 1, Section 3 of the Hunting Act the hunting right is a right representing assets which constitutes an inseparable part of the land proprietary rights.

¹ Civil Code Article 1, Section 6:653. [Liability for damage caused by game that may be hunted]

Hunting rights are the totality of rights and obligations pertaining to

- a) the protection of game and its natural habitat and
- b) game management, furthermore
- c) the killing or capture of game living free in the hunting ground by a party authorized to hunt
- d) the collection of cast antlers and of eggs of winged game that can be legally hunted, and the appropriation of the carcass of perished game²

Pursuant to Article 1, Section 3 of the Hunting Act the hunting rights may be claimed by the owner of the land that is defined as a hunting ground. It follows from the cited legal provisions that the essential legal criterion to acquire, exercise and utilize hunting rights is the establishment of the hunting ground. The hunting ground shall be established by the declaration of its boundaries upon request (Hunting Act Article 1, Section 19) on the object of which an administrative decision is made by the hunting authority. As long as such a decision is not made, hunting rights cannot have a meaning.³

Pursuant to the current regulation the territorial criterion of a hunting ground is an extension of minimum 3,000 hectares and the distance between the opposite borderlines of the territory shall be at least 3,000 metres. A further criterion is that the game on the hunting ground

- a) finds the necessary feed
- b) the conditions for its natural reproduction, and
- c) its natural needs for movement, lair and rest are provided⁴

The setting of boundaries of the hunting ground is for the period of the game management plan, thus the all-time land owners are bound by it for this period. Pursuant to the provisions in force the game management plan is for 10 years as a primary rule.

² Hunting Act Section 2.

³ High Court of Debrecen (Debreceni Ítéltábla) Pf. II. 20.468/2009/5.

⁴ Hunting Act Article 1, Section 8.

Pursuant to Article 1, Section 4 of the Hunting Act if the hunting ground is

- a) exclusively owned by a single person – including also the State of Hungary- this person shall be entitled to the hunting rights independently (independent hunting rights)
- b) owned by several persons – including also the State of Hungary – the owners of the

hunting ground shall be entitled to the hunting rights jointly (joint hunting rights).

In case of joint hunting rights the provisions of joint ownership of the Civil Code shall apply as a general rule to the relationships among the owners of the hunting ground.⁵

In case of joint hunting rights the landowners shall decide on issues of

- a) the form of representation of the owners, the appointed representative
- b) initiating a petition in accordance with the provisions of this Act on establishing or altering the boundaries of the hunting ground
- c) the methods and conditions of exercising or utilizing hunting rights

by majority vote of owners of all the land considered at the establishment of the hunting ground – including also the watercourse – in proportion to their ownership share on the Hunting Community of Landowners' Assembly (hereinafter referred to as the Landowners' Assembly), and any expenses or benefit related to the exercise or utilization of hunting rights shall be borne by the co-owners in the same proportion.⁶

The Hunting Community of Landowners shall be entitled to have rights and undertake obligations and shall bring an action or may be subject for litigation individually during the administration of matters related to the exercise or utilization of hunting rights.

⁵ Code Civil Section 5:73-5:84.

⁶ Hunting Act Section 12.

The Community of Landowners shall draw up a rule of procedures defining the methods and conditions of exercising and exploiting hunting rights, including also provisions on the representative's obligation to account, as well as the account of the lease fees in case of leasing hunting rights.

II. Character of the liability

The term wild animal or game refers to those animals that live under conditions of freedom and are driven by their instincts, and on the different manifestations of their natural circumstances man may have only indirect influence, and therefore the possibility of direct control or possession thereof is missing.⁷ Game animals can be classified by different categories such as beneficial or noxious; may be legally hunted or may not be legally hunted; small game or large game, etc. A guiding principle for legal provisions on the damage caused by game is that the consequences of such damages cannot be fully eliminated or avoided even if all due human preventive deeds had been exercised.

The qualification of the obligation of reimbursement regarding wild game damage is treated differently in specialist literature on liability and hunting law. Although earlier fine representatives of tort law and hunting law (such as Géza Marton, Gyula Eörsi and Ödön Zoltán) regarded the obligation of reimbursement related to game damage as a separate liability formation by its features. Despite this in the course of the two codification processes of the Civil Code, they placed more emphasis on its classification of liability establishment. The new Civil Code concerning this matter promulgated by Act CXX of 2009, but not in force did not imply a firm standpoint since the Act CXX of 2009 – dogmatically incompatible with this theoretical trend – placed the obligation of reimbursement into the chapter on liability for damage caused by animals entitled “*Liability for game damage*.” In contrast, the new Civil Code only integrates liability for damage caused outside the sphere of agriculture and forestry into its provisions, while the provisions for liability for game damage will be left within the ambit of the special field legislation outside the code as a rule “*lacking the logic of liability establishing liability*.”

By way of derogation, my view is that the obligation of reimbursement of game damage is not a simple rule of establishing liability, but it is a distinct and strict type of liability. The following legal theoretical

⁷ The Curia of Hungary Pf. I. 21493/1961.

standpoints that are currently generally accepted and, as the case may be, codified, have been considered to be a point of departure. (a) the basis for liability is in every case a tortious breach of duty which may be realised either by action or inaction. (b) Also, when regarding transgressing the “outer limits” of liability is realised, I hold that there is always a possibility of exemption from tortious liability. Thus, establishing liability is always conditional where exemption does not apply, only honouring obligations shall apply at most, not liability.

Regarding the current legislative environment, the existence of the first condition may be attributed to the licensed hunter’s obligation to prevent and mitigate any damage. The obligation of loss allocation shall always be examined against the given injured party in a specific claim reimbursement relationship and by such an approach game damage may fully be eliminated. In my opinion, the decision to honour one’s obligations of mitigating and eliminating damage to protect agricultural or forestry holdings is dependant and based upon primarily economic aspects by the person authorised to hunt. The question of where the person authorised to hunt would rather bear the loss is dependant upon their decision of in which given sector they choose. This only honors the obligation in part or even fails to do so, which then will result in the tortious breach of duty in default resulting in damages being established.

One starting point of proving the second condition is that, according to judicial practice, the provisions of the second phrase of Section 79 (2) of the Hunting Act⁸ is to be construed exclusively as a loss-distribution rule. In my view, the appropriateness of this practice may already be refuted in the legislative environment currently in force. The starting point of my rebuttal is that game damage may even be entirely eliminated as the case may be. If prevention has failed beyond a reasonable doubt as a result of the injured party’s failure of obligatory contribution or the fact that the injured party did not consent without due cause to setting up game damage repellent equipment, the person licensed to hunt, in my view, may be exempted from game damage reimbursement pursuant to Section 79 (2) of the Hunting Act. With regard to the above, applying the provision may not only result in loss-distribution, but it may also function as a rule of exemption.

⁸ Pursuant to Section 79 (2) of the Hunting Act, “If the landuser does not honour his obligation of contribution belonging to normal management under this law, or does not consent without due cause to setting up facilities and equipment necessary for the elimination of damage caused by wild game, the damage resulting from this conduct shall be held against the landuser.”

III. The liable

The liable is the holder of hunting rights (authorized). Although game is owned by the state,⁹ (Article 1, Section 128 of the Civil Code, Article 1, Section 9 of the Hunting Act) the killed, captured or perished game comes under the ownership of the holder of hunting rights, and therefore the holder of hunting rights enjoys the benefits of the game. This is the reason why liability for damages caused by game – by applying the damage transfer rule – also lies on the holder of hunting rights.

Authorized:

- is the owner of the hunting ground in case of independent hunting rights
- are the owners of the hunting ground in case of joint hunting rights
- is the fiduciary of State of Hungary's independent hunting rights
- is the lessee of hunting rights in leasing relationship

As regards the holder of rights being liable for damages, it is worth investigating how the liability is divided among the members of the landowners' community with joint hunting rights if not all members are engaged in hunting.

If the landowners' community exercises its hunting rights as a community itself, the hunting potentials of landowners shall be determined by the provisions of the rule of procedures.¹⁰ The non-hunting members of the community shall be entitled for an extra fee for the excess use, which lies on those members of landowners who exercise their hunting rights on the hunting ground.

With a view to the fact that landowners shall define and accept the detailed rules on exploiting their rights on the hunting ground in a rule of proceedings, these rules shall be applicable as primary ruling to the liability for damage caused by game. Landowners may stipulate in their rule of procedures for example that the holders of hunting rights in the community shall exclusively be liable for the damages.

⁹ Civil Code Article 1, Section 5:53., Hunting Act Article 1, Section 9.

¹⁰ Article 1, Section 6 of the Government Decree No 79/2004. (V. 4.) FVM on the Rules of Application of the Act on the Protection, Management of Game and Hunting (hereinafter referred to as: Rules of Application)

If the liability for damages has not been provided for by the rule of procedures, the general provision of the Hunting Act shall apply, stipulating that the landowners shall be liable for damages in proportion to their ownership share of the whole land defined when establishing the expansion of the hunting ground (Section 12 of the Hunting Act).

IV. Conditions of the liability

The obligation for compensation of the damage caused by game has three cumulative conditions:

- hunting rights in the hunting ground
- hunting right to hunt the game that caused damage
- the place where the event which resulted in damage occurred is the hunting ground of the holder of hunting rights or the collection of game that caused damage in the hunting ground of the holder of hunting rights (Article 2, Section 75 of the Hunting Act)

The primary regulation regarding the first condition has already been cited in this study. As regards the second condition, it arises as a question how the liability of the holder of hunting rights changes in case he is entitled to hunt the game that caused damage in the hunting ground, but the hunting authority issues a hunting ban during the period when the damage has been caused. Pursuant to the previous Hunting Act the state was entitled to hunting rights in the whole territory of the country.¹¹ On the basis of this rule the specialist literature took the position that if “the damage is caused by any game that breeds in a territory where hunting is permitted (...) the holder of hunting rights in the hunting ground where the event that caused damage occurred may not be claimed liable for compensation, since the holder may not manage, shoot or exploit the large games mentioned above. (...) The state as the owner of large game that caused damage and the exploiter of hunting rights shall compensate for the damage caused by game.”¹² Under the provisions of the current Act hunting rights constitute an inseparable part of the land property which belongs

¹¹ Article 1, Section 32 of the VII. Act of 1961 on Forest and Game Management

¹² Dr. Zoltán, Ödön: Felelősség a vadkárért és a vadászattal kapcsolatos egyéb károkért, im., pp. 137.

to the owner of the territory that is defined as a hunting ground (Article 1, Section 3 of the Hunting Act). Hence it follows that the exploiter of hunting rights may not be obliged to compensate for the damage that has been caused during the period of the hunting ban. Therefore, Article 1, Section 75 shall also apply for the liability for damages caused during the period of the hunting ban, that is the holder of hunting rights shall have absolute liability. It is important to mention that during the period of the hunting ban the holder of hunting rights may not be deprived of the right to avert the damage in the most appropriate way, that is, to hunt, since it may be requested from the hunting authority to give or issue permission for hunting during the period of the hunting ban in order to prevent continuous damage caused by game in case of overpopulation of specified game species.

As for the third condition the simple grammatical analysis of the provision may lead to different interpretations when defining the persons liable for damage if it has been caused by game in the hunting ground of the holder of hunting rights but collected from another hunting ground. In order to sort out this problem we should rely on the judicial practice. Pursuant to the judicial practice “the base for establishing liability for damage is the fact that the game caused damage on the hunting ground of the holder of hunting rights. Another reason is that if the holder of hunting rights is entitled to hunt for game that dwell in the hunting ground regardless of which ground they have arrived from, the holder of rights shall be liable for damages caused by game. In the court’s view, therefore, the second phrase of the third legal condition is subsidiary, and may be used in case the game may not be hunted in the hunting ground where the harmful event occurred, or the place of the damage is not a hunting ground. (...) If the damage occurs in the hunting ground of the holder of hunting rights, only the hunting authority that is entitled to hunt is liable for the damage. The hunting authority’s liability for damage that is entitled to hunt and from whose ground the game has been collected may only be established if the damage has been caused in another hunting ground.”¹³

The deficiency of the Hunting Act is that it sets forth no provision when it is not possible to know which hunting area the game has arisen from or how liability is dealt with if the damage is caused by a lot of game arisen from different hunting areas but belonging to the same species. The rule applying to the legislation on the ownership of the game could be a solution to the former in that in case of doubt the person licensed to the

¹³ Court of Baranya County (Baranya Megyei Bíróság) 2. Pf. 20656/2000/3. (BDT2003.821)

hunting area closest to the place of the incurred damage where the game may be hunted should be held liable. In the latter case, I should think the arrangement of the liability issue feasible by providing for the number of game to be hunted set forth in the annual game management scheme for the game causing damage among the licensed parties in due proportions, or stipulating joint and several liability in respect thereof.

V. Game species under the special rule's effect

It is specified by law when liability may be established in the case of special game species that cause damage. Article 1, Section 75 of the Hunting act defines in a taxative way that the damage caused by game shall mean damages caused only by "*red deer, fallow deer, roe deer, wild boar and moufflon as well as, hare and pheasant.*" If we compare this list with Article 1 of the Ministerial Decree 79/2004 (V.4.) on the rules of application (hereinafter: Decree) we can find that a large game species (Sika deer) and numerous small game species (e.g. hare, musk rat, fox, etc.) have not been specifically identified. The reason of the legislation behind this is that although many of the game species not listed certainly cause damage by their way of life,¹⁴ these damages are so insignificant that it is not justified to use the special liability in question.

VI. Place and method of game damage

Article 1, Section 75 of the Hunting Act also defines the place where the harmful event occurred as the criteria to apply for liability for damages caused by game. On the basis of this, we categorize the game species specified in Article 1 into two groups, that is, damage caused by game is the damage caused by

- *red deer, fallow deer, roe deer, wild boar and moufflon in „agriculture or forestry” and*
- *roe deer, hare and pheasant in „vineyards, orchards, farmland, afforestation and nursery gardens”*

¹⁴ see: Klátyik, József (2003): Nemzeti kincsünk a vad – vadkárók, vadászati és vadban okozott kárók, INGA-V GSZI Kiadó, Pécs, pp. 22-23.

Interpretation and therefore applying the law are made difficult in that Sections 82 (2)¹⁵ and 83 (2)¹⁶ of the implementing decree¹⁷ (hereinafter referred to as Decree) limit the place of damage to arable land, vineyards and orchards in respect of agricultural game damage, while in the case of game damage caused in forestry they do so in afforested areas. With regard to the referred provisions of the Decree, the primary question is whether they are mandatory, that is, the damages outlined only in them may be classified as game damage under Section 75 (1) of the Hunting Act; or, consequently, whether the enumeration of places of damage is exhaustive.

In connection with the analysed provisions of the Decree, the Curia has recently adopted a decision strengthening my legal interpretation as outlined above. In its decision No. Pfv.VI.20.742/2012, also published as civil law decision on principles No. 11/2013, relating to an action initiated for reimbursing game damage, the Curia held that *“the Decree may not in any way restrict the scope of game damage as defined by law.”*

As for the method of damage, it is also Sections 82 (2) and 83 (2) of the Decree that contain specific provisions which define damaging methods as the game’s nutrition, poaching of soil, rooting and breaking in game damage in agriculture. While, in the case of game damage, the game’s chewing, peeling, rooting, treading, breaking, chewing and breaking terminal growth as well as consuming forest seeds in forestry. Referring to what has been expounded upon above, these enumerations may not be considered exhaustive, only to be the enumeration of damages resulting in the most significant damage in practice.

VII. Elements of damage

As for the compensation of “damage” there are no provisions under the Rule of Application of the Hunting Act, therefore, the general rules of the

¹⁵ Pursuant to Section 82 (2) of the Decree, “For the purposes of Section 75 (1) of the Decree, game damage in agriculture shall be defined as any damage leading to agricultural crop failure on arable land, in orchards and vineyards on account of the game’s nutrition, treading, rooting or breaking activity.”

¹⁶ Pursuant to Section 83 (2) of the Decree, “For the purposes of Section 75 (1) of the Decree, game damage in forestry shall be defined as any damage preventing the development of seedlings on account of the game’s chewing, peeling, rooting, poaching of the soil and breaking, as well as the damage leading to the loss of natural forest renewal due to the game’s consumption of forest seeds. The value of the forest shall be the grounds for determining the money value of the damage.”

¹⁷ Decree No. 79/2004 of 4 May 2004 issued by Ministry of Rural Development.

civil law shall apply, namely that on the grounds of indemnification, compensation must be made for any depreciation in value of the property of the injured person and any pecuniary advantage lost due to the damage as well as the indemnity or costs necessary for the attenuation or elimination of the material and non-material losses sustained by the injured person.¹⁸

As regards the damage that has been caused it should be noted that in case of the so-called forest damage caused by game in a forestry quantitative and qualitative damage shall be assessed. Quantitative damage causes the total extinction of forestation in the given area, which should be re-planted. In case of a qualitative damage the trees do not die, but their development declines.¹⁹ As regards this latter type of damage Article 3, Section 108 of the Forest Act shall be applicable, which lays down that the holder of hunting rights shall pay a forest conservation fee, if

- an individual of the game species that may be hunted causes damage to the leading shoots of major and minor species that amounts to a damage of more than 30% in the territory of the forestry that has been successfully renewed
- an individual of the game species that may be hunted endangers the renewal of the forest by feeding from the fruits of the tree species in the stock that ensure the natural renewal of the forest
- an individual of the game species that may be hunted causes damage to the individuals of the tree stock through rubbing and peeling in a territory of more than 0,1 ha amounting to more than 10% damage of the tree stock

VIII. Elimination of damages

Pursuant to Section 78 (1) of the Hunting Act, the licensed person shall:

- a) insofar as the living circumstances of the game justifies it, frighten it off
- b) in case of imminent threat of damage, notify the landuser
- c) make damage prevention hunting

¹⁸ Code Civil Article 2, Section 6:522.

¹⁹ Dr. Bán, István: Az erdei vadkár és a gímszarvas Magyarországon, Erdészeti Lapok volume CXL. No. 11, November 2005, pp. 325.

As regards game damages, the person licensed to hunt may, subject to the consent of the landowner or its user, set up countermeasure equipment.

In my view, the liability distinguished in points a) and b) of Section 78 (1) of the Hunting Act binds the person licensed to hunt regarding not only game damage, but also any damage caused by any wild game that may be hunted. This interpretation is based on the use of terms of the provision referred to. The wording of the examined law provides for prevention of “*damages*” which may not be considered equal to game damage, since Section 75 (1) of the Hunting Act foresees the use of “game damage” when referring to the type of damage laid down there. In support of the above, on the one hand, pursuant to Section 79 of the Hunting Act, the law explicitly provides for the prevention of “*game damages*” as regards landusers; on the other hand, the provisions concerning the determination of the damage also supports the above, since, as if they lifted the use of terms obligation under Section 75 (1) of the Hunting Act, they lay down that the legislator intended the “*damage*” as used in Section 81 to mean game damage, hunting damage as well as any damage incurred by the game combined.

The Curia concluded otherwise in its decision No. Pfv. III.21.033/2009/4. According to the decision, the obligation of the licensed hunter to mitigate and prevent any damage prescribed in Section 78 of the Hunting Act concerns only damages caused by wild game listed in Section 75. Therefore, neither the Hunting Act nor any other legislation requires any obligation to mitigate or prevent any damage obligating those authorised to hunt; furthermore, no such obligation arises from the general prohibition of causing damage, either, because the licensed person is not the owner of the animals.

The landuser is also bound by the obligation to eliminate game damage and damage prevention.

In this context, in respect of recent judicial practice, the obligation of contribution shall be interpreted in a way that the obligation to prevent any game damage shall be effectively imposed on the person licensed to hunt, whereas the landuser shall be associated with the activity commenced or, at least, decided upon. Until the person licensed to hunt starts honouring this obligation, the landuser’s failure to honour the statutory obligation of prevention may not even emerge. In my view, the literal interpretation of the obligation of cooperation does not necessarily lead to accurate application of the law. From my perspective, the landuser is obliged to perform game damage elimination activities within the scope of normal management (such as individual bark protection of young trees

against hare and roe deer damage at the time of planting of orchards) even if they are not separately initiated by the person licensed to hunt.

In connection with the obligation of notification, it is ambiguous when it binds the landuser, i.e. what “*imminent danger of impairment or damage*” actually means. In the absence of any accurate definitions, one may conclude by invoking the judicial practice that honouring this obligation may be established if the landuser notifies the person licensed to hunt without delay of any damage subsequent or actual. This is particularly important in the event of setting up any new agricultural or afforestation culture about its creation prior to any planting (such as planting acorn or young plants), here notification must be made subsequently to its establishment even in the absence of any actual damage while in the case of an existing culture, following the detection of damage caused.

IX. Degree of the liability

The holder of hunting rights shall compensate “for the portion of the damage that exceeds five percent”. The reason for this is that the game constitutes a part of nature, and therefore, the aspects of nature conservation shall apply in the field of liability for damage caused by game. “The landowner (land user) cannot rely on the assumption that if no game lived on his land, he would have no damage, or if any game causes damage on his land, someone will compensate for the total damage anyway. The conservation of nature is everyone’s duty and the landowner (land user) shall have his liability for this by way of being liable for 5% of the damage caused by game.”²⁰

The 95% damage portion may not be compensated for by the holder of hunting rights if the injured party contributed to the damage caused, that is, the injured party failed to perform its duties under Article 1 and 2, Section 79 of the Hunting Act. The damage caused by game not attributable to the injured party shall be compensated for by the holder of hunting rights.²¹ Pursuant to this provision, therefore, further sharing of the 95% of the damage is made possible if the injured party fails to perform his due diligence in order to prevent damage, and as a result the occurrence of a specified portion of the damage is attributable to him. In certain cases

²⁰ Court of Csongrád County (Csongrád Megyei Bíróság) 1. Gf. 40038/2001/4. (BDT2001.541)

²¹ The Curia of Hungary Gf. I. 30.511/1986. (BH1987/49)

the extent of such due diligence shall be defined by considering all the circumstances of the specific event.

Based on the judicial practise, the holder of hunting rights and the landuser can agree to apportion the division of losses in the contract.²²

X. Special procedure for making a claim

The injured party can take their case to court directly or choose the special procedure which is regulated in the Hunting Act.

The compensation for the damage caused by game may be claimed within thirty days from the occurrence of the event that resulted in damage – in case of continuous damage, from the damage that last occurred.

In the special procedure, if there is no agreement between the parties, upon the claim of the injured party, the assessor of damage caused by game shall be appointed by the notary of the competent local authority where the event which caused damage occurred. The aim of the expert assessment of damage caused by game, which shall be conducted within eight days, is to settle the dispute between the parties out of court and as quickly as possible by their agreement.²³ A decision cannot be taken in the administrative damage assessment procedure, only the fact of agreement or the lack thereof shall be recorded in the minutes. The party which may not accept the determination of damage of the assessor appointed by the notary may claim the determination of the damage by initiating civil law litigation within thirty days upon receipt of the minutes. Failure to meet the deadline means the limitation of rights.

²² High Court of Győr (Győri Ítéltábla) GYIT-H-GJ-2010-77.; High Court of Pécs (Pécsi Ítéltábla) Pf.III.20.123/2011/4.

²³ Court of Csongrád County (Csongrád Megyei Bíróság) 1. Gf. 40038/2001/4. (BDT2001.541)

Was ist mit Vale nach dem Urteil des EuGH geschehen? Die Operation war gelungen, der Patient ist aber gestorben...

Csongor István Nagy

*Privatdozent und Leiter des Lehrstuhls für Internationales Privatrecht
Universität Szeged*

*„Du weist zu siegen, Hannibal, den Sieg zu nutzen jedoch nicht.“
Maharbal*

I. Einführung und Sachverhalt

Die Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) im Fall VALE war ein wichtiger Meilenstein in der Rechtsentwicklung der Niederlassungsfreiheit und des Personalstatuts der Gesellschaften.

Die VALE Srl. (eine italienische GmbH mit Sitz in Italien) beantragte ihre Löschung aus dem italienischen Handelsregister „unter Hinweis auf ihre Absicht, ihren Sitz und ihre Tätigkeit nach Ungarn zu verlegen“.¹ Am 13. Februar 2006 wurde die Gesellschaft mit der Anmerkung gelöscht, dass „[d]ie Gesellschaft [...] ihren Sitz nach Ungarn verlegt [hat]“.² Der Gesellschaftsvertrag der neuen (ungarischen) Gesellschaft wurde am 14. November 2006 in Rom unterzeichnet. Am 19. Januar 2007 wurde die Eintragung der ungarischen Gesellschaft in das ungarische Handelsregister beantragt; im Antrag wurde die italienische Gesellschaft (VALE Srl.) als Rechtsvorgängerin der ungarischen Gesellschaft (VALE Kft.) angegeben. Das Gericht Budapest (Fővárosi Bíróság) hat als Handelsregistergericht den Antrag auf die Eintragung der Gesellschaft zurückgewiesen. Das Bezirksgericht Budapest (Fővárosi Ítéltábla) hat diesen erstinstanzlichen Beschluss als Handelsregistergericht zweiter Instanz bestätigt. Laut den Entscheidungen dieser Gerichte kann gemäß ungarischem Recht eine nicht ungarisch ansässige Gesellschaft nicht

¹ Rn. 9.

² Rn. 9.

als Rechtsvorgängerin einer ungarischen Gesellschaft eingetragen werden. Mit anderen Worten, die ungarische Gesellschaft, VALE Kft., kann zwar ins ungarische Handelsregister eingetragen werden, jedoch nicht als Rechtsnachfolgerin der italienischen Gesellschaft. Der ungarische Oberste Gerichtshof bestätigte grundsätzlich die Entscheidung des Bezirksgerichtshofs Budapest, demnach war diese im Einklang mit dem ungarischen Recht; darüber hinaus gab es jedoch Zweifel an der Vereinbarkeit der ungarischen Rechtsvorschriften mit der Niederlassungsfreiheit. Daher wurde das Verfahren ausgesetzt und dem Europäischen Gerichtshof die diesbezüglichen Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt.

II. Das Urteil des EuGH

Laut der Entscheidung des EuGH sind die oben erwähnten ungarischen Rechtsvorschriften nicht mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar. Im Urteil des EuGH wurde die Rechtsentwicklung mehrerer Dekaden zusammengefasst.³

Erstens hat der EuGH klargestellt, dass die Gesellschaften und deren Gründer in der Europäischen Union berechtigt sind, das persönliche Recht der Gesellschaft mittelbar, durch die gültigen Bestimmungen des Ortes der Eintragung zu wählen (Gründungstheorie). Die Europäischen Bürger sowie juristische Personen können den Mitgliedstaat, wo sie eine Gesellschaft gründen wollen, frei auswählen. Darüber hinaus kann sich die Gesellschaft in demjenigen Mitgliedstaat betätigen, wo sie es wünscht.⁴ Obwohl dieses Prinzip als keine neue Regel erscheint, ist es jedoch erstmals ausdrücklich im Fall VALE bestimmt worden.

