

PLR

Pázmány

Law

Review

VII. (2019–2020)



PÁZMÁNY


Pázmány Péter Catholic University
Faculty of Law and Political Sciences

Budapest

Pázmány Law Review
VII. (2019–2020)
ISSN 2064-1818 (Print)
ISSN 2786-393X (Online)

Pázmány Péter Catholic University
Faculty of Law and Political Sciences
Budapest

General Editor:
Nadja EL BEHEIRI

Editorial Committee:
Nadja EL BEHEIRI,
János FRIVALDSZKY and Viktoria HARSÁGI
 beheiri.nadja@jak.ppke.hu

Editorial Board:
†János ZLINSZKY
Wolfgang WALDSTEIN
James CRAWFORD
Peter GOTTWALD
Viola HEUTGER
Caridad VELARDE
Helen ALVARÉ

Published by
Pázmány Péter Catholic University
Faculty of Law and Political Sciences
H–1088 Budapest, Szentkirályi u. 28–30.
Responsible publisher: Dr. István SZABÓ dean
www.jak.ppke.hu

Corrector: Mariann WEISZER
Prepared for printing by Andrea SZAKALINÉ SZEDER

Printed and bound by PPCU University Press.

CONTENT

THEMATIC FOCUS

Zlinszky János als Verfassungsrichter

Nadja EL BEHEIRI

Die Rolle der Tradition zwischen Legalität und Legitimität
im ungarischen Staatsrecht: Zlinszky János als Verfassungsrichter5

Lilla HEGEDÜS

Comparative Analysis of the Work of János Zlinszky and Wilhelm Röpke 17

Kinga ZAKARIÁS

Das Grundrecht am eigenen Bild27

CURRENT ISSUE

Education Rights

Szabolcs Anzelm SZUROMI, O.Praem.

Interfaith Conflicts and Possible Solutions Among Different
Religious Heritages51

Péter PACZOLAY

European Perspectives of Education Rights from the ECtHR59

Ákos KOZMA

Protecting Human Rights: the Right to Education in an Epidemic67

ARTICLES

Ernest C. BODURA

Der lange Weg zum nationalsprachlichen Unterricht des Römischen
Rechts: Der Fall Galizien im 19. Jahrhundert75

| | |
|--|-----|
| János ERDŐDY Quod cum minore gestum esse dicetur, animadvertam | 87 |
| Iván SIKLÓSI “Causa media” in Roman Law? | 99 |
| Csaba SZABÓ – Lóránd ÚJHÁZI La prospettiva canonica della cura pastorale dei poliziotti | 121 |
| Emese ÚJVÁRI Das Nagoya-Protokoll zur Biodiversitätskonvention und seine Umsetzung in der EU | 141 |

THEMATIC FOCUS:
Zlinszky János als Verfassungsrichter

DIE ROLLE DER TRADITION ZWISCHEN LEGALITÄT
UND LEGITIMITÄT IM UNGARISCHEN STAATSRECHT:

*Die Anfänge des Ungarischen Verfassungsgerichts
aus der Perspektive von János Zlinszky*

Nadja EL BEHEIRI
Univ. Prof., Katholische Universität Pázmány Péter

1. Die politische Wende zwischen Legalität und Legitimität

Der Titel eines Beitrages von János Zlinszky zu einer im Jahr 2012 erschienen Festschrift zum 70. Geburtstag von László Sólyom, dem ersten Präsidenten des ungarischen Verfassungsgerichts und Staatspräsidenten von 2005 bis 2010, lautet: „Ist das Verfassungsgericht für das Ausbleiben der politischen Wende verantwortlich?“¹ Mit dieser Fragestellung nimmt Zlinszky auf mehrfach formulierte Vorwürfe Bezug, dass die Erkenntnisse des Verfassungsgerichts dafür verantwortlich sind, dass die Entschädigungen für während der sozialistischen Epoche enteigneten Güter ausgeblieben sind oder nur zu einem geringen Umfang gewährt wurden.² Im Hintergrund dieses Vorwurfes steht die Tatsache, dass die Wende des Jahres 1989 in Ungarn im Zuge eines Kompromisses stattgefunden hat. Im Zusammenhang mit der auf politischen Ebene erzielten Einigung wurde formell die im Zuge des Systemwechsels umfassend revidierte Verfassung der Volksrepublik Ungarn aus dem Jahre 1949 beibehalten (bis zur kommunistischen Machtübernahmen hat es in Ungarn weder eine geschriebene Verfassung noch ein kodifiziertes Privatrecht gegeben.) Der novellierte Text ist am 23. Oktober 1989 in Kraft getreten. In dieser formell alten, inhaltlich neuen Verfassung definierte sich Ungarn als eine auf einem Mehrparteiensystem beruhende parlamentarische Demokratie. Auf wirtschaftspolitischer Ebene

¹ János ZLINSZKY: Az Alkotmánybíróság felelős az elmarad rendszerváltásért? [Ist das Verfassungsgericht für das Ausbleiben der politischen Wende verantwortlich?]. In: András KOLTAY (ed.): *A XII táblától a 12 ponton át a magánjog új törvényéig [Ausgehend von den 12 Tafeln über die 12 Punkte bis hin zum neuen Privatrechtsgesetzbuch]*. Budapest, Szent István Társulat, 2012. 579–585.

² ZLINSZKY op. cit. 579.

rezipierte man das Prinzip der sozialen Marktwirtschaft. Der Preis, der für den friedlichen Übergang zum Rechtsstaat zu zahlen war, bestand in der Anerkennung der Legalität des vorhergehenden Regimes. János Zlinszky war einer der ersten fünf Verfassungsrichter an dem unmittelbar in Zusammenhang mit der politischen Wende gegründeten Verfassungsgericht.³ Unter den ernannten Richtern nahm er in gewisser Weise eine Sonderstellung ein. Er war der einzige Rechtshistoriker und auch der einzige Höchstrichter, der auf eine lange Praxis als Anwalt zurückblicken konnte.⁴ Bei Zlinszky trafen somit einerseits die Verwurzelung in der ungarischen Tradition und andererseits eine Sensibilität für den konkreten Fall zusammen. Beide Aspekte werden im Zusammenhang mit der vorliegenden Arbeit noch Erwähnung finden. Aus der Perspektive Zlinszkys sollen nun die Frage der Legalität und der Legitimität der neuen nach rechtsstaatlichen Grundsätzen organisierten Ordnung untersucht werden. Das Verfassungsgericht – und auch János Zlinszky – machte sich einerseits den auf politischer Ebene geschlossenen Kompromiss gänzlich zu eigen.⁵ Auf der anderen Seite formulierte es ausdrücklich, dass es zu der Frage der Legitimität

³ Im Januar 1989 beschloß das ungarische Parlament die Gründung des Verfassungsgerichts, die ersten fünf Verfassungsrichter wurden am 23. November 1989 gewählt. Die Wahl der ersten fünf Verfassungsrichter geschah somit noch in der Periode vor den ersten demokratischen Wahlen nach der politischen Wende. Weitere Verfassungsrichter wurden im Anschluß an die Parlamentswahlen und die Ernennung der ersten demokratischen Regierung (erster Wahlgang 25. März, zweiter Wahlgang 8. April 1990) ernannt. Die Ernennung der Verfassungsrichter fand mit Datum vom 23. Mai 1990 statt, die zweite Gruppe der Verfassungsrichter wurden mit Juni bzw. Juli 1990 ernannt. Der auf politischer Ebene beschlossene Mittelweg schlug sich auch bei der Ernennung der ersten fünf Richter nieder. Zwei der ersten fünf Richter László Sólyom und János Zlinszky waren Kandidaten der damaligen Opposition (d.h. des nichtsozialistischen Lagers), zwei weitere Géza Kilényi, Antal Ádám Kandidaten der Sozialistischen Partei, Pál Solt war gemeinsamer Kandidat der Opposition und der Sozialistischen Partei.

⁴ Vgl. zur Arbeit Zlinszkys als Verfassungsrichter folgende Beiträge: ÉVA TERSZTYÁNSZKYNÉ VASADI: János Zlinszky, Richter am Verfassungsgerichtshof der Republik Ungarn. In: Nadja EL BEHEIRI (ed.): *Durch das römische Recht, aber über dasselbe hinaus*. Budapest, Pan, 2008. 418-426. LÁSZLÓ SOLYOM: Professor Zlinszky und die Begründung des Verfassungsstaates in Ungarn. *Pázmány Law Review*, (2015). 11-16. BALÁZS SCHANDA: Zlinszky János alkotmánybíró különvéleményei [Die Sondervoten des Verfassungsrichters János Zlinszky]. *Iustum Aequum Salutare*, XII (2016/1). 97-109. LILLA SZÁDVÁRI: Dissenting and Concurring Opinions by János Zlinszky. *Pázmány Law Review*, VI (2018). 91-103. Vgl. auch kurz zum Werdegang Zlinszkys: Nadja EL BEHEIRI: Iuris Consulto Excellentissimo Auszeichnung für das Lebenswerk von János Zlinszky. *Pázmány Law Review*, II (2014). 185-187.

⁵ JÁNOS ZLINSZKY: Alkotmány, Alkotmányvédelem, Alkotmánybíróság [Verfassung, Verfassungsschutz, Verfassungsgericht]. In: Koltay ANDRÁS (ed.): *A XII táblától a 12 ponton át a magánjog új törvényéig [Ausgehend von den 12 Tafeln über die 12 Punkte bis hin zum neuen Privatrechtsgesetzbuch]*. Budapest, Szent István Társulat 2012. 576. „Die Wende fand unerwartet dadurch statt, dass die unterdrückende fremde Macht ihr mit Gewalt errichtetes Bollwerk abbrach. Die regierenden Kräfte wussten, dass sie ihre politische Überlebensfähigkeit verloren hatten und wirtschaftlich am Rande des Zusammenbruchs standen. Sie boten daher der Gesellschaft eine nie gekannte Freiheit an, eine Freiheit, die auch in der älteren Generation nur als Erinnerung vorhanden war. Diese Freiheit bedeutete eine auf moralischen Grundlagen bestehende Rechtsstaatlichkeit mit der entsprechenden Verantwortlichkeit, einen friedlichen Übergang und die Anerkennung der Legalität der bisherigen Machthaber, der Preis dafür bestand im Postulat der juristischen Kontinuität“ Der Großteil der Gesellschaft war sich zunächst wohl kaum der Folgen dieses Geschäfts bewusst.

der vorhergehenden Regime keine Stellung beziehen werden. Der Gerichtshof bezeichnete diese Frage als indifferent. Im Hinblick auf die Zukunft scheint das Gericht der Legitimität aber durchaus Bedeutung beimessen zu wollen. So lautete die Formulierung eines bekannten Erkenntnisses: „Es ist notwendig, dass nicht nur das Recht und das Funktionieren der staatlichen Organe streng mit der Verfassung im Einklang sind, die Begriffskultur und die Wertordnung der Verfassung muß vielmehr die gesamte Gesellschaft durchdringen.“ Wenn wir nun mit Max Weber unter Legitimität die Motive für die Einhaltung einer gegebenen Ordnung verstehen, so befinden wir uns mit dem eben erwähnten Zitat im Kernbereich der Legitimität.⁶

2. Verfassungsgericht und Eigentum nach der politischen Wende 1989

Bevor wir konkret auf die Frage der Legitimität eingehen wollen wir kurz auf den zu Beginn erwähnten Vorwurf der mangelhaften Aufarbeitung des während der sozialistischen Epoche vorgenommen Eigentumsentzuges eingehen. Grundsätzlich ist zu sagen, dass das ungarische Verfassungsgericht zur sog. dritten Generation von Verfassungsgerichten (nach dem kelsenschen Modell in Österreich, dem deutschen Bundesverfassungsgericht im Sinne einer ersten Generation und dem spanischen und portugiesischen Modell im Sinne einer zweiten Generation) gehört. Ungarn machte sich damit jene Auffassung zu eigen, die im Vorhandensein eines Verfassungsgerichts ein Markenzeichen für Demokratie sieht. Schon die bloße Tatsache der Errichtung des Verfassungsgerichts stellt eine Absage an totalitäre Formen des Denkens dar. Während im kommunistischen System dem Parlament (d.h. der Politik) das letzte Wort zugekommen ist, ermöglichte der Kompetenzbereich des Verfassungsgerichts nach der Wende die Aufhebung verfassungswidriger Parlamentsgesetze. Bei der Ausgestaltung des Wirkungsbereiches des Verfassungsgerichtes orientierten sich die Richter an vorhandenen Lösungen. Einen klaren Referenzpunkt sollte dabei der Rechtsbestand der europäischen Demokratien darstellen. Dies gilt auch dann, wenn gerade für jene Fragen, die sich aus der konkreten historischen Situation der politischen Wende ergaben, keine Vorbilder vorhanden waren. Erklärte Aufgabe des Verfassungsgerichts war es den gesellschaftlichen und politischen Wandel in klaren dogmatischen Kategorien zu erfassen und zu jedem einzelnen Abschnitt der Verfassung einen Auslegungsbestand bereit zu stellen.⁷ Im Mittelpunkt des ungarischen Modells stand die abstrakte Normenkontrolle, eine echte Verfassungsbeschwerde war im frühen Verfassungsgericht nicht vorgesehen. Das Verfassungsgericht arbeitete seinen Zuständigkeitsbereich selbst aus, wo bei es allerdings auch den politischen Kompromiß zu berücksichtigen galt, dem das Gericht

Nicht ohne Ironie schreibt Zlinszky in der Fussnote, dass die breite Bevölkerung mit der Beschaffung von Kühlschränken und der Erneuerung ihres Autobestandes beschäftigt war.

⁶ Vgl. Max WEBER: *Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriß der Verstehenden Soziologie*. Tübingen, Mohr Siebeck, 2002. 122 ff.

⁷ László SÓLYOM: Az Alkotmánybírászkodás tizedik évfordulója [Der zehnte Jahrestag der Verfassungsgerichtsbarkeit]. In: Bitskey BOTOND (ed.): *Zehn Jahre Verfassungsgericht*. Budapest, Alkotmánybíróság [Das Verfassungsgericht], 2000. 22.

seine Entstehung verdankte. So kam etwa der Widerstand gegen die Einführung einer echten Verfassungsbeschwerde vor allem von Seiten des Obersten Gerichtshofes und der Staatsanwaltschaft.⁸ Fällt die Kompetenz zur Normenkontrolle und die Zuständigkeit zur Überprüfung von Entscheidung konkreter Fälle auseinander, ergibt sich notwendigerweise ein Spannungsfeld. Zur Vermeidung solcher Gegensätze wurde seitens des Verfassungsgerichts die Theorie des „lebendigen Rechts“ entwickelt. Gegenstand der Prüfung durch das Verfassungsgericht ist dabei die ständige gerichtliche Praxis. Nicht ein konkreter Einzelfall wird der Prüfung unterzogen, sondern die richterliche Gesetzesauslegung, von der gesagt werden kann, dass sie ihrerseits zur Norm geworden ist.⁹ Die Theorie des „lebendigen Rechts“ bedeutet – nach Auffassung – des frühen Verfassungsgerichts, dass die Rechtsnorm als ausgelegte und angewandte Norm der Prüfung unterzogen wird. Lässt eine Norm verschiedene Auslegungsvarianten zu, ohne dass sich in der Rechtssprechung ein einheitlicher Standpunkt entwickelt hätte, so ergibt sich kein Raum für ein Einschreiten des Verfassungsgerichtes. Findet sich jedoch keine einheitliche Praxis der Rechtssprechung, so sieht sich das Verfassungsgericht im Extremfall auch dazu berufen, die richterliche Entscheidung zu kassieren.¹⁰ In Hinblick auf die Enteignungsfrage führt Zlinszky in Einklang mit den entsprechenden Entscheidungen des Verfassungsgerichtes aus, dass das Prinzip der Legalität bedeutet, dass in all jenen Fällen, in denen eine Enteignung im Einklang mit bestehenden Normen erfolgt ist, eine „Wiedergutmachung“ des erlittenen Schadens nur durch einen neuerlichen Akt des Gesetzgebers erfolgen kann. Entschädigungen erfolgen in diesem Fall *ex gratia legislatoris*. Der Professor fügt allerdings auch hinzu, dass die in diesem Zusammenhang neu erlassenen Rechtsnormen im Einklang mit der neuen Verfassung stehen müssen. In all jenen Fällen, in denen ein Vermögensentzug ohne gesetzliche Grundlage erfolgt ist, bleiben bestehende Eigentumsrechte von diesen Maßnahmen unberührt. Die Feststellung, ob in einem konkreten Fall der Eigentumsentzug mit oder ohne gesetzlicher Grundlage erfolgt ist, fällt – so die Meinung des Verfassungsgerichts – in den Kompetenzbereich der ordentlichen Gerichte. Da bestehendes Eigentum nicht der Verjährung unterliegt, kann ohne gesetzliche Grundlage enteignetes Eigentum zeitlich unbeschränkt geltend gemacht werden. Das Verfassungsgericht hat ferner festgehalten, dass bei der Wiedergutmachung *ex gratia* der Gesetzgeber zur Beachtung des Gleichheitsgrundsatzes verpflichtet ist. Eine Entschädigung habe auch in diesen Fällen nach dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit zu erfolgen. Die materielle Ausgestaltung der Entschädigung war somit grundsätzlich in die Kompetenz des Gesetzgebers verwiesen. Eine umfassende Anwendung dieser Grundsätze hätte zu einer weitgehenden Entschädigung der Betroffenen geführt. Dass

⁸ SÓLYOM op. cit. 29.

⁹ SÓLYOM op. cit. 34. Eine Urteilsverfassungsbeschwerde scheiterte somit am Widerstand der Gerichtsbarkeit. Zugelassen wurde jedoch eine *actio popularis* im Hinblick auf Gesetze und Rechtsnormen. Jeder Bürger konnte, auch wenn er nicht persönlich betroffen war, einen Antrag auf Überprüfung beim Verfassungsgerichtshof stellen. Die Popularklage wurde somit zu einer besonderen Form der direkten Demokratie. SÓLYOM (2015) op. cit. 22.

¹⁰ Vgl. Entscheidung 57/1991 (XI. 8.) VerFG. mit einem Sondervotum von Géza Kilényi. Vgl. auch

diese dann zumindest nicht in dem gewünschten Ausmaß stattgefunden hat, lag – so Zlinszky – nicht im Verantwortungsbereich des Verfassungsgerichts, sondern in dem des Gesetzgebers bzw. der ordentlichen Gerichte. János Zlinszky hat sich also das Prinzip der Legalität, in dessen Zeichen die politische Wende vollzogen wurde, zu eigen gemacht, gleichzeitig hat er sich für eine sehr weitgehende Wiedergutmachung des während der sozialistischen Zeit enteigneten Eigentums ausgesprochen.¹¹

3. Der Begriff der Legitimität bei Carl Schmitt und Álvaro D’Ors einerseits und János Zlinszky andererseits

János Zlinszky hat mit Álvaro D’Ors gemeinsam, dass im Mittelpunkt des Interesses beider Autoren zunächst das Römische Recht stand. Für beide Professoren gilt auch, dass ihr wissenschaftliches Werk weit über das Römische Recht hinausgeht. Álvaro D’Ors hat sich über viele Jahre hindurch um die Ausarbeitung eines eigenständigen rechtstheoretischen Zuganges bemüht. Dabei haben seine politischen Überzeugungen auch Wiederhall in seinem wissenschaftlichen Werk gefunden. Sein politisches Denken war einerseits durch die Erfahrung des spanischen Bürgerkrieges und andererseits durch seine Freundschaft mit Carl Schmitt geprägt.¹² Was Zlinszky betrifft, so sind vor allem seine tief in der ungarischen Rechtsgeschichte verwurzelten Gedanken zum öffentlichen Recht und das Erleben des kommunistischen Regimes hervorzuheben, die seine wissenschaftliche Arbeit beeinflusst haben. Man könnte wohl auch sagen, dass gerade die Begegnung mit nicht legitimen Ordnungen die Frage der Legitimität auch auf theoretischer Ebene in den Vordergrund treten läßt. Die Betroffenheit durch offensichtliche Unrechtsordnungen lassen die Rechtfertigung einer politischen Ordnung ausschließlich durch ihre formelle Legalität als unzureichend erscheinen. In diesem Zusammenhang mag sich eine Gegenüberstellung der erwähnten Autoren lohnen. Ihre Bemühungen um die Klärung des Begriffes der Legitimität kann in

¹¹ Kinga ZAKARIÁS: Die Problematik des Verhältnisses der Grundrechte zum Privatrecht im ungarischen Recht *Iustum Aequum Salutare*, VI. (2010/3). 237.

Zlinszky unterscheidet verschiedene Eigentumskategorien. Die Zuordnung zu den einzelnen Kategorien ist je nach den konkreten historischen Umständen durchaus flexibel. An erster Stelle stehen zum sofortigen Verbrauch bestimmte Sachen – wie etwa Lebensmittel. An diesen Sachen genügt im Interesse der öffentlichen Ordnung ein Schutz des Besitzes und des Gebrauches. Es folgen dem geschäftlichen Verkehr gewidmete Sachen. In diesen Bereich gehört auch Geld als Wertträger. Gleichfalls gehören in diesen Bereich durch Arbeit und Versicherung erworbene Güter. Dem Staat kommt auch im Hinblick auf diese Güter eine Schutzfunktion zu. So ist vor allem der Wert des Geldes vor Inflation zu schützen. An dritter Stelle nennt der Rechtshistoriker Güter, die eng mit der Person des Eigentümers verbunden sind, ihre gesellschaftliche Stellung charakterisieren. Dazu gehören – nach Zlinszky – etwa Wohnung und Möbel, Kleidung und Bücher und natürlich auch Immobilien. Das Erfordernis eines absoluten Schutzes des Eigentums bezieht Zlinszky auf die Güter der an dritter Stelle genannten Kategorie. Im Zusammenhang mit dem Eigentumsbegriff vgl. auch János ZLINSZKY: Eigentum versus Marktschutz. In: Ulrich Hufeld KLAUS GRUPP (ed.): *Recht - Kultur - Finanzen*. Heidelberg, C. F. Müller, 2005.

¹² Vgl. Rafael DOMINGO: Álvaro D’Ors: Una aproximación a su obra. *Revista de Derecho*, XXVI (2005). 121.

jedem Fall als Ausdruck einer Suche nach der Rechtfertigung einer rechtlichen Ordnung über ihre bloß plebiszitäre Anerkennung gesehen werden.

3.1. Legitimität bei Carl Schmitt und Álvaro D'Ors

Sowohl Carl Schmitt als auch Álvaro D'Ors gehen bei der Untersuchung des Begriffes der Legitimität von den diesbezüglichen Ausführungen Max Webers aus. Der aus soziologischer Perspektive geschaffene begriffliche Apparat wird auch heute noch oftmals als valider Bezugspunkt für eine Diskussion des Problemfeldes herangezogen. Max Weber unterscheidet grundsätzlich drei Arten von Legitimität. Der Soziologe hat die Begriffe charismatische, traditionelle und rationale Legitimität geprägt. Während Legitimität im letztgenannten Sinn mit Legalität zusammenfällt, findet die charismatische Legitimität ihre Grundlage im persönlichen Prestige des Herrschers. Die Herausbildung der traditionellen Legitimität erfolgt durch den Fluß der Zeit. Charismatische und traditionelle Legitimität entstehen unabhängig vom aktuellen Willen der Mitglieder einer Gemeinschaft. Beide Formen liegen außerhalb des rein konventionellen Rahmens der politischen Ordnungen. Max Weber selbst war der Auffassung, dass charismatische und traditionelle Legitimität eng mit der Staatsform der Monarchie verbunden sind und deshalb für den modernen staatsrechtlichen Diskurs an Bedeutung verloren haben. Eine etwas andere Ansicht findet sich bei Carl Schmitt und Álvaro D'Ors. Beide messen der Legitimität in ihrer traditionellen Ausprägung besondere Bedeutung zu. Nicht zuletzt enthält auch der Briefwechsel der beiden Autoren Ansätze, denen es sich auch im Zusammenhang mit den Arbeiten von János Zlinszky nachzugehen lohnt. Die beiden Autoren stimmen in einer These überein, der wohl auch – Zlinszky zumindest – teilweise beigetreten wäre. Legitimität ist für Álvaro D'Ors in der Familie gegründet. So schreibt der spanische Autor am 5.11.1958 an seinen deutschen Kollegen: „[...] es [gibt] keine andere Legitimität als die der Familie. Und die Form der Monarchie entspricht Gesellschaften, die diese Legitimität authentisch leben und sie für ihre Regierung nicht durch einen König, sondern durch eine Familie transzendieren lassen.“¹³ Die Antwort von Carl Schmitt erfolgt einen Monat später zu Weihnachten 1958: „Dass alle Legitimität von der Familie kommt, scheint mir wahr zu sein. [...] Die traditionelle Legitimität beruht auf Erbe und Familie. [...] Diese untrennbare Verbindung der 3 Institutionen Ehe (Familie), Erbe, Eigentum ist das größte Thema für einen heutigen Juristen“.¹⁴ Den Gedanken der Familie als Grundlage der Legitimität hat Álvaro D'Ors ausführlich in einem Essay aus dem Jahre 1959 in Anschluß an eine Neuformulierung der Typologie der Staatsformen entwickelt.¹⁵ Schmitt hatte sich im Jahr 1932 angesichts der Krise der Weimarer

¹³ Montserrat HERRERO: *Carl Schmitt und Álvaro D'Ors. Briefwechsel*. Berlin, Duncker & Humblot, 2004. 190.

¹⁴ HERRERO op. cit. 191.

¹⁵ Ein Vortrag, der 1960 veröffentlicht wurde: Álvaro D'Ors: *Forma de Gobierno y Legitimidad Familiar*. Madrid, 1960.

Verfassung und entgegen des rechtspositivistische Bestrebungen um eine neue staats- und verfassungsrechtliche Begriffsbestimmung bemüht. Dabei entwickelte der deutsche Rechtstheoretiker vier Legalitätssysteme, die er mit unterschiedlichen Staatstypen kombinierte. Entscheidend für die Zuteilung zu den Legalitätssystemen war die Kompetenz zur Letztentscheidung. Ausgangspunkt seiner Überlegungen war dabei die Feststellung, dass der Rechtsstaat kontinentaleuropäischer Tradition in Wirklichkeit ein parlamentarischer Gesetzgebungsstaat war, in dessen Mittelpunkt die abstrakte und unpersönliche Norm stand. Dem Gesetzgebungsstaat stellt Schmitt den Jurisdiktionsstaat mit einer letzten richterlichen Entscheidung als abschließender Instanz und den Regierungs- oder Verwaltungsstaat gegenüber. Im Regierungsstaat liegt die Befugnis zur endgültigen Entscheidung bei einem „hoheitlichen persönlichen Willen und autoritären Befehl eines regierenden Staatshauptes“. Im Verwaltungsstaat ist die von sachlich-praktischer Zweckmäßigkeit geleitete Maßnahme die letzte Instanz. Spezifisches Kennzeichen des Gesetzgebungsstaates sind somit unpersönliche Normen, des Richterstaates ein gerechter Richter, des Regierungsstaates ein persönlicher autoritärer Wille und des Verwaltungsstaates die zweckmäßige Maßnahme. Carl Schmitt räumt ein, dass diese Staatsformen durchaus in „Verbindungen und Mischungen“ auftreten können, entscheidend ist, wo ist der Schwerpunkt im Hinblick auf die Willensentscheidung und nach welcher Möglichkeit die normalen Angelegenheiten entschieden werden, sodann insbesondere welcher Wille für außergewöhnliche Entscheidungen in Betracht kommt. Im Hinblick auf die Legitimität bietet diese Unterscheidung Anhaltspunkte für die Identifizierung eines wirklich vorhandenen Willens, der dann unter Legitimitätskriterien beurteilt werden kann.¹⁶ Es ist die Unpersönlichkeit des Gesetzesstaates, die Legitimität letztlich mit Legalität zusammenfallen läßt. Im Sinne der traditionellen Legitimität ist das Geltungsmotiv, das den real faßbaren Willen als letzte Instanz konstituiert, nun ein solches das außerhalb des Willens der Mitglieder der entsprechenden Ordnung liegt. Für Carl Schmitt entsteht Legitimität zum einen durch den Lauf der Geschichte, zum anderen über den nicht näher bestimmten Begriff des substanzhaften Rechts. Bei Álvaro D’Ors läßt sich die Frage der Legitimität über das Begriffspaar spanische „*poder*“ und „*potestad*“ festmachen. Unter „*poder*“ versteht der spanische Autor „die persönliche Verfügung über die notwendigen Mittel, das Zusammenleben einer sozialen Gruppe wirkungsvoll zu organisieren.“ Die Wendung „persönliche Verfügung“ zielt auf das verantwortliche Handeln einer Person ab. Die Wiedergabe dieses Begriffspaares im Deutschen ist nicht leicht. Die Herausgeberin des Briefwechsels zwischen Carl Schmitt und Álvaro D’Ors Montserrat Herrero übersetzt „*poder*“ mit Macht und läßt „*potestas*“ unübersetzt. Es kann festgehalten werden, dass im Sinne von D’Ors „*potestas*“ eine in eine soziale Ordnung integrierte Macht ist. Diese Macht „*poder*“ wird durch soziale Anerkennung zu „*potestad*“.¹⁷ Man könnte den deutschen Terminus „Gewalt“ erwägen, da etwa der römische Jurist Paulus in D.

¹⁶ Carl SCHMITT: *Legalität und Legitimität*. Berlin, Duncker & Humblot, 1968 (Zweite Auflage). 8–11.

¹⁷ HERRERO: *Briefwechsel*. 40 ff. Montserrat HERRERO: *Legalidad y legitimidad. Un punto des discusión entre Álvaro D’Ors y Carl Schmitt. Empresas políticas*, 2010/14–15 (2010). 53–68. Dieser

50.16.215 die privatrechtliche „*potestas*“ einerseits auf gewaltunterworfenen Personen und Sklaven, andererseits auf in der Gewalt einer Person befindliche Dinge bezieht. Im Hinblick auf den soziologischen Ansatz von Max Weber könnte man auch den Terminus Herrschaft in Betracht ziehen (Weber bezieht die Formen der Legitimität auf Herrschaft). Auch alle jene römischen Magistrate, denen kein „*imperium*“ zukam (das immer von militärischer Befehlsbefugnis abgeleitet wird), hatten in Rom „*potestas*“. Hervorzuheben gilt es im vorliegenden Zusammenhang, dass „*potestas*“ im Sinne des spanischen Professors immer eine abgeleitete Gewalt ist. Beruht diese Ableitung auf bloßer Willensübereinkunft so gehört diese in den Bereich der Legalität – die diesbezügliche Ordnung nennt D’Ors Gesellschaft („*sociedad*“). Beruht sie hingegen auf einer vom Willen unabhängigen Größe so entsteht eine Gemeinschaft („*comunidad*“). Wesentlich für den Begriff der Legitimität ist somit, dass er nicht nur auf konventionellen Elementen beruht. Der Begriff Gemeinschaft steht so spezifisch für eine Ordnung, die eben nicht ausschließlich auf Willensübereinkunft beruht. Legitimität in einer Gemeinschaft wird nach Auffassung des spanischen Autors durch die Tradition und das Naturrecht begründet.¹⁸

3.2. Die Auffassung von János Zlinszky im Vergleich

In den Arbeiten von János Zlinszky finden sich nicht wenige Bezugnahmen auf den Begriff der Legitimität. Im Zusammenhang mit dem für den politischen Wandel in Ungarn entscheidenden Prinzip der Legalität sagt Zlinszky, dass man im Wege der Legalität im Ergebnis auch zur Legitimität gelangen wollte.¹⁹ Dass mit dieser Entscheidung verbundene Spannungsfeld beschreibt Zlinszky folgendermaßen: „Durch den politischen Kompromiß „wurde aber das illegitim-autokratisch aufgebaute System durch die Personen, die die vergangene Ära eingesetzt und die neue mit Autonomie ausgestattet hatte, nun auf legitime Weise unantastbar erhalten. Auch nach den ersten freien Wahlen waren in Ungarn nur das Abgeordnetenhaus und das Verfassungsgericht sowie die Regierung legitim, alle übrigen legalen Organe aber in Wahrheit nur Überbleibsel des abgelösten illegitimen Systems.“²⁰ Zum Vergleich kann daran erinnert werden, dass die Ereignisse im Zusammenhang mit den Verhandlungen zum Ausgleich mit Österreich nach dem ungarischen Freiheitskampf von 1848 eine andere Richtung genommen haben. Ungarn war 1849 in die Österreichische Verfassung miteinbezogen worden und war in Folge dessen auch zu Anwendung des österreichischen Rechts – insbesondere auch des ABGB – verpflichtet gewesen. Mit der Erlassung des Oktoberdiploms 1860 wurde auch die ungarische Gerichtsorganisation wiederhergestellt. Durch die sog.

Beitrag stimmt in weiten Teilen mit der in deutscher Sprache veröffentlichten Einführung zu dem Briefwechsel zwischen D’Ors und Schmitt überein. Vgl. HERRERO: Briefwechsel. 13-56.

¹⁸ Vgl. D’ORS: *Forma de gobierno y legitimidad familiar*. 36 ff.

¹⁹ János ZLINSZKY: *Rechtswissenschaft und Rechtsunterricht in Ungarn*. In: Nadja El BEHEIRI (ed.): *Durch das römische Recht, aber über dasselbe hinaus*. Budapest, Pan, 2008. 26.

²⁰ ZLINSZKY op. cit. 27.

Judexkurialkonferenz war 1861 die ungarische Rechtspflege auf der Grundlage des früheren ungarischen Rechts wieder eingeführt worden.²¹ Legitimität bedeutet für Zlinszky einerseits im Einklang mit der ungarischen staatsrechtlichen Tradition die Bestimmung des Herrschers durch die Nation. Andererseits bezog sich der Begriff der Legitimität aber auch auf die Rechtsordnung als solche. In diesem Sinne war das österreichische Recht in Ungarn nach 1849 zwar legales Recht, legitim war es aber nicht. Dies zeigt sich vor allem dadurch, dass es durch die Organe der Rechtsanwendung zumindest latent boykottiert wurde. Da man nun aber immer an der Legitimität des früheren Rechtes festgehalten hatte, konnte man nach der Einigung mit Österreich ohne weiteres zu diesem zurückkehren. Eine solche formelle Rückkehr kam im Jahre 1990 nicht in Frage. Im Sinne einer Gegenüberstellung mit den von Carl Schmitt und Álvaro D'Ors formulierten Standpunkten läßt sich nun im Hinblick auf die Auffassung des ungarischen Professors folgendes formulieren. Wie bereits mehrfach erwähnt, konzipierte Ungarn den Übergang vom Parteistaat zum Rechtsstaat im Sinne eines Gesetzesstaates. Durch das Ideal des Rechtsstaates sollte – um bei der Einteilung von Carl Schmitt zu bleiben – der Verwaltungsstaat des totalitären Regimes abgelöst werden. Dabei war es gerade die Loslösung der Norm von dem diese setzenden Willen, die diesen Schritt begünstigte. Die von den sozialistischen Organen erlassenen Normen sollten als abstrakte Einheit weiterwirken, auch wenn man sich von dem vorhergehenden System lossagte. Wir haben bereits festgehalten, dass Zlinszky zudem der Ansicht war, dass die letzte Entscheidung, ob eine konkrete Entscheidung im Einklang mit einer abstrakten Rechtsordnung stand, bei den ordentlichen Gerichten liegen sollte.²² Führt man sich vor Augen, dass die Besetzung der Gerichte unverändert geblieben war, so bedeutet dies einerseits, dass die Richter auf rein praktischer Ebene wohl in der Lage gewesen wären, den übernommenen Normenbestand anzuwenden. Diese Lösung hätte eine Nähe zum Jurisdiktionsstaat im Sinne von Carl Schmitt bedeutet. Der Richterstand machte sich diese Ansicht allerdings nicht zu eigen und wies entsprechende Eingaben konsequent ab. Schmitt hatte ausgeführt, dass ein konsequenter Jurisdiktionsstaat im Allgemeinen ein Mittel zur Konservierung vorhandener sozialer Gegebenheiten und wohlverborener Rechte ist.²³ Die Erwartungen Zlinszkys gegenüber den ordentlichen Gerichten hätten wohl zu einer Neugestaltung der Eigentumsverhältnisse geführt und es mag auch aus der

²¹ Vgl. János ZLINSZKY: Die Rolle der Gerichtsbarkeit in der Gestaltung des ungarischen Privatrechts vom 16. bis zum 20. Jahrhundert. *Jus Commune. Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte. Frankfurt am Main*, X (1983). 64-65.

²² Diesen Standpunkt formuliert Zlinszky deutlich in einem Sondervotum zu Entscheidung 16/1991 (IV. 20.) Der Verfassungsrichter betont, dass Rechtsmittel im Zusammenhang mit rechtswidrig entzogenem Eigentum in den Kompetenzbereich der ordentlichen Gerichte fallen. Rechtswidrig entzogenes Eigentum kann im Einklang mit den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts gegen den Staat, gegen Personen, die vom Staat ohne Gegenleistung erworben haben, gegen Körperschaften des öffentlichen Rechts und gegen Privatpersonen geltend gemacht werden. In diesem Zusammenhang vgl. auch János ZLINSZKY: Legalität und Eigentum. Probleme des werdenden Rechtsstaates. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, (1995). 465.

²³ SCHMITT: *Legalität und Legitimität*. 11–12.

Natur der politischen Ordnung selbst gefolgt sein, dass die Richterschaft diesen Erwartungen nicht entsprochen hat. Dass die Haltung der Richter vor und auch nach dem österreich-ungarischen Ausgleich eine andere gewesen war, wird damit im Zusammenhang stehen, dass ein großer Teil der Richter jener Zeit starke nationale Überzeugungen aufwies und auch dass die Rechtsordnung auf die sie Bezug nehmen konnten, noch in unmittelbarer zeitlicher Nähe gelegen ist.²⁴ Welcher Stellenwert kommt nun in diesem Zusammenhang der Legitimität der Rechtsordnung nach der Wende zu. Aus der Perspektive von János Zlinszky kann zunächst festgehalten werden, dass der Professor auch in seiner Zeit als Verfassungsrichter das im Zusammenhang mit der politischen Wende hochgehaltene Legalitätsprinzip auf die positivrechtlichen Elemente der Rechtsordnung beschränkte. Die Verfassung gründet jedoch gemäß der Auffassung Zlinszkys notwendiger Weise auf einer Wertordnung. Diese – die gesamte Verfassung durchdringende Wertordnung – führt der Professor auf die historische Verfassung Ungarns zurück, die – so der Rechtshistoriker – durch die politischen Ereignisse unter dem Einfluß der sozialistischen Verfassung des Jahres 1949 in Vergessenheit geraten war. Nach der politischen Wende sollte diese jedoch als Vorläufer der neu proklamierten Verfassung angesehen werden.²⁵ Da die Rechtskontinuität damit – so Zlinszky – wiederhergestellt war, konnte auch die in der historischen Verfassung formulierte Wertordnung als nunmehr wieder geltend anzusehen. Wesentlich für den Begriff der historischen Verfassung ist für Zlinszky das Element der Übereinkunft zwischen den adeligen Ständen und dem König. Das konventionale Element prägt – so der Rechtshistoriker – die ungarische Verfassung grundsätzlich. Erste Spuren einer Abmachung fallen noch in die ungarische Frühzeit, lassen sich dann aber auch im christlichen Ungarn des Heiligen Stephan und auch im Ständestaat ausmachen. Gewaltentrennung in Ungarn bedeutete auch eine Teilung der Aufgaben zwischen dem König und Vertretern der Nation. Durch die Aprilgesetze des Jahres 1848 wurde die – zunächst nur zwischen den Adelligen und dem König – bestehende Abmachung auf die gesamte Bevölkerung des Landes ausgedehnt und bildete so das Fundament für die bürgerlich-liberale Umgestaltung des Landes. Auch der Ausgleich des Jahres 1867 war Ergebnis einer Einigung zwischen dem König und nunmehr dem ungarischen Parlament als Vertreter der ungarischen Nation. Trotz manchen Widerspruchs im Konkreten blieb die historische Verfassung bestehen. Daran änderte sich auch im Anschluß an den ersten Weltkrieg nichts. Die Rolle des Königs wurde symbolisch von der Heiligen Krone übernommen. Die Verfassung zur

²⁴ Auf der anderen Seiten war den ungarischen Richtern das österreichische Recht auch nicht in dem für eine umfassende Anwendung notwendigen Ausmaß bekannt. Vgl. dazu das Beispiel (Pkt. 2.3.2) eines Richters, der 1853 vermutlich aus Mähren nach Ungarn als „juristischer Entwicklungshelfer“ versetzt worden war und der es für notwendig erachtet hat den gesamten Personalstand des Gerichts durch einen täglichen zweistündigen Unterricht mit dem österreichischen Recht vertraut zu machen. Christian NESCHWARA: *Gescheiterte Modernisierung durch Transfer: Die österreichische Rechtsfamilie und die ungarische Rechtskultur im 19. Jahrhundert*. In: *Conferencia PROCEEDINGS* (ed.): *Dny práva - 2009 - Days of Law*. Brno, Masaryk University, 2009.

²⁵ Vgl. auch András Zs. VARGA: *Alkotmányunk értékei. A fogalmi keretek* [Die grundlegenden Werte unserer Verfassung. Der begriffliche Rahmen]. *Iustum Aequum Salutare*, V/1 (2009)/V/1 (2009). 92-93.

Zeit der sozialistischen Herrschaft bezeichnete Zlinszky als eine Scheinverfassung. Da die formelle Geltung der sozialistischen Verfassung außer Zweifel steht, kann diese Aussage wohl dahingehend verstanden werden, dass es ihr an Legitimität fehlte. Aus traditioneller Perspektive kann gesagt werden, dass die sozialistische Verfassung legal gesetztes Recht ohne Legitimität war. Die historische Verfassung war nun – vom Standpunkt Zlinszkys aus – ohne Zweifel legitim. Wenn Legitimität nach Carl Schmitt durch Tradition und substantielles Recht und nach Álvaro D’Ors durch Tradition und Naturrecht begründet wurde, so kann gesagt werden, dass Legitimität bei Zlinszky auch im traditionellen Sinne zu verstehen ist. Was nun für Schmitt das substantielle Recht und für D’Ors das Naturrecht ist, ist bei Zlinszky die sich aus der historischen Verfassung ergebende Wertordnung.

4. Historische Verfassung zwischen Legitimität und Legalität und die Idee der Verfassungsgerichtsbarkeit

Mit dem Hochhalten der historischen Verfassung bewegt sich János Zlinszky somit auf dem Boden der traditionellen Legitimität. In diesem Abschnitt soll kurz der Frage nachgegangen werden in welchem Verhältnis Legitimität im traditionellen Sinne zur Legalität steht und wie sich diese beiden Aspekte mit der Idee der Verfassungsgerichtsbarkeit in Einklang bringen lassen. In diesem Zusammenhang gilt es zunächst festzuhalten, dass es sich bei der historischen Verfassung um eine ungeschriebene durch Gewohnheitsrecht entstandene Verfassung handelt. Die kelsenische Idee der Verfassungsgerichtsbarkeit ist eng mit der Theorie des Stufenbaus der Rechtsordnung verbunden. Das Verfassungsgericht prüft, ob auf einer niederen Stufe erlassene Normen mit übergeordneten Normen im Einklang stehen. In diesem Sinne könnte man zunächst annehmen, dass historische Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit einander ausschließen.²⁶ Auf der anderen Seite ist darauf hinzuweisen, dass die Frage, ob es sich bei einer Norm um eine Verfassungsnorm handelt oder nicht, nicht unbedingt nur auf formeller Grundlage entschieden werden kann. Bei einer historischen Verfassung ist dies gerade nicht der Fall. Der Verfasser der wohl bekanntesten Kompilation des ungarischen Gewohnheitsrechts István Werbőczy nennt in seinem Tripartitum drei Kriterien für das Entstehen von Gewohnheitsrecht. Das Recht muss der Vernunft entsprechen, rational sein, es muss über lange Zeit hindurch bestehen und es muss auf Wiederholung beruhen. Dem Kriterium der Rationalität entspricht das Gewohnheitsrecht, wenn es weder mit dem Naturrecht, noch mit dem Recht der Nationen, noch mit dem positiven Recht

²⁶ Tatsächlich hat der ungarische Professor für Staatsrecht Móric Tomcsányi in einem 1932 begonnen und bis 1940 überarbeiteten Werk die Meinung vertreten, dass die Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit insbesondere für Staaten, die – wie Ungarn – über keine formellen Grundgesetze verfügen, gänzlich inadäquat ist. TOMCSÁNYI Móric: *Magyarország közjoga [Staatsrecht Ungarns]*. Budapest, Királyi Magyar Egyetemi Nyomda, 1932.

in Widerspruch steht.²⁷ Es fällt auf, dass die von Werbőczy für das Bestehen von Gewohnheitsrecht genannten Kriterien, abgesehen von dem zeitlichen Element, mit den Legitimitätskriterien von Max Weber zusammenfallen. Während im Falle einer geschriebenen Verfassung sich die Legitimität aus der Legalität ergibt, verhält es sich bei einer historischen Verfassung genau umgekehrt. Die Legalität einer Bestimmung leitet sich aus ihrer Legitimität ab. Man wird wohl sagen können, dass János Zlinszky diese beiden Aspekte spontan verbunden und für die Verfassungsgerichtsbarkeit fruchtbar gemacht hat. Auf der einen Seite hat er an dem Auslegungsbestand der positivrechtlichen Bestimmungen der Verfassung gearbeitet wobei er sich natürlich auch an dem Regelungsbestand der wesentlichen Demokratien orientiert hat. Auf der anderen Seite ist für ihn die inhaltliche Ausgestaltung der Verfassung immer an die traditionellen Werte der historischen Verfassung gebunden geblieben.

5. Zusammenfassung

Es kann festgehalten werden, dass alle drei Autoren, deren Überlegungen wir in dem vorliegenden Beitrag angerissen haben, der Tradition, der Rechtsentwicklung im Laufe der Zeit, einen bedeutenden Stellenwert zugewiesen haben. Gleichzeitig liegt es auf der Hand, dass Anciennität allein noch kein ausreichendes Kriterium für eine Rechtsordnung sein kann. In diesem Sinne suchen alle drei Denker nach einem objektiven Kriterium zur Beurteilung des Inhalts einer Rechtsordnung. Dabei messen Schmitt, D’Ors und Zlinszky der Familie und damit verbunden der Eigentumsordnung eine hervorstechende Bedeutung zu. Der Mensch kann sein Ziel nur in der Ausrichtung und mit seinen Mitmenschen erreichen. In diesem Sinne stellt die Familie den natürlichen Raum für die Entwicklung der Person dar. Als weiteres Kriterium nennt D’Ors ein im Licht des christlichen Glaubens zu interpretierendes Naturrecht und Schmitt bringt den Begriff eines substantiellen Rechts ein. Zlinszky meidet im Einklang mit der allgemeinen Position des frühen Verfassungsgerichtshofes eine ausdrückliche Bezugnahme auf das Naturrecht, sondern beruft sich auf eine historisch gewachsene Wertordnung. Diese Wertordnung steht im Ergebnis den Vorgaben eines christlichen Naturrechts sehr nahe.

²⁷ István SZABÓ: *Az ősi alkotmány: Történeti előzmények [Die archaische Verfassung]* In: Balázs SCHANDA – András Zs. VARGA (ed.): *A magyar közjog alapintézményei [Die grundlegenden Institutionen des ungarischen Staatsrechts]*. 2020. 85–86.

COMPARATIVE ANALYSIS OF THE WORK OF JÁNOS ZLINSZKY AND WILHELM RÖPKE

The constitutional protection of family

Lilla HEGEDÜS

PhD student, Pázmány Péter Catholic University

1. Introduction

The purpose of this paper is to map the scientific thinking of the jurist, János Zlinszky (1928–2015) and to reveal his method of scientific argumentation as a constitutional judge. To this end I will make a comparison with the method of an economist, Wilhelm Röpke (1899-1966) mainly focusing on the topic of protection of families. I will build on the standpoint and argumentation articulated by Zlinszky in his dissenting and concurring opinions as a constitutional judge and on his writings in ethics and legal history.¹

Zlinszky was a Hungarian, Catholic jurist, lawyer and member of the first Constitutional Court of Hungary (1989-1998). He lived and practiced in an era when Hungary's main goal was to carry out the transition of the country from national socialism to democracy. Zlinszky's first aim as a jurist was to realize the legal transition of Hungary from totalitarianism to the rule of law. He promoted the transition as member of the first Constitutional Court and also in the field of education by establishing the Faculty of Law of Pázmány Péter Catholic University in 1995. A Catholic law university in this era, after a long period when there was no freedom of religion and conscience in Hungary and no real values were represented and transmitted by the state and either by the education institutions, was essentially important.²

Zlinszky as a lawyer placed high emphasize on economic studies. Already at the beginning of the law faculty, he has launched a separate economic institution and he himself gained deep economic knowledge. So interdisciplinary was very close to his

¹ See the expalantion of the concepts of dissenting and concurring opinion under point 3.

² See more about the life and scientific work of János Zlinszky here: <http://zlinszky Muhely.hu/>

scientific approach. In one of his writings on the right to work and private property he refers directly to the German economist, Röpke.³

These were the main reasons why I have considered worthy to compare the scientific thinking of the two authors. Very quickly I have realized many similarities in the background and also in the scientific argumentation of the authors which served the topic for this paper.

Röpke was a German, protestant economist who practiced and lived 30 years before then Zlinszky, but still in a similar era, after the end of World War II. As an economist his main focus was also to carry out the transition of his country from national socialism to market economy. So both authors lived in a similar era and fought for similar goals.

Röpke had his own standpoint and approach on the interrelationship of law and economics. According to Röpke, law provides the framework for the operation of economic processes. He adds that economic order is based on two main set of rules which are interrelated with each other. These two set of rules are: legal rules, regulation and ethics (or rules defined by culture).

Röpke believed that between the two set of rules the second one, ethics is the more important, since without ethically good decisions optimal economic decisions may not be made.⁴ In his view in order to make optimistic economic decisions which serves the final aim of economics, that is a fulfilled existence, ethics may not be ignored from the economic decisions.

Röpke defined himself as a liberal economist, but did not believe in an absolute liberal approach. He separated his scientific thinking from classical liberals based on values. He believed that human nature has some constant needs and common values shared by all that should be respected over time and space. In this respect he referred to the values of the Catholic Social Teaching (hereinafter ‘CST’) stating that the values of the CST is in harmony with the nature of the man.⁵

Zlinszky just as Röpke was a modern thinker in an economic point of view. He never questioned the importance of a liberal market economy, but he also separated his legal thinking from the absolute liberals along values. As a constitutional judge he believed that the Constitution has an inherent set of values and there is an order between these values. He called these values as the values of the rule of law and considered them as constant values of all times. He emphasized the importance of the order of the constitutional values and their priority over other non- constitutional considerations, such as the market.⁶

³ ZLINSZKY, János: *Keresztény erkölcs és jogászai etika.* (Christian morality and legal ethics). Budapest, Szent István Társulat, 2017. 164.

⁴ Daniela ORTIZ: *Ethics and order of the free market. Wilhem Röpke's Fundamental Political Ethics.* EDUSC, IX volume della collana MCE Books, 2017. 116–121.

⁵ Ibid. 201–204.

⁶ ZLINSZKY, János: Az Alkotmány értéktartalma és a mai politika. (Values in the Constitution and the politics of today). In: KOLTAY, András (ed.): *A tizenkét táblától tizenkét ponton át a magánjog új törvénykönyvéig. [From Lex Duodecim Tabularum through the Twelve Points (1848) to the new Hungarian Civil Code (2013)].* Budapest, Szent István Társulat, 2013. 533–534.

As a conclusion, one of the main similarity between the two authors is that both authors believed in a liberal market economy after the long period of national socialism, though emphasized the drawbacks of an absolute liberal approach requiring that certain common, constant values of the society shall be respected when making legal or economic decisions. These values serve as a barrier and frame to the absolute liberal approach.

2. Method of Röpke

Analysing the method of Röpke I came to the following conclusions. Röpke denied the normative approach of natural sciences which excludes non-measurable or not strictly measurable elements of reality when calculating economic results. These non-measurable elements are for example emotions or value- judgements. Since human being live and think according to values and has not only material needs but also emotional or spiritual, says Röpke, these non-measurable elements may not be excluded from scientific calculations.

Instead of the normative approach Röpke applied a so called complex methodology. He mixed the method of understanding with the method of normative sciences and by the help of intuition he reached a synthesis between the two methods from which he could draw his conclusions.

The method of understanding applies analysis instead of explanation and abstraction applied by the natural sciences. Furthermore, the method of understanding leaves the facts in their context taking into consideration not only the measurable factors of reality, but many other, non- measurable aspects too. Röpke used interdisciplinary to put into practice his methodology, which means that he used the scientific results of natural sciences and also of human sciences, such as psychology, philosophy, sociology or anthropology. It is important to note here that the synthesis between the two methods which Röpke talks about does not mean a mere addition of the results of the natural sciences and the results of the method of understanding, but it results an absolute new quality which understands and reflects more the reality.⁷

2.1. The method of understanding in practise

I will introduce a good, representative example raised by Röpke to demonstrate how the method of understanding works in practise. In Germany after World War II. a large number of people bought consumer credits and as a consequence the number of private insolvencies became very high in Germany.

Röpke analyzed consumer credits in respect of the welfare of the individual and the operation of the economic system. He came to the following conclusions. He states that there is hardly any reason for buying consumer credits, because it does not bring welfare at the end, only productive or durable credit would be beneficial for the

⁷ ORTIZ op. cit. 150–160.

debtor. So, he raised the question: why so many people after World War II. bought then consumer credits?

He found the answer in the unethical behavior of the political and commercial actors not informing the people about the pros and cons of the consumer credits. In addition, there was present a so called delusion in the society caused by the current historical situation. Since during the war a great number of persons lost their social and family relationships, property and shared mindset or traditions. As a consequence, there was a moral-spiritual vacuum or purposelessness in the society which the people tried to fill with material goods as they wanted to get back the living standard quickly they had before the war. Although, it was not a real remedy for the real wound, that is for the lack of rootedness.⁸ As the crisis was just a transitory situation, Röpke stated, it was clearly an unethical behavior of the politicians and traders taking advantage of the moral instability of the people and implementing measures that promoted buying consumer credits but did not serve as a real solution for the moral-spiritual crisis.

Here Röpke gives an explanation again about the interrelationship of law and economics stating that ethics does not work by itself in the economic life (since the selfishness of the individual actors are too strong) so the legal system and the political level should provide a regulation that is proportionate to a liberal economy confessed by Röpke.⁹

3. Method of Zlinszky

Zlinszky as a constitutional judge has articulated dissenting and concurring opinions in a great number which shows us the presence of a unique legal thinking.¹⁰

Let me explain first what is a dissenting or concurring opinion. If any of the judges of the Constitutional Court of Hungary left in minority because he or she disagrees with the merit of the decision, he or she may articulate a so called dissenting opinion. If he or she agrees with the merit of the decision, but would base the decision on different arguments, may articulate a concurring opinion. In both cases the judge articulating concurring or dissenting opinion, he or she considers important to express his or her opinion – usually lead by their conscience for any reasons, such as informing the society about some important legal issues, eg. about the content of the rule of law more in detail.

At the initial period of the newly established Constitutional Court of Hungary (hereinafter ‘Court’), the Court declared that it will insist on a strict, literal, formalist and a value-neutral interpretation of the law and the Constitution. ‘In the current

⁸ The concept of rootedness is created by Röpke. See the explanation of the concept later under pont 6 of this paper.

⁹ Ibid. 187–192.

¹⁰ Lilla SZÁDVÁRI: *Thematic statistics ont he dissenting and concurring opinions by János Zlinszky*. Budapest, Zlinszky János Műhely, 2018.

historical situation the presence of a neutral and objective standard has a stabilizing effect.’ – stated the Court.¹¹

Opposed to the approach of the Court, Zlinszky did not insist on the strict, formal legal reasoning, but analysed the cases from a ‘higher’ perspective. In his reasoning he placed the human being itself at the center of analysis, examined the legal problems from a more human approach leaving any analyzing them in their historical and social context (similar to the method of understanding) and taking into consideration much more aspects than the Court did and also by the application of a value-based legal thinking he came to different conclusions than the majority of the constitutional judges. These could be the reasons why he articulated so many dissenting and concurring opinions, precisely all together 49 which was a very high number at that time compared to the number of dissenting or concurring opinions raised by other members of the Court.¹²

4. The rejection of absolute liberalism and the significance of values in law and economics

Zlinszky believed that the final aim of the individual and the society is to create values and to use them for the fulfillment of the life. So, the primary aim of the state is to make it possible for the individual and the society to create values freely.

Zlinszky was a liberal and a conservative thinker at the same time. He differentiated between liberalism and libertinism based on values. He categorized the human values into 3 groups stating that there are material, spiritual or intellectual and ethical values. Among these the ethical value is the highest one, then comes the spiritual and finally the material. The problem of the absolute liberal approach is that it denies the validity of spiritual and ethical values and only promotes the achievement of mere material values.¹³

He raises an example to highlight his idea. He says that it is not in harmony with the constitutional requirements if under the flag of liberalism and freedom the constant constitutional values of the rule of law are disadvantaged. For example, when the children’s right for healthy physical, emotional and spiritual development (which is a constitutional value) is displaced or overshadowed by the freedom of media, arts, expression or the press. The media instead of teaching values for children, teaches how to become a consumer, instead of teaching routes requiring efforts, shows how to find convenient solutions. So the media has a useless communication which has a destructive effect on the healthy development of a child. And the reason of the overruling presence of this negative absolute liberal trend is evidently financial, says Zlinszky.¹⁴

¹¹ ZLINSZKY, János: Manuscript. 17.

¹² Lilla SZÁDVÁRI: Dissenting and concurring opinions by János Zlinszky, The constitutional protection of private property. *Pázmány Law Review* VI. (2018) 91–92.

¹³ ZLINSZKY, János: Az Alkotmány értéktartalma és a mai politika. (Values in the Constitution and politics of today). In: KOLTAY (2013) op. cit. 535.

¹⁴ Ibid. 555.

He adds also that the defenders of this absolute liberal approach usually argue that the industry gives what the society need, so demand defines offer. Though, according to Zlinszky, it leads to a false argumentation. Since based on the Constitution the child has a constitutional right to healthy development. The problem arises when politicians does not make decisions according to the constitutional values, but promote unconstitutional liberal ideas.

It is very interesting that he admits also that the state regulation itself cannot serve a solution for this problem but only a value-based upbringing provided by the families for their children and firms ethics transmitted by the family may serve a barrier for the destructive effects of this absolute liberal trend.¹⁵

Compared to Zlinszky, Röpke advocated for a very similar liberalism concept. He made difference between liberalism and libertinism along values. He confessed that liberalism is not absolute freedom, but a freedom limited by the good or ultimate telos, 'to which it is directed, and by truth, the real situation of the human being as understood not only within his life context but also according to his nature.'¹⁶ He adds that absolute liberalism is a concept which is deprived from any inherent meaning or moral requirements.

He accentuates that the absolutization of the reason (confessed by the natural sciences) is not liberalism but libertinism. Röpke considered economics as a moral science and criticized those who tried to make an attempt to categorize it as a natural science. According to Röpke, there is always an inner dimension or subjective status for every economic dimension. So thus, economics have to understand the economic processes and not only make a mechanical explanation with formal models and based on abstraction. Understanding means to apprehend the motives and desires behind the economic actions and analyze them in their life- context.¹⁷ So, the differentiation between liberalism and libertinism along values is strongly present in the theory and method of Röpke as well.

5. Family in the work of Röpke

In the work of both authors, family had an important position. Both of them considered family as a basic, fundamental building stone of the society and promoted the strengthening of the families when approving laws or making economic decisions.

According to Röpke, the essence of the family may be summarized by the words of Robert A. Nisbet. 'This is the area of association from which the individual commonly gains his concept of the outer world and his sense of position in it. His concrete feeling of status and role, of protection and freedom, his differentiation between good and bad, between order and disorder and guilt and innocence, arise and are shaped largely by his relations within these realms of primary associations.'¹⁸

¹⁵ Ibid. 556.

¹⁶ ORTIZ op. cit. 108.

¹⁷ Ibid. 108–110.

¹⁸ Robert A. NISBET: *The quest for community*, 142., ORTIZ op. cit. 171.

He created a theory called rootedness which is at the center of his methodology. He states that only those economic decisions may result a fulfilled existence, that is the final aim of economics which strengthens the rootedness in the society. Rootedness has 4 elements: ownership, nature, tradition and primary communities. Primary communities are for example the families. So based on Röpke's theory an economic decision is optimal only if it does not weaken the primary communities, and as such, families.

Röpke explains also the characteristics of primary communities. These communities are based on real, natural relationships opposed to artificial ones. Since these primary communities, such as the family provide a secure, safe environment for children and transmits firm ethics, make the individual able to become a characteristic, responsible member of the society and have a fulfilled life. That is why Röpke says that primary communities serve as an opposition to mass society. Röpke believed that the economic sphere may work optimally only if the economic actors behaves ethically well and are able to act responsibly. Otherwise they will never make optimal economic decisions and may be easily deceived.

Röpke adds finally that primary communities involve in the existence of a common reality shared by all members of the society. The prerequisite of this common reality that all creatures are created by God. Röpke considered this relationship as the most fundamental relationship when talking about primary communities, and as such about family.¹⁹

6. Family in the work of Zlinszky

The importance of family is described by the following words of Zlinszky: 'Parents and their children are fundamental cells and natural building stones of the society. A durable building may be constructed on firm building stones. A strong, healthy society may be constructed on firm families.'²⁰

The Constitution protects and provides additional rights to families in several provisions. According to Zlinszky this high protection is justified by the fact that families provide a secure environment for the fulfillment of life of the children (physically, mentally and emotionally as well) so protection is justified primarily on the basis of the protection of the child.

Furthermore, economically is also justifiable the high protection because families provide the reproduction of the society.

He adds that one more constitutional requirement, namely the constitutional principle of proportionate public burden sharing requires to provide financial support for families not only on the basis of solidarity but because families bear more public

¹⁹ ORTIZ op. cit. 169–173.

²⁰ ZLINSZKY, János: Élet és család védelme az Alkotmányban. A család alapvető jogai. (Protection of life and family in the Constitution. The fundamental rights of family). *Vigilia*, 1998/4. 262–270. (Translated by Lilla Hegedűs)

burden by upbringing their children since when their children become adults, their work will be beneficial for the entire society and not especially for their parents.

If these constitutional requirements concerning the protection of families are not met, then families are discriminated, states Zlinszky.²¹

6.1. The object and the obliged of the protection

Before introducing a concurring opinion to represent the value-based legal argumentation of Zlinszky in the topic of family I will introduce shortly the constitutional regulation of the protection of families.

According to Zlinszky family is a legal relationship between a man and a woman blessed with children. The object of the constitutional protection is the relationship between the man and the woman, and also their children as a fruit of this relationship and finally the relationship between the parents and their children. Though, he emphasize that the primarily object of the protection is the interest of the child and the primary obliged is the state. So the state has a two-fold obligation. On one hand, it shall abstain from interfere into the inner life of the families by any legal instruments, on the other hand, it shall support the real freedom of families by providing financial and institutional support to them.²²

6.2. Concurring opinion by Zlinszky to decision no. 18/1994 of the Constitutional Court

In the last section I will introduce a concurring opinion by Zlinszky in which he fought for parents' rights to choose the values according to what they would like to upbringing their children and the enforcement of one of the constant values of the rule of law, namely social tolerance. In the concurring opinion Zlinszky also touches the topic of ideological neutrality of the state.

6.3. Background of the case

The applicant turned to the Court stating that certain provisions of an act is not in harmony with the Constitution, so he asked the Court to repeal the relevant provisions. He stated that the provisions concerned caused a discriminatory situation due to the fact that it did not make possible for the state and local governments to maintain ideologically committed schools.

The Court has rejected the application referring to one of its former, fundamental decision on ideological neutrality of the state. In this decision the Court declared that the state cannot maintain ideologically committed schools due to its neutrality, but if there is a need in the society for religious schools, then the state should provide adequate financial support to that aim.

²¹ Ibid. 262–270.

²² Ibid.

6.4. Concurring opinion by Zlinszky

According to Zlinszky, the notion of ideological neutrality of the state does not mean neutrality on values. Even more, some certain, constant values of the rule of law, such as social tolerance should be respected and enforced at all times enjoying priority opposed to other, non-constitutional aspects, such as the liberal idea of value neutrality of the state. He says that the values of the rule of law may be barriers to the fundamental rights as well, such as the parent's right to upbringing their children and the teachers' right to teach. Although, after socialism most of the professors working in neutral state schools were followers of the same ideology and rejected religious values and upbringing. Therefore, the value of social tolerance could be enforced in this situation only if the ideologies of professors in state schools would be present in proportionate to the pluralism of ideas among parents in the society. Though, in this historical situation it was only an utopistic idea yet, says Zlinszky. He also adds that the rule of law may be enforced in a society only if it is rooted deeply in the mentality of the people, and cannot be enforced just by the law. So according to Zlinszky this problem can be solved only by time and the by change in the social perceptions, not by the law.

He went further and raised attention to the fact that families who wants to upbringing their children based on values are discriminated since there is not enough religious schools in the society. He highlights that the state shall provide the opportunity of real choice to parents to exercise their right to upbringing their children, and a mere financial support by the state is not enough to provide the opportunity of real choice. He suggested to pass the maintenance of certain state schools into the hand of the church and also to provide financial support to these already religious institutions in proportionate to the state tasks they have overtaken. This solution could provide adequately the right to choose for religious parents according to the Constitution.²³

7. Conclusions

From the comparison of the scientific method of the two authors it became clear that both authors represent a softer approach compared to the method represented by the natural sciences. It is not easy to find a justification of this approach against those who believe in the generally accepted legal interpretation technique, that is the positivist approach. Though, it is important to stress, even if there is a generally accepted approach it does not change the nature of law and the nature of reality surrounding us (what the law should regulate) which might be better grabbed by a more complex, mixed methodology applied by Zlinszky. In my opinion, the justification of the approach of Zlinszky or Röpké cannot be questioned, though the barriers of this

²³ ZLINSZKY, János 18/1994. (III. 31.) AB határozathoz fűzött párhuzamos indokolása, ABH 1994. 93–98. (Concurring opinion by János Zlinszky to decision 18 of 1994 of the Hungarian Constitutional Court: 31 March 1994).

mixed methodology and how to apply it precisely is an important issue and might be a matter of further debate.

One of the most important elements of the method of the two authors is the presence of certain common, constant values in legal practice and economics. As we could see above Röpke originated the constant values present in economics back to the nature of the man which is in harmony with the CST. Even though, Zlinszky believed that the values of the CST are extremely close to the constant values of the rule of law, he accentuated that the two are not equally the same and he refers back to the Hungarian legal heritage when he talks about values. He states that constant values of the rule of law are originated back to the Hungarian legal tradition, the historical Constitution of Hungary. He also often emphasized that Europe's spiritual heritage is built on three pillars, the Christian morals, the Greek philosophy and the Roman law.²⁴ So these traditions cannot be ignored from the legislative process but should be respected. He also adds that in order to have real democracy and rule of law in Hungary, the values of the historical Constitution has to be revealed again, known and studied by all members of the society. Since without voluntarily keeping the law, rule of law cannot be enforced.²⁵

To precisely determine what are the constant values of the rule of law and what is their exact content according to Zlinszky a future research is necessary on the topic of values in the Hungarian historical Constitution.

²⁴ ZLINSZKY (2017) op. cit. 12.

²⁵ ZLINSZKY, János: Történelmi alkotmányunk fejlődése. (Development of the Hungarian Historical Constitution). In: KOLTAY (2013) op. cit. 317.

DAS GRUNDRECHT AM EIGENEN BILD

Der Umfang der verfassungsgerichtlichen Überprüfung der Rechtsurteile in Ungarn

Kinga ZAKARIÁS

Dozent, Katholische Universität Pázmány Péter

1. Einleitung

In der Leitentscheidung in Sache des Erscheinungsbildes des Polizisten (im Folgenden: VerfGE 1)¹ erklärte das ungarische Verfassungsgericht unter dem Namen „das Recht am eigenen Bild“ ein neues Grundrecht, das die Einschränkung der Pressefreiheit bildet. Das ungarische Verfassungsgericht schuf ein neues Grundrecht nicht aus dem Nichts, sondern leitete es aus dem Recht auf Menschenwürde ab, das mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht identifiziert wurde. Die Schranken der ohne Erlaubnis veröffentlichten Bilder über die Demonstration sichernden Polizisten hat es nicht in die äußere Offenbarung der menschlichen Persönlichkeit schützenden Recht am Bildnis definiert, sondern im uneinschränkbareren Aspekt der Menschenwürde, im Schutz des inneren Wesens des Menschenseins. Dementgegen stellte der oberste Gerichtshof, die Kurie in dem nach der Nichtigerklärung des gesetzkraftigen Gerichtsurteils neu verordneten Verfahren fest, das Recht am eigenen Bild sei nicht einschränkbar lediglich auf die Verletzung der Menschenwürde auf der Grundlage, dass der Polizist seine Aufgabe im Rahmen einer öffentlichen Tätigkeit versieht.² Das Verfassungsgericht hat in seinem letzten Beschluss (im Folgenden: VerfGE 4) auch dieses Gerichtsurteil für nichtig erklärt, weil diese den wesentlichen verfassungsmäßigen Inhalt der Leitentscheidung einschränkend interpretierte.³

All diesbezüglich tauchen mehrere Fragen auf: Was gehört zum Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und was zum Schutzbereich des uneinschränkbareren Rechts auf Menschenwürde? Wie können die zwei Aspekte der

¹ Entscheidung 28/2014. (IX. 29.) VerfG.

² Urteil der Kurie als Überprüfungsgericht – Pfv.IV.20.121/2016/3. Rn. [40].

³ Entscheidung 3/2017. (II. 21.) VerfG, Rn. [26].

Menschenwürde voneinander abgegrenzt werden? Ist die dogmatische Konstruktion des allgemeinen Persönlichkeitsrechts auch nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes aufrechtzuerhalten? Was ist die Grundlage des Rechts am eigenen Bild? Erstreckt sich der Schutzbereich der obigen Grundrechte auf diejenigen Personen, die die öffentliche Gewalt ausüben? Den obigen Fragen verleiht ein besonderes Gewicht jener auf die Ordnung der Machtteilung auswirkende Paradigmenwechsel, den das Grundgesetz mit der Erweiterung der Zuständigkeit des Verfassungsgerichts, mit der Einführung der sogenannten echten Verfassungsbeschwerde verursachte. Als Symbol und Abdruck dieser öffentlich-rechtlichen Änderung ist die Reihe der Urteile betreffs des Bildes des Polizisten zu bewerten.⁴

2.1. Ein neues Grundrecht?

Die Formulierung der Menschenrechte im Grundgesetz ist im Allgemeinen äußerst lakonisch, deswegen entfaltet sich der Schutzbereich der Grundrechte in der verfassungsgerichtlichen Praxis⁵. Dementsprechend nennen wir das Grundrecht neu dann, wenn das von dem dazu berufenen Organ nicht mit ausdehnender Auslegung der vorhandenen Grundrechte oder mit der Anwendung der Analogie abgeleitet hat, sondern, losgerissen vom Text des Grundgesetzes, für den Schutz solcher Lebensverhältnisse abgefasst hat, die von keinem ausdrücklich genannten Grundrecht gedeckt wird.⁶ Zur Beurteilung des „neuen“ Charakters des Rechts an eigenem Bild muss man die dogmatische Begründung des Grundrechts untersuchen.

Das Verfassungsgericht hat den verfassungsmäßigen Schutz des Rechts an eigenem Bild nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes abgeleitet und ausdrücklich auf die Garantie der Menschenwürde (Art. II)⁷ gegründet. Die VerfGE 1 hat zwar allgemein auf die rechtliche Praxis der europäischen Länder und Absatz 2 2:42. § (2) des Zivilgesetzbuches hingewiesen, die die Achtung der Menschenwürde und der daraus entspringenen Persönlichkeitsrechte vorschreibt, aber hat festgesetzt, dass das Verfassungsgericht von der Regel des Grundgesetzes betreffs der Pressefreiheit und der Menschenwürde ausgegangen ist, und nicht die Entscheidung bürgerrechtlichen Streite anstrebt.⁸ Das Verfassungsgericht hat damit „den auf die Menschenwürde

⁴ VerfGE 1; Entscheidung 16/2016. (X. 20.) VerfG (im Folgenden: VerfGE 2); Entscheidung 17/2016. (X. 20.) VerfGE (im Folgenden: VerfGE 3); VerfGE 4.

⁵ Der sachliche Schutzbereich des Grundrechts umfasst den potenziellen Schutz der in der vom Grundrecht berührten Lebenssphäre erwiesenen Haltungen, der sich mit Hinsicht auf die verschiedenen Einschränkungsmöglichkeiten vermindern kann.

⁶ Küpper unterscheidet die „echten“ neuen Grundrechte, die das Verfassungsgericht über den positiven Grundgesetztext hinaus formuliert, von den „unechten“ neuen Grundrechten, die der – auf den „Verfassungswandel“ und auf die neuartigen Probleme gerichtete – Änderung des Gehalts des Grundrechts auf der Spur folgen. KÜPPER, Herbert: IT-alapjog és elektronikus magánszféra – az alkotmánybíróság legitim jogfejlesztése vagy tilos jogalkotása? I. rész. *Közjogi Szemle*, 2009/4. 2–3.

⁷ Art. II. Grundgesetz „Die Würde des Menschen ist unantastbar. Jeder Mensch hat das Recht auf Leben und auf Menschenwürde, dem Leben der Leibesfrucht gebührt von der Empfängnis an Schutz“.

⁸ VerfGE 1, Rn. [27], [39].

zurückführbaren Schutz des Erscheinungsbildes” auf verfassungsmäßigen Rang erhoben und ihn zur verfassungsmäßigen Grundlage des bürgerrechtlichen Bildnisrechts gemacht.

Das Recht am eigenen Bild ist ein einschränkbares Grundrecht, dessen Schutzbereich sich auf die “optische” Seite der Selbstdarstellung erstreckt:

„Das bedeutet in erster Linie, dass jeder Mensch grundsätzlich selbst darüber entscheiden kann, welches Bild über ihn, und in welchem Zusammenhang, veröffentlicht wird. [...] Das Recht am eigenen Bild schützt die äußere Offenbarung der menschlichen Persönlichkeit. Das Bildnis und die Tonaufnahme dienen mittelbar zur Identifizierung der Persönlichkeit, sie vermitteln die wesentlichen Eigenschaften der Persönlichkeit. Das Recht am eigenen Bild kann darum anders eingeschränkt werden als die anderen Persönlichkeitsrechte. Irgendwelche unbefugte, eingreifende Haltung in Verbindung mit dem Erscheinungsbild eines Anderen ist rechtswidrig.”⁹

Die Selbstdarstellung bedeutet die Entfaltung der Persönlichkeit des Einzelnen, das in enger Verbindung mit der Selbstidentität des Einzelnen steht, weil sie jene Entscheidung enthält, wie die äußere Offenbarung der Identität des Einzelnen veröffentlicht werden kann. Dementsprechend hat das Recht am eigenen Bild zwei Elemente: ein statisches, die Selbstidentität, und ein dynamisches, die Selbstdarstellung, die die Verfügung über das eigene Bild bedeutet.

Das Verfassungsgericht hat im Folgenden untersucht, ob dieser Schutzbereich von den im Grundgesetz genannten Persönlichkeitsrechten gedeckt wird. Deshalb hat es das neulich entfaltete besondere Persönlichkeitsrecht vom Recht auf Privatsphäre abgegrenzt [Art. VI Abs. 1]:¹⁰

„Der Schutz der Privatsphäre – im Gegensatz zum Schutz des Rechts am eigenen Bild – richtet sich nicht ausdrücklich auf die Darstellung, sondern ist nach dem Thema und dem Ort der Mitteilung zu beurteilen. An öffentlichen Orten fehlt im Allgemeinen die grundlegende Bedingung des Bezugs auf den Schutz der Privatsphäre: der Anspruch auf die Zurückgezogenheit.”¹¹

Zugleich hat es erörtert, dass das Recht am eigenen Bild mehr ist als das Recht auf Schutz der persönlichen Daten [VI. Artikel (2) Absatz]:¹²

⁹ VerfGE 1, Rn. [22]–[23].

¹⁰ Art. VI Abs. 1 Grundgesetz “Jede Person hat das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung, ihrer Kommunikation sowie ihres guten Rufes.”

¹¹ Entscheidung 28/2014. (IX. 29.) VerfG, Rn. [25].

¹² Art. VI Abs. 2 Grundgesetz “Jede Person hat das Recht auf Schutz der sie betreffenden personenbezogenen Daten sowie darauf, Daten von öffentlichem Interesse zu erfahren und zu

„Das Recht am eigenen Bild schützt die äußere Offenbarung der menschlichen Persönlichkeit. Das Bildnis und die Tonaufnahme dienen mittelbar zur Identifizierung der Persönlichkeit, sie vermitteln die wesentlichen Eigenschaften der Persönlichkeit.“¹³

Da es die obengenannten Grundrechte für den Schutz des Erscheinungsbildes nicht geeignet fand, hat es das auf den Schutz der Menschenwürde zurückgeführt. Innerhalb der Körperschaft war es zugleich umstritten die Begründung des Rechts am eigenen Bild. Dienes-Oehm betrachtete die für die individuelle Identifizierung geeignete Aufnahme als persönliche Daten, deren Schutz dem Schutzbereich des Art. VI Abs. 2 des Grundgesetzes untersteht.¹⁴ Laut Pokol verletzte die Veröffentlichung des Bildes der Polizisten in den Medienberichten das auch während der Ausübung ihrer polizeilichen Tätigkeit bewahrte Recht auf Privatsphäre.¹⁵

Aufgrund der oben Gesagten können wir feststellen, dass das Recht am eigenen Bild nur scheinbar ein neues Grundrecht ist, weil es in den Schutzbereich mehrerer ausdrücklich genannten Grundrechte eingeordnet werden kann.

Die VerfGE 1 hat in Verbindung mit dem neulich abgeleiteten Recht nicht nur das definiert, in den Schutzbereich von welchem genannten Grundrecht gehört, sondern stellte fest, dass das einschränkbar sei. Auf diese Weise ordnete es das Recht am eigenen Bild in den einschränkbareren Aspekt des Rechts auf Menschenwürde. In der mit der früheren Verfassung [§ 54 Abs. 1] verbundenen verfassungsrechtlichen Praxis erschien nämlich die Menschenwürde in zwei Formen:¹⁶ einerseits als ein absolutes (uneinschränkbares) Recht, das die Ganzheit des menschlichen Daseins schützt und das Grundrechtssystem begründet, andererseits als eine Formulierung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, als ein relatives (einschränkbares) Recht, das die Entwicklung der Persönlichkeit schützt.¹⁷ Das Verfassungsgericht hat nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes die Differenzierung der zwei Aspekte der

verbreiten.“

¹³ VerfGE 1, Rn. [39].

¹⁴ Abweichende Meinung des Verfassungsrichters DIENES-OEHM, Egon, Rn. [52].

¹⁵ Abweichende Meinung des Verfassungsrichters POKOL, Béla, Rn. [59].

¹⁶ Laut Deli und Kukorelli bildete die Menschenwürde ein System mit drei Niveaus in der früheren (auf die früheren Verfassung bezogenen) Praxis des Verfassungsgerichts. Auf dem ersten Niveau des Systems stand die unantastbare Menschenwürde, die das Verfassungsgericht als „undefinierbaren Begriff“ auffasste, und lediglich auf dem zweiten Niveau definierte entlang gewissen Grundfunktionen sogenannte Anrechnungspunkte, aus denen es auf dem dritten Niveau einige konkrete Grundrechte ableitete. DELI, Gergely – KUKORELLI, István: Az emberi méltóság alapjoga Magyarországon. *Jogtudományi Közlöny*, 2015/7–8. 341–343, 347.

¹⁷ Laut Balogh ist das Recht auf Menschenwürde in zwei Dimensionen anwesend: einerseits als das Recht, das das grundrechtliche dogmatische System begründet, (eine Art Abstraktion, der jedoch grundrechtliche Kennzeichen beigelegt werden können), andererseits in der Form der aus der Menschenwürde abgeleiteten Rechte (subjektive Rechte). BALOGH, Zsolt: Az emberi méltóság: Jogi absztrakció vagy alanyi jog. *Iustum Aequum Salutare*, 2010/4. 38.

Menschenwürde auf prinzipiellem Niveau aufrechterhalten,¹⁸ und hat in mehreren seiner Entscheidungen seine frühere auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht bezogene Praxis bestätigt. Darum, um den Gehalt des Rechts am eigenen Bild definieren zu können, müssen wir jene Vorfrage klarstellen, was gehört in den Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und was in den des Rechts auf Menschenwürde hin, beziehungsweise wie können die Schutzbereiche der zwei Grundrechte voneinander abgegrenzt werden.

2.2. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht

Beim Fehlen eines allgemeinen subsidiären Persönlichkeitsrechts aus der früheren Verfassung, hat das Verfassungsgericht den einschränkbareren Aspekt des Rechts auf Menschenwürde – von der Praxis des deutschen Bundesverfassungsgerichts ausgehend¹⁹ mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht identifiziert. Ein wesentlicher Unterschied zwischen der früheren ungarischen Verfassung und dem deutschen Grundgesetz ist, dass dies letztere, neben der Menschenwürdeklausel [Art. 1 Abs. 1], ausdrücklich das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit beinhaltet [Art. 2 Abs. 1]. Das Bundesverfassungsgericht hat aus diesem umfassenden Persönlichkeitsrecht zwei Grundrechte entfaltet: die allgemeine Handlungsfreiheit und das allgemeine Persönlichkeitsrecht. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht unterscheidet sich von der allgemeinen Handlungsfreiheit, was sowohl den Schutzbereich des Rechts als auch dessen Einschränkung betrifft, weil der Kreis der vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht geschützten Rechte von der Menschenwürde festgelegt wird. Die Garantie der Menschenwürde gewährleistet den statischen Elementen der Persönlichkeit hervorgehobenen Schutz gegenüber der allgemeinen Handlungsfreiheit, die die dynamischen Elemente der Persönlichkeit schützt.²⁰

In der Praxis des Verfassungsgerichts ist das allgemeine Persönlichkeitsrecht ein umfassendes Persönlichkeitsrecht, das durch die Benennung verschiedener Inhaltselemente zum umfangreichen Schutz der Persönlichkeit wurde in jenen Fällen, wo keines der genannten Grundrechte für den gegebenen Sachverhalt anwendbar war.²¹ Die Entscheidung, die das Recht auf Menschenwürde mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht identifiziert, hat als einzelne Bestandteile, als Inhaltselemente des allgemeinen Persönlichkeitsrechts das Recht der freien Entfaltung der Persönlichkeit, das Selbstbestimmungsrecht, die allgemeine Handlungsfreiheit und

¹⁸ „Das Recht auf Schutz der Menschenwürde ist uneinschränkbar nur als rechtliche Bestimmung des menschlichen Status, während es als allgemeines Persönlichkeitsrecht und die daraus stammenden Persönlichkeitsrechte einschränkbar sind“. Entscheidung 7/2014. (III. 7.) VerfGE, Rn. [43].

¹⁹ Catherine DUPRÉ: *Importing the law in post-communist transitions. The Hungarian Constitutional Court and the right to human dignity*. Oxford – Portland Oregon, Hart Publishing, 2003. 75–86.

²⁰ Walter SCHMITT GLAESER: § 129 Schutz der Privatsphäre. In: Josef ISENSEE – Paul KIRCHHOF (ed.): *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschlands VI*. Heidelberg, C.F. Müller Juristischer Verlag, 2000. 52–58.

²¹ ZAKARIÁS, Kinga: 54. § Az élethez és az emberi méltósághoz való jog. In: Jakab András (ed.): *Az Alkotmány kommentárja II*. Budapest, Századvég, 2009. 1905–1909.

das Recht auf Privatsphäre genannt.²² Das Recht auf Selbstidentität, das Recht auf Integrität der Persönlichkeit und das Recht auf körperliche Unversehrtheit hat es in seinen späteren Beschlüssen genannt.²³ In die Richtung der Begründung des völligen Persönlichkeitsschutzes hat das Verfassungsgericht aus diesen Inhaltselementen weitere Persönlichkeitsrechte abgeleitet. Diese sind jedoch keine neue Grundrechte, sondern sind die einzelnen Offenbarungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, worauf das Verfassungsgericht den Schutz des § 54 der früheren Verfassung²⁴ erstreckte.²⁵ Das Verfassungsgericht hat aber in vielen Fällen nicht den Funktionen (subsidiäres Grundrecht), sondern verwendete ersetzbar das Recht auf Menschenwürde zur Abhilfe solcher Unrechte, die in den Schutzbereich anderer, genannten verfassungsmäßigen Rechte (z.B. prozessuales Selbstbestimmungsrecht, Rechte der Privatsphäre, Recht auf Schutz der Personalien) fallen.²⁶ Es bedeutet ein größeres Problem, dass es in der verfassungsgerichtlichen Praxis – beim Fehlen der Abgrenzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und der allgemeinen Handlungsfreiheit²⁷ – der Schutz der statischen und dynamischen Elemente ist verschwommen, was die Gefahr der Vermischung des einschränkbaren und des uneinschränkbaren Aspekts der Menschenwürde aufwarf .

Die Begründung des Persönlichkeitsschutzes hat sich nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes – im Zusammenhang mit der Textänderung – insofern geändert, dass das Verfassungsgericht das Recht auf Privatsphäre²⁸ und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung²⁹ aus dem im Grundgesetz genannten Anordnungen ableitet,

²² Entscheidung 8/1990. (IV. 23.) VerfG, VerfGE, 1990. 42, 45.

²³ Entscheidung 57/1991. (XI. 8.) VerfG, VerfGE, 1991. 236, 242.; Entscheidung 75/1995. (XII. 21.) VerfG, VerfGE, 1995. 376, 381.

²⁴ § 54 Abs. 1 Verfassung „In der Republik Ungarn hat jeder Mensch das angeborene Recht auf Leben und Menschenwürde, niemand darf dieser Rechte willkürlich beraubt werden.“

²⁵ HOLLÓ, András – BALOGH, Zsolt (ed.): *Az értelmzett Alkotmány*. Budapest, Magyar Hivatalos Közlönykiadó, 2005. 701–702.

²⁶ SÓLYOM, László: *Az alkotmánybíráskodás kezdetei Magyarországon*. Budapest, Osiris, 2001. 453. JÓRI, András: 59. § A magánszférájogok. In: JAKAB, András (ed.): *Az Alkotmány kommentárja II*. 2172–2173.

²⁷ Das Fehlen der Abgrenzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und der allgemeinen Handlungsfreiheit bezieht sich auf Privatpersonen. In der Praxis des Verfassungsgerichts konnten sich die juristischen Personen auf die den Schutz der menschlichen Qualität gewährleistende Menschenwürde nicht beziehen, nur auf die Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit. Entscheidung 24/1996. (VI. 25.) VerfG, VerfGE, 1996. 107, 111. Dementsprechend ist die Grundlage der Autonomie der juristischen Personen nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes Art. I Abs. 4, der aussagt, dass jene Grundrechte auch für die Rechtssubjekte, die aufgrund von Gesetzen geschaffen wurden gewährleistet sind, beziehungsweise auch ihnen jene Verpflichtungen obliegen, die sich von ihrer Natur aus nicht nur auf den Menschen beziehen. Entscheidung 25/2012. (V. 18.) VerfG, Rn. [45].

²⁸ Zuerst: Entscheidung 3110/2013. (VI. 4.) VerfG, Rn. [88]; Umfassend: Entscheidung 32/2013. (XI. 22.) VerfG, Rn. [82]–[84]; Bestätigt: Entscheidung 9/2014. (III. 21.) VerfG, Rn. [36]; Entscheidung 17/2014. (V. 30.) VerfG, Rn. [29]–[30]; Entscheidung 13/2016. (VII. 18.) VerfG, Rn. [42].

²⁹ Zuerst: Entscheidung 3255/2012. (IX. 28.) VerfG, Rn. [8]; Umfassend: Entscheidung 2/2014. (I. 21.) VerfG, Rn. [10]–[23]; Bestätigt: Entscheidung 11/2014. (IV. 4.) VerfG, Rn. [55]; Entscheidung 3046/2016. (III. 22.) VerfG, Rn. [30].

und – im Gegensatz zur früheren Praxis – den Schutzbereich der zwei Grundrechte voneinander abgrenzt.³⁰ Der Text des Grundgesetzes hat die obigen Grundrechte aus dem Kreis des Persönlichkeitsschutzes herausgehoben und in separaten Anordnungen [Art. VI Abs. 1 und 2] geregelt. Ins Grundgesetz gelangte nicht das zum Schutz der ganzen Persönlichkeit geeignete, umfassende Recht; darum bildet unverändert das Recht auf Menschenwürde die Grundlage des Namensrechts,³¹ des gesundheitlichen Selbstbestimmungsrechts³² und des Rechts am eigenen Bild, das das Thema unserer Untersuchung bildet. Im Hinblick auf die Grundrechte ist es nicht eindeutig, was der Maßstab der Einschränkung ist: das absolute Recht auf die Menschenwürde oder das relative allgemeine Persönlichkeitsrecht.

In der früheren Praxis des Verfassungsgerichts hatte diese Frage darum keine besondere Bedeutung, denn der Text der früheren Verfassung ermöglichte die nicht-willkürliche Einschränkung des Rechts auf Menschenwürde, und das Verfassungsgericht hat das Recht auf Menschenwürde in erster Linie in der Gestalt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, das laut des in der verfassungsgerichtlichen Praxis erarbeiteten Notwendigkeits- und Verhältnismäßigkeitstests³³ einschränkbar war, genutzt.

Der Text des Grundgesetzes hat sich aber geändert: gegenüber der Einschränkung der Grundrechte [Art. I Abs. 3]³⁴ schreibt er die Unantastbarkeit der Menschenwürde vor [Art. II]. Deswegen kann die Differenzierung der zwei Aspekte der Menschenwürde nicht aufrechterhalten werden. Dementsprechend muss man die verschiedenen Aspekte der Persönlichkeit schützenden einschränkbaren Rechte mit den im Grundgesetz explizit genannten einschränkbaren Rechten verknüpfen. Dies schließt nicht aus, dass das Verfassungsgericht die Sonderrechte in Verbindung mit dem Recht auf Menschenwürde erörtert, und Menschenwürdegehalt vom einschränkbaren Schutzbereich abgrenzt. Im Falle der gegen die Freiheit der Meinungsäußerung verstößenden besonderen Persönlichkeitsrechte ist es besonders wichtig deren Menschenwürdekern zu bestimmen, weil Art. IX Abs. 4 des Grundgesetzes als Schranke der Meinungsäußerung ausdrücklich die

³⁰ Entscheidung 32/2013. (XI. 22.) VerfG, Rn. [88]–[89].

³¹ Entscheidung 27/2015. (VII. 21.) VerfG, Rn. [23].

³² Entscheidung 30/2013. (X. 28.) VerfG, Rn. [16]; Entscheidung 24/2014. (VII. 22.) VerfG, Rn. [131].

³³ Die Anwendung des Notwendigkeits- und Verhältnismäßigkeitstests findet in drei Schritten statt: 1. ob der Schutz eines anderen Grundrechts oder eines übrigen verfassungsmäßigen Rechts die Einschränkung des Rechts begründet; 2. ob der Normschöpfer im Laufe der Einschränkung das mildeste für das Erreichen des gegebenen Ziels passende Mittel wählte; 3. ob die Wichtigkeit des zu erreichenden Ziels und das Gewicht der in diesem Interesse verursachten Grundrechtsverletzung miteinander in passendem Verhältnis stehen. In der Praxis ist es aber schwer die obigen Schritte voneinander zu trennen, und auch die Begriffe vermischen sich. GÁRDOS-OROSZ, Fruzsina: 8. § Alapjogok korlátozása. In: JAKAB András (ed.): *Az Alkotmány kommentárja I.* Budapest, Századvég, 2009, 424.; POZSÁR-SZENTMIKLÓSY, Zoltán: *Alapjogok mérlegen. Az általános alapjogi tesztek dogmatikája.* Budapest, Hvg-Orac, 2016. 29.

³⁴ Art. I Abs. 3 des Grundgesetzes formuliert auch allgemeine formelle (durch Gesetze festgelegt) und inhaltliche Anforderungen (Notwendigkeits- und Verhältnismäßigkeitstest, Respektierung des Wesensgehalts der Grundrechte) gegenüber der Einschränkung des Grundrechts.

Menschenwürde der Anderen bezeichnet. Das bedeutet nicht, dass Art. VI Abs. 1 nicht die Schranke der Meinungsfreiheit bilden könnte, weil Art. 1 Abs. 3 das Verhältnismäßigkeitsprinzip beinhaltet. Ausnahme von der Erwägung ist nur die für unantastbar erklärte Menschenwürde.

Aufgrund der Obenerwähnten können wir feststellen, dass das Recht an eigenem Bild in der Praxis des Verfassungsgerichts – unausgesprochen – aus dem das Inhaltselement des allgemeinen Persönlichkeitsrechts bildenden Selbstbestimmungsrecht abgeleitetes Sonderrecht ist, das entsprechend dem Verhältnismäßigkeitsprinzip eingeschränkt werden kann. Nach meinem Standpunkt hätte man das „neue“ Grundrecht – neben der dogmatisch korrekten Interpretation – auf die Auslegung des Art. II in Verbindung mit Art. VI Abs. 1 begründen müssen, die sich als Sonderfall des im Grundgesetz ausdrücklich genannten Rechts auf guten Ruf³⁵ auf den hervorgehobenen Schutz der Selbstdarstellung des Einzelnen richtet, weil das mit der Identität des Einzelnen in engem Zusammenhang ist.

2.3. Das Recht auf Menschenwürde

Das Recht auf Menschenwürde ist „ein vor und nach dem Recht existierender Wert, der in seiner Gesamtheit für das Recht unzugänglich ist.“³⁶ Diese Erkennung führte dazu, dass das Verfassungsgericht in seiner mit der früheren Verfassung verbundenen Praxis das Recht auf Menschenwürde in erster Linie nicht als absolutes Recht, sondern als Offenbarung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nutzte, indem es dessen Inhaltselemente benannte und aus diesen verschiedene Sonderrechte herauslas. Der einschränkbare Aspekt des Rechts auf Menschenwürde war trotzdem nicht leer.³⁷ Das Verfassungsgericht hat nämlich den des absoluten Schutzes teilhaftig werdenden Inhalt der Menschenwürde definiert:

„Das Recht auf Menschenwürde bedeutet, dass die Autonomie, die Selbstbestimmung des Einzelnen einen solchen der Verfügung aller Anderen entzogen Kern hat, wobei – laut der klassischen Formulierung – der Mensch Subjekt bleibt, und nicht zum Mittel oder Objekt werden kann. Diese Auffassung des Rechts auf

³⁵ Diese Auslegung wird von der Entscheidung 32/2013. (XI. 22.) VerfG unterstützt, der den Gegenstand des Rechts auf guten Ruf im Schutz des über das Leben des Einzelnen verfassten Bildes definierte, Rn. [84]; Der VerfG 1 setzte zwar im Laufe der Klärung des Ursprungs des Begriffs „Recht am eigenen Bild“ fest, dass das im bürgerlichen Recht der Sonderfall des Schutzes des guten Rufes und der Ehre ist, aber er hat diesen Zusammenhang zur Begründung des Rechts am eigenen Bild nicht verwendet. Rn. [21].

³⁶ Entscheidung 23/1990. (X. 31.) VerfG, VerfGE, 1990. 88, 103. Die parallele Meinung des Verfassungsrichters SÓLYOM, László, VerfGE, 1990. 88, 103.

³⁷ Laut DELI und KUKORELLI hat das Verfassungsgericht in seiner mit der früheren Verfassung verbundenen Praxis die Menschenwürde als „undefinierbaren Begriff aufgefasst“, und nur auf dem zweiten Niveau hat es entlang gewissen Funktionen sog. Anrechnungspunkte, aus denen auf dem dritten Niveau einige konkrete Grundrechte abgeleitet hat. DELI – KUKORELLI aaO. 347.

Menschenwürde unterscheidet den Menschen von den juristischen Personen, die gänzlich unter Regelung gezogen werden können, und kein unantastbares Wesen haben.³⁸

Aus dem Beschluss sind zwei Annäherungen des Rechts auf Menschenwürde herauszulesen: die von den im Laufe der Geschichte erfahrenen Rechtsverletzungen der Menschenwürde³⁹ ausgehende negative Annäherung und die sich aus dem philosophischen Begriff⁴⁰ der Menschenwürde nährende positive Annäherung. Die Verfassungen und die internationalen Abkommen verwenden die negative Annäherung, d.h. sie verbieten bestimmte Haltungen, z. B. das Verbot der Folter oder unmenschlichen oder erniedrigender Strafe oder Behandlung. Das Mittel der negativen Definition ist das Instrumentalisierungsverbot, das sich auf die einschränkende Haltung richtet. Darum wird die Verletzung der Menschenwürde durch Beispiele festgestellt und hängt von den Umständen des konkreten Falles ab. Neben der Möglichkeit der negativen Definition ist aus der Entscheidung auch ein positives Inhaltselement der Menschenwürde herauszulesen: die Autonomie.

Die mit der früheren Verfassung verbundene verfassungsgerichtliche Praxis bezeichnete das Selbstbestimmungsrecht als Bestandteil, als Inhaltselement des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, das das Recht der Selbstbestimmung über den eigenen Körper und das eigene Schicksal des freien, informierten und der verantwortungsvollen beschlussfähigen Menschen bedeutete.⁴¹ Aus der abweichenden Struktur der zwei Offenbarungsformen des Rechts auf Menschenwürde (uneinschränkbar – einschränkbar) ergibt sich die Schlussfolgerung, dass der Schutzbereich der zwei Aspekte des Rechts auf Menschenwürde nicht identisch sein kann. Meiner Meinung nach leistet das Recht auf Menschenwürde Schutz dem sich auf die Bewahrung der Selbstbestimmung richtenden Interesse, dessen allerlei Einschränkungen gegenüber. Das ist zu unterscheiden von der Entfaltung der individuellen Selbstbestimmung in konkreten Lebenssituationen. Dies letztere ist nicht durch das Recht auf Menschenwürde, sondern wird durch speziellen Grundrechten geschützt.⁴²

³⁸ Ibid. 347.

³⁹ Die traurige Erfahrung der nationalsozialistischen und der sozialistischen Diktaturen sowjetischer Art, die den Menschen in vollem Maße der Staatsmacht unterworfen haben, führte zur Aufnahme der Menschenwürde in die internationalen Dokumente und in die nationalen Verfassungen, so in die frühere ungarische Verfassung.

⁴⁰ Das Verfassungsgericht entfaltet den Gehalt des Rechts auf Menschenwürde aus den Quellen des christlichen Naturrechts, beziehungsweise aus Kants Moralphilosophie. In diesen philosophischen Theorien ist gemeinsam, dass sie die Menschenwürde als eine im Voraus gegebene Eigenschaft betrachten, dessen ein Element die Autonomie ist.

⁴¹ Entscheidung 21/1996. (V. 17.) VerfG, VerfGE, 1996. 74, 80; Entscheidung 54/2004. (XII. 13.) VerfG, VerfGE, 694, 730.

⁴² Damit entgegengesetzte Auslegung kann man aus der Entscheidung 11/2014. (IV. 4.) VerfG herauslesen, wonach: „Die Selbstbestimmung des Menschen – die Verfügung über sich selbst – ist gleich mit der rechtlichen Verwirklichung der Freiheit: jeder Mensch kann in grundlegenden moralischen und

Die Beziehung zwischen den beiden kann mit der Hilfe der die grundrechtliche Wertordnung begründenden besonderen Funktion des Rechts auf Menschenwürde definiert werden, demzufolge bildet das Recht auf Menschenwürde Teil des Wesensgehalts aller Grundrechte,⁴³ und dementsprechend besteht es aus normativen Teilgehalten. Während der Analyse der Beziehung des Rechts auf Menschenwürde zu anderen Grundrechten kann man feststellen,⁴⁴ dass das Recht auf Menschenwürde die körperlich-seelische Unversehrtheit, die Identität der geistig-moralischen Persönlichkeit, die allgemeine Rechtsgleichheit, und das zum Unterhalt notwendige Existenzminimum gewährleistet. Der Schutz der menschlichen Qualität bedeutete schon in der früheren Praxis des Verfassungsgerichts den Schutz des Menschenwürdegehalts (Leben,⁴⁵ Privatsphäre,⁴⁶ die Gewissensüberzeugung,⁴⁷ das Recht auf den eigenen Namen,⁴⁸ die allgemeine Rechtsgleichheit,⁴⁹ Unterhaltminimum⁵⁰). Das Verfassungsgericht bestätigte nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes seine auf den Schutz des uneinschränkbaren Menschenwürdekerns gerichtete Praxis. Die Veränderung weist sich in erster Linie darin, dass das Verfassungsgericht für die Untersuchung der Verletzung der Menschenwürde die negative Annäherung anwendete (die unbegründete Amtsenthebung der Regierungsbeamten,⁵¹ die Größe der Gefängniszellen,⁵² die Anwendung der öffentlichen Gebiete zum lebensführungsartigen Bewohnen,⁵³ auf Nachäffen bauender politischer Reklamefilm⁵⁴). Zweitens hat es die Formel "das Menschenbild des Grundgesetzes" ausgearbeitet, die den rechtlichen Begriff der Menschenwürde mit Inhalt füllt: der Mensch als autonomes Wesen ist ein über Selbstwert verfügendes,

praktischen Fragen seines Lebens selbst ohne äußeren Zwang entscheiden; dieses Recht von ihm ist nur in außerordentlichem Fall einschränkbar." Rn. [30].

⁴³ Das Verbot der Einschränkung des Wesensgehalts der Grundrechte [Art. 8 Abs. 2 frühere Verfassung] hat sich schon in der die Todesstrafe abschaffenden Entscheidung mit dem Recht auf Leben und Menschenwürde verbunden. Ausdrücklich aber gelangte es nur in der Abweichenden Meinung von SÓLYOM, László zur Erörterung, dass das Recht auf menschliches Leben und Menschenwürde auch Teil des Wesensgehalts aller anderen Grundrechte bildet; sie sind immerhin die Quellen und Bedingungen aller anderen Grundrechte, weiterhin die absoluten Grenzen derer Einschränkung. Entscheidung 23/1990. (X. 31.) VerfGE, VerfGE, 1990. 88, 106.

⁴⁴ Kinga ZAKARIÁS: *Das Grundrecht auf Menschenwürde. Eine rechtsvergleichende Untersuchung im Spiegel der deutschen und ungarischen verfassungsgerichtlichen Praxis*. https://jak.ppke.hu/uploads/articles/12332/file/Tezisek_Zakarias_n%C3%A9metv.pdf

⁴⁵ Das menschliche Leben und die Menschenwürde erscheinen in untrennbarer Einheit. Entscheidung 23/1990. (X. 31.) VerfG, VerfGE, 1990. 88, 93.

⁴⁶ Entscheidung 36/2005. (X. 5.) VerfG, VerfGE, 2005. 390, 401–402.

⁴⁷ Entscheidung 4/1993. (II. 12.) VerfGs, VerfGE, 1993. 48, 51.

⁴⁸ Entscheidung 58/2001. (XII. 7.) VerfG, VerfGE, 2001. 527, 542.

⁴⁹ Entscheidung 9/1990. (IV. 25.) VerfG, VerfGE, 1990. 46, 48.

⁵⁰ Entscheidung 32/1998. (VI. 25.) VerfG, VerfGE, 1998. 251, 254.

⁵¹ Entscheidung 8/2011. (II. 18.) VerfG, VerfGE, 2011. 49, 83.