Der zweite Beitrag des EuGH zur Entwicklung des EU-Rechts war, dass er den letzten Stein des EU-Rechts zur grenzüberschreitenden Um-

³ EuGH, Urteil v. 1.7.1986. – Rs. 79/85, D. h. M. Segers kontra Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Bank- en Verzekeringswezen, Groothandel en Vrije Beroepen, Slg. 1986, 2375.; EuGH, Urteil v. 29.9.1988. – Rs. 81/87, Daily Mail és General Trust plc, Slg. 1988, 5483.; EuGH, Urteil v. 9.3.1999. – Rs. C-212/97, Centros Ltd kontra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, Slg. 1999, I-1459.; EuGH, Urteil v. 5.11.2002. – Rs. C-208/00, Überseering BV kontra Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC), Slg. 2002, I-9919.; EuGH, Urteil v. 1.10.2002. – Rs. C-167/01, Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam kontra Inspire Art Ltd., Slg. 2003, I-10155.; EuGH, Urteil v. 16.12.2008. – Rs. C-210/06, Cartesio Oktató és Szolgáltató bt., Slg. 2008, I-9641. Rn. 111-113.

⁴ Über die Frage, ob die Gesellschaften diese Forum-shopping-Möglichkeit tatsächlich ausnutzen, siehe JOHN. Armour: Who Should Make Corporate Law? EU Legislation versus Regulatory Competition, in: HOLDER, Jane & O'CINNEIDE, Colm (Hrsg.): Current Legal Problems 2005. Jg. 58. Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 382-393.

wandlung abgelegt hat. Der erste Stein wurde im Fall Cartesio abgelegt.⁵ Dementsprechend haben die Gesellschaften das Recht, den Sitz (den satzungsgemäßen Sitz bzw. den Sitz, wo die Gesellschaft tatsächlich seine Tätigkeit ausübt) in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen, sofern sie bereit sind, die Rechtspersönlichkeit des anwendbaren Rechts im Ursprungsland aufzugeben und eine Rechtspersönlichkeit entsprechend den gültigen Rechtsvorschriften des Aufnahmemitgliedstaates zu erwerben.

Obwohl die Bestimmung der Voraussetzungen der Rechtspersönlichkeit eindeutig die Befugnis des Mitgliedstaatsrechts ist, fällt die Verlegung des Sitzes außerhalb dieser mitgliedstaatlichen Kompetenz, wenn sie den Verlust der ursprünglichen Rechtspersönlichkeit bezweckt.⁶ Darüber hinaus, wenn der Mitgliedstaat die innerstaatliche Verlegung des Sitzes ermöglicht, darf die zwischenstaatliche Verlegung nicht untersagt werden. Mit anderen Worten: Wenn eine Gesellschaft ihren Sitz in einen anderen Bezirk verlegen kann, soll sie ihn auch in einen anderen Mitgliedstaat verlegen können. Eine gegenteilige Regel wäre ebenso diskriminierend, wie die betreffende ungarische Rechtsvorschrift, welche im Fall VALE aufgehoben wurde, wonach Gesellschaften aus einem Komitat in ein anderes Komitat umziehen können, Gesellschaften von einem Mitgliedstaat in einen anderen jedoch nicht. Wenn der Mitgliedstaat zur Aufnahme ausländischer Gesellschaften verpflichtet ist, sollte es auch eine Verpflichtung sein, der betroffenen Gesellschaft die Verlegung des Sitzes genehmigen zu müssen. Mit der Einführung des zweiten Bestandteiles des Rechts zur grenzüberschreitenden Umwandlung, nämlich dem Recht zur Ankunft in den Aufnahmestaat, hat der EuGH im Fall VALE dieses Recht vervollständigt. Der zweite Bestandteil dieses Rechts wurde aus dem Gleichbehandlungsprinzip abgeleitet. Da die Mitgliedstaaten nämlich die innerstaatlichen Umwandlungen im Allgemeinen in ihrem Recht erlauben, wäre eine Ablehnung grenzüberschreitender Umwandlungen als diskriminierend anzusehen. Danach erscheint es, dass das Erfordernis der Gleichbehandlung dieses Recht innerhalb der Europäischen Union de facto erreichbar macht.

⁵ Rn. 111-113.

⁶ EuGH, Urteil v. 16.12.2008. – Rs C-210/06, Cartesio Oktató és Szolgáltató bt., Slg. 2008, I-9641. Rn. 111-113.

III. Der Schlussakt von VALE: das Urteil des ungarischen Obersten Gerichtshofs⁷

Dadurch, dass der EuGH den zweiten Stein des EU-Rechts zu grenzüberschreitenden Umwandlungen gesetzt hat, wurde eine innovative, aber sogleich auch eine gefährliche Bahn geöffnet. Die grenzüberschreitenden Umwandlungen werfen komplexe Fragen auf, welche nicht im Gerichtssaal, sondern durch die mehrschichtige Rechtssetzung behandelt werden sollen. Unter anderem auf die Anwendung des Steuerrechts, die Gläubigerrechte, die internationale Zuständigkeit sowie das anwendbare Recht im Insolvenzverfahren hat der Wechsel hinsichtlich des Personalstatuts eine grundsätzliche Wirkung.⁸ Die Vorschriften über grenzüberschreitende Insolvenzverfahren sollen diese Aspekte beobachten; von dem mitgliedstaatlichen Gericht ist nicht zu erwarten, dass es solche Umstände umfassend untersucht und beurteilt.⁹ Aus dieser Hinsicht wäre es gerechtfertigt, die Probleme der grenzüberschreitenden Umwandlungen durch die Rechtsetzung zu behandeln.

Bis dahin bleibt das EU-Recht zur grenzüberschreitenden Umwandlung größtenteils unregelt, welches auf die mitgliedstaatlichen Richter eine besondere Verantwortung legt. Der ungarische Oberste Gerichtshof war sich dieser Verantwortung völlig bewusst und hat auf die zwischenstaatliche Umwandlung die auf innerstaatliche Umwandlungen anzuwendenden Vorschriften des ungarischen Gesellschaftsrechts per analogiam angewendet. Die Lehre des ungarischen Urteils ist, dass – mangels konkreter Vorschriften – die Gesellschaften und ihre Gründer in einem rechtlichen Vakuum verfahren müssen, wo äußerst ungewiss ist, welche Bedingungen erfüllt werden sollen. Im allgemeinen bestimmen die mitgliedstaatlichen Gesellschaftsrechte zahlreiche technische Regeln für die Umwandlungen; darüber hinaus ist es unklar, welche dieser Regeln auf grenzüberschreitende Umwandlungen anwendbar sind, und auf welche Weise diese Forderungen hinsichtlich der grenzüberschreitenden Umwandlungen auszulegen sind. Demnach ist es nicht erstaunlich, dass VALE den Rechtsstreit verloren hat und

⁷ NAGY, Csongor István: Grenzüberschreitende Umwandlung in einem rechtlichen Vakuum: die Folgeentscheidung des ungarischen Obersten Gerichtshofs im Fall VALE, in: *IPRAX*, 6/2013, p. 582-584.

⁸ Siehe JOHN (2006), p. 401-411.

⁹ Über die Frage des öffentlichen Interesses, siehe EDWARDS, Vanessa: Secondary Establishment of Companies – The Case Law of the Court of Justice, in: *Yearbook of European Law*. Jg. 18. 1998, p. 252-257.

somit der Antrag auf die Eintragung im Ausgangsverfahren zurückgewiesen wurde.

Der ungarische Oberste Gerichtshof hat in seiner Entscheidung klargestellt, dass es als eine grenzüberschreitende Umwandlung (und nicht als eine grenzüberschreitende Sitzverlagerung) anzusehen ist, wenn die Gesellschaft ihren Sitz in einen anderen Mitgliedstaat verlegt, daher ihre ursprüngliche Rechtspersönlichkeit verliert und die Rechtspersönlichkeit des Aufnahmemitgliedstaates erwerben möchte. Mit Ausnahme gewisser, durch die Vorschriften des EU-Rechts ins Leben gerufener Gesellschaftsformen, enthalten die Vorschriften des ungarischen Gesellschaftsrechts keine spezielle Regel, die internationalen Umwandlungen und die internationale Verlegung des Sitzes betreffend. Die sekundären Rechtsquellen des EU-Rechts erörtern diese Frage ebenfalls nicht.

Demzufolge hat der Oberste Gerichtshof die Regeln der innerstaatlichen Umwandlungen auf die zwischenstaatliche Umwandlung unter Berücksichtigung der Grundsätze der Äquivalenz und der Effektivität sinngemäß angewendet. Der Gerichtshof betonte, dass zu beobachten ist, dass die internationalen Umwandlungen unter der Herrschaft zweier Rechtssysteme stehen. Das Recht des Ursprungslandes und das Recht des Aufnahmelandes sind demgemäß nacheinander anzuwenden. Alle gesellschafts- und firmenrechtlichen Fragen bezüglich der Löschung der Gesellschaft aus dem Handelsregister werden durch die Rechtsvorschriften des Ursprungslandes geregelt. Andererseits steht die Beurteilung des Eintragungsantrags unter der Herrschaft des Rechts des Aufnahmestaates, mit dem Vorbehalt, dass das Recht des Aufnahmestaats zwischenstaatliche Umwandlungen nicht diskriminiert (Äquivalenzgrundsatz) und darüber hinaus die Ausübung des EU-Rechts zur grenzüberschreitenden Umwandlung nicht praktisch unmöglich macht oder übermäßig erschweren darf (Effektivitätsgrundsatz). Mit anderen Worten ist der Aufnahmemitgliedstaat zur Geltendmachung solcher Anforderungen befugt, die er auch bei den innerstaatlichen Umwandlungen anwendet und die auch im Falle internationaler Umwandlungen durchsetzbar sind.

Im ungarischen Gesellschaftsrecht soll der Abschluss des Gesellschaftsvertrags der Nachfolgegesellschaft ungefähr zu gleicher Zeit wie die Entscheidung über die Rechtsnachfolge, aber spätestens bis zur Löschung der Gesellschaft aus dem Handelsregister stattfinden. Überdies

legt das ungarische Gesellschaftsgesetz¹⁰ die Form und das Abwicklungsverfahren des neuen Gesellschaftsvertrags fest. Laut der Auslegung des Obersten Gerichtshofs sollen diese Bedingungen auch im Falle internationaler Umwandlungen erfüllt werden. Der Gerichtshof hat die Regel für besonders maßgebend gehalten, wonach mindestens einer der Gesellschafter der Rechtsvorgänger auch ein Gesellschafter der Rechtsnachfolgerin und darüber hinaus mindestens ein Teil des Vermögens der Rechtsvorgängerin ein Teil des Vermögens der Rechtsnachfolgerin werden soll.

Im konkreten Fall wurde VALE am 13. Februar 2006 aus dem italienischen Handelsregister gelöscht; der Gesellschaftsvertrag, mit dem die ungarische Gesellschaft gegründet wurde, wurde am 14. November 2006 unterzeichnet. Da es ein grundlegendes Erfordernis ist, dass der Gesellschaftsvertrag der Rechtsnachfolgerin spätestens bis zur Löschung der Rechtsvorgängerin unterzeichnet werden soll, konnte die VALE Kft. als Rechtsnachfolgerin der VALE Srl. nicht eingetragen werden. Darüber stellte der Gerichtshof klar, dass im konkreten Fall nicht bestimmt werden konnte, ob mindestens eine teilweise rechtliche Kontinuität des Gesellschaftsvermögens vorliegt. Die Gründe dafür waren einerseits, dass keine Angabe über die Gesellschafter der italienischen Gesellschaft vorlag und darüber, ob diese Gesellschafter zumindest teilweise auch Gesellschafter in der ungarischen Gesellschaft geworden sind; andererseits gab es keine Angabe, ob die Bedingung der vermögensbezogenen Kontinuität erfüllt wurde.

IV. Fazit

Nach dem Urteil des EuGH im Fall VALE bleibt das EU-Recht zur grenzüberschreitenden Umwandlung größtenteils ungeregelt. Wenn das nationale Rechtssystem keine speziellen Regeln, die internationalen Umwandlungen betreffend, enthält, muss der Richter die auf innerstaatliche Umwandlungen anzuwendenden Vorschriften auf die zwischenstaatliche Umwandlung sinngemäß *per analogiam* anwenden. Dieses Erfordernis bedeutet für den mitgliedstaatlichen Richter eine äußerst große Verantwortung und darüber hinaus auch eine große rechtliche Unsicherheit für die Gesellschaften sowie deren Gesellschafter.

¹⁰ Gesetz Nr. IV von 2006 über die wirtschaftlichen Gesellschaften.

Das Urteil des ungarischen Obersten Gerichtshofs ist ein gutes Beispiel dafür, was für Schwierigkeiten es verursacht, wenn die Gesellschaften und ihre Gründer im Falle einer grenzüberschreitenden Umwandlung nicht konkrete Bedingungen, sondern „sinngemäß“ ausgelegte und angewandte Vorschriften erfüllen sollen. Die Lehre aus dem Urteil des ungarischen Obersten Gerichtshofs ist, dass Umwandlungen komplexe Fragen aufwerfen, welche nicht im Gerichtssaal, sondern durch eine mehrschichtige Rechtssetzung behandelt werden soll.

Regeln des Besitzschutzes im ungarischen Privatrecht des 19. Jahrhunderts*

Mária Homoki-Nagy
Professorin Universität Szeged

„Eduard Pallavichini ließ seine Leute am 21. August 1832 die Wassermühle meines Pächters, des Müllers Ferenc Kovács, die im Komitat Csongrád auf der Theiß zwischen dem Tömörkényer Gut von Herrn P. Marchio und meinem Gut in Szent György lag, beschlagnahmen, und forderte von oben genanntem Müller willkürlich eine Strafgebühr, und verletzte meine Rechte dadurch. Laut Werbőczy I. 87. ist mein Recht auf die Mühle, das begründet ist auf der gemeinschaftlichen Nutzung des besagten Gewässers und das ich auch immer durch öffentliche und redliche Nutzung aufrechterhielt, zweifellos. Ich ersuche daher, mich in meinen Besitz gemäß Paragraph 1802: 22. auf kürzestem Wege zurückzusetzen, den Schaden, der durch die Stilllegung der Mühle entstanden ist, zu ersetzen sowie die mir willkürlich auferlegte Strafgebühr zu erstatten. Graf István Károlyi”¹

Mit dieser Klageschrift nahm jener Prozess über possessorische Klageansprüche seinen Anfang, dessen zwei Parteien zwei Aristokraten waren, die im Komitat Csongrád über bedeutende Grundstücke verfügten. Bereits die Klageschrift selbst lenkt die Aufmerksamkeit auf eine interessante Rechtsinstitution des ungarischen ständischen Privatrechts, die über ihre spezielle Bedeutung für die Rechtsgeschichte hinaus auch

* Diese Abhandlung wird bei OTKA K 81512 unterstützt.

¹ „Pallavichini Eduard 1832. augusztus 21-én több emberei által árendás molnáromnak Kovács Ferencnek vízi malmát, mely Csongrád megyében P. Marchio úr Tömörkényi pusztája és az én Szt. Györgyi pusztám között lefolyó közös használatú Tisza vizén vasmacskán forgott, elfoglalta és addig letartóztatta míg nevezett molnáromtól önkényesen meghatározott bírságot az én jussaim és törvényes igazságaim megsértésével nem csikart ki. Werbőczy I. 87. szerint a kérdéses víz közös birtokára nézve jussomat kétségtelenné tenné és én azt mindenkor nyilván és békességesen gyakorlott használattal jelesen fenn is tartottam. Engem a háborított jussomban az 1802: 22.tc. szerint rövid úton visszahelyeztetni, a malom letartóztatásával okozott kárt megtéríteni, önkényesen vett bírságot visszafizettetni kérem. Gr. Károlyi István.” Csongrád Megyei levéltár Szentesi Fióklevéltára (CSMLSZ) [Szentesei Filiale des Komitatsarchivs Csongrád] IV.A. 3.b.188. 1834/604.

einen Beweis dafür liefert, warum der privatrechtliche Gesetzentwurf Anfang des 20. Jahrhunderts dem Besitzschutz Raum bietet. Ein typisches Merkmal des ungarischen ständischen Vermögensrechts war, dass das Gewohnheitsrecht und damit im Zusammenhang die richterliche Praxis in erster Linie den Besitzer und den Besitz einem „Dritten“ gegenüber schützten. Die grundsätzliche Erklärung dafür liegt in dem gebundenen Eigentumssystem. Da die Verhältnisse der ständischen Zeit durch Avitizität, Donationssystem sowie die Urbarmachungsverhältnisse nach den Bedingungen Grundbesitzer-Leibeigener bestimmt wurden, war es nicht immer auf den ersten Blick festzustellen, wessen Eigentum das in Frage stehende Objekt war. Fest stand immer, was der Besitz bzw. wer der Besitzer war; daher sicherte die richterliche Praxis den Schutz gegenüber dem, der den Besitz verletzen wollte, selbst wenn diese Person der Eigentümer der Sache war.

„Jeder Besitzer, auch der, der lediglich im Namen eines anderen das Objekt in seinem Besitz hat, wie etwa der Pächter, hat das Recht, den Besitz zu schützen, das heißt Gewalt gegen Gewalt einzusetzen, das wiederum heißt, den Angreifer auf der Stelle zurückzudrängen; mehr noch, wenn dieser die Oberhand gewann und den ersteren seines Besitzes beraubte, kann sich dieser an jede Rechtsinstanz wenden und verlangen, ihn in seinen Besitz zurückzusetzen.“²

Natürlich spielte das Eigentum auch unter den ständischen Verhältnissen eine ausschlaggebende Rolle, jedoch verbunden mit der Auflage, der Eigentümer habe die Pflicht, sein Eigentumsrecht dem Besitzer gegenüber zu beweisen. Dieser Besitzschutz stand dem Besitzer sowohl in Bezug auf die beweglichen Güter als auch auf die Immobilien zu.

Die zitierte Klagschrift macht uns neben dem Besitzschutz auch auf weitere Eigentümlichkeiten des ständischen Privatrechts aufmerksam. Über die Feststellung der Grenzen des Gutes hinaus bietet sie Anhaltspunkte für die Untersuchung von prozessrechtlichen Regeln der Zeit, von Beweisführung, von der Rolle des Gewohnheitsrechts als aus-

² „Minden birtokosnak, még annak is, a ki más nevében bír, mint a zálogos, hatalmában áll birtokát védeni, tehát erőt erővel távoztatni, t. i. az erőszakos megtámadót vagy háborgatót nyomban viszszazűzni; sőt ha imez győzött és ötet erőszakkal birtokátul megfosztotta volna, minden igazsággal bíróhoz folyamodhat és maga viszszahelyeztetését megnyeri.“ I. FRANK, A közigazgatás törvénye Magyarhonban. [Das allgemeine Privatrecht in Ungarn] Bd I. Buda, 1845. 232.; P. SZLEMENICS: Közöséges törvényszéki polgári magyar törvény. [Das allgemeine ungarische Privatrecht] Bd II. 1823. 304-320.

schlaggebende Rechtsquelle sowie vom Zusammenwirken all dieser in diesem Rechtsfall. Konzentrieren wir uns zuerst darauf, wie die Grenzen eines Grundstückes oder Gutes jahrhundertlang festgelegt wurden.

Vor 1855 gab es in Ungarn noch kein Grundbuch, daher konnte die Größe eines unbeweglichen Gutes nur festgelegt werden, indem man dessen genaue Grenzen beschrieb. Seit der Árpádenzeit beweisen Urkunden, welch große Bedeutung die so genannten Grenzgänge (auch Grenzbegehung genannt) hatten. Dabei wurden einerseits die Grenzen, die Lage des fraglichen Gutes oder Grundstückes sowie die Grenzmarkierungen genau festgelegt, deren Unversehrtheit von Zeit zu Zeit überprüft werden musste. In den Urkundensammlungen, die den Forschern zur Verfügung stehen, findet man zahlreiche Quellen von glaubwürdigen Orten (*loca credibilia*), in denen über Grenzbegehungen berichtet wird. Bevor über ein unbewegliches Gut eine *fassio perennalis* formuliert, es verpfändet oder verpachtet oder als königliche Donation vergeben wurde, war diesem immer eine Grenzbegehung vorausgegangen. Deren Ergebnis wurde dann durch eine glaubwürdige Stelle mittels Urkunde registriert. Dies wurde dermaßen zur Alltagspraxis, dass es uns im 19. Jahrhundert nicht mehr nur im adligen Recht, sondern auch im Alltag der Leibeigenen begegnet.

Die Regeln des Grenzanges und der Grenzkorrektur wurden durch das Gewohnheitsrecht geprägt, zuerst schriftlich fixiert in Werbőczis Tripartitum.³ Später wurden diese Regeln der Grenzbegehung mehrfach gesetzlich fixiert, die Regeln des Tripartitums ergänzt. Infolge des eigenartigen Systems der ungarischen Rechtsquellen, in denen Gewohnheitsrecht parallel zur Gesetzgebung existierte, wurden die gesetzlichen Regelungen nur als Ergänzung verwendet.⁴ Die Beschädigung von Grenzmarkierungen, die mutwillige und gewaltsame Änderung der Grenzen der benachbarten Grundstücke galten als Straftat, die, wenn sie bewiesen wurde, streng bestraft wurde.

In Wirklichkeit wird nach dem Tripartitum erst das Gesetz von 1802 vollständig jene Regeln zusammenfügen, die bei einer Grenzbegehung sowohl für die Parteien wie auch für die Richter verpflichtend sein werden.⁵

³ ISTVÁN WERBŐCZY: Tripartitum. Budapest, Franklin Társulat, 1897. I. 86. 3. §.

⁴ Magyar Törvénytár: Budapest, Franklin Társulat, 1900. GA 1635:XX.; GA 1715: XL., GA 1802: XXII.; GA 1836: XIV.; GA 1840: XIII.

⁵ I. FRANK: Bd II. Buda, 1846. 627-630.; P. SZLEMENICS: i.m. 304-305.; B. ÖKRÖS: Általános Magyar Polgári Magánjog [Allgemeines ungarisches Privatrecht] Pest, 1863. 393-396.

Die unrechtmäßige Änderung von Grenzlinien verursachte vor allem Vermögensschäden und gehörte somit als Machtmissbrauch (*actus majoris potentiae*) in die Gruppe der privatrechtlichen Straftaten (*delictum privatum*). In der späteren Phase der ständischen Zeit wurde dies schon eher als geringfügiger Missbrauch von Macht betrachtet. Ein treffendes Beispiel dafür liefern die mündlichen Prozesse vor den richterlichen Foren in Marktflecken.

„Die Herren Geschworenen István Joó und István Nagy sagten mündlich aus; die Witwe Frau Körösy beklagte sich darüber, ihr Nachbar Mihály Joó habe ihren Gemüsegarten in Szentlőrinc um einen Streifen von der Breite eines Schrittes geschmälert und noch dazu zwei Obstbäume gefällt; sie rief ihre Nachbarn, den Bergrichter István Molnár und Mihály Szilágyi sowie den Flurwächter. Diese vergewisserten sich, dass Mihály Joó Frau Körösys Garten um einen Streifen von der Breite eines Schrittes geschmälert hatte, sie maßen diesen Streifen aus und gaben ihn ihr zurück; ferner stellten sie fest, dass oben genannter Mihály Joó zwei Pflaumenbäume gefällt hat, die mit der Zustimmung der zwei Nachbarn auf einen Wert von 6 floreni geschätzt wurden.“⁶

„János Igaz und István Nagy sagten auf den Wunsch von Herrn Mihály Csonka unter Eid aus, dessen Nachbar János Farkas habe seinen Weingarten um einen Streifen, der einen Weg breit war, erweitert, im Übrigen gebliebenen einen Graben ausgraben und die da gepflanzten Weinstöcke herausgezogen. Igaz und Nagy berichteten: János Farkas sei nicht anwesend gewesen, als in Anwesenheit seiner Ehefrau Panna Vencel, István Somodis und Mihály Medves festgestellt wurde, dass die besagte Grenze zum Weingarten von Mihály Csonka gehört, und dass János Farkas die neu gepflanzten Weinstöcke von Mihály Csonka herausgezogen und den

⁶ „Joó István és Nagy István esküdt urak szóban jelentették; özvegy Körösy Józsefné olyatén panaszára, hogy Szentlőrincen lévő veteményes kertjéből szomszédja Joó Mihály, egy jó lépésnyit magának tulajdonított legyen és abból két gyümölcsfát ki is vágott; előhívatván szomszédait Molnár István hegybíró, Szilágyi Mihályt és a csösz. Kiknek bizonyosságuk szerint csakugyan tapasztalták, hogy Joó Mihály Körösy Józsefné kertjéből egy lépésnyit elvett, melyet néki azonnal kimérvén, visszaadták; tapasztalták azt is, hogy két jól termő szilvafát nevezett Joó Mihály azon darab erőszakosan elvett kerti földből kivágott, melyeket a nevezett szomszédok helybenhagyásával mind a kettőt 6 forintra becsültek.” Csongrád Megyei levéltár Makói Fióklevéltára (CSMLM) [Makoer Filiale des Komitatsarchivs Csongrád] V.A.101.b/2. 1808.

*übriggebliebenen Weg umgegraben habe. Nach der Beweisführung wurde dieser von den vorher Genannten wieder zugeschüttet.*⁷

Vergleicht man die zu Beginn zitierte Klageschrift mit diesen letzten Beispielen, ist leicht einzusehen, dass das Mittel des Besitzschutzes in erster Linie die Sicherung der Gutsgrenzen war. Verwirklicht werden konnte dies durch die Intervention des zuständigen richterlichen Forums. Wenn der Eigentümer oder Besitzer des Nachbargrundstückes die Grenze mit Gewalt verändert hatte, dann musste er nicht nur die ursprüngliche Grenze wiederherstellen, sondern auch den entstandenen Schaden ersetzen. Im Falle eines Leibeigenen konnte das Gericht wegen actus minoris potentiae sogar körperliche Züchtigung als Strafe festlegen.

Die erste Klageschrift liefert gleichzeitig einen Beweis für eine andere Art und Weise der Festlegung von Grenzen. In diesem Fall bildete der Fluss Theiß die Grenze zwischen den Grundstücken der zwei benachbarten Hochadligen. Die Frage ist, aufgrund welchen Prinzips in diesem Fall die Grenze festgelegt wurde.