⁵² Entscheidung 32/2014. (XI. 3.) VerfG, Rn. [46].

⁵³ Entscheidung 38/2012. (XI. 14.) VerfG, Rn. [53].

⁵⁴ Entscheidung 3122/2014. (IV. 24.) VerfG, Rn. [17].

aber verantwortliches Mitglied der Gesellschaft.⁵⁵ Aufgrund der Obengenannten kann man feststellen, dass das Recht auf Menschenwürde als Teil des Wesensgehalts der anderen Grundrechte den besonderen Schutz der statischen Elemente der Persönlichkeit gewährleistet.

Die Frage nach dem Wesen des Rechts auf Menschenwürde hat besondere Bedeutung in den Fällen des (Erscheinung)Bildes des Polizisten, denn in der Praxis des Verfassungsgerichtes gilt bei der die öffentliche Gewalt ausübenden Personen (und Politiker)⁵⁶, die Einschränkung des Persönlichkeitsschutzes allen anderen gegenüber in weiterem Kreis als begründet im Interesse der Rede- und Pressefreiheit. Die absolute Grenze der Rede- und Pressefreiheit können in diesen Fällen ausschließlich die(jenigen) den uneinschränkbareren Aspekt der Menschenwürde, also die das innerste menschliche Wesen verletzenden Mitteilungen bedeuten.⁵⁷ Demgemäß gebührt in der verfassungsgerichtlichen Praxis auch den ihr Staatsamt versehenen Personen das Recht auf Menschenwürde, weil sie neben ihren staatsamtlichen Befugnissen ihre menschliche Qualität bewahren. Dementsprechend können sie sich auf den Schutz des Menschenwürdekerns (der Selbstidentität) des Rechts am eigenen Bild mit Recht beziehen gegenüber der Pressefreiheit. Also, die Grundlage dieser Fälle ist ein *Drittwirkung*⁵⁸-Konstellation, in welchem die privatrechtlichen Befugnisse auf die Grundrechte zurückgeführt werden können.

2.4. Die Kollision der Grundrechte: Dreieck-Konstellationen

Die Frage der Geltung der Grundrechte in den privatrechtlichen Verhältnissen ist auch in Ungarn eine der bedeutendsten Fragen des verfassungsgerichtlichen Diskurses bis

⁵⁵ Entscheidung 3110/2013. (VI. 4.) VerfG, Rn. [49]; Entscheidung 3132/2013. (VII. 2.) VerfG, Rn. [95]; Entscheidung 32/2013. (XI. 22.) VerfG, Rn. [88].

⁵⁶ Zur Erweiterung des Begriffs der Person des öffentlichen Lebens in der verfassungsgerichtlichen Praxis und zur erweiternden Tendenz des Kreises der Personen des öffentlichen Lebens weltweit siehe: KOLTAY, András: The regulation of the defamation of public figures in Europe, with special emphasis on the Hungarian legal system. In: KOLTAY András (ed.): *Media Freedom and Regulation in the New Media World*. Budapest, Wolters Kluwer, 2014. 317–320.

⁵⁷ Entscheidung 7/2014. (III. 7.) VerfG, Rn. [56]–[63].

⁵⁸ Das Problem der Geltung der Grundrechte in privatrechtlichen Verhältnissen ist eng verbunden mit der deutschen Rechtswissenschaft, deswegen hat sich der Ausdruck „Drittwirkung“ auch in der ungarischen juristischen Fachsprache eingebürgert. Gárdos-Orosz führte mit der Absicht der Vereinheitlichung der Terminologie den Begriff der horizontalen Geltung ein. GÁRDOS-OROSZ, Fruzsina: *Alkotmányos polgári jog? Az alapvető jogok alkalmazása a magánjogi jogvitákban*. Budapest–Pécs, Dialog Campus, 2011. 15–16.

(auf) heute.⁵⁹ Grundsätzlich standen zwei Ansichten einander gegenüber: die Lehre der unmittelbaren Drittwirkung und die Lehre der mittelbaren Drittwirkung.⁶⁰

Das Verfassungsgericht – vom Artikel R. (1) und (2) Absatz des Grundgesetzes ausgehend – gab ihre Stimme für die mittelbare Drittwirkung ab:

„Das Grundgesetz unseres Vaterlandes ist die Grundlage des Rechtssystems Ungarns. Die nach der Schlussanordnung des Grundgesetzes folgende, sich am Ende des Grundgesetzes befindende Wendung spricht über »Ungarns erstes einheitliches Grundgesetz«, und erklärt das rechtliche Primat des Grundgesetzes. Das Grundgesetz und die Rechtsnormen sind für alle verbindlich. Das Grundgesetz muss das ganze Rechtssystem durchdringen und seine Normen müssen in der Gesamtheit des Rechtssystems gelten. Diese Geltung ist abweichend im öffentlichen Recht und im Privatrecht. Während sich das Grundgesetz im öffentlichen Recht im Allgemeinen unmittelbar gilt, geschieht das im Privatrecht mittelbar, durch die Ausstrahlung der im Grundgesetz vorkommenden Grundrechte und verfassungsmäßigen Werte [Art. I Abs. 3], durch die Auslegung der privatrechtlichen Normen. Der Streit, ob die Grundrechte und die Staatsziele auf das Privatrecht einwirken, geht heute nur darum, wie das Verfassungs-Gesetz auf die privatrechtlichen Verhältnisse wirkt. Kurzum sind die Methoden und die Intensität der Einwirkung der Gegenstand des Streites. Laut der Lehre der mittelbaren Drittwirkung bleiben mit der Geltung des Verfassungsgesetzes die bürgerrechtlichen Beziehungen weiterhin bürgerlich. Die im Grundgesetz beinhalteten Rechte können durch die Generalklauseln des Privatrechts ins System des Privatrechts durchdringen. [...]“ {Entscheidung 8/2014. (III. 20.) VerfG Rn. [54]-[56]}

Die Bindung der ordentlichen Gerichte zum Grundgesetz wird vom Art. 28. des Grundgesetzes dadurch konkretisiert, dass es aussagt: „Die Gerichte legen in ihrer Rechtsanwendung den Text der Rechtsvorschriften in erster Linie im Einklang mit deren Ziel und mit dem Grundgesetz aus“ Die Aufgabe der Gerichte ist, dass man in den einzelnen Fällen die angewandte Rechtsnorm so verwendet,

⁵⁹ VINCZE, Attila: Die unmittelbare Anwendbarkeit der ungarischen Verfassung. *Jahrbuch für Ostrecht*, 2009. 83–94.; Zur aktuellen Debatte siehe: VINCZE, Attila: Rezension zu Somody, Bernadette (ed.): *Alapjogi bíráskodás – Alapjogok az ítékezésben*. Budapest, L'Harmattan, 2013. *Állam és Jogtudomány*, 2014. 104–109.

⁶⁰ In der ungarischen Fachliteratur vertritt Lábady die Lehre der unmittelbaren Geltung, und Vékás die Lehre der mittelbaren Geltung. LÁBADY, Tamás: *A magyar magánjog (polgári jog) általános része*. Budapest – Pécs, Dialóg Campus, 1998. 161.; VÉKÁS, Lajos: *Az új Polgári Törvénykönyv elméleti előkérdései*. Budapest, Hvg-Orac, 2001. 156.; Siehe auf Deutsch: Kinga ZAKARIÁS: Die Problematik des Verhältnisses der Grundrechte zum Privatrecht im ungarischen Recht. *Iustum Aequum Salutare*, 2010/3. 228–230.

dass man mit deren Auslegung die Anordnungen des Grundgesetzes zur Geltung bringt. Die Bedeutung der „Ausstrahlung“ wird von der sogenannten echten Verfassungsbeschwerde gegeben, weil sie für das Verfassungsgericht die Möglichkeit gewährleistet, die Übereinstimmung des Gerichtsurteils zu überprüfen, und als Rechtsfolge die Nichtigerklärung des Gerichtsurteils vorschreiben zu dürfen. §27 des Verfassungsgerichtsgesetzes (im Folgenden: VerfGG.) aus dem Jahre 2001 beschränkt den Umfang der Überprüfung auf die Untersuchung der Verletzung der im Grundgesetz beinhalteten Rechte. Dementsprechend untersucht das Verfassungsgericht, ob „das Gericht während der Anwendung der Rechtsnorm den verfassungsmäßigen Inhalt der im Grundgesetz gewährleisteten Rechte zur Geltung gebracht hat.“⁶¹ Die Abgrenzung der Grundrechte und der verfassungsmäßigen Rechte beziehungsweise des „einfachen Rechts“ ist aber in der Praxis schwer. Darum untersuche ich im Folgenden am Beispiel der Entscheidungen über das Bild des Polizisten, welchen Maßstab das Verfassungsgericht für die Überprüfung der Kollision zwischen dem Recht am eigenen Bild, beziehungsweise dem Recht auf Menschenwürde und der Pressefreiheit ausgearbeitet hat. Die Untersuchung wird dadurch erschwert, dass es sich aus der verfassungsgerichtlichen Praxis kein passender – von der Untersuchung der vertikalen Verhältnisse abweichender – Begriffsrahmen für die Überprüfung der Geltung der Grundrechte in privatrechtlichen Verhältnissen. Darum stelle ich die einschlägige ungarische Praxis im Rahmen des aus der deutschen grundrechtlichen Dogmatik geliehenen Modells dar. Die Wahl des Modells wird dadurch begründet, dass das ungarische Rechtssystem die Institution der echten Verfassungsbeschwerde aus dem deutschen Rechtssystem übernommen hat.⁶²

Die Besonderheit der Geltung der Grundrechte in den Privatrechtsverhältnissen ist in der deutschen Rechtsverfassung die Kollision der Grundrechte und damit die Entstehung „Dreieckskonstellationen“.⁶³ Dementsprechend ist das Verhältnis zwischen den Grundrechten und dem „einfachen Recht“ eigentlich ein Rechtsverhältnis von drei Teilnehmern: dem Staat (Gesetzgeber, Gericht) und zwei Privatpersonen.⁶⁴ Den Ausgangspunkt bedeutet die unmittelbare Einwirkung der „rechtsverletzenden“ Dritten in die Rechte der „die Verletzung erlittenen Privatperson“. Der Staat greift insofern in die Rechte dieser letzteren Privatperson ein, dass er vorschreibt, welche Haltung man gegenüber den Rechtsverletzer annehmen kann (dulden muss oder nicht).

⁶¹ Entscheidung 3/2015. (II. 2.) VerfG, Rn. [18]; Entscheidung 13/2016. (VII. 18.) VerfG, Rn. [42].

⁶² Csehi nennt die „echte“ Verfassungsbeschwerde „Klage von deutschem Typ“. CSEHI, Zoltán: A valódi alkotmányjogi panasz és a magánjog lehetséges jövőjéről. *Alkotmánybírósági Szemle*, 2012/2. 126.

⁶³ Die Dreieckskonstellationen werden mit Hinsicht auf jene Haltung des Staates, dass dieser für die Staatsbürger als verpflichtend vorschreibt, wie sie sich gegenüber den Grundrechten der anderen Person verhalten sollen, Konstellationen mit horizontaler Geltung (*Drittwirkungskonstellationen*) genannt, beziehungsweise in den grundrechtlichen Rechtsverhältnissen – den vertikalen Verhältnissen entgegen – mit Hinsicht auf die mehreren teilnehmenden Personen auch *mehrpole Rechteverhältnisse* genannt. Ralf POSCHER: *Grundrechte als Abwehrrechte, Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit*. Tübingen, Mohr Siebeck, 2003. 228.

⁶⁴ Josef ISENSEE: *Das Grundrecht auf Sicherheit, Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*. Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1983. 34.

In dieser Konstruktion stehen die verschiedenen Ansprüche von zwei Privatpersonen dem den privatrechtlichen Rechtsstreit beurteilenden Gericht gegenüber: einerseits jener Anspruch „des Rechtsverletzers“, dass das Gericht ihn in der Ausübung seiner Grundrechte (Abwehr des staatlichen Eingriffs) nicht einschränken soll, andererseits jener Anspruch der „die Verletzung erlittenen Privatperson“, dass das Gericht sein Grundrecht dem „Rechtsverletzer“ gegenüber (Schutzpflicht) zur Geltung bringen soll.

Als Grundlage der Fälle über das (Erscheinungs)Bild des Polizisten dient auch eine „Dreieckskonstellation“, deren Besonderheit ist, dass „die Verletzung erlittene Privatperson“ diesmal die öffentliche Gewalt ausübte. Die Rechtsverletzung betraf ihn aber als Privatperson, darum kann sein grundrechtlicher Anspruch an und für sich nicht in Frage gestellt werden, nur dessen Umfang.

2.4.1. Die dritte Seite des Dreiecks: die Gebundenheit der Privatpersonen an Grundrechten

Im konkreten Fall verletzte nicht der Staat, sondern ein privatrechtliches Rechtssubjekt (das Nachrichtenportal) die Persönlichkeitsrechte des Polizisten. Die privatrechtlichen Rechtssubjekte sind zwar nicht unmittelbar an die Grundrechte gebunden, jedoch sind sie durch die überstrahlende Wirkung der Grundrechte mittelbar gebunden, so dass sie das Grundrecht anderer Personen nicht verletzen können. Der Schutzpflicht schafft also positive Verpflichtung (Schutz) in die Richtung des Staates, und negative Verpflichtung (Nicht-Eingriff) im Verhältnis der Privatpersonen untereinander.

2.4.2. Die Einschränkung der Pressefreiheit

In den Fällen des Erscheinungsbildes des Polizisten verletzt das Nachrichtenportal durch die Anfertigung und Veröffentlichung der Fotoaufnahme ohne Erlaubnis keine Grundrechte, weil sich die Grundrechte unmittelbar im Verhältnis zwischen dem Beklagten (Nachrichtenportal) und den Klägern nicht gelten. Das Verbot des Nachrichtenportals von der Rechtsverletzung und seine Verpflichtung zur Genugtuung(bedeuten jedoch die Einschränkung der Pressefreiheit.

2.4.3. Der Schutz des Rechts am eigenen Bild

Der Staat konfrontiert sich beim Kollision des Rechts am eigenen Bild des Polizisten und des Rechts auf Pressefreiheit des Nachrichtenportals, – wegen der rechtsverletzenden Haltung des Nachrichtenportals –, mit dem Anspruch der Kläger auf Schutz. Im Gegensatz zu der auf die Abwehr des Eingriffs vonseiten des Staates richtenden jahrzehntelangen Praxis erschien kürzlich die Institution der Schutzpflicht in der Praxis des Verfassungsgerichts als gesetzgebende Verpflichtung im Zusammenhang mit der Ausübung des Versammlungsrechts:

„Der Staat wird aber auf Grundlage des Art. I des Grundgesetzes nicht nur von der Verpflichtung, den Grundrechtsträger mit passenden Mitteln

vom staatlichen Eingriff zu schützen, belastet. Insbesondere im Falle des Versammlungsrechts muss der Staat auch der Schutzpflicht gegen die Einwirkungen der Dritten genug tun (siehe Gegendemonstrationen). In diesen Fällen, wo zwei Berechtigte des Grundrechts einander gegenüberstehen, nimmt der Staat im Konflikt zwischen den beiden eine Vermittlerrolle ein. Ähnliche konkurrierende Grundrechtspositionen treffen sich während der Ausübung der friedlichen Versammlung in Bezug auf die am Versammlungsort befindenden Personen (z.B. die Bewegungsfreiheit, das Recht auf Privatsphäre), in welchen Fällen der Konflikt mit der Anwendung passender grundrechtlicher Maßstäbe gelöst werden muss.⁶⁵

Das Verfassungsgericht hat damit in erster Linie den Gesetzgeber als Adressat der Schutzpflicht bezeichnet. Dementsprechend muss der Gesetzgeber, wenn die Schutzpflicht ohne die Verletzung der Grundrechte der Anderen nicht verwirklicht werden kann, das betreffende Grundrecht durch Gesetz einschränken. Bei der Verabschiedung des neuen bürgerrechtlichen Gesetzbuches hat der Gesetzgeber die Schutzpflicht der Persönlichkeitsrechte der Personen des öffentlichen Lebens damit ins Rücksicht genommen, dass er gesetzliche Grundlage zur Einschränkung deren Persönlichkeitsschutzes schuf, und dessen Gesichtspunkte angab.⁶⁶ In den konkreten Fällen kam aber die Auslegung der einschränkenden Norm, und damit die Erwägung der kollidierenden Grundrechte, den Gerichten zu. Diese Abwägung wurde vom Verfassungsgericht in den Verfassungsbeschwerdeverfahren überprüft.

2.5. Die Auflösung der Kollision der Grundrechte im Verfassungsbeschwerdeverfahren

Das Verfassungsgericht hat zwar der Konstruktion der Schutzpflicht gegenüber dem Gericht noch keinen Gebrauch gemacht, aber im Laufe der Ausarbeitung der dogmatischen Konstruktion der Schutzpflicht hat es ausdrücklich auch auf die Rechtsanwender hingewiesen:

„Nach dem Standpunkt des Verfassungsgerichts ist es in diesen grundrechtlich konkurrierenden Fällen die Verantwortung des Gesetzgebers, den Rechtsanwendern entsprechende Stützpunkte zu

⁶⁵ Entscheidung 13/2016. (VII. 18.) VerfG, Rn. [50]–[51]; Entscheidung 14/2016. (VII. 18.) VerfG, Rn. [65]–[66].

⁶⁶ § 2: 44. Zivilgesetzbuch „Der Schutz der Persönlichkeitsrechte der Person des öffentlichen Lebens. Die Ausübung der die freie Erörterung der öffentlichen Fragen gewährleistenden Grundrechte kann den Schutz der Persönlichkeitsrechte der Person des öffentlichen Lebens in notwendigem und verhältnismäßigem Maß, ohne die Verletzung der Menschenwürde einschränken.“ § 2: 48. Abs. 2 Zivilgesetzbuch „Man braucht nicht die Zustimmung der Betroffenen zur Anfertigung der Aufnahme und zur Anwendung der angefertigten Aufnahme im Falle der Massenaufnahme und der Aufnahme eines öffentlichen Auftretens.“ Für die Übersicht der zivilrechtlichen Regelung siehe: KOLTAY aaO. 349–352.

geben, um der aus dem Art. I Abs. 1 hervorgehenden Schutzpflicht effektiv genug tun zu können. Die Bestimmung des Schutzes ist also die Aufgabe des Gesetzgebers, seine Konkretisierung die Aufgabe der Rechtsanwender. Während der Erfüllung der Schutzpflicht müssen sowohl der Gesetzgeber als auch die Rechtsanwender berücksichtigen, dass das Wesensgehalt von keinem Grundrecht einschränkbar ist, andererseits müssen sie danach streben, dass die konkurrierenden grundrechtlichen Positionen dem Verhältnismäßigkeitsprinzip entsprechend in schonenden Ausgleich, in gebührendes Gleichgewicht geraten (fair balance, schonender Ausgleich). Hinsichtlich dessen übt das Verfassungsgericht weiterhin Kontrolle aus.⁶⁷

Im konkreten Fall muss man also eine solche Lösung finden, die den möglichst weitesten Schutz den in ihren Persönlichkeitsrechten verletzten Personen gewährleistet, ohne dass sie auf der anderen Seite die Freiheit der Presse einschränken würde. Also die Grundrechte der beiden Seiten haben die Gerichte verpflichtet. Gleichzeitig sind die Gerichte während der Auslegung der Grundrechte zur verfassungsgerichtlichen Praxis verbunden. Die Aufgabe des Verfassungsgerichts ist die Untersuchung der Grundrechtsverletzung des Gerichts, und dadurch die Bestimmung des Gehalts der Grundrechte:

„Im vorliegenden Fall ist die Aufgabe des Verfassungsgerichts zu untersuchen, ob es im konkreten Fall die Einschränkung der Pressefreiheit vom Recht auf Schutz der Menschenwürde begründet wird, d.h. ob der von der Klage betroffene Urteil im konkreten Fall Gleichgewicht schafft zwischen den unterschiedlichen Gesichtspunkten der Informationsfreiheit und des auf die Menschenwürde zurückführbaren Schutzes des Erscheinungsbildes.“⁶⁸

Also, das Verfassungsgericht definierte den Gegenstand der Untersuchung, aber aus den relevanten Entscheidungen entfaltet sich nicht der nach der Struktur der Grundrechte ausgerichtete differenzierte Begriffsrahmen; darum ist es nicht ganz eindeutig, warum im konkreten Fall das Urteil des Gerichts nicht in Übereinstimmung mit dem Grundgesetz ist. Im Folgenden werde ich den aus der deutschen Praxis geliehenen Begriffsrahmen auf die Entscheidungen projizieren, der die Untersuchung des Schutzbereichs, des Eingriffs und der Rechtfertigung unterscheidet. Dementsprechend untersuche ich im Spiegel der Entscheidungen, in den Schutzbereich welcher der zwei Grundrechte die betreffenden Haltungen hingehören, worin sich die Einschränkung offenbart, beziehungsweise was für einen Maßstab das Verfassungsgericht für das Bild(nis), sowie für die Überprüfung der Kollision des Rechts auf Menschenwürde und der Pressefreiheit ausgearbeitet hat.

⁶⁷ Entscheidung 13/2016. (VII. 18.) VerfG, Rn. [55].

⁶⁸ VerfGE 1, Rn. [35], bestätigt von: VerfGE, Rn. [28]; VerfGE 4, Rn. [26].

2.5.1. Die Bestimmung des Schutzbereichs

2.5.1.1. Die Pressefreiheit

Die VerfGE 1 hat zwar die obigen Schritte der Untersuchung nicht unterschieden, aber daraus kann man herauslesen, in den Schutzbereich welches Grundrechts die Bildaufnahmen hingehören und warum. Nach der ausführlichen Darstellung der betreffenden verfassungsgerichtlichen Praxis⁶⁹ hat das Verfassungsgericht festgestellt, dass „der Bericht über die Versammlung die unmittelbare Verwirklichung der Pressefreiheit, der freien Informierung, der Rolle der Presse in der Gestaltung der ‘demokratischen öffentlichen Meinung’ bedeutet; deshalb ist der hervorgehobene Schutz des Inhalts eines solchen Berichts begründet.“⁷⁰ Diese Argumentation wurde damit unterstützt, dass die Versammlung selbst, – vorausgesetzt, dass sie sich auf die Erörterung der öffentlichen Angelegenheiten richtet –, in den Schutzbereich der Freiheit der Meinungsäußerung (hin)gehört.⁷¹ Das Mutterrecht der Meinungsfreiheit hat auf diese Weise im konkreten Fall den Schutzbereich der Pressefreiheit begründet. Darüber hinaus hat die VerfGE 1 den Gehalt der Pressefreiheit ergänzt. Das Verfassungsgericht sagte nämlich aus, dass die Pressefreiheit auch die Veröffentlichung der Bildaufnahme (oder des Films) enthält, so auch die angefertigten Bilder über die an der Sicherung der Veranstaltung teilnehmenden Polizisten. Das Verfassungsgericht hat aber dies von zwei Bedingungen abhängig gemacht: die Veröffentlichung des Bildnisses der Person gehört aus dem Gesichtspunkt der Darstellung der Geschehnisse der Gegenwart beziehungsweise (aus dem Gesichtspunkt) der Ausübung der öffentlichen Gewalt in den Bereich der das öffentliche Interesse beachtende Informierung gehört.⁷² Im konkreten Fall ist die letztere Bedingung nicht relevant, da die Polizisten zwar die öffentliche Gewalt mit Befugnis ausübten, aber die Veröffentlichung sich nicht auf die Machtausübung richtete, sondern auf die Darstellung der Versammlung. Dementsprechend hat die VerfGE 1 mit prinzipieller Schärfe erklärt: „Der Polizeieinsatz auf den Demonstrationen gilt in allen Fällen als gegenwärtiges Ereignis, auch wenn die Polizisten keine echte »Teilnehmer« des Ereignisses sind.“

Die VerfGE 2. ergänzte die Auslegung des „gegenwärtigen Ereignisses“ damit, dass bloß die Befindlichkeit in der Vergangenheit irgendwelcher Tätigkeit die Berücksichtigung jener als gegenwärtiges Ereignis nicht hindert. Darüber hinaus machte sie [die Entscheidung] eindeutig, dass die zwei Bedingungen alternativ sind, d.h. das Bestehen irgendwelcher von ihnen den Aufruf des Schutzbereichs der Pressefreiheit begründet. Darum hat sie die gerichtliche Rechtsauslegung zurückgewiesen, wonach das Bild erst dann veröffentlicht werden kann, wenn die

⁶⁹ VerfGE 1, Rn. [11]–[18].

⁷⁰ VerfGE 1, Rn. [38].

⁷¹ VerfGE 1, Rn. [37].

⁷² VerfGE 1, Rn. [44].

offenbare Verletzung der die Verfügung betreffenden Verfahrensregeln dokumentiert wird.⁷³

2.5.1.2. Das Recht am eigenen Bild

Das in der Praxis des Verfassungsgerichts neulich entfaltete Grundrecht am eigenen Bild darf trotz der Ähnlichkeiten mit seinem privatrechtlichen Gegenstück nicht verwechselt werden, weil dies letztere sich auf dem Niveau des "einfachen Rechts" befindet. Die Klarstellung des Verhältnisses zwischen dem Grundrecht am eigenen Bild und dem Recht am eigenen Bild nach dem Zivilgesetzbuch ist keine einfache Aufgabe, weil es hinter dem ersteren nur einige verfassungsgerichtliche Entscheidungen stehen, gegenüber der mit dem letzteren verbundenen reichen gerichtlichen Praxis. Vielleicht deswegen ist es auch nicht zeitgemäß, die Aufgabe auf sich zu nehmen. Darum untersuche ich, welche Stützpunkte aus den Entscheidungen betreffs des Erscheinungsbildes des Polizisten für die Feststellung des Schutzbereichs im konkreten Fall herausgelesen werden können.

Aus der allgemeinen Feststellung des Wesens des Rechts am eigenen Bild, – wonach dies den Beschluss über die Veröffentlichung des über den Einzelnen angefertigte Bildes schützt –, erfolgt im konkreten Fall, dass das Recht am eigenen Bild auch den unter die Geltung des Versammlungsrechts gehörigen, d.h. an öffentlichen Veranstaltungen ihre dienstlichen Aufgaben vershenden Polizisten gebührt. Besondere Bedeutung hat bei der Beurteilung der Betroffenheit des Rechts am eigenen Bild eben die Frage der Erkennbarkeit, die die VerfGE 1 lediglich als vom Gericht festgestellte Tatsache festgesetzt hat. Das Wesenselement des Rechts am eigenen Bild ist nämlich die Verfügung über das die Selbstidentität des Einzelnen vermittelnde Bild. Wenn die dargestellte Person nicht erkennbar ist, dann ist die Selbstidentität nicht betroffen; deswegen taucht die Ausübung des Selbstbestimmungsrechts nicht auf, weil es personengebunden ist.

Aus dem Gesichtspunkt der Erstreckung des Schutzbereichs des Rechts am eigenen Bild hat es besondere Bedeutung, ob der Polizist als öffentliche Person gilt oder nicht. Das Recht am eigenen Bild schützt die Personen des öffentlichen Lebens in engerem Kreis als die nicht-öffentlichen Personen; im Falle der letzteren dürfen die Lichtbildaufnahmen ohne ihre Zustimmung nicht veröffentlicht werden. Das aber stellt sich nicht eindeutig heraus, worauf sich das Recht am eigenen Bild im Falle der Personen des öffentlichen Lebens genau erstreckt, denn die VerfGE 1 schrieb keine entscheidende Bedeutung jener Frage zu, ob der Polizist im Allgemeinen, während er seine dienstlichen Aufgaben versieht, oder während er eine konkrete Aufgabe besorgt, als Person des öffentlichen Lebens gilt. Bezüglich der Erstreckung des Rechts am eigenen Bild der betroffenen Personen sind zweierlei Auslegungen aus dem Beschluss herauszulesen. Laut dem einen schützt das Recht am eigenen Bild die betroffenen Personen im weiteren Kreis – neben dem demütigenden, erniedrigenden Bild – auch vor der Veröffentlichung des beleidigenden, verletzenden, verzerrten oder schlechten

⁷³ VerfGE 1, Rn. [20], [23].

Eindruck weckenden Bildes.⁷⁴ Laut dem anderen beschränkt sich der Schutzbereich des Rechts am eigenen Bild auf den Schutz der Menschenwürde, d.h. „auf den dem innersten Wesen des menschlichen Daseins gebührenden Schutz“. Darauf bringt das Verfassungsgericht als Beispiel die Darstellung des Leidens des während der Ausübung seines Berufs verletzten Polizisten vor.⁷⁵ Die späteren Beschlüsse haben diese letztere Auslegungsmöglichkeit bestätigt.⁷⁶ Also, das Verfassungsgericht hat die dienstlichen Verpflichtungen erfüllenden Polizisten – gegen den Entscheidung 1/2012. der Kurie zur Wahrung der Rechtseinheit⁷⁷ – unausgesprochen als Person des öffentlichen Lebens in konkreten Angelegenheiten betrachtet, weil es den in der verfassungsgerichtlichen Praxis ausgearbeitete, strengeren Maßstab für den Schutz des Bildes am eigenen Bild verwendete.

2.5.2. Die Einschränkung des Schutzbereichs der Pressefreiheit im Interesse des Schutzes des Rechts auf Menschenwürde

Das Verfassungsgericht löst die Kollision der Grundrechte in den vertikalen (zwischen dem Staat und dem Einzelnen) Verhältnissen im Kreis der Rechtfertigung, mit der Hilfe des Verhältnismäßigkeitsstests, indem es das Schutz benötigende Grundrecht als legitimes Ziel betrachtet.⁷⁸ Dementgegen löst das Verfassungsgericht das Problem der Kollision der Grundrechte im Falle des Rechts am eigenen Bild des Polizisten auf dem Niveau der Bestimmung des Schutzbereichs des Grundrechts.⁷⁹

„Solange irgendwelche Informierung kein Missbrauch der Ausübung der Pressefreiheit ist, begründet der Verweis auf die Verletzung der Persönlichkeitsrechte im Zusammenhang mit dem Schutz der Menschenwürde selten die Einschränkung der Ausübung der Pressefreiheit.“⁸⁰

Die VerfGE 1 betrachtet die Verletzung der Menschenwürde des Polizisten als Missbrauch der Pressefreiheit, und deswegen nimmt sie aus dem Schutzbereich der Pressefreiheit heraus. Dementsprechend gehört die Darstellung der die Selbstidentität des Polizisten verletzenden Bilder nicht in den Schutzbereich des obigen Grundrechts (hin). Neben der Verletzung der Menschenwürde wird die selbstzweckhafte Veröffentlichung in den Kreis des Missbrauchs der Pressefreiheit geordnet. Die negative Annäherung des Bestehens der Selbstzweckhaftigkeit bedeutet die positive Definition des Schutzbereichs der Pressefreiheit: „ist nicht

⁷⁴ VerfGE 1, Rn. [41].

⁷⁵ VerfG 1, Rn. [44].

⁷⁶ VerfG 2, Rn. [16], [23]; VerfG 3. Rn. [28]; VerfG 4, Rn. [26].

⁷⁷ Die Entscheidung 1/2015. der Kurie zur Wahrung der Rechtseinheit erklärte ihn für ungültig.

⁷⁸ Entscheidung 4/2013. (II. 21.) VerfG, Rn. [61].

⁷⁹ Dieselbe Lösung wurde früher verwendet: Entscheidung 23/2014. (IV. 18.) VerfG, Rn. [29].

⁸⁰ VerfG 1, Rn. [42].

selbstzweckhaft, d.h. gilt aufgrund sämtlicher Umstände des Falles als eine von den Ereignissen der Gegenwart handelnde oder aus dem Gesichtspunkt der Ausübung der öffentlichen Gewalt auf das öffentliche Interesse Anspruch erhebende Informierung, als die öffentliche Angelegenheit betreffende bebilderte Berichterstattung.⁸¹ Dementsprechend hat die mit den öffentlichen Angelegenheiten verknüpften Art der Meinung entscheidende Rolle aus dem Gesichtspunkt der Bestimmung der Reichweite der Meinungsäußerungsfreiheit. Das bedeutet nicht, dass der Status der betroffenen Person an und für sich keine Bedeutung hätte. Aus diesem Gesichtspunkt kann die Entscheidung 7/2014. (III. 7.) VerfG (im Folgenden: VerfGE) Missverständnis verursachen, wonach „aus dem Gesichtspunkt der Anwendung der speziellen Maßstäbe, also nicht an und für sich, der Status der betroffenen Person, sondern der mit den öffentlichen Angelegenheiten verknüpften Charakter der Meinung entscheidende Rolle hat.“⁸² Diese Feststellung widerspiegelt sich in der VerfGE 1⁸³ und auch in den zur VerfGE 4 hinzugefügten parallelen Meinungen. Die VerfGE hat aber im Gegensatz zu den Beschlüssen über das Bild des Polizisten nicht gerichtliche Entscheidungen untersucht, sondern im Rahmen der abstrakten Normkontrolle untersuchte sie § 2:44. des Zivilgesetzbuches aus dem Gesichtspunkt, in welchem Fall gilt die dem Schutz der Menschenwürde dienende Regelung als die notwendige und verhältnismäßige Einschränkung der Redefreiheit. Sie ging davon aus, dass die obige Anordnung konjunktive Bedingungen definiert, und damit gesetzliche Grundlage für den Eingriff des Persönlichkeitsschutzes der Personen des öffentlichen Lebens geschaffen hat. Der Eingriff offenbart sich darin, dass „der im 2:42 § des neuen Zivilgesetzbuches beinhaltete uneinschränkbare Aspekt der Menschenwürde nur im ganz engen Kreis der den menschlichen Status verneinenden Meinungsäußerungen die absolute Grenze der Redefreiheit bedeutet.“⁸⁴ Demgemäß hat das bürgerrechtliche Zurverantwortungziehen Platz nur in jenem engen Kreis, „wenn die formulierte Meinung als gänzliche, offenbare und schwer herabsetzende Verneinung des Status der betroffenen Person schon nicht mit den im 2:43. § des neuen Zivilgesetzbuches beinhalteten Persönlichkeitsrechten, sondern mit dem uneinschränkbareren Aspekt der im 2:42. § beinhalteten Menschenwürde kollidiert.“⁸⁵ Darüber hinaus können die Personen des öffentlichen Lebens rechtlichen Schutz beanspruchen gegen die falschen Tatsachenfeststellungen, weil sich der verfassungsmäßige Schutz der Meinungsfreiheit auf die Verfälschung der Tatsachen nicht erstreckt.⁸⁶ Aus den Obengenannten erfolgt aber nicht, dass der Status der betroffenen Person im echten Verfassungsbeschwerdeverfahren im Kreis der

⁸¹ VerfG 1, Rn. [43]–[44]; bestätigt von: VerfG 2, Rn. [23]; VerfG 3, Rn. [28]; VerfG 4, Rn. [26].

⁸² VerfGE, Rn. [31]; auf ähnliche Weise: Rn. [47].

⁸³ VerfGE 1, Rn. [48], Die parallele Meinung der Verfassungsrichterin HÖRCHERNÉ MAROSI, Ildikó, Rn. [41], Die parallele Meinung des Verfassungsrichters SZALAY, Péter, Rn. [45]–[49].

⁸⁴ VerfGE, Rn. [60].

⁸⁵ VerfGE, Rn. [62].

⁸⁶ VerfGE, Rn. [17], [62].

Untersuchung des den Schutz beanspruchenden Grundrechts keine Bedeutung hätte.⁸⁷ Im Gegenteil: er ist aus dem Gesichtspunkt der Reichweite des mit der Pressefreiheit kollidierenden Persönlichkeits-schutzes relevant. Also, die „mit der Situation verknüpfte grundrechtliche Annäherung“⁸⁸ ist auch in diesem Kreis richtunggebend. Im Falle, wenn die betroffene Privatperson kein Person des öffentlichen Lebens ist, dann gebührt ihr im Allgemeinen ein weitreichender Schutz des Rechts am eigenen Bild. Aber in jenem Fall, wenn sie Person des öffentlichen Lebens ist, dann kann er nur in engerem Kreise, nur auf den Schutz des Menschenwürdekerns des Rechts am eigenen Bild Anspruch erheben:

„Also, obwohl es im Fokus der öffentlichen Meinungsäußerung die öffentlichen Angelegenheiten – und nicht die Personen des öffentlichen Lebens – stehen, gehört der überwiegende Teil der die Persönlichkeit der Gestalter der öffentlichen Angelegenheiten betreffenden Offenbarungen notwendigerweise und unvermeidlich in den Schutzbereich der politischen Meinungsäußerung. Die herausragende verfassungsmäßige Bedeutung der Erörterung der öffentlichen Angelegenheiten ist damit verbunden, dass nur die Einschränkung im engeren Kreis des Persönlichkeitsschutzes der Personen des öffentlichen Lebens den aus dem Grundgesetz ableitbaren Anforderungen entspricht.“⁸⁹

Im Gegensatz zur verfassungsgerichtlichen Praxis haben die in Angelegenheiten des Erscheinungsbildes des Polizisten beanstandeten Gerichtsentscheidungen den Schutzbereich der Pressefreiheit eng und den Schutzbereich des Rechts am eigenen Bild weit ausgelegt. Gemäß dem Urteil Nr. 2.Pf.20.656/2012/7. des *Fővárosi Ítéltábla* [Hauptstädtisches Urteilsgericht] ist die Darstellung der ihre öffentliche Aufgabe versahenden Polizisten zusammen mit der Veröffentlichung ihrer Bildnisse kein Teil der Freiheit der Meinungsäußerung. Das Urteil Nr. 36.P.90.562/2014/6. des *Pesti Központi Kerületi Bíróság* [Pester Zentrales Bezirksgericht] – das übrigens vom *Fővárosi Törvényszék* [Hauptstädtischer Gerichtshof] mit dem Urteil 56.Pf.632.194/2015/3. bestätigt wurde –, betrachtete den über die Ausübung der Vollziehungshandlung angefertigten Film nicht als ein für die Gegenwart kennzeichnendes Ereignis mit dem Hinweis, dass die Anwendung der Staatsgewalt mit dem Staatsorgan gleichartig ist. Weiterhin hat es festgestellt, dass die Darstellung das Recht am eigenen Bild verletzt, das den die Vollziehung ausübende Polizisten betrifft, weil dieser keine Person des öffentlichen Lebens ist. Das *Fővárosi Ítéltábla* [Hauptstädtisches Berufungsgericht]

⁸⁷ Unabhängig davon ist jene Feststellung zutreffend, dass man den Kreis der den reduzierten Persönlichkeitsschutz verursachenden Situationen eingrenzen muss, denn auf dessen Grundlage kann man den Staus des Persons des öffentlichen Lebens definieren. KOLTAY, András: A jó hírnév és a becsület védelme, különös tekintettel a közéleti szereplőkre és a közügyek vitáira. In: KOLTAY, András – NYAKAS, Levente: *Magyar és európai médiajog*. Budapest, Wolters Kluwer, 2015. 316.

⁸⁸ PAPP, János Tamás: Az Alkotmánybíróság két újabb határozata a rendvédelmi dolgozók képmásának nyilvánosságáról. JE MA 2016/4. 11.

⁸⁹ VerfGE, Rn. [48].

begnügte sich in seinem Urteil 2.Pf.20.186/2014/4. mit der Feststellung, dass die Person des den guten Verlauf der Veranstaltung sichernden Polizisten gut erkennbar ist für diejenigen, die ihn kennen, unabhängig davon, dass er Sonnenbrillen und Mütze trägt.⁹⁰ Im wegen der VerfGE 1 verordneten neuen Verfahren hat die Kurie die auf den eingeschränkten Persönlichkeitsschutz der Personen des öffentlichen Lebens bezügliche verfassungsgerichtliche Praxis im Voraus abgelehnt: „Das zur Autonomie des Einzelnen eng gehörige Selbstbestimmungsrecht, hierin das mit dem Schutz des Bildnisses verbundene Recht, ist nicht einschränkbar nur auf die die Menschenwürde beleidigende, demütigende Situationen, lediglich auf jener Grundlage, dass die betroffene Person ihre Aufgabe im Rahmen einer öffentlichen Tätigkeit versieht.“⁹¹ Die Kurie hat die Betroffenheit der Freiheit der *Meinungsäußerung* anerkannt, aber ist zur Schlussfolgerung gekommen, dass es keinen Zusammenhang gibt zwischen dem den Gegenstand des Berichts ausmachenden Ereignis und der Vergegenwärtigung der Polizisten mit Gesichtsbildnissen, auf eine für die individuelle Identifizierung geeignete Weise; deswegen geben die Bilder keine Extraauskünfte, folglich ist ihre Veröffentlichung selbstzweckig.⁹²

Der VerfGE entsprechend hat das Verfassungsgericht in Angelegenheiten des Erscheinungsbildes der Polizisten festgestellt, dass sich die beanstandeten Gerichtsentscheidungen auf die grundlegend falsche Auslegung der Pressefreiheit gründen. Die Gerichte ließen entweder völlig außer Acht den Schutzbereich der Pressefreiheit oder legten ihn allzu eng aus, und damit schränkten sie das Recht auf Pressefreiheit grundgesetz-widrig ein.⁹³ Aufgrund der VerfGE 3 kann man aufwerfen, dass die Kurie den Schutzbereich des Rechts auf Menschenwürde allzu sehr erweitert, weil sie sich mit der Festsetzung begnügte, dass es auf dem Bild bloß eine Person zu sehen ist, was aber an und für sich die Betroffenheit der Menschenwürde nicht aufwirft.⁹⁴

Aufgrund der Obigen kann man feststellen, dass das Verfassungsgericht in den Angelegenheiten des Erscheinungsbildes des Polizisten, aus der Hierarchie zwischen der absoluten Menschenwürde und der Freiheit der Meinungsäußerung ausgehend, die Kollision der Grundrechte mit der Einschränkung des Schutzbereichs des letzteren (d.h. der Freiheit der Meinungsäußerung) auflöste. Auf diese Weise bestimmt die Menschenwürde den Schutzbereich der Meinungsäußerung. In Anbetracht dessen, dass das Recht auf Menschenwürde uneinschränkbares Recht ist, ist die dogmatisch annehmbare Lösung die Reduzierung des Schutzbereichs der Pressefreiheit zum Schutz der Menschenwürde. Aber die Gefahr dieser Lösungsmöglichkeit ist, dass es sich beim Fehlen der allgemeinen Definition des Schutzbereichs des Rechts auf Menschenwürde die Grenzen des Schutzes der Pressenfreiheit verwischen. Beispiel

⁹⁰ Diese „Erwägung“ wurde von der Kurie als Überprüfungsgericht im Urteil Pfv. IV. 20.283/2015/4. bestätigt.

⁹¹ Die Kurie als Überprüfungsgericht Urteil Nr. Pfv.IV.20.121/2016/3. Rn. [40].

⁹² Ibid. Rn. [45].

⁹³ VerfGE 1, Rn. [48]; VerfGE 2, Rn. [23]; VerfGE 4, Rn. [22].

⁹⁴ Die Kurie als Überprüfungsgericht Urteil Nr. Pfv.IV.20.121/2016/3. Rn. [29].

dafür ist die Entscheidung 1/2015. (I. 16.)VerfG, in dem der Mehrheitsbeschluss feststellte, dass die den Geklagten freigesprochene Gerichtsentscheidung sowohl die Menschenwürde als auch das Recht auf guten Ruf des in der Sache der streitenden Parteien vorgehenden Rechtsanwalts verletzte,⁹⁵ weil sie die Freiheit der Meinungsäußerung grundgesetzwidrig erweiterte.⁹⁶

Im Gegensatz zur vom Verfassungsgericht gewählten Lösung darf man nach meinem Gesichtspunkt den Schutzbereich der Freiheit der Meinungsäußerung nicht vermindern, sondern man muss davon ausgehen, dass sich der Schutzbereich der Meinungsfreiheit im Kreis der Erörterung der öffentlichen Angelegenheiten grundlegend auch auf die die Menschenwürde einschränkenden Aussagen erstreckt, indem die Einschränkung der Meinungsfreiheit durch das Gericht im Schutz der Menschenwürde gerechtfertigt werden kann, weil die Menschenwürde unantastbar ist. Also, den schonenden Ausgleich der konkurrierenden grundrechtlichen Positionen muss man nicht auf dem Niveau der Feststellung des Schutzbereichs, sondern auf dem Niveau der Rechtfertigung entscheiden. Dementsprechend muss das Verfassungsgericht im Falle der Kollision der einschränkbaren Grundrechte, neben der Rechtfertigung, auch das untersuchen, ob das Gericht der Schutzpflicht gegen die Einwirkungen der "rechtsverletzenden" Dritten genügt.

3. Schlussfolgerungen

Das Verfassungsgericht konfrontierte sich in seiner fünfjährigen Praxis nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes in den Angelegenheiten betreffs des Erscheinungsbildes der Polizisten am schärfsten mit den von den echten Verfassungsbeschwerden verursachten Herausforderungen. Eine solche Herausforderung ist die Frage des Umfangs der Überprüfung der Gerichtsurteile, worauf das Verfassungsgericht in den Fällen über das Erscheinungsbild des Polizisten mit der Erklärung eines scheinbar neuen Grundrechts, mit dem Recht am eigenen Bild, beziehungsweise mit den für die Überprüfung der Kollision zwischen dem Recht auf Menschenwürde und der Pressefreiheit ausgearbeiteten Maßstäben antwortete. Die Praxis ist aber dogmatisch noch nicht „klar“: die Begründung des Rechts am eigenen Bild ist bestreitbar, und es ist nicht eindeutig, wo sich die Grenze zwischen dem uneinschränkbar

⁹⁵ Dementgegen ist laut Sulyok unmittelbar die Menschenwürde selbst, das „menschliche Wesen“ (der unantastbare Kern des Grundrechts) verletzt. Die parallele Meinung des Verfassungsrichters SÚLYOK, Tamás, Rn. [94].

⁹⁶ Entscheidung 1/2015. (I. 16.)VerfG, Rn. [39], [45] Dementgegen hätte die Entscheidung, laut Paczolay, nicht vom Status der von der Meinungsäußerung betroffenen Person ausgehen müssen, weil sie an und für sich die Frage der Auswahl anzuwendenden verfassungsmäßigen Maßstäbe nicht entscheiden kann, sondern hätte schätzen müssen, dass das Gericht nicht untersuchte, ob die den Anwalt betreffende Meinungsäußerung auf irgendeine Weise mit der öffentlichen Debatte verbunden ist. Also, in der konkreten Angelegenheit hat das Gericht, – laut Paczolay –, die Freiheit der Meinungsäußerung deshalb fälschlicherweise erweitert, weil es aus dem im Urteil beinhalteten Sachverhalt nichts darauf hinweist, dass die beanstandeten Bemerkungen mit der Erörterung der öffentlichen Angelegenheiten verbunden gewesen wären. Die parallele Meinung des Verfassungsrichters PACZOLAY, Péter, Rn. [69].

und dem einschränkbaren Aspekt der Menschenwürde zieht, und auch die für die Überprüfung der Kollision der Grundrechte ausgearbeiteten Rahmen sind nicht entsprechend differenziert. Trotzdem stellt sich aus den Entscheidungen betreffs des Erscheinungsbildes des Polizisten heraus, was der Grund der Nichtigkeitsklärung in den konkreten Fällen war; darum können sie Richtung zur Lösung künftiger Rechtsangelegenheiten weisen.

CURRENT ISSUE:
Education Rights

INTERFAITH CONFLICTS AND POSSIBLE SOLUTIONS
AMONG DIFFERENT RELIGIOUS HERITAGES*

Szabolcs Anzelm SZUROMI, O.Praem.
Full University Professor (PPCU),
Full Member of the Academia Europaeae (London)

Introduction

Declaration *Gravissimum Educationis* of the Second Vatican Council emphasizes regarding the Catholic education in 1965:

“[...] All men of every race, condition and age, since they enjoy the dignity of a human being, have an inalienable right to an education that is in keeping with their ultimate goal, their ability, their sex, and the culture and tradition of their country, and also in harmony with their fraternal association with other peoples in the fostering of true unity and peace on earth. For a true education aims at the formation of the human person in the pursuit of his ultimate end and of the good of the societies of which, as man, he is a member, and in whose obligations, as an adult, he will share [...]”¹

Over the past three decades, a number of analyzes have dealt with the question of whether the current framework of the public, private, and church school systems provides an adequate guarantee to ensure the first generation human rights principle

* This article was written in the *Collegio S. Norberto* (Rome), in the *Franciscan Cultural Center* (Giza, Egypt), and supplemented in the *Wilmington Community of St. Michael's Abbey of the Norbertine Fathers* (Los Angeles, CA); it was presented at the “Safe Schools and Education Rights in a (Post) Pandemic Era” online international conference organized by Ereky Public Law Research Center, Budapest and the European Association for Education Law and Policy, Antwerp on 16th October 2020. (ereky.jak.ppke.hu).

¹ *Conc. Vaticanum II* (1962–1965), Sessio VII (28 oct. 1965), *Declaratio de educatione christiana: Conciliorum oecumenicorum decreta*, Bologna, 1973.3 959–968., Art. 1: 960.

of religious freedom within the institutionalized teaching and education.² While the concept of members of the society gradually altering regarding the classical – stable – values³, rejecting them as ‘outdated’ principles of thinking, there are an increasing intention to influence on individuals’ beliefs regarding their own inherited religious conviction and values, on their way of life, and also on their culture in order to eliminate these from the institutional and public life too.⁴

This stressfully affects the institutional forms of teaching and education.⁵ Despite the fact that resolutions on the required circumstances which can promote to fulfill the right of religious freedom within the current complex education systems are regularly published, and in the same time are composed several scientific analyses and overviews which discuss the positive and flourishing form of the work of the Catholic educational system. Unfortunately, the content of these well-meant articles – regarding the customs or legal regulations of most countries – is very far from that reality which exists within the day-to-day situation of the educational system.⁶ No matter how unfortunate, but the last renaissance of the Catholic education system was objectively working as a competitive system only a short time between 1990 and 2005.⁷

Conflicts related to the realization of religious freedom are strongly present at all levels of the educational system. Therefore, it makes necessary new solutions – different from those which were developed in the 18th – 19th century – which can give acceptable answers for challenges of the 21st century.⁸

² Szabolcs A. SZUROMI: The religious dimension of education as one of the primary principles of religious freedom based on human dignity. *Folia Theologica et Canonica*, V (27/19) [2016] 137–144., especially 137–138.

³ In detail cf. Szabolcs A. SZUROMI: *Protecting and Developing Values – an Interpretation of Encyclical Letter Laudato si’* (American Engineers Forum on Sustainability: Technical and Engineering Challenges of Addressing the United Nations Sustainable Development Goals, Pittsburgh, PA, November 1st 2018).

⁴ Cf. e.g., SZUROMI, Szabolcs A.: Erények vagy értékek? A teremtett világ megőrzésének egy lehetséges értelmezése. In: PUSKÁS, Attila – PERENDY, László – LÉVAI, Ádám (ed.): *Isten dicsősége – A teremtés szépsége: Teológiai tanulmányok* (Varia Theologica 11), Budapest, 2020. 249–260.

⁵ Cf. Szabolcs A. SZUROMI: The Epoch of Crisis of the Classical Categories. In: E. Szilveszter, VIZI – Tamás Gergely, KUCSERA (ed.): *Europe in a World in Transformation* (Conference at the Hungarian Academy of Sciences, 14th–16th December 2006), Budapest, 2008. 165–171.

⁶ Cf. KUMINETZ, Géza: *A tudományos élet és a személyiségfejlesztés sajátos fellegvára a katolikus egyetem.* (Pázmány Könyvek 10), Budapest 2020.; KUMINETZ, Géza: Megfontolások az egyetem, sajátosan a katolikus egyetem fogalmáról. *Kánonjog*, 23, (2021), 7–28.

⁷ Zenon GROCHOLEWSKI: «Ex Corde Ecclesiae». Stimolo per la fioritura dell’insegnamento superiore cattolica. *Path*, 14, (2015/1), 9–22.; Iñigo MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA: L’essenza della relazione tra università cattolica e autorità ecclesiastica. Profili giuridici nei discorsi di Giovanni Paolo II e Benedetto XVI. *Path*, 14, (2015/1), 37–52.; Margherita Maria ROSSI: Un sapere per il bene dell’umanità. Annotazioni sulla Costituzione apostolica Ex corde Ecclesiae. *Path*, 14, (2015/1), 95–115.