Der Kläger berief sich während des Prozesses darauf, dass

„der zum Gut von Mindszent gehörende Tömörkényer Meiershof vom Szentgyörgyer Meiershof, der zum Gut von Csongrád-Szentes gehört, durch die Theiß abgeteilt wird: dieses Gewässer wurde bislang als Gemeinschaftsgut betrachtet, zumal keine Vereinbarung oder Beschluss es nicht in zwei Teile teilt.“

Die zwei Gutsherren hatten das Recht, eine Mühle zu unterhalten, die nach dem Gewohnheitsrecht an ihre Leibeigenen verpachtet wurde. Die Leibeigenen unterhielten mit Zustimmung der Eigentümer der zwei benachbarten Grundstücke Wassermühlen. In Wirklichkeit bestimmten die Leibeigenen aufgrund des Gewohnheitsrechts, auf welcher Flussseite die Mühlen errichtet wurden. Der Streit und dementsprechend der Prozess entstand dadurch, dass der Leibeigene des Klägers Károlyi seine Mühle an einer Stelle auf der Theiß aufgestellt hatte, die der Beklagte,

⁷ „Igaz János és Nagy István esküdtek, Csonka Mihály kérésére, az Ingóban lévő szőlőszomszédja Farkas János, tulajdon maga szőlőjéhez tartozó mezsgyéjéből /:keskenyebbre vévén ugyan útját, mint a többi volt/ egy utat ültetvén, ami még azontúl megmaradt, azt Farkas János szomszédja felárkolta, és az ültetett szőlőtökéket kihúzta: - jelentik; maga Farkas János jelen nem lévén, felesége Vencel Panna, Somodi István és Medve Mihály jelenlétekben és bizonyágtételek után tapasztalták, hogy a kérdésbe vett mezsgye Csonka Mihály szőlőjéhez tartozandó volt, és hogy Csonka Mihály uram által ültetett új út szőlőt Farkas János kihúzta, a megmaradt utat felárkolta, melyet a megnevezett bizonyások előtt és általok behányattatták.“ CSMLM V.A.101.b/2. 1810.

Herr Pallavichini als die seine betrachtete. Bei der Grenzbegehung unter der Leitung des Vizegespans wurde festgestellt, dass der im Jahre 1833 begonnene Prozess nicht der erste zwischen den zwei Herren war. Schon früher gab es einen Streit zwischen ihnen, und der Kläger Károlyi erinnerte daran, dass die „Trockenmühle“, die die Grenzlinie zwischen den zwei Grundstücken bildete, bei einem Hochwasser weggeschwemmt worden war, und bei dem Prozess damals

„nicht festgelegt wurde, wie weit die Grenze von der Stelle im Trocknen bis in die Theiß reicht.“⁸

Der Kläger gab selbst zu, während er nach Anhaltspunkten für die Festlegung der Gutsgrenze suchte, dass

„es unleugbar ist, dass die Mitte des Flussbettes nicht die Grenze der Wasserbenutzung bedeuten kann.“⁹

Der Kläger sprach, um seinen Standpunkt zu verteidigen, von zwei verschiedenen, wenn auch miteinander eng verbundenen Fragen:

Von der Festlegung

1. der Gutsgrenze,
2. des Nutzrechts der Theiß, die als Gutsgrenze funktionierte.

Die Theiß als schiffbarer Fluss konnte nicht das ausschließliche Eigentum eines Grundherrn sein. Kein Grundbesitzer durfte anderen die Nutzung des Flusses verbieten. Sprach der Kläger von der „Mitte des Flussbettes“, betrachtete er diese in Wirklichkeit als die Gutsgrenze, die allerdings nicht gleichzeitig die Grenze des Nutzrechtes war. Deswegen berief er sich auf die Anordnung im Tripartitum, die Adligen dürften

„ibre gesetzlich gesicherten Rechte sowie sämtliche Einkommen innerhalb der Gutsgrenzen beliebig nutzen.“

⁸ CSMLSZ IV. A.3.b. 188. 1834/604.

⁹ CSMLSZ IV. A.3.b. 188. 1834/604.

[HK.I.9. 5.§] In Wirklichkeit ging es um den Zusammenstoß von Nutzungsrecht, das den Eigentümern zustand. Dies formulierte der Kläger wie folgt:

„hier geht es lediglich um die Nutzung des Gewässers, das beiden Grundbesitzern gleichermaßen gehört, ähnlich wie die Straßen, die den Gutsgrenzen entlang liegen.“

Der Beklagte entgegnete, dass

„überall auf der Erde, wo Grundstücke oder Länder durch Flüsse voneinander getrennt werden, die gemeinsame Grenze in der Mitte des Gewässers oder auf dem einen oder anderen Flussufer verläuft, das Wasser selbst wird jedoch niemals als gemeinsames Eigentum betrachtet.“

Er akzeptiert den Standpunkt des Klägers (den Verweis auf Tripartitum I. 87) nicht.

Vergleicht man die Argumentation der zwei Parteien, geht daraus klar hervor, dass beide Grundbesitzer sich darüber im Klaren waren, dass die Gutsgrenze die Flussmitte ist. Beim Streit ging es um das Nutzungsrecht.

Der Vizegespan, der den mündlichen Prozess leitete, beauftragte „Experten“, um den Streit zu entscheiden. Einerseits fragte er die Mülherzünfte in Buda/Ofen und Pest,

„wo die Grenze zwischen den zwei Städten auf der Donau verläuft, ferner wie die Donau hinsichtlich der Mühlenhaltung genutzt wird.“

Die Antwort kam am 14. August 1833 und enthielt Folgendes:

„Die Grenze zwischen den Städten Pest und Buda/Ofen verläuft auf der Donau in der Mitte des Flusses. Diese Linie teilt das Wasser in zwei Teile, das Nutzungsrecht des einen Teils steht Pest, das des anderen Teils steht Buda zu. Die Flusshälften werden als ausschließliche Eigentümer betrachtet, daher dürfen Budaer Müller keine Mühlen auf der Pester Seite und Pester Müller keine Mühlen auf der Budaer Seite errichten.“¹⁰

¹⁰ [„a Dunának Pest és Buda városai határait megtartó részén a két város közt a határ a víz egész hosszában s folytán mindenütt a Duna kellő közepe, úgyhogy ezen középponti linea által gondolván a Dunát futásában kétfelé hasítani, az ezáltal fennállt két rész közül a Dunának egyik haszonfele a Pest, a másik haszonfele pedig a Budai határhoz tartozik. A két város

Tafelrichter József Kis stellte im Oktober 1833 Folgendes fest:

„Auf jenem Flussabschnitt der Theiß, der zwischen dem Tömörkényer Gut und dem Szentgyörgyer Gut verläuft, habe ich keine anderen Wassermühlen gesehen, nur die, die von den Mindszenter errichtet wurden. Ferner sah ich, dass auf diesem Teil der Theiß die Flussmitte als Grenze akzeptiert und anerkannt wurde.“¹¹

Aus den Aussagen der Parteien und aus den Gutachten der vom Vizegespan beauftragten Experten ist eindeutig festzustellen, dass die Grenze zwischen zwei benachbarten Grundstücken, falls diese durch einen Fluss getrennt werden, im ungarischen ständischen Privatrecht die Flussmitte ist.

Nachdem dies vom Stuhlgericht akzeptiert worden war, musste aufgrund der Klage festgestellt werden, wo sich die Mühle des Leibeigenen von Graf Károlyi in der Theiß befand: auf dem Territorium des Szentgyörgyer oder des Tömörkényer Grundstückes. Falls der Müller die Mühle auf dem Tömörkényer Teil errichtete, hätte Graf Pallavichini den Leibeigenen wegen Hausfriedensbruchs verklagen, ja sogar die Mühle beschlagnahmen können. Befand sich aber die Mühle auf dem Teil des Károlyi-Gutes, beging Graf Pallavichini mit der Beschlagnahme der Mühle Hausfriedensbruch. In diesem letzteren Fall prozessierte Graf Károlyi mit Recht, denn er musste nur beweisen, dass sein Leibeigener seit einem Jahr ungestört die Mühle besaß und dass man gegen ihn Gewalt angewendet hatte, als die Mühle beschlagnahmt worden war.

Durch die Bedeutung des Besitzschutzes wurde es natürlich, dass das ungarische ständische Privatrecht die römische Rechtsinstitution *vim vi repellere* anwendete. Der Besitzer durfte den Besitz selbst unter Anwendung von Gewalt gegen den Angreifer verteidigen, und wenn jemandem mit Gewalt sein Besitz genommen wurde, konnte er innerhalb eines Jahres sogar mit Gewalt diesen Besitz zurücknehmen. Die ungarische Rechtspraxis unterschied sich insofern vom Recht anderer

oly kirekesztőleg magános tulajdonává teszi azt, hogy egyik város molnárjának, p.o. a budai molnárnak a pesti határra, a pesti molnárnak a budai határra a közép lineától hasznosvétel végett által tenni teljességgel nem szabad.”] CSMLSZ IV.A.3.b.188. 1834/604. 18.

¹¹ [„a Tiszának azon részén, mely a Mindszenti uradalomhoz tartozó Tömörkényi és a M. gróf Károlyi nemzetség birtokában lévő Szentgyörgyi puszták között folyik a Tömörkényi felén már egyéb vízi malmok, mit a mindszentiek állítottak volna nem tapasztaltam, valamint azt is, hogy a Tiszának ezen kijelölt részén úgy használtatott a Tisza vize, hogy annak közepe tartatott és esmérítettett a két szomszéd uradalom birtokait elválasztó közös határnak.”] CSMLSZ IV.A.3.b.188. 1834/604. 11.

Nationen, als dass es diese Möglichkeit selbst dem böswilligen Besitzer einräumte. Im ungarischen ständischen Privatrecht wurde nur in Ausnahmefällen geprüft, ob der Besitzer böswillig handelt, daher stand auch dem böswilligen Besitzer das Recht auf Besitzschutz zu.

Falls der Besitzer seinen Besitz nicht mit Gewalt verteidigen konnte oder wollte und dadurch seinen Besitz verlor, durfte er einen so genannten summarischen Prozess initiieren. Dazu brauchte er nur zu beweisen, dass das fragliche Gut in seinem friedlichen Besitz war und es ihm mit Gewalt genommen wurde. Deshalb berief sich der Kläger in seiner Klageschrift auf den Gesetzartikel 1802:20. und bat darum, ihn auf dem kürzesten Weg in seinen Besitz zurückzusetzen.

Die Beschlagnahme einer Wassermühle wäre an und für sich kaum von Interesse. Die Latifundien verfügten über das Mühlenrecht als eines der kleineren Regalien. Aus anderen Dokumenten wissen wir, dass die Karolyi-Brüder nicht nur auf der Theiß, sondern als Grundherren des Marktfleckens Szentes auch auf dem Flösschen Kurca Mühlen unterhielten. Auch war es keine Ausnahme, dass ein Grundherr auf seinem Grundstück die Errichtung von Trockenmühlen genehmigte oder diese verpachtete. Im fraglichen Fall ging es um Letzteres.

„... uns wurde vom Herrn Graf Károlyi genehmigt, unsere gemeinsame Mühle auf der Theiß, wie auch die anderen Pachtmühlen auf der Theiß bei Mindszent, an die Gutsgrenze auf der Theiß zu transportieren, um sie in Bereichen, die vollständig zum Mindszenter Gut gehören, zu nutzen, egal, auf welcher Seite. Wir dürfen sie, allerdings unter Berücksichtigung der Mühlenzeile, sowohl im Gebiet von Szentgyörgy als auch in jenem von Tömörkény, wo das Mindszenter Gut seine Grenze in der Flussmitte hat, vor Anker legen. [...] Für die Pacht haben wir in die Kasse des Mindszenter Guts 25 floreni im Voraus, nach einem halben Jahr wieder 25 floreni bar zu bezahlen, sonst hat das Mindszenter Gut vor jedem Richter das Recht, auf dem kürzesten Wege auf Kosten unseres Vermögens zu entschädigen. Mindszent, 29. Mai 1832.“¹²

¹² [... kinyervén a M. mindszenti uraságnak kegyes engedelmeiből azt, hogy a Tiszán lévő közös malmunkat, mint a többi mindszenti Tiszán lévő árendás malmos gazdák, az uradalom határában lévő Tiszára szállíthassuk oly formán, hogy ezen malmunkat használhassuk az olyan helyeken, ahol az egész Tisza a mindszenti uradalom határában vagyon, akármelyik oldalon, mindazonáltal a malomsor megtartásával kiköthessük a Szt. Györgyi és Tömörkényi részen pedig, ahol a Mindszenti Uradalomnak a Tisza közepe a határja, malmunkat a Tisza közepéig a mindszenti oldalon szinte a sor megtartása mellett tarthassuk és kiköthessük. Mely malom állás árendális hasznávételeért kötelesek leszünk a Mindszenti Uradalom cassájába most előre 25 forintot, félesztendő múlva ismét 25 forintot és így kibérlés egy esztendőre

Im ungarischen ständischen Privatrecht entfalteten sich strenge Regeln hinsichtlich der Pachtverträge. Der Pächter musste zum vertraglich festgelegten Termin im Voraus die Pachtgebühr bezahlen. In dieser Hinsicht gaben die Verpächter niemals Aufschub. Falls der Pächter mit der Zahlung in Verzug geriet, hatte der Verpächter das Recht, den Vertrag unverzüglich zu kündigen, den Rückstand zu fordern, ja sogar wenn er das Pachtgut nur zu ungünstigeren Bedingungen verpachten konnte, konnte er vom säumigen Pächter die Differenz verlangen.¹³ Daher ist verständlich, dass sich die zwei Pächter sofort bei ihren Grundherren beschwert hatten, der Nachbarherr habe die Mühle beschlagnahmt, denn dadurch begingen sie Vertragsbruch. Sie konnten die Mühle nicht nutzen, hatten kein Einkommen, konnten die Pacht nicht bezahlen, mussten sogar die vom Nachbarherrn geforderte Strafe bezahlen. Der bedeutendere Schaden entstand bei den Pächtern. Sie konnten den Grundherrn des benachbarten Grundstückes jedoch unmittelbar nicht verklagen, ihnen war nur möglich, ihren eigenen Grundherrn zu bitten, die beschlagnahmte Mühle für sie zurückzufordern.¹⁴

In der Klageschrift wurden vom Kläger als Rechtsgrund zwei Stellen aus Rechtsquellen angegeben. Die eine, Paragraph 1 im Gesetzartikel 1802:22., sagt folgendes aus: „Falls Güter und alle möglichen Immobilien beschlagnahmt wurden, die in ungestörtem Besitz einer Person waren, soll auf eine einfache Bitte/Klage des Geschädigten der Vizegespan zusammen mit dem Stuhlrichter und Geschworenen vor Ort die Parteien anhören, eine Untersuchung durchführen, um sich zu vergewissern, ob die Beschlagnahme stattfand. Überzeugt er sich von der Unrechtmäßigkeit, soll er die Eindringlinge aus ihren neuen, also seit nicht länger als einem Jahr besessenen Gütern entfernen und die Geschädigten unverzüglich in ihren Besitz zurückzuversetzen. Ist das nicht sofort möglich, muss dies innerhalb eines Jahres nach der erhobenen Klage geschehen.“¹⁵

összesen 50 V.c. forintot készpénzben lefizetni, különben pedig jussa légyen a Mindszenti Uradalomnak rajtunk, mint árendásain a legrövidebb úton, akármely bíró előtt is via liquidi debiti megvétetni és magát egyikünk vagy mind a kettőnk vagyonából kielégíttetni. Mindszent Május 29. 1832. Kuruntsai Mihály, Pap Gergely, előttem: Bozó Imre notárius”] CSMLSZ IV.A.3.b.188. 1834/604.

¹³ M. Homoki-Nagy: Bérelti szerződés a 19. század bírói joggyakorlatában. [Die Miete in der richterliche Praxis im 19. Jh.] In: Acta Jur. et Pol. Szeged, Tom. LXIX, Szeged, 2007. 263–283. I. Frank: Bd.II. 628.

¹⁴ [„azon jószágok s bármely ingatlanok, vagy akár ingók elfoglalásának esetén, melyeknek a birtokos békességes használatában volt, a sértett fél egyszerű panaszára az alispán, a szolgabíró és esküdt kíséretében, a hely színén a felek meghallgatásával, vizsgálatot tartson, és meggyőződven a foglalás valóságáról s megismervén a tett törvénytelségét: a foglalókat az ilyen újonnan,

Aus dem Gesetzestext ergibt sich eindeutig, dass ein summarischer Prozess von jemandem initiiert werden durfte, der die beschlagnahmte Sache im friedlichen Besitz hatte, und so seit der gewaltsamen Beschlagnahme noch kein Jahr vorübergegangen war. Nach Ablauf des Jahres konnte nur noch ein schriftliches Eigentumsverfahren beantragt werden. Paragraph 4 des besagten Gesetzesartikels ordnete ferner an:

„Da es selbst in Fällen von verpachteten Gütern zu Beschlagnahmen kommen kann, derartige Pachtverträge jedoch streng verpflichtend sind, gilt Folgendes: Wird ein Pächter, der seinen Verpflichtungen treu nachkommt, seines Besitzes beraubt, soll er, wie oben geschildert, in seinen Besitz zurückversetzt werden. Wird der Pächter wegen Vertragsbruchs aus seinem Besitz geworfen, ist diese gesetzliche Anordnung für ihn nicht gültig.“¹⁶

Untersucht man also die vom Kläger angegebene Stelle im Gesetz, ist einleuchtend, dass die leibeigenen Pächter, die auch sonst nur einen Jahresvertrag mit ihrem Grundherrn geschlossen hatten, umgehend den Verpächter informieren mussten, wenn sie ihren vertraglichen Verpflichtungen nachkommen wollten. Nur so hatten sie eine Chance, die Mühle zurückzubekommen und den Schaden so niedrig wie möglich zu halten.

Aus rechtshistorischer Sicht wird der vorliegende einfache Rechtsfall erst durch die Antwort des Beklagten bemerkenswert. Er leugnete nicht, die Mühle beschlagnahmt und diese erst nach Bezahlung der Strafe dem Mindszenter Leibeigenen zurückgegeben zu haben. Die Unbegründetheit der Klageschrift erklärte er damit, dass der Streit erst dann geschlichtet werden könnte, wenn die Grenzlinie zwischen den Grundstücken festgelegt sei. Die Grenze zwischen dem Tömörkényer Grundstück (Gut Pallavichini) und dem Mindszenter Grundstück (Gut Károlyi) bildet die Theiß.

Der im Rechtsstreit zuständige Vizegespan hatte bei der Grenzbegehung, nachdem die vorgeladenen Parteien, die betroffenen Müller sowie die Nachbarn, angehört worden waren, die Aufgabe, festzustellen, wo der Leibeigene die Mühle errichtet hatte, wenn man die Flussmitte

vagyis még nem egy év leforgása óta elfoglalt javak uralmából vesse ki, és a megfosztottakat minden késedelem nélkül, ha pedig valamely akadály jönné közbe, az alispánhoz tett panasz napjától értendő legfőlebb egy éven belül, a főntebb idézett czikkely büntetése alatt, az előbb bírt használatba és birtokba helyezze vissza.”] GA 1802:XXII. § 1.

¹⁶ [„mivel gyakran a bére adott jószágokra nézve is szoktak foglalások előfordulni, az ilyen bérleti szerződések pedig szorosan megtartandók, azért: ha a föltételeket szabályszerűen megtartó haszonbérlo fosztatnék meg birtokától, a főntebb előadott módon lesz visszahelyezendő; de ha a haszonbérlo a föltételek nem teljesítése miatt zavartatnék ki a jószágból: a törvény ez intézkedését magára nem alkalmazhatja.”] GA 1802:XXII. § 4.

der Theiß als Grenzlinie betrachtet. Es gehörte zu den Verfahrensregeln der summarischen Prozesse, dass die Parteien ihren Unterlagen auch eine Karte beifügten. Graf Károlyi tat dies auch, und auf dieser Karte sieht man klar, wo die sogenannte Mühlenzeile auf der Theiß war.

Der verklagte Graf berief sich zuerst auf die Unbegründetheit der Klage, erhob dann den Einwand, dass es sich in Wirklichkeit um einen Pachtvertrag handle, dessen Klärung auf dem offiziellen Rechtsweg möglich sei. Als dann das zuständige Gericht diese Einwände abwies, behauptete er, der Kläger habe auf der Theiß niemals Mühlen unterhalten, dass „alle Mühlen, die auf dieser Seite der Theiß stehen, seit eh und je im Besitz des Beklagten waren.“¹⁷

Der Beklagte behauptete ferner, der Leibeigene sei nicht ein Jahr lang im friedlichen Besitz der Mühle gewesen, da auf der Theiß keine Mühle gestanden habe.

*„Der Leibeigene Ferenc Kovács brachte seine Mühle nach dem 8. September 1831, um Mitte September auf die Tömörkényer Theiß und nahm sie eine Woche vor Weihnachten wieder mit. [...] 1831 wurde auf der Theiß aber vorübergehend sowohl jedwede Nutzung, als auch Handel, Mülhentransport, Schifffahrt, sogar Fischerei verboten. [...] Der Leibeigene stellte sogar seine Mühle an die Stelle des Mindszenter Müllers, wurde mehrfach vom Mühlenrichter ermahnt, danach wurde seine Mühle beschlagnahmt.“*¹⁸

Aus diesen Reaktionen/Antworten des Beklagten wird klar, dass er sich selbst widersprach, wenn er mal behauptete, es habe da gar keine Mühle gegeben, mal wiederum, dass die Mühle gar nicht, ein Jahr lang obendrein an falscher Stelle gestanden habe.

Schließlich bewies der Kläger mit Zeugen, dass sein Pächter ein Jahr lang in friedlichem Besitz der Mühle war, andererseits dass er sich der so genannten Mühlenzeile anpasste, indem der Leibeigene des Tömörkényer Grundstückes erst an vierter Stelle seine Mühle aufstellte.

¹⁷ CSMLSZ IV.A.3.b.188. 1834/604.

¹⁸ [„Kovács Ferenc (jobbágy) a malmát 1831. Kisasszony nap után és így szeptember hó közepe táján hozta a tömörkényi fél Tiszára, Karácsony előtt egy héttel elvitte. [...] De 1831-ben a Tiszán kordon vonatván a víznek minden haszonvétele, kereskedés, malmok vontatása, hajókázás, sőt a halászat is eltiltattak. [...] Sőt a jobbágy a mindszeri molnár helyére tette a malmát, a malombíró által többször megintetett, ezután fogták el a malmát.”] CSMLSZ IV.A.3.b.188. 1834/604.

Die Frage ist somit entschieden, das Gericht verpflichtete den Beklagten, den entstandenen Schaden zu ersetzen, der Pächter wurde in seinen Besitz zurückversetzt, indem ausgesagt wurde

„die beschlagnahmte Mühle des Ferenc Kovács soll weiterhin in der Nähe von Tömörkény mahlen, und zwar so wie bisher, an vierter Stelle unter den Mühlen.“¹⁹

Von der Entwicklung des ungarischen ständischen Privatrechts aus betrachtet, spielte die Tilgung der ständischen Gebundenheiten eine ausschlaggebende Rolle, und damit im Zusammenhang das Erscheinen des freien bürgerlichen Eigentums im Vermögensrecht. Da die Theorie des Privatrechts selbst Mitte des 19. Jahrhunderts noch nicht so entwickelt war wie in den Regionen, wo französisches oder deutsches Recht galt, war dies, als das Österreichische Bürgerliche Gesetzbuch (ABGB) in Ungarn eingeführt wurde, auch im Hinblick auf die Entwicklung der theoretischen Rechtswissenschaft von großer Bedeutung. Das Bedürfnis der alltäglichen Rechtspraxis, das ABGB mit den Rechtsinstitutionen des ungarischen Gewohnheitsrechts in Einklang zu bringen, brachte zwangsläufig die Notwendigkeit mit sich, die einzelnen Streitfälle auch theoretisch zu begründen. In dieser Zeit beginnt die Entwicklung der Wissenschaft des Privatrechts.

Nachdem anstelle der durch ständische Gebundenheiten belasteten vermögensrechtlichen Institutionen die Eigentums- und Besitzverhältnisse verwirklicht worden waren, die der bürgerlichen Gesellschaft und Wirtschaft entsprachen, lohnt es sich zu untersuchen, wie sich der Besitzschutz in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts gestaltete.

Ausgehend von dem oben geschilderten Rechtsfall, könnte man annehmen, dass innerhalb der Rahmen der bürgerlichen Gesellschaft auf den Schutz des Eigentums der größte Wert gelegt wurde. Diese Vermutung wird durch die Einführung der Institution des Grundbuches unterstützt, was freilich nicht von einem Tag auf den anderen ging. Doch unter Berücksichtigung der Ordnungsregeln des Grundbuchs von 1855 ging die Registrierung des Immobilienvermögens zwangsläufig damit einher,

¹⁹ [„Kovács Ferenc elfoglalt malma ezután is Tömörkényhez közelítve őrltessen úgy, hogy mivel a közös halászat sem gyakoroltatik az ellenpartnak használásával, de amúgy is a feljebb érintett tanúk állítása szerint Kovács malma a Tömörkényi partnál negyedik malomhelyet foglalta el, ugyanazon malom jóvendőre is a Tömörkényi partnál egyedül a három malomhelyek után a negyedik malomhelyen állíttathasson.”] CSMLSZ IV.A.3.b.188. 1834/604.

dass diese Rechtsinstitution Eigentum und Eigentümer des liegenden Gutes mit sich brachte.

Dadurch wurde möglich, dass das Rechtssystem auch in Bezug auf die Mobilien in erster Linie Eigentum und Eigentümer schützte. Diese Behauptung trifft zwar auf die bürgerliche Gesellschaft zu, das durch Gewohnheitsrecht geprägte ungarische Privatrecht bewahrte aber viele Eigentümlichkeiten, die sich noch während der ständischen Besitz- und Eigentumsverhältnisse herausgebildet haben. In diese Gruppe gehört der Besitzschutz sowie das Weiterleben von summarischen Prozessen. Károly Szladits führt aus:

„Das Wort Besitz bedeutet im Recht jenen Zustand, als jemand (der Besitzer) eine Sache tatsächlich in seiner Macht hat, ohne danach fragen zu müssen, ob er ein Recht dazu hat. Das Besitzen genießt Besitzschutz. Dies hat den Zweck, den Zustand des tatsächlichen Besitzens zu sichern, indem eine willkürliche Störung unterbunden wird.“²⁰

Den gleichen Standpunkt vertritt auch Bálint Kolosváry:

„Die Bedeutung von Besitz besteht vor allem darin, dass die Rechtsordnung jene tatsächliche und enge Beziehung zwischen Person und Sache (die bloße Tatsache des Besitzens) unter effektiven Schutz stellt. Diese wichtigste Rechtsgültigkeit in bezug auf das Besitzen umreißt dessen wahren gesellschaftlichen und wirtschaftlichen sowie juristischen Inhalt.“²¹

Das Recht auf Besitzschutz förderten auch die Herausgeber des Privatrechtlichen Gesetzbuches (MTJ):

²⁰ [2A birtok szó a jogban azt az állapotot jelenti, amelyben valaki (a birtokos) valamely dolgot a maga részére ténylegesen hatalmában tart anélkül, hogy kutatónk, joga van-e hozzá vagy sem. A birtoklás birtokvédelemben részesül. Ennek célja a tényleges birtokállapot zavartalanságának biztosítása az önhatalmú háborítás kizárásával.”] K. Szladits: A magyar magánjog vázlata. [Das ungarische Privatrecht] Bd. I. Budapest, Grill K. 1933. 181.

²¹ [„A birtok jelentősége főleg abban áll, hogy a jogrend a személy és dolog közötti ezt a tényleges és szoros kapcsolatot (a birtoklás pusztá tényét) hathatós védelemben részesíti. A birtokláshoz fűződő ez a legfontosabb joghatály jelöli ki a birtoknak a társadalmi és gazdasági, - valamint jogi életben betöltött szerepét és ennek a szerepnek igazi tartalmát.”] B. Kolosváry: A birtok és a birtokvédelem. [Das Besitz und der Besitzschutz] In: Szladits K. (szerk): Magyar Magánjog V. Budapest, Grill Kiadó, 1942. 80.