⁸ In detail cf. Szabolcs A. SZUROMI: Religious Education of the Catholic Church, since the 18th century from canonical and ecclesiastical law aspects. *Archiv für katholisches Kirchenrecht* (under press).

I. Different types of school conflicts

School conflicts can depend on numerous circumstances and personal characteristics. Based on these – arranged according to different aspects – several groupings are possible.⁹ Considering these lists, I would like to draw attention to the following combined reasons:

- a) depending on the age and level of school system;
- b) personal cultural heritage;
- c) maturity;
- d) personal abilities;
- e) ability for persevere;
- f) previous – already learned – knowledge;
- g) personal interest;
- h) extent of activity or passivity;
- i) personal motivation;
- j) sociable or reclusion attitude;
- k) conflicts between education at home and at school;
- l) conflicts arising from a defective structure or organizational culture of the educational institution, at any level, which may affect the education and training of students;
- m) personal conflicts;
- n) ideological conflicts;
- o) political conflicts (according to the educational level, maturity and age of the students);
- p) intellectual conflicts;
- q) conflicts as conclusions of scientific debates;
- r) generational conflicts;
- s) theoretical conflicts (arisen from the different ways and method of thinking);
- t) and finally those conflicts which are on the basis of different religious conviction.

This list contains those reasons which can appear at any level and in any form of the educational system. Naturally the ideological, political, and intellectual conflicts mainly typical of high school and mostly of the university education, likewise conflicts because scientific debates. We can see that some of the conflicts are fundamentally dependent on the individual's personality, others on the individual's abilities. However, there is also important role of following a certain identity, tradition, ways of thinking and behaving which have been acquired within the family, transmitted from generations to generations.¹⁰ Here it is necessary to mention those different

⁹ In detail cf. M. BENTLEY: *Conflict Resolution in Schools: Quicker peace and service*. Cambridge, Mass. 1996.

¹⁰ Nana Afia Amponsaa OPOKU-ASARE – Harriet TAKYI – Margaret OWUSU-MENSAH: *Conflict Prevalence in Primary School and How It Is Understood to Affect Teaching and Learning in Ghana*. *SAGE Open*, (July-September 2015), 1–11.

values which become known by the student in the family, in the narrower circle of acquaintances, in the school – or other – communities, and in the wider social environment. Those conflicts which are on the basis of different religious conviction basically belong to this last group.

II. Religious heritage as a possible source of school conflicts

The existence of religion is coeval with the mankind. The religious conviction of different human communities has defined their culture on the day-to-day basis since the beginning of history.¹¹ Therefore, this essential characteristic has made a strong influence not only on the daily life, mentality, on the social relations and structures in general, but particularly on the education at home and even on its institutionalized system.¹² Hence, the personal attitude toward the ‘Saint’ is a natural feature of every human being, which feature is rooted in his/her own conscience. It is not accidental therefore, that the religious freedom has become one of the first-generation of human rights in the 18th century.¹³ Learning knowledge belonged to family duties together the introduction into the religious customs and heritage already in the Ancient times, which was supplemented by some ‘schools’ which gathered around a teacher of philosophy, rhetoric, or religion.¹⁴ The organized form of European public education has begun by the Catholic schools, which dominated this field until the 16th century, when we could see the transformation of this system in Europe into a Christian education. Through this process has been crystalized not only different models of state and church relationship, but also a strong basis for religious freedom as one of the most emblematic expression of human dignity.¹⁵ This new social and legal situation had needed new concept to protect the citizens’ rights for education according to their own religious conviction without intervention of the state into religious affairs (i.e. the Universal Declaration of Human Rights (Art. 26,1) and also with the Additional Protocol to the European Convention [May 30th 1952; Art. 2]).¹⁶ The *II Catholic – Orthodox Forum* (October 22nd 2010) underlined in the concluding ‘Communiqué’, that “The participants in the Forum believe that the role as dominating Church or State and Church should not result in a legal discrimination for the other churches and members of minority religious groups, whose religious

¹¹ Antonio María ROUCO VARELA: El derecho a la educación y sus titulares, ¿de nuevo en la incertidumbre histórica?. In: Antonio María ROUCO VARELA: *Ecclesia et Ius. Escritos de derecho canónico y concordatario* (Studia Canonica Matritensia 1), Madrid, 2014. 339–365., especially 340.

¹² SZUROMI, Szabolcs A.: *Bevezetés a katolikus hit rendszerébe* [Introduction into the system of the Catholic Faith] Budapest 2014.⁷ 13.

¹³ Cf. SZUROMI, Szabolcs A. – FERENCZY, Rita: *Kérdések az állami egyházjog köréből* [Questions about the ecclesiastical law] (Bibliotheca Instituti Postgradualis Iuris Canonici Universitatis Catholicae de Petro Pázmány nominatae III/17), Budapest 2014. 5, 45.

¹⁴ In detail, cf. Peter BROWN: *The World of Late Antiquity*. London 1971.

¹⁵ ROUCO VARELA op. cit. 389–409.

¹⁶ ROUCO VARELA op. cit. 342.

freedom should be fully guaranteed, including the right to profess their faith using any means respecting personal freedom.”¹⁷

III. The question's relevance at the universities

Focusing on the level of higher education must be recalled the evolvement of European form of university system. Historical research has revealed gradually during the last two decades, how complex was that process which had concluded into the establishment of universities between the last decades of the 11th and the first decades of the 13th century.¹⁸ Even those universities, which were erected by the ruler, received papal recognition during the High Middle Ages.¹⁹ We could see the effect on this system in the epoch of Reformation, when higher education has been much more diversified. After the catastrophic effect on the French educational system by the first period of the French revolution – 1789-1790 – Napoleon (†1821) was the one who restored the collapsed system in France.²⁰ The secularization movement has transformed the higher education all over the world too.²¹ Despite of the very first expressively entitled Catholic university – which was founded in Leuven (1425)²² – the so-called Catholic University’ network as a guarantee for protection of ‘religious identity’ within scientific instruction was established at end of the 18th and at the beginning of the 19th century.²³

With the alteration in the above-mentioned frameworks, three correlated, yet parallel existing systems of university education have emerged for the modern time, which are still essential: state, private, and ecclesiastical higher education. Within these different systems – which have been organized basically as effect and contra effect of the Enlightenment movement – we can find different forms and intensity of teaching and educational conflicts.

There are three crucial principles to solve the religious conviction based educational conflicts: 1) *religious liberty*; 2) *right to preserve religious identity*; and 3) *tolerance of religious identity*. Nevertheless, the question is rightly, whether all

¹⁷ II CATHOLIC – ORTHODOX FORUM, *Communiqué*, in *Church and State relations: from Historical and Theological Perspectives* (Atti del II Forum Europeo Cattolico – Ortodosso, Rodi, Grecia, 18-22 ottobre 2010), Bologna, 2011. 215–221., especially 217. (n. 3).

¹⁸ Manlio BELLOMO: Il Medioevo e l'origine dell'università. In: M. BELLOMO (ed): *Medioevo edito e inedito I. Scholae, Universitates, Studia* (I Libri di Erice 20/1), Roma, 1997. 15–30.

¹⁹ Szabolcs A. SZUROMI: La fondazione delle università nel medioevo e le particolarità dell'insegnamento universitario. *Folia Theologica et Canonica*, III, (25/17), [2014], 123–134.

²⁰ Cf. Bernard ARDURA – Gérard CHOLVY – Carinal BILLÉ: *Le Concordat entre Pie VII et Bonaparte*, Paris, 2001. 17–42., especially 17–21.

²¹ About the nature and effect of secularization, cf. WEIGELT, B. D., *Understanding the Impact of Secularism Within the Liberal International Order*, in *Journal of Church & State* 61/1 (2019) 106–123., especially 108–110.

²² Jo TOLLEBEEK – LIESBET NYS: *The city on the hill: a history of Leuven University 1968-2005*. Leuven, 2006.

²³ Szabolcs A. SZUROMI: *Religious Education of the Catholic Church, since the 18th century from canonical and ecclesiastical law aspects*, *Archiv für katholisches Kirchenrecht* (under press).

three of these principles can be applied at the same time, and whether they can be carried out within all three systems? Our answer, after a circumspect consideration of the different systems and cases:

- a) regarding some general (basic) religious teaching – which are similar in all major religions – our answer can be affirmative.
- b) regarding the more detailed – distinctive – religious teaching, our answer is mostly negative.

IV. Possible solutions

Declaration *Gravissimum Educationis* of the Second Vatican Council clearly fixes in 1965:

“[...] Parents who have the primary and inalienable right and duty to educate their children must enjoy true liberty in their choice of schools. Consequently, the public power, which has the obligation to protect and defend the rights of citizens, must see to it, in its concern for distributive justice, that public subsidies are paid out in such a way that parents are truly free to choose according to their conscience the schools they want for their children [...].”²⁴

Naturally, this statement is generally true regarding all religious beliefs, their preservation and protection during education. At the same time, however, it indicates the primary principle of resolving educational conflicts arising on a religious basis, which must not offend – in the light of the fundamental human right to religious freedom – the inherited religious tradition of the students. Therefore, the possible solution of this type of conflicts should be in harmony with the concrete – recognized – religious tradition and in the same time depends on the particular educational system and its categories. With regard to higher education, we need to keep in mind the different models of that and their special categories: i.e. German-system, French-system, Spanish / Italian-system, Hungarian-system. Nevertheless, there are at least four basic solutions, which at least to alleviate the arisen conflict situations:

- a) toleration of the students’ personal religious heritage in the curriculum of the different subjects and explanation of them, without denying the teacher’s religious identity – this is what traditionally called as *mutual respect*;
- b) application of the ‘team work’ form in the task accomplishment, especially with regard to research work (e.g., within the higher education);
- c) international mobility, which allows to get to know other cultures, forms of thinking, religious beliefs and creates an opportunity to cooperate in achieving a common scholarly or scientific goal without losing the student’s own religious identity;

²⁴ *Conc. Vaticanum II* (1962–1965), Sessio VII (28 oct. 1965), *Declaratio de educatione christiana: Conciliorum oecumenicorum decreta*, 963.

- d) establishing interfaith dialogue “Student Society” in the school – according to the educational level – providing an opportunity for students to learn about and appreciate each other’s different religious traditions.

In addition to the above listed solutions, it is possible to use further options, taking into account the specifics of the educational system and also the students’ individual religious beliefs.

V. Limits of solutions

The description of the history of education and the presentation of contemporary school conflicts – including their possible solutions – clearly show the limits of the possible solutions, especially in the field of resolving conflicts based on the students’ religious beliefs. These are:

- a) constant danger of violation the religious identity of the student;
- b) different religions have different level of tolerance and sensitivity;
- c) unbalanced tolerance is violation of religious identity;
- d) danger of the concrete solutions (which crossing the limits): promoting – inadvertently or intentionally – *indifferentism*.

The essence therefore of handling school conflicts based on religious conviction should be on the basis of religious identity, which must be tolerated and protected.

Conclusion

The religious sphere and the faithful activity of the churches, denominations, etc., have a fundamental impact on the formation of human values of the concrete society as a community of people, which aspects support the needy of their special protection.²⁵ It is also clear – as impact of secularism²⁶ – that the Catholic Church and the other Christian denominations have replied to the transformation of the society with development of a parallel educational system – as compared with the state’ instructional system – in order to guarantee the institutionalized teaching on every level, based on their own religious conviction. Nevertheless, this parallel system has been getting to be more vulnerable during the last decade in many countries – especially in Europe –, particularly because the ‘reinterpretation’ of religious freedom (i.e. ‘post-secularism’).²⁷ At the same time, it also became clear after

²⁵ Cf. Bernard MUNONO MUYEMBE: *Le bien commun et la diaconie: service de l’Église dans la société. Possibles formes de coopération en vue d’un bien-être intégral de la personne humaine*, in *Church and State relations: from Historical and Theological Perspectives*, 191–198.

²⁶ Brian D. WEIGELT: *Understanding the Impact of Secularism*. 112–114. (Church and State, Vol. 61., 2019, 106–123.)

²⁷ Luca MAVELLI – Fabio PETITO: *Towards a Postsecular International Politics*. In: Luca MAVELLI et al. (ed.): *Towards a Postsecular International Politics: New forms of Community, Identity, and Power*, New York, 2014. 2.

World War II, that the so-called parallel educational systems can become a serious source of tension within the society and fail to achieve the originally intended goal, namely the widespread credible transmittance of the concrete religious beliefs.²⁸ It seems therefore, that this system – which was designed primarily as remedy of a fragmentation of the unified Christianity, and widespread of secularization as effect of the Enlightenment – cannot protect the independent religious identity among the rapidly altering circumstances and conditions of 21st century. Deliberating those several school conflicts which are in relation with religious conviction, and which arise in all of the three main educational systems (state, private, ecclesiastical) it is necessary to reconsider some earlier institutional forms of ecclesiastical education²⁹ – instead the increasingly difficult maintaining of the parallel system – within the own structure of the Church (e.g., parish-system³⁰), wherein the people can freely study, following their own faith and traditions. In this way, they will be able to enrich their community and the entire human society with their lasting values, based on virtues³¹, by living their own religious identity properly.

²⁸ Cf. William J. BAUSCH: *The Parish of the Next Millennium*, Mystic, CT. 2000. 7–34.

²⁹ Cf. Szabolcs A. SZUROMI: *Nouvelles formes possibles du système éducatif catholique et transmission institutionnelle de l'identité catholique parmi les conditions sociales changées du XXI^e siècle* [Videoconference of Theology and Canon Law XVII] (Budapest – Tours – Roma: March 4th 2021).

³⁰ BAUSCH op. cit. 157–165.

³¹ SZUROMI, Szabolcs A.: Erények vagy értékek? In: PUSKÁS – PERENDY – LÉVAI op. cit. 259–260.

EUROPEAN PERSPECTIVES OF EDUCATION RIGHTS FROM THE ECtHR

Péter PACZOLAY
Professor, Judge of the ECtHR

1. The right to education in the ECHR – structure, meaning, scope, and interpretation

Article 2 of Protocol No. 1 of the European Convention on Human Rights (literally the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms – hereinafter the Convention) defines the right to education as follows:

“No person shall be denied the right to education. In the exercise of any functions which it assumes in relation to education and to teaching, the State shall respect the right of parents to ensure such education and teaching in conformity with their own religious and philosophical convictions.”

The inclusion of a right to education among the Convention rights in 1952 was accepted by controversies although the originally proposed formula (‘Every person has a right to education’) was rejected to avoid imposing positive obligations on the State. Even nowadays to this Article there are unusually high number of reservations and declarations.¹

The first sentence of the Article guarantees the right of the individuals to education. The second sentence provides the right of the parents to have their children educated in conformity with their religious convictions. The second sentence is considered by the Court as an adjunct of the fundamental right to education. “The education

* This paper was presented at the “Safe Schools and Education Rights in a (Post) Pandemic Era” online international conference organized by Ereký Public Law Research Center, Budapest and the European Association for Education Law and Policy, Antwerp on 16th October 2020. (ereký.jak.ppke.hu)

¹ JACOBS, White & Ovey: *The European Convention of Human Rights*. Oxford, Oxford University Press, 2014. (6th edition). 520.

of children is the whole process whereby, in any society, adults endeavour to transmit their beliefs, culture and other values to the young, whereas teaching or instruction refers to the transmission of knowledge and to intellectual development.”² The Convention does not require to establish any special educational system but merely of guaranteeing in principle access to the means of education existing at a given time.

In spite of its importance, the right to education is not an absolute right, but may be subject to limitations. These are permitted by implication since the right of access “by its very nature calls for regulation by the State”³.

The objective of the second sentence is the safeguarding of pluralism in education, an essential element in the preservation of the democratic society. It does not guarantee an absolute right to have children educated in accordance with their parents’ religious or philosophical convictions.⁴

2. Principles

When interpreting the above provision of the Convention, the European Court of Human Rights (hereinafter the Court) developed several general principle.

First, the Court underlines the necessity of an *effective right of access to educational institutions*. Although that Article cannot be interpreted as imposing a duty on the Contracting States to set up or subsidise particular educational establishments or institutions of higher education, any State doing so will be under an obligation to afford an effective right of access to them⁵. Put differently, access to educational institutions is an inherent part of the *right to education*⁶.

The right of access is provided obviously only to existing educational institutions. It includes also the right to obtain official recognition of the studies completed. The beneficiary of education should be able to draw profit from the education received, has the right to obtain official recognition of the completed studies. Education in the majority of cases is not an end in itself.⁷

Secondly, the Convention does not put a positive obligation on the States but demands the *duty of regulation*. The first sentence has a negative formulation not obliging the States to establish or subsidize education of any particular type.⁸ However, the second sentence implies some positive obligations on the part of the State.

² *Campbell and Cosans v. UK*, 1982, 25 February 1982, § 33, Series A no. 48.

³ *Case “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium”* [=Belgian linguistic case (No. 2)] (merits), 23 July 1968, § 2, Series A no. 6, 154?.; *Leyla Şahin v. Turkey*, no. 44774/98, § 5, 29 June 2004.

⁴ *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, 7 December 1976, § 50, Series A no. 23.

⁵ *Belgian linguistic case*, § 3-4; *Leyla Şahin v. Turkey*, no. 44774/98, § 137, 29 June 2004.

⁶ *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, 7 December 1976, § 50, Series A no. 23.; *Ponomaryovi v. Bulgaria*, no. 5335/05, § 49, ECHR 2011.

⁷ *Belgian linguistic case*, § 4.

⁸ *Valsamis v. Greece*, no. 21787/93, 18 December 1996.

Thirdly, *the right to education is enjoyed at all school levels*. The case-law mainly refers to primary or elementary schooling but the Court extended the rights also to secondary⁹ and higher education¹⁰ stating that it would be hard to imagine that institutions of higher education do not come within the scope of the first sentence of Article 2 of Protocol No 1.

In the Court's view, the State's margin of appreciation in this domain increases with the level of education, in inverse proportion to the importance of that education for those concerned. Thus, at the university level, which remains optional for many people, higher fees for aliens seem to be commonplace and can be considered fully justified.¹¹ The opposite goes for primary schooling, which provides basic literacy and numeracy – as well as integration into society – and is compulsory in most countries.¹²

The fourth principle guarantees the *right to education in the national language*. Since the Belgian linguistic case the right to be educated in the national language forms part of the general right to education. “The right to education would be meaningless if it did not imply in favour of its beneficiaries, the right to be educated in the national language or in one of the national languages, as the case may be.”¹³

3. Restrictions

The text does not contain expressed list of restrictions or exhaustive list of legitimate aims.

States enjoy a certain margin of appreciation in this sphere but the Court must satisfy itself that the restrictions are foreseeable for those concerned and pursue a legitimate aim. Furthermore, a limitation will only be compatible with Article 2 of Protocol No. 1 if there is a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be achieved.¹⁴

Admission and selection criteria are compatible with the Convention and may be imposed but the criteria must be foreseeable for those concerned.

School fees may have legitimate reasons but not unreservedly, and must not create a discriminatory system. In the *Ponomaryovi* case the applicants of Russian origin had enrolled in and attended secondary schools run by the Bulgarian State, They were later required, by reason of their nationality and of their immigration status to pay school fees in order to pursue their secondary education. The applicants were

⁹ *Cyprus v. Turkey* [GC], no. 25781/94, § 278, ECHR 2001-IV.

¹⁰ *Leyla Şahin v. Turkey*, no. 44774/98, § 137, 29 June 2004.

¹¹ *Ponomaryovi v. Bulgaria*, no. 5335/05, § 56, ECHR 2011.

¹² *Ponomaryovi v. Bulgaria*, no. 5335/05, § 49, ECHR 2011.

¹³ *Belgian linguistic case*, § 3. In the cases *Cyprus v. Turkey* [GC] and *Catan and Others v. the Republic of Moldova and Russia* [GC], nos. 43370/04 and 2 others, ECHR 2012 (extracts) the Court reiterated the right to receive education in the national language.

¹⁴ *Leyla Şahin v. Turkey*, no. 44774/98, § 154, 29 June 2004.

thus clearly treated less favourably than others in a relevantly similar situation, on account of their personal characteristic.¹⁵

4. Discrimination

The eventual different treatment in the implementation of Article 2 of Protocol 1 should not lead to the violation of the prohibition of discrimination, enshrined in Article 14:

“The enjoyment of the rights and freedoms set forth in [the] Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.”

The applied test is again legitimate aim plus proportionality. The case-law of the Court mainly focused in this respect on three main areas.

First, on the discrimination based on nationality, in the above mentioned *Ponomyovi v. Bulgaria* case requiring free access to education as “effective access”.

Secondly, the Court faced the problem of the educational discrimination based on ethnic origin. Especially, numerous cases related to discrimination against the Roma community.¹⁶

In the case *Horváth and Kiss v Hungary* (2013) the applicants, Roma children with mild mental disabilities were placed in schools for children with mental disabilities where a more basic curriculum was followed than in ordinary schools and where they were isolated from pupils from the wider population. As a consequence, they received an education that did not offer the necessary guarantees stemming from the positive obligations of the State to undo a history of racial segregation in special schools. The education in the view of the Court should help them to integrate into the ordinary schools and develop the skills that would facilitate life among the majority population. Thus, the State is obliged to implement positive measures against segregation.¹⁷

Thirdly, and recently the specific concern of the Court regarded the discrimination of persons with disabilities. The development of the Court’s case-law in this regard is worth for a closer look.

5. Substantive equality of persons with pupils with disabilities

The former European Commission of Human Rights (Commission - functioning until 1998) interpreted the scope of the States’ obligation to provide specific arrangements

¹⁵ *Ponomyovi v. Bulgaria*, no. 5335/05, § 49-50, ECHR 2011.

¹⁶ *D.H. and Others v. the Czech Republic* [GC], no. 57325/00, ECHR 2007-IV; *Oršuš and Others v. Croatia* [GC], no. 15766/03, ECHR 2010.

¹⁷ *Horváth and Kiss v Hungary*, no. 11146/11, § 127, 29 January 2013.

and solutions for disabled persons quite narrowly. A wide measure of discretion had to be left to the appropriate authorities as to how to make the best use possible of the resources available to them in the interests of disabled children.

In the restrictive practice of the Commission, the second sentence of Article 2 of Protocol No. 1 did not require that a child suffering from a severe mental handicap should be admitted to an ordinary private school rather than placed in a special school for disabled children.¹⁸ Similarly, it did not require the placing of a child with serious hearing impairment in a regular school.¹⁹ The use of public funds and resources also led to the conclusion that the failure to install an elevator at a primary school for the benefit of a pupil suffering from muscular dystrophy did not entail a violation.²⁰ The Court was following similar interpretation. The refusal of a single school to admit a disabled child could not be regarded as a breach of the Convention.²¹ In the case of *Şanlısoy v. Turkey*²², the applicant had complained of a discriminatory breach of his right to education on account of his autism. After examining the facts of the case and the minor's situation, the Court found that there had not been a systemic denial of the applicant's right to education on account of his autism or a failure by the State to fulfil its obligations under Article 2 of Protocol No. 1 taken together with Article 14 of the Convention. It thus dismissed the application. Applications aimed at the accommodation in special schools as well. In *Simpson v. UK* the local education authority vulnerable groups. This was due to the adoption of two related concepts that of the considered adequate the education of the child in a local large comprehensive school, while the parent wished the dyslexic child to attend a special school. The Commission concluded that it was not its task to assess the standard of the special facilities provided.²³

However, the Court gradually developed a more favourable approach in favour of the inclusive education and the reasonable accommodation. Inclusive education brings all children in the same classrooms, in the same schools. It opens real learning opportunities for groups who have traditionally been excluded like children with disabilities, or speakers of minority languages. A reasonable accommodation is an adjustment made to accommodate or make fair the system for individuals of a proven need. The term was introduced by the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD - adopted by the United Nations on 13 December 2006, and entered into force on 3 May 2008) The refusal to make accommodation results in discrimination. The CRPD defines a "reasonable accommodation" as

“[...] necessary and appropriate modification and adjustments not imposing a disproportionate or undue burden, where needed in a

¹⁸ *Graeme v. the United Kingdom* (Commission decision), no. 13887/88, 5 February 1990.

¹⁹ *Klerks v. the Netherlands* (Commission decision), no. 25212/94, 14 July 1995.

²⁰ *McIntyre v. the United Kingdom* (Commission decision), no.29046/95, 21 October 1998.

²¹ *Kalkanli v. Turkey* (dec.), no. 2600/04, 13 January 2009.

²² *Şanlısoy v. Turkey* (dec.), no. 77023/12, § 60, 8 November 2016.

²³ *Simpson v. the United Kingdom* (Commission decision), no. 14688/89, 4 December 1989.

particular case, to ensure to persons with disabilities the enjoyment or exercise on an equal basis with others of all human rights and fundamental freedoms.”

In the *Çam v. Turkey* case the Music Academy refused to enrol a blind person even though she had passed the examination. The Academy had not even considered special accommodations in order to meet her special needs. The Court considered that discrimination on grounds of disability also covers refusal to make reasonable accommodation. The Court underlined that it must have regard to the changing conditions of international and European law and respond, for example, to any emerging consensus as to the standards to be achieved. The Court noted the importance of the fundamental principles of universality and non-discrimination in the exercise of the right to education, which are enshrined in many international texts. It further emphasised that those international instruments have recognised inclusive education as the most appropriate means of guaranteeing the fundamental principles.²⁴

The Court observed that the refusal to enrol the applicant in the Music Academy was based solely on the fact that she was blind and that the domestic authorities had at no stage considered the possibility that reasonable accommodation might have enabled her to be educated in that establishment. The Court considered that the applicant was denied, without any objective and reasonable justification, an opportunity to study in the Music Academy, solely on account of her visual disability. It therefore concluded that there has been a violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 2 of Protocol No. 1.

The Court was aware that every child has his or her specific educational needs, and this applies particularly to children with disabilities. In the educational sphere, the Court acknowledges that reasonable accommodation may take a variety of forms, whether physical or nonphysical, educational or organisational, in terms of the architectural accessibility of school buildings, teacher training, curricular adaptation or appropriate facilities. Finally, the Court emphasises that it is not its task to define the resources to be implemented in order to meet the educational needs of children with disabilities. The national authorities, by reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, are in principle better placed than an international court to evaluate local needs and conditions in this respect.

In the case of *Enver Şahin v. Turkey* while he was a first-year mechanics student in a technical faculty of a University, the applicant was seriously injured in an accident which left the lower limbs of his legs paralysed. He asked the faculty to adapt the university premises in order to enable him to resume his studies. The judgment reiterated that education is geared to promoting equal opportunities for all, including persons with disabilities. Inclusive education indubitably forms part of the States’ international responsibility in this sphere.²⁵

²⁴ *Çam v. Turkey*, no. 51500/08, 23 February 2016 (§ 64).

²⁵ *Enver Şahin v. Turkey*, no. 23065/12, § 55, 30 January 2018.

The judgment also addressed the other concept, that of the respect for the “reasonable accommodation – necessary and appropriate modification and adjustments not imposing a disproportionate or undue burden, where needed in a particular case” – which persons with disabilities are entitled to expect in order to secure their “enjoyment or exercise on an equal basis with others of all human rights and fundamental freedoms” (Article 2 CRPD). The Court concluded that the national authorities, including, in particular, the academic and judicial authorities, reacted with the requisite diligence to ensure that the applicant could continue to exercise his right to education on an equal footing with other students and, consequently, to strike a fair balance between the competing interests at stake, and that this resulted in the violation of the Convention.²⁶

After these developments in the related jurisprudence of the Court, the practice still leaves open certain questions for the standards of reasonable accommodations. Two cases on inclusive education after cautious balancing rejected the applicants claims for violation by decisions at Committee level.

Thus, there had not been a systemic denial of the applicant’s right to education in *Dupin v. France*²⁷ when an autistic child who had been denied admission to a mainstream school was directed to a specialised institution. In my view the Court did not deteriorate from its previous case-law, took into due consideration the situation of the child (the applicant’s son), the assessment of the domestic authorities, courts, and experts that found more appropriate in this autistic child’s case to enrol him into a special medico-educational institute.

In the case of *Stoian v. Romania*²⁸ the Court took into consideration that the applicant was never completely deprived of education, and she continued her studies despite the lack of personal assistance, and she advanced through the school curriculum. When evaluating whether the state authorities complied with their duty to provide reasonable accommodation the Court took into consideration that the authorities made efforts to find and retain a suitable personal assistant for him. The authorities - in compliance with the international standards in the field which recommend inclusive education for children with disabilities - recommended that the child attend mainstream schools throughout his education. When the parents alerted them to the lack of accessibility and of reasonable accommodation in school, the domestic courts ordered the local authorities to take concrete measures in the first applicant’s favour. The courts also gave interim orders compelling the authorities to make immediate accommodation for the first applicant in school. Thus, the Court rightly observed that the domestic courts reacted quickly and adequately to changes in the first applicant’s situation and renewed their instructions to the administrative authorities whenever they found that the measures taken by those authorities were insufficient. The Court took note of the difficulties encountered by the State in finding a suitable personal assistant for the first applicant and could not ignore the fact that some of these difficulties were created

²⁶ *Enver Şahin v. Turkey*, no. 23065/12, § 68, 30 January 2018.

²⁷ *Dupin v. France* (decision), no. 2282/17, 18 December 2018.

²⁸ *Stoian v. Romania*, no. 289/14, 25 June 2019. Note that I was one of the three judges in the Committee.

by the parents themselves. In the understanding of the Court the authorities did not turn a blind eye to the first applicant's needs, but allocated resources to the schools attended by him in order to help accommodate his special requirements. Therefore, the Court, in accordance with its case-law, concluded that the domestic authorities complied with their obligation to provide reasonable accommodation "not imposing a disproportionate or undue burden" and, within their margin of appreciation, to allocate resources in order to meet the educational needs of children with disabilities, and there was no violation of Article 8 of the Convention or of Article 2 of Protocol No. 1 to the Convention taken alone or together with 14 of the Convention.'

Recently, the Court in the *G.L. v. Italy* Chamber judgment, concluded that the inability for an autistic child to receive the specialised learning support to which she was entitled by law, during her first two years of primary school, had entailed a violation of Article 14 of the Convention taken together with Article 2 of Protocol No. 1.²⁹ The national authorities had not determined the child's real needs or the possible solutions to allow her to attend primary school in conditions that were equivalent as far as possible to those enjoyed by other pupils, without imposing a disproportionate or undue burden on the administration. However, in this case based on very similar facts that in *Stoian*, the Court raised the threshold. The case concerned a girl with non-verbal autism who had a special assistant during the kindergarten but this was discontinued when she started elementary school. The girl according to the Italian laws had a right to special assistance, therefore the parents initiated court proceedings. Their claim was rejected by the domestic administrative courts, mainly based on the argument that the local authorities had taken the necessary steps but it had been a reduction of resources allocated to the region. The justification by the lack of resources caused by budgetary restrictions was not accepted by the Strasbourg Court. The Court went even further: it underlined that limitations caused by budgetary restrictions should impact the educational offer for both non-disabled and disabled pupils in an equivalent way. The concurring opinion of judge Wojtyczek rightly pointed out that the Court is not consistent in its interpretation of the duty of reasonable accommodation. Anyway, *G.L. v. Italy* elevated the standard of assessment higher than its previous case-law.

²⁹ *G.L. v. Italy*, no. 59751/15, 10 September 2020.

PROTECTING HUMAN RIGHTS: THE RIGHT TO EDUCATION IN AN EPIDEMIC

Ákos KOZMA

Commissioner for Fundamental Rights, Hungary

With regard to the history of the constitutional protection of children’s rights, more precisely, the right of children to education, one of the most outstanding dates is 1924. The nearly 100-year-old Geneva Convention is regarded as the first major international document on children’s rights. The Convention was drawn up in the wake of a great international crisis, the First World War, and the ensuing difficult economic and social situation, as well as the raging of a large epidemic. The five short and concise points of the Convention are not simply a legal history document on fundamental rights, on which later conventions were built but they are still relevant and convey a clear message today. The Convention does not make any direct reference to the right to education but the idea, the spirit is there in almost every section. Pursuant to the Convention, children should always be helped first in any trouble. All the resources that are necessary for a child’s normal physical and mental development should be ensured, children should be taught to be able to make their own living, and they should be raised in the spirit so that they would put their skills at the service of others in the future.¹

What does the concept of education encompass? According to the normative definition of UNESCO,

“it includes the entire process of social life with the help of which individuals and social groups study in order to develop their personal

* This paper was presented at the “Safe Schools and Education Rights in a (Post) Pandemic Era” online international conference organized by Ereky Public Law Research Center, Budapest and the European Association for Education Law and Policy, Antwerp on 16th October 2020. (ereky.jak.ppke.hu)

¹ See LUX Ágnes: A gyermekek jogai (The Rights of Children) – In: ANDRÁS Jakab – BALÁZS Fekete (ed.): *Internetes Jogtudományi Enciklopédia* 2018. (Internet Encyclopaedia on Legal Sciences 2018) – <https://ijoten.hu/szocikk/a-gyermekek-jogai>.

skills, attitudes, capabilities and knowledge consciously, within the framework of communities and for the benefit of these communities”²

Education is also a unique, multifaceted area if we approach it from the aspect of human rights. It is both a fundamental, enforceable and established right for children, recognized by numerous international conventions; and an institution that essentially determines the life and future of a child. It is a fundamental right that other rights stem from, such as personal development, the freedom of arts and science, and academic freedom. At the same time, it is also a service, which is essentially equally available, accessible and free of charge for all children in the majority of the countries. Furthermore, it is a fundamental and accountable obligation which appears in the form of compulsory education, and which is enforceable even against the will of the parents in the best interests of the child.

The purpose and function of education is perhaps best formulated by a key international human rights document of 1946, which was elaborated after another crisis, the Second World War: the Universal Declaration of Human Rights, which states the following:

[...] We agree that education shall be directed to the full development of the human personality and human dignity, and to the strengthening of respect for human rights and fundamental freedoms. [...] It shall make every person capable of becoming a useful member of a free society, and shall promote understanding, tolerance, friendship and peace.”³

Education is not simply a right, an obligation or an institution but it is also the space and custodian of the protection of children’s rights. The responsibilities of education include giving attention and care, ensuring children’s rights, rights awareness and the mastering of legal knowledge, providing support and assistance, as well as compensating any unequal opportunities between children. Education should not only stand up against harassment, abuse, or violence against and between children at school. Those working in education have increased responsibility in cases when children are endangered in other environments, for example, at home. If we think of education as the system of public institutions, what we mean is by far not only the enforcement of the right to education, i.e. ensuring and obliging school attendance. Education also plays a significant role in getting familiar with the right to human dignity and equal treatment as the moral frameworks and safeguards of the rule of law, e.g. the relations between the protection of the right to a fair procedure and other fundamental rights. Thus, education points beyond conveying information, knowledge or competences, it is also a bastion of democratic rights awareness, critical thinking and the fight against inequality. Schools represent a special space,

² See <https://ofi.oh.gov.hu/az-egesz-eleten-tarto-tanulas>.

³ See https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/hng.pdf.

as the events that occur there, through the children, may turn into matters that affect the entire community, indirectly even the local community or the whole society, i.e. they may become a public matter.

The second generation of fundamental rights includes economic, social and cultural rights, where the state undertakes an obligation to provide “services”, which cannot be enforced as a fundamental right by an individual. Cultural rights encompass the right to involvement in cultural activities, including the right to education. The right to participation in cultural activities consists of several elements pursuant to the Fundamental Law of Hungary, and the nature of constitutional protection is different in the case of the individual elements. The wording of the constitution defines cultural activities as a state goal, then it specifies the institutions and the fundamental requirements necessary for the enforcement of the right to education as one of the basic parts of this goal. Based on the Fundamental Law of Hungary, every Hungarian citizen is entitled to take part in cultural activities. Hungary ensures this right by extending and making community culture general, by providing free of charge and compulsory primary level education, free of charge secondary level education accessible to all, as well as higher education accessible to all based on their capabilities, furthermore, by providing financial support to those taking part in education as defined by the law.

In times of crises, taking care of children is a top priority, and this effort includes the creation and maintenance of the opportunity of taking part in education and being involved in the school community as much as possible. The key word here, as the experienced of the past year has shown, is “possible”, the circumstances, i.e. the risks posed by maintaining personal participation in education for children of different ages, not forgetting about the advantages and disadvantages of digital education, and ensuring to their parents the possibility to work. The pandemic situation caused by the coronavirus has created unprecedented and unforeseeable challenges, this is for sure. Initially, it is the area of health care that is in the focus of attention most of the time, which situation has not changed to date but as it became permanent, the state measures ordered to curb the pandemic all over the world have affect education, and through this, children’s rights as well. All the stakeholders consider the risks continuously – this is necessary because while there are strong arguments for the intensive restrictions, the effect of these cannot even be estimated yet.

It is for sure that the protection of fundamental rights, such as the significance and accessibility of rights protection by the Ombudsman are strengthening. We experience that the significance of the information provided to the complainant parents, teachers and children, as well as that of the inquiries and messages is gaining weight. These are natural parts of the Ombudsman’s activities in his normal, everyday work as well, however, there is an even higher need for moderate, objective, clear explanations that personally respond to the complainant’s situation now, which also take the rapidly changing statutory requirements into account.

Within the rights protection activity performed by the Hungarian Ombudsman, typically *5-6 percent* of the complaints submitted are related to education issues. Not all of these petitions are about the right to education but rather, they are individual or general complaints regarding issues or deficiencies experienced in the area of

education in the broadest sense of the word, from nursery school to higher education. The Commissioner for Fundamental Rights has the possibility to conduct inquiries not only on the basis and in the framework of complaints but he is also authorized to review problematic issues *ex officio*, in a comprehensive manner, and to formulate proposals both for the legislators and legal practitioners.

In his inquiries concerning the institutions providing education, the Ombudsman established the violation of the very right to education in several reports. Compulsory performance is a requirement with regard to primary level education, which in essence, partially means the above-mentioned compulsory education. Compulsory education is in fact performed by the child but as part of the right of children to protection and care, it makes it the parent's obligation to take care of the child's education. The state is obliged to ensure the personal and material conditions required for education as well, which means that the appropriate buildings and facilities should be available for education, that the operation thereof should be ensured, that the physical conditions for education should be available, furthermore, that the necessary personnel, i.e. the teachers and the staff assisting education should also be ensured. Being free of charge and being accessible are also key guarantees for the enforcement of elementary and secondary level education. These classical constitutional criteria and safeguards are also seen in a different light in a pandemic situation, i.e. it becomes important how the physical conditions of digital education can be ensured, and to which means of protection against the epidemic this free of charge attendance learning may extend to.

The institution of the Hungarian Ombudsman, the Commissioner for Fundamental Rights and his Office have continuously performed their tasks during the state of danger ordered due to the coronavirus as well. By relying on the means of electronic administration and communication, the Commissioner receives the complaints, gives them priority in responding to them, and in cases where he has competence, investigates into the problems and infringements related to the pandemic. This was the case in the area of education as well: in the spring, the Office received several reports on the difficulties and availability of online remote education. It was a typical problem signalled by the complainants that in needy families with a high number of children, who lived in backward settlements of the country, there were very few devices, if any, (typically telephones) with the use of which they could join remote education, and this caused the children to fall behind with the teaching material. Some inquiries were launched because there were some educational institutions that took action against students due to online "absence", while these students were not able to join education through no fault of their own. Those families who raise children with disabilities and special needs were put into an especially difficult situation. In many cases, data protection and personality rights issues also came up related to digital education.

In its policy statement, *the UN Committee on the Rights of the Child* drew attention to that online education should not increase the inequalities between the children, and it should not replace the student-teacher relationship. Online teaching should in fact be one creative form of classroom education, which poses a challenge to those children who have no, or only have limited internet access, or appropriate support from their parents. The Committee encouraged the application of alternative

solutions for these children, to ensure that they receive support and guidance from the teachers.⁴

UNESCO pointed out, in relation to the school closings, that the establishment, maintenance and development of remote education, as well as the difficulties posed by the teachers and parents unprepared for remote education and home schooling meant a great challenge. The adverse effects of school closings on healthy diets cannot be disregarded either, as many children are thus deprived of free of charge or reduced-price school meals. UNESCO mentions the effect of digital education on social relationships and mental health as another negative consequence.⁵

As has also been highlighted by *the Council of the European Union*, one of the greatest challenges was posed by inclusion and ensuring equal access to high standard remote education. There may be some students, teachers, instructors or families who do not possess the appropriate digital skills, have no access to the necessary technological devices or the internet, which is a major obstacle, mainly in the case of disadvantaged students, as well as students who live in the countryside, in remote, or highly urbanised areas. Furthermore, there are students with special needs who need consulting and further support with learning. It should also be added that although the switch to digital education had a key role in ensuring that the learning process is not interrupted, digital education cannot fully replace high standard personal teaching and learning.⁶

In addition to the inquiries, the Ombudsman has other, *extra-judicial means* to act as well. These are the Ombudsman's messages intended for the wider public and which may be concerned with education and the enforcement of the right to education as well.

In the Commissioner's message related to holding the final examinations in May 2020, an event of key importance for the future and the lives of the students, I recommended that with a view to safety, the rule of physical distancing should be adhered to during the entire process of the final exams and one classroom should preferably seat a maximum of ten students. We urged the issuance of a ministerial decree or a methodological recommendation containing the detailed rules in the shortest time possible. We requested that material conditions ensuring the reduction of risks and the appropriate protection of both the students and the teachers participating in the examinations be created. We urged that those students who signed up for advanced level school leaving examinations receive timely and

⁴ As quoted by Mrs. Eszter Tóth-Karczub in her study entitled "Az oktatáshoz való jog érvényesülése a COVID-19 okozta járványhelyzetben" ("The Enforcement of the Right to Education in the COVID-19 Pandemic"). See http://mfi.gov.hu/wp-content/uploads/2020/11/TKE_oktataseskoronavirus_vegleges.pdf

⁵ As quoted by Mrs. Eszter Tóth-Karczub in her study entitled "Az oktatáshoz való jog érvényesülése a COVID-19 okozta járványhelyzetben" ("The Enforcement of the Right to Education in the COVID-19 Pandemic"). See <https://en.unesco.org/covid19/educationresponse/consequences>

⁶ See COUNCIL CONCLUSIONS on countering the COVID-19 crisis in education and training 2020/C 212 I/03.

accurate information on the institution appointed for holding the exams, and the accessibility thereof.⁷

In another statement or message, we called public attention, as early as at the very beginning of the pandemic and the introduction of the related measures, to that both Hungarian and international experience had shown that one of the grave consequences of the restrictions related to the pandemic was that violence and abuse against vulnerable groups, especially children, were on the increase. The forced co-confinement for several months causes a high level of stress in itself, and the number and force of the already existing conflicts will grow in a high number of families. In this confinement, violent actions, instances of abuse against vulnerable groups, including children become more frequent, while it is also much more difficult to ask for help. The traditionally most important actors of the children's rights signalling system, including the schools cannot detect such cases either, as there are no personal encounters. What is more, in many cases, not even asking for help online or on the phone can prove to be a good solution either, due to the continuous control, as the affected persons find it very hard to ask for external help or support. We welcomed that the responsible ministry and the police had prepared several guidelines for handling the difficulties that may arise, for the child protection services and the teachers. The members of the signalling system continue to be obliged to forward the signals electronically or on the phone. On the other hand, the teachers may signal the problems that they become aware of in the context of digital education, even if in a limited way. We pointed out that it is important to continuously communicate that each instance of abuse against children is a serious matter, which will be investigated into, and that the victims should feel free to turn to the authorities.⁸

We tend to have very high expectations towards education. We expect it to help students master basic knowledge and literacy, play a role in the personal development of the students, and satisfy the justified needs of the economy. We want it to ensure social integration, provide customized services, and boost modernization. However, education should primarily be viewed from the aspect of the rights of the children, and of course, of their parents and teachers as well, in a child-centred approach, if you like. In the educational system of the twenty-first century, in the schools that operate in this spirit, learning is both a right and an obligation, and learning about rights and responsibilities, as well as learning through rights and other values such as democracy, autonomy and tolerance, go hand in hand.

In the current situation, maintaining a safe education for our children, i.e. the enforcement and accessibility of the right to education, require significant effort. This is especially true in the case of those children who are in a vulnerable position for some reason, due to the livelihood situation of their family, or on account of their disability or medical condition. Maintaining an appropriate-quality education is a

⁷ <http://www.ajbh.hu/-/az-alapveto-jogok-biztosa-a-2020-as-erettsegi-vizsgak-megszervezesenek-kerdeserol>

⁸ <http://www.ajbh.hu/-/veszelyhelyzettel-jaro-korlatozasok-idejen-kiemelt-figyelmet-kell-forditani-a-gyermekvedelmi-jelzorendszer-hatekony-mukodesere>

key issue from the perspective of our children. The cancellation or unpredictability of school education may expose further problems, with respect to school catering, the possibilities of physical exercise and sports at school, living in a community, psychological support and assistance. A delicate balance should be struck between the best interests of the children, their safety, and ensuring their right to education. Stronger than ever, cooperation, exchanges of ideas and common thinking are necessary between the state and the civil society, as well as between the national and international organizations. In my view, the Ombudsman can help to find child-centred solutions even in this situation, by taking each complaint and signal seriously and investigating into them. Through his proposals and messages, he can show that the right to education is a fundamental human right, the fundamental right of children, which is to be taken seriously.

ARTICLES

DER LANGE WEG ZUM NATIONALSPRACHLICHEN
UNTERRICHT DES RÖMISCHEN RECHTS: DER FALL
GALIZIEN IM 19. JAHRHUNDERT*Eine Skizze aus der österreichischen Wissenschaftsgeschichte*Dr.iur. Dr.iur.can. Ernest C. BODURA, LL.M.,
Wien

Zu dem weit gefassten Fragenkomplex, was den Unterricht des Römischen Rechts aus wissenschaftsgeschichtlicher Perspektive anbelangt, gehört auch die Frage nach der Unterrichtssprache, in welcher das Römische Recht jeweils gelehrt wurde. Die Frage ist insofern durchaus berechtigt, als das Römische Recht seit Jahrhunderten bis in das 19. Jahrhundert hinein auf Latein unterrichtet wurde und demgemäß auch die einschlägigen romanistischen Schriften nahezu ausschließlich auf Latein erschienen. Bekanntlich ging man erst etwa ab Anfang des 19. Jahrhunderts im Allgemeinen dazu über, das römische Recht grundsätzlich in der jeweiligen Nationalsprache zu unterrichten, also deutlich später, als dies bei den anderen juristischen Fächern der Fall war. Ohne an dieser Stelle auf die Problematik der angesprochenen „Sprachumstellung“ von Latein zu Deutsch in der Didaktik des Römischen Rechts im deutschsprachigen Raum detailliert einzugehen, sei nur angemerkt, dass in erste Hälfte des 19. Jahrhunderts an einigen Universitäten sowohl in Preußen als auch im Kaiserreich Österreich die Vorlesungen im Römischen Recht durchaus noch in Latein stattfanden¹.

¹ Dies war so auch im Falle der beiden hierbei im Mittelpunkt stehenden galizischen k. k. Universitäten, d.h. an der Universität Krakau, an der - worauf in nachfolgenden noch näher zu sprechen sein wird - gem. Anordnung der provinziellen österreichischen Behörden (Gubernatorium) von 1802 die Vorlesungen im Römischen Recht auf Latein standfanden, vgl. dazu: Michał PATKANIOWSKI: *Dzieje Wydziału Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego od reformy kollątajowskiej do końca XIX stulecia*. Kraków, Nakładem Uniwersytetu Krakowskiego, 1964. 99.; Jan KODRĘBSKI: *Prawo rzymskie w Polsce w XIX w.* Łódź, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, 1990. 222.; und der Universität Lemberg, wo das Römische Recht bis 1842 auf Latein unterrichtet wurde vgl. dazu KODRĘBSKI Ibid. 231.; Zur Lage hinsichtlich des Unterrichts des Römischen Recht etwa an der Universität Wien in der Zeit, vgl. mit weiteren Nachweisen in erster Linie: Franz-Stefan MEISSEL: Römisches Recht im

Hier interessiert uns jedoch vielmehr ein anderer Aspekt des besagten vielschichtigen Phänomens „Sprachumstellung“ vom Latein zur jeweiligen Nationalsprache in der universitären Didaktik des Römischen Rechts: Der Umstand nämlich, dass eine Umstellung von Latein auf Deutsch unter den faktischen Gegebenheiten der k.u.k. Monarchie um die Mitte des neunzehnten Jahrhunderts keineswegs bedeuten musste, dass das Römische Recht ab nun tatsächlich in der Nationalsprache (Landessprache) der Mehrheit der Bevölkerung des jeweiligen Teils der k.u.k. Monarchie unterrichtet wurde. Durch verschiedene politische und historische Umstände bedingt, geriet man in der Frage der Unterrichtssprache auch im Fach Römisches Recht nicht selten in eine Zwickmühle von durchaus komplizierten innenpolitischen Konflikten und Auseinandersetzungen.

Neben generell bekannten Umständen, wie den in den Jahren 1860/61 endgültig von Erfolg gekrönten ungarischen Bestrebungen in dieser Hinsicht, kann auch der Fall Galizien in der Zeit ab der Mitte des 19. Jahrhunderts als ein anschauliches Beispiel hierfür dienen: Die Umstellung der Unterrichtssprache von Latein auf Deutsch im Bereich der Romanistik ausgerechnet an den galizischen Universitäten Krakau und Lemberg hat keineswegs die längst ersehnte Umstellung von Latein in die Nationalsprache der Mehrheit der Studierenden an dortigen Universitäten mit sich gebracht. Denn die Sprache der sozial- und politisch dominierenden Bevölkerungsgruppe dieses Kronlandes war bekanntlich nicht die deutsche, sondern die polnische Sprache.

Der vorliegende Aufsatz nimmt sich dementsprechend zum Ziel den langen und zum Teil auch beschwerlichen Weg zum polnischsprachigen Unterricht des Römischen Rechts an den damaligen k. k. Universitäten Krakau und Lemberg nachzuzeichnen um damit ein wenig bekanntes Kapitel der österreichischen Wissenschaftsgeschichte des neunzehnten Jahrhunderts ans Licht zu bringen und zugleich auf diese Weise einen - wegen des vorgegebenen Rahmens für diesen Aufsatz nur kleinen - Beitrag zur Geschichte des Unterrichts des Römischen Rechts aus einer generellen Perspektive beizusteuern.

Demgemäß sollen die folgenden Fragen dementsprechend angesprochen werden: Zum einen die allgemeine Lage der galizischen Universitäten Krakau und Lemberg in der Zeit um die Mitte des 19. Jahrhunderts. Dabei muss eine entsprechende Differenzierung zwischen den beiden Universitäten vorgenommen werden, da beide im Laufe des 19. Jahrhunderts ganz unterschiedliche Entwicklungen erfahren (I). Zum anderen die Frage des Unterrichts des Römischen Rechts an den genannten Hochschulen in der Zeit bis zur Jahreswende 1860/61 (II). Schließlich die im Mittelpunkt unserer Betrachtung stehende Frage der Polonisierung des romanistischen Unterrichts zunächst an der Universität Krakau (III) und dann entsprechend auch an der Universität Lemberg (IV). Zum Schluss soll eine abschließende Bewertung formuliert werden. (V)

1. Zur Lage der galizischen Universitäten in der Zeit um die Mitte des 19. Jahrhunderts (bis zur Verfassungsära)

Bis zum Anfang der Verfassungsära in der Geschichte der k.u.k. Monarchie, also bis etwa zur Jahreswende 1860/61, gestaltete sich die Geschichte der beiden galizischen Universitäten Krakau und Lemberg von Grund auf unterschiedlich. Zwar geht ihr Bestehen als vollwertige akademische Einrichtungen, also als Universitäten schlechthin, noch auf die Zeit vor den Teilungen Polens (1772-1795) zurück. So war etwa die Krakauer Universität (Jagiellonen Universität) schon im Jahre 1364 und die Lemberger Universität entsprechend im Jahre 1661 von polnischen Monarchen ihrer Zeit gegründet worden, dennoch erfuhren sie im Laufe des 19. Jh. ganz unterschiedliche historische Entwicklungen, was sich wiederum auf die Bewahrung ihres ursprünglichen Charakters als polnische Hochschule auswirkte.