*„Der Besitz genießt bei Vorhandensein der gesetzlichen Vorbedingungen Rechtsschutz, auch wenn der Besitzer über kein Eigentums- oder sonstiges Besitzrecht über die Sache verfügt.“*²²

Nach Bálint Kolosvárys Meinung hatte der Besitzschutz zwei Vorbedingungen: einerseits die Tatsache des Besitzens,

*„ob es gut- oder böswillig, recht- oder unrechtmäßig, wahrhaftig oder gesetzwidrig ist, ist gleichgültig. Andererseits muss es eine Straftat geben.“*²³

Diese muss mutwillig und willkürlich passieren.

Die Besitzverletzung selbst konnte vollständig sein, indem der Besitz dem Besitzer weggenommen wurde, und konnte partiell sein, was als Hausfriedensbruch bezeichnet wurde. Falls es zu einem Hausfriedensbruch kam, gewährte das Recht dem Besitzer unverändert Besitzschutz. Bálint Kolosváry verweist bei der Aufzählung der Mittel des Besitzschutzes auf das Prinzip von *vim vi repellere*, das in Werbőczys Tripartitum festgehalten wurde [HK.I.67.]. In der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts stand dem beschädigten Besitzer, der früheren Rechtspraxis gemäß, ein Jahr zur Verfügung, sich auf rechtmäßige Weise in Besitz zu bringen. Die Verfasser des privatrechtlichen Gesetzentwurfs akzeptierten demgegenüber die Anwendung dieser Praxis nur in dem Fall, wenn der Besitzer den Angriff auf der Stelle abwehrte.²⁴ Dies wurde als Eigenmacht, als, wie es im ABGB steht,²⁵ berechtigter Selbstschutz bezeichnet, der sowohl im österreichischen wie auch im ungarischen Rechtssystem im Strafgesetzbuch geregelt worden war.

Das angemessene Mittel des Besitzschutzes war im Rahmen des Privatrechts die vor einem Gericht initiierte Besitzklage, der so genannte summarische Prozess. Dieses Recht stand nur dem tatsächlichen Besitzer zu, und zwar in dem Fall, wenn der Besitzer beweisen konnte, dass er die Sache ein Jahr lang friedlich und ungestört besaß.²⁶ Dieses Prinzip wurde

²² [„A birtokállapot a törvényes előfeltételek meglétében védelemben részesül akkor is, ha a dolgon annak, aki birtokában tartja, tulajdona vagy a birtoklásra jogosító egyéb joga nincsen.”] Magánjogi Törvényjavaslatok (MTJ) [Das privatrechtliche Gesetzbuch in Ungarn von 1928.] 454.

²³ [„hogy ez a birtoklás jó- vagy rosszsziszemű, - jogszerű vagy jogszerűtlen; - valódi vagy törvénytelen volt-e: közönyös. Másodszor szükséges a birtoksértő cselekmény.”] B. Kolosváryl: 84.

²⁴ MTJ § 459.

²⁵ ABGB Wien, 1853. § 344.

²⁶ B. Kolosváryl: 86.

als allgemeine Regel des Besitzschutzes in Paragraph 463 des Privatrechtlichen Gesetzentwurfs festgehalten:

*„Eine summarische Rückversetzung kann der Besitzer nicht fordern, dessen Besitz dem Angreifer oder dessen Rechtsvorgänger gegenüber unrechtmäßig war, es sei denn, er hat den Besitz vor dem Angriff mindestens ein Jahr lang friedlich besessen.“*²⁷

Die Regeln des Besitzschutzes, die in den früheren Jahrhunderten entstanden waren, wurden insoweit geändert, als dass sie dem Innehaber/Detentor dem Besitzer gegenüber kein Recht auf Besitzschutz zusprach, und diese Regel wurde auch in Paragraph 457 des Privatrechtlichen Gesetzentwurfs festgehalten. Der Privatrechtliche Gesetzentwurf unterschied zwischen Besitzer und Mitbesitzer und gewährte auch letzterem Besitzschutz. Als Mitbesitzer wurden Mieter und Pächter betrachtet, die, der alten Rechtspraxis gemäß, den Besitzschutz unter der Auflage erhielten, alle wichtigen Punkte des Vertrags zu leisten, wie dies auch bereits im Gesetz von 1802 ausgesagt worden war. [MTJ 456.§]

All dies beweist, dass eine Rechtshistorikerin, die einen wegen Besitzverletzung initiierten summarischen Besitzprozess aus dem Jahre 1833 in dessen Historizität untersucht, die jahrhundertelange Entwicklung einer privatrechtlichen Rechtsinstitution zu analysieren vermag. Die im Rahmen des Besitzschutzes herausgebildeten gewohnheitsrechtlichen Normen, die einerseits die auf der Grundlage von *vim vi repellere* basierende Selbstverteidigung sowie die Regeln des summarischen Prozesses geprägt haben, waren mit kleinen Änderungen selbst in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts anwendbar. Auch dies beweist, dass im Bereich des Privatrechts Gewohnheitsrecht und Gesetz als zwei ausschlaggebende Rechtsquellen angewendet wurden, für deren Gültigkeit die jeweilige richterliche Praxis sorgte.

²⁷ [„Sommás visszahelyezést nem kérhet az a birtokos, akinek birtoka a megfosztóval vagy a háborítóval vagy jogelődjükkel szemben törvénytelen volt, kivéve, ha közvetlenül a megfosztás vagy a háborítás előtt a dolgot legalább egy éven át békés birtokában tartotta.”] MTJ § 463.

The Future of Hungarian Legal Training and Profession within the European Union

Zsolt Nagy

Associate professor University of Szeged

Attempting to describe the speciality of the Hungarian legal education is perhaps more difficult than doing research about it. This problem refers to the development of legal education from the beginning to the present, and also to the effects of the changing society on the institutions of legal education. Furthermore, an attempt has been made to sketch the future development of this education system.

In the beginning, this kind of research has to reflect on the development of the legal education systems in Europe, England and in the United States. Because without it no comparison could be made between the different education systems. Furthermore elaboration is given of the causes for the current situations of the instruction system, the connection between legal instruction and society, and the legal profession of the different countries. First of all we have to show that the difference among the American, English and Continental legal educations go back to historical, medieval roots.¹

In contrast with the English situation where the legal instruction remained in the hands of the profession (barristers and the so-called BAR) with a practical knowledge, especially the precedents. The European legal instruction first of all served the system of the governmental authority thus their legal education has been conformed to the authoritarian aim. That meant the Continental instruction was made by the different states and these states expected that the universities had to educate their own official norms, statutes etc. they gave to the society. In the United States, legal education has been connected to the economic life of the civil society, and the local legal knowledge has been adapted to this.² Exception was the so called southern strategy (that was the sates of the Confedera-

¹ GAL Roger: Histoire de l'education. Presses Universitaires de France (P.U.F.) Paris. 1948.

² See: SHAFFERm L. Thomas L. and REDMOUNT S. Robert: Lawyers, Law Students and People. Shephard's Inc. Of Colorado Springs. 1977. 16-17. p.

tion after the Civil War) reflected on the preparation of gentlemen for an intellectual education needed by those who might become politicians, legislators or statesmen.³ After the 1860s these two methodologies of legal instruction has been unified and that is the American way of legal education.

Being aware of the historical facts has made it possible to fully understand why the legal instruction systems in these three different legal cultures vary so much in method, knowledge, practical relevance and practical expertise.

Thus there is one common thing in the English and the American instruction system: these are close to the legal profession distinguishing from the European one. The historical research of the Hungarian legal education has shown the special reasons that led to the conformation of the Hungarian instruction system to the European “*mainstream*”.⁴ However, the Hungarian system had some specialities and as a consequence we have to consider them.

The first university in the Hungarian Kingdom was found in 1667. Before that time the Hungarian education of “lawyers” happened to be either in other countries (especially in Italy) or in the so-called “*patvaria*”. That meant a kind tutor system, an advocate or a judge and a student worked together and the students usually copied different kind of official papers, certifications etc. (*apud viros in jure peritos*)⁵.

In the university the students studied Roman law, Canon law, and the Hungarian Customary law which was the *Tripartitum* (*Decretum Generale*) in written form including the procedure law. In fact the students attempted to learn only the Customary Law because this subject was relevant in the real legal life of the country. This instruction system has continued more or less until the late 1700s, when the Habsburg Dynasty changed it because the European system was changed as well. This was the time of the European absolute reigns and the kings wanted to have loyal state officials. As the Hungarian king declared the aim of the

³ KOCH Adrienne: The Philosophy of Thomas Jefferson. Columbia University Press. New York. 1943. 167. p.

⁴ RINGER Fritz : The Fields of Knowledge. Cambridge University Press, Cambridge, Editions de la Maison des Sciences de l'Homme. Paris. 1992.; Antoine Prost: Histoire de l'enseignement en France 1800-1967. Librairie Armand Colin. Paris. 1968. 226-228. p.

⁵ BÜCHER Karl : A munkamegosztás típusai. (The types of division of labour.) In: ZOLTÁN Szántó : A munkamegosztás gazdaságsszociológiai elmélete. (The social-economic theory of division of labour.) Szociológiai történeti szöveggyűjtemény. Budapest. 1990. Aula. 63-69. p.

legal education in the late 1700s: “I want to have good state officials”⁶ (not to have good lawyers).

That was the point in fact and in time that not just changed the legal education but reformed that there would be one way (similar to the European mainstream) in order to educate the so called Codices. Within these codices the emperor gave norms to Hungarian society different from the ancient Hungarian customs. So, as the emperor said, the University and later the universities had to teach only the texture of the laws and the lawyers (state officials) were not able to depart from the words of the laws. The affect of this way of educational system is perceptible nowadays as well.

The above mentioned was a simple and brief history of the Hungarian legal instruction system but there are two sociological facts as to why our institutions and our teaching methods have remained as three hundred years ago.

1. First of all the main cause is the time, because the Hungarian system has worked for a long. These three hundred years look like an eternity and the profession thinks: “that was hundred years ago, two hundred years ago, so that should and will work in the future as well”.
2. The second problem is within the legal profession and the institutions of legal education. Every member of the profession studied at the same universities. There is no question that they would be teachers in turn as members of universities or be judges, lawyers, prosecutors and so on. They went through the same socialization, they studied the same materials.

As a consequence of the above mentioned the members of our legal profession insist on the historical way of instruction so we can see and we can say the historical facts are the most important element resulting in an unchangeable way of thinking and education in spite of a changing of the society.⁷ As a result of the sociological factors some questions come up. Should we change the Hungarian legal education and if “yes”, how

⁶ See: Szabó Imre (szerk.): *A burzsoá állam- és jogbölcselet Magyarországon. Második, javított kiadás.* (The bourgeois theory of state- and legal philosophie in Hungary. Second Edition.) Akadémiai Kiadó, Budapest. 1980. 887. p.

⁷ Ld.: FERGE Zsuzsa: *Az iskolarendszer és az iskolai tudás társadalmi meghatározottsága.* (The educational system and the social determination of the knowledge of schools.) Akadémiai Kiadó, Budapest. 1984.

could it be done? There are some ways and we could show some examples in foreign countries in America (United States, Canada) and in the European Union as well.

1. In the first place, the research has concentrated on the criteria to classify the legal instruction systems, and secondly these ones paid special attention to the dynamics of the different educational systems. Research conducted has shown that there are legal instruction systems based on *one legal tradition*, and there are systems that are grounded on *two or more legal cultures*. Besides these, there is the so called *transsystemic* legal teaching where students are admitted into a single civil and common law program. This research has led to the analysis of the various hypotheses, theories and predictions, for instance the *instrumentalists* and *culturalists*, that reflect on the future development of legal instruction. The studies have also shown that in instructed knowledge, teaching profile and diploma the legal education systems are coming closer to each other almost to the point of compatibility. From the end of the twentieth century, this process will continue into the 21st century.⁸
2. Through analysing the acquired information, this study has dealt in three respects with the actual questions of legal education. Firstly the research has reflected on the empirical studies that provided a comprehensive framework for the backgrounds and characteristics of *those entering law teaching* in the present time. It has been clarified that in the law faculties the greatest effect on the relationship of praxis and academic sphere is tradition. In Hungary there is a moderate contact and discourse between these two spheres.
3. The third element is instead of teaching the positive text of laws it has to be studied in an other way. An attempt has been made to explain what it means "*thinking like a lawyer*" as the most important segment of the knowledge in legal education, and how this way of thinking can be obtained. When an attempt has been made to define what it means "thinking like a lawyer", the research has employed the theories of (for example) *Nancy B.*

⁸ PADILLA GARCIA Antonio : Perspectives on the Internalization of Legal Education. 51. Journal of Legal Education. 350. 2001. 350-354. p. Further see: The LSU Law Center-Canada Bijuralism Conference, and Papers from the La Pietra Conference of International Legal Educators. 51, 52. Journal of Legal Education. 2001-2002.

Rapoport, Chaterine Valcke. They emphasize that attention must be paid to the professional legal culture to the autonomy of the legal profession and law, while *Rapoport* explicates argumentative questions, and *Coing* suggests interpretation methods.⁹

4. For the questions of instruction method, another hypothesis comes up which is based on the theory of *Basil Bernstein*. This one has highlighted the integration and collection type of education and the necessity of *integration* of the various disciplines and classes in legal education. Within this problem three practical problems have been discussed. First of all, a solution for the problem of the final examinations was put forward. It is suggested that after the examination of the various legal professions, assuring the possibility of professional mobilisation, a second examination would be necessary for the specific legal professionals. Secondly, for the applicability of legal knowledge it is recommended “to build a bridge” between the practical and theoretical instructions. As a third point, the thesis mentioned that because of the effects of legal harmonization in the European Union the role of law faculties in legal education will probably increase, and the faculties have to specialize in the different fields of knowledge.
5. It is necessary to reflect on two challenges for the near future. The first issue is the problem of the multidisciplinary practice which when are discussed say that only the cooperation among lawyers and members of other professions, which has always existed, is to be allowed. The multidisciplinary practice however endangers such core values of the legal profession as independence, confidentiality, and the avoidance of conflicts of interest. The second issue, the thesis proposes that to have an optimal quality in legal instruction strategy, there has to be a balance between the face to face and the electronic teaching methods.

⁹ RAPOPORT B. Nancy : Is “Thinking Like a Lawyer” Really What We Want to Teach? In: PAMELA LYSAGHT, AMY E. SOLAN, BRADLY G. CLARY (ed.): *Erasing Lines. Integrating Law School Curriculum*. Association of Legal Writing Directors. West. 2002. 91-108. 91-108.; ARNOLD I. SIEGEL: Some Thoughts on Dean Nancy B. Rapoport’s “Is Thinking Like a Lawyer Really What We Want to Teach?”; SCOTT H. BICE: Good Vision, Overestimated Criticism. In: PAMELA LYSAGHT, AMY E. SOLAN, BRADLY G. CLARY (ed.) *ibid.* 123-126.; 109-112. p.

When we are talking about the near future (considering the above mentioned as well) we could not avoid the following:

Globalization, economic globalization and legal globalization. These words are well-known for us and perhaps for the law society everywhere in the world. Undoubtedly “global law” is becoming an influential and organizing principle for legal instruction, research, jurisprudence and legal theories both in the United States of America and in the European Union as well.¹⁰ Recently, in the European Union much attention has been given to the harmonization and unification of law. We can see that since the Second World War considerable efforts have been made to promote the harmonization of private law and primarily the commercial contract law. Although there are debates on the unification of law in the European Union, debates on the teaching of law are almost entirely missing. As a consequence of the changing law instruction, of course the attitudes of legal profession will change as well. In recent years it has been increasingly necessary to familiarize students both with the rules and the deep structure of more than one legal system. Law students in the European Union are likely to work in an environment where they will have to deal with many legal systems in the context of a single case.¹¹

Business relationships for example are increasingly transnational and the economic relationships within Europe, and in the world, are constantly crossing jurisdictional lines. In the past law society referred to one legal system, while nowadays lawyers in the European Union have to work with more than one legal culture. Despite this the majority of law students still familiarize themselves with only one legal system. As *Xavier Blanc-Jouvan* noted the main feature of legal instruction in all countries, more or less including the common law world, is based only on the national law.¹² The situation is changing today. As students already feel that they are part of a global world, they want to know something about other legal traditions, including the English or American legal system.¹³

¹⁰ See: NAGY Zsolt : Metszetek a jogásztársadalomról. (Details about the Legal Society) A Pólay Elemér Könyvtára. Szeged. 2012. 150-152. p.

¹¹ But we have to see other aspect of the globalization aespically the legal assimilation. See: Price v. Mercier Case (1891. 18. Supreme Court 303. at 324.); and Monaghan v. Horn 1882. 7. Supreme Court Reports. 409. About the different view see: Pierre-Basile Mignault: L'avenir de notre droit civil. In.: HOWES David : Maladroit or Not? Learning to Be of Two Minds in the New Bijural Law Curricula. 52. Journal of Legal Education. 55. 2002. 55-57.

¹² BLANC-JOUVAN Xavier: Bijuralism in Legal Education: A French View. 52. Journal of Legal Education. 61. 2002.

¹³ As an Australian lawyer's promotion said: „Our Lawyers are working while your lawyers are sleeping” ARTHURS W. Harry: The Political Economy of Canadian Legal Education. 25. Journal of Law and Society. 14. 1998. 31. p.

We know that in recent years some efforts have been made to address this problem. In Europe there are some programs for students to learn about another legal system. In almost every law school there are courses in comparative law, which consists of a general introduction to the major legal systems existing in the world. The law schools invite foreign scholars to teach or co-teach some courses in order to introduce students to another legal world. These courses are excellent, but considering legal relationships it is likely that today these academic courses are not enough. Furthermore, the students are expected to spend an appreciable period of time studying another legal tradition abroad. The Erasmus program is such an inter-university program. I think that in the European Union the most ambitious attempt to address the problem of trans-systemic law teaching is the *Hanse Law School* where students are expected to learn the law system of the Netherlands and Germany. Similarly to this, the *Faculty of Law of the University of Maastricht* introduced the so-called European Law Studies Program where students enter a course focused on the general and common principles used by the member states of the European Union.¹⁴ These approaches of law teaching are focused on the mastery of more than one culture but they remain limited in scope or in vision.

To understand the way of trans-systemic law teaching better I think we have to analyze the legal education at the *Faculty of Law of McGill University* in Quebec, Canada. The result of this brief analysis can have an important message for all legal tutors in Europe.¹⁵

The McGill University Faculty of Law has always had a strong tradition of teaching comparative law but now the McGill teaching program is a real *bisystemic, transsystemic, bijural* curriculum combining the civil law and the common law. It is well-known, that Canada is a federal country where since the seventieth century two legal systems of private law have coexisted in the provinces. Out of the two, the common law tradition dominates some branches of law such as the commercial and business law, procedural law and so on. After a French heritage, the private law of Quebec has been affected by the English system mainly in the area of commercial and procedure law. In this way the Quebec jurisdiction has a plural character of law using the method of comparison. For

¹⁴ DEc MESTRAL, Armand: Guest Editorial: Bisystemic Law-Teaching – The McGill Programme and the Concept of Law in the EU. 40. Common Market Law Review. 799-807. 2003. Netherlands. and European Law Faculties Association. (ELFA) The University of Birmingham. www.elfa.bham.ac.uk.

¹⁵ NAGY Zsolt : *Metszetek a jogásztársadalomról.* (Details about the Legal Society) A Pólay Elemér Könyvtára. Szeged. 2012. 160-163. p.

example the *stare decisis* is not part of the Quebec law system but court decisions have been very considerable in judicial analysis or dissenting judicial opinions.¹⁶

Because of the above-mentioned *bijuralism*, legal education in Canada has a special importance. *Catherine Valcke*, a law professor at the University of Toronto, said that “legal players must be capable of playing two games at once”. As a consequence of the particular origins of Canadian law, it was an English-speaking law school, the only one in the early 20th century in Quebec, under the deanship of *Frederick Parker Walton* and *Robert Warden Lee*, which first introduced a *bijural* curriculum. In fact common law courses were offered alongside the traditional civil law program. By the end of the sixties a new so-called National Program was introduced whose philosophy was a “mutual understanding between different regions in Canada”. This program made it possible for the students to complete a civil or common law degree or to complete both degrees in four years. The program provided students with a training that allowed them to qualify as lawyers both in civil and common law jurisdictions. In this way, the McGill University began to produce jurists who could work both in transnational and international environments, and of course increase professional and personal mobility.¹⁷ It is worth mentioning that common and civil law degree graduates at McGill are qualified for practice in a number of states in the USA. Despite further effort to develop a comparative teaching method, the *bijural* curriculum was mainly a cohabitation of two largely autonomous orders of private law. As *Nicholas Kasirer*, a dean at the Faculty of Law at McGill University, noted: the McGill Program meant a peaceful cohabitation rather than active dialogue between the common law and the civil law but gives a ticket for the students and lawyers to have a career in the global market.¹⁸ It has to be mentioned that in the same undergraduate curriculum, this mixed legal education exists at the universities of *Montreal*, *Ottawa*, and *Sherbrooke*.

In 1999, as a response to external and internal pressures, such as the desire to make the Faculty more attractive to the students, a major re-

¹⁶ FERNANDEZ F. Mark : From Chaos to Continuity: The Evolution of Louisiana's Judicial System. 1712-1862. Louisiana State University Press. Baton Rouge. 2001.; Yves-Marie Morissette: McGill's Integrated Civil and Common Law Program. 52. Journal of Legal Education. 12. 2002. 12-14. p. 2002.; továbbá ld.: The Harmonization of Federal Legislation with Quebec Civil Law and Canadian Bijuralism. Department of Justice. Ottawa. 1997.

¹⁷ BÉDARD Julie : Transsystemic Teaching of Law at McGill: Radical Changes, Old and New Hats. 27. Queen's Law Journal. 237. 2001.

¹⁸ KASIRER Nicholas : Bijuralism in Law's Empire and in Law's Cosmos. 52. Journal of Legal Education. 29. p. 2002.

form came. Before 1999 the two streams were sequential rather than integrated as they are in the new program where students can be admitted to a single integrated program and complete it within three years. In this new *transsystemic* teaching, the fundamental concepts of the common and civil law are taught within a single course where law is learned in function of overarching categories of law. The courses include: Extra-contractual obligations/Torts, Contractual obligations/Contracts, Comparative Federalism, Private International Law and so on. The only course that is not taught in a *transsystemic* way is the Civil Law Property because of its cultural specificity.¹⁹ This teaching method gives students a coherent understanding of fundamental legal principles rather than an understanding of a single law system. This new approach of law teaching invites students and scholars to think about law in a new way. Furthermore, this new intellectual model of education is undoubtedly “an open door on the world” and it can deepen and expand the way of thinking about law. This dialog between legal cultures in the classrooms presented a legal knowledge that can highlight the importance of exchange between legal orders, and it might help to organize a new legal order.²⁰

In Europe and of course in Hungary there are many programs which allow students to get to know more than one legal culture. Excellent programs exist which enable students to study for one or more years in France, The Netherlands, Spain, Germany, or England as a part of the common law world, or to study in any other member state of the European Union. By these inter- and intra-university programs a solid grounding in both the civil and the common law can be acquired. In connection with these issues some questions may come up. Why did I give a brief analysis about the McGill Program? What is the connection between the legal mixture in Canada in the Canadian legal education and the European Union or the legal instruction in the European Union especially in Hungary? What are the advantages of the new McGill Program, should we choose a way of such complexity?

¹⁹ AUDLEY Mc. Michael : On a Theme by René David: Comparative Law as Technique Indispensable. 52. Journal of Legal Education. 42-48. p. 2002.

²⁰ MIGNAULT Pierre-Basile: L'avenir de notre droit civil. In.: DAVIDHOWES: Maladroit or Not? Learning to Be of Two Minds in the New Bijural Law Curricula. 52. Journal of Legal Education. 55. 2002. 55-57. p.; Yves-Marie Morissette: McGill's Integrated Civil and Common Law Program. 52. Journal of Legal Education. 12. 2002. 12-14. p. 2002.; Roderick A. Macdonald: The National Law Programme at McGill: Origins, Establishment, Prospects. 13. Dalhousie Law Journal. 211. 1990.; Julie Bédard: Transsystemic Teaching of Law at McGill: Radical Changes, Old and New Hats. 27. Queen's Law Journal. 237. 2001.

Rene David had the following standpoint on these questions: "Some are tempted to consider Canada as the promised Land for comparative law, but the pilgrims are still in the desert".²¹ The Canadian legal instruction is based on the coexistence of two legal cultures and something similar, but more complex exists in the European Union. As a consequence, the development of legal education in the European Union may have to adapt to the new reality, and analyzing the legal instruction at McGill will help us to achieve our goals. In the following, in order to help you to think about these questions, there are some arguments for the above-mentioned questions.

1. A *polijural* education structure can provide students with a more complex legal knowledge and identity which can be useful in the multicultural world of Europe or in anywhere in the world.
2. A *polijural* education structure provides both students and scholars with the ability of comparative analysis. Students will not be taught within a unisystemic perspective but learn a more complex cultural context.
3. The comparative analysis will be at the centre of the legal knowledge of students and tutors as well.
4. With a *polijural* education, the general legal principles will become more and more important in the European legal community and common legal knowledge.
5. As a result, the European law society will not think in terms of a national legal system, rather in a perspective of several legal jurisdictions.²²

First of all these points are relevant to the European Union and to Hungary as well, especially to the legal unification process, which can develop modern law, and to the legal rules which will not just be increasingly *bisystemic* but *multisystemic* or multinational. The administrative lawyers in Hungary and everywhere in Europe are already working with the legal principles; legal directives of the European Union and many sources of legal rules allow lawyers to work within transnational frames. Further-

²¹ DAVID René : The International Unification of Private Law. In: DAVID René (ed.) International Encyclopedia of Comparative law. Volume 2. The Legal Systems of the World. Their Comparison, chapter 5. Tübingen: Mohr. 1971. 208. p.

²² AULEY Mc. Michael : On a Theme by René David: Comparative Law as Technique Indispensable. 52. Journal of Legal Education. 42-48. p. 2002.; Julie Bédard: Transsystemic Teaching of Law at McGill: Radical Changes, Old and New Hats. 27. Queen's Law Journal. 237. 2001.

more, this legal globalization is occurring around the world. The *polijural* education can give students an intellectual enrichment to become global lawyers as well as domestic lawyers.²³ The Hungarian legal profession, especially the law teachers must be aware of that and the social, economic changes and they must break the old tradition in order to look into the near future.

Finally, probably the future is a kind of *transsystemic* legal instruction that has been explicated above, which will be able to contribute to a new European “*ius commune*”, which was based on the Roman law in the past, but today this is a process of coordination of laws within the European Union. This process can be called the re-Europeanization of legal community on the basis of common legal culture and common legal science (a new kind of European *universitas*). Nevertheless, this will be an aspect of harmonization of European legal education, our law society has to be aware of the cultures, legal cultures, traditions, legal traditions and the tradition of legal education structures of each European country.