Mithin verzeichnet man direkt nach der Einverleibung von Krakau in das österreichische Staatsgebiet (1795) an der dortigen Universität eine „erste Welle“ der *Germanisierung* seitens der österreichischen Verwaltung², die allerdings nur bis zum Jahre 1809, d. h. bis zur Eingliederung des Gebietes um Krakau ins Großherzogtum Warschau (1809) dauerte³. Freilich kann sich die Jagiellonen-Universität ihren nationalen Charakter als eine weitgehend polnische akademische Einrichtung bis zur Liquidierung der sog. Republik Krakau (1815-1846) und der damit einhergehenden formalen Eingliederung des Krakauer Stadtgebietes ins Kaisertum Österreich im Jahre 1846 bewahren⁴. Dann aber kam es in der Zeit nach 1846 zu einer zweiten Welle der *Germanisierung* der Universität⁵, die allerdings nur bis zum Frühjahr 1848 andauerte⁶, als es im Zuge der Ereignisse von 1848/49 zu einer weitgehenden Polonisierung zumindest der Krakauer Universität kam⁷. So waren dort in dieser Zeit zum ersten Mal alle Vorlesungen, mit Ausnahme des römischen und kanonischen Rechts, das in den Jahren 1848-1850 noch lateinisch gelesen wurden⁸, an der Juristischen Fakultät auf Polnisch.

Dies änderte sich wiederum schlagartig mit der politischen Reaktion nach der Niederschlagung der Revolution von 1848/49. Es folgte nämlich in der

² PATKANIOWSKI aaO. 99.

³ Ibid. 121.

⁴ Waltraud HEINDL: Universitätsreform und politisches Programm. Die Sprachenfrage an der Universität Krakau im Neabsolutismus. *Österreichische Osthefte*, 1978. (Jg. 20.) 80.; KODRĘBSKI aaO. 229.

⁵ PATKANIOWSKI aaO. 168.

⁶ HEINDL aaO. 80.

⁷ PATKANIOWSKI aaO. 171. Als Professor für das Römische Recht an der Krakauer Universität wurde damals der - im Folgenden noch mehrfach erwähnte - spätere Lemberger Ordinarius Józefat Zielonacki vom Wiener Unterrichtsministerium ernannt, vgl. Janusz SONDEL: Z dziejów Katedry Prawa Rzymskiego Uniwersytetu Jagiellońskiego, In: *Prace Komisji Historii Nauki PAU*. Tom 12, Kraków, Polska Akademia Umiejętności, 2013. 103.; PATKANIOWSKI aaO. 237.; KODRĘBSKI aaO. 226.

⁸ HEINDL aaO. 81. Allerdings wurden die beiden Fächer ab 1850 auch nur auf Polnisch unterrichtet, vgl. ebenda.

österreichischen Innenpolitik die sog. „Bachsche Ära“. In dieser Zeit fand an der Jagiellonen Universität die in der ganzen Geschichte österreichischer Herrschaft in Krakau wohl tiefgreifendste Welle der Germanisierung der ganzen Universität statt⁹. An der Juristischen Fakultät kam dies dadurch zum Ausdruck, dass ab Anfang des akademischen Jahrs 1854/1855 alle Fächer - mit Ausnahme des alten polnischen Rechts und Französischen Rechts - obligatorisch und ausnahmslos nur auf Deutsch unterrichtet wurden¹⁰.

Die Geschichte der Lemberger Universität in der Zeit nach der Einverleibung der Stadt in österreichisches Staatsgebiet verläuft hingegen insofern anders, als im Jahre 1805 die alte Universität formell aufgelöst und nur als sog. Lyceum weitergeführt wurde¹¹. Allerdings wurde die Lemberger Universität als eine vollwertige akademische Hochschule schon im Jahre 1817 wiederhergestellt, was seinen Grund allein darin hatte, dass durch die im Jahre 1815 gegründete *Republik Krakau* (*Freie Stadt Krakau* oder *Stadtstaat Krakau*) als ein formal vom Kaisertum Österreich unabhängiges Staatsgebilde, sich die Krakauer Universität nun außerhalb Galiziens befand¹², so dass es nun in dem neuen Kronland keine Universität gab. Dies wiederum widersprach den Interessen des österreichischen Staates, denn dieser musste ein besonderes Interesse daran haben, gerade in der neuerworbenen Provinz Galizien über einen gut ausgebildeten und dabei möglichst loyalen Stand von Staatsdienern (Beamten) zu verfügen. Dementsprechend wurde die Lemberger Universität neu gegründet. Es liegt auf der Hand, dass die Lemberger Universität angesichts einer derartigen Zielsetzung ihren altradierten nationalen Charakter als eine polnische akademische Einrichtung komplett einbüßen musste¹³. Mithin wurde sie nun in dem Sinne germanisiert, dass als Unterrichtssprache von nun an grundsätzlich nur die deutsche Sprache gebraucht werden sollte¹⁴ und als Professoren in erster Linie,

⁹ Hans LENTZE: *Die Universitätsreform des Ministers Graf Leo Thun-Hohenstein*, Wien, Kommissionsverlag der Österreichischen Akademie der Wissenschaften, 1962. 172.; Franciszek ZIEJKA: Ostatnia warownia narodowa: z dziejów walki o polski język wykładowy na Uniwersytecie Jagiellońskim w latach 1850–1870. In: Miodunka WŁADYSŁAW T. – Anna SERETNY (ed.): *Język, literatura i kultura polska w świecie*. Kraków, Księgarnia Akademicka, 2016. 144–146.; PATKANIOWSKI aaO. 223–224, 229, 241–242.; HEINDL aaO. 80.; Jan SURMAN: *Habsburg Universities 1848–1918. Biography of a Space*, Diss. Phil., University Wien [http://othes.univie.ac.at/18482/1/2012-01-09_0103118.pdf] 138.; DERS.: Uniwersytety galicyjskie w Monarchii Habsburskiej: nacjonalizacja edukacji i internacjonalizacja nauki?. In: *Prace Komisji Historii Nauki PAU*. Bd. 11, Kraków, Polska Akademia Umiejętności, 2012. 41–42.

¹⁰ Die rechtliche Grundlage für die einschlägigen Ausführungsverfügungen des Unterrichtsministeriums stellten in diesem Fall die Allerhöchsten Entschließenungen des Kaisers vom 23. 08 1853 und 29.10.1853, vgl. PATKANIOWSKI aaO. 240–242.

¹¹ KODRĘBSKI aaO. 230.

¹² Ibid. 230–231.

¹³ Adam RĘDZIK: Kilka uwag na temat języka wykładowego w Uniwersytecie Lwowskim w XIX i początkach XX wieku, *Rocznik Lwowski*, 2007. 69.

¹⁴ In dieser Hinsicht ist als eine Art *lateinisches Überbleibsel* aus den alten Zeiten die Situation mit dem Unterricht des Römischen Recht auf Latein bis auf den Jahre 1842, mehr dazu siehe unten II.

wenn nicht sogar ausschließlich, deutschsprachige Personen bestellt werden sollten¹⁵. Dieser Zustand dauerte im Prinzip bis zum Ende der 1860er Jahre¹⁶.

2. Unterricht des Römischen Rechts an den Universitäten Galiziens Krakau und Lemberg in der Zeit bis zur Jahreswende 1860 zum 1861

Die allgemeine Situation an der jeweiligen Universität, oder genau gesagt: an den dortigen Juristische Fakultäten, färbte verständlicherweise auf den uns hierbei besonders interessierenden sprachlichen Aspekt des Unterrichtes im Römischen Recht ab. Demnach wurden in Krakau alle (juristischen) Fächer ab dem Beginn des akademischen Jahres 1853/54 ausschließlich in deutscher Sprache unterrichtet. Ab nun sollte auch das Römische Recht nur noch auf Deutsch unterrichtet werden. Dabei sei an dieser Stelle in einem noch tiefer in die Vergangenheit reichenden historischen Rückblick angemerkt, dass das Fach Römisches Recht auch an der Universität Krakau in den Jahren 1802 bis 1809 (1809 war das Jahr der o.g. Eingliederung des Gebietes um Krakau ins Großherzogtum Warschau) auf Latein unterrichtet worden war, dann wohl kurz auf Polnisch und bis zu dem vom Senat der Stadt Krakau für die dortige Universität erlassenen Règlement vom Jahre 1817 weiterhin auf Latein, was mit dem Règlement von Jahre 1833 noch beibehalten wurde¹⁷. Dieser Zustand dauerte in Krakau bis zum Jahre 1848, als alle Vorlesungen an der juristischen Fakultät der Krakauer Universität, wenn auch, wie sich bald zeigen sollte, nur vorübergehend, auf Polnisch abgehalten wurden, und dies betraf verständlicherweise auch die Vorlesung im Fach Römisches Recht¹⁸.

Im Zusammenhang mit dem ab Jahre 1853 von dem Wiener Kultusministerium angeordneten Übergang zum Unterricht des Römischen Rechts ausschließlich in der deutschen Sprache sei hier der Vollständigkeit halber noch hinzugefügt, dass die Vorlesung des Römischen Rechts zunächst, d.h. ab 1853, ein Jahr lang ausfiel, was allerdings seinen Grund ausschließlich darin hatte, dass der bisherige Professor für Römisches Recht, Józefat Zielenacki, von den österreichischen Behörde im Dezember 1852 ganz unerwartet seines Lehrstuhls enthoben wurde¹⁹ und er selbst wohl unfreiwillig auf eine ausdrückliche Anweisung vom Wiener Kultusministerium

¹⁵ Das Paradoxon dieser Situation bestand dabei darin, dass die Mehrheit der an der Lemberger Universität damals Studierenden entsprechend der der nationale Struktur Galiziens gerade nicht deutsch war.

¹⁶ REDZIK aaO. 68.

¹⁷ PATKANIOWSKI aaO. 214.

¹⁸ Ibid. 171.

¹⁹ Die Entfernung von J. Zielenacki – übrigens zusammen mit drei anderen Professoren, die für ihr politisches Engagement bekannt waren - wurde zu dieser Zeit als ausgesprochen repressiv und als eine gegen polnische Kreise gerichtete politische Schikane österreichischer Behörden empfunden. Ibid. 239–240; Agnieszka ZIĘBA: *Józefat Zielenacki – polski uczony XIX wieku i jego miejsce w historii romanistyki polskiej*, Diss. Univ. Kraków [UJ], 2006. 8.

an die Universität Innsbruck versetzt worden war, wo ihm allerdings wieder eine Professur für Römisches Recht anvertraut wurde²⁰.

Dann, d.h. im akademischen Jahr 1854/55, übernahm Professor Wincenty Waniorek – schon auf Deutsch unterrichtend – an der Jagiellonen Universität Krakau vertretungsweise die Vorlesung des Römischen Rechts, bis Anfang des Jahres 1855 der dortige Lehrstuhl für Römisches Recht mit dem angesehenen Professor Karl Esmarch besetzt werden konnte²¹.

Hingegen wurde das Römische Recht in Lemberg bis zum Jahre 1842 auf Latein unterrichtet, obwohl die Lemberger Universität seit dem Zeitpunkt ihrer Neugründung im Jahre 1817 wie erwähnt im Prinzip den Charakter einer rein deutschen Universität besaß²². Erst ab diesem Zeitpunkt übernahm Franz Kotter den Lehrstuhl des Römischen Rechts und das Römische Recht wurde sodann an der dortigen Universität auf Deutsch gelesen.

3. Die Polonisierung des Unterrichts des Römischen Rechts an der Universität Krakau

Wie schon angedeutet, wurden in Krakau an der juristischen Fakultät ab dem akademischen Jahre 1854/1855 alle Fächer, einschließlich des Römischen Rechts, auf Deutsch unterrichtet²³. Wie es dabei jedenfalls aus der Sicht damaliger Betrachter schien, sollte dieser Zustand auf längere Zeit angelegt sein. Diese Einstellung im Hinblick auf die zu erwartende weitere Entwicklung österreichischer Hochschulpolitik baute damals in erster Linie auf der Überzeugung auf, dass die nun das ganze politische Geschehen im Lande ab etwa 1851 dominierende Innenpolitik des österreichischen Staats mit ihren ersichtlich absolutistischen, ja reaktionären Zügen sich jedenfalls kurzfristig gewiss nicht ändern werde. Freilich kam es bekanntlich schon im Jahre 1860 zu nicht unwesentlichen Änderungen auch in dieser Hinsicht. Im Hinblick auf die uns hierbei besonders interessierende Frage eventueller Änderungen der bisherigen „harten“ Sprachpolitik hinsichtlich Galiziens

²⁰ SURMAN (2012) aaO. 178 Fn. 59.

²¹ SONDEL aaO. 103–104.; PATKANIOWSKI, aaO. 253.

²² Dass die Vorlesung im Römischen Recht an der Universität Lemberg bis 1842 auf Latein abgehalten wurde, ist trotz des Umstands, dass die Universität selbst zu dieser Zeit unzweideutig einen rein deutschen Charakter aufwies, als tradierte historische Gegebenheit anzusehen. So wurde das Römische Recht nicht nur vom ersten Lehrstuhlinhaber für Römisches Recht, dem ersten Dekan der dortigen juristischen Fakultät - nach der Einverleibung von Lemberg in das österreichische Staatsgebiet Baltazar Borzanga, vgl. KODRĘBSKI aaO. 230, sondern auch später, d.h. in den Jahren 1810 bis 1820 von Bernhard Baron und weiter in den Jahren 1820–1841 von Anton Heimberger auf Latein gelesen, vgl. Ibid. 230–231.

²³ Genau gesagt - wie oben schon beschrieben - fiel nach der Entlassung J. Zielenackis ab dem 02. 01 1853 und seiner unfreiwilligen Versetzung an die Universität Innsbruck die Vorlesung des Römischen Rechts ein Jahr (1853/1854) lang komplett aus. Danach wurde sie vertretungsweise vom Professor der Rechtsphilosophie Wincenty Waniorek - schon auf deutsch - gelesen, bis sie ab Sommersemester 1855 von Professor Karl Esmarch übernommen werden konnte, PATKANIOWSKI aaO. 253.; SONDEL aaO. 103.

Universitäten sei in diesem Zusammenhang das folgende Ereignis herausgestellt. An dem Tag; an dem das Oktoberdiplom 1860 erlassen wurde, d. h. noch am 20. Oktober 1860, erging an den damaligen Staatsminister und früheren Statthalter von Galizien Graf Agenor Gołuchowski [der Ältere] ein kaiserliches Handschreiben betreffend die Unterrichtssprache an der Krakauer Universität, in dem der Kaiser explizit ankündigte, den in dieser Hinsicht polnischerseits formulierten Erwartungen zu entsprechen²⁴. Das kaiserliche Handschreiben²⁵ machte in Galizien damals einen enormen Eindruck²⁶ und erweckte auch große Hoffnung auf die angekündigte Liberalisierung der Sprachpolitik hinsichtlich der Krakauer Universität.

Die faktische Verwirklichung der in dem kaiserlichen Handschreiben beinhalteten Ankündigungen durch Erlass einschlägiger Rechtsregelungen ließ jedoch nicht nur länger auf sich warten²⁷, sondern brachte zugleich zum Teil auch Enttäuschung angesichts der zuvor erweckten viel größeren Erwartungen²⁸. Die Enttäuschung betraf dabei in erster Linie die künftige Ausgestaltung des Unterrichts an der juristischen Fakultät. Laut der kaiserlichen Allerhöchsten Entschließung vom 04. Februar 1861 und der in direktem Anschluss daran erlassenen Verordnung des Staatsministers Anton von Schmerling vom 13. Februar 1861 sollten künftig an der Juristischen Fakultät der Krakauer Universität auf Polnisch lediglich sog. allgemeine Fächer unterrichtet werden, zu denen folgende gerechnet wurden: Römisches Recht, Kanonisches Recht, die Rechtsphilosophie und sog. Enzyklopädie des Rechts, Politische Ökonomie, Verwaltungswesen, Statistik, Völkerrecht sowie Polnisches und Französisches Recht. Alle übrigen, darunter die im Hinblick auf die praktische Ausbildung künftiger Juristen wichtigsten Fächer wie Strafrecht, österreichischeres Privatrecht, Prozessrecht, Handelsrecht, Wechselrecht und Verwaltungsrecht sollten hingegen weiterhin nur ausschließlich auf Deutsch unterrichtet werden²⁹.

²⁴ Es würde bei weitem den Rahmen dieser Ausarbeitung sprengen, auf die politische Entwicklung detailliert einzugehen, die auch dazu geführt hatte, dass es zum Entstehen des gegenständlichen kaiserlichen Handschreibens überhaupt kommen konnte. Immerhin sei darauf hingewiesen, dass dies in erster Linie vor dem Hintergrund der sich in dieser Zeit anbahnenden politischen Annäherung zwischen den Wiener Regierungskreisen (dem Kaiserhof) und dem im Galizien dieser Zeit politisch und ökonomisch den Ton angegebenden polnischen Adel, mehr dazu vgl. etwa Christoph Freiherr Marschall von BIEBERSTEIN: *Freiheit in der Unfreiheit. Die Autonomie der Polen in Galizien nach dem österreichisch-ungarischen Ausgleich von 1867, ein konservativer Aufbruch im mitteleuropäischen Vergleich* (= Studien der Forschungsstelle Ostmitteleuropa an der Universität Dortmund, Band 11). Wiesbaden, Harrassowitz, 1993. 38–41.

²⁵ Der Text des kaiserlichen Handschreibens vom 20. Oktober 1860 wurde *in extenso* nahhinein u. a. abgedruckt, in Michał BOBRZYŃSKI – Władysław L. JAWORSKI – Józef MILEWSKI: *Z dziejów odrodzenia politycznego Galicji 1859–1873*. Warszawa, Gebethner i Wolff, 1905. 55–54.

²⁶ Vgl. Antoni Zygmunt HELCIEL: *Uwagi nad kwestią językową w szkołach i uniwersytetach Galicji i Krakowa osnowane na liście odręcznym jego CK Apostolskiej Mości z 20.X.1860*. Kraków, 1860.; darüber hinaus auch: Maria STINIA: *Uniwersytet Jagielloński w latach 1871–1914. Modernizacja procesu nauczania*. Kraków, Historia Iagiellonica, 2014. 45.; ZIEJKA aaO. 147.; PATKANIOWSKI aaO. 243.

²⁷ Ibid. 244.

²⁸ ZIEJKA aaO. 151.

²⁹ PATKANIOWSKI aaO. 246–247.; STINIA aaO. 46.

Nichtsdestotrotz bleibt an dieser Stelle festzuhalten, dass die Anordnung jedenfalls in Hinblick auf die hierbei im Mittelpunkt stehende Frage, in welcher Sprache das Römische Recht unterrichtet wird, die entscheidende Neuregelung brachte, dass die Vorlesungen in diesem Fach auf Polnisch abzuhalten seien.

Als Folge dieser Entscheidung stellte sich für die Fakultät nun die eilige Notwendigkeit, einen geeigneten, in diesem Sinne qualifizierten, Dozenten (Professor) zu finden, der im Stande sein sollte, das Römische Recht auf Polnisch zu unterrichten. Angesicht der Tatsache, dass die österreichische Behörde eine Rückkehr von Józefat Zielonacki³⁰, der an die Krakauer Universität schon 1850 bis 1853 als Professor des Römischen Rechts tätig war und ab 1857 an der Lemberger Universität dozierte, letztendlich ablehnten³¹, wurde die Vorlesung des Römischen Rechts im Jahre 1861 – schon auf Polnisch – vorübergehend vom dortigen Professor für Kirchenrecht Udalryk (Udalrich) Heyzmann aufgenommen³². Im Jahre 1862 kam es schließlich zur Berufung des soeben habilitierten Fryderyk (Friedrich) Zoll (d. Älter) auf den, nach Verlassen Krakaus durch Gustav Demelius formell nicht besetzten, Lehrstuhl für das Römische Recht³³. Wie sich zeigen sollte bekleidete Fryderyk Zoll diese Stelle mehr als 44 Jahre lang³⁴.

4. Polonisierung des Unterrichts des Römischen Rechts an der Universität Lemberg

Viel komplizierter gestaltete sich hingegen die Situation an der juristischen Fakultät der Lemberger Universität, was eine eventuelle Änderung der bisherigen Sprachpolitik betraf. Ungeachtet nämlich der Fortschritte in dieser Hinsicht, die seit Frühjahr 1861 an der Krakauer Universität zu verzeichnen waren³⁵ und die in polnischen akademischen Kreisen Lembergs als für eine Art Vorbild für dortiges Universität angesehen wurden, pochte die österreichische Obrigkeit strikt darauf, alle Vorlesungen an der juristischen Fakultät der Lemberger Universität grundsätzlich nur auf Deutsch abzuhalten³⁶, was verständlicherweise auch die Vorlesungen im Fach Römisches Recht miteinschloss. Man weicht dabei seitens der zuständigen österreichischen amtlichen Stellen jeglichen dahingehenden Forderungen nach

³⁰ Mehr zur Person J. Zielonacki siehe unten IV.

³¹ SONDEL aaO. 103.; PATKANIOWSKI, aaO. 251.

³² Ibid. 254.; Ernest C. BODURA: *Dorobek Udalryka Heyzmann jako kanonisty (1835-1918)*. Diss., ius. can. – Cardinal Stephan Wyszyński University, Warszawa [UKSW], 2019/2020. [https://bip.uksw.edu.pl/sites/default/files/doktorat_E.Bodura.pdf] 22.

³³ SONDEL aaO. 104.

³⁴ KODRĘBSKI aaO. 250.; PATKANIOWSKI aaO. 257.; SONDEL aaO. 104.

³⁵ REDZIK aaO. 69.

³⁶ Der Vollständigkeit halber sei hierbei allerdings angemerkt, dass in dieser Zeit zumindest nominal zwei außerordentliche Professuren an der Juristischen Fakultät mit Vorlesungssprache ruthenisch (ukrainisch) neu geschaffen wurden, die eine Ausnahme in dieser Hinsicht darstellen, vgl. dazu Ludwik FINKEL – Stanisław STARZYŃSKI: *Historia Uniwersytetu Lwowskiego, Część II*. Lwów, Nakładem Senatu Akademickiego C. K. Uniwersytetu Lwowskiego, 1894. 6.; REDZIK aaO. 69–70.

einem wenn auch schrittweise sich zu vollziehenden Übergang zum systematischen Unterricht in Polnischer Sprache an der Lemberger juristischen Fakultät, etwa nach dem Krakauer Vorbild, stets mit den Hinweis darauf aus, dass es inzwischen schon eine juristische Fakultät in Krakau mit der Unterrichtssprache Polnisch gebe, während die Lemberger Universität mitsamt ihrer Juristischen Fakultät nun den deutschen Charakter weiterhin zu bewahren habe. Bezeichnenderweise besteht man dabei konsequent darauf, dass auch die Vorlesungen im Fach Römisches Rechts nur auf Deutsch gehalten werden sollen.

Eine wichtige und gewissermaßen bezeichnende Besonderheit der Lemberger Juristischen Fakultät dieser Zeit machte dabei der Umstand aus, dass es dort unter den Juraprofessoren etwa im Unterschied zu Krakau kaum jemanden gab, der die polnische Sprache überhaupt beherrschte, oder darin hätte unterrichten können. Es versteht sich von selbst, dass dies letztendlich das beabsichtigte Ergebnis der von den österreichischen Behörden jahrzehntelang bewusst geführten Personal- und Besetzungspolitik im Hinblick auf die Lemberger Universität generell und im Hinblick auf die Juristische Fakultät insbesondere war. Insofern stellte dieser Umstand unbestritten einen zusätzlichen Faktor dar, der die aus der Sicht der polnischen Kreise in Lemberg und Galizien als *längst überfällig* empfundene, vollständige Polonisierung³⁷ des Lehrbetriebes an dieser Fakultät nicht unwesentlich verlangsamte. Die deutschsprachigen Professoren agierten, was in menschlicher Hinsicht als völlig nachvollziehbar erscheint, hierauf unverhohlen aus der Besorgnis heraus, dass eine eventuelle Sprachumstellung zu Polnisch als Unterrichtssprache eine ernsthafte Bedrohung für ihre berufliche Position innerhalb der Fakultät darstellen könnte. Zweifelsohne wirkte sich als ein abschreckendes Beispiel in dieser Hinsicht für sie neben dem allgemein bekannten mehr oder weniger erzwungenen Exodus von deutschen Professoren aus Krakau, nachdem die dortige Fakultät polonisiert wurde, die Causa des Lemberger Romanisten Professor Franz Kotter aus, der zwar im Jahre 1857 von Lemberg nach Budapest wechseln konnte, jedoch infolge der vollständigen Magyarisierung der dortigen Universität im Jahre 1862 nach Lemberg zurückkehren musste, denn er war als Deutscher außerstande, das Römische Recht auf Ungarisch zu unterrichten³⁸. Diese Einstellung des Professorenengremiums zur Sprachenfrage an der Fakultät hat sich insbesondere in den Jahren 1866/67 bemerkbar gemacht: Die Professoren suchten damals ihrerseits den seitens der Provinzbehörden auf

³⁷ Zu diesen Erwartungen und Auffassungen verleiteten sie gewiss die seit Mitte der 1860er Jahre unübersehbare Fortschritte bei der Polonisierung, welche beinahe das ganze gesellschaftliche und sozialen Leben im damaligen Galizien betrafen, insbesondere das Schulwesen, die untere und mittlere Verwaltung, die Justiz und nicht zuletzt den Galizischen Landtag, in dem seit 1866 als ein einzige offiziell Amtssprache Polnisch eingeführt worden war, Daher stellte die sich nun aufzeichnende „Resistenz“ der Lemberger Universität, insbesondere der Juristischen Fakultät, gegen jegliche Polonisierung nach ihrem Empfinden ein eigenartiges Sprachliches Überbleibsel dar, vgl. dazu etwa FINKEL – STARZYŃSKI aaO. [Część II], 10–11.; REDZIK aaO. 70.

³⁸ KODRĘBSKI aaO. 231, 233.

ausdrückliche Weisung aus Wien vorangetriebenen Schritt zur Polonisierung des universitären Lehrbetriebes an der Fakultät zu torpedieren³⁹.

Unter den damaligen Professoren der Juristischen Fakultät hingegen, die sich besonders für die Polonisierung des Unterrichtes einsetzten, sticht zweifelsohne der damalige Ordinarius für Römisches Recht Józefat (Josephat) Zielonacki hervor⁴⁰. Zur Person von Professor Józefat Zielonacki (1818-1884) sei hier nur gesagt, dass er in Großpolen, also im sog. Großherzogtum Posen, als preußischer Untertan geboren wurde. Nach dem Studium der Rechtswissenschaft und der Promotion zum Dr. iur. in Berlin im Jahre 1845 habilitierte er im Römischen Recht im Jahre 1849 an der preußischen Universität Breslau, wo er zunächst auch als Privatdozent tätig war, bis er im Jahr 1850 zum Lehrstuhlinhaber für Römisches Recht in Krakau ernannt wurde. Im Jahre 1853 wurde er jedoch aus politischen Gründen entlassen und nach Innsbruck versetzt, wo er aber gleichfalls den Lehrstuhl für Römisches Recht innehatte⁴¹. Später, d.h. im Jahre 1855, wechselte er nach Prag und schließlich, 1857, nach Lemberg, wo er als Professor für Römisches Recht bis 1870 lehrte⁴².

Die Rolle J. Zielonacki's bei der Durchsetzung einer, wenn auch nur Schritt für Schritt sich vollziehenden, Polonisierung des gesamten Unterrichtes an der Juristischen Fakultät der Lemberger Universität, bestand darin, dass ihm anhand zahlreicher von ihm schon seit Anfang des Jahres 1862 immerfort und konsequent vorgetragener Bitten⁴³ gelungen war, dem Wiener Unterrichtsministerium ganz konkrete Zugeständnisse hinsichtlich der Möglichkeit, das Römischen Recht auch im Lemberg, wenn auch zunächst nur in eng bestimmten Rahmen, dennoch auf Polnisch zu unterrichten, abzurufen.

³⁹ Insofern wird im polnischen Schrifttum in diesem Zusammenhang explizit von langwierigen Kämpfen des polnischen Lagers unter den Juraprofessoren an der Lemberger Universität mit ihren deutschen Kollegen berichtet, vgl. dazu Ibid. 232–233.

⁴⁰ REDZIK aaO. 71.

⁴¹ SURMAN (2012) aaO. 178 Fn. 59.

⁴² Ausführlich zur Person J. Zielonacki vgl. ZIĘBA aaO. (2006); DIES.: Józefat Zielonacki zapomniany polski romanista XIX w. Szkic do biografii. *Zeszyty Prawnicze UKSW*, Warszawa, 2004. (4.1) 129–147.; DIES.: Profesor Józefat Zielonacki (1818–1884) na tle XIX-wiecznej pandektystyki. *Zeszyty Prawnicze UKSW*, Warszawa 2007. (7.1) 77–100.; DIES.: Professor Józefat Zielonacki – Ein polnischer Gelehrter des 19. Jahrhunderts und sein Rang in der romanistischen Rechtslehre. In: Zoran POKROVAC (ed.): *Rechtswissenschaft in Osteuropa. Studien zum 19. und frühen 20. Jahrhundert. Rechtskulturen des modernen Osteuropas. Traditionen und Transfers*, Bd. 5 (=Studien zur europäischen Rechtsgeschichte 248). Frankfurt a.M., 2010. 391–434. ferner KODRĘBSKI aaO. 232.; SONDEL aaO. 103.; Ernest C. BODURA: Pandektenlehrbücher auf Polnisch oder polnische Pandektenlehrbücher? Anmerkungen zu zwei Hauptwerken der galizischen Pandektistik im 19. Jahrhundert. *Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs* [BRGÖ], 2020–2. 280. Der Vollständigkeit halber sei noch hinzugefügt, dass J. Zielonacki als Romanist in drei Sprachen arbeitete: Nach der Doktorarbeit und der Habilitationsschrift auf Latein verfasste er zahlreiche romanistische und privatrechtliche Arbeiten auf Deutsch, bis er später in seinen wissenschaftlichen Publikationen zur polnischen Sprache übergang.

⁴³ REDZIK aaO. 71.

Demgemäß wurde seinem Antrag aus dem Jahre 1862 dahingehend entsprochen, dass ihm per Ministerial-Reskript vom 15.04.1863⁴⁴ eine ausdrückliche Erlaubnis erteilt wurde, im Unterricht des Römischen Rechtes *hilfsweise* auch polnische Terminologie zu verwenden⁴⁵. Dem folgte im Jahre 1866 nun eine – ebenfalls per Ministerial-Reskript⁴⁶ – ihm erteilte Erlaubnis auf das Abhalten von *Einzelkollegien* aus dem allgemeinen Bereich: *Römisches Recht* auf Polnisch⁴⁷: Demzufolge wurden von ihm im akademischen Jahr 1866/67 solche Einzelkollegien (Kurse) zu Römischem Erbrecht bzw. Familienrecht als separate Lehrveranstaltungen angeboten.

Im Jahre 1867 wurden J. Zielonacki's Bemühungen um die Polonisierung des Unterrichtes des Römischen Rechtes insofern gekrönt⁴⁸, als es nun anhand der Allerhöchsten Entschliebung des Kaisers vom 25. und 26.02.1867⁴⁹ zur Etablierung eines vollwertigen polnischen Lehrstuhles des Römischen Rechtes an der Universität Lemberg kam, wobei schon in der Allerhöchsten Entschliebung vom Kaiser vordefiniert wurde, dass es sich dabei um einen Lehrstuhl handeln sollte, der von J. Zielonacki besetzt werden sollte⁵⁰. Dazu kommt auch die Erlaubnis, die staatliche Prüfung im Römischen Recht auch in polnischer Sprache abzulegen, denn bis dahin blieb eine an sich paradoxe Regelung in Kraft, wonach man auf Polnisch Römisches Recht, wenn auch nur partiell, unterrichten durfte, aber geprüft werden konnte das Fach weiterhin nur auf Deutsch.

Wenn man sich vor Augen führt, dass in dieser Zeit der ganze „übrige“ Lehrbetrieb an der Juristischen Fakultät der Lemberger Universität sich weiter nur auf Deutsch abspielte, so wird man es nicht als J. Zielonacki's persönliches Verdienst⁵¹, sondern mehr als eine besondere Rolle des Faches *Römisches Recht* als einer wahrhaften Vorreiterin in den Bestrebungen um eine weitgehende Polonisierung des Unterrichtes an der Juristischen Fakultät der Lemberger Universität ansehen.

Der Vollständigkeit halber sei hierbei noch darauf hinzuweisen, dass der vollständige Übergang zum polnischsprachigen Unterricht in den anderen juristischen Fächern an der Universität Lemberg sich nun erst im Jahre 1871 vollzog⁵².

⁴⁴ Ministerial-Reskript vom 15.04.1863 (I.3.876), Angaben dazu nach: FINKEL – STARZYŃSKI aaO. [Część II] 9 Fn. 2.

⁴⁵ Ibid. [Część II] 9.

⁴⁶ Ministerial-Reskript vom 24.07.1866 (I. 5.598) wobei zu beachten ist, dass das Reskript der Statthalterei vom 04.08.1866 dasselbe aussagt. (I. 7.059), Angaben dazu nach: Ibid. [Część II] 10 Fn. 1.

⁴⁷ Ibid. [Część II] 10.

⁴⁸ REDZIK aaO. 71.

⁴⁹ Reskript des Staatsministers vom 09.03.1867 sowie Reskript der Statthalterei vom 15.03.1867 (I. 2.741), Angaben dazu nach: FINKEL – STARZYŃSKI aaO. [Część II] 15 Fn. 2.

⁵⁰ Ibid. [Część II] 15.

⁵¹ Ibid. [Część II] 10.; KODRĘBSKI aaO. 232–233.; SONDEL aaO. 103; REDZIK aaO. 70–71.

⁵² Die rechtliche Grundlage dafür stellte in diesem Fall die Allerhöchsten Entschliebung des Kaisers vom 04.07. 1871, vgl. FINKEL-STARZYŃSKI aaO. [Część II] 3.

5. Abschließende Betrachtung

Mit dem bisherigen sollte ein wenig bekanntes Kapitel der österreichischen Wissenschaftsgeschichte des 19. Jahrhunderts ans Licht gebracht und zugleich ein wenn auch nur *punktuel* Beitrag zur Geschichte des römischrechtlichen Unterrichts aus einer allgemeinen Perspektive geleistet werden.

Zwei weitere Aspekte sollen hier noch genannt werden: Zum einen, dass die geschilderten historischen Ereignisse um die endgültige Durchsetzung eines universitären Unterrichtes des Römischen Rechts in polnischer Sprache im Kronland Galizien in den 1860er Jahren im Grunde genommen den Anfang der modernen polnischen Didaktik des Römischen Rechts markierten (wie auch die Entstehung erster systematischen Studien bzw. Lehrbücher zum Römischen Recht in polnischer Sprache⁵³). Zum anderen verdient hervorgehoben zu werden, dass die universitäre Sprachenpolitik ein signifikantes Beispiel für die Bestrebungen der Polen dieser Zeit darstellt, ihre nationale und kulturelle Identität innerhalb der damaligen k.u.k. Monarchie zu wahren, was als solches einen interessanten, aber zugleich wenig wissenschaftlich durchdrungenen Aspekt der *allgemeinen Geschichte* der k.u.k. Monarchie ausmacht.

⁵³ So erschien in dieser Zeit, d.h. genau im Jahre 1862 in Lemberg in erster Auflage das zweibändige Werk von Jozefat ZIELONACKI *Pandekta czyli wyklad prawa prywatnego rzymskiego, o ile ono jest podstawą prawodawstw nowszych* [Die Pandekten oder eine Auslegung des römischen Privatrechtes, soweit es Grundlage der neueren Gesetzgebungen-ist], das unbestritten das erste vollständige Lehrbuch des Römischen Privatrechts in polnischer Sprache darstellte, vgl. dazu: SONDEL aaO. 103.; BODURA (2020) aaO. 281, 283.

QUOD CUM MINORE GESTUM ESSE DICETUR,
ANIMADVERTAM

*Bemerkungen zu den minores, denen im Rahmen der lex Laetoria
Schutz gewährt wird*

János ERDŐDY

Univ. Dozent, Katholische Universität Pázmány Péter

Alle Juristen, die sich zumindest kurz mit dem römischen Recht beschäftigt haben, kennen wohl die sogenannt Lex Laetoria.¹ Dieses Gesetz handelt vom Schutz der

¹ Die Sekundärliteratur bezüglich der *lex Laetoria* ist umfangreich. Die als Kernstück dienenden Werke sind vor allem die folgenden: Settimio DI SALVO: *Lex Laetoria. Minore età e crisi sociale tra il III e il II a. C.* Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Camerino. Napoli, Jovene Editore, 1979. XVI, 340 S.; Andreas WACKE: Zum Rechtsschutz Minderjähriger Gegen Geschäftliche Übervorteilungen. *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 48 (1980), 203–225.; Hans-Georg KNOTHE: *Die Geschäftsfähigkeit der Minderjährigen in geschichtlicher Entwicklung.* Frankfurt – Bern, Peter Lang Verlag, 1983. 53–68.; Francesco MUSUMECI: L'interpretazione dell'editto sui minori di 25 anni secondo Orfilio e Labeone. In: Silvio ROMANO (hrsg.): *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Professor Filippo Gallo.* II. Napoli, Jovene Editore, 1997 39–58.; Francesco MUSUMECI: *Protezione pretoria dei minori di 25 anni e ius controversum in età imperiale.* Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, Università di Catania. Torino, Giappichelli, 2013. XI, 262 S.; Elisabeth Christine ROBRA: *Die Drittwirkung der Minderjährigenrestitution im klassischen römischen Recht.* Berlin, Duncker & Humblot, 2014. 204 S. Weitere zusätzliche Werke, die sich mit diesem Thema zum Teil beschäftigen: Friedrich Karl von SAVIGNY: Schutz der Minderjährigen und Lex Laetoria 1831. *Vermischte Schriften*, (1850) 321–395.; Félix SENN: *Leges perfectae minus quam perfectae et imperfectae.* A. Rousseau, 1902. 55–69.; William Warwick BUCKLAND: *A text-book of Roman law from Augustus to Justinian.* Cambridge Univ. Press, 1921. 171.; Fritz SCHULZ: *Classical Roman law.* Oxford, Clarendon Press, 1951. 191.; Wolfgang KUNKEL: *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit.* Abhandlungen der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-Historische Klasse. München, Verl. d. Bayer. Akad. d. Wiss., 1962. 52–53.; Max KASER: *Das römische Privatrecht.* Bd. 1. Handbuch der Altertumswissenschaft. München, C. H. Beck, 1971. 2. Aufl., 276–277.; Max KASER: Über Verbotsgesetze und verbotswidrige Geschäfte im römischen Recht. Österreichische Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-Historische Klasse. Wien, Verl. d.

minores, d.h. derjenigen Personen, die schon als Erwachsene betrachtet werden, aber das Alter von 25 Jahren noch nicht vollendet haben. Der oben erwähnte Schutz besteht darin, dass der *praetor* gegen diejenigen, die einen *minor* übervorteilt hatten, eine Bußklage zur Verfügung stellte. Für den Fall, dass der *minor* als Beklagter in einem Zivilverfahren beteiligt war, wurde ihm die Möglichkeit gewährt, um eine *exceptio* anzusuchen. Bemerkte er nach Erfüllung einer Vertragsobligation, dass er von der anderen Partei übervorteilt worden war, konnte er beim *praetor* eine *in integrum restitutio* beantragen. Auf den ersten Blick scheint es sich bei diesen Rechtshilfen als gleichzeitig bestehende, parallele und miteinander zu vereinbarende Möglichkeiten zu handeln.² Diese Auffassung wird von bedeutenden Autoren der Romanistik unterstützt.

Dennoch lohnt es sich zunächst zu präzisieren, dass die Bußklage und die weiteren Rechtshilfen zwei verschiedene Stufen der Rechtsentwicklung angehören. Zuerst erschien die von der *lex Laetoria* selbst zugesicherte Bußklage, die *actio poenalis*, die auf Grund des Betruges zur Verfügung stand.

Die differenzierten und immer auf Tatsachenverhältnissen beruhenden Maßnahmen der *exceptio doli* und der *in integrum restitutio* wurden erst durch das prätorische Edikt eingeführt.

1. Die *lex Laetoria*

In Bezug auf diese *lex* stehen leider nur wenige, und ziemlich lakonische primäre Quellentexte zur Verfügung. Auch ist der Name dieses Gesetzes in den nur eingeschränkt vorhandenen Quellen uneinheitlich ausgewiesen. Im Text der *Tabula Heracleensis*, ebenso bekannt als *lex Iulia municipalis*, sowie in zwei Cicero-Stellen kommt die Wendung *lex Laetoria*³ vor, während in BGU II 378, BGU II 611 und im *Codex Theodosianus*⁴ die Benennung *lex Laetoria* benutzt wird.

1.1. Die Regelung im Allgemeinen

Wendet man sich nach diesen allgemeinen, das Thema einführende Bemerkungen, der Sekundärliteratur zu, so ergibt sich folgender Befund. Das als *lex Laetoria* oder *Plaetoria* bekannte Gesetz hat eine neue Altersgrenze eingeführt und konnte so all jene schützen, die das Alter von 25 Jahren noch nicht erreicht hatten. Dieser Schutz wurde gegen die Übervorteilung der sogenannten *minores* in Form von einer populären Bußklage gegeben. Von dieser gesetzlichen Regelung unterscheidet

Österr. Akad. d. Wiss., 1977. 39–42.; Bernardo ALBANESE: *Le persone nel diritto privato romano*. Palermo, Tipografia Montaina, 1979. 514–528.; Cesare SANFILIPPO: *Istituzioni di diritto romano*. Rubbettino Editore, 2002. 10^a edizione, 60.

² S. vor allem BUCKLAND (1921) op. cit. 171.; KASER (1971) op. cit. 239.; Heinrich HONSELL: *Römisches Recht*. Berlin–Heidelberg, Springer Verlag, 2010. 7. Aufl. 31.; Max KASER – Rolf KNÜTEL: *Römisches Privatrecht*. Kurzlehrbücher für das Juristische Studium. München, C. H. Beck, 2014. 20. Aufl. 98.

³ Vgl. FIRA I, 112; Cic. de off. 3, (15), 61; Cic. nat. 3, (30), 74.

⁴ Vgl. C. Th. 8, 12, 2.

die Sekundärliteratur die prätorische Entwicklung eindeutig und kategorisch. Der Verweis auf das prätorische Edikt legt den Nachdruck vor allem auf die den *minores* gegebenenfalls gewährte Einrede und die *in integrum restitutio*.⁵ Wenn man jedoch die entsprechenden Digestenstellen näher untersucht, wird sofort sichtbar, dass die Juristen sich auch mit dem Bewusstseinszustand der *minores* auseinander gesetzt haben.

1.2. Der Inhalt der ursprünglichen gesetzlichen Regelung

Sucht man in der Sekundärliteratur nach Hinweisen auf den Inhalt der *lex Laetoria*, findet man nur wenige Quellen, die diesbezüglich nutzbar gemacht werden können. Wendet man sich den *auctores* zu, so sind zwei Stellen bei Cicero zu erwähnen, in denen der Rhetor Bestimmungen des Gesetzes erwähnt.

Cic. de off. 3, (15), 61

„Quod si Aquiliana definitio vera est, ex omni vita simulatio dissimulatioque tollenda est. Ita nec ut emat melius nec ut vendat quicquam simulabit aut dissimulabit vir bonus. Atque iste dolus malus et legibus erat vindicatus, ut tutela duodecim tabulis, circumscriptio adulescentium lege Plaetoria [...]“

Cic. nat. 3, (30), 74

„Sed exeamus e theatro, veniamus in forum! Sessum ite, precor! Quid ut iudicetur? Qui tabularium incenderit. Quod facinus occultius: at se Q. Sosius, splendidus eques Romanus, ex agro Piceno, fecisse confessus est. Qui transcripserit tabulas publicas; id quoque L. Alenus fecit, cum chirographum sex primorum imitatus est; quid hoc homine sollertius? Cognosce alias quaestiones, auri Tolossani, coniurationis Iugurthinae; repete superiora: Tubuli de pecunia capta ob rem iudicandam; posteriora: de incestu rogatione Peducaea; tum haec cotidiana: sicae, venena, peculatus, testamentorum etiam lege nova quaestiones. Inde illa actio ‚ope consilioque tuo furtum aio factum esse‘; inde tot iudicia de fide mala, tutelae mandati, pro socio, fiduciae, reliqua, quae ex empto aut vendito aut conducto aut locato contra fidem fiunt, inde iudicium publicum rei privatae lege Plaetoria inde iudicium publicum rei privatae lege Plaetoria [...]“

⁵ Vgl. z. B. KASER (1971) op. cit. 239.; Alberto BURDESE: *Manuale di diritto privato romano*. Torino, UTET, 1995. 4. ed. 142.; HONSELL (2010) op. cit. Aufl. p. 31.; KASER – KNÜTEL (2014) op. cit. 98.;

In „*De officiis*“ schreibt Cicero allgemein über die Wichtigkeit dessen, dass alle Täuschungen und Verstellungen aus dem Leben der Allgemeinheit entfernt werden sollten. In diesem Text wird die *lex Laetoria* als ein offensichtliches Beispiel der gesetzlichen Bestrafungen solcher Handlungen erwähnt. Der Bericht des Cicero ist aber auch aus terminologischer Perspektive von Bedeutung: der Autor verwendet den Ausdruck *circumscriptio*, was Übervorteilung bedeutet. In diesem Sinne kann festgehalten werden, dass Cicero durch den Terminus auf die Unsicherheit, Unwissen und Unaufmerksamkeit eines *minor* Bezug nimmt. Diese Eigenschaften des *minor* können von einem Geschäftspartner ausgenutzt werden, wodurch der *minor* einen Schaden erleiden könnte. Im Ausschnitt von *De natura deorum*, d. h. „vom Wesen (oder eher von der Natur) der Götter“ beschreibt Cicero die Arbeit des Prätors, die er im Rahmen seiner *iurisdictio*-Tätigkeit entfaltet. In diesem Zusammenhang erwähnt der *auctor* die *lex Laetoria* im Rahmen der Aufzählung der alltägigen Aufgaben eines Gerichtsmagistraten. Das Gesetz wird neben Taten wie Meuchelmord, Giftmord, Testamentsanfechtung, Veruntreuung und zahlreiche andere Fällen gestellt. Was seine Bedeutung betrifft, wird die *lex Laetoria* dabei auf eine besondere – nicht sehr hohe Stufe – gestellt. Im Hinblick auf den Inhalt des Gesetzes finden sich keine Hinweise. Bezüglich der juristischen Quellen gilt es vor allem die *Tabula Heracleensis* und eine Passage aus dem Codex Theodosianus in Betracht zu ziehen.

Tabula Heracleensis = lex Iulia municipalis (FIRA I, 112)

„[...] *queive lege Plaetoria ob eamve rem, quod adversus eam legem fecit fecerit, condemnatus est erit [...]*“

C. Th. 8, 12, 2 (Imp. Const. Aconio Catullino proconsuli Africae)

Si quis in emancipatum minorem, priusquam fari possit aut habere rei quae sibi donatur affectum, italicum sive stipendiarium fundum crediderit conferendum, omne ius compleat instrumentis ante praemissis et inductione corporaliter impleta. Quod propter adtestationem fidei per eum servum, quem idoneum esse constiterit, transigi placuit, qui eo usque in statu suo permanebit, donec is, cuius facultatibus cesserit, annos Laetoriae legis egressus legitimam compleverit aetatem, quo tunc demum, si eius integritas ac fides fuerit comprobata, si ita sederit possidentibus, libertatis praemium consequatur. Dat. XII kal. Mai. Serdicae Sabino et Rufino cons.

Die sogenannte *lex Iulia municipalis*, die in der *Tabula Heracleensis* weiter wirkte, ist ein Gesetz aus der Zeit Caesars, das nach dessen Tod vermutlich von Marcus

Antonius veröffentlicht wurde.⁶ Das Gesetz berührt verschiedene Themen; die *lex Laetoria* kommt in demjenigen Teil vor, der sich mit den Regeln zur Ausschließung gewisser Beamten beschäftigt. Der Text enthält bloß einen Hinweis auf die *lex*, über ihren konkreten Inhalt erfahren wir aus dem kaiserlichen Gesetz nichts.

Die theodosianische Verordnung beschäftigt sich mit der Frage der Schenkung eines *fundus italicus* oder *stipendiarius* an einen *minor*. Laut des kaiserlichen Dekrets, ist die Mitwirkung eines vertrauenswürdigen Sklaven während der Eigentumsübergabe unerlässlich; dieser Sklave behält seinen *status* solange, bis der *minor* das in der *lex Laetoria* vorgesehene Alter von 25 Jahren erreicht. Bemerkenswert ist in Zusammenhang mit dieser Stelle, dass der kaiserliche Erlass betont, der *minor* sollte *legitimam aetatem* erreichen.⁷ Diese Wendung kann als Beleg dafür angesehen werden, dass das 25. Lebensjahr in der Kaiserzeit als Grenze der Mündigkeit betrachtet wurde. Im Gegensatz dazu hebt die Sekundärliteratur hervor, dass *minores* schon als volljährige Personen betrachtet wurden.⁸

2. Das prätorische Edikt

Die Regeln des prätorischen Edikts werden im vierten Buch der Digesten überliefert, unter dem Titel „*De minoribus viginti quinque annis*“, d. h. über diejenigen, die jünger als 25 Jahren sind. Zu Beginn, im ersten Paragraphen des ersten Fragments, steht eine Stelle, die den vermutlichen Text des Edikts zitiert.

Ulp. D. 4, 4, 1 pr. (11 ad ed.)

Praetor edicit: „Quod cum minore quam viginti quinque annis natu gestum esse dicetur, uti quaeque res erit, animadvertam“.

Im Sinne der vorliegenden Stelle hält der Prätor fest, dass er für den Fall, dass ein Rechtsgeschäft mit einer Person, die jünger als 25 Jahre war, je nach den Umständen des konkreten Falles eingreifen würde. Das Ergebnis dieses prätorischen Bemühungen wird im Haupttext (*principium*) des Fragments mitgeteilt.

⁶ Vgl. Anton von PREMIERSTEIN: Die Tafel von Heraclea und die Acta Caesaris. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, XLIII (1922). 45–152.; Adalberto GIOVANNI: Die Tabula Heracleensis. Neue Interpretationen und Perspektiven. *Chiron. Mitteilungen der Kommission für Alte Geschichte und Epigraphik des Deutschen Archäologischen Instituts*, XXXVIII (2008). 47–61.

⁷ In diesem Zusammenhang verweist Knothe darauf, dass die Redensart *legitima aetas* hier eben deswegen benutzt wurde, da diese Altersgrenze von einem Gesetz eingeführt wurde. S. KNOTHE (1983) op. cit. 54–55.

⁸ Vgl. hauptsächlich KASER (1971) op. cit. 369.; auch KNOTHE (1983) op. cit. 54., der betont, dass durch diese Regelung eine neue Altersgrenze eingeführt wurde. In ähnlichem Sinne vgl. auch WACKE (1980) op. cit. 204. In dieser Hinsicht ist es höchst bemerkenswert, dass die deutsche Terminologie für *minores* den Ausdruck „Minderjähriger“ benutzt, der wortwörtlich eine Person bezeichnet, die die Altersgrenze der Mündigkeit noch nicht vollendet hat. Vgl. dazu KNOTHE (1983) op. cit. *passim*; ROBBA (2014) op. cit. *passim*.

Ulp. D. 4, 4, 1 pr. (11 ad ed.)

Hoc edictum praetor naturalem aequitatem secutus proposuit, quo tutelam minorum suscepit. Nam cum inter omnes constet fragile esse et infirmum huiusmodi aetatium consilium et multis captionibus suppositum, multorum insidiis expositum: auxilium eis praetor hoc edicto pollicitus est et adversus captiones opitulationem.