²³ See: Xavier Blanc-Jouvan: Bijuralism in Legal Education: A French View. 52. Journal of Legal Education. 61. 2002.; Daniel Jutras: Two Arguments for Cross-Cultural Legal Education. In: Heinz Dieter Assmann, Gert Brüggermeier, Rolf Sethe (Hrsg.): Unterschiedliche Rechtskulturen – Konvergenz des Rechtsdenkens: Grundlagen und Schwerpunkte des Privatrechts in europäischer Perspektive. 75. Nomos. Baden-Baden. 2001. 82. p.; Adelle Blackett: Globalization and Its Ambiguities: Implications for Law School Curricular Reform. 37. Columbian Journal of Transnational Law. 57. 1998.; John J. Costonis: The Louisiana State University Law Center's Bijural Program. 52. Journal of Legal Education. 5. 2002. 6-7. p.

Rechtspersönlichkeit – Übertragung der Haftung und Durchgriffshaftung in Ungarn

Tekla Papp

Professorin Universität Szeged

I. Die Kriterien der Rechtspersönlichkeit

Die juristische Person ist rechtsfähig: sie kann Rechte besitzen und Verbindlichkeiten eingehen. Die Rechtsfähigkeit der juristischen Person erstreckt sich auf alle die Rechte und Pflichten, die infolge ihres Charakters nicht nur an Menschen gebunden werden können. Die Regeln zu den Persönlichkeitsrechten sind auf die personengebundenen Rechte der juristischen Person anzuwenden, außer wenn der Schutz seines Charakters wegen nur dem Menschen zustehen kann. Die juristische Person kann in der gesetzlich festgelegten Art zur Betreibung einer nicht durch ein Gesetz verbotenen Tätigkeit und zum Erreichen eines Ziels gegründet und betrieben werden; ein gegen diese Bestimmung verstoßendes Gründungsdokument ist nichtig. Die juristische Person muss über einen eigenen Namen, einen Sitz, ein von ihren Mitgliedern bzw. ihrem Gründer abgesondertes Vermögen sowie eine ihre Geschäftsführung und Vertretung ausübende Organisation verfügen.¹

In Ungarn ist eine Rechtsperson eine Organisation, die vom Staat als solche anerkannt und mit Rechten und Pflichten ausgestattet ist.

Die Rechtsperson verfügt über ein gesondertes Vermögen: das Vermögen der Rechtsperson ist nicht identisch mit dem Eigentum, dem Vermögen ihrer Gründer/Mitglieder (das Prinzip der Trennung des Eigentums).

Aus dem gesonderten Vermögen der Rechtsperson ergibt sich deren selbständige Vermögenshaftung: für die Verpflichtungen, die Schulden der Rechtsperson haftet die Rechtsperson, nicht deren Gründer/Gesellschafter.

¹ Gesetz Nr. V von 2013 über das Bürgerliche Gesetzbuch 3:1.

Ein wesentliches Charakteristikum der Rechtsperson ist die dauerhafte Organisation, unter der wir Folgendes verstehen:

- einerseits, dass das Bestehen der Rechtsperson von der Änderung ihrer Gründer/Mitglieder (Tod/Erlöschen ohne Rechtsnachfolger/Umwandlung) nicht berührt wird
- andererseits, dass administrative und vertretende Organe den „Willen“ der Rechtsperson aktivieren
- zum dritten, dass eine organisatorische Struktur mit einer Hierarchie und Einteilung nach der Funktion aufgebaut wird (welches Organ kann das andere kontrollieren, welches Organ kann sich in die Funktion des anderen einmischen usw.)

Für das Zustandekommen, die Rechtsfähigkeit und die Funktionstüchtigkeit der Rechtsperson ist die staatliche Anerkennung unumgänglich, was

- einerseits bedeutet, dass die Organisation nur zu einem genehmigten gesellschaftlichen, wirtschaftlichen Zweck gegründet werden kann
- andererseits, dass das Rechtssubjekt auf normativer und individueller Ebene gewährleistet ist
- Damit die Rechtsperson in Rechtsverhältnissen, im Wirtschaftsverkehr auftreten kann, ist ein eigener Name, unter dem sie handeln kann, notwendig

Aus den Kriterien der dauerhaften Organisation und dem Handeln unter eigenem Namen für die Rechtsperson folgt die „Willens-Kundgebung“ über einen Vertreter in Form einer natürlichen Person.

Die sich aus dem selbständigen Vermögen und der dauerhaften Organisation ergebende Unabhängigkeit von den Gründern ist auch typisch für Rechtspersonen.

Aus den Kriterien der staatlichen Anerkennung, des selbständigen Vermögens, der dauerhaften Organisation ergibt sich, dass Rechtspersonen für einen lange andauernden Zeitraum gegründet werden (die langfristige Existenz).

II. Übergang der Haftung

2.1 Bis zum neuen UZGB

Beim Auflösen einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, einer Aktiengesellschaft und Kommanditgesellschaft ohne Rechtsnachfolger kann sich der GmbH-Gesellschafter/Aktionär/Kommanditist, der selbige missbraucht hat, nicht auf die beschränkte Haftung berufen. Diejenigen, die ihre beschränkte Haftung bzw. die separate Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft missbrauchten, haften unbegrenzt und gesamtschuldnerisch für die nicht befriedigten Verbindlichkeiten der erloschenen Gesellschaft. Die unbegrenzte und gesamtschuldnerische Verantwortung der Gesellschafter lässt sich besonders dann feststellen, wenn sie über das Vermögen der Gesellschaft als ihr eigenes verfügten, wenn sie das Gesellschaftsvermögen zu ihren eigenen oder zugunsten anderer Personen so minderten, dass sie wussten, oder im Falle allgemeiner zu erwartender Fürsorge hätten wissen müssen, dass die Gesellschaft dadurch ihre Verpflichtungen gegenüber Dritten nicht erfüllen kann, weiterhin bei einer Überbewertung des Apports, sowie bei der arglistigen Annahme einer Überbewertung des Apports durch mehrere Gesellschafter.

Nach der Begründung des Gesetzes ist die Verfügung des Gesetzes über Wirtschaftsgesellschaften die sog. Regel der Übertragung der Haftung, welche laut § 5 UZGB die Konkretisierung des Rechtsmissbrauchs auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts darstellt. Diese Vorschrift ist die sog. Unternehmensausräumung, die eigentümliche und Ausnahmeform der Sanktion der Unterkapitalisierung der Gesellschaften, welche die eigentlich objektiven Regeln des Rechtsmissbrauchs durch das Element der Schuld im Zusammenhang mit dem Gläubigerschutz ergänzt.²

Tamás Török betrachtet den Sachverhalt, den er als vermögensstypische, durch das eigene Verhalten bestehende, volle, gesamtschuldnerische, primäre, auf Verschulden basierende, deliktische Haftung einstuft, als

² FISCHER, J. – GADÓ, G. – GÁL, J. – GYÓRI, E. – KOMÁROMI, G. – MAKAI, K. – SÁNDOR, T. – SÁRKÖZY, T. – T. NAGY, E. – VEZEKÉNYI, U. – WELLMANN, Gy. Társasági törvény, cégtörvény 2006-2009 (Gesellschaftsgesetz, Firmengesetz 2006-2009) SÁRKÖZY, T. (Hrsg.) hvgorac, Bp., 2009.; SÁRKÖZY, Tamás Jogi felelősség a gazdaságban (Rechtshaftung in der Wirtschaft) Gazdaság és Jog (Wirtschaft und Recht) 7-8/2008., pp. 3-9.

zum Bereich des Konzernrechts gehörenden, institutionalisierten Übergang der Haftung.³

Tibor Nochta hält den Inhalt von § 50 Wirtschaftsgesetz für *sui generis* und nicht für subsidiäre Haftung.⁴

György Wellmann bezeichnet das analysierte Kapitel ebenfalls als institutionalisierten Übergang der Haftung, der bei den Formen mit beschränkter Gesellschafterhaftung für einen bestimmten Kreis von Fällen anwendbar ist. Den Sachverhalt legt er als sekundäre, indirekte, subsidiäre Haftung aus, weil die Haftung des Gesellschafters zeitlich nur nach dem Mangel des Entstehens der Gesellschaft eintritt. Seiner Ansicht nach bildet „ein rechtswidriges und anrechenbares Mitgliedsverhalten, das den Missbrauch irgendeines Rechtes verwirklicht, die Grundlage“ für die Anwendung der Vorschrift des Wirtschaftsgesetzes.⁵

András Kisfaludi reiht den Sachverhalt als subsidiäre Haftung ein, da sie erst nach der Auflösung der Gesellschaft vorkommen kann und sich nur auf die aus dem Vermögen der Gesellschaft nicht befriedigten Forderungen, die nach Abschluss des Auflösungsverfahrens durchsetzbar sind, erstreckt.⁶

Es besteht kein Zweifel, dass im vorliegenden Fall die unbeschränkte Haftung des GmbH-Gesellschafters/Aktionärs/Komplementärs der KG durch eine besondere Verletzung des Verbots des Missbrauchs von Rechten des Bürgerlichen Rechts im Gesellschaftsrecht begründet wird: Es wurde nämlich entweder die beschränkte Gesellschafterhaftung (indem allgemein keine Haftung für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft übernommen wird) oder die gesonderte Stellung der Gesellschaft als Rechtssubjekt (d. h. die eigenen Rechtshandlungen werden als solche der Wirtschaftsgesellschaft ausgegeben, angezeigt) missbraucht; und die Sanktion ist der Übergang der Haftung auf den Gesellschafter. Die Nutzung des Ausdrucks „Übergang der Haftung“ ist in dem Sinne richtig, dass der Gesetzgeber die Haftung mangels gesellschaftlichen Vorhanden-

³ TÖRÖK, Tamás Felelősség a társasági jogban (Haftung im Gesellschaftsrecht) hvgorac, Bp., 2007., p. 263., p. 268.

⁴ NOCHTA, Tibor Társasági jog (Gesellschaftsrecht) Dialóg Campus Kiadó, Bp. – Pécs, 2011., p. 279.

⁵ WELLMANN, György Tagi felelősségátvitel társasági jogunkban (Übergang der Haftung des Mitglieds in unserem Gesellschaftsrecht) Gazdaság és Jog (Wirtschaft und Recht) 11/2008., p. 9.; WELLMANN, György Felelősségátvitel társasági jogunkban (Übergang der Haftung in unserem Gesellschaftsrecht) Céghírnök (Firmenkurier) 12/2006., pp. 4-5.

⁶ KISFALUDI, András Társasági jog (Gesellschaftsrecht) Complex, Bp., 2007., p. 269.; A gazdasági társaságok nagy kézikönyve (Grosses Handbuch der Wirtschaftsgesellschaften) KISFALUDI, A. – SZABÓ, M. (Hrsg.) Complex, Bp., 2008., p. 272.; BH 1996. 337.; EBH 2005. 1228.; BH 2004. 194.

seins und gleichzeitig der gesonderten Stellung des Rechtssubjekts auf den, ein rechtswidriges Verhalten erzeugenden Gesellschafter „überträgt“, weil niemand da ist, der den verursachten Schaden erstattet. Die gesetzlichen Bedingungen des Übergangs der Haftung sind, dass bei Auflösung der Wirtschaftsgesellschaft ohne Rechtsnachfolger die Forderungen der Gläubiger der aufgelösten Wirtschaftsgesellschaft aus dem Gesellschaftsvermögen teils/zur Gänze keine Befriedigung erlangten und die Befriedigung der Gläubigeransprüche erfolgen kann, weil der GmbH-Gesellschafter/Aktionär/Kommanditist der KG seine beschränkte Haftung missbrauchte, indem er die Deckungsgrundlage (das Vermögen der Gesellschaft) verminderte. Die aufgrund des Übergangs der Haftung bestehende unbeschränkte und gesamtschuldnerische Haftung hat Vermögenscharakter und gründet auf der Anlastbarkeit. Bei der Feststellung der Charakteristika der Haftung sind wegen der nicht sehr glücklichen Formulierung der Rechtsvorschrift zwei Kriterien der Kritik ausgesetzt:

- a) die Haftung ist als primär zu betrachten, weil der Gesellschafter für seine eigenen missbrauchsartigen Rechtshandlungen haftet; sie ist auch als subsidiär einzustufen, weil sich der Gesellschafter bei der Begehung des Missbrauchs hinter dem gesonderten Rechtssubjekt der Gesellschaft „versteckt“ und sich das Entstehen dafür erst aktualisiert, wenn auch noch nach der Auflösung der Gesellschaft wegen des missbrauchsartigen Verhaltens des Gesellschafters unbefriedigte Gläubigerforderungen verbleiben
- b) die Haftung hat grundlegend deliktischen Charakter, da der Gesellschafter in keinem Rechtsverhältnis zu den Geschädigten steht, solange die Gesellschaft nicht ohne Rechtsnachfolger aufgelöst ist; nehmen wir jedoch die hintergründige Einstufung der Haftung (den akzessorischen Charakter, auf dessen Grundlage das rechtliche Schicksal der Haupthaftung geteilt wird)⁷ an, hat das Entstehen des Gesellschafters akzessorischen Charakter, der sich an die rechtliche Einstufung der missbrauchsartigen, rechtswidrigen Rechtshandlungen anpasst, die im „Deckmantel“ der Gesellschaft erscheint und auch kontraktualen Charakter haben kann;⁸ in diesem Zusammenhang berufen wir uns noch auf

⁷ 1/2007. PJE; BH 2007. 5.

⁸ AUER, Á. – BAKOS, K. – BUZASI, B. – FARKAS, Cs. – NÓTÁRI, T. – PAPP, T. Társasági jog (Gesellschaftsrecht) PAPP, T. (Hrsg.) Lectum Kiadó, Szeged, 2011., pp. 356-357.; EBH 1999. 118.

András Kisfaludi,⁹ der meint, „wie über sein Eigenes verfügen, bedeutet soviel, dass der Gesellschafter für die Außenwelt das Gesellschaftsvermögen als sein eigenes darstellt und als sein eigenes Eigentum veräußert oder belastet – aller Wahrscheinlichkeit nach seinen eigenen persönlichen Interessen entsprechend“; in diesem Fall versteckt sich der Gesellschafter nicht mehr hinter dem „Deckmantel“ der Gesellschaft, womit die Haftung primär und kontraktual wird

Wegen des nicht wirklich gelungenen § 50 Wirtschaftsgesetz und der Formulierung des Übergangs der Haftung werden in der Fachliteratur viele Probleme beleuchtet:

- a) Nach Tamás Török müsste nur die Haftung des über entschiedenen Einfluss verfügenden Gesellschafters vorgeschrieben werden, da nur dieser Gesellschafter in der Lage ist, das Begehungsverhalten zu verwirklichen¹⁰
- b) Gábor Zoltán Szabó bemängelt, dass die personelle Geltung des Sachverhalts sich nicht auf den sich noch vor der Auflösung der Gesellschaft von der Gesellschaft trennenden, den Missbrauch vollziehenden Gesellschafter erstreckt¹¹
- c) Tibor Kiss ist der Ansicht, dass die Vorschrift nur im Falle einer natürlichen Person als Gesellschafter auslegbar ist, da ein Gesellschafter mit Rechtsperson sich nicht hinter einer anderen Rechtsperson „verstecken“ muss¹²
- d) Márta Brehószki hält es für wesentlich, hervorzuheben, dass diejenigen, deren Ansprüche der Liquidator nicht registriert hat, auch kein Verfahren auf Schadenersatz gegen den Gesellschafter anstrengen können¹³

⁹ KISFALUDI (2007), 268. p.

¹⁰ TÖRÖK (2007), 300. p.

¹¹ SZABÓ, Gábor Zoltán A gazdasági társaság tagjának felelősségéről (Über die Haftung des Gesellschaftsmitglieds) *Gazdaság és Jog* (Wirtschaft und Recht) 11/1998., p. 12.

¹² KISS, Tibor Felelősség-áttörés a bírói gyakorlatban (Durchgriffshaftung in der Rechtsprechung) *Debreceni Jogi Műhely* (Rechtswerkstatt von Debrecen) 1/2010., http://www.law.kete.hu/jogimuhely6cikk_2010_01_kiss.php

¹³ BREHÓSZKI, Márta Mennyire korlátozt a jogi személy gazdasági társaságok tagjainak felelőssége? A felelősség-áttörés hazánkban és a „lepelátszúrás” doktrínája az Amerikai Egyesült Államokban (Wie beschränkt ist die Haftung des Mitglieds der Wirtschaftsgesellschaften mit Rechtspersönlichkeit? Die Durchgriffshaftung in unserer Heimat und „piercing of the veil” in den Vereinigten Staaten von Amerika) PhD-Dissertation Bp., PPKE, 2010., p. 46.

- e) Nach György Wellmann wird die Anwendung von § 50 Wirtschaftsgesetz dadurch erschwert, dass daraus die Anwendbarkeit des Entschuldungssystems nicht hervorgeht, weiterhin vermisst er die ausdrückliche Definition des ursächlichen Zusammenhanges (zwischen dem Missbrauch durch den Gesellschafter und der Gläubigerschädigung) wegen deren Notwendigkeit (nur bei einem der besonderen Sachverhalte kommt der Ausdruck „damit“ vor)¹⁴
- f) András Kisfaludi weist darauf hin, dass in den Geltungsbereich von § 50 Wirtschaftsgesetz nur die Verhaltensformen fallen, die im Kreis der Ausübung von Gesellschafts- und anderen Rechten verblieben und nicht in das Gebiet der Rechtswidrigkeit abgerutscht sind, weiterhin wirft er die Gefahr der Vervielfachung der Verantwortung wegen § 13 (4) Wirtschaftsgesetz, der in § 50 (2) Wirtschaftsgesetz einbezogen wurde, auf und beleuchtet auch die Rechtsunsicherheit, die sich aus dem Fehlen der Zeitdimension des Missbrauchs durch den Gesellschafter (Wie lange vor der Auflösung der Gesellschaft ohne Rechtsnachfolger ist der Missbrauch erfolgt, um relevant zu sein?) ergibt, gleichfalls hält er die Rechtshandlungen „wie über sein eigenes verfügen“ (durch Übertragung kann nur von einem Eigentümer Eigentum erlangt werden) und „zu eigenen Gunsten vermindern“ (konkurriert mit § 203 UZGB) über das UZGB für regelbar¹⁵

Ich werfe nach unserer eigenen Ansicht weitere Probleme auf:

- unser Vorschlag, der sich einzig auf den Wortgebrauch bezieht, besteht darin, statt des eher auf einen geistigen Zustand hinweisenden Wortes „beschränkt“, den Ausdruck „eingeschränkt“ zu verwenden
- aus rechtsdogmatischer Sicht ist auch das Operieren mit dem Ausdruck „eingeschränkte Haftung“ nicht angemessen: in der Grundsituation hat der Kommanditist der KG, der Gesellschafter der GmbH und der Aktionär keine Haftung, diese kann nur bei Eintritt besonderer, bestimmter Bedingungen in eingeschränktem oder uneingeschränktem Maße auftreten¹⁶

¹⁴ WELLMANN (2008), pp. 5-6.

¹⁵ KISFALUDI (2007), p. 268.; KISFALUDI (2008) pp. 668-669., 671-672., 270-271.

¹⁶ PAPP (2011), pp. 390-391., 400-401., 446-447.

- die Formulierung von § 50 (2) Wirtschaftsgesetz kann gleichermaßen auf die Schuldigkeit und die Arglistigkeit hinweisen, wobei sich das Maß und die Rechtsgrundlage der Haftung nach § 339 (1) UZGB richtet: In der Fachliteratur und auch in der richterlichen Praxis werden sie trotz der nicht allzu glücklichen Definition wie Formen mit subjektiver Rechtsgrundlage (auf der Anlastbarkeit basierend) und ordentlicher Haftung behandelt
- das Wort „Sorgfalt“ in § 50 (2) Wirtschaftsgesetz ist in mehrererlei Hinsicht problematisch: einerseits kann es nur bei natürlichen Personen angewendet werden, andererseits ist die Füllung des Maßes der „allgemein zu erwartenden Sorgfalt“ mit einem Inhalt beschwerlich, weil aus dem Maßstab für ein Individuum ein solcher mit generellem Charakter gebildet werden müsste und schließlich die Frage, ob sich der Missbrauch laut Sachverhalt ohne Sorgfalt verwirklichen lässt
- in § 13 (4) Wirtschaftsgesetz, der in § 50 (2) Wirtschaftsgesetz einbezogen wurde, wird der Kreis der Geschädigten unklar (bei ersterer sind nicht die Gläubiger die Geschädigten des Missbrauchs, sondern die Gesellschaft und höchstens mittelbar – wenn überhaupt – die Gläubiger)
- die Überbewertung des Apports nach Absatz (4) von § 13 Wirtschaftsgesetz und die Rolle und Aktualität von dessen arglistiger Annahme nach der Auflösung ohne Rechtsnachfolger einer lange existierenden Gesellschaft sind nicht wirklich klar
- in Bezug auf den Kommanditisten der Kommanditgesellschaft ist „der Missbrauch der gesonderten Rechtspersönlichkeit zu Ungunsten der Gläubiger“ – vorläufig – wegen der fehlenden Rechtspersönlichkeit dieser Gesellschaft nicht anwendbar: hinsichtlich der drei Mitgliedsarten mit sog. eingeschränkter Haftung kann das Missbrauchsverhalten des Kommanditisten enger sein, deshalb wäre es ausgehend vom Prinzip des Firmenschutzes glücklicher gewesen, den Ausdruck „gesondertes Rechtssubjekt“ anstelle von „Rechtspersönlichkeit“ zu benutzen (unsere Bemerkung verliert bei Rekodifikation des UZGB ihren Sinn)

2.2 Die Gegenwart

Für ihre Verbindlichkeiten muss die juristische Person mit ihrem eigenen Vermögen einstehen; die Mitglieder und der Gründer der juristischen Person haften nicht für die Schulden der juristischen Person. Wenn ein Mitglied oder Gründer der juristischen Person seine beschränkte Haftung missbraucht hat und deswegen bei der Auflösung der juristischen Person ohne Rechtsnachfolger unbefriedigte Gläubigerforderungen übrig geblieben sind, muss das Mitglied oder der Gründer für diese Schulden unbegrenzt einstehen.¹⁷ Die Füllung des Tatbestandes mit dem Inhalt ist die Aufgabe der Gerichte und der theoretischen Fachleute.

III. Durchgriffshaftung

3.1 Bis zum neuen UZGB

Aufgrund der Tätigkeit von István Kemenes¹⁸ kam das Gutachten 1/2005. (17.VI.) des Kollegiums, modifiziert durch das Gutachten 2/2008. (4.XII.) des Bürgerlichen Kollegiums des Gerichtshofes Szeged zustande, welches durch die Bestimmung des Sachverhalts des Missbrauchs des gesonderten Rechtssubjekts der Rechtsperson das Rechtsinstitut der Durchgriffshaftung entwickelte.

Gegenüber dem Gesellschafter, der im Tätigkeitsbereich der Rechtsperson verfährt,¹⁹ lassen sich die Rechtsperson belastende bürgerlich-rechtliche Folgen durch die mit der Rechtsperson in einem vertraglichen oder außervertraglichen Rechtsverhältnis stehenden geschädigten Dritten ausnahmsweise direkt – außer den im Gesetz bestimmten Fällen – nur dann geltend machen, wenn der Gesellschafter die aus der gesonderten Haftung der Rechtsperson stammenden Vorteile, die daraus hervorgehenden Berechtigungen durch vorsätzliches Verhalten schwer missbraucht. Der Missbrauch der gesonderten Haftung der Rechtsperson wird beson-

¹⁷ Gesetz Nr. V von 2013 über das Bürgerliche Gesetzbuch 3:2.

¹⁸ KEMENES, István A jogi személy elkülönült felelősségének áttörése (Durchgriff der getrennten Haftung des Rechtsperson) Acta Universitas Szegediensis, Acta Juridica et Politica, Tomus LVIII., Fasciculus 1-41., Szeged, 2000., pp. 315-330.; KEMENES, István Felelősségi kérdések és visszaélésszerű joggyakorlás a gazdaságban (Haftungsfragen und missbräuliche Rechtsübung in der Wirtschaft) Gazdaság és Jog (Wirtschaft und Recht) 5/2000., pp. 2-9.

¹⁹ Fejér Megyei Bíróság 5. Pf. 22.104/2009/18.

ders dann verwirklicht, wenn die Rechtsperson mit einem Ziel betrieben wird, das im Gegensatz zur Rechtsordnung steht und die ausgesprochene Schädigung Dritter (Gläubiger) zum Ziel hat. Ein Rechtsmissbrauch liegt auch dann vor, wenn der Gesellschafter äußerlich den Anschein erweckt, dass er im Namen und Interesse der Rechtsperson verfährt, tatsächlich jedoch Vermögensvorteile zugunsten seines Privatvermögens abzieht. Als Konsequenz des Rechtsmissbrauchs kann sich der Gesellschafter nicht auf die gesonderte Haftung der Rechtsperson berufen. Der in eigener Person haftende Gesellschafter hat nach den Regeln der außervertraglichen Schadensverursachung dem mit der Rechtsperson in einem (vertraglichen oder außervertraglichen) Rechtsverhältnis stehenden, den Schaden erlittenen Dritten gegenüber einzustehen. Die kontraktuale oder deliktische Haftung der Rechtsperson und die außervertragliche Haftung des Gesellschafters sind in einem solchen Fall gesamtschuldnerisch.²⁰

Der Missbrauch der Rechtspersönlichkeit verletzt das Grundprinzip von Treu und Glauben aus dem bürgerlichen Recht und verstößt gegen das gesetzliche Verbot des Rechtsmissbrauchs. Der Missbrauch der Rechtspersönlichkeit richtet sich darauf, dass der Gesellschafter der Rechtsperson unter Ausnutzung der rechtlichen Vorteile, die sich aus dem gesonderten Rechtssubjekt, dem separaten Vermögen und der Haftung der Rechtsperson ergeben, als natürliche Person hinsichtlich seines Privatvermögens von den direkten Rechtsfolgen der direkten bürgerlich rechtlichen Haftung befreit ist. Er übt die aus dem Status der Rechtspersönlichkeit hervorgehende vorteilhafte Kombination von Berechtigungen zu Zwecken aus, die nicht zu deren gesellschaftlichen Bestimmungen passen. Durch das vorsätzliche, betrügerische, gezielte Verhalten werden die gesetzlichen Interessen der Personen beeinträchtigt und geschädigt, um unzulässige – Privatinteressen befriedigende – Vorteile zu erlangen.²¹

Mangels eines gesonderten gesetzlichen Sachverhalts bilden die Vorschriften des UZGB zu den Grundprinzipien die Rechtsgrundlage der abgetrennten Durchgriffshaftung (keine selbstständige Rechtsgrundlage für die Haftung, zieht nur die Durchgriffshaftung nach sich): die Rechtsausübung nach Treu und Glauben, die gegenseitige Zusammenarbeit und die Anforderungen der allgemeinen Erwartung sowie das Verbot des Rechtsmissbrauchs. Das Verhalten der natürlichen Person als Gesellschafter verwirklicht den Tatbestand des Vertragsbruchs oder Delikts der Rechtsperson: Das Verhalten der beiden Rechtssubjekte ist gleich. Zur Durch-

²⁰ SZIT PK 1/2005. (VI. 17.) (módosítva: 2/2008. (XII. 4.) véleménnyel) véleménye.