Der Text belegt, dass der Prätor durch die Regelungen des Edikts den Schutz der *minores* verwirklicht hat. Höchst interessant ist dabei, dass im Zentrum des ersten Satzes die *naturalis aequitas* als Motivation und Triebkraft der prätorischen Rechtshilfe erwähnt wird. Auf der anderen Seite gilt es auch der gleichfalls im ersten Satz verwendeten Wendung *tutela minorum* Aufmerksamkeit zuzuwenden.

2.1. *Naturalis aequitas* als Triebkraft des Edikts

Der Ausdruck *naturalis aequitas* könnte für einen komplizierten, eben kniffligen Terminus gehalten werden. Die alte Übersetzung des *Corpus Iuris Civilis*⁹ übersetzt mit „natürlicher Billigkeit“; die von Behrends – Knütel – Kupisch – Seiler ausgearbeitete neue *Digestenübersetzung* benutzt hingegen die Wendung „natürliche Gerechtigkeit“. Im Hinblick auf die Auslegung des Begriffes der *naturalis aequitas* müssen zunächst vorwiegend und akzentuiert die Auffassungen von Wolfgang Waldstein in Betracht gezogen werden.¹⁰ In seinen Werken kommt Waldstein zu dem Ergebnis, dass der Ausdruck „*aequitas*“ in zahlreichen Stellen als Verweis auf die Gerechtigkeit oder ein Äquivalent der Gerechtigkeit angesehen werden kann.¹¹

2.2. *Tutela minorum*?

Der Verweis auf *tutela minorum* in dem *principium* der oben analysierten *Digestenstelle* schneidet eine interessante Fragestellung bezüglich des Unterschiedes zwischen *tutela* und *cura* an. Max Kaser war der Ansicht dass, diese zwei Institute parallel nebeneinander entstanden sind: beide Institute werden vornehmlich als

⁹ Vgl. Karl E. OTTO (hrsg.): *Das Corpus Iuris Civilis. Bd. I. Des Kaisers Iustinian Institutionen.* Leipzig, Focke, 1830. 451.

¹⁰ S. vorwiegend Wolfgang WALDSTEIN: *Ius naturale im nachklassischen Recht und bei Justinian. Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, CXI (1994). 18.; Wolfgang WALDSTEIN: «Ius naturale» nel diritto romano postclassico e in Giustiniano. In: Umberto VINCENTI (hrsg.): *Saggi sul diritto non scritto.* Padova, CEDAM, 2002. 65. Neuerlich vgl. Anna RADVÁNYI: *Natürlicherweise – Naturgemäss – Naturrecht. Pázmány Law Review*, VI (2018). 77.

¹¹ In dieser Hinsicht ist es ausreichend das maßgebende Werk von Wolfgang Waldstein zu erwähnen, in dem der Autor den Gerechtigkeitsbegriff der Römer neben den Begriffen der *rerum natura*, *ius naturale* und *fides* einer tiefgehenden Untersuchung unterzogen hat. Vgl. detailliert Wolfgang WALDSTEIN: *Entscheidungsgrundlagen der klassischen römischen Juristen.* In: Hildegard TEMPORINI – Wolfgang HAASE (hrsg.): *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt.* II, 15. Berlin – New York, 1976. 92., mit Bemerkungen und Quellenbezeichnungen in den Fußnoten.

Pflichtverhältnis verstanden, wobei sie ihren privatrechtlichen Charakter beibehalten haben.¹²

Die Hauptfrage ergibt sich aus der Tatsache, dass die *tutela impuberes* und die *cura minorum* in grundsätzlichen Gegensatz zu einander stehen. Das Kernstück dieses Gegensatzes liegt in der Tatsache, dass die *tutela impuberes* unmündigen Personen Schutz zusichert, während *cura minorum* junge Erwachsenen schützt. Nach der Auffassung Kasers, bestand die *cura minorum* sowohl gegenüber männlichen als auch gegenüber weiblichen Erwachsenen unter 25 Jahren. Diese Institution wurde vom Prätor, im Rahmen des von der *lex Laetoria* ausgestalteten Schutzes genannt, gleichzeitig wurde aber auch der Vorschlag des *minor* in Betracht gezogen.¹³ Ursprünglich wurden die Kuratoren für einzelne konkret bezeichnete Zwecke ernannt; erst eine Innovation des Kaiser Marcus Aurelius veränderte die Ausgestaltung des Kurators und ermöglichte eine Kuratorenbestellung für eine allgemeine Geschäftsführung. Iulius Capitolinus, der Autor der Marcus Aurelius-Biographie in der *Historia Augusta*, berichtet über den wesentlichen Inhalt der Abänderung der Regelungen zur Kuratorenbestellung.

Marcus Antonius Philosophus 10, 12

De curatoribus vero, cum ante non nisi ex lege Plaetoria vel propter lasciviam vel propter dementia daretur, ita statuit ut omnes adulti curatores acciperent non redditis causis.

In diesem Text, beschreibt der Biograph die kaiserlichen Regelungen hinsichtlich der Kuratoren. Früher wurden Kuratoren im Einklang mit den Regeln der *lex Plaetoria* wegen Verschwendung, oder im Falle von Geisteskrankheit bestellt. Gemäß der kaiserlichen Entscheidung ist es nunmehr möglich einen Kurator ohne die Nennung eines Rechtsgrundes zu bestellen. Trotz der wichtigen Informationen, die das vorliegende Exzerpt beinhaltet, muss der Text jedoch kritisch angesehen werden: der Verweis auf *curator ex lege Plaetoria* kann ebenso eine solche Vereinfachung sein, wie es der Fall ist in Bezug auf *exceptio legis Laetoriae* oder *Plaetoriae*. In diesem letzteren Fall ist es offensichtlich, dass der Ausdruck *exceptio legis (P) Laetoriae* einen groben Anachronismus widerspiegelt, denn die *exceptio* wurde erst vom prätorischen Edikt eingeführt. Hier scheint etwas Ähnliches vorzuliegen: Pflegschaft erschien aller Wahrscheinlichkeit nach erst im prätorischen Edikt. Ein Hinweis auf Pflegschaft kommt in der *lex* selbst nicht vor. Im Schrifttum wird die Frage, ob bereits die *lex Laetoria* einen Hinweis auf die *cura minorum* enthalten hat oder ob diese erst durch das prätorische Edikt eingeführt wurde, kontrovers

¹² Vgl. KASER (1971) op. cit. 352.

¹³ Vgl. Max KASER: *Das römische Privatrecht. Bd. 2: Die nachklassischen Entwicklungen*. Handbuch für Altertumswissenschaft. 10. Abteilung, Rechtsgeschichte des Altertums. München, C.H. Beck, 1975. 2. Aufl. 369–370.

beurteilt.¹⁴ Ungeachtet aller Vorbehalte handelt es sich bei dem vorliegenden Text um ein wichtiges Zeugnis. Die Capitolinus-Schrift berichtet über die Entstehung der *cura minorum* zum Zweck einer ständigen Beaufsichtigung.¹⁵

In Bezug auf die *tutela minorum* muss man zunächst das Wort „*tutela*“ eingehender untersuchen. Seine Bedeutung ändert sich je nachdem, ob die Klassiker diesen Terminus als ein Fachwort, d. h. einen *terminus technicus* oder nur in Alltagsbedeutung benutzt haben; Fragt man woher die Ambiguität des Ausdruckes stammt, so mag der Verweis darauf genügen, dass „*tutela*“ ganz allgemein „Schutz“ bedeuten und gleichzeitig auch als Fachausdruck für „Vormundschaft“ verwendet werden kann. Obwohl man davon ausgehen könnte, dass die Wendung in einem juristischen Fachtext in technischem Sinne benutzt wird, so ist doch festzuhalten, dass die Formulierung im *principium* des Digestentitels auf einen blossen Schutz der *minores* und nicht auf Vormundschaft im technischen Sinne abstellt.

2.3. Differenzierung der Subjekte des Edikts

Ein weiterer Text des gegenwärtigen Titels hebt jedoch hervor, dass nicht alle *minores* durch dieses Edikt geschützt werden.

Ulp. D. 4, 4, 44 (5 opin.)

Non omnia, quae minores annis viginti quinque gerunt, irrita sunt, sed ea tantum, quae causa cognita eiusmodi deprehensa sunt, vel ab aliis circumventi vel sua facilitate decepti aut quod habuerunt amiserunt, aut quod acquirere emolumentum potuerunt omiserint, aut se oneri quod non suscipere licuit obligaverunt.

Dieses *responsum* Ulpianus akzentuiert die Voraussetzungen des Schutzes der *minores* durch das Edikt. Entscheidend ist dabei einerseits die Haltung die durch den Terminus *circumventi* zum Ausdruck gebracht wird; andererseits verweist der Jurist durch die Wendung *sua facilitate decepti* auf jene *minores*, die aufgrund ihrer Leichtsinngigkeit betrogen wurden. Die Formulierung *facilitas* bedeutet vorwiegend Leichtgläubigkeit, aber ebenso Anmut und Liebenswürdigkeit.¹⁶ Das Bedeutungsfeld des Wortes verweist auf eine gutgelaunte und gutgläubige Person, die folglich nicht in der Lage ist den potentiellen Betrug zu erkennen. Das Wort *circumventio*, mit dem

¹⁴ Dazu vgl. KNOTHE (1983) op. cit. 69–70.

¹⁵ S. KASER (1971) op. cit. 370.

¹⁶ Vgl. MUSUMECI (2013) op. cit. 66., der diese *facilitas* im Allgemeinen auf Unerfahrenheit der *minores* zurückführt. Dazu Peter G. W. GLARE (hrsg): *Oxford Latin Dictionary*. Oxford, Clarendon Press, 1968. s. h. v.; Egidio FORCELLINI – Jacopo FACCIOLATI: *Totius Latinitatis lexicon*. Schneeburgae, Schumann, 1945. s. h. v.

die Übervorteilung bezeichnet wird, ist ein Sammelbegriff, dem in der prätorischen Praxis weitere konkrete Einzelfallbeschreibungen unterstehen.¹⁷

Der Unterschied zwischen diesen zwei Hauptfällen liegt in der Tatsache, ob der Betrug das Ergebnis der Handlung eines Anderen, oder einer durch den *minor* selbst vorgenommenen Handlung war. Neben Übervorteilung, erschien die Schädigung als wesentliches Tatbestandelement im prätorischen Edikt. Die konkreten Einzelfallbeispiele im oben erwähnten Text Ulpianus sind:

- a) der Verlust einer Sache, die von Vorherin dem *minor* gehört hatte, oder
- b) das Versäumnis eines mit Recht erwarteten Vorteils, oder
- c) das Übernehmen einer nicht notwendig übernehmenden Obligation.

3. Eine Bezugnahme auf die *lex Laetoria* in einem konkreten Rechtsfall

Ein berühmter Fall kommt in den Papyrusquellen des römischen Rechts vor; das Papyrus gehört zu den Dokumenten des sogenannten Drusilla-Prozess.¹⁸

Der Prozess ist im Fayyum-Becken zu verorten, wo um das 2. Jahrhundert n. Chr. eine Tertia Drusilla lebte. Diese Frau war die Witwe eines gewissen Valerius Apollinarius, eines Soldaten in der Siedlung Καρανίς.

Valerius Apollinarius stand in enger gesellschaftlichen Verbindung mit Iulius Agrippianus, von dem er auch mehrere Darlehen aufgenommen hat. Als Deckung dieser Darlehen, verpfändete er ihm einige Liegenschaften. Apollinarius ist vermutlich in den Jahren von 129—135 n. Chr. Agrippianus im Jahre 139 n. Chr. gestorben. Nach dessen Tod forderte die Witwe des Apollinarius die Pfandgüter zurück. An die Stelle des Agrippianus was sein Sohn Agrippinus gerückt. Der Drusilla-Prozess umfasst die den Rechtsstreit betreffenden Papyrusdokumente und andere Schriftstücke, die in engem Zusammenhang mit der Angelegenheit des Hauptprozesses stehen.

Eines dieser Dokumente ist der Papyrus BGU II 378.

[- ca.20 - Καλ]πουρνιανῶι δ[ι]καιοδότηι
[παρὰ Γαίου Ἰουλίου Ἀγριππίνου σ]τρ[α]τιώτο[υ λεγεῶνος]

¹⁷ Dafür müssen die Einzelfälle in Betracht gezogen werden. Hinsichtlich des konkreten Erscheinens der *circumscriptio*, kommen die Ausdrücke *captus*, *deceptus*, *lapsus*, *circumventus* und *circumscriptus* in den primären Quellen vor. In dieser Hinsicht, für Quellenbeispiele vgl. z. B. Ulp. D. 4, 4, 1 pr. (11 ad ed.); Ulp. D. 4, 4, 3, 1 (11 ad ed.); Paul. D. 4, 4, 24, 4 (1 sent.); Iul. D. 4, 4, 41 (45 dig.). Detailliert S. MUSUMECI (2013) op. cit. 66–102.

¹⁸ Vgl. dazu vor allem Paul M. MEYER: Papyrus Cattaoui. I. The Text. *Archiv für Papyrusforschung*, III (1906). 55–67.; Paul M. MEYER: Papyrus Cattaoui. II. Kommentar. *Archiv für Papyrusforschung*, III (1906). 67–105.; Paul M. MEYER: Zum Drusilla-Prozess. *Archiv für Papyrusforschung*, III (1906). 247–248.; Erwin SEIDL: *Rechtsgeschichte Ägyptens als römischer Provinz*. Sankt Augustin, 1973. 62.; Herwin MAEHLER: Neues vom Prozess der Drusilla gegen Agrippinus. In: Detlef LIEBS – Joseph MODRZEJEWSKI (hrsg.): *Symposion 1977. Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte*. Köln, 1982. 325–333.

[β Τ]ραϊάνῃς Ἰσχυρᾶς (ἐκατονταρχείας) Πο]υβλικίου(*) Σευή[ρου .
]
 [- ca.28 -] . . [. .]υτης ν[- ca.11 -] . υ
 5 [οὐ̄ ἐπιδέ]δωκα τ[ῶ κ]ρ[ατί]στῳ [ῆ]γεμόνι βιβλειδίου(*) καὶ τῆς ὑπ'
 αὐτοῦ(*)
 [γενομένης [ὑπογρα]φῆς ἀν]τίγραφον ὑποτάξας δέομαι, εἴαν
 [σου τῆ] τ[ύχη] δόξη τ[ρὸς] τὸν [ἀ]ντίδικον Ἰ(*)ούλιον Σατορνίνον
 [ἀκοῦ]σαί μο[υ] . . ἀναπομπὴν καὶ [[τῆ]ν συν]]
 [. . .] μεν[- ca.12 -]ες . παρ' αὐτῶ οὕσαν. διε[υτύ]χ(ει)
 10 [- ca.11 -] . ε.
 Ἀ[ου]κίωι [Οὐα]ερίωι Πρόκ]λωι ἐπάρχωι Αἰγύπτου
 παρὰ Γαίου [Ἰ]ο]υλίωι Ἀγρ]ιπ[τίν]ου στρατιώτου λεγεῶνος β
 Τραϊ(*)ανῆς Ἰσχυρᾶς (ἐκατονταρχείας) Σουλπικίου Σευήρου.
 περιγραφεῖς, κ[ύ]ρ[ι]ε]
 πρ[ὸς] τῆς . [- ca.10 - Ἰου]λίωι Σατουρνείνου ἀνεψιοῦ μου
 15 ἐντυγχάνω σ[ο]ι [- ca.10 -] μὲν [κ]ληρονόμος [τ]οῦ π[ατρός]
 μου Ἰ(*)ουλίωι Ἀγριππινιαν[οῦ]. κακοπραγμόνως ὁ Σατορνείνω[ς]
 ἐπ[ο]ίησεν πρ[ὸς] με κατά[σ]τασ[ι]ν ἐπὶ Κλαυδίου [Ν]εοκτύδου
 γε[ν]ομένου δικαιοδότη, ἀπαιτῶν με ἦν ἔλεγεν δεδωκ[έν]αι
 τῶ πατρί μου παραθήκη, ἐπενέγκας μου χειρόγραφ[ο]ν [. .] . ν
 20 χρ[υ]σίωι μναῖ(*)αίω[ν] ὀκτώ , [ὄ]πὲρ ἀνάγκασέν(*) με γράψαι βία
 ἄκον-
 τα, τυγχάνω γὰρ γεγραφὼς [τ]οῦτο ἔτι ἐντὸς ὧν τοῦ Λαιτωρίου νό-
 μου, ἔτι δὲ καὶ ἐξισχύσας [μ]εταξὺ ἐκ παραλογισμοῦ ἐπ[ι]στολῆν [τοῦ]
 κρατίστου δικαι[ο]δότη Κάλπουρνιανοῦ τῷ τοῦ Ἀρσινο[ί]του στρα-
 τηγῶ, ὅπως ἐν[β]ιβασθῆ [εἰς] τὰ ὑ[π]άρχον[τ]ά μοι, ὄν[τ]α ἐν συ[ν]τι-
 25 μήσει τα[λ]ά[ν]των δέκα καὶ πρὸς, χάριν [τ]ῶν προκειμ[έν]ων τ[ο]ῦ
 χρ[υ]σίωι [μ]ναῖαίω[ν] ὀκτώ , διαπεμψά[μ]ενος ὁ Σατορνείνω[ς]
 τὴν ἐπ[ι]στολῆν διὰ δύο στρατιωτῶν [τοῦ κρατίστου δικαι[ο]δότη].
 (ἔτους) ι Φαρμουῦθι β[. .].

Kritischer Apparat

^ 3. cf. BL 6.11: [Σο]υπλικίου (1. [Σο]υπλικίου) prev. ed.; ^ 5. 1. βιβλιδίου; ^ 5. 1. αὐτο<ῦ>; ^ 7. ἰουλιον papyrus; ^ 13. τραϊανη[σ] papyrus; ^ 16. ἰουλιου papyrus; ^ 20. μναῖαίω[ν] papyrus; ^ 20. 1. ἠνάγκασέν.

Das vorliegende Dokument enthält eine Eingabe von Iulius Agrippinus an den Calpurnianus *iuridicus* (δικαιοδότης) gegen einen Mann namens Iulius Saturninus. In der Anlage (von der Reihe 11; dazu vgl. auch das Wort ἀντίγραφον in Reihe 6) dies Papyrus findet sich eine Kopie einer weiteren Eingabe an den Präfekten Lucius Valerius Proculus. Der Petent beschwert sich wegen der Vollstreckung eines Darlehnsverfahrens, da die Schuldenurkunde, ein einseitiges Rechtsgeschäft

(vgl. χειρόγραφον in Reihe 19) von ihm von Saturninus, der sein Cousin (Reihe 14: ἀνεψιός) war, erpresst wurde (dazu Reihe 20: βία und a. a. O. ἀναγκάζω). Zu dieser Zeit war Agrippinus noch ein *minor* und fiel unter den Schutz der *lex Laetoria* (vgl. Reihe 21: τυγχάνω γὰρ γεγραφώς τοῦτο ἔτι ἐντὸς ὧν τοῦ Λαιτωρίου νόμου). Aber Saturninus hat den Landesverweser von Arsinoetis (Καλπουρνιανοῦ τῷ τοῦ Ἀρσινοΐτου στρατηγῷ) betrügerisch (ἐκ παραλογισμοῦ) zu einer Einweisung (ἐνβιβασθῆ) in das Vermögen des Agrippinus (εἰς τὰ ὑπάρχοντά μοι) bewogen.

4. Zusammenfassung

Die Regelungen der *lex Laetoria* oder *Plaetoria* führten eine neue Altersgrenze für die *minores* ein, d. h. denjenigen Personen, die das Alter von 25 Jahren noch nicht vollendet haben. Im Sinne des Gesetzes stand eine Bußklage als *actio popularis* gegen all jene Personen zur Verfügung, die einen *minor* übervorteilt haben. Die prätorischen Rechtsentwicklung führte neben diesem Schutzmittel weitere Maßnahmen ein. Der Prätor gewährte für die Fälle eines *minor captus* oder *circumventus* eine *exceptio* bzw. eine *in integrum restitutio*.

“CASUS MEDIUS” IN ROMAN LAW?

*Problems of the limits of “custodia”-liability**

Iván SIKLÓSI**

Associate Professor, Eötvös Loránd University

I. Introduction

a) It is well-known that the responsibility for *custodia*¹, which is mostly (but even

* The term “casus medius” used in my book treating the *custodia*–liability published in 2009 had been based upon the idea of Professor András FÖLDI for describing events which do not belong to either lesser accidents or “acts of God”. I would like to thank here Professor Földi for his genuine idea. It also deserves a special mention here that I have discovered the complicated problem of “casus medius”, first and foremost, on the basis of the research of Professor Földi who devoted numerous works to the topic of the responsibility including *custodia*–liability.

* Dr. hab. Iván SIKLÓSI, PhD, associate professor, ELTE Eötvös Loránd University, Budapest, Hungary, Faculty of Law, Department of Roman Law and Comparative Legal History. E–mail: ivan.siklosi@ajk.elte.hu

¹ The literature on the *custodia*–liability is virtually boundless today. Famous scholars devoted autonomous monographies to this topic (see Jean PARIS: *Responsabilité de la « custodia » en droit romain*. Paris, Sirey, 1926.; Giuseppe Ignazio LUZZATTO: *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale I. La responsabilità per ‘custodia’*. Milano, Giuffrè, 1938.; Antonino METRO: *L’obbligazione di ‘custodire’ nel diritto romano*. Milano, Giuffrè, 1966.; René ROBAYE: *L’obligation de garde. Essai sur la responsabilité contractuelle en droit romain*. Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987.; recently Martín SERRANO-VICENTE: ‘*Custodiam praestare.*’ *La prestación de ‘custodia’ en el derecho romano*. Madrid, Tébar, 2006.). – In addition, numerous studies were dedicated to the topic of *custodia* (see e.g. Jan VÁŽNÝ: ‘Custodia’. *AUPA* 12 [1929], 101–159.; Paul KRÜCKMANN: ‘Custodia’, *SZ* 64 [1944], 1–56.; Geoffrey MACCORMACK: ‘Custodia’ and ‘culpa’. *SZ* 89 [1972], 149–219.; IDEM: ‘Dolus’, ‘culpa’, ‘custodia’, and ‘diligentia’: Criteria of liability or content of obligation. *Index* 22 [1994], 189–209.; Govaert Carolus Joannes Joseph VAN DEN BERGH: ‘Custodiam praestare’: ‘custodia’–liability or liability for failing ‘custodia’?. *TR* 43 [1975], 59–72.; Alejandro GUZMÁN BRITO: La responsabilidad objetiva por ‘custodia’ en el derecho romano y en el derecho moderno, con una referencia especial a la regla ‘periculum est emptoris’. *Revista Chilena de Derecho* 24 [1997], 179–199.; for the questions on *actio furti* of the *custodiens* see e.g. Fritz SCHULZ: Die Aktivlegitimation zur „actio furti“ im klassischen römischen Recht. *SZ* 32 [1911], 23–99.; Joachim ROSENTHAL: „Custodia“ und Aktivlegitimation zur

in the modern literature not exclusively²⁾ considered as an “objective contractual

„actio furti“. SZ 68 [1951], 217–265.; Max KASER: Die „actio furti“ des Verkäufers. SZ 96 [1979], 89–128.; Hans ANKUM: Justinien C.6.2.22.pr. – 3a de 530 après J.–C., et la légitimation active de l’« actio furti » en cas de vol d’une chose prêtée dans le droit romain classique. RIDA 47 (2000), 463–479.; for the relationship of *pignus* and *custodia* see e.g. César RASCÓN: ‘Pignus’ y ‘custodia’ en el derecho romano clásico. Oviedo, Universidad de Oviedo, 1976.; Hans ANKUM: „Furtum pignoris“ und „furtum fiduciae“ im klassischen römischen Recht I. RIDA 26 [1979], 127–161 and II., RIDA 27 [1980], 95–143.; Max KASER: „Furtum pignoris“ und „furtum fiduciae“. SZ 99 [1982], 249–277.; on the *custodia*–liability of usufructuary see Gunter WESENER: ‘Custodia’–Haftung des Ususfruktuars. In: Antonio GUARINO – Luigi LABRUNA (ed.): *Synteleia Vincendo Arancio-Ruiz I*. Napoli, Jovene, 1964. 191–197.; for the relationship of *stipulatio* and *custodia* see Ingo REICHARD: Stipulation und Custodiahftung. SZ 107 [1990], 46–79.; on the *custodia*–liability of tenant see Wolfgang HOFFMANN-RIEM: Die „Custodia“–Haftung des Sachmeters untersucht an Alf./Paul. D. 19, 2, 30, 2. SZ 86 [1969], 394–403.; on the *custodia*–liability of *horrearius* see e.g. Joseph Anthony Charles THOMAS: “Custodia” and “horrea”. RIDA 6 [1959], 371 ff.; Felix WUBBE: Zur Haftung des „Horrearius“. SZ 76 [1959], 508 ff.; Roberta MARINI: La custodia di merci dell’“horrearius”: a proposito di CIL VI 33747. SZ 132 [2015], 154 ff.; Attila PÓKECZ KOVÁCS: The economic analysis of document TPSulp. 45. In: FÖLDI András – SÁNDOR István – SIKLÓSI Iván (ed.): *Studia Gábor Hamza*. Budapest, ELTE Eötvös Kiadó, 2015. 267 ff.). In the great monographies, in which the whole system of contractual liability of classical and Justinianic law has been treated, the questions of *custodia*–liability has been analysed in detail, too (see e.g. Vincenzo ARANGIO-RUIZ: *Responsabilità contrattuale in diritto romano*. Napoli, Jovene, 1933².; Carlo Augusto CANNATA: *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano*. Milano, Giuffrè, 1966.; IDEM: *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*. Catania, Libreria Editrice Torre, 1996.; Francesco Maria DE ROBERTIS: *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione*. I–II. Bari, Cacucci, 1982–1983.; Riccardo CARDILLI: *L’obbligazione di ‘praestare’ e la responsabilità contrattuale in diritto romano*. Milano, Giuffrè, 1995.). From the Hungarian bibliography on *custodia*–liability (in which the objective approach of *custodia*–liability can be considered as prevailing) see e.g. Géza MARTON: *Felelősség custodiáért* [Liability for “custodia”], Budapest, 1924.; IDEM: *Les fondements de la responsabilité civile*. Paris, Sirey, 1938. passim; IDEM: Un essai de reconstruction du développement probable du système classique della responsabilité civile. RIDA 3 (1949), 177 ff.; IDEM: Rinascita della dottrina classica della responsabilità per custodia. Iura 7 (1956), 124 ff.; Károly VISKY: La responsabilité dans le droit romain à la fin de la République. RIDA 3 (1949), 437 ff.; BALÁSFALVI KISS Barnabás: *A „veszély” kérdése az adásvételnél a római jogban I. Custodia–felelősség*. [The question of “risk” in the contract of sale in Roman law I. Liability for “custodia”], Kecskemét, Első Kecskeméti Hírlapkiadó- és Nyomda-Részvénytársaság, 1940.; Imre MOLNÁR: Verantwortung und Gefahrtragung bei der „locatio conductio“ zur Zeit des Prinzipats. ANRW II/14, 1982. 583 ff., passim; IDEM: *Die Haftungsordnung des römischen Privatrechts*. Szeged, Diligens, 1998., passim; András FÖLDI: *Sulla responsabilità per fatto altrui in diritto romano*. Publicationes Universitatis Miskolcensis, sectio juridica et politica 3 (1988), 137 ff.; IDEM: Anmerkungen zum Zusammenhang zwischen der Haftung „ex recepto nautarum cauponum stabulariorum“ und der Haftung für „custodia“. RIDA 40 (1993), 263–291.; IDEM: *Kereskedelmi jogintézmények a római jogban* [Commercial legal institutions in Roman law]. Budapest, Akadémiai Kiadó, 1997. 103 ff.; IDEM: *A másért való felelősség a római jogban* [Vicarious liability in Roman law]. Budapest, Rejtjel Kiadó, 2004. passim; Iván SIKLÓSI: *A custodia–felelősség néhány kérdése a római jogban* [Some questions of custodia–liability in Roman law]. Budapest, Publicationes Instituti Iuris Romani Budapestinensis, 2009.; IDEM: Quelques remarques sur la responsabilité de la « custodia » en droit privé romain classique. RIDROM 15 (2015), 223–248.

²⁾ With regard to the subjective interpretation of *custodia*–liability, first and foremost, the much-disputed book of Robaye deserves mentioning (ROBAYE op. cit.). According to Robaye, “la *custodia* est un critère de responsabilité subjective” (ROBAYE op. cit. 46.). The distinguished Italian Romanist, Voci also interpreted the liability for *custodia* in context of *diligentia* and *culpa* (i.e. from a subjective

liability” (i.e. *custodia*-liability did not presuppose fault³) in the literature of Roman law, meant a liability for so-called “lesser accidents” in classical Roman law.⁴ However, Roman jurists did not create the Latin term “casus minor”; it is applied by modern scholars only, to identify the accidents within the range of the *custodia*-liability. It also deserves mentioning that a *custodiens* was not liable for all accidents out of the scope of acts of God; he was liable for theft and for other typical “lesser accidents”, casuistically specified in the sources of Roman law.⁵

b) As for the other “traditional” type of accidents, the term “vis maior” (see, in addition, the expressions “vis magna” [Gai. D. 18, 6, 2, 1], “vis naturalis” [Iav. D. 19, 2, 59], “vis extraria” [Alf.–Paul. eod. 30, 4], “fatale damnum” [Gai. D. 18, 6, 2, 1; Ulp. D. 4, 9, 3, 1; Ulp. D. 17, 2, 52, 3], “casus maior” [Gai. D. 44, 7, 1, 4; Inst. 3, 14, 2], “casus fortuitus” [Alf.–Paul. D. 19, 2, 30, 4; Ulp. D. 16, 3, 1, 35; Inst. 3, 14, 2; eod. 4], “casus improvisus” [C. 4, 35, 13], “theou bia” [Gai. D. 19, 2, 25, 6],⁶ and “vis divina” [Ulp. D. 39, 2, 24, 4]) in contrast to “casus minor”, appears in the Roman sources, too. Even a *custodiens* is not liable, of course, for “superior force” (“act of

approach) in his excellent study treating the system of liability in Roman private law: Pasquale Vocri: ‘Diligentia’, ‘custodia’, ‘culpa’: i dati fondamentali. In: IDEM: *Ultimi studi di diritto romano*. Napoli, Jovene, 2008. 71 ff. (originally published: *SDHI* 56 [1990], 29 ff.). Regarding the subjective interpretation of *custodia*-liability see from the modern literature, in addition, Pietro CERAMI: Il comodato. In: Francisco Javier PARICIO SERRANO (coord.): *Derecho romano de obligaciones. Homenaje J. L. Murga Gener*. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994. 330.; IDEM: Ricerche romanistiche e prospettive storico-comparatistiche. *AUPA* 43 (1995), 321. Contrary to these interpretations see e.g. Hans ANKUM: Prêt de couverts d’argent pour un déjeuner en droit romain classique. In: Jean-François GERKENS (éd.): *Mélanges F. Sturm I*. Liège, Éditions juridiques de l’Université de Liège, 1999. 21.

³ Cf. Reinhard ZIMMERMANN: *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*. Oxford, Oxford University Press, 1996³. 195.

⁴ Cf. e.g. Fritz SCHULZ: *Classical Roman law*. Oxford, Clarendon Press, 1951. 515.: “liability for *custodia* implied a liability for lesser accidents (*casus minor*)”.

⁵ Based on the research by András Földi (see e.g. FÖLDI *Sulla responsabilità* [op. cit.], 137 ff. and IDEM *Anmerkungen* [op. cit.], 263 ff., especially 272–274) who strongly refers to the “case law approach” of the classical jurists in this respect. In Földi’s plausible view, *custodia*-liability cannot be defined as a liability for all accidents excepting *vis maior*. Consequently, the *custodiens* may not only refer to an inevitable accident, but also to other casuistically specified events in order to get an exception against the action of the plaintiff. Liability of the *custodiens* for theft only can be considered as unambiguous in classical Roman law. Key issue is, according to Földi, whether the circumstances of the accident can be proven or not. Since theft always creates a suspicious situation, in case of *furtum* the exculpation is impossible. The debtor is obviously not responsible for *vis maior*. However, in other cases, especially in the case of *damnum ab alio datum* when the thing is still there, the exculpation is conceivable. In Földi’s view, from the fact that the *custodia*-liability did not extend to *vis maior*, an extension of *custodia*-liability to all accidents which *humana infirmitas resistere potest* did not follow. Apart from the simple and obvious cases, the liability for *custodia* was casuistically established; and the *damnum ab alio datum* was mostly out of the scope of the *custodia*. Földi emphasizes, as a result, that the responsibility for *custodia* was a liability for *culpa levis*, *furtum*, and for certain casuistically specified events. Cf., in addition, ZIMMERMANN, op. cit. 193 who, in a summarized form, also refers to the “casuistical” (i.e. “case law”) approach (“liable... for certain typical accidents”; “casuistical way”).

⁶ This is the only fragment in which the Greek expression “theou bia” (“force of God”) appears.

God”), i.e. for such an inevitable accident, “which human weakness cannot provide against”.⁷

c) In our opinion, the usual and “traditional” distinction between *casus minor* and *casus maior* does not imply all cases of accidents. There are events for which a *custodiens* is not objectively liable, but which cannot be considered as “acts of God” either since these accidents can be avoided by human effort. In this regard, based on our research, certain cases of robbery (*rapina*), the wrongful damage committed by a third person (*damnum ab alio datum*), and certain cases of flight of slaves (*fuga servorum*) can be mentioned. In order to classify these accidents, in our opinion, the introduction and application of a third dogmatic category, the concept of “casus medius” seems to be reasonable (and necessary).

(It is to be noted here that the elaboration of a new concept of “casus medius” has been dogmatically, as well as terminologically inspired by the scientific results linked to András Földi.⁸)

II. On the concept of “casus minor” in a nutshell

The concept of *casus minor* does not appear in Roman law sources of; it was created by the outstanding scholar of the German Pandectist legal science (“Pandektenwissenschaft”), Julius Baron⁹ in order to classify the accidents which are, in theory, avoidable by properly watching and guarding, but which may also occur in case of “normal” diligence.

While the concept of *vis maior* seems to have been crystallized in the sources of Roman law more or less, it has never been clear which accidents *custodia*-liability involved exactly. The responsibility for *custodia* cannot be considered as an unproblematic legal construction;¹⁰ furthermore, in Zimmermann’s words,

⁷ See Gai. D. 44, 7, 1, 4: “*cui humana infirmitas resistere non potest*” (in the English translation edited by Alan WATSON [The Digest of Justinian. Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1985]: “which human weakness cannot prevent”). Furthermore, see Gai. D. 13, 6, 18 *pr.*: “*ita ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non possit*”; Ulp. D. 19, 2, 15, 2: “*vim, cui resisti non potest*”; and C. 4, 65, 28: “*cui resisti non potest*”. As for the modern literature on *vis maior*, see e.g. Andreas DOLL: *Von der vis maior zur höheren Gewalt. Geschichte und Dogmatik eines haftungsentlastenden Begriffs*. Frankfurt am Main–Bern–New York–Paris, Peter Lang Verlag, 1989; Wolfgang ERNST: *Wandlungen des „vis maior“-Begriffes in der Entwicklung der römischen Rechtswissenschaft*. *Index* 22 (1994), 293 ff.

⁸ See the above-cited works of the author.

⁹ Cf. Julius BARON: *Die Haftung bis zur höheren Gewalt*. *AcP* 78 (1892), 284 ff. (It is also well-known that the debates on the interpretation of the legal nature of *custodia*-liability began with Baron. See: „Diligentia exactissima“, „diligentissimus paterfamilias“ oder die Haftung für „custodia“. *Archiv für die civilistische Praxis* 52 [1869], 44–95.)

¹⁰ We mention here only one example: the *custodia*-liability for immovable is much-disputed in the literature of Roman law. According to distinguished Romanists, the responsibility for *custodia* did not extend to real estate (cf. CANNATA *Ricerche* [op. cit.], 119 f.; R. KNÜTEL: *Die Haftung für Hilfspersonen im römischen Recht*. *SZ* 100 [1983], 348.; GUZMÁN BRITO op. cit. 181.). In our opinion,

the *custodia*-liability “cannot... adequately be cast into an abstract formula”.¹¹ In addition, the word “custodia” itself, was not used in the sources as an unequivocal technical term of law.¹² The scope of “lesser accidents”, which is much-disputed in modern literature, developed slowly and laboriously from the preclassical age¹³ of Roman law. It is unquestionable that the *custodia*-liability included first the responsibility of the *custodiens* for theft¹⁴ based on the rich casuistry.¹⁵ Regarding the other cases of the lesser accidents, however, we know relatively few texts from the Roman law sources.¹⁶

The lack of interest in conceptual abstractions of Roman jurists was probably the main reason why Roman jurists did not create the concept of *casus minor*, which, however, cannot be considered as an anachronistic or illogical one.

Applying this term, as we have seen, the Romanists usually distinguish between two types of accidents: 1. those, which are avoidable and, therefore, serve as grounds

however, the extension of the *custodia*-liability to an immovable cannot be denied based on several sources (regarding the sale of a tenement [*insula*] which has been destroyed by fire, see Alf. D. 18, 6, 12; considering the liability of the lessee of woodland, based on a lease clause [*lex locationis*], see Alf. D. 19, 2, 29; for the liability of the tenant farmer [*colonus*] of a farmhouse [*villa*], see Alf.–Paul. eod. 30, 4; on the relationship of the *custodia*-liability and *cautio damni infecti*, see Paul. D. 19, 1, 36, Paul. D. 39, 2, 18, 9, and Paul. eod. 38 *pr.*; on these three fragments see e.g. Geoffrey MACCORMACK: The “cautio damni infecti”: buyer and seller. *SZ* 88 [1971], 300–321). We cannot go deeper into this complicated problem here.

¹¹ ZIMMERMANN op. cit. 193. Cf., in addition, SCHULZ *Classical Roman law* (op. cit.) 515.

¹² Cf. ZIMMERMANN op. cit. 194. For the different meanings of the word “custodia” see e.g. PARIS op. cit. 3 ff.; METRO op. cit. 1 ff.; VAN DEN BERGH *Custodiam praestare* (op. cit.) 63 ff.; ROBAYE op. cit. 14 ff.; SERRANO-VICENTE *Custodiam praestare* (op. cit.) 35 ff.

¹³ Since the *custodia*-liability, in our opinion, was already known among the earlier jurists (*veteres*) in the cases of *commodatum* (cf. Ulp. D. 13, 6, 5, 6 and eod. 5, 9) and *emptio venditio* (cf. Paul. D. 18, 6, 15, 1). Cf. VISKY *La responsabilité* (op. cit.) 482. There are, however, completely different approaches regarding the formation of *custodia*-liability. According to Cannata, the *custodia*-liability (in a technical sense) had not been known among the *veteres*, and it was only elaborated in Hadrian’s time (see CANNATA *Ricerche* [op. cit.] 119 ff.; cf. KNÜTEL op. cit. 348). We cannot go deeper into this question here.

¹⁴ Cf. e.g. Theo MAYER-MALY: *Locatio conductio. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht*. Wien–München, Verlag Herold, 1956. 203.; FÖLDI *Vicarious liability* (op. cit.) 231.

¹⁵ See e.g. Lab.–Iav. D. 19, 2, 60, 2; Gai. 3, 203; Paul. D. 47, 2, 83 (82), 1 (= PS 2, 31, 30); Ulp. D. 13, 6, 10, 1; Ulp. D. 47, 2, 14, 17; Ulp. eod. 48, 4. – On the extension of the active legitimation of *actio furti* to the *custodiens* see e.g. SCHULZ *Die Aktivlegitimation* (op. cit.) 23 ff.; ROSENTHAL op. cit. 217 ff.; KASER *Die actio furti*. (op. cit.) 89 ff.; ANKUM *Justinien C.6.2.22.pr.–3a* (op. cit.) 463 ff.; Jan Ulrich WACKE: „*Actiones suas praestare debet*“. Berlin, Duncker & Humblot 2010. 169 ff. Cf., in addition, Martín SERRANO-VICENTE: Enfoques jurisprudenciales en torno a la legitimación activa a la ‘actio furti’: Gayo, Papiniano, Ulpiano y Paulo. *Seminarios Complutenses de Derecho Romano* 28 (2015), 1041 ff.

¹⁶ Cf. e.g. Ulp. D. 19, 2, 13, 6 (on the responsibility of a fuller who takes in clothes for cleaning and mice then gnaw at them; cf. e.g. PARIS op. cit. 62 f.; ARANGIO-RUIZ op. cit. 85 f.; MAYER-MALY *Locatio conductio* (op. cit.) 207 f.; VAN DEN BERGH *Custodiam praestare* (op. cit.) 69.; ROBAYE op. cit. 184 f.; VOCI op. cit. 124.; SERRANO-VICENTE *Custodiam praestare* [op. cit.] 154 f.); Paul. D. 9, 1, 2 *pr.* (regarding the extension of the active legitimation of the *actio de pauperie* to a *custodiens*).

for *custodia*-liability (*casus minor*); 2. those, which cannot be averted because of human infirmity (*vis maior*).

As mentioned above, the main problem of this dichotomy is that there are accidents which are not allowed to be regarded either as lesser accidents or as “acts of God”.

Our question is the following: how to treat those accidents, which do not belong to either lesser accidents or “acts of God”?

III. The cases of “*casus medius*”

The cases where we cannot apply either the term “*casus minor*” or the category of *casus maior* are, in our opinion, the following: the “simple” case of robbery (*rapina*),¹⁷ the wrongful damage committed by a third person (*damnum ab alio datum*), and certain cases of the *fuga servorum*. These events are not allowed to be considered as “acts of God” since, in principle, these are preventable by proper precaution. Nevertheless, a *custodiens* is not liable objectively for these accidents; consequently, these events cannot be regarded as lesser accidents, either. The relevant cases in this respect are to be classified in a new dogmatic category i.e. of “*casus medius*” (cf. the trichotomy of *capitis deminutio minima–media–maxima*). In our view, the usual dichotomy (i.e. of *casus minor* and *casus maior*) is therefore to be replaced by the trichotomy of *casus minor*, *casus medius*, and *casus maior*, through the introduction of the new category of “*casus medius*”.

As mentioned before, the term “*casus minor*” was not formulated by the Roman lawyers. This concept, however, cannot be regarded as an anachronistic one; the same is true for the concept of “*casus medius*”.

Let us see the relevant cases from the sources of classical Roman law.

1. *Rapina*

a) In contrast with the responsibility of the *custodiens* for theft, we know relatively few Roman law sources related to the questions on the liability of a debtor for robbery.

As a starting premise, we emphasize the main difference between these two delicts, i.e. theft and robbery: the existence of violence.¹⁸ As we will see, violence can be considered as the limitation of objective liability of the *custodiens*. While a *custodiens* is always liable for theft, he is not objectively liable for robbery.

Naturally, *custodia*-liability does not extend to cases of robbery belonging to “acts of God”. The case of *latronum incursum* is an inevitable accident which human weakness cannot prevent; this event is mentioned together with *hostium incursum*,

¹⁷ The other cases of robbery belong to the scope of acts of God (see below).

¹⁸ See e.g. Gai. 3, 209; Inst. 4, 2 (“*Vi bonorum raptorum*”); D. 47, 8 (“*Vi bonorum raptorum et de turba*”). On the problems of *actio vi bonorum raptorum* see e.g. Letizia VACCA, *Ricerche in tema di ‘actio vi bonorum raptorum’*, Milano, Giuffrè, 1972. For the legal character of *actio vi bonorum raptorum* see e.g. Hans ANKUM: Actions by which we claim a thing (“*res*”) and a penalty (“*poena*”) in classical Roman law. *BIDR* 85 (1982), 30 f. (= in: IDEM: *Nueva antología romanística*. Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2014. 126 f.).

tumultus, naufragio, incendium, ruina, aquae magnitudo, animalium mors, servorum mors, and piratarum insidiae by the Roman jurists. These events cannot be averted because of human infirmity.¹⁹

Nevertheless, there are cases of robbery that do not fall under either “acts of God” or lesser accidents. In the “simple” case of robbery violence is, in principle, avoidable. But would it be righteous to make the debtor responsible for such an event, too?

b) The most relevant text of this topic is a much-disputed fragment of Neratius.²⁰ Based on this text, it is clear that the vendor, who is liable for *custodia*,²¹ is not responsible for *rapina*.

Neratius examines the following case in this complicated text. A thing, for which the vendor should be held responsible because of a contract of sale, is taken from the vendor by force.²² The vendor should guard the thing. This means that he is required to be responsible for its safe-keeping; in other words, he is objectively liable for it.²³ However, it is more proper²⁴ that there is no further consequence than his being liable for the transfer of actions for recovering the thing to the purchaser because, as the jurist says, custody is of little advantage where violence is employed (“quia custodia adversus vim parum proficit”; cf. the translation edited by Watson: “for its safekeeping is of slight avail against force”). According to the argumentation by Neratius, the vendor shall have to provide the buyer with these actions to use not only at the judgement (*arbitrio*) of the buyer²⁵, but also at his risk, so that all profit and expense fall to the buyer.

¹⁹ See, *inter alia*, Gai. D. 13, 6, 18 *pr.*; Gai. D. 44, 7, 1, 4; Ulp. D. 4, 9, 3, 1; Ulp. D. 50, 17, 23.

²⁰ “*Si ea res, quam ex empto praestare debebam, vi mihi ademta fuerit: quamvis eam custodire debuerim, tamen propius est, ut nihil amplius quam actiones persequendae eius praestari a me emptori oporteat, quia custodia adversus vim parum proficit. Actiones autem eas non solum arbitrio, sed etiam periculo tuo tibi praestare debebo, ut omne lucrum ac dispendium te sequatur.*” (Ner. D. 19, 1, 31 *pr.*). On this fragment see e.g. PARIS op. cit. 231 ff.; ARANGIO-RUIZ op. cit. 157 and 163; METRO op. cit. 100 and 120.; MACCORMACK *Custodia* (op. cit.) 188.; VAN DEN BERGH *Custodiam praestare* (op. cit.) 68.; KASER *Die actio furti* (op. cit.) 125.; ROBAYE op. cit. 375.; VOCI op. cit. 107 ff.; Martin PENNITZ: *Das „periculum rei venditae“*. Ein Beitrag zum „aktionenrechtlichen Denken“ im römischen Privatrecht. Wien–Köln–Weimar, Böhlau, 2000. 388 ff.; SERRANO-VICENTE *Custodiam praestare* (op. cit.) passim, especially 298 ff.

²¹ On the *custodia*–liability of the vendor see e.g. KASER *Die actio furti* (op. cit.) 105 ff.; Martin BAUER: „*Periculum emptoris.*“ Eine dogmengeschichtliche Untersuchung zur Gefahrtragung beim Kauf. Berlin, Duncker & Humblot, 1998. 59 ff.; PENNITZ op. cit. 380 ff.; SERRANO-VICENTE *Custodiam praestare* (op. cit.) 263 ff.; Edson Kiyoshi NACATA JÚNIOR: *A responsabilidade por custodia no direito romano: análise do problema na compra e venda* [PhD dissertation]. São Paulo, 2012.

²² The phrase “*vi mihi ademta fuerit*” does not refer to the *vis maior*, cf. PENNITZ op. cit. 388⁸⁶. Thus, this robbery cannot be considered as a robbery in the sense of *vis maior*.

²³ The phrase “*quamvis eam custodire debuerim*” refers not only to the “custody” as an activity, but also to the (objective) liability for *custodia* of the vendor (cf. e.g. PENNITZ op. cit. 388) which, however, does not include an objective liability for robbery.

²⁴ Due to the expression “*propius*”, it is unmistakable that this decision was disputed in classical Roman law; see e.g. PENNITZ op. cit. 389.

²⁵ Therefore, the purchaser is in position to decide which action he would like to bring.

This text cannot be cut out of its wider context. For its correct interpretation, in our view, the following text²⁶ needs to be taken into consideration. Based on Ner. D. 19, 1, 31, 1, when the thing (i.e. a slave) has been not delivered (*mora [tradendi]*), the vendor should be held liable not only for what the vendor acquired through him, but also for what the purchaser would have acquired if the slave had already been delivered to him (i.e. the vendor has to pay the whole *lucrum cessans* of the purchaser). Based on this text, it will be clear that the object of the sale mentioned in the passage D. 19, 1, 31 *pr.* was probably a slave, notably a *servus custodiendus*. During the analysis of the topic of *fuga servorum*, we will see that *custodia*-liability was extremely problematic in those cases when a slave was the object of the custody. More exactly, the objective *custodia*-liability was applied only in case of a *servus custodiendus*. As a result, we can presume that the object of the sale in D. 19, 1, 31 *pr.* was probably a *servus custodiendus*.

In our view, the phrase in the *principium* of the passage “quamvis eam custodire debuerim” refers probably to the objective *custodia*-liability of the vendor for a *servus custodiendus*. If the slave had been a *servus non custodiendus*, this phrase would be senseless since the vendor would not be liable for *custodia* in case of such a slave.

As a result, although the vendor is liable for *custodia*, he is not liable for robbery. In other words, the vendor is not liable for the violence, which is an essential element of robbery (as opposed to theft). Robbery is, therefore, the risk of the purchaser for whom the vendor should transfer his (reipersecutory) actions.

The decision of Neratius in D. 19, 1, 31 *pr.* has numerous interpretations in the literature of Roman law. Especially the phrase “quamvis eam custodire debuerim”²⁷ was controversial in the literature of interpolation criticism.

In our view, however, the most problematic part of the text is the reference to the transfer of the actions for the purchaser. What kind of actions are these exactly?²⁸ Only (due to the using of the expression “actiones persecuendae eius”) the *actiones rei persecutoriae* (*rei vindicatio* and *condictio*)? And what will be with the *actio vi bonorum raptorum* (which is a penal action)? The phrase “tamen propius est” refers to the debate among the classical Roman lawyers in this respect.²⁹ Neratius, however, decided only to assign the reipersecutory actions to the purchaser.

It would not be illogical if the vendor, since he is not liable for robbery, were obliged to transfer even the *actio vi bonorum raptorum* to the buyer (cf. the “principle of utility”).³⁰

²⁶ “Et non solum quod ipse per eum adquisii praestare debeo, sed et id, quod emptor iam tunc sibi tradito servo adquisiturus fuisset.” (Ner. D. 19, 1, 31, 1).

²⁷ For the interpretation of this phrase see from the modern bibliography SERRANO-VICENTE *Custodiam praestare* (op. cit.) 299 ff.

²⁸ On this question see PARIS op. cit. 232 f.

²⁹ Cf. PENNITZ op. cit. 389.

³⁰ Since the “principle of utility” (in German terminology: “Utilitätsprinzip” [KÜBLER] or “Utilitätsgedanke”) was well-known among the classical Roman jurists. On this principle see e.g. Dieter NÖRR: Die Entwicklung des Utilitätsgedankens im römischen Haftungsrecht. *SZ* 73 (1956), 68.; Jacques-Henri MICHEL: *Gratuité en droit romain*. Bruxelles, Institut de Sociologie de l’Université

The interpretation of Paris³¹ on the historical development of the transfer of actions can be considered remarkable. According to the French scholar, in classical Roman law the vendor was obliged to assign the reipersecutory actions to the purchaser, but in the Justinianic law the term “actiones persecuendae” implied the penal actions (*actio furti* and *actio vi bonorum raptorum*), too.

From modern literature, the interpretation by Pennitz deserves special mention.³² In his view, Neratius (contrary to the standpoint of other classical jurists) wanted to assign only the reipersecutory actions to the purchaser only with reference to the legal principle (which can be deduced from the rule “periculum emptoris”)³³ that all the profit and loss have to fall to the purchaser after the conclusion of the contract of sale. Therefore, Neratius could not have come to the conclusion that the purchaser should be entitled to bring penal actions (*actio furti* and *actio vi bonorum raptorum*), too. According to the interpretation of Pennitz, the decision can be regarded as an original classical one.