²¹ SZIT PK 1/2005. (VI. 17.) (módosítva: 2/2008. (XII. 4.) véleménnyel) véleménye.

griffshaftung der Rechtsperson wird in der richterlichen Praxis seitens des Gesellschafters ein Mehrheitselement gefordert: Die rechtswidrige und anlastbare Verursachung eines Nachteils ist nicht ausreichend, sie muss den Sachverhalt des vorsätzlichen, betrügerischen und gezielten Missbrauchs erfüllen.²² Das Mehrheitselement ist also nichts anderes, als die schwere Verletzung der aus der Rechtspersönlichkeit hervorgehenden bestimmungsgemäßen Rechtsausübung, die Verwirklichung des Missbrauchs des Rechts. Die Rechtsgrundlage für die direkte Haftung des Gesellschafters ist die offenbare, herausragende und grobe Verletzung der Grundprinzipien des bürgerlichen Rechts, dessen Rechtsfolge ist, dass sich der Gesellschafter nicht auf die gesonderte Haftung der Rechtsperson berufen kann. Der in der eigenen Person haftende Gesellschafter hat nach den Regeln der außervertraglichen Schadensverursachung (§ 339 (1) UZGB: ordentliche Haftungsform, basierend auf einer subjektiven Rechtsgrundlage und Anlastbarkeit) einzustehen, und die Haftung der Rechtsperson (kontraktual/deliktsch) sowie des Gesellschafters (deliktisch) ist gesamtschuldnerisch.²³

In der seit der Meinungsbildung des Kollegiums vergangenen Zeit hat die richterliche Praxis die Anwendbarkeit des Rechtsmittels der Durchgriffshaftung erweitert: sie wird als auch auf Personen ausdehnbar angesehen, die bei der Rechtsperson ein leitendes Amt bekleiden und so mit dieser in einem Rechtsverhältnis stehen. Der Durchgriff, der sich auf die allgemeine Regel der gesonderten Haftung bei einer noch existierenden Wirtschaftsgesellschaft (GmbH) bezieht, kann nur in Ausnahmefällen erfolgen, wenn feststellbar ist, dass das Ziel des an der Schädigung beteiligten leitenden Amtsinhabers mit der Gründung bzw. der Betreibung der Rechtsperson die unlautere Ausnutzung der aus dem gesonderten Rechtssubjekt und der Haftung der Rechtsperson stammenden Vorteile war, dass er das gesonderte Vermögen der Rechtsperson ausschließlich für seine eigenen Zwecke, im Interesse der Vermehrung seines Privatvermögens nutzte und mit der Gründung bzw. dem Betrieb der Rechtsperson ausschließlich deren Vertragspartner täuschen wollte.²⁴

Dem im Gutachten des Bürgerlichen Kollegiums ausgebildeten Standpunkt und der vorangegangenen bzw. darauf aufbauenden richter-

²² BDT 2003. 840.; BDT 2008. 99. II.; BDT 2008. 1802.; DfT Gf. IV. 30.044/2010/7.; SZfT Pf. I. 20.409/2011.

²³ PAPP (2011), p. 251.

²⁴ DfT Gf. IV. 30.044/2010/7.

lichen Praxis stimmen – nach den oben ausgeführten Gründen – Tibor Nochta,²⁵ Márta Brehószki²⁶ und auch die Autorin dieser Studie zu.

György Wellmann²⁷ und – ihm nachfolgend – Tamás Török²⁸ stimmen der Meinung des bürgerlichen Kollegiums aus nachstehenden Gründen nicht zu:

- die Durchgriffshaftung kann nur auf einer ausdrücklichen Gesetzesverordnung gründen, nicht auf einem richterlichen Urteil, weil das zur Rechtsunsicherheit führt
- einer rechtsbildenden richterlichen Praxis kann nur solange Raum gewährt werden, solange für die Durchgriffshaftung (sic!: Verwaschen des Übergangs der Haftung und der Durchgriffshaftung, Behandlung als Synonym) keine gesetzlichen Sachverhalte vorhanden sind
- die richterliche Praxis, die die Durchgriffshaftung anwendet, widerspricht den Anforderungen der Rechtssicherheit, der Berechenbarkeit und der Vorhersehbarkeit und gilt nicht als Ebene der Rechtsquelle
- was nicht im positiven Recht formuliert ist, hat keine abschreckende Kraft
- die Verletzung der Grundprinzipien des UZGB bedeutet keine selbständige Haftungsbasis (sic!: durch die Meinung des Bürgerlichen Kollegiums wird das auch nicht festgestellt, sondern dass die Verletzung der Grundprinzipien die Durchgriffshaftung zur Folge hat)

Meiner Ansicht nach lässt sich die “Schärfe” der dargelegten Vorbehalte wegnehmen, der Berufung auf die Verletzung der Grundprinzipien des UZGB sollte der Hinweis auf § 9, (2) Wirtschaftsgesetz vorausgehen, das heißt in Bezug auf die im Gesellschaftsgesetz nicht geregelten Vermögens- und Persönlichkeitsverhältnisse der Wirtschaftsgesellschaften und ihrer Gesellschafter sind entsprechend die Verordnungen des UZGB maßgeblich. Dadurch wurde zwar kein gesonderter Haftungssachverhalt im Wirtschaftsgesetz konstruiert, jedoch wird damit die direkte Durchlässigkeit zu den Haftungsverordnungen des UZGB geschaffen und die Gefahr der Rechtsunsicherheit abgewehrt.

²⁵ NOCHTA (2011), p. 279.

²⁶ BREHÓSZKI (2010), pp. 49–51.

²⁷ WELLMANN (2008), p. 7.; WELLMANN (2006), p. 6.

²⁸ TÖRÖK (2007), pp. 296–297.

Worin weicht die Durchgriffshaftung vom Übergang der Haftung ab?
Wir verweisen auf einige Kriterien:

- sie kann sich an existierende, funktionierende Rechtspersonen anschließen
- sie kann nicht nur auf Wirtschaftsgesellschaften mit Rechtspersönlichkeit erweitert werden, sondern auf jede, über Mitgliedschaft verfügende Rechtsperson (z. B.: Genossenschaft, Verein, Interessenvereinigung)
- im Gesellschaftsgesetz existiert keine ausdrückliche Verfügung zu diesem Gegenstand
- die Charakteristika der Haftung (Rechtsgrundlage, Ausmaß, Charakter) sind geklärt und eindeutig
- das Rechtsmittel wurde nicht nur für den „bestimmenden Gesellschafter“ ausgearbeitet
- es wird tatsächlich die Hülle des gesonderten Rechtssubjekts der Rechtsperson durchbrochen, da der Gesellschafter, welcher die Rechtspersönlichkeit der existierenden Rechtsperson (und nicht der beschränkten Gesellschaftshaftung) missbraucht, zusammen mit der Rechtsperson und neben dieser (Gesamtschuld) dem geschädigten Dritten gegenüber einzustehen hat, und die Haftung wird – mangels des Entstehens der Gesellschaft – nicht nur auf den missbrauchenden Gesellschafter übertragen
- das dogmatische Problem der “beschränkten Gesellschaftshaftung” tritt nicht auf, weil der Sachverhalt auch bei Rechtspersonen mit subsidiärer, unbeschränkter Gesellschaftshaftung (z. B.: Interessenvereinigung) anwendbar ist
- es ist nicht abhängig von der Anmeldung der Gläubigeransprüche im Auflösungsverfahren
- die mit der Schadensverursachung zusammenhängenden Verjährungsregeln des UZGB sind dabei maßgeblich, es gibt kein Problem der zeitlichen Dimension
- die Durchgriffshaftung wird im Falle der Verwirklichung der oben ausgeführten speziellen Sachverhaltselemente für eine Nutzung als Generalklausel sowie auch für eine rechtliche Weiterentwicklung als geeignet angesehen (siehe unten: neuerliche richterliche Praxis)

3.2 Die Gegenwart

Verursacht das Mitglied einer juristischen Person im Zusammenhang mit seinem Mitgliedsverhältnis einem Dritten gegenüber einen Schaden, haftet die juristische Person gegenüber dem Geschädigten. Das Mitglied haftet gesamtschuldnerisch mit der juristischen Person, wenn der Schaden vorsätzlich verursacht wurde.²⁹ Verursacht die Person mit Führungsaufgaben einer juristischen Person im Zusammenhang mit diesem Rechtsverhältnis einem Dritten gegenüber einen Schaden, haften die Person mit Führungsaufgaben und die juristische Person gesamtschuldnerisch gegenüber dem Geschädigten.³⁰ Auch hier bleibt die Füllung des Tatbestandes mit dem Inhalt die Aufgabe der Gerichte und der theoretischen Fachleute.

IV. Das Auftreten des Übergangs der Haftung und der Durchgriffshaftung in der richterlichen Praxis

In der richterlichen Praxis ist das Rechtsinstitut des Übergangs der Haftung, § 50 Wirtschaftsgesetz, wegen der oben dargestellten Anomalien nicht wirklich anwendbar.³¹ in verschwindend kleiner Zahl findet man unter den in gedruckter Form publizierten Fallentscheidungen Urteile mit diesem Gegenstand.

Auch bei den auffindbaren Beschlüssen wird versucht, die Tatbestandselemente von § 50 Wirtschaftsgesetz (nach der Auslösung der beendeten GmbH/AG/KG verbleiben nicht befriedigte Gläubigeransprüche, der Missbrauch des Gesellschafters verminderte/zog das Vermögen der Gesellschaft ab)³² den Eigentümlichkeiten der aufgetretenen Rechtsstreite zu entsprechen und über die Feststellbarkeit des Übergangs der Haftung zu entscheiden.³³

²⁹ Gesetz Nr. V von 2013 über das Bürgerliche Gesetzbuch 6:540. § (2), (3), unter dem Abschnitt: Haftung für durch andere Personen verursachte Schäden.

³⁰ Gesetz Nr. V von 2013 über das Bürgerliche Gesetzbuch 6:541. §, unter dem Abschnitt: Haftung für durch andere Personen verursachte Schäden.

³¹ LB Gfv. IX. 30.393/2010.; GYÍT Pf. IV. 20.101/2011/8.

³² BH 2011. 72.

³³ LB Pf. IV. 24.750/2001/10.; EBH 2005. 1228.; ÍH 2006. 124.; GYÍT Pf. IV. 20.314/2007/7.; SZÍT Gf. 30.387/2007/6.; SZÍT-H-GJ-2007-43.; BH 2007. 418.; BH 2008. 64.; GYÍT-H-PJ-2008-69.

Es kommt in der ungarischen Judikatur auch vor, dass das Begriffspaar Übergang der Haftung – Durchgriffshaftung vermischt wird, als Ausdruck mit einander ersetzendem Inhalt benutzt werden.³⁴

Anfang der 1990er Jahre kristallisierten sich in der ungarischen richterlichen Praxis im Zusammenhang mit der Durchgriffshaftung zwei Standpunkte heraus:

- dem einen zufolge ist bei Missbrauch der Rechtspersönlichkeit der Gesellschaftsvertrag ungültig; demnach existiert die Rechtsperson nicht, auf die Rechtsperson kann sich nicht berufen werden, der Rechtsstreit kann auf der Grundlage des UZGB entschieden werden³⁵
- der andere befasst sich nicht mit dem Umgehen der Rechtspersönlichkeit, sondern bewertet den Rechtsstreit (z. B.: Verstoß gegen die guten Sitten, Deckungsentzug) direkt auf der Grundlage der im Schuldrechtsteil des UZGB zu findenden Verordnungen³⁶

Ende der 90er Jahre ging die ungarische Rechtsprechung in die Richtung des oben ausgeführten Gutachtens des Kollegiums des Gerichtshofes Szeged zur Anwendung der Durchgriffshaftung: Es wurde zum Mittel der Verfolgung einer Serie von Straftaten im Zusammenhang mit einer bestehenden GmbH.³⁷

Das Gericht befand die Durchgriffshaftung als feststellbar,

- im Zusammenhang mit Wirtschaftsgesellschaften mit Rechtspersönlichkeit, die zur Begehung von Straftaten gegründet³⁸ und/oder betrieben wurden (mit dem Verweis, dass es keine Vorbedingung für die Durchgriffshaftung ist, dass das gegebene Verhalten auch gleichzeitig einen strafrechtlichen gesetzlichen Tatbestand erfüllt)³⁹
- wenn die Gesellschafter ihre Privatinteressen vor die Gesellschaftsinteressen stellen, um ein unrechtmäßiges Wachstum

³⁴ BDT 2005. 1142. I.; ÍH 2006. 178.; BH 2011. 64.

³⁵ KEMENES (2000), p. 326.

³⁶ BH 1994/4/203.; BH 1994/4/204.

³⁷ KEMENES (2000), p. 7.; EBH 1999. 118.; BH 1999/10/456.

³⁸ BH 1999. 465.; BDT 2002. 83.; BDT 2003. 93.; BDT 2006. 1475.; BDT 2006. 180.; GYÍT-H-GJ-2009-14.

³⁹ BDT 2002. 83.

ihres eigenen Privatvermögens hervorzurufen („betrügerische Unternehmensentleerung“)⁴⁰

Ein Grundtitel in der richterlichen Praxis in Bezug auf die Durchgriffshaftung ist die Notwendigkeit des Elementes des mehrfachen Tatbestandes zu deren Feststellung; das kann nur ausnahmsweise und in dem Fall geschehen, wenn der Missbrauch durch den Gesellschafter ein im Gegensatz zur Rechtsordnung stehendes Ziel hatte (zum Beispiel auf die Schädigung außenstehender Dritter gerichtet war) und die Rechtspersönlichkeit ausgesprochen die Abwehr der direkten bürgerlich-rechtlichen Haftungsrechtsfolgen für den Gesellschafter als natürliche Person zum Ziel hatte.⁴¹ In den Prozessen im Zusammenhang mit der Durchgriffshaftung konnte der Kläger

- den Missbrauch des gesonderten Rechtssubjekts der Rechtsperson entweder nicht beweisen⁴²
- oder entgegen der Verwirklichung des strafrechtlichen Tatbestandes des Betruges das mehrfache Element (betrügerischer, vorsätzlicher, gezielter Missbrauch) nicht beweisen⁴³

Auf obiger Grundlage können wir zu der Konsequenz gelangen, dass das Rechtsinstitut der Durchgriffshaftung von der ungarischen Gerichtsbarkeit innerhalb streng fixierter „Grenzpfosten“ konsequent und einheitlich behandelt wird.

Diese neueste Regulierung der Rechtsperson sehen wir so, dass die äußeren Persönlichkeitsmerkmale dieser Rechtsperson auf der Ebene der Rechtsvorschrift artikuliert werden und damit einem nicht abgeschlossenen rechtlichen Gebilde und der Ausbildung eines allzu heterogenen Sammelbegriffes einen Rahmen bieten und eine Grenze setzen. Vor der

⁴⁰ BDT 2002. 631.; BDT 2003. 840.; BDT 2005. 1142.; SZÍT-H-GJ-2007-43.; SZIT Gf. I. 30.387/2007/6.; BDT 2008. 1802.

⁴¹ VEZEKÉNYI, Ursula A korlátolt tagi részvényesi felelősség áttörése a társasági törvényekben a bírói gyakorlat tükrében (Durchgriff der Haftung des Mitgliedsaktionärs in den Gesellschaftsgesetzen im Spiegel der Rechtsprechung), in: Ünnepi kötet Sárközy Tamás születésének 65. évfordulójára (Festschrift zum 65. Geburtstag von T. Sárközy) PÁZMÁNDI, K. (Hrsg.) hvgorac, Bp., 2005., p. 315.

⁴² BDT 2003. 93.

⁴³ BH 2001. 103.; ÍH 2005. 83.; PíT Pf. III. 20.090/2006/3.; SZÍT Pf. I. 20.104/2007.; BDT 2008. 1802.; FíT 9 Pf. 20.192/2008/3.; SZÍT Gf. I. 30.096/2009.

Rechtswissenschaft in der Gegenwart steht auch weiterhin als ungeheure Herausforderung: die Schaffung des Begriffes der Rechtsperson und die Aufklärung der Haftungsfragen. Auf jeden Fall aber erfordert die rechtsdogmatische Begründung und Ziselierung jeder Ausgangsthese eine durchdachte, präzise und anstrengende Arbeit.

Das Verhältnis zwischen Unionsbürgerschaft und Staatsangehörigkeit der Mitgliedstaaten

Imola Schiffner

Universtätsassistentin Universität Szeged

“Mit der durch den Vertrag von Maastricht begründeten Unionsbürgerschaft wird zwischen den Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten ein auf Dauer angelegtes rechtliches Band geknüpft.”¹

Die Europäische Union ist als einzige internationale Entität der Welt anzusehen, die neben den Mitgliedstaaten ihren Individuen innerhalb eines Rechtssystems eine Staatsbürgerschaft bietet. Es stellt sich die grundlegende Frage, wie man das Verhältnis zwischen Unionsbürgerschaft und traditioneller Staatsangehörigkeit bestimmt.

Der Gedanke einer Unionsbürgerschaft ist schon in den 70iger Jahren in Unionskreisen diskutiert worden. Wie der sogenannte Tiedemann-Bericht schon 1975 feststellte, wäre eine ergänzende Kategorie zur Staatsangehörigkeit der einzelnen Mitgliedstaaten notwendig, eine, die die Europäische Union den Bürgern näher bringt und ihnen eine Reihe politischer, wirtschaftlicher und sozialer Rechte sichert, die die Unionsbürger auf dem gesamten Gebiet der Europäischen Union in gleicher Weise behandelt.²

Die mit dem Vertrag von Maastricht eingeführte Unionsbürgerschaftsregulierung baut diese neue Kategorie auf Grundlage der Staatsangehörigkeit der Mitgliedstaaten auf, wonach der Erhalt der Unionsbürgerschaft von einer vorhandenen Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates abhängig ist.

Der Vertrag von Amsterdam enthält weitere Ergänzungen, indem festgelegt wird, dass die Unionsbürgerschaft nur eine Ergänzung zur

¹ „Maastricht-Urteil“ des BVerfG vom 12. 10., BVerfG, 1 BvR 1993/10 vom 30.10.2010, Absatz-Nr. 1 - 24, para. 96.

² Tindemans, Leo. (1975) European Union. Report by Mr. Leo Tindemans, Prime Minister of Belgium, to the European Council. Bulletin of the European Communities, Supplement 1/76. (commonly called the Tindemans Report) http://aci.pitt.edu/942/1/political_tindemans_report.pdf

Staatsangehörigkeit der Mitgliedstaaten ist und diese nicht ersetzt. Im Lichte dieser Erkenntnisse können wir zusammenfassend feststellen, dass das Verhältnis zwischen Unionsbürgerschaft und Staatsangehörigkeit der Mitgliedstaaten hauptsächlich durch Ableitungen, Ergänzungen und Subsidiarität gekennzeichnet ist.

I. Die Unionsbürgerschaft als Staatsangehörigkeit? – Unterschiede

Die Einführung einer Unionsbürgerschaft lässt die nationale Staatsangehörigkeit in einem neuen Licht erscheinen.

Entsprechend dem traditionellen Standpunkt ist die nationale Staatsangehörigkeit Ausdruck staatlicher Souveränität. Die Staatsangehörigkeit symbolisiert die Zugehörigkeit zu einer politischen Gemeinschaft, rechtlich werden jedem Träger dieser Staatsangehörigkeit die gleichen Rechte gewährt und die gleichen Pflichten auferlegt.

Die Staatsangehörigkeit ist ein Rechtsverhältnis zwischen einem Staat oder einer politischen Entität und einem Individuum.³ Wie Arendt formuliert: „Dass es so etwas gibt wie ein Recht, Rechte zu haben – und dies ist gleichbedeutend damit, in einem Beziehungssystem zu leben, in dem man aufgrund von Handlungen und Meinungen beurteilt wird.“⁴ Wenn man die Unionsbürgerschaft genauer betrachtet, kann man feststellen, dass bezüglich bestimmter Aspekte eine Übereinstimmung mit der traditionellen Staatsangehörigkeit besteht.

Zum einen kam diese Übereinstimmung bewusst zustande, um für die in den Mitgliedstaaten lebenden Menschen eine Identität zu erhalten und eine Integration als politische Gemeinschaft zu fördern. Zum anderen aber auch sollte der Vertrag jedem, der über die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates verfügt, die gleichen Rechte zusichern. Ziel des Europäischen Gerichtshofes war es, einen solchen grundlegenden Rechtsstatus zu entwickeln, der den Berechtigten erlaubt, weitere Rechte einzufordern.⁵

³ Kochenov, Dimitry: *Ius Tractum of Many Faces: European Citizenship and the Difficult Relationship between Status and Rights*, in Columbia Journal of European Law, 15/2009, p.176.

⁴ Arendt, Hannah: *Der Niedergang des Nationalstaates und das Ende der Menschenrechte*. In: Hannah Arendt: *Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft. Antisemitismus, Imperialismus, totale Herrschaft*, Piper, München, 2001, p. 559–625.

⁵ Bosniak, Linda: *Citizenship Denationalized*, The Indiana Journal of Global Legal Studies, 7/2000., p.477.

Unabhängig davon, dass die Unionsbürgerschaft vollständig auf der Staatsangehörigkeit der Mitgliedstaaten beruht, also hierauf beruht bzw. einen abgeleiteten Status hat, betrachtet die Rechtswissenschaft die Unionsbürgerschaft und Staatsangehörigkeit der Mitgliedstaaten als zwei unterschiedliche Kategorien.⁶ Es sind nicht nur unterschiedliche Bezeichnungen im Gebrauch – „nationality“ und „citizenship“ (Staatsangehörigkeit und Bürgerschaft), sondern auch die an die Unionsbürgerschaft anknüpfenden Rechte können ausschließlich durch Unionsrecht reguliert werden und nur durch Unionsrecht können deren Berechtigungen geschützt werden.

Auch die Mitgliedstaaten der Europäischen Union sind bemüht, die beiden Kategorien zu trennen, schon wegen der Befürchtung, dass die Unionsbürgerschaft die Staatsangehörigkeit der Mitgliedstaaten ablösen könnte. Diesen Bestrebungen gab auch Dänemark Ausdruck, als es bezüglich der Bestimmungen des Vertrags von Maastricht ausführte, dass die Unionsbürgerschaft eine politische und Rechtskategorie sei, welche völlig anders sei als die Art Staatsangehörigkeit, welche die dänische Verfassung und das dänische Rechtssystem kenne. Die durch den Unionsvertrag formulierte Kategorie der Unionsbürgerschaft stimme nicht mit dem Rechtsstatus einer Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates überein.⁷ Die Mitgliedstaaten betrachten demnach die Staatsangehörigkeit als letzte Bastion staatlicher Souveränität⁸ und die Unionsbürgerschaft als ein Symbol, das keinesfalls das Verhältnis zwischen Staat und Individuum neu formuliert, sondern höchstens als Ergänzung das Gefühl einer europäischen Identität verstärkt.

Die Vertreter dieses Standpunktes bemühen sich, dieser Ansicht mit entsprechendem Nachdruck Geltung zu verschaffen, wobei die Staatsangehörigkeit der Mitgliedstaaten als primär und die Unionsbürgerschaft als sekundär betrachtet werden sollte. Das Verhältnis kann so nicht als gleichrangig betrachtet werden, denn solange die Staatsangehörigkeit der Mitgliedstaaten eine Unionsbürgerschaft automatisch nach sich zieht, ist aber der Besitz einer Unionsbürgerschaft allein nicht vorstellbar und kann

⁶ Schlussanträge des Generalanwalts M. Poiares Maduro vom 30. September 2009, C-135/08, Janko Rottmann v Freistaat Bayern, Slg.2010, I-01449, para.16.

⁷ Denmark and the Treaty on European Union (Annex 3) art. 1, 1992 O.J. C 348/1.

⁸ Vink, Maaten: Limits of European citizenship, European Integration, Policies in Netherlands, Veenendaal, Universal Press, 2003, p.17.

auch selbstverständlich umgekehrt keine Staatsangehörigkeit eines Unionsmitgliedstaates nach sich ziehen.⁹

Wiener stellt fest: „Die Bürger der Europäischen Union sind in erster Linie dem durch die einzelnen Mitgliedstaaten bestimmten Gesetzesrecht unterworfen und erst dann den durch die Union im Zusammenhang mit der Unionsbürgerschaft bestimmten Regeln.“¹⁰

Die Unionsbürgerschaft ist aber inzwischen mehr als nur ein Symbol. Zunächst hatte die Europäische Union ausschließlich eine Festigung der Beziehung zwischen den Bürgern und der Union und das Entstehen eines sogenannten bürgernahen Europas zum Ziel. Ausgehend von der Rechtspraxis des Europäischen Gerichtshofes funktioniert dies jedoch eher nach dem Muster der nationalen Mitgliedstaaten, die jedem Individuum einen grundsätzlichen Rechtsstatus sichern.

Die durch die Europäische Unionsbürgerschaft definierten Rechte führen so in vielen Fällen zu Überschneidungen mit den durch die Staatsangehörigkeit der Mitgliedstaaten definierten Rechten, wobei die Unionsrechte die der Mitgliedstaaten ergänzen und nicht ihnen untergeordnet bleiben.

II. Die Unionsbürgerschaft als grundsätzlicher Rechtsstatus

In der derzeitigen Regulierung unterscheidet sich die Unionsbürgerschaft auch von der traditionellen Staatsangehörigkeit, indem die Europäische Union ihren Bürgern ausschließlich Rechte vermittelt und keine Pflichten auferlegt.

Die Erklärung dazu findet sich wieder in dem ursprünglichen Ziel der Europäischen Union, das Vertrauen der Bürger bezüglich einer Unionsbürgerschaft zu festigen, ein sogenanntes demokratisches Defizit zu beseitigen und so die traditionellen Rechte der Staatsangehörigkeiten mit den Unionsrechten zu ergänzen. Das bedeutet aber keinesfalls, dass in Zukunft keine Pflichten durch Entscheidungen der Europäischen Union formuliert werden können.

⁹ Lippolis, Vincenzo: European Citizenship: What It Is and What It Could Be, in Massimo La Torre (Hrsg.): European Citizenship: An Institutional Challenge. p.317.

¹⁰ Wiener, Antje.: Rethinking citizenship: The Quest for Place-Orientated Participation in the EU, Oxford International Review, 7/1996, pp.44-51.

Zusammenfassend kann bezüglich der Rechte der Unionsbürgerschaft festgestellt werden, dass die mit einer Unionsbürgerschaft im Zusammenhang stehenden Regeln und Rechte politischer Natur waren und keinen Einfluss auf den Rechtsstatus der Bürger der Mitgliedstaaten hatten. Ansonsten lässt sich feststellen, dass außer den erwähnten europäischen Rechten und dem Recht auf konsularischen Schutz in Drittländern, eine Reihe an Rechten bezüglich der Unionsbürgerschaft definiert wurde, die schon früher Bestand hatte und zur Zeit der Europäischen Gemeinschaft anerkannt war.

Freizügigkeit, das Recht auf Aufenthalt und das Recht auf wirtschaftliche Betätigung, fungieren für die Unionsbürgerschaft als zentrale Rechte, obwohl der Kreis der Unionsbürger immer noch in wirtschaftlich aktive und nicht aktive Bürger unterschieden werden kann. Die mit der Unionsbürgerschaft einhergehenden Rechte bieten den Unionsbürgern einen größeren individuellen Freiraum. Die Bestrebungen einer einheitlichen Durchsetzung des Unionsrechtes veränderten langsam auch die Gesetzesbestimmungen des Staatsbürgerrechts der Mitgliedstaaten.

Diese Feststellung erhält besondere Bedeutung unter dem Gesichtspunkt, dass die Unionsbürgerschaft weiterhin nur abgeleitet ist, denn ohne Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates besteht auch keine Unionsbürgerschaft bzw. umgekehrt kann nur die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates aberkannt werden.

Die Europäische Union kann die Unionsbürgerschaft nicht selbstständig verleihen. Weiterhin war zu überlegen, wer als Unionsbürger definiert wird, da die Erlangung der Unionsbürgerschaft ausschließlich von der Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates abhängt und somit allein von nationalen Bestimmungen, die der ausschließlichen Souveränität eines Mitgliedstaates unterfallen.¹¹ Das beinhaltet schließlich auch das Recht, dass Mitgliedstaaten durch die rechtliche Umsetzung eigener Regulierungen bestimmte Gruppen von den Unionsbürgerschaftsrechten ausschließen können.¹²

Die aufgezeigte Entwicklung der Unionsbürgerschaft brachte jedoch auf diesem Bereich Veränderungen. Die Europäische Union belässt die Frage der Staatsangehörigkeit auch weiterhin der Souveränität

¹¹ Declaration on the Nationality of a Member State (1992) OJ C191/98.

¹² Einige Kategorien von britischen Staatsbürgern, so, „the british protected persons“, „british dependent territories citizens“, „british subjects without citizenship“ sind nicht als Unionsbürger zu betrachten bzw. C-192/99. The Queen gegen Secretary of State for the Home Department, ex parte: Manjit Kaur, Beteiligter: Justice., 2001 I-01237.

der Mitgliedstaaten, wobei diese bisherige Ausschließlichkeit gewisse Beschränkungen erhielt. Diese Beschränkungen sind einerseits das Ergebnis der durch den Europäischen Gerichtshof verfolgten Rechtspraxis, und andererseits dem Druck der Mitgliedstaaten zu verdanken.

Da die Unionsbürgerschaft auf der Staatsangehörigkeit der Mitgliedstaaten aufbaut, ist es für die jeweils anderen Mitgliedstaaten nicht gleichgültig, wer über die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates verfügt und somit die Freizügigkeit und das Recht auf freien Aufenthalt in Anspruch nehmen kann. Die so auf der Ebene der Europäischen Union entstehenden Migrationsprobleme können die einzelnen Mitgliedstaaten in bestimmten Fällen zur verschärften Anwendung der Regulierungen zur Staatsangehörigkeit zwingen. Zudem wird jenen Bürgern auf dem Gebiet der Europäischen Union, die aus Drittstaaten kommen, die Einbürgerung in einzelnen Mitgliedstaaten erleichtert, da sich ihr Status aus Unionsgesichtspunkten gegenüber Unionsbürgern aus den einzelnen Mitgliedstaaten nicht weiter unterscheidet. Diese Auswirkungen werden vor dem Hintergrund der Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Zusammenarbeit früher oder später zur Harmonisierung der Regulierungen der Staatsangehörigkeit führen. Es wird zu einer Begrenzung der Mitgliedstaatenkompetenz oder zumindest zu einer Rechtspraxis im Sinne des Europäischen Gerichtshofes im Zusammenhang mit der Unionsbürgerschaft kommen. Die in den letzten Jahren vom Europäischen Gerichtshof ausgehende Rechtspraxis versucht jene Freiheiten der Mitgliedstaaten zurückzudrängen.

III. Das Verhältnis von Unionsbürgerschaft und Staatsangehörigkeit im Fallrecht des Europäischen Gerichtshofes

Zunächst betrachtete der Gerichtshof die Unionsbürgerschaft kritisch,¹³ um dann nicht nur einen wirklichen Rechtsstatus zu schaffen, sondern auch stark auf das Verhältnis von Unionsbürgerschaft zur Staatsangehörigkeit der Mitgliedstaaten einzuwirken.¹⁴

¹³ Verbundene Rechtssachen C-64/96 und C-65/96., Land Nordrhein-Westfalen gegen Kari Uecker und Vera Jacquet gegen Land Nordrhein-Westfalen., 1997 I-03171., C-378/97, Strafverfahren gegen Florus Ariël Wijsenbeek., 1999 I-06207; T-66/95, Hedwig Kuchlenz-Winter gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften. 1998 I-06047.

¹⁴ O'Leary, Siofra: Putting Flesh on the Bones of European Union Citizenship, *European Law Review*, 24/1999, p.68.

Kostakopoulou führt hier aus, dass der Prozess in drei große Etappen unterteilt werden kann: *judicial minimalism* (1993-1997), *signalling intentions* (1998-2000), *engineering institutional change* (2001-2003). Zu Beginn ergab sich keine Möglichkeit der Rechtskategorisierung, da wegen der bloßen Formalität der Unionsbürgerschaft keine wirklichen Konflikten zwischen der Rechtspraxis der Mitgliedstaaten und dem Unionsrecht auftraten.¹⁵

In der zweiten Etappe kam es zu ersten Gerichtsentscheidungen, die bezüglich des Gleichheitsprinzips der Unionsbürgerschaft einen Inhalt gaben und bei grenzüberschreitende Elemente enthaltenden Rechtsfällen einen Schutz der Unionsbürgerschaft brachten.¹⁶

In der aus dem Gesichtspunkt der Rechtspraxis interessantesten Phase bewirkten jene Gerichtsurteile, dass die Unionsbürgerschaft nun nicht mehr nur als eine Ergänzung zur Staatsbürgerschaft der Mitgliedstaaten, sondern als grundlegender Rechtsstatus betrachtet werden kann.¹⁷

Die Urteile des Europäischen Gerichtshofes zur Rechtspraxis der Unionsbürgerschaft analysierten und beurteilten auch die Regulierungen und Maßnahmen der Mitgliedstaaten. So versuchte der Gerichtshof auf die Frage eine Antwort zu finden, inwieweit das Unionsrecht die Gestaltung der Bestimmungen der Mitgliedstaaten zur Staatsbürgerschaft beeinflussen kann bzw. ob das Unionsrecht die Mitgliedstaaten durch die Unionsbürgerschaft veranlassen kann, Entscheidungen zu verändern oder rückgängig zu machen. Bei der Analyse durch den Europäischen Gerichtshof berief man sich unter anderem auf der Ebene von Unionsrechtsnormen auf das Prinzip einer loyalen Zusammenarbeit, wobei die Mitgliedstaaten die Zuständigkeit der Europäischen Union anerkennen müssten, und gewisse Einschränkungen ihrer Handlungsfreiheit im Interesse der Verwirklichung bestimmter Unionsvorhaben akzeptieren müssten.¹⁸

¹⁵ Kostakopoulou, Dora: Ideas, Norms and European Citizenship: Explaining Institutional Change, *Modern Law Review*, 68/2005, p.245.

¹⁶ C-85/96. Maria Martinez Sala v. Freistaat Bayern, Slg. 1998, I-02691.

¹⁷ C-184/99, Rudy Grzelczyk v. Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve, Slg. 2001 I-06193., C-413/99, Baumbast und R v. Secretary of State for the Home Department, Slg. 2002, I-07091.

¹⁸ de Groot Gerard-René: The Relationship between Nationality legislation of the Member States of the European Union and European Citizenship in: La Torre, Massimo (Hrsg.) *European Citizenship: An Institutional Challenge*, The Hague: Kluwer Law International, 1998, p.115. 123.

In den Fällen von *Micheletti*¹⁹ und *Garcia Avello*²⁰ des Europäischen Gerichtshofes gelang es zum ersten Mal bei der Anwendung der für die Unionsbürgerschaft maßgeblichen nationalen Bestimmungen zur Staatsbürgerschaft eine Art Rahmen für die Mitgliedstaaten zu schaffen.

Der Gerichtshof erkannte die ausschließliche Zuständigkeit der Mitgliedstaaten bei der Gestaltung der Bestimmungen zur Staatsbürgerschaft an, jedoch betonte er, dass diese Bestimmungen im Einklang mit dem Unionsrecht stehen müssten.²¹

Der Europäische Gerichtshof schützte bezüglich des Unionsrechts die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten. Im *Micheletti*-Fall rief der Gerichtshof die Mitgliedstaaten dazu auf, die Verleihung der Staatsangehörigkeit eines anderen Mitgliedstaats anzuerkennen, vor allem dann, wenn es um die Verwirklichung europarechtlicher Grundfreiheiten für den Bürger geht.²² Ausgehend von diesem Urteil darf ein Mitgliedstaat keine weiteren Bedingungen an die Staatsbürgerschaft eines anderen Mitgliedstaates stellen und dadurch die Ausübung europarechtlicher Grundfreiheiten behindern.²³

Dieser Weg wurde durch den Gerichtshof weiter verfolgt und durch den *Zhu/Chen*-Fall ergänzt, der die sogenannte *Micheletti*-Doktrin damit erweiterte, dass die Verleihung der Staatsbürgerschaft durch einen Mitgliedstaat auch dann respektiert werden muss, wenn der Bürger ausschließlich die Staatsbürgerschaft erlangt hat, um ein europarechtliches Aufenthaltsrecht zu erhalten.²⁴

Auch im Fall *Garcia Avello* kam es zur Überprüfung der Staatsbürgerschaft eines Mitgliedstaates hinsichtlich des Unionsrechtes, als ein Kind mit einer doppelten Staatsbürgerschaft, entgegen der innerstaatlichen Bestimmungen des zuständigen Mitgliedstaates, eine Namensänderung beantragte und nach deren Ablehnung einen Verstoß gegen Unionsrecht geltend machte, da die begehrte Namensänderung nach dem Recht des anderen Mitgliedstaates zulässig gewesen wäre.²⁵ Vielleicht wurden die mit der Unionsbürgerschaft im Zusammenhang stehenden Rechte

¹⁹ C-369/90 Mario Vicente Micheletti und andere v. Delegacion del Gobierno en Cantabria, Slg.1992 I-04239

²⁰ C-148/02, Carlos Garcia Avello v. Belgium, Slg. 2003, I-11613.

²¹ C-369/90 Fall Micheletti, Slg. 1992. I-4239, para. 10.

²² C-369/90 Fall Micheletti, Slg.1992 I-4239, para. 10.

²³ C-369/90 Fall Micheletti, Slg.1992 I-4239, para. 26-27.

²⁴ Kunqian Catherine Zhu és Man Lavette Chen kontra Secretary of State for the Home Department, Slg. 2004 I-9925., para. 39-40.

²⁵ C-148/02, Fall Garcia Avello, Slg. 2003, I-11613.

zu überspannt angewandt²⁶, als das Diskriminierungsverbot zur Anwendung kam. Der Europäische Gerichtshof stellte fest, dass das Vorgehen des Belgischen Staates nicht europarechtskonform war, denn es führte zu vielen fachlichen und privaten Nachteilen und verhinderte die Anwendung der Regelungen des anderen Mitgliedstaates, was der Mitgliedstaat des Antragstellers jedoch nicht verhindern durfte.²⁷ Auch wenn der *Garcia Avello*-Fall im Fallrecht des Europäischen Gerichtshofes als Irrweg anzusehen ist,²⁸ so brachte die Vorgehensweise des Gerichtshofes in den Rechtssachen *Rottmann* und *Zambrano* wirkliche und nachvollziehbare Veränderungen. Im Zentrum dieser Veränderungen steht die Feststellung, nach der die Anwendung des Unionrechts nicht von einem grenzüberschreitenden Element (cross-border element/logic) abhängig ist, sondern nur davon, ob das Verhalten eines Mitgliedstaates die Durchsetzung der Unionsbürgerrechte unmöglich macht.²⁹

Im Mittelpunkt der Untersuchung des Falles *Rottmanns* steht die Unionsbürgerschaft selbst, im *Zambrano*-Fall jedoch die Umstände der Durchsetzung der mit ihr einhergehenden Rechte.

Der Gerichtshof stellt im Fall *Rottmann* das Recht der Mitgliedstaaten nicht in Frage, wen sie im Einklang mit dem Internationalen Recht als Staatsbürger betrachten³⁰, aber er forderte die Mitgliedstaaten dazu auf, dass eine solche Entscheidung mit dem Unionsrecht im Einklang stehen muss.³¹

Die Erkenntnisse aus der Rechtssache *Rottmann*, die Entscheidung in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten zu verweisen, kann die Unionsbürgerschaft beeinflussen und damit auch das Unionsrecht. Da der Verlust der Staatsbürgerschaft der Mitgliedstaaten auch den Verlust der Unionsbürgerschaft nach sich zieht, wie bei Herrn Rottmann, fällt eine solche Situation, „ihrem Wesen und ihren Folgen“ nach, unter das Unionsrecht.³² Nicht nur die Verleihung der Staatsbürgerschaft eines Mitgliedstaates, sondern auch deren Verlust berührt Unionsrecht.³³ Der Europäische Gerichtshof stellte auch fest, dass den Mitgliedstaaten Maßnahmen zur

²⁶ Kochenov (2011), p.88.

²⁷ C-148/02, Fall *Garcia Avello*, Slg. 2003, I-11613. para. 36.

²⁸ Es kann nämlich nicht erwartet werden, innerstaatliches Recht zu beschränken, um dem Recht eines anderen Mitgliedstaates Wirkung zu verschaffen.

²⁹ Kochenov (2011), p.73.

³⁰ Haager Übereinkommen von 1930 über Staatsangehörigkeit art. 1, Apr. 12, 1930, 179 L.N.T.S. 89, 99.

³¹ Case C-135/08, *Janko Rottmann v. Freistaat Bayern*, Slg 2010.I-01449, para.47.

³² Case C-135/08, Fall *Rottmann*, Slg 2010.I-01449, para.42.

³³ „Ihrem Wesen und ihren Folgen nach unter das Unionsrecht fällt.“

Einhaltung ihres eigenen Staatsbürgerschaftsrechts nicht verboten werden können, aber hierbei das Unionsrecht nicht außer Acht zu lassen und nach dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit vorzugehen sei, besonders dann, wenn die Maßnahmen die unionsrechtliche Stellung einschränken (*Rottmann-Test*).³⁴

In der Rechtssache *Zambrano* wurden weder die Unionsbürgerschaft noch die Staatsbürgerschaft der Mitgliedstaaten als solche in den Mittelpunkt der Analyse gestellt. Vielmehr wurden die zu einer Unionsbürgerschaft gehörenden Rechte betrachtet sowie deren Beachtung und Durchsetzung bei Urteilen einzelner Mitgliedstaaten. Hier erklärte der Europäische Gerichtshof das Urteil des Mitgliedstaates für unvereinbar mit dem Unionsrecht, weil aus seiner Sicht den Unionsbürgern der tatsächliche Genuss des Kernbestandes der Rechte, die ihnen der Status als Unionsbürger verleiht, verwehrt wurde.³⁵ Die über eine Unionsbürgerschaft verfügenden Kinder des Herrn *Zambrano* hätten das Gebiet des Mitgliedstaates verlassen müssen, sobald die belgischen Behörden den lediglich über eine Drittstaatsbürgerschaft verfügenden Eltern einen weiteren Aufenthalt verwehrt hätten. Der Gerichtshof sah den *Rottmann-Fall* als eine Annäherung und Erweiterung an, die Situation des Herrn *Zambrano* als einen in das Unionsrecht gehörenden Fall, auch wenn Herr *Zambrano* niemals über eine Unionsbürgerschaft verfügte, ausschließlich nur die unter seiner Obhut lebenden Kinder.³⁶ Auf indirekte Weise kann so der Rechtsstatus von Familienmitgliedern von Unionsbürgern dem Unionsrecht unterliegen, welches dann der Anwendung nationaler Vorschriften der Mitgliedstaaten entgegensteht.³⁷

Der Gerichtshof hat aber weder in Sachen *Rottmann* noch *Zambrano* eine Präzisierung vorgenommen, welchen Vorschriften des Unionsrechtes die Mitgliedstaaten entsprechen müssen³⁸ bzw. wann die Regulierungen und die Praxis der Mitgliedstaaten in Staatsbürgerschaftsfällen mit dem Unionsrecht im Einklang stehen.

Es entstand eine neue Vorgehensweise und die Durchsetzung der Unionsbürgerschaft in den Mitgliedstaaten wurde in einem neuen Licht betrachtet, bis die Rechtssache *McCarthy* zu gewissen Einschränkungen

³⁴ Case C-135/08, Fall *Rottmann*, Slg. 2010.I-01449, para.55.,59.

³⁵ Case C-34/09, *Ruiz Zambrano v. Office national de l'emploi*, Slg. 2011. I-01177 para.42.

³⁶ Case C-34/09, Fall *Zambrano*, Slg. 2011. I-01177 para.35.

³⁷ Case C-34/09, Fall *Zambrano*, Slg. 2011. I-01177 para.42.

³⁸ Tryfonidou, Alina: Redefining the Outer Boundaries of EU Law: The *Zambrano*, *McCarthy* and *Dereci* trilogy, *European Public Law*, 18/2012, p.511.

führte.³⁹ Von den Mitgliedstaaten kam eine Reihe von Anzeichen, dass die neuen Aspekte der Anwendung des Unionsrechtes ihre Entscheidungsfreiheit auf Gebieten, die bisher ausschließlichen ihrer Kompetenz unterlagen, in gefährlichem Maße einschränkten.⁴⁰

Frau McCarthy, eine Staatsangehörige des Vereinigten Königreiches, ehelichte einen jamaikanischen Staatsbürger und beantragte gemeinsam mit ihrem Ehemann eine Aufenthaltserlaubnis und eine Aufenthaltsurkunde nach Unionsrecht als Unionsbürgerin bzw. als Ehegatte einer Unionsbürgerin.

Der Gerichtshof beurteilte dies als einen in die innere Gerichtsbarkeit der Mitgliedstaaten gehörenden Fall, denn Frau McCarthy konnte sich weder auf das Recht auf Freizügigkeit noch auf die Aufenthaltsfreiheit berufen, weshalb Unionsrecht nicht zur Anwendung kam.⁴¹ Das Urteil des Mitgliedstaates, so der Gerichtshof, verpflichtete Frau McCarthy nämlich nicht zum „Verlassen des Hoheitsgebiets der Union.“⁴² Zwar war auch hier ein betroffenes Familienmitglied Drittländerstaatsbürger, nämlich ihr Ehemann, ähnlich wie in Sachen *Zambrano* (wobei das Familienmitglied nicht von Frau McCarthy abhängig war), der Gerichtshof entschied hier jedoch anders. Es fällt auf, dass der Gerichtshof nicht alle möglichen Konstellationen in diesem Fall geprüft hatte, die eventuell zu einer Einschränkung der zur Unionsbürgerschaft gehörenden Rechte hätten führen können. So gibt er keine Antwort auf die Frage, ob nicht das Recht auf Achtung ihres Privat- und *Familienlebens*, der Einheit der Familie verletzt wurde, auch unter Berücksichtigung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, bzw. ob nicht die Rechte der Unionsbürgerschaft verletzt wurden, denn wenn sich die Klägerin für die Familieneinheit entscheidet, müsste sie einen Mitgliedstaat der Europäischen Union verlassen. Das im McCarthy-Fall erfolgte Urteil ist auch so zu verstehen, dass der Gerichtshof den Mitgliedstaaten versichern wollte, nicht in unnötigem Maße die vertraglich zugesicherte Zuständigkeit in Staatsbürgerschaftsfragen zu beschneiden, um der Unionsbürgerschaft Geltung zu verschaffen.⁴³

³⁹ Case C-434/09, Shirley McCarthy v. Secretary of State for the Home Department., Slg. 2011.,I-03375.

⁴⁰ *Kochenov* (2011) p.74.

⁴¹ Case C-434/09, Fall McCarthy, Slg. 2011.,I-03375.,para. 45.

⁴² Case C-434/09, Shirley McCarthy v. Secretary of State for the Home Department., Slg. 2011.,I-03375, para. 50.

⁴³ *Kochenov*, (2011) p.74.

Die Entscheidung in der Rechtssache *McCarthy* dient auch als Beleg dafür, dass sich die ältere und die neuere Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes bezüglich ähnlicher Fälle nicht unbedingt gegenseitig widersprechen, sondern parallel angewandt werden können.⁴⁴ Zur neuen Rechtsprechung des Gerichtshofes kann gesagt werden, dass er die Auswirkungen von nationalen Maßnahmen auf die Rechte der Unionsbürgerschaft grundlegender prüft als früher. Wenn die Auswirkungen vernachlässigbar sind, entscheidet der Gerichtshof auch weiterhin in Abhängigkeit von grenzüberschreitenden Elementen über die Anwendung des Unionsrechts.⁴⁵

Hier muss die Rechtssache *Dereci*⁴⁶ erwähnt werden, bei der der Gerichtshof mit einer neueren Entscheidung die bezüglich der Unionsbürgerschaft vielleicht zu nachsichtig ausgelegte *Zambrano*-Formel einengt. Der Gerichtshof erläuterte wiederholt, dass die Unionsbürgerschaft ein grundlegender Rechtsstatus sein solle, auf den sich die Unionsbürger auch gegenüber ihrem Mitgliedstaat berufen können, wenn nationales Vorgehen vom dem tatsächlichen Genuss der Unionsbürgerschaft abhält.⁴⁷ Dies ist dann gegeben, wenn der Unionsbürger nicht nur den Mitgliedstaat, sondern das gesamte EU-Gebiet wegen Ausweisung von Familienmitgliedern verlassen muss (*Zambrano*), denn dann kann er die zum Rechtsstatus gehörenden Rechte nicht wahrnehmen.⁴⁸ Nach dem sich aus den Rechtssachen *McCarthy* und *Dereci* Ergebenden, rechtfertigt aber die Tatsache, dass es für einen Staatsbürger eines Mitgliedstaats allein aus wirtschaftlichen Gründen oder zur Aufrechterhaltung der Familiengemeinschaft im Gebiet der Union lediglich *wünschenswert* erscheinen könnte, dass sich Familienangehörige, die nicht die Staatsbürgerschaft eines Mitgliedstaats besitzen, mit ihm zusammen im Gebiet der Union aufhalten können, für sich genommen nicht die Annahme, dass der Unionsbürger gezwungen wäre, das Gebiet der Union zu verlassen, wenn kein Aufenthaltsrecht gewährt würde.⁴⁹ Herr *Dereci* verlautete zwar, dass er den sein Anliegen abweisenden Mitgliedstaat mit Sicherheit verlassen werde, eventuell auch das Gebiet der EU, die es ihm nicht erlaubt, mit seiner Familie zusammen zu leben. Somit verzichtete Herr *Dereci* aber auf die zur Unionsbür-

⁴⁴ Kochenov (2011), p.94.

⁴⁵ C-434/09, Fall *McCarthy*, Slg. 2011., I-03375., para.54., *Kochenov*, (2011) p.84.

⁴⁶ C-256/11., Murat *Dereci* und andere gegen Bundesministerium für Inneres., Slg.2011., I-11315.

⁴⁷ C-256/11., Fall *Dereci*., Slg.2011., I-11315., para. 63.

⁴⁸ C-256/11., Fall *Dereci*., Slg.2011., I-11315., para. 66.

⁴⁹ C-256/11., Fall *Dereci*., Slg.2011., I-11315., para. 68.

gerschaft gehörenden Rechte, weil eine Verpflichtung zum Verlassen des Mitgliedstaates nicht gegeben war.

Der Gerichtshof versuchte so von Fall zu Fall das Verhältnis zwischen Unionsbürgerschaft und den Regulierungen zur Staatsbürgerschaft der Mitgliedstaaten zu präzisieren, wobei immer noch ungeklärte Elemente vorhanden sind.

So bleibt eine unbeantwortete Frage, was unter der in den Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs erwähnten Bezeichnung: „der tatsächliche Genuss des Kernbestandes der Rechte, die ihnen der Unionsbürgerschaftsstatus verleiht“ zu verstehen ist. Ausgehend von der *Rottmann*-Entscheidung ist diese Berechtigung eindeutig in Gefahr, sollte der Unionsbürger seine Staatsbürgerschaft verlieren, was die Anwendung des Unionsrechts erforderlich macht. Im Fall *Zambrano* stellte sich auch heraus, dass nationale Entscheidungen auch faktische Auswirkungen auf die Inanspruchnahme der europäischen Rechte haben können, da auf indirekte Weise auch Personen betroffen sein können, die über eine Unionsbürgerschaft verfügen. Unterdessen erwartet der Europäische Gerichtshof eine genauere Definition, wenn die Mitgliedstaaten derartige Entscheidungen treffen, die eine Durchsetzung der zur Unionsbürgerschaft gehörenden Rechte verhindern und somit das Einschreiten der Union erfordern.

Eine weiterer wichtiger Schritt des Europäischen Gerichtshofes ist die viel weitere Auffassung bezüglich des erforderlichen Schutzes der Staatsbürger der Mitgliedstaaten durch die Europäische Union, auch gegenüber dem eigenen Mitgliedstaat zur Durchsetzung der zur Unionsbürgerschaft gehörenden Rechte. Somit gehört der Rechtsschutz der Bürger gegen Mitgliedstaaten in die Zuständigkeit des Unionsrechtes, wobei der Europäische Gerichtshof in Fragen der Staatsbürgerschaft als letzte Instanz fungiert.⁵⁰

Beide Ansichten können erst dann zur stabilen Grundlage des Fallrechtes in der Rechtspraxis des Europäischen Gerichtshofes werden, wenn der Europäische Gerichtshof auch bei zukünftigen Fällen den neuen Standpunkt vertritt und weiter präzisiert. Nur so kommt es zur eindeutigen Klärung der Frage, ob die Vorschriften der Mitgliedstaaten zum Staatsbürgerschaftsrecht durch Gesichtspunkte der Unionsbürgerschaft verdrängt werden. Man kann schon heute erkennen, dass der Schutz der zur Unionsbürgerschaft gehörenden Rechte, unabhängig von der Kompetenz der Mitgliedstaaten, unter allen Umständen der Zuständigkeit des

⁵⁰ Kochenov (2011), p. 96.