The essence of this fragment, regarding the topic of our study, will be summarized as follows. We can lay down that Neratius excludes the liability for *rapina* of the vendor.³⁴ Although the vendor is responsible for *custodia* in the classical era, he is not liable for the robbery the essence of which is violence.³⁵ Based on the contract of sale, the purchaser cannot bring an action for damages against the vendor to make him liable, but the vendor is obliged to assign the reipersecutory actions to the purchaser due to the principle “periculum est emptoris”.

c) Due to violence, it would be unjust to make the *custodiens* responsible even for a simple robbery. No doubt, a robbery would be extremely difficult to avoid, foresee, or prevent. Consequently, the *custodia*-liability of classical Roman law did not extend to the simple robbery, which should not be regarded as a *casus minor*. In other words, the basis of liability for a violent tort is not *custodia*. Violence can be regarded as the limit of liability for *custodia*.³⁶ It is clear that nobody is responsible for violence, which cannot be averted due to human weakness; yet a “simple” robbery cannot be

Libre de Bruxelles, 1962. 325 ff.; DE ROBERTIS op. cit. I, 64 ff.; ZIMMERMANN op. cit. 198 ff.; BAUER op. cit. 86 ff.; Max KASER – Rolf KNÜTEL – Sebastian LOHSE: *Römisches Privatrecht*. München, C. H. Beck, 2017²¹. 224.

³¹ PARIS op. cit. 232 f.

³² PENNITZ op. cit. 390.

³³ Cf. Paul. D. 18, 6, 8 pr.: “Necessario sciendum est, quando perfecta sit emptio: tunc enim sciemus, cuius periculum sit: nam perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet.” On the principle “periculum est emptoris”, which problem cannot be analysed here, see e.g. Wolfgang ERNST: „Periculum est emptoris“. SZ 99 (1982), 216 ff.; BAUER op. cit. passim; Éva JAKAB: *Risikomanagement beim Weinkauf*. München, C. H. Beck, 2009.

³⁴ Cf. e.g. PARIS op. cit. 232.; METRO op. cit. 120.

³⁵ In contrast to the theft. *Furtum* can be regarded as a lot more evitable event than the *rapina*. The vendor, as a *custodiens*, would be liable for theft. However, the vendor is not liable for the robbery, which is a violent tort.

³⁶ Cf. VAN DEN BERGH: *Custodiam praestare* (op. cit.) 68.

considered as an inevitable accident, either. As a conclusion, the “simple” robbery can only be considered as a “casus medius” since it is neither a *casus minor* nor a *casus maior* and it is the purchaser to bear the risk.

2. Damnum ab alio datum

a) One of the most difficult and most disputed questions of the contractual liability in classical law is the relationship of *custodia*-liability and *damnum ab alio datum*, more exactly the content and the basis of the liability of a debtor for this accident. Regarding the wrongful damage caused by a third person, we do not have a rich casuistry, in contrast with the liability of the *custodiens* for theft.

Two fragments are relevant in this topic. Iul. D. 13, 6, 19 and Ulp. D. 19, 2, 41³⁷ report on the view of Salvius Iulianus and on its corrections, made by Marcellus and Ulpianus in D. 19, 2, 41.³⁸

b) According to Iulianus,³⁹ with reference to *locatio conductio* and *commodatum*, it is out of question that parties who agree to keep something safe, or receive it to be used⁴⁰ (i.e. a *conductor operis* or a *commodatarius*) should bear loss inflicted wrongfully by a third party. This means that they are not liable for wrongful damage committed by another; for how can we keep someone from doing us wrongful damage by either proper care or diligence?⁴¹

In order to exclude liability for *damnum ab alio datum*, the text refers to “cura aut diligentia”. These words seem to have been used in a subjective sense; therefore the argumentation of Iulianus seems to be contrary to the objective theory of *custodia*. In our opinion, however, presuming interpolation would lead us astray. Iulianus may have decided the question of liability for *damnum ab alio datum* from a different view than that of objective *custodia*-liability. This text, which does not mention the word “custodia”, can be cited as an example for subjective liability, in our view. According to distinguished Romanists, the text is considered to have been interpolated.⁴² Indeed, the expression “cura aut diligentia” is perhaps not an

³⁷ For the various interpretations of Iul. D. 13, 6, 19 and Ulp. D. 19, 2, 41, see e.g. VÁZNY *op. cit.* 107 ff.; ARANGIO-RUIZ *op. cit.* 165 ff.; KRÜCKMANN *op. cit.* 52.; CANNATA *Ricerche* (*op. cit.*) 61 ff.; IDEM *Sul problema* (*op. cit.*) 28 ff.; METRO, *op. cit.* 99 ff.; MACCORMACK *Custodia* (*op. cit.*) 171 f.; RASCÓN *op. cit.* 95 ff.; KNÜTEL *op. cit.* 410 ff.; FÖLDI *Sulla responsabilità* (*op. cit.*) 137 ff.; ROBAYE *op. cit.* 198 ff. and 289 ff.; VOCI *op. cit.* 117. ff.; SERRANO-VICENTE *Custodiam praestare* (*op. cit.*) 223 ff.

³⁸ Cf. SERRANO-VICENTE *Custodiam praestare* (*op. cit.*) 224.

³⁹ “Ad eos, qui servandum aliquid conducunt aut utendum accipiunt, damnum iniuria ab alio datum non pertinere procul dubio est: qua enim cura aut diligentia consequi possumus, ne aliquis damnum nobis iniuria det?” (Iul. D. 13, 6, 19).

⁴⁰ Cf. the translation edited by WATSON: “who contract for looking after something or borrow something for use”.

⁴¹ Cf. the translation edited by WATSON: “for what degree of care and attention will secure us against commission of wrongful loss by other people?” Regarding the style of this question, see CANNATA *Sul problema* (*op. cit.*) 30: “in forma di domanda retorica”.

⁴² For references to the bibliography see e.g. ROBAYE *op. cit.* 290 ff.

original, a classical one, regarding the expression “custodia” mentioned in Ulp. D. 19, 2, 41.⁴³ Nevertheless, Iulianus may have decided considering responsibility for the *culpa*. The interpolation, though theoretically possible, might only be considered as a formal, stylistic and not as a substantial, dogmatic modification when compared to the presumably original text.

c) As cited by Ulpianus, Marcellus comes to a different conclusion regarding the liability for *damnum ab alio datum* at first sight.⁴⁴ Ulpianus refers to the above-mentioned standpoint by Iulianus, who said that an action cannot be brought against the guard for a wrongful damage committed by another; for, by what kind of custody⁴⁵ can he prevent an unlawful damage being caused by someone else? Marcellus, however, says that this can sometimes (*interdum*) be done when the party could have taken such care of the thing that it could not have been damaged, or where the guard himself caused the damage (“ipse custos damnum dedit”). According to Ulpianus, Marcellus’s view deserves approval.⁴⁶

We have to refer to the remarkable stylistic difference between Iulianus’s and Ulpianus’s texts. Instead of the expression “cura aut diligentia” mentioned in D. 13, 6, 19, Ulpianus uses the term “custodia” in passage D. 19, 2, 41. Due to the use of the term “custodia” it does not seem to be easy to decide whether *custodia* or *culpa* (*in eligendo*) was based liability for *damnum ab alio datum*. Moreover, we do not know whether Ulpianus really cites Iulianus’s genuine words. It would be theoretically conceivable that Ulpianus, contrary to Iulianus, who had not referred to *custodia*, judged from the aspect of objective liability for *custodia*. Consequently, according to Ulpianus, the guard would be sometimes objectively responsible for *damnum ab alio datum*, too.

This argumentation and conclusion do not seem to be correct, however. Ulpianus may have cited Iulianus’s standpoint word by word. Furthermore, the originality of the word “custodia” is more sustainable than that of the phrase “cura aut diligentia”, the occurrence of which is highly probable to be postclassical.

⁴³ Cf. ARANGIO-RUIZ op. cit. 165. who mentioned a “usual interpolation” in case of the expression “cura aut diligentia”. According to CANNATA (*Sul problema* [op. cit.] 29), “cura aut diligentia”, which appears instead of “custodia” in the text, is a result of interpolation, too.

⁴⁴ “*Sed de damno ab alio dato agi cum eo non posse Iulianus ait: qua enim custodia consequi potuit, ne damnum iniuria ab alio dari possit? Sed Marcellus interdum esse posse ait, sive custodiri potuit, ne damnum daretur, sive ipse custos damnum dedit: quae sententia Marcelli probanda est.*” (Ulp. D. 19, 2, 41).

⁴⁵ In our opinion, the term “custodia” mentioned in this fragment does not refer to the objective *custodia*-liability. This expression seems to be used in a subjective sense here: “what degree of care” can prevent a *damnum ab alio datum*?

⁴⁶ Cf. the translation edited by WATSON: “But Julian says that there can be no action against him over damage done by the third party: for by what kind of safekeeping could he make certain that wrongful damage cannot be done by a third party? But Marcellus says that this can sometimes occur if he could have guarded against the damage being done or if the guard himself does the damage. Marcellus’s view deserves approval.”

There are two possible interpretations for the term “custodia” to be original in this context: 1. the expression “cura aut diligentia” in Iul. D. 13, 6, 19 is a result of interpolation, and the liability of the *custodiens* for *damnum ab alio datum* is totally excluded, specifically regarding objective *custodia*-liability; 2. Iulianus used the word “custodia” in a subjective approach, “custodia” meaning the same as the expression “cura aut diligentia”. For us, the second interpretation seems to be more correct. In our opinion, presuming the first variant to be correct would only result from superficially reading the text. The word “custodia” in passage D. 19, 2, 41 seems to have been used in a subjective sense. In other words: only the superficial reading of this text raises the suspicion of the “substantial” (dogmatic) interpolation in the text of D. 13, 6, 19.

As for the standpoint of Marcellus, the debtor is sometimes liable for *damnum ab alio datum*, specifically, when the party could have taken such care of the thing that it would not have been injured. The terms “custodiri” as well as “custos” in Ulp. D. 19, 2, 41 could refer to the objective *custodia*-liability, too. It is more likely, however, that Marcellus decided the question of liability from a subjective approach. Instead of the expressions “custodiam praestare” (cf. e.g. Ulp. D. 13, 6, 5, 9), “custodia praestetur” (cf. eod. 5, 6), or “custodiae nomine tenentur” (cf. Gai. D. 4, 9, 5 *pr.*), which refer to objective *custodia*-liability in classical Roman law sources, the expression “custodiri potuit”, which seems to be of a subjective nature, appears in this text. Cannata has a similar standpoint; according to the distinguished Italian Romanist, this case does not fit the traditional scheme of liability for *custodia*.⁴⁷

Of course, an action can also be brought against the guard when he himself caused the damage. The phrase “ipse custos damnum dedit” also refers to subjective liability: the guard is obviously liable for his own fault (*culpa*) if he committed the damage himself. The variant “ipse custos damnum dedit” is regarded by Cannata as “a typical case of the liability for *culpa*”.⁴⁸ We agree with the view of the Italian Romanist.

d) Without any doubt, a wrongful damage caused by a third person would be extremely difficult avoid, foresee, or prevent for the debtor. One of the motives for the rejection of the objective *custodia*-liability for *damnum ab alio datum* could also be, however, that the jurists did not want to extend the active legitimation of the *actio legis Aquiliae*⁴⁹ to the interested debtor. Iulianus, who, as we have seen, excluded completely the responsibility of the interested debtor for *damnum ab alio datum*, refused to extend the active legitimation of the *actio legis Aquiliae* to the *commodatarius*. According to Iulianus as cited by Ulpianus, a person to whom clothes have been lent, cannot proceed under *lex Aquilia*; this action is available to

⁴⁷ CANNATA: *Sul problema*. 29.

⁴⁸ *Ibid.* 29.

⁴⁹ Contrary to the extension of the active legitimation of *actio furti* to the *custodiens*, if the *custodiens* were also objectively liable for *damnum ab alio datum*, it would be logical that he could bring the action based on *lex Aquilia*, too.

the owner.⁵⁰ This rule can be considered as a main one even in the time of Ulpianus; according to the late classical jurists, the action on the *lex Aquilia* is available to the “erus”, that is the owner.⁵¹ However, it was recognized that in certain situations not only the owner is entitled to bring the *actio legis Aquiliae*.⁵² This many-fold problem would be impossible to discuss properly here. Even in the late classical period of Roman law, active legitimation of *actio legis Aquiliae* was only casuistically and *utiliter* extended to other persons than the owner, in contrast with *actio furti*, which the *custodiens*, being objectively responsible for theft, was always entitled to bring.⁵³

e) As for the literature concerning the problems of liability for *damnum ab alio datum*, certain modern scholars lay down that the liability of the debtor for *damnum ab alio datum* was disputed in classical Roman law, and the debtor was only liable for certain “types” of wrongful damage done by a third person.⁵⁴

Other Romanists, however, expressly recognize the extension of the objective *custodia*-liability to the *damnum iniuria datum* in the time of Marcellus. According to Knütel, the liability for *culpa* (“Verschuldenshaftung”) did not arise with regard to the standpoint of Marcellus.⁵⁵

The above-cited two texts were much disputed, especially in the Romanist scholarship of interpolation criticism (cf. “interpolation hunting”), due to textual critical considerations.

According to Vážný, the *custodiens* was liable for *damnum ab alio datum*, and both Ulp. D. 19, 2, 41 and Iul. D. 13, 6, 19 are to be considered as results of interpolation.⁵⁶

Upon analysing the argumentation by Marcellus, Arangio-Ruiz, distinguished between “danni evitabili” and “danni non evitabili”. According to the Italian Romanist, in the first case an action based on the contract can be brought against the *custodiens*; in the second case, however, such an action (i.e. a “contractual action”) cannot be brought against the guard.⁵⁷

However, according to Krückmann, who interpreted *custodia*-liability from a subjective approach, the liability for *damnum ab alio datum* cannot be regarded

⁵⁰ “*Eum, cui vestimenta commodata sunt, non posse... lege Aquilia agere Iulianus ait, sed domino eam competere.*” (Ulp. D. 9, 2, 11, 9).

⁵¹ “*Legis autem Aquiliae actio ero competit, hoc est domino.*” (Ulp. D. 9, 2, 11, 6). Cf. e.g. VÁŽNÝ op. cit. 108.; ARANGIO-RUIZ op. cit. 167.; VOCI op. cit. 120.

⁵² See e.g. Ulp. D. 9, 2, 11, 10 (*fructuarius* and *usuarius* [*utilis actio*]); Ulp. eod. 17 (*bonae fidei possessor* and *creditor pigneraticius* [*in factum actio*]); Ulp. D. 7, 1, 17, 3 and Paul. D. 9, 2, 12 (*usufructuarius* [*utilis actio*]).

⁵³ See the above-cited sources and literature.

⁵⁴ Cf. e.g. KASER: *Die actio furti*. 99 f.

⁵⁵ KNÜTEL op. cit. 412.

⁵⁶ VÁŽNÝ op. cit. 107 ff.

⁵⁷ ARANGIO-RUIZ op. cit. 167. For a contrary view see ROBAYE op. cit. 199., who interprets the construction of the *custodia*-liability as a subjective one (“responsabilité subjective”) and disputes the standpoint of Arangio-Ruiz regarding the distinction between “danni evitabili” and “danni non evitabili”.

as a liability for *casus minor* (“Zufallshaftung”), but a responsibility for *culpa* (“Verschuldenshaftung”).⁵⁸

According to Cannata’s genuine interpretation, *custodia*-liability, mentioned in Ulp. D. 19, 2, 41, is not a liability for *culpa in custodiendo* yet. After Marcellus, however, a new era begins, when *custodia*-liability construed as a liability for *culpa in custodiendo*.⁵⁹

MacCormack, while interpreting the classical *custodia*-liability by hitting subjective tones (more precisely: from a “mixed” perspective), accepts the classical origin of the relevant fragments. He emphasizes that *custodia*-obligation means here “an obligation to exercise a certain type of *diligentia*”.⁶⁰

In his much-disputed book on the contractual liability in Roman law, Robaye accepts the classical origin of our fragments, giving a completely subjective interpretation. He disputes, *inter alia*, Arangio-Ruiz’s standpoint regarding the distinction between “*danni evitabili*” and “*danni non evitabili*”. When considering liability for *damnum ab alio datum*, it is also worth mentioning that, according to Robaye, Marcellus wanted no more than to develop the main rule originally formulated by Iulianus.⁶¹

In Földi’s plausible view,⁶² the two sources complete each other. As a main rule, formulated by Iulianus, the *custodiens* was not liable for *damnum ab alio datum*, and this standpoint was recognized and amended by Marcellus, formulating the obvious exceptions from the main rule. According to Földi, the extension of the *custodia*-liability to wrongful damage caused by a third person was not self-evident at all; such a view could only be considered as a presumption, which needs to be supervised. In addition, Földi presumes that liability for the damage committed by another was rather based on *culpa in eligendo* in classical Roman law as well. Földi strongly refers to the “case law approach” regarding liability for accidents out of theft and “acts of God”.⁶³ Key issue is, according to Földi, whether the circumstances of the accident can be proven or not. Since theft always creates a suspicious situation, in case of *furtum* the exculpation is impossible. In cases of *vis maior*, the debtor is obviously not liable. However, in other cases, especially in the case of *damnum ab alio datum*, when the thing is still there, exculpation is conceivable. Apart from the simple and obvious cases, in Földi’s view, liability for *custodia* was only casuistically established; and *damnum ab alio datum* was mostly out of the scope of *custodia*.⁶⁴

f) Returning to Ulp. D. 19, 2, 41, we would like to draw attention to the following circumstances. As we have seen, the extension of the objective *custodia*-liability to a wrongful damage done by a third party was completely rejected in the time of

⁵⁸ KRÜCKMANN op. cit. 52.

⁵⁹ CANNATA *Sul problema* (op. cit.) 30.

⁶⁰ MACCORMACK *Custodia*. (op. cit.) 171.

⁶¹ Cf. ROBAYE op. cit. 296.

⁶² See. e.g. FÖLDI *Sulla responsabilità* (op. cit.) 137 ff.; IDEM *Commercial legal institutions* (op. cit.) 107.

⁶³ See e.g. FÖLDI *Anmerkungen* (op. cit.) 272–274.

⁶⁴ Cf. FÖLDI *Anmerkungen* (op. cit.) 273.

Iulianus. According to Marcellus, however, “sometimes” an action can be brought against the debtor who is, consequently, liable for *damnum iniuria datum* in special and obvious cases. But only in case of his fault. Specifically, 1. when the party could have taken such care of the thing that it could not have been injured; 2. when the *custos* caused the damage. Therefore, we hold that the “discrepancy” between the standpoints of Iulianus and Marcellus is not a real one; it is about that the main rule, formulated by Iulianus, was developed and supplemented by Marcellus and Ulpianus.⁶⁵

As for the interpretation of the texts Iul. D. 13, 6, 19 and Ulp. D. 19, 2, 41, in our view, those authors come to the right conclusion who interpret *custodia*-liability from a subjective or a “mixed” point of view (i.e. partly from an objective and partly from a subjective). In this regard, the interpretations of Krückmann, MacCormack, and Robaye seem to be correct. Földi comes to a similar conclusion in the Hungarian literature.

g) As mentioned above, one of the reasons why Roman jurists did not extend the objective *custodia*-liability to *damnum ab alio datum* could be rejection of the extension of active legitimation regarding *actio legis Aquiliae* to other persons than the owner. (In the time of Iulianus [i.e. originally], rejection was of an overall character. Later, in the time of Paulus and Ulpianus, it was partial.) It was presumably attributable to the protection of the owner, the legal nature of *actio legis Aquiliae*,⁶⁶ as well as traditionalism, or conservatism, furthermore, the “case law approach”⁶⁷ of Roman lawyers.

h) Unless our argumentation is incorrect, *damnum ab alio datum* cannot be considered as a *casus minor*. The originality of the expression “cura aut diligentia” does not

⁶⁵ Cf. ROBAYE op. cit. 296.

⁶⁶ The action based on *lex Aquilia* is obviously a *mixta actio* in the Justinianic law (see Inst. 4, 6, 19: “*legis Aquiliae actio de damno mixta est...*”); but, according to the prevailing view in the modern literature of Roman law, it is to be considered as a “mixed action” in the classical Roman law, too (cf. e.g. Heinrich HONSELL – Theo MAYER-MALY – Walter SELB: *Römisches Recht*. Berlin–Heidelberg–New York–London–Paris–Tokyo, Springer–Verlag, 1987. 365.; KASER–KNÜTEL–LOHSSE op. cit. 314.; see differently e.g. Ulrich VON LÜBTOW: *Untersuchungen zur „lex Aquilia de damno iniuria dato“*. Berlin, Duncker & Humblot, 1971. 73.). According to the view of András Földi published in his book on the vicarious liability in 2004, the theory of cumulation is “strongly doubtful” (FÖLDI *Vicarious liability* [op. cit.] 234). For the legal nature of *actio legis Aquiliae* see, in addition, e.g. ANKUM *Actions* [op. cit.] 31 ff. (= IDEM *Antologia* [op. cit.] 127 ff.); in Ankum’s view, the interpolations regarding *actio legis Aquiliae* are rather superficial, and the original penal character of this action is still clearly visible in many Digest–texts (ANKUM *Actions* [op. cit.] 39 = IDEM *Antologia* [op. cit.] 135). The topic debating the legal characteristics of *actio legis Aquiliae* would require an autonomous study. Since it would be impossible to treat here appropriately the problem of the *concursum* of the *actio legis Aquiliae* with the reipersecutory actions, we cannot go deeper into this problem here.

⁶⁷ On the “case law approach” regarding the scope of lesser accidents, see the above–cited works of ANDRÁS FÖLDI. On the “aktionenrechtliches Denken” of Roman jurists see e.g. Max KASER – Karl HACKL: *Das römische Zivilprozessrecht*. München, C. H. Beck, 1996. 235.; Wolfgang KUNKEL – Martin Josef SCHERMAIER: *Römische Rechtsgeschichte*. Köln–Weimar–Wien, Böhlau, 2001¹³. 117.

seem to be a crucial problem because “custodia” and “cura aut diligentia” mean the same in this regard. The possible interpolation seems to have been a stylistic, rather than a substantial one.

Consequently, the responsibility for *damnum ab alio datum* is considered to have been as a subjective (i.e. liability for *culpa*) and not as an objective liability (i.e. liability for *custodia*) in classical Roman law.

As a conclusion, let us emphasize that *damnum ab alio datum* does not belong to the class of lesser accidents, serving as basis for *custodia*-liability. Since *damnum ab alio datum* cannot be considered, as a *vis maior* either, the wrongful damage caused by a third person is to be regarded as a “casus medius”, similar to “simple” robbery.

In Földi’s opinion, as we have seen, the *damnum ab alio datum* was mostly out of the scope of *custodia*. However, wrongful damage committed by another was always out of the scope of the events for which a *custodiens* was objectively liable, which phenomenon we attribute to the subjective interpretation of the above-cited fragments. Based on this consideration, *damnum ab alio datum* can be regarded as a “casus medius”.

3. Fuga servi (servorum)

a) The complicated problem of the flight of the slave would require an autonomous monograph. In our study, this topic can only be treated in a nutshell.

In the sources of classical and Justinianic Roman law we can discover a distinction between slaves “qui custodiri solent” and slaves “qui custodiri non solent”.⁶⁸ As Ulpianus notes in a probably interpolated fragment,⁶⁹ nobody is liable for the “flights of slaves who are not habitually under guard” (in the translation edited by Watson). Although *fuga servi* can be regarded as an evitable accident (i.e. it is not a *vis maior*), based on this fragment it is evident that nobody is responsible for the flight of the slave whom it is not customary to guard. In this famous and much-disputed fragment, the flight of such a slave is mentioned together with typical cases of *vis maior*.⁷⁰

In another much-disputed text (D. 13, 6, 18 *pr.*), which may also have been interpolated by the compilers, Gaius, *inter alia*, excludes the liability of the *commodatarius* for the flights of the slaves “not usually confined” (in the translation edited by Watson).⁷¹

⁶⁸ Cf. e.g. METRO op. cit. 153.

⁶⁹ See Ulp. D. 50, 17, 23: “*Fugae servorum qui custodiri non solent... a nullo praestantur*”. On this much-disputed fragment see e.g. PARIS op. cit. 203 ff.; ARANGIO-RUIZ op. cit. 94 f.; DE ROBERTIS op. cit. I, 33 ff.; ROBYE op. cit. passim; MACCORMACK *Dolus* (op. cit.) 198 f.; CARDILLI op. cit. passim; SERRANO-VICENTE *Custodiam praestare* (op. cit.) 256 ff.

⁷⁰ “[...] *fugae servorum qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur.*”

⁷¹ “*In rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus pater familias suis rebus adhibet, ita ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non possit, veluti... fugas servorum qui custodiri non solent.*” See e.g. PARIS op. cit. 118 ff.; ARANGIO-RUIZ op. cit. 169; LUZZATTO op. cit. 132 ff.; MACCORMACK *Custodia* (op. cit.) 208 f.; ROBYE op. cit. passim, especially

In certain cases the debtor, as a *custodiens*, is objectively liable for the *fuga servi*; there are, however, situations, when the debtor is not responsible for the flight of the slave. In this regard Kaser points out that the distinction between *servi custodiendi* and *non custodiendi* was quite uncertain, and the liability for *fuga servi* was judged from case to case.⁷²

b) Based on Ulp. D. 13, 6, 5, 6⁷³, it seems to be obvious that in case of the *commodatum* of a slave, *custodia*-liability was doubted even in time of the *veteres*. According to Ulpianus, among the earlier jurists it was a question whether there was a liability for the safe-keeping of Ulpianus, among the earlier jurists it was a question whether there was a liability for the safe-keeping of a borrowed slave. Sometimes the *commodatarius* is liable for the safe-keeping even of a slave lent in chains or of an age to demand safe-keeping. “If the intention was that the one who sought to borrow” (as of the translation edited by Watson) should be liable for safe-keeping, then it should be held that the *commodatarius* must be liable for it (i.e. for *custodia*, in an objective sense). In the present study it would be impossible to treat this text appropriately. We would like to lay down only that Ulpianus refers back here to the preclassical antecedents of the development leading to the formation of the clear distinction between “*servi custodiendi*” and “*servi non custodiendi*” in the classical era.

In the passage D. 6, 1, 21,⁷⁴ which is out of the topic of *custodia*-liability, Paulus analyses a case the starting point of which was the flight of a slave from a possessor in good faith (*bonae fidei possessor*). The essence of this text is summarized as follows (N.B. without giving a comprehensive interpretation on this fragment here). Where a slave runs away from a *bonae fidei possessor*, we may ask, Paulus says, whether the slave was one that ought to have been guarded. For, if he seemed to have been of “good (unblemished) reputation”, so that he ought not to have been kept in custody, the *possessor* must be released from liability. If, however, the slave ought to have been guarded (*culpa*), the defendant should be condemned, i.e. the possessor will be liable for the flight of the slave). Paulus describes a clear distinction between slaves of “good reputation” who, therefore, ought not to have been guarded, and slaves who ought to have been guarded. In the first case, the *possessor* (i.e. the defendant of the

284.; CARDILLI op. cit. 496 ff.; ANKUM *Prêt de couverts* (op. cit.) 17 ff.; SERRANO-VICENTE *Custodiam praestare* (op. cit.) 245 ff.

⁷² KASER *Die actio furti* (op. cit.) 110.

⁷³ “*Sed an etiam hominis commodati custodia praestetur, apud veteres dubitatum est. Nam interdum et hominis custodia praestanda est, si vinctus commodatus est, vel eius aetatis, ut custodia indigeret. Certe si hoc actum est, ut custodiam is qui rogavit praestet, dicendum erit praestare.*” On this much-disputed fragment see e.g. CARDILLI op. cit. 173 ff.; SERRANO-VICENTE *Custodiam praestare* (op. cit.) 250 ff.

⁷⁴ “*Si a bonae fidei possessore fugerit servus, requiremus, an talis fuerit, ut et custodiri debuerit. Nam si integrae opinionis videbatur, ut non debuerit custodiri, absolvendus est possessor... Si vero custodiendus fuit, etiam ipsius nomine damnari debet...*” On this text see e.g. CANNATA *Ricerche* (op. cit.) 46 ff.; SERRANO-VICENTE *Custodiam praestare* (op. cit.) 253.; Emanuele STOLFI: *Studi sui ‘Libri ad edictum’ di Pomponio II*. Milano, Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, 2001. 331 ff.; WACKE op. cit. 73 ff.

rei vindicatio) of the slave has to be released from liability; yet in the second case, the defendant of the *rei vindicatio* is liable for the flight of the slave.

In the much-disputed D. 47, 2, 81 (80) *pr.*⁷⁵, Papinianus analyses the following case. Somebody has sold, yet not delivered a slave, probably a *servus non custodiendus*⁷⁶, i.e. a slave who ought not to have been guarded, and the slave is stolen. It is without the fault of the vendor; the better opinion (N.B. the expression “magis est” apparently refers to the controversy among the jurists in this question) is that the vendor will be entitled to the action for theft. The vendor is regarded to be interested either because the property was in his hands, i.e. he was the owner of the slave, or because he will be obliged to assign his actions, i.e. the reipersecutory actions (*rei vindicatio* or *condictio furtiva*)⁷⁷ because *actio furti* can be brought by the vendor. On this text we cannot give a full interpretation here. We merely intend to state that this text is out of the topic of *custodia*-liability; the vendor in the present case is not liable for *custodia*, notwithstanding he has *actio furti*. In case of a *servus custodiendus*, the vendor would be objectively liable for *custodia*.

c) As a conclusion of this brief analysis, we can lay down that in case of the flight of a *servus custodiendus*, the debtor is liable for *custodia*; and the flight of such a slave falls under the scope of lesser accidents. However, in case of a *servus non custodiendus*, the debtor is not liable for *custodia*. The flight of a slave cannot be considered as a superior force since this accident is avoidable even in the case of a *servus non custodiendus*. Therefore, in this second case *fuga servi* can be regarded as a “casus medius”.

In the cases of the flight of a slave we can discover a “border area” of the *casus minor* and *casus medius*.

IV. Conclusions

a) Summarising the analysis of the above-cited texts, let us emphasize again that the “traditional” classification of the accidents (*casus minor* and *casus maior*) does not include all cases of the accidents. Inspired by the results of the research by András Földi,⁷⁸ it seems to be obvious that there are events between “lesser accidents” (for which a *custodiens* is liable) and “acts of God” (which cannot be avoided by human efforts). The case of the simple robbery (not in the sense of *vis maior*), the wrongful damage committed by a third person, and certain cases of the flight of slaves (when the slave should not have been guarded) were investigated in our study. These cases

⁷⁵ “*Si vendidero neque tradidero servum et is sine culpa mea subripiatur, magis est, ut mihi furti competat actio: et mea videtur interesse, quia dominium apud me fuit vel quoniam ad praestandas actiones teneor.*” Cf. e.g. PARIS op. cit. 268 ff.; ARANGIO-RUIZ op. cit. 155 f.; ROBYAY op. cit. 385 f.; VOCI op. cit. 115 f.; PENNITZ op. cit. 395 f.

⁷⁶ Cf. PENNITZ op. cit. 395¹¹⁷.

⁷⁷ Cf. ARANGIO-RUIZ op. cit. 155 f.

⁷⁸ See the above-cited works of the author.

are out of the scope of lesser accidents and “acts of God”, too. In order to classify these events (“dogmatically”), the introduction and application of a third category, the concept of “casus medius”, seems to be necessary.

A “casus medius” can be prevented, in principle, with proper (or extreme) precautions (it cannot be regarded as an inevitable accident), but it would be unjust to make the debtor (objectively) responsible for such an accident. Therefore, it is beyond *custodia*-liability. This is the main reason, in our opinion, why a third dogmatic category, i.e. “casus medius”, needs to be applied regarding these cases.

Applying this new term, the usual dichotomy (*casus minor*–*casus maior*) can be changed to trichotomy: *casus minor*, *casus medius*, and *casus maior*.

The term “casus medius” does not appear in the sources of Roman law. But the same is also true for the term “casus minor”. However, these concepts cannot be regarded to be anachronistic. Introducing and applying the term “casus medius” will perhaps generate criticism due to, *inter alia*, the conservatism of jurisprudence, yet we hope that the current classification of accidents can be supplemented with the new concept of “casus medius”.

b) The following question arises: is there any coherence regarding “casus medius” cases?

Cases of *rapina* and *damnum ab alio datum* have a common core: violence (in the first case against a person and in the second case against a thing) which poses obviously a limit to objective liability for *custodia*.

In addition, a robbery or a wrongful damage committed by another would be hard to foresee or prevent and the same is true for the flight of a *servus non custodiendus*.

It is generally recognized that prevention is primary principle regarding legal responsibility.⁷⁹ In our opinion, the preventive function of responsibility could not be fulfilled if a *custodiens* were liable for *rapina*, *damnum ab alio datum*, or for the flight of a *servus non custodiendus*. Without any doubt, these events would be extremely difficult to avoid, foresee, or prevent. This may have been the main reason for a *custodiens* not being liable for these events which, however, cannot be considered as irresistible and, therefore, as “acts of God”. Consequently, there is a need to introduce a third dogmatic category i.e. of “casus medius” for such events.

The responsibility for *custodia*, in our view, has to be analysed from a “mixed” approach, i.e. from an objective and a subjective approach as well.⁸⁰ Liability for *custodia* cannot be interpreted exclusively from an objective perspective. Prevention of a *casus minor* also requires an improved diligence from the *custodiens*. However, prevention of events falling under the scope of “casus medius” (simple robbery; wrongful damage done by a third person; flight of a *servus non custodiendus*) would require such extreme diligence which should not be deemed as expected even from a *custodiens*.

⁷⁹ Cf., first and foremost, MARTON *Les fondements* (op. cit.) 344 ff. (“premier principe de la responsabilité civile”).

⁸⁰ Cf. the above-cited works of CANNATA and MACCORMACK.

c) According to Földi,⁸¹ as we have seen, it is only liability for theft of the *custodiens* that can be regarded as unambiguous in classical Roman law; apart from the simple and obvious cases, liability for *custodia* was only casuistically established. Földi emphasizes that it is not the possibility of human resistance that is of great importance in this regard; the key issue is whether the circumstances of the accident can or cannot be proven. This argumentation is very conceivable, yet we also have to draw attention to the importance of the aspect whether a debtor is able to foresee, avoid, and prevent the damage. In the cases of “*casus medius*”, the prevention of the damage would require excessive efforts from the debtor especially in the case of robbery, which includes violence against a person.

We agree with Földi’s view that responsibility for *custodia* included primarily liability for theft, and that *custodia*-liability cannot be considered as a responsibility for all accidents out of the scope of “acts of God”. Practical aspects of the probability could also play a role considering the decision of the question whether or not a debtor was liable for a particular accident. In this regard, it is undoubtedly important to distinguish whether the thing is still there or not. One of the bases of *custodia*-liability for theft may be that the thing has disappeared in suspicious circumstances from the custody of the debtor. However, in case of *damnum ab alio datum* the thing is still there, consequently, the exculpation for such damage seems to be more conceivable.

d) A few words on the question of the above-mentioned “casuistic method” i.e. “case law approach”. We think that there are guiding principles, which play a significant role with regard to the cases of “*casus medius*”.

Violence seems to be the limit of *custodia*-liability. If our argumentation is correct, there is no objective *custodia*-liability for robbery or for wrongful damage caused by a third person. Violence is the linchpin between these two accidents. These events, moreover, are much less predictable and preventable than theft.

As for the flight of the *servus non custodiendus*, the debtor was not obliged to foresee this event. Therefore, his liability for such damage would be contrary to the preventive nature of legal responsibility. As we have seen, there is a clear distinction between *servi custodiendi* and *servi non custodiendi* in the sources of Roman law, which seems to be a very conscious dichotomy.

The element of violence in cases of *rapina* and *damnum ab alio datum* as well as the differentiation between the two types of the slaves refer to guiding principles in spite of the “case law approach”.

e) Last but not least, let us see the “three-stage scale” of the accidents investigated (or mentioned at least) in our study – in a summarized form:

- *Casus minor*: not an original Roman law term (it has been created by Baron in the 19th century) for accidents which can be avoided by human efforts and for which a *custodiens* is objectively liable (i.e. independently of his fault).
- *Casus medius*: a new dogmatic category for accidents which can be avoided

⁸¹ See the above-cited works of the author.

by human efforts but for which a *custodiens* is not (objectively) liable. It includes (in the light of our research) *a*) the “simple” robbery; *b*) the wrongful damage committed by another; *c*) and the flight of a *servus non custodiendus*. It would be extremely difficult for the debtor to foresee, to prevent, or to avoid these accidents. Therefore, the objective liability for *custodia* did not extend to these events.

- *Casus maior*: an original Roman law term for accidents which human weakness cannot prevent.

This would be a “three-stage scale” of the accidents with the brand new term “casus medius”.

LA PROSPETTIVA CANONICA DELLA CURA PASTORALE DEI POLIZIOTTI

Csaba SZABÓ

Professore, Univ. Nazionale per il Servizio Pubblico e Ministero dell'Interno
– Lóránd UJHÁZI

ricercatore senior, Univ. Nazionale per il Servizio Pubblico e PPKÉ

Negli anni del Concilio Vaticano II i vicari castrensi responsabili della cura pastorale dei militari, hanno posto la domanda della riforma della struttura del servizio pastorale. Dopo il Concilio si è analizzato a livello universale¹ e a livello locale² la

¹ Juan Ignacio ARRIETA: Costituzione Apostolica *Spirituali militum curae* del 21. aprile. *Il sistema dell'organizzazione ecclesiastica. Norme e documenti*. Roma, Edizione Università della Santa Croce, 2003. 223–224.; Raffaele COPPOLA: Lettura della „*Spirituali militum curae*” in prospettiva di norme per uno statuto dell'ordinariato militare in Italia: bilancio e prospettive. *Il Diritto Ecclesiastico*, 98/4. 1988. 310–315; Eduardo BAURA: *Legislazione sugli ordinariati castrensi*, Milano, Giuffrè, 1992.; Raffaele COPPOLA: Lettura della „*Spirituali militum curae*” in prospettiva di norme per uno statuto dell'ordinariato militare in Italia: bilancio e prospettive. In: *Studi in memoria di Mario Petroncelli*. Napoli, Jovene, 1989./I. 147–167.; Pierluigi CONSORTI: „La Chiesa in armi”. Sinodo dell'Ordinariato Militare d'Italia. *Rivista di Teologia Morale*, 2000/126. 209–222.; IDEM: Risposta al Centro studi dell'Ordinariato militare. *Rivista di Teologia Morale*, 2001/130. 269–274.; Julian HERRANZ: La natura degli ordinariati militari alla luce della costituzione apostolica „*Spirituali Militum Curae* e dei successivi documenti del magistero”. *Giustizia e pastoraltà nella missione della Chiesa*, Guiffré, 390–410.; CENTRO STUDI DELL'ORDINARIATO MILITARE: Obiezione all'articolo di P. Consorti. *Rivista di Teologia Morale*, 2001/130. 259–267.; Jorge Contreras SARMIENTO: *La Spirituali Militum Curae Aplicación jurídica y eficacia pastoral*. Roma, Pontifica Università Lateranense. 2008. 22–23.; Alfred HIEROLD: *Militärseelsorge*. In: Joseph LISTL – Heribert SCHMITZ (ed.): *Handbuch des Katholischen Kirchenrechtes*. Regensburg, Verlag Friedrich Pustet, 1999. 450–451.

² George SUBOTICH: *The juridic Status of Chaplain in the Army of the United States of America according to the Norms of American Military Law and the Prescription of the Holy See*. Roma, Pontifical Lateran University, 1953.; Michael BARRY: *The Juridical Status of the Military Vicarate, Military Vicar and Military Chaplain of Canada*. Roma, Pontifical University of St. Thomas, 1954–1955.; Robert OGLE: *Faculties of Canadian Military Chaplains: Commentary on the Faculty Sheet of December 1955*. Ottawa, University of Ottawa. 1956.; Bernard DEUTSCH: *Jurisdiction of Pastors in External Forum*. Washington, Catholic University of America, 1957.; Reanatus SCHATTEMAN: *The Present Special Faculties of the Military Chaplains of the United States*. Roma, Pontifical University of St. Thomas, 1957–1958.; Jeremias REBANAL: *Ecclesiastical Jurisdiction in the Armed Forces*

possibilità di una nuova, più adeguata forma e struttura canonica dell'attività dei vicari e dei cappellani militari. La volontà del legislatore è stata realizzata dalla costituzione apostolica *Spirituali Militum Curae* (SMC), la quale ha riformato tutta la struttura canonica e l'ha avvicinata alla necessità moderna degli eserciti nazionali e organizzazioni internazionali. In questo campo c'è una vasta quantità di pubblicazioni ed interpretazioni. Per questo motivo nell'articolo non si vuole fare una ripetizione superflua ma ci si riferisce alle strutture dell'ordinariato militare quando questi istituti sono in relazione con la cura pastorale dei polizioti. Ma primariamente il saggio è dedicato alla necessità della prospettiva canonica dell'attività pastorale tra i polizioti, presentando dei modelli già esistenti e delle vie giuridiche alternative.

1. La necessità e la ragione di una struttura canonica propria per i polizioti

Quando il CIC (Codex Iuris Canonici) menziona un'unica volta i cappellani militari, dice che essi „sono retti da leggi speciali” (569. can.). Qui il legislatore si riferisce alla vita speciale dei cappellani militari, non alle circostanze particolari dei militari. La presentazione del CIC è logica perché il canone 569 si trova tra i canoni (564–572. can) che presentano l'istituto canonico dei cappellani. Invece dopo la promulgazione della costituzione apostolica SMC, la causa della legislazione extra-codificiale veniva spiegata dallo stesso legislatore e anche dagli autori con la condizione di vita particolare dei militari e non con quella dei cappellani. Infatti i militari erano quelli che vivevano una vita particolare necessitata dalle esigenze dell'esercito in quanto costretti a spostamenti continui. Il legislatore tradizionalmente prendeva in considerazione la particolare vita dei militari nel regolamento giuridico-pastorale. La legislazione canonica dimostra una continuità storica dei documenti papali e dicasteriali fino alla SMC. Anche l'interpretazione della prima legge universale, l'istruzione „*Sollemne Semper*” e i suoi altri documenti supplementari hanno sottolineato le circostanze particolari che avevano reso necessaria la legislazione extra-codificiale.

Questo principio teologico pastorale veniva sottolineato dal Concilio Vaticano II (Lg 37). Ma al tempo dell'emanazione del *Sollemne Semper* ed anche al tempo della SMC i militari vivevano effettivamente sotto circostanze speciali derivate dalla mobilità delle armi, e soprattutto dal servizio di leva. Quest'ultimo limitava abbastanza fortemente la libera mobilità dei soldati di leva. La Chiesa doveva assicurare l'assistenza spirituale anche a loro. Il principio teologico-pastorale non è nuovo, ma dopo il Concilio tante volte viene sottolineato che la Chiesa deve assicurare l'assistenza spirituale per tutti i cattolici anche per quelli che vivono in circostanze particolari. Per questo motivo la Chiesa cerca di trovare le possibilità migliori per creare una struttura canonica per la cura spirituale dei fedeli, per la santità della vita e per la fonte dei sacramenti e per la parola di Dio.³ Invece dal punto di vista dei

in the Philippines. Manila, Pontifical University of St. Thomas, 1958.; John SMITH: *The military Ordinariate in the USA*. Washington, Catholic University of America, 1966.

³ HERRANZ op. cit. 390.

fedeli cattolici e anche di quelli che si trovano in circostanze particolari, la possibilità di ricevere i sacramenti e di ascoltare la parola di Dio è un diritto che deriva dal loro stato di essere battezzati.⁴

La costruzione dell'ordinariato militare come un nuovo elemento gerarchico nel sistema canonico è stato uno sviluppo di quel periodo. Non ci si vuole immergere nel dibattito interminabile sul carattere canonico e teologico dell'ordinariato militare. Invece si deve trarre la conclusione che la situazione odierna è diversa dal periodo dell'emanazione della costituzione apostolica. Nei paesi occidentali il lavoro dei soldati professionali e a contratto oggi è più vicino a quello degli impiegati pubblici che ai militari del passato. Ma appunto quest'ultima forma di vita giustificava la legislazione speciale e un'organizzazione indipendente e esclusiva dell'assistenza spirituale per i militari. I soldati d'oggi sono liberi di muoversi e nella maggior parte dei paesi occidentali non sono costretti a vivere nelle caserme. Se vogliono possono partecipare all'assistenza spirituale delle organizzazioni locali della Chiesa Cattolica. Ai nostri giorni il motivo giusto e originario del legislatore sussiste nelle cosiddette missioni militari della dell'ONU della NATO e dell' UE o nelle altre iniziative internazionali. Qui i militari vivono veramente in circostanze speciali e sono distaccati dalle fonti „spirituali” classiche della Chiesa. Si trovano in una situazione psichicamente grave.

Qui non si parla dei paesi del Sud-America dove gli ordinariati militari anche oggi offrono la cura pastorale sotto le stesse circostanze di quando questi istituti sono stati fondati.⁵ Questo vale anche per i paesi dove ancora oggi esiste il servizio militare di leva (per es. l'Austria). Insomma oggi la situazione che ha motivato il legislatore ad emanare una legge per la cura pastorale dei militari nella sua totalità non esiste. Ma l'ordinariato militare come un'organizzazione ecclesiastica, come un elemento gerarchico, vicino alla diocesi, ci dimostra che la Chiesa prende in considerazione le circostanze particolari di vita dei fedeli cattolici. L'ordinariato militare come una struttura basata sui principi teologici e pastorali del Concilio Vaticano II., indica la via per costruire anche altre strutture, se questo è necessario dal punto di vista pastorale della Chiesa.⁶ Cioè l'ordinariato militare – evidentemente con alcune modifiche giuridiche necessarie - come un'istituto canonico può essere un modello per le altre strutture pastorali dei diversi ceti sociali. Anzi non solo gli aspetti teologici-canonici attestano la ragione di un servizio pastorale per i poliziotti ma anche le sfide psicologiche e le circostanze specifiche di lavoro. Se nel caso dell'esercito è vero che i militari vivono una vita particolare, questo è più evidente nel caso della Polizia.

⁴ Alvaro DEL PORTILLO: *Laici e fedeli nella Chiesa*. Milano, Giuffrè Editore, 1999. 64.

⁵ Fabio SUESCÚN MUTIS: *Die Militärseelsorge in Kolumbien*. In: *Ethica 2012*. Wien, Institut für Religion und Frieden, 2012. 65–74.; Juan BARROS MADRID: *Militärseelsorge in Chile. Militärseelsorgliche Optionen in Unterschiedlichen Wehrsystemen*. In: *Ethica 2012*. Wien, Institut für Religion und Frieden, 2012. 45–56.

⁶ Marcello SEMERARO: *Comunione Ecclesiale: le sue forme e la sua attuazione*. In: *16 ° Convegno Nazionale dei Cappellani della Polizia di Stato: 16 ° Convegno Nazionale dei Cappellani della Polizia di Stato. 16 – 18 Settembre 2008*. Istituto per Ispettori della Polizia di Stato Nettuno (RM), 2008. 15.

Tutto questo – i principi conciliari, la legislazione vigente e la situazione dei poliziotti – dovrebbe spingere il legislatore ecclesiastico a creare un istituto canonico che possa essere applicabile con un modo flessibile a livello del diritto universale e del diritto concordatario.

2. Varie soluzioni per l'assistenza spirituale dei poliziotti

Alcune volte il legislatore della Chiesa Cattolica oppure le parti contraenti – statali e ecclesiali – hanno preso in considerazione i concetti sopramenzionati e cercato la possibilità di una cura pastorale organizzata dei poliziotti. Se si osserva la cura pastorale dei poliziotti si nota che, in questo caso al contrario che in quella dei militari non c'è una struttura più o meno uniforme, ma si vedono varie soluzioni locali o stabilite dagli accordi internazionali.

2.1. Assistenza spirituale tramite l'ordinariato militare

Dove esisteva una cura pastorale centralizzata dei poliziotti, questa tante volte veniva svolta dall'ordinariato militare. Ma l'introduzione di SMC e anche il primo paragrafo della Costituzione indica l'orientamento dell'ordinariato militare come cura pastorale dei militari. È vero che anche la polizia è un servizio armato, ma non è un esercito. Quando l'ordinariato militare svolge la cura pastorale della polizia questa è un servizio straordinario secondo l'interpretazione stretta della costituzione SMC.⁷ Così l'assistenza spirituale della polizia non deriva dalla missione originale dell'ordinariato e neanche dalla volontà del legislatore. Invece nei patti internazionali alcune volte la parte contraente ecclesiale con consenso della parte statale estende la giurisdizione dell'ordinariato militare alla polizia. Senza questa estensione della giurisdizione dell'ordinariato militare l'istituto non è responsabile delle altre forze armate. Anzi qualsiasi sua attività organizzata pastorale tra loro sarebbe un intervento illegale nella giurisdizione dell'ordinario del luogo.⁸

Negli anni cinquanta, nei paesi del Sud-America era tendenza che la competenza giuridica-pastorale dei vicariati militari fosse allargata anche alle altre forze armate. Nell'anno del 1957 la Santa Sede e l'Argentina si sono accordati sulla fondazione di un servizio pastorale per i militari con una competenza piuttosto allargata. Anche il titolo del documento indica che la nuova organizzazione ecclesiastica per la cura pastorale dei militari ricevette una competenza sopra le forze armate inclusi

⁷ Gaetano LO CASTRO: Conoscenza e interpretazione del diritto. In: AA.VV.: *Il diritto della Chiesa Interpretazione e prassi*. Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 1996. 11–15.; José Luis GUTIÉRREZ: Alcune questioni sull'interpretazione della legge. *Apollinaris*, 1987/60. 517; László, Örsy: The Interpreter and his Art. *The Jurist*, 1980/40. 31.

⁸ COPPOLA op. cit. 310–315.

anche i carabinieri.⁹ Questa competenza allargata sopravvive anche nell'ordinariato militare.¹⁰

La competenza giuridica dell'ordinariato militare di Bolivia si estende alla cura pastorale degli addetti del settore della difesa. Ma il ventesimo articolo del patto stipulato nel 1986 viene formulato in modo generale. Però per definire in maniera più precisa gli addetti del settore della difesa si dovrebbe conoscere più dettagliatamente lo stesso settore. Invece lo stesso articolo del documento precisa che gli addetti del Ministero della Difesa e della Polizia Nazionale appartengono alla giurisdizione dell'Ordinariato Militare.¹¹ Inoltre il patto amplia la competenza giuridica della stessa organizzazione ecclesiastica per i familiari dei poliziotti. In quest'ultimo campo ci sono poi molte nuove iniziative.

Il diciassettesimo articolo dello statuto dell'Ordinariato Militare del Brasile estende la giurisdizione pastorale dello stesso ordinariato alle forze armate e alle cosiddette forze ausiliari (*Forças Auxiliares*).¹² Si segnala fra parentesi che le forze armate significano la polizia militare e i vigili del fuoco. Le parti contraenti hanno ritenuto importante menzionare la polizia militare per la sua struttura particolare ma quest'organizzazione è inserita nell'esercito e non è quindi indipendente. Invece i vigili del fuoco non sono una organizzazione integrata nell'esercito. Lo statuto dichiara anche in questo caso che la competenza giuridico-pastorale dell'ordinariato si estende anche ai familiari e ai bambini degli addetti (punto b). Il nuovo patto internazionale instaurito nel 1990 a differenza dello statuto non menziona la polizia militare e i vigili del fuoco come organismi per la cura pastorale dell'ordinariato militare. Nel caso della Polizia militare, essendo questa una divisione integrata nell'esercito, si può supporre la giurisdizione dell'ordinariato, invece questo non sussiste per i vigili del fuoco che è una organizzazione del Ministero degli Interni.¹³

Lo Statuto dell'Ordinariato Militare del Cile indica che l'ordinariato militare svolge l'attività pastorale tra i Carabinieri e la sua giurisdizione riguarda gli addetti del Ministero della Difesa.¹⁴

La Santa Sede e l'Ecuador hanno regolato la questione della cura pastorale delle forze armate in un documento di maggior prestigio nel 1983. Anche nel titolo

⁹ Congregazione Consistoriale: Decisione. 8. VIII. 1957. *Acta Apostolicae Sedis*, 1957/49. 866–868.