Europäischen Gerichtshofes unterliegen sollte, wobei von Fall zu Fall die Auslegung des Unionsrechtes präzisiert und neue Vorgehensweisen entwickelt werden sollten.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass traditionell in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten gehörende Fragen durch die Unionsbürgerschaft im Lichte des Unionsrechts beantwortet werden, wobei Entscheidungen eines Mitgliedstaates durch das Unionsrecht in bedeutender Weise beeinflusst werden können.

Die neue aktivere Auslegung der Unionsbürgerschaft erlaubt es den Bürgern der Mitgliedstaaten, sich auch dann auf europarechtliche Grundfreiheiten zu berufen, wenn sie auf dem Gebiet der Mitgliedstaaten bleiben und leben. Damit ist auch das Gleichheitsprinzip in neuem Licht zu sehen, denn damit wird es für die Union bedeutungslos, aus welchem Mitgliedstaat Staatsbürger Unionsbürger werden, ja sogar ob sie wirtschaftlich aktiv sind oder grenzüberschreitende Elemente vorliegen.

Das Entstehen des Unionrechts bringt über die Unionsbürgerschaft und die Regulierung des Staatsangehörigkeitsrechts der Mitgliedstaaten beide einander näher, wobei das Verhältnis zueinander einer neuen Betrachtungsweise unterzogen wird. Die Ziele des Europäischen Gerichtshofes sind eindeutig: die Schaffung eines Minimalstandards, in Verbindung mit dem Schutz der Rechte der Mitgliedstaaten Staatsbürger, der die Durchsetzung der zur Unionsbürgerschaft gehörenden Rechte durch die Mitgliedstaaten selbst garantiert, unabhängig von den nationalen Regelungen.

IV. Schlussfolgerungen

Durch die Rechtspraxis des Europäischen Gerichtshofes entwickelte sich die Unionsbürgerschaft zu einem autonomen grundlegenden Rechtsstatus, der selbst dann Unionsrecht berühren kann, wenn lediglich die Situation eines Bürgers im eigenen Mitgliedstaat in Frage steht, ohne grenzüberschreitenden Bezug. Obwohl das Erlangen der Unionsbürgerschaft an eine vorgeschaltete Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates gebunden ist, sichert sie für den Einzelnen Rechte, auch gegenüber dem eigenen Mitgliedstaat. Es ist auch der Rechtspraxis des Europäischen Gerichtshofes zu verdanken, dass die zum Bereich der Unionsbürgerschaft

gehörenden Rechte das Aufenthaltsrecht im eigenen Mitgliedstaat mit umfassen.⁵¹

Es besteht die Notwendigkeit in dieser neuen Situation, dass der Europäische Gerichtshof präzise Definitionen entwickelt, wie weit der „Ein-griff“ des Unionsrechts reichen kann, und wo die ausschließliche Kompetenz der Mitgliedstaaten bezüglich der Staatsangehörigkeit beginnt. Der Gerichtshof versuchte bei den letzten Entscheidungen eine Rechtsprechung zu entwickeln, die eine Hilfestellung für derartige Fälle bietet. Der Europäische Gerichtshof ist noch nicht konsequent genug und versucht nur in vorsichtigen Schritten in Richtung einer Überprüfung der Urteile der Mitgliedstaaten zu gehen.⁵²

Dem Fallrecht des Europäischen Gerichtshofes ist es zu verdanken, dass die gegenseitige Beeinflussung von Unionsbürgerschaft einerseits und nationalen Regelungen zum Staatsangehörigkeitsrecht andererseits nicht mehr in Frage gestellt werden kann und Beides schon eher gleichberechtigt nebeneinander steht. Dies bietet der Unionsbürgerschaft eine gewisse Weiterentwicklungsmöglichkeit. Fraglich bleibt aber, wann die einzelnen Vorschriften der Mitgliedstaaten zur Staatsangehörigkeit den EU-Erwartungen entsprechen werden und ob überhaupt eine Möglichkeit besteht, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet werden können, ihre Bestimmungen zur Staatsangehörigkeit zu ändern. Meiner Meinung nach kann die Europäische Union, wegen der Notwendigkeit der Rücksichtnahme auf die Souveränität der Mitgliedstaaten, nicht auf Änderungen des nationalen Rechts drängen, aber mit einer „*soft law*“-Position erreichen, dass eine gewisse ergänzende Harmonisierung durch die Mitgliedstaaten angestrebt wird.⁵³ Das könnte auch im Rahmen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes geschehen, aber auch bei der Verwirklichung von Unionszielen durch Koordinations- oder Unionsrechtsannäherungs-Maßnahmen.⁵⁴ So könnten z. B. Staatenlosigkeit und der Verlust der Unionsbürgerschaft, wie in der Rechtssache *Rottmann*, vermieden werden.

⁵¹ C-34/09, Fall Zambrano, Schlussanträge der Generalanwältin Eleanor Sharpston vom 30. September 2010. para. 101. „eigenständigen Aufenthaltsrechts“.

⁵² Mann Dennis-Jonathan-Purnhagen Kai P.: *The Nature of Union Citizenship between. Autonomy and Dependency on (Member). State Citizenship. A Comparative Analysis of the Rottmann Ruling, or: How to Avoid a European Dred Scott Decision?*, Wisconsin International Law Journal, 29/2012., p.484.

⁵³ Rostek, Karolina-Davies, Gareth: *The impact of Union citizenship on national citizenship policies*, European Integration online Papers, 4 Jul 2006., p.8.

⁵⁴ Richtlinie 2003/109/EG des Rates vom 25. November 2003, betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen. Die Richtlinie trägt zur Annäherung der einzelstaatlichen Vorgehensweisen und Rechtsvorschriften für die Zuerkennung der Rechtsstellung bei und legt die Voraussetzungen fest, unter denen langfristig Aufenthaltsbe-

Durch Anwendung von *ius soli-* und *ius sanguinis-Prinzipien* in entsprechender und zweckmäßiger Form könnten die mit der Staatsangehörigkeit eng zusammenhängenden, immer intensiver auftretenden Probleme zur Migrationspolitik der Europäischen Union gelöst werden.

Dieser Prozess befindet sich in Übereinstimmung mit dem im Unionsrecht festgehaltenen, allgemeinen Prinzip der loyalen Zusammenarbeit, das die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet, ein entsprechendes Verhalten zur Erreichung von Unionszielen zu demonstrieren bzw. den Fortbestand von Entscheidungen von Mitgliedstaaten, die die Durchsetzung von Unionsrecht verhindern, verbietet. Bisher hat die Union keine ernsthaften Pflichten formuliert, verheimlicht aber auch nicht die klaren Bestrebungen, die nationalen Regelungen zur Staatsangehörigkeit ihrer Mitgliedstaaten in Einklang mit der Migrationspolitik zu bringen und für Angehörige von Nicht-EU-Ländern eine langfristige Aufenthaltsberechtigung durch die Mitgliedstaaten und damit eine Unionsintegration zu schaffen. Natürlich verursachen diese Unionsbestrebungen unterschiedliche Reaktionen in den Mitgliedstaaten bzw. bei ihren Gesetzesgestaltern, abhängig davon ob ihre Bestimmungen zur Staatsangehörigkeit offen oder streng gefasst sind.

Immerhin hat sich das Verhältnis zwischen Unionsbürgerschaft und Staatsangehörigkeit so entwickelt, dass sich die Mitgliedstaaten im Interesse der Durchsetzung der zur Unionsbürgerschaft gehörenden Rechte und beim Schutz der Staatsbürger der Mitgliedstaaten ergänzen.

rechtigte sich in einem anderem EU-Land als dem, der ihnen die Rechtsstellung zuerkannt hat, aufhalten können.

The Practice of Leading Cases in the Hungarian High Court (Curia), with Special Attention to the Civil Procedure Act of 1911

Norbert Varga

Univ.-Dozent University of Szeged

The initiation and protection of legal security is one of the most important tasks of the judicial legal services. In order to create legal unity, the legislation created several different directives on the responsibilities of judges in the field of legal improvement.¹ In my paper, I do not wish to focus on the origins of the leading cases (decision pleni) or their significant role before the Civilian Era.² My primary goal is to describe the changes inflicted by the Act 54 of 1912 (Ppé), which brought the Act 1 of 1911 (Pp) into effect, while also touching the subject of depicting the necessary antecedents which were of utmost importance in order to understand the subjects, up to the point to the introduction of the Act 34 of 1930, which is about the simplification of jurisdiction. First of all, we have to examine the method of defining a leading case, and what can be considered as a leading case.³

¹ Szladits Károly: Jogszálytan. In: Szladits Károly (ed.): Magyar magánjog. Általános rész, Személyi jog. Grill Károly Könyvkiadó, Budapest, 1941. 124.

² See more from this period: Falcsik Dezső: A polgári perjog tankönyve. (Magyar polgári törvénykezési rendtartás.) 1. Vol. Politzer-féle Könyvkiadó-vállalat, Budapest, 1908. 36–37., Fodor Ármán, Márkus Dezső: A polgári törvénykezési rendtartás kézikönyve. 1. Vol. Singer és Wolfner, Budapest, 1894. passim, Magyary Géza: Magyar polgári perjog. Franklin-társulat, Budapest, s.d., 43–44. History of Act 1 of 1911: Kengyel Miklós: A bírói hatalom és felek rendelkezési joga a polgári perben. Osiris Kiadó, Budapest, 2003.148–166., Császár Ferenc: A magyarországi bírósági szervezet, - perlekedési rendelet, - telek- és betáblázási könyveket, - fenyítő-bírósági eljárást, - csődbírósági illetőséget és váltótörvénykezési megyei és városi eljárást ideiglenesen szabályozó rendeletek magyarázata. Emich Gusztáv Könyvkereskedése, Pest, 1851.

³ Fehérvári Jenő: Magyar magánjog kistükre. Budai-Nyomda, Budapest, 1936. 30., Beck Salamon, Névai László (eds.): Magyar polgári eljárásjog. Tankönyvkiadó, Budapest, 1962. 33. See: Tripartitum, Prologue, Chapter Eleven: „custom has threefold value. Namely, explanatory, as it is the best interpreter of the law; so when have to refer to the custom of the peace, and if it is clear from that there is no need deviate from the meaning given by custom. Secondly, it has abrogatory value, because it supersedes law when it contradicts custom. Thirdly, it has substantive value, because it replaces law where this is deficient.” In: János M. Bak, Péter Banyó, Martyn

The Council of Legal Unity of the Hungarian High Court enacted the leading case of legal unity, or the complete sessions of the common or penal councils of the Curia (or, as a third option, the mixed full session of the aforementioned councils of the two legal fields in question) enacted the leading case of the full session if the Curia wished to deviate from the standing-point described in their previous leading case. By using the words of Jenő Fehérváry, we can consider any “administrative decision with a core of principality”, verdicts and injunctions viewed from a substantial (material) point of view as a leading case.⁴ The Curia, the social security committee on legal unity of the High Court of Justice established leading cases from the time the Act 54 of 1912 came into effect (January 1st, 1913). The leading cases of these jurisdictional offices had strength, for they were the “foundations”, the legal sources.⁵

The Curia could also invoke such decision which could decide matters in the field of principalities during certain legal cases. The doctrinal decision case accepted into the Repertoire of Civil Law Decision (PHT) did not have the power of obligation on the lower courts, they only bound the councils of the High Court.⁶ By examining the previous statement, we can establish that the councils of the Curia could not diverge from the decisions established in the PHT until the Curia changed these in a leading case of legal unity.

In general, we can say that a leading case can be viewed as a principal agreement of a higher court, which were bound to follow by the courts up to the point where they were changed.⁷ When did the necessity to come up with leading cases arise?

The High Court’s creation of leading cases in civil rights was regulated by the 4th Paragraph of the Act 59 of 1881 (in the object of modifying the regulation of civil jurisdiction in the Act 54 of 1868), which stated that in order to “keep the administration of justice unified”, which means that in order to create a unified jurisdiction, the Curia was going to decide

Rady (eds.): *The Customary Law of the Renowned Kingdom of Hungary: A Work in Three Parts Rendered by Stephen Werbőczy (The “Tripartitum”).* Charles Schlacks, Jr., Publisher, Idyllwild CA; Department of Medieval Studies, Central European University, Budapest, 2005. 35.; Szladits, 1941. 127.

⁴ Fehérváry, 1936. 30.

⁵ Fehérváry, 1936. 30.

⁶ Szladits, 1941. 124.

⁷ See: Gaár Vilmos: *Döntvény.* In: Márkus Dezső (ed.): *Magyar jogi Lexikon.* 3. Vol., Pallas Irodalmi és Nyomdai Részvénytársaság, Budapest, 1900. 84.

during the full sessions of their civil councils, if a certain case fell under the field of civil law.⁸

The point of establishing leading cases, according to Vilmos Gaár, was to create legal unity “by the courthouses without appeal, and their different councils would treat the similar cases that reach them on an equal legal principle”.⁹ However, the application of leading cases in the lower courts was obliged by the Act 54 of 1912, in order to establish and maintain a unified jurisdiction.

This was the most important difference between the acceptance of the law which brought the civil procedure into effect and the law regulating the creation of leading cases before that time.

Before we move any further, we should examine in which case the Curia did make a decision based on principality first, using a specific example:

During a case of copyright infringement, the Curia established a doctrinal decision based on principality on April 15th, 1909 (No. 56). The Curia declared that the duplication and the publication of musical pieces protected by law on phonograph barrels or ariston discs is qualified as infringement based on the following legal case. From the collection of facts written down in the PHT, we can find out that teacher Dr. K. P. sued the respondents S. Á. and Brother company on the first, S. Á. on the second, and S. D. on the third degrees, on the pretence of copyright infringement, for the six pieces of music composed by the plaintiff for the opera version of “János Vitéz” were duplicated and published by the respondents on phonograph barrels and ariston discs. In this lawsuit, it had to be decided whether or not the multiplication of pieces of music on phonograph barrels and ariston discs qualifies as the mechanical duplication described in the law on copyright infringement (Act 16 of 1884).

In connection to this case, the Royal Court of Justice of Budapest determined that the songs “The Stem of the Bean”, “The Introduction of János Kukoricza”, “The Song of Iluska”, “The Flute Song”, “One Single Rose” and “Blue Lake” composed by the plaintiff for the opera “János Vitéz” were published and duplicated by the respondents using the aforementioned methods, thus perpetrating the act of copyright infringement to the detriment of the plaintiff.

The Royal Appeal Court of Budapest approved this verdict. In the case of infringement, the Curia did not change the verdict of the second

⁸ Kovács Marcel: A Polgári Perrendtartás magyarázata. 12. Book., Atheneum Irodalmi és Nyomdai Részvénytársulat, Budapest, 1932. 1703., Gaár, 1900. 85.

⁹ Gaár, 1900. 85.

appeal court, and their reasoning was as follows: by using historical legal interpretation, the judges called upon the records of the preparation of the law, especially the reasoning of the minister on the passing of the bill, which stated that “the purpose of the law is to protect intellectual property, and to ensure the protection of intellectual products in all ways”. According to the opinion of the committee of justice, this can only be achieved by maintaining the right to the material use of intellectual products only to the author.¹⁰ First, the law enforcer took the intention of the legislator into account. The publication rights belong exclusively to the author, and if this occurs without the specific permission of the author, then it can be considered as infringement according to the 5th Paragraph of the Act 16 of 1884. The court was looking for the answer of whether the transition of protected musical compositions to phonograph barrels and ariston discs is equal to the artificial duplication mentioned in the act, first by using historical legal interpretation, and then, according to the analogy.

It can be found in the reasoning of the bill that the artificial duplication is the general expression of this suggestion. The legislators meant the collection of all inventions of the printing press except for the typography which can be used for duplication, and more to this, according to the 2nd Article of the 5th Paragraph, simply writing down a section without legal permission was also considered as infringement.

According to this, the court explained that the “statement of artificial duplication by mechanical methods without discrimination or exceptions draws the reasonable conclusion that the legislation does not consider the definition of the concept of artificial duplication detailed and definitely finite in the framework including this reasoning”.¹¹

The court elaborated and explained their decision even further by stating that the understanding of the law by the literally and by expanding the law would create more and more opportunities for someone to break the restriction stated in the act because of the constant technical development and the new methods of duplication. According to the court’s point of view, the transition of musical pieces to barrels or discs is nothing more or less than an impression created by mechanical methods of musical pieces written down with the means of notes. In this case, the vocalisation of musical pieces to the audience is not done by human hands, but rather by a machine capable of emitting sounds, “so it is obvious that the written

¹⁰ Polgári Jogi Határozatok Tára. (hereinafter: PHT) Magyar Királyi Igazságügyminisztérium, Budapest, 1918. 1. Vol., doctrinal decision (hereinafter: E. H.) No. 56. 119., Országgyűlési Irományok, 1881. 7. Vol. 225. and 19. Vol. 255., 259.

¹¹ PHT. E. H. No. 56. 121.

or printed notes are completely replaced by the discs and the barrels, and, as such, they vocalise the concept in question with the same purpose and importance”.¹² In their appeal, the respondents defended themselves by stating that the use of mechanical instruments became more and more widespread during the preceding years, and that the plaintiff did not step up against that, therefore they are not guilty of infringement. However, the court did not accept their reasoning.

I. The Council of Legal Unity

The Council of Legal Unity of the Curia decided the lawsuits in cases when the High Court wished to divert from a decision on a question of doctrinal decision of the Curia, one which was recorded in the official collection.¹³ In such cases, the court had to wait for a legally unified decision on these questions of doctrinal decision. If the High Court made a decision based on opposing principalities, or the royal appeal courts, or royal courts of justice, or royal district courts used different practices in these matters of principalities and the President of the Curia or the Minister of Justice suggested the uniformed decision on the questionable matter.¹⁴

The Curia created four councils (civilian; land registry, copyhold and land parcelling; bill, commercial and bankruptcy; penal) every year to decide on the matters of principalities.¹⁵

The Curia ordered the Council of Legal Unity to assemble in the following lawsuit. Composer Ferencz Lehár and publisher József Kleinberg sued Adolf Héberling, an innkeeper from Győr in a case of copyright infringement, based on the fact that the in the respondent's inn *To the White Boat* he had the musical piece *Walzer* by Rastelbinder performed without the specific consent of the plaintiffs. The performance rights of said music belonged to the plaintiff based on the 51st Paragraph of the Act 54 of 1884. They claimed a 25-penny fee to be paid by the respondent for copyright infringement, and also a proper penalty based on the 19th Paragraph of the act. The question arose whether innkeeper could be punished and could be forced to pay a fee for hiring the band playing in the inn (gipsy musicians) who had no previously established repertoire, yet

¹² PHT. E. H. No. 56. 122.

¹³ Kovács, 1932. 1704.

¹⁴ Kovács, 1932. 1704. cf. Fehérváry, 1936. 30., Szladits, 1941. 125.

¹⁵ Kovács, 1932. 1704.

played the piece without the consent of the plaintiffs. The Curia amerced the respondent.¹⁶

What is interesting about this lawsuit is that the Curia wished to divert from the doctrinal decision No. 57, which, in this case, could not be done any other way than to submit the case to the Council of Legal Unity. In order to understand the reason behind the creation of leading case in order to achieve legal unity, we must look at the aforementioned doctrinal decision No. 57, for in that lawsuit, the High Court's decision was the complete opposite, and exempted the innkeeper, reasoning that "only that person can be held responsible for playing a musical piece in public but without legal permission who made a specific request, or implicitly allowed the unauthorized performance to happen". Yet this could not be decided specifically.¹⁷

The person responsible for the performance is considered the perpetrator of the crime *sui generis*. The court also determined the amount of compensation.

II. Full Session of the Curia

During the full sessions of the Curia, controversial matters had to be settled, and also if one of the committees of the Curia wished to divert from a decision established by the Curia in order to safeguard legal unity (leading case of Legal Unity) or a decision established during a full session of the Curia.¹⁸ These sessions also had to be assembled in cases when the President of the Curia or the Minister of Justice deemed necessary to change a leading case formed with the intention of providing legal unity or created during a full session.¹⁹ In such cases, the High Court adjudicated a leading case of full session.²⁰ After these, we should look at how a full session decision was adjudicated in practice.

The Curia overruled their leading case of Legal Unity No. 13 in their leading case of Full Session No. 84, which stated that a person who subrogates someone else in order to attend to one of the person in question's business, is only responsible for the damage caused to a third party which were caused during the tasks fulfilled in the deputy's line of duty if said

¹⁶ PHT. leading case of the Council of Legal Unity of Curia (hereinafter: J. D.) No. 448. 94-95.

¹⁷ PHT. E. H. No. 657. 124.

¹⁸ Kovács, 1932. 1705.

¹⁹ Kovács, 1932. 1706., Szladits, 1941. 125.

²⁰ Fehérváry, 1936. 30. Kovács, 1932. 1703.

person's guiltiness is proved. There is no culpability if the constitutor is able to prove that during the selection of the deputy and the provision of tools necessary to perform said task he or she acted with the utmost diligence, or if the damage would have happened even if the task was performed with the utmost diligence. This rule could not be practiced in cases when a law or a judge states the responsibility without culpability for the reasons of hazardousness, magnitude or nature of the factory or the occupation. The Curia wished to overrule decision No. 13 for it stated that the aforementioned general rule does not apply in cases where the material responsibility is established by means of a separate law or judicial practice.²¹

With the assistance of regular understanding, the Curia established that it is a general rule in compensational law that a person who does not perpetrate a misdemeanour cannot be held responsible. The offence and the damage must have a causal connection to each other. It was also a general rule that a person can only be held responsible for his or her own actions. The constitutor can only be held responsible for the caused damage done by his or her deputy to a third party while performing the duties entrusted to him or her if the hiring person was indeed guilty.

For further information, see Géza Márton's study, who determined in "Obligations of Compensation Caused by Illicit Activities", by the words of Béni Grosschmidt, the rules of "behind the scenes" or indirect responsibility were taken over from the German example (BGB) to the Hungarian Private Law Bill (1928, Mtj, 1721th Paragraph), which the Curia followed to the letter in the process of outlining the new decisions. This meant none other than the responsibility of the constitutor can only be based on his or her own responsibilities, but based on the section of equity (2nd Section), the constitutor can be held responsible just like everybody else, and can also be held responsible in absolute cases of innocent responsibility (for example, dangerous factory).²²

With the help of historical understanding, the court elaborated that Hungarian law is based on the principle of responsibility founded on culpability. Responsibility without culpability was only introduced by legislators in exceptional cases (for example, Act 25 of 1836 [law on corpora-

²¹ PTH. J. D. No. 534. 262., cf. PTH leading case of the Full Session of Curia (hereinafter: T. H.) No. 535. 268-269.

²² Marton Géza: Kártérítési kötelek jogellenes magatartásból. In: Szladits Károly (ed.): Magyar magánjog. Kötelemi jog különös része. Grill Károly Könyvkiadóvállalata, Budapest, 1942. 914-915. See more: Dezső Gyula: Az objectiv kártérítés tana. Függelék: az erkölcsi kár. Grill Károly Könyvkiadóvállalata, Budapest, 1917. 78-114.

tions, Act 18 of 1874 [law on railroads]). There is a difference between such cases and in cases where a person is under the supervision of another person, and, as such, causes damage to a third party. In these events, responsibility derives from the lack of adequate supervision (for example, Act 31 of 1879 [forest law], Act 12 of 1894 [law on country police]). The question of material responsibility only arises in cases of certain occupations and factories in judicial practice. "According to this, the full session of the Curia needs to state that as the general rule of our legal system, if a person orders someone else to fulfil a certain duty, such a person can only be held responsible for the damage caused illicitly to a third party by the deputy during the tasks he was to perform if the constitutor is culpable for the damage".²³

III. The Obligating Force of the Leading Case

As we look at the new regulation, one of the most important questions remains: how did the obligating force of the decision change? According to the 70th Paragraph of the Act 54 of 1912, it can be stated that the lower courts were ordered to uphold the legal unity and full session decision of the High Court up to the point where these were changed during one of the full sessions of the Curia.

It took the decisions to come into effect on the 15th day, and this countdown began from the time they were made public in the official periodical.²⁴ There is a radical difference if we compare the previous regulations, for according to the 4th Paragraph of the Act 59 of 1881 (the modification of the Act 54 of 1896, the Civil Procedures) and the 3rd Paragraph of the Act 18 of 1907 (the modification of the Act 38 of 1896), the decisions of the Curia made during a full session provide only guidelines in court cases. According to the 13th Paragraph of the Act 25 of 1890 (The Establishment of Royal High Courts of Justice), only the courts are obliged to keep to the decisions established in order to solve legal unity problems, if problems would arise with the different decisions of court-houses.²⁵ Of course, this did not rule out the voluntary legal compliance of the lower courts, quite the opposite, for as István Czövek stated in his

²³ PTH. T. H. No. 535. 272.

²⁴ Bacsó Jenő: A polgári perrendtartás tankönyve. Grill Károly Könyvkiadóvállalata, Budapest, 1917. 12.

²⁵ Kovács, 1932. 1707.

book on Civil Law published in 1822: “they serve as measuring braids for lower judges”.²⁶

Should we follow this line of thought, we should ask the question whether a leading case of legal unity or of a full session was considered a new law? If we use legal practice as a basis of our answer, we can state that these decisions were seen as laws to uphold, for even courthouses were obliged to follow them.²⁷

The regulative parts of the leading case had an obligating power for lower courts, this had legal source properties, but the descriptive part of their reasoning did not. The rules established on the obligating force of legal unity decision referred only to the decisions of the law in question, for only that particular decision was considered a leading case. The leading case of legal unity, which was described before the law came into effect, did not have the same scope.²⁸

To sum it all up, please allow me to close my study with the words of one of the greatest minds in the field of civil law, Béni Grosschmidt: “The public conviction of law is in fact just like an ore mine, by which I mean that somehow the miner digs up gold and silver and brings them up from the bottom of the Earth, thus not creating anything new, but lifts up the things which were already at the bottom of the mineshaft, just like the judge who, so to say, inaugurates common law, and does not actually favours but only understands and expresses the echo of things which were already parts of legal common conviction, thus already parts of the consumer law, and ready as these may be, only a part of consumer law which saw the light of day as it was brought up from the deep when the judge first used it in a specific legal case”.²⁹

²⁶ Czövek István: A magyar hazai polgári magános törvényről írott tanítások. Nemes Petrózai Trattnern János Tamás betűivel, Pest, 1922.67.

²⁷ Kovács, 1932. 1707.

²⁸ Kovács, 1932. 1708. cf. Beck Salamon, Névai László, 1962. 35.

²⁹ Grosschmidt Béni: Jogszabálytan. Athenaeum, 1905. 269., Szladits, 1941. 173.

The Faculty of Law of the University of Szeged and the Faculty of Law of the University of Potsdam have been fruitfully cooperating for more than a decade in the field of legal training. Based upon this partnership a scientific collaboration has evolved that led to the co-organization of conferences and publication of scientific works. The present volume is the result of one such cooperation.

The title of the book refers to the commitment of Hungarian and German lawyers towards European standards. It refers to those common values that serve as the foundation of the European legal development in the 21st century and that connect the dogmatic of different fields of law. The articles incorporated into the volume cover very diverse fields of research and precisely indicate how broad the range of interests of both the Hungarian and German researchers is.

ISSN 2199-9686
ISBN 978-3-86956-309-1