¹⁰ La Curia Castrense está integrada por el Obispo Castrense, su Vicario General, los Capellanes Mayores de Ejército, Armada y Fuerza Aérea, Gendermería Nacional y Prefectura Naval Argentina. Estatutos del Obispado Castrense de Argentina. VII. pont. In. Bollettino dell' 30 novembre 1989.

¹¹ Los fieles que sean miembros activos del Ramo de Defensa Nacional, es decir, el Ministerio de Defensa Nacional, las Fuerzas Militares, la Policía Nacional y los Organismos descentralizados, adscritos o vinculados a este Ministerio. *Acta Apostolicae Sedis*, 1989/81. 528–531.

¹² Artigo 17: a) pelos fiéis católicos que integram as Organizações Militares das três Forças Armadas e das Forças Auxiliares (Policia Militar e Corpo de Bombeiros). *Acta Apostolicae Sedis*, 1951/43. 91–93.

¹³ Artigo VI: Para efeito de organização religiosa, serão assistidos pelo Ordinariato Militar os fiéis católicos. A) integrantes das Organizações Militares da Forças Armadas, bem como seus parentes o empregados que habitem sob o mesmo teto. *Acta Apostolicae Sedis*, 1990/82. 126–129.

¹⁴ Los fieles que conforme a las leyes de la República pertenecen en servicio activo al Ejército, Armada, Fuerza Aérea y Carabineros. Se comprende en esta situación a las personas que forman parte del Gabinete del Ministro de Defensa Nacional. *Acta Apostolicae Sedis*, 1958/48. 803–804.

del documento si sottolinea che l'ordinariato militare si assume la cura pastorale delle forze armate ecuadoriane comprendendo anche la Polizia.¹⁵ Si segnala inoltre nell'introduzione del documento che si vuole risolvere l'assistenza pastorale in una cornice organizzata non soltanto nell'esercito, ma anche nella Polizia. Si conferma questo fatto anche nel documento (art. 7) ma qui si aggiunge che l'ordinariato militare è responsabile per l'assistenza spirituale solo per i poliziotti che svolgono un servizio attivo.¹⁶ Cioè logicamente l'ordinariato militare non deve risolvere la cura pastorale dei poliziotti pensionati.

Lo statuto dell'Ordinariato Militare di El Salvador segue uno schema simile, ma usa un'altra espressione: „le forze di sicurezza”.¹⁷ Nel terzo articolo si ribadisce che l'istituto ecclesiastico è responsabile per la cura pastorale degli addetti esecutivi della Polizia.¹⁸ Il quinto articolo esprime un aspetto pratico quando dice che l'istituto ecclesiastico delega un vicario generale proprio per armonizzare il lavoro pastorale nella Polizia. In seguito El Salvador e la Santa Sede hanno rinnovato il patto bilaterale nel 1989, in cui la questione della cura pastorale delle forze esecutive e forze interne non viene più menzionata.¹⁹

Il Vicariato Castrense del Paraguay, fondato nel 1962 e riformato nel 1986, ha la competenza pastorale per l'Esercito e anche per la Polizia. Anzi lo statuto dell'ordinariato militare menziona gli istituti di Polizia e gli addetti civili come soggetti dell'attività pastorale dell'ordinariato militare. Lo stesso statuto segnala che i cappellani appartengono al personale dell'Esercito o della Polizia e portano i gradi e le segnalazioni delle unità dell'uno o dell'altra.²⁰ Lo statuto conosce il concetto del cappellano ausiliare come membro delle diocesi che aiuta temporaneamente o stabilmente l'ordinariato quando l'istituto non dispone di un numero sufficiente dei cappellani per la cura pastorale dell'Esercito o della Polizia. Non porta nè gradi militari nè gradi della polizia (art. 22). Per un'estesa giurisdizione dell'ordinariato militare, il legislatore nomina non soltanto il Ministero della Difesa ma anche il Ministero degli Affari Interni come interlocutori dell'ordinariato (art. 23). Perciò prima della nomina dei cappellani per l'Esercito il Ministero della Difesa e per la Polizia il Ministero degli Interni hanno la competenza di controllo e di esprimere le loro obiezioni dal punto di vista della sicurezza nazionale.²¹

La presentazione della materia giuridica dell'Ordinariato Militare delle Isole Filippine è contraddittoria perchè secondo il sito ufficiale dell'ordinariato la competenza giuridica dell'istituto si estende anche alla Polizia. Invece gli altri documenti dell'organizzazione non dicono nulla su questa competenza

¹⁵ Acuerdo entre la Santa Sede y la República del Ecuador sobre asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.

¹⁶ Policía en servicio activo.

¹⁷ Asistencia religiosa de la Fuerza Armada y Cuerpos de Seguridad.

¹⁸ Poder Ejecutivo en el Ramo de Defensa.

¹⁹ [...] en las diferentes Unidades de las Fuerza Armada [...]

²⁰ *Acta Apostolicae Sedis*, 1962/54. 22–27.

²¹ *Acta Apostolicae Sedis*, 1962/54. 110–113.

dell'ordinariato.²² In realtà sono state introdotte alcune modifiche nella legge. Queste riguardano le questioni della sicurezza nazionale e delle risorse finanziarie, ma non la competenza giuridica dell'ordinariato militare, la quale si estende soltanto all'Esercito Filippino.

L'Ordinariato Militare degli Stati Uniti ha competenza per i membri della Guardia Nazionale,²³ sia quelli che stanno effettuando il servizio che quelli che sono adetti stabili della Guardia.²⁴ Nonostante la Guardia Nazionale abbia una funzione interna, la protezione civile e il controllo dei confini statali, la legislazione americana ha concretizzato su vari livelli che la Guardia Nazionale è un'arma indipendente e di conseguenza è sottomessa al settore della Difesa in cui l'Ordinariato Militare svolge la cura pastorale. Invece l'ordinariato non ha ricevuto una competenza giuridica sopra le altre forze armate, neanche sulla Polizia. L'ordinariato nemmeno potrebbe essere idoneo per organizzare un'adeguata assistenza dei poliziotti in un grande paese come gli Stati Uniti. La Chiesa americana ha programmi spirituali per i poliziotti ma non tramite l'ordinariato ma a livello locale. Oppure la competenza giuridica dell'ordinariato militare si estende alla Gendarmeria in Belgio.²⁵ In questo caso l'organizzazione era originalmente costituita in tal modo che la sua competenza giuridica era estesa non solo ai membri del esercito.²⁶

Tra gli ordinariati fondati pochi anni fa alcuni hanno ricevuto competenza giuridica-pastorale anche sui poliziotti. Secondo il patto fra la Santa Sede e la Croazia del 1996 l'ordinariato militare è stato fondato per l'assistenza spirituale dei militari e anche dei poliziotti. L'ordinariato svolge la cura pastorale del personale professionale dei poliziotti.²⁷ Inoltre il quinto paragrafo dell'accordo internazionale ribadisce la competenza giuridica dell'ordinariato sui poliziotti e anche sui loro familiari e su tutti gli altri che vivono con loro nello stesso domicilio. I cappellani presso la Polizia portano i gradi poliziotti. Poi l'ordinariato militare deve assicurare l'assistenza spirituale cattolica per gli istituti scolastici della Polizia. Il legislatore prende in considerazione dei vantaggi della cura pastorale dei poliziotti in una forma strutturata, inoltre i precedenti storici e anche il peso sociale della Chiesa Cattolica Croata.

In Croazia tra i poliziotti anche prima della fondazione dell'ordinariato militare esisteva una forma di assistenza spirituale più meno organizzata dai vescovi croati.

²² *Acta Apostolicae Sedis*, 1952/44. 743–744.

²³ *The National Guard Story is America's story. The National Guard is the oldest military branch. Our unique dual mission: serving both community and country.* <http://www.nationalguard.com/about>

²⁴ XV. The faithful who serve in National Guard, Air National Guard, or Civil Air Patrol, while they are on active duty. *Acta Apostolicae Sedis*, 1957/49. 970–973.

²⁵ Statuts du diocèse aux forces armées belges. *Ordinariatus millitaris belgii. Acta Apostolicae Sedis*, 1957/49. 940–943.

²⁶ Jean-Pierre SCHOUPPE: Alle disposizione della Conferenza Episcopale del Belgio in occasione della creazione di una diocesi della forze armate. *Ius Ecclesiae*, 1990/2. 357–359.

²⁷ Ugovor između Svete Stolice i Republike Hrvatske o dušobrižništvu katoličkih vjernika, pripadnika oružanih snaga i redarstvenih službi Republike Hrvatske http://www.vojni-ordinarijat.hr/index.php/dokumenti/ugovor_tempo_dello_scaricamento

All'inizio della guerra d'indipendenza il 7 ottobre 1991, la Conferenza Episcopale Croata ha deciso di incaricare un vescovo ausiliare di svolgere e di creare una forma di assistenza spirituale per i soldati e anche per i poliziotti. Fra il 1991 e il 1995 più di 160 preti cattolici facevano parte della cura pastorale dei poliziotti croati.²⁸

Anche l'Ordinariato Militare di Slovacchia ha ricevuto una competenza per l'attività pastorale dei poliziotti. Anzi l'ordinariato militare svolge la cura pastorale negli istituti simili alla Polizia come la Polizia Ferroviaria e la Polizia Giudiziaria. Al tempo della fondazione dell'ordinariato militare nel 2000, si prendeva in considerazione che la Chiesa Cattolica Slovacca aveva grande peso e prestigio sociale.²⁹ L'ordinariato ha un ramo separato sotto la direzione di un vicario generale che porta la responsabilità per i poliziotti e per gli altri servizi simili. Quelli che svolgono la cura pastorale dei poliziotti, sono in un rapporto giuridico ufficiale con la Polizia o con le altre suddette organizzazioni.³⁰ L'ordinariato fa il suo lavoro pastorale anche fra i familiari dei poliziotti che vivono nello stesso domicilio. Inoltre la competenza dell'ordinariato si estende alle scuole ed accademie di tutte le forze armate. La Repubblica Slovacca assicura la base finanziaria per l'attività pastorale in questi istituti.³¹

2.2. Modello della missione nella cura pastorale dei poliziotti

Alcune volte la competenza giuridica dell'ordinariato militare non si estende su tutte le forze del paese ma soltanto su alcune di loro.

La pubblica sicurezza dell'Italia si basa prima di tutto sulle due forze interne, sull'*Arma dei Carabinieri* e sulla *Polizia di Stato*. L'Ordinariato Militare d'Italia ha la competenza giuridica per i carabinieri a causa della loro dipendenza dal Ministero della Difesa e dal loro profilo semi-militare. L'ordinariato militare non ha competenza di effettuare nessuna attività pastorale tra i poliziotti. È interessante invece che la Guardia di Finanza, che si trova sotto la direzione del Ministero dell'Economia e delle Finanze, appartenga alla cura pastorale dell'Ordinariato Militare.

Per quanto riguarda la Polizia, sin dalle origini dello stato italiano qualche tipo di assistenza spirituale religiosa esisteva non soltanto per i militari ma anche per i „corpi ad essi equiparati”. La presenza dei cappellani nelle varie forze dalla motivazione pragmatica è stata assicurata anche all'epoca del Risorgimento e nel periodo separatista.

²⁸ Povijest Vojnog ordinarijata u Republici Hrvatskoj – Storia della Cura Pastorale dell'esercito croato. <http://www.vojni-ordinarijat.hr/index.php/site/povijest>

²⁹ Zmluva o duchovnej službe. Zmluva medzi Slovenskou republikou a Svätou stolicou o duchovnej službe katolíckym veriacim v Ozbrojených silách a ozbrojených zboroch Slovenskej republiky <http://www.ordinariat.sk/zmluva-o-duchovnej-sluzbe/>

³⁰ Štatút Ordinariátu zbrojených síl a ozbrojených zborov SR, <http://www.ordinariat.sk/statut-ordinariatu-ozbrojenych-sil-a-ozbrojenych-zborov-sr/>

³¹ Zmluva medzi Slovenskou republikou a Svätou stolicou o duchovnej službe katolíckym veriacim v ozbrojených silách a ozbrojených zboroch Slovenskej republiky. <http://specp.prf.cuni.cz/dokument/sr-smlarm.htm>

Dopo la guerra mondiale la Costituzione Italiana verifica la legittimità e l'utilità dell'Assistenza religiosa cattolica ai militari e alle Forze dell'Ordine (artt. 8., 19. e 20.). Il legislatore ha precisato lo Stato giuridico dei cappellani in alcune leggi successive. (113 del 10/04/1954 e n° 512 del 01/06/1961).

La riforma della Polizia di Stato (L.121/81 art.69) e la revisione del Concordato (L.121/85 art. 11) seguendo il concetto costituzionale del dopoguerra, sottolineavano l'importanza dell'assistenza religiosa cattolica tramite un'organizzazione cattolica e i cappellani nella forza di polizia. Le parti statali e ecclesiali hanno precisato il compito delle due parti a livello di un accordo bilaterale tra il Ministero dell'Interno e la Conferenza Episcopale Italiana.

La Conferenza Episcopale e il Ministero dell'Interno hanno stipulato il secondo accordo nel 1999 per la cura pastorale dei poliziotti.³² L'accordo è Stato pubblicato nella gazzetta ufficiale della Conferenza Episcopale Italiana e anche nel bollettino delle leggi civili.³³ Il patto del 1999 in sostanza è una versione aggiornata e precisata di quello precedente dell'anno 1991.³⁴ A quel tempo è emersa la necessità della cura pastorale dei poliziotti in una cornice strutturata.³⁵ Secondo l'accordo la Chiesa Cattolica assicura i cappellani per gli istituti e le scuole della Polizia, tramite un istituto sotto la direzione della Conferenza Episcopale Italiana. La nomina dei cappellani viene fatta da questa organizzazione ecclesiastica ma il Ministero dell'Interno ha una competenza per confermarla (art. 2). Tante volte i pastori locali vengono richiesti per prendere parte nella missione dell'istituto menzionato. Questa forma sostanzialmente è una variazione dell'istituto canonico di cappellano definito dal diritto canonico (can 566.). C'è un cappellano nominato dalla conferenza episcopale, che coordina tutta l'attività dell'organizzazione (art. 3. 1°). Il documento include anche condizioni. Soltanto i cappellani con cittadinanza italiana e con capacità giuridica e d'agire possono essere incaricati. Questo tipo di stipulazione esiste anche in alcuni ordinariati militari dove i sacerdoti cittadini possono essere nominati dei cappellani dell'esercito.³⁶ Una simile condizione è che il candidato cappellano non può avere meno di trent'anni e non può averne più di sessantadue. Probabilmente il limite inferiore d'età deriva da un concetto ecclesiastico e teologico-pastorale ma il superiore è risultato di una legge civile. Perché il concetto generale pastorale della Chiesa è quello che i sacerdoti giovani diano un servizio parrocchiale classico. Loro possono essere nominati per i compiti speciali ecclesiastici soltanto dopo un servizio pastorale generale. Il limite d'età superiore è stato assimilato dalla legge della Polizia.

Ogni anno l'autorità ecclesiastica deve inviare il nome dei candidati sacerdoti all'autorità competente civile e ai dirigenti degli istituti della Polizia entro il 31 settembre. Se l'autorità civile non trova nessuna obiezione contro il candidato, si

³² Notiziario CEI 1999. 415–423.

³³ Gazzetta Ufficiale.

³⁴ Notiziario CEI, 1991, 45–49.

³⁵ BAURA op. cit. 260.

³⁶ UJHÁZI, Lóránd: A katonai ordinariátus „alárendeltjei” és lelkipásztori gondozására bizott személyek. *Sereg Szemle* 2013/1. 86–90.

deve inviare la lista con i nomi dei candidati al Ministero dell'Interno fino al 31 ottobre.³⁷

L'istituto in sintonia con il progetto pastorale della Conferenza Episcopale Italiana ha emanato un documento sul progetto pastorale per il periodo 2011-2013. L'obiettivo era che i cappellani potessero svolgere più efficacemente il loro lavoro.³⁸ L'istituto ha pubblicato un documento nel 2007 per i cappellani presso gli uffici di Polizia. La prima parte del nuovo documento (2010) include i principi e riassume le esperienze. La seconda parte invece presenta la possibilità di nuove iniziative. Ribadisce che non soltanto i poliziotti, ma anche i loro familiari vivono in circostanze speciali ed hanno bisogno di una cura spirituale particolare. Quindi l'istituto assicura una cura spirituale anche a loro. Il documento ritiene importante che i cappellani siano presenti negli uffici, nei reparti, negli istituti e negli alloggi della Polizia. Il legislatore ritiene che i compiti dell'organizzazione non siano soltanto un lavoro ecclesiastico ma anche un lavoro etico, una questione di coscienza e di diritti umani per migliorare la sensibilità dei poliziotti nei confronti di questi valori.

L'istituto pastorale organizza convegni annuali in cui si valutano i risultati e le nuove sfide dell'assistenza. In questi incontri si può prendere in considerazione anche la necessità dell'estensione della competenza agli altri istituti statali per esempio ai vigili del fuoco.³⁹

2.3. L'assistenza spirituale dei poliziotti tramite cappellani

La cura pastorale dei poliziotti viene svolta spesso tramite cappellani. Il carattere generale giuridico-canonico è determinato dal Codice vigente (cann. 564-572). Il cappellano nominato per i poliziotti è una forma speciale di questa possibilità canonica generale. L'applicazione di questa forma canonica ha una flessibilità abbastanza estesa. La competenza giuridica del capellano e la sua sfera di attività si muove entro larghi limiti. Si può riconoscere questo fatto dall'analisi del lavoro svolto dai cappellani presso le polizie dei diversi stati.

Rappresentano questa diversità i modelli sottelencati. Il primo esempio è quello del Vaticano, il quale come ogni Stato ha servizi per la sicurezza e per l'ordine pubblico. La Santa Sede assicura una cura pastorale organizzata per il personale interessato. Non tutti gli enti per l'ordine pubblico e per la sicurezza sono presentati precisamente nei documenti della Santa Sede. Per esempio L'Annuario Pontificio prima menziona brevemente il *Corpo della Gendarmeria*,⁴⁰ e poi il *Comitato per la*

³⁷ ARRIETA, Juan, Ignacio: *Il sistema dell'organizzazione ecclesiastica*. Roma, Università della Santa Croce, 2003. 229-230.

³⁸ Assistenza spirituale personale della Polizia di Stato. Progetto Pastorale 2011-2013.

³⁹ Francesco CIRILLO: *Relazione*. 16° Convegno Nazionale dei Cappellani della Polizia di Stato: 16° Convegno Nazionale dei Cappellani della Polizia di Stato. 16-18 Settembre 2008. Istituto per Ispettori della Polizia di Stato Nettuno (RM). 2008. 18.

⁴⁰ *Annuario Pontificio*. Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 2011. 1374-1375.

sicurezza.⁴¹ Inoltre è conosciuta la Guardia Svizzera come una guardia del corpo. La Santa Sede assicura la cura pastorale tramite un cappellano nominato per tutti i membri delle forze e della sicurezza.

Alain de Raemy vescovo-ausiliare di Losanne, Ginevra e Friburgo, ex-cappellano della Guardia ha sottolineato l'importanza della spiritualità dentro la Guardia nel suo sermone in occasione del cinquecentottesimo anniversario della Guardia Svizzera.⁴² Siccome i candidati vengono da uno sfondo familiare molto variegato la fede cattolica evidentemente è una condizione per l'ammissione ed è necessario anche la lettera credenziale del parroco.⁴³ Il programma spirituale consiste nella partecipazione ogni domenica alla Santa Messa e un incontro mensile con il cappellano. Inoltre ci sono catechesi, in cui si interpretano gli eventi attuali, i documenti papali e l'attività caritativa.⁴⁴ Alcuni che parlano francese fanno parte nel programma caritativo del centro San Lorenzo, invece quelli di madre lingua italiana sono presenti nelle parrocchie o nei dicasteri che organizzano le beneficenze per i poveri. Altri sono coinvolti nel lavoro caritativo di *Comunione e Liberazione*, altri presso i francescani. La Chiesa San Martino e San Sebastiano sono dedicate ai membri della Guardia.

La Santa Sede assicura la cura pastorale per gli addetti degli altri servizi di sicurezza e delle forze di polizia. Così è per il Corpo della Gendarmeria e della Polizia e i Vigili del fuoco.⁴⁵ Anche nel caso di queste forze la Santa Sede dedica attenzione al luogo della liturgia e al culto dei loro patroni. Così si trovano le icone del patrono della Gendarmeria, San Michele e dei patroni dei Vigili del Fuoco, Santa Barbara e San Leone, nella Cappella di San Pellegrino.⁴⁶ L'assistenza spirituale della Gendarmeria Vaticana e dei Vigili del Fuoco viene effettuata dallo stesso cappellano. Il suo primo compito è quello di essere presente per gli addetti in difficoltà spirituali e quotidiane della vita. Ogni mattina celebra la Santa Messa per i poliziotti e per i pompieri.⁴⁷ Tiene l'interpretazione della Bibbia e un sermone e assicura la possibilità per la conversazione spirituale.⁴⁸ Si celebrano con la messa o altro evento liturgico le

⁴¹ *Annuario Pontificio*. 1379.

⁴² La Guardia Svizzera Pontificia, un servizio che è scuola di fede, parla l'excappellano ora vescovo a Losanna <http://www.korazym.org/12396/la-guardia-svizzera-pontificia-un-servizio-che-e-scuola-di-fede/>

⁴³ Diözese Lausanne, Genf und Freiburg: Alain de Raemy ist neuer Weihbischof – Lusanne, Genf és Freiburg: Alain de Raemy-<http://www.kipa-apic.ch/index.php?na=0,0,0,0,d&ki=249269>

⁴⁴ 20 Guardie svizzere in Emilia per assistere i terremotati <http://www.korazym.org/4014/le-guardie-svizzere-in-emilia-per-assistere-i-terremotati/>

⁴⁵ Angela AMBROGETTI: *Festadi San Michele per la sicurezza vaticana. Ela Gendarmeria entrantell'Interpol*. <http://www.korazym.org/index.php/attivita-della-santa-sede/3-la-santa-sede/445-festa-di-san-michele-per-la-sicurezza-vaticana-e-la-gendarmeria-entra-nellinterpol.html>

⁴⁶ Scigno d'arte e luogo di preghiera per dipendenti e pellegrini. http://www.vatican.va/news_services/or/or_quo/interviste/2008/193q08a1.html

⁴⁷ Stato della Città del Vaticano <http://www.vaticanstate.va/content/vaticanstate/it.html>

⁴⁸ Giulio VIVIANI: *La cappella di San Pellegrino nella Città del Vaticano*. Città del Vaticano, Libreria Editrice, 2010. 12–25.

feste, le quali si collegano con la tradizione della Gendarmeria e della Polizia o dei Vigili di Fuoco.

In Germania si trova un'altra forma d'uso della norma codicale dei cappellani. I singoli vescovi tramite un delegato svolgono il servizio pastorale dei poliziotti nelle diocesi. Circa cento o centodieci cooperatrici e operatori prendono parte nella cura pastorale dei poliziotti nella Repubblica Federale.⁴⁹ Inoltre un vescovo ausiliare è responsabile per il servizio centrale, che viene delegato dalla Conferenza Episcopale per coordinare il lavoro pastorale dentro la Polizia Statale (Länderpolizeien). L'organizzazione ha un programma scientifico e teologico per elaborare le questioni etiche-teologiche che riguardano la vita quotidiana dei poliziotti – per esempio il diritto e l'autorità, trasmettere l'annuncio della morte, la violenza e l'ordine giuridico ecc.

Si incontrano con altri tipi di servizio negli Stati Uniti. Tante volte i vescovi diocesani nominano un cappellano per organizzare la cura pastorale dei poliziotti a livello locale.⁵⁰ Queste iniziative quasi sempre rimangono entro una cornice cittadina o entro i singoli enti della Polizia. L'ordinario locale nomina altri cappellani per gli altri settori simili, per esempio per i vigili del fuoco.⁵¹ Un esempio tipico è quello di Shreveport dove i cappellani nominati dall'ordinario del luogo aiutano spiritualmente i membri della Polizia e i loro familiari. Secondo il loro programma si concentrano particolarmente sulle persone che si trovano in crisi e hanno problemi quotidiani. Anche i parroci locali possono partecipare a questo programma pastorale. Canonicamente non è facile definire la posizione e i compiti dei preti che fanno parte di questa attività pastorale. Secondo la norma generale del codice vigente i parroci „sono pastori propri” della loro parrocchia (can. 515. §. 1). Essi hanno il diritto anzi l'obbligo di concentrarsi su tutti i fedeli cattolici nella zona della parrocchia. Nel proprio territorio non devono avere nessun'altra autorizzazione per svolgere attività tra i poliziotti locali. Può accadere che l'ordinario concentri la cura pastorale come un compito speciale in una sola mano, così nomina un cappellano per svolgere questa attività, ma la sua nomina non elimina né diminuisce la competenza giuridica del parroco del luogo. Non è chiaro il modello americano: perché i preti devono „pattugliare” insieme con i poliziotti? Si dice per „sviluppare il contatto” tra di loro e per migliorare la comunicazione tra i poliziotti e i cittadini.⁵² Questa pratica si inserisce difficilmente nello stile di vita sacerdotale e nell'attività dei preti secondo la direzione del Concilio Vaticano II e la norma vigente.

Un altro esempio curioso è la cura pastorale dei poliziotti di *Minnentoka*. Questa è una struttura che si basa sul volontariato, così le comunità religiose delegano „ministri” che ricevono anche una formazione elementare di Polizia e sono formati

⁴⁹ Angebote der Polizeiseelsorger im Überblick. <http://polizeiseelsorge.org/hp422/Angebote.htm>.

⁵⁰ La costruzione giuridica del capellano è diventata più elaborata e applicata nell'ordinamento giuridico vigente.

⁵¹ http://www.philadelphiaweekly.com/news-and-opinion/upward_christian_soldier-38414669.html

⁵² City of Shreveport Police: Police Chaplains and Pastors – <http://www.shreveportla.gov/index.asp?NID=458>

per l'uso dei mezzi polizieschi. Anche questa forma della cura pastorale ha certe preferenze: forniscono assistenza nel caso di incidenti, di eventi mortali, dei suicidi, degli incendi ecc. Primariamente assistono i poliziotti, i pompieri, gli infermieri di ambulanza e i loro familiari.⁵³

Anche la città di *Chicago* ha un servizio pastorale locale dedicato ai poliziotti fondato nel 1980. Teoreticamente si tratta di responsabili per la cura pastorale di tutta l'organizzazione con i suoi tredici mila impiegati e quattro mila pensionati e i loro familiari. Non è facile canonicamente definire l'istituto: la competenza è concretizzata nel regolamento della struttura e della gestione, però questo ha poche conseguenze canoniche. C'è un sacerdote cattolico che ha il titolo di „direttore” dell'unità dei cappellani, ma tutti gli altri „pastori” non appartengono alla Chiesa Cattolica, ma alle altre comunità cristiane con l'eccezione di un diacono permanente. Non è chiaro il rapporto canonico tra le persone menzionate, neanche la posizione canonica dell'istituto dentro la Chiesa Cattolica. Questo vale anche per il sito di Internet in cui viene presentato questo servizio pastorale. Nella presentazione l'istituto è menzionato come un „istituto di contatto” con la diocesi di Chicago. I fini pastorali sono la visita dei malati, l'incontro con le famiglie e con gli anziani, facendo conversazioni spirituali. Inoltre tengono le occasioni liturgiche – servizio domenicale, funerali, organizzazione delle lezioni per risolvere gli stress, le crisi matrimoniali, e per dare aiuto alle persone dopo il divorzio o la perdita dei figli o di altri familiari, e hanno un programma per le donne poliziotte. Alcuni cappellani apprendono il metodo dell'aiuto psicologico nell'Accademia del FBI per poter affrontare i problemi quotidiani che derivano dal questa peculiare vita. Anche in questo modello sembra problematico che i cappellani partecipano al pattugliamento coi poliziotti. Il sito ufficiale dell'organizzazione spiega chiaramente il motivo di questa prassi, cioè il rafforzamento del contatto fra i cappellani e i poliziotti. Invece dal punto di vista teologico e canonico sembra strano questa attività dei chierici. L'ufficio ha un programma o „reparto” per i poliziotti in crisi, inoltre esiste un servizio telefonico „non-stop” a cui si può sempre chiedere aiuto spirituale.⁵⁴

L'ultimo esempio per un'iniziativa dell'assistenza spirituale dei poliziotti è un modello estremo-orientale, quello sud-coreano. L'arcidiocesi di Seul ha fondato un „servizio pastorale” per i poliziotti nel 2000. Al contrario degli istituti dei buddisti e dei protestanti del paese, la Chiesa Cattolica non ha impiegati a tempo pieno ma volontari.⁵⁵ Soltanto il dirigente dell'organizzazione che è un sacerdote incardinato alla diocesi, è dedicato a questo lavoro. Invece gli altri quaranta sacerdoti hanno altra posizione oltre alla quale prendono parte nella cura pastorale dei poliziotti. La maggior parte dei sacerdoti „assistenti” sono parroci nella zona in cui si trovano i

⁵³ Minnetonka Lake Area Chaplains http://www.ci.minnetrista.mn.us/index.asp?Type=B_BASIC&SEC={FCB4B572-49BA-4632-9B88-7F91619694D5}

⁵⁴ Police Chaplains Ministry. Chicago Police Chaplain. <http://www.chicagopcm.org/overview.php>

⁵⁵ Police, Suspects Not Left Out Of Church's Pastoral Care http://www.ucanews.com/story-archive/?post_name=/2005/10/05/police-suspects-not-left-out-of-churchs-pastoral-care&post_id=26361

centri o le questure di Polizia. Celebrano la messa nelle cappelle o nelle stanze di preghiera collocate negli edifici della Polizia. Inoltre si concentrano sulle diverse situazioni di crisi: per esempio sul problema dell'inserimento dei poliziotti giovani o sulla prevenzione del suicidio e l'aggressività. Si invitano i volontari dai poliziotti per migliorare l'efficienza della cura pastorale. Inoltre circa trenta catechisti sono presenti nella struttura. La maggior parte di loro studia in un corso di due anni nel cosiddetto istituto catechistico. Il Direttorio Pastorale della Chiesa Cattolica Coreana contempla la cura pastorale dei poliziotti. Il documento menziona la „stazione di missione”, la santa messa per i poliziotti, le commissioni per l'assistenza spirituale e i programmi spirituali organizzati per i membri della Polizia. Nel 2006 si è deciso che ci sarebbe stato un direttore o responsabile spirituale presso ogni questura. Anzi nello stesso anno nella diocesi di Seul un vicario episcopale è stato nominato per coordinare la cura pastorale dei poliziotti.⁵⁶

Tante questure di Seul hanno una stanza di preghiera o una cappella e i poliziotti ufficialmente hanno trenta o quaranta minuti ogni settimana da usufruire per scopi spirituali.

3. Un modello canonico alternativo

Abbiamo visto che la cura pastorale dei poliziotti si svolge in modo abbastanza eclettico. Non c'è una forma universale né nell'ordine giuridico-canonico né nella prassi della Chiesa.

Invece sarebbe utile creare almeno un quadro della struttura giuridica determinato in un ordine canonico, il quale abbia una flessibilità abbastanza grande per essere applicato tra le varie circostanze locali.

Anche in questo caso il processo legislativo dovrebbe cominciare con i passi classici della legislazione: il legislatore ecclesiastico deve apprezzare la vera necessità di una nuova forma della struttura gerarchica per il servizio pastorale del corpo della polizia. Questo non è facile perché il processo preparativo deve essere fatto a livello internazionale per prendere in considerazione i vari corpi delle forze di polizia nazionali. Nello stesso tempo la volontà politica nei vari paesi può essere diversa come anche i vescovi delle conferenze episcopali locali possono proporre un'idea diversa circa le soluzioni pastorali.

Le conferenze episcopali dei singoli paesi possono fare degli studi sugli effetti, con una eventuale cooperazione con lo Stato e con gli enti statali. In questo modo si manifesta la disponibilità dello Stato a cooperare nella creazione e nel mantenimento della nuova forma pastorale organizzata per i poliziotti. La struttura sarebbe simile agli istituti già esistenti da tempo dentro gli eserciti di tanti paesi di cui lo Stato sostiene la responsabilità economica. Questo non è contrario al principio della neutralità dello Stato. Il mantenimento e il sostegno economico di questo istituto si

⁵⁶ Mission Stations' In Seoul Serve Working Catholics – Küldetés állomás a szolgálatban lévő katolikusok számára. http://www.ucanews.com/story-archive/?post_name=/2007/11/05/mission-stations-in-seoul-serve-working-catholics&post_id=28116

basano sul principio della libertà di coscienza e di religione, siccome questo istituto è ideato per quelli che sono ostacolati a causa delle circostanze particolari nel praticare i suddetti diritti.⁵⁷

Nel processo preparatorio gli ordinariati militari i responsabili della cura pastorale della Polizia potrebbero dare informazioni supplementari al legislatore.

L'emanazione di una legge che regola a livello universale la cura pastorale di un ceto sociale non sarebbe unico nel suo genere. Per esempio il supremo legislatore della Chiesa ha scelto una forma simile anche quando ha creato una struttura giuridica con una cornice legale per un'assistenza spirituale degli anglicani convertiti alla Chiesa Cattolica. Nell'anno del 2009 Benedetto XVI con la costituzione apostolica *Anglicanorum coetibus* ha fondato una nuova struttura personale propriamente per gli anglicani che entrano nella piena comunione con la Chiesa Cattolica.⁵⁸ La Congregazione per la Dottrina della Fede tramite un'istruzione ha precisato il quadro giuridico della nuova struttura canonica.⁵⁹ William Levada, Prefetto della Congregazione per la Dottrina della Fede ha avvicinato la natura dei nuovi ordinariati personali agli ordinariati militari perché i nuovi istituti „saranno istituiti, secondo le necessità, per via consultazione con le Conferenze Episcopali locali”.⁶⁰ Dice il documento che questi „saranno in qualche modo simili a quelle degli Ordinariati Militari, che sono stati eretti in tanti paesi per provvedere alla cura pastorale dei membri delle forze armate e dei loro dipendenti nel mondo intero.”

Secondo la costituzione gli eventuali ordinariati costituiti per gli ex-anglicani arricchiranno la struttura gerarchica della Chiesa. Il nuovo documento dimostra che la legislazione ecclesiastica anche oggi può prendere in considerazione le varie necessità spirituali dei membri della Chiesa costituendo una concreta istituzione giuridica. Nello stesso modo si potrebbe prendere in considerazione le necessità speciali di una categoria particolare come quella dei poliziotti. È evidente che al contrario della cura pastorale degli ex-anglicani, la nuova struttura non è soltanto una questione ecclesiale ma tocca molti elementi della sfera statale.

Se nella fase preparativa si parte dal documento quadro per l'assistenza pastorale degli ex-anglicani, si vede che in questo documento vengono definiti: i soggetti, i diritti e i doveri degli ordinariati, il modo dell'incardinazione e i diritti e i doveri degli chierici che stanno al servizio degli ordinariati.

⁵⁷ SCHANDA, Balázs: A vallásszabadság és a lelkiismeret szabadsága. In: SCHANDA, Balázs – BALOGH, Zsolt (ed.): *Alkotmányjog – alapjogok*. Budapest, Pázmány Press, 2011. 166–167.

⁵⁸ BENEDETTO XVI: Cost. ap. *Anglicanorum coetibus*, 4. XI. 2009. *Acta Apostolicae Sedis*, 2009/101. 985–990.

⁵⁹ CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE: Adnotatio circa Ordinaria tum Personalem pro Anglicanis Catholicam Ecclesiam ingredientibus, 20. IX. 2009. *Acta Apostolicae Sedis*, 2009/101. 939–942.

⁶⁰ Inoltre la costituzione usa la simile frase per l'ordinariato personale per gli anglicani „it is juridically comparable to a diocese” come è usata per l'ordinariato militare nella costituzione apostolica *Spirituales Militum Curae* I. §. 1. Invece il capo del dirigente – l'ordinario – del ordinario personale non ha stessa potestà di ordinario militare, perché il ordinario personale ha soltanto potestà ordinaria vicaria e non potestà ordinaria propria come l'ordinario militare.

Il documento determina la competenza della Congregazione della Fede e degli altri dicasteri e delle Conferenze dei Vescovi verso gli ordinariati, rende possibile la pubblicazione dei libri liturgici e spirituali in consonanza con la tradizione anglicana. Dal punto di vista della cura pastorale dei poliziotti e della procedura legislativa il documento sopraddetto è interessante, perché in questo caso si costituirebbe una struttura unica al servizio dei fedeli che vivono in una situazione peculiare a livello nazionale anche a livello internazionale.

Il legislatore non ha creato una struttura sopracentralizzata nel caso degli anglicani entrati nella Chiesa Cattolica. Nella costituzione e nell'approvazione dei singoli ordinariati si possono sempre prendere in considerazione le circostanze locali delle comunità ex-anglicane. Per questo motivo la conferenza episcopale e i vescovi locali hanno un compito piuttosto esteso per valutare la necessità della nuova forma giuridica personale.

Evidentemente non mancano neanche i critici del nuovo elemento canonico per la cura pastorale degli ex-anglicani, ma questo è logico perché una nuova iniziativa giuridica sempre porta incertezze dal punto di vista teorico-canonico.⁶¹ Tutte le critiche sono utili nella creazione di una simile struttura personale per i poliziotti.

I dirigenti delle chiese locali prima della legislazione universale avevano compreso che gli anglicani entrati nella Chiesa Cattolica vivono in circostanze particolari e per loro si deve creare un'organizzazione spirituale apposita. Si è cominciato a creare varie forme di cura pastorale – costituzione di parrocchie personali, nomina dei parroci personali, cappellani ecc. – fino al passo con cui il legislatore ha dato una forma canonica-pastorale universale per gli anglicani i quali sono tornati alla piena comunione con la Chiesa. Alcuni criticano il legislatore perché avrebbe dovuto formare una legge molto prima per regolare la vita pastorale degli ex-anglicani. Questa critica vale anche nel caso dei poliziotti. Le persone che hanno responsabilità pastorale nella Chiesa tante volte capiscono bene che i poliziotti vivono in circostanze particolari create dalla loro vita e dai problemi con cui si confrontano. Perciò si cerca una soluzione adatta a livello locale aspettando che il legislatore universale proponga almeno una possibile forma per la cura pastorale dei poliziotti.

C'è un'altra similitudine fra le due assistenze pastorali anche nella pubblicazione dei libri liturgici e spirituali,⁶² perché ci sono pubblicazioni spirituali per i poliziotti a livello locale sotto la dirigenza dell'ordinariato militare ma non esiste una direttiva centrale, neanche un catechismo particolare edito per loro come nel caso dei militari.

Le competenze delle autorità nella creazione e nel controllo dell'organizzazione personale e le questioni finanziarie devono essere ben definite dalla nuova legge. Inoltre si deve analizzare precedentemente le eventuali difficoltà nella pastoralità,

⁶¹ Eduardo BAURA: Gli ordinariati personali Per gli ex-anglicani. Aspetti canonici della risposta ai gruppi di anglicani che domandano di essere ricevuti nella Chiesa cattolica. *Ius Ecclesiae*, 2012/24. 7–49.; James M. HUELS: Anglicanorum coetibus. Text and Commentary. *Studia Canonica*, 43 (2009) 389.

⁶² Matthew James SHEEHAN: *A new canonical configuration for the „pastoral provision” for former episcopalians in the United States of America?* Roma, Università Pontificia della Santa Croce, 2009.

nell'attività e nella problematica delle fonti finanziarie. Questo vale anche per le difficoltà derivanti dalla presenza della Chiesa in una struttura statale come quella delle forze dell'ordine. In caso di un istituto per la cura pastorale dei poliziotti si devono prendere in considerazione aspetti della politica locale e i fattori della sicurezza nazionale. In merito a questi elementi devono pronunciarsi la conferenza episcopale, i vescovi locali e particolarmente gli ordinari militari.

Per questo motivo si deve precisare chiaramente anche le autorità competenti della Santa Sede in relazione con le nuove istituzioni. Siccome nel caso degli ordinariati militari la Congregazione per i Vescovi ha la competenza primaria di controllo,⁶³ si lascia intoccata le competenze degli altri dicasteri della Santa Sede nelle materie proprie.

Invece nel caso degli ordinariati personali per gli ex-anglicani la Congregazione per la Dottrina e la Fede ha ricevuto la suprema competenza giuridica. Questo può essere logico perché le creazioni dei nuovi istituti e la loro funzione riguardano anche le questioni della fede. Gli ordinariati militari sono stati eretti per i propri fedeli della Chiesa Cattolica che teoreticamente testimoniano la fede della Chiesa. La struttura progettata per i poliziotti è più vicina all'ordinariato militare, dove non si deve mettere in dubbio la chiarezza della fede cattolica. Se definiamo una entità come Chiesa particolare e giuridicamente indipendente dalle altre chiese particolare sarebbe logico che, come nel caso degli ordinariati militari, la Congregazione per i Vescovi ricevesse competenza giuridica – lasciando intoccate le competenze degli altri dicasteri nelle materie di loro competenza.

Inoltre per il motivo della cooperazione fra la Chiesa e lo Stato il nuovo istituto canonico sarebbe vicino agli ordinariati militari che devono concretizzare la cornice del loro lavoro e della loro competenza all'interno dell'esercito. Questo è già avvenuto spesso tramite accordi internazionali e gli statuti degli ordinariati. Queste documentazioni sarebbero importanti dal punto di vista della cura pastorale della polizia.

Una questione delicata è anche la nomina del dirigente dell'organizzazione pastorale per la polizia statale. Nel caso di un' istituto – ufficio - cattolico, la competente autorità ecclesiastica dirige l'ufficio (147. can.) e nomina liberamente la dirigenza dell'ufficio ecclesiastico. A livello locale costui è il vescovo diocesano se l'ufficio appartiene alla diocesi.

Fondamentalmente questa libertà vale anche al livello universale della Chiesa. Per esempio nel caso del menzionato ordinariato personale per gli ex-anglicani, il papa nomina liberamente l'ordinario (art. IV) come dirigente dell'ordinariato personale. In base alla libertà di religione – almeno nei paesi democratici – la Chiesa fonda senza nessun forzatura statale le sue istituzioni, nomina la loro dirigenza, fa funzionare

⁶³ GIOVANNI PAOLO II: Cost. Ap. *Pastor Bonus*. art. 75–78. 28. VI. 1988. *Acta Apostolicae Sedis*, 1988/80. 879–880.

i vari tipi di istituti pastorali per la cura dei fedeli.⁶⁴ L'istituto personale per gli anglicani non tocca le questioni politiche e la sicurezza nazionale.

Invece nel caso di un istituto che è incorporato in una struttura statale anche se questo viene regolato a livello universale della Chiesa Cattolica, è necessario il dialogo con lo Stato. Nella prassi della nomina degli ordinariati militari ci sono tante variazioni. La Costituzione Apostolica SMC non regola direttamente la forma della cooperazione tra lo Stato e l'autorità ecclesiastica prima della nomina degli ordinariati, ma sono i singoli accordi bilaterali che regolano questo rapporto. Nel caso dell'eventuale organizzazione per la cura pastorale dei poliziotti, la forma precisa dei privilegi dello Stato dovrebbe esser precisata negli accordi bilaterali, prima della nomina definitiva dei dirigenti. Nel caso degli ordinariati militari la costituzione preferisce che il dirigente dell'ordinariato sia un vescovo. Prima della nomina dei vescovi cattolici la Chiesa svolge il suo processo informativo, ma nel caso del dirigente di una organizzazione ecclesiastica che è incorporata nella struttura statale, per lo più armata, lo Stato deve avere garanzie sull'idoneità del candidato.⁶⁵ Tutto questo è motivato dal fatto che questo dirigente religioso è in contatto quotidiano con le forze di polizia. Il dirigente – anche i pastori – possono ricevere delle informazioni che sono pericolose se giungono ad una „terza persona”. È logico che lo Stato prima della nomina e anche durante il lavoro sottometta ad un controllo di sicurezza nazionale il dirigente di questo istituto. Questo è importante anche perchè alcuni potrebbero approfittare del carattere pastorale del dirigente dell'istituto per poter avere delle informazioni delicate dal punto di vista dello Stato.

Tutto questo è valido anche per i cappellani e i collaboratori dell'istituto. La parte statale può definire i criteri richiesti da parte sua e fa parte di questo processo il controllo di sicurezza nazionale.⁶⁶

La possibilità della incardinazione dei chierici è una questione importante.⁶⁷ L'incardinazione è un istituto stabile che crea obblighi e diritti per il chierico e per l'istituto incardinante.⁶⁸ Non tutti gli istituti ecclesiastici hanno il diritto di incardinare. La costituzione SMC (art. VI. §§. 3–4) e anche la costituzione *Anglicanorum coetibus* (IV. art. §. 3) assicura il diritto all'ordinariato per l'incardinazione. Ma nella prassi soltanto alcuni istituti possono vivere con questo diritto della incardinazione per la mancanza dei fonti finanziari e personali. Tante volte gli ordinariati militari chiedono chierici incardinati in un diocesi per svolgere

⁶⁴ Evidentemente ci sono regole statali per gli istituti ecclesiali i quali sono incorporati in una struttura statale. In questo caso anche la Chiesa deve prendere in considerazione le direttive statali che possono toccare anche la nomina del dirigente. Cfr. Alfonso POMPEI: Natura e finalità specifiche delle Università e Facoltà ecclesiastiche. *Seminarium*, 1980/20. 416–417.

⁶⁵ Lorand UJHÁZI: Raccolta e conservazione delle informazioni prima della nomina dei vescovi cattolici. *Antonianum*, 2012/87. 715–741.

⁶⁶ María José RIBAS: *Incardinación y distribución del clero*. Pamplona, Universidad de Navarra, 1971.

⁶⁷ Luis MARTÍNEZ FERNANDEZ: La asistencia religiosa católica a las fuerzas armadas y la regulación del servicio militar de clérigos y religiosos. *Revista Española de Derecho Canónico*, 1986/1. 23–46.

⁶⁸ Pierantonio PAVANELLO: I Presbiteri fidei donum speciale manifestazione della comunione delle Chiese particolari tra loro e con la Chiesa universale. *Quaderni di diritto ecclesiale*, 1996/1. 49–51.

il lavoro pastorale.⁶⁹ Inoltre esiste raramente un'istituto il quale prepari i seminaristi appositamente per il servizio pastorale speciale.⁷⁰ I chierici che ricevono la loro preparazione all'attività pastorale generale non sono adatti ad essere incardinati in un'istituto ecclesiastico con un lavoro particolare. Si può presumere che questo non avverrebbe diversamente nel caso degli istituti stabiliti per i poliziotti con diritto di incardinazione.

La cosiddetta curia della nuova iniziativa pastorale è un'altra questione. Il Codice di Diritto Canonico regola strutturalmente la curia diocesana con le sue persone, i suoi uffici e archivi. Ma tutti questi istituti e uffici appartengono alla diocesi e si inseriscono nella struttura diocesana prendendo in considerazione la possibilità generale di strutture territoriali. La Costituzione Apostolica SMC tratta l'ufficio dell'ordinariato militare,⁷¹ ma questo non è dettagliato nel documento. Il legislatore sapeva che le circostanze locali e il numero dei fedeli degli istituti e le risorse finanziarie determinano in modo concreto la costituzione dell'ufficio.

Il nuovo documento sulla cura pastorale degli ex-anglicani dimostra un'altra struttura dell'ufficio rispetto agli ordinariati militari. Si sottolinea l'importanza dei corpi consultivi e non si menzionano assistenti importanti dell'ordinario come il vicario- generale, episcopale, cancelliere ecc. L'ufficio e gli assistenti della dirigenza sono importanti per tutte le strutture ecclesiastiche, ma nel caso di un'organizzazione personale, il documento che stabilisce il quadro della struttura personale deve avere una flessibilità abbastanza grande e applicabilità per le circostanze locali.

Sommario

Dopo il Concilio Vaticano Secondo la Chiesa Cattolica ha cercato una soluzione idonea alla cura pastorale dei vari ceti sociali. Una delle soluzioni era l'istituto personale eretto per i fedeli che non possono partecipare all'assistenza pastorale nell'organizzazione territoriale della Chiesa per motivi linguistici, culturali, sociali ecc. L'ordinario militare è un esempio lampante di queste iniziative. Benedetto XVI ha aperto la via giuridica per fondare gli istituti personali per i fedeli ex-anglicani. Tutti e due gli istituti sono regolati a livello universale, ma hanno una flessibilità abbastanza grande per applicare la legge „quadro” a livello nazionale.

⁶⁹ Fabio VECCHI: L'incardinazione nella Chiesa particolare dell'ordinamento militare. In: Luis NAVARRO (ed.): *L'istituto dell'incardinazione*. Milano, Giuffrè, 2006. 492.

⁷⁰ Marco VALLINI: Reclutamento e incardinazione dei chierici del presbitero dell'ordinariato militare e la problematica dell'erezione di un seminario proprio alla luce della costituzione Apostolica „Spirituali Militum Curae. *Militum Cura Pastoralis*, 1988/2. 24–25.

⁷¹ Luis María RUSCHI: *La asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas y de Seguridad en la República Argentina*. In: “VIII Coloquio del Consorcio Latinoamericano de Libertad Religiosa celebrado en Buenos Aires”, el 30 de abril de 2008 pendiente de publicación impresa. Buenos Aires, 2009. <http://prelaturaspersonales.org/la-asistencia-religiosa-a-las-fuerzas-armadas-y-de-seguridad-en-la-republica-argentina/>.

Tanti suppongono che la Chiesa Cattolica dovrebbe creare un sistema simile universale anche per la cura pastorale dei poliziotti che vivono sotto circostanze speciali.

Oggi non esiste una forma unica per la loro assistenza pastorale. In alcuni paesi gli ordinariati militari svolgono la cura pastorale per i poliziotti. In altri paesi le conferenze episcopali creano un istituto e alcune volte i vescovi diocesani nominano i cappellani per l'assistenza spirituale. Tutte le iniziative sono positive, ma non esiste un modello preferenziale e neanche una formula accettata e stabilita giuridicamente a livello universale della Chiesa.

Non siamo però senza esempi nell'assistenza pastorale di un ceto sociale che vive in circostanze particolari. Nel processo legislativo, nella creazione della struttura, nella scelta della forma canonica, nel processo della nomina del dirigente, nell'invito dei chierici locali e assistenti laici, nella formazione dei chierici propri, nell'incardinazione, nella strutturazione dell'ufficio, sempre si deve prendere in considerazione che da una parte si tratta di un ufficio pastorale che si inserisce in un'organizzazione statale, dall'altra che le circostanze locali possono essere molto variegiate.

DAS NAGOYA-PROTOKOLL ZUR BIODIVERSITÄTSKONVENTION UND SEINE UMSETZUNG IN DER EU¹

Emese ÚJVÁRI

Assistant Professor, University of Debrecen

A. Einführung²

Was versteht man eigentlich unter dem Begriff Biopiraterie und mit welchen Regelungen kämpfen das Nagoya-Protokoll auf internationaler Ebene und die Verordnung (EU) Nr. 511/2014 innerhalb der EU gegen sie? Wie effektiv können diese Mittel sein? Der folgende Beitrag versucht unter anderem diese Fragen zu beantworten.

Die Verteilung der biologischen Ressourcen auf der Erde ist ungleich, die ressourcenreichen Länder liegen zum größten Teil im Süden, sie sind aber meistens Entwicklungsländer, die nicht über die modernsten Technologien verfügen, durch welche die biologischen Ressourcen erforscht, und für neue Produktentwicklungen angewandt werden könnten. Die Industrieländer, denen diese Technologien zur Verfügung stehen, haben aber dagegen die erwünschten biologischen bzw. genetischen Ressourcen³ oft nicht auf ihrem Gebiet. In diesem Kontext wird oft vom Nord-Süd-Konflikt gesprochen, oder das Begriffspaar Industrieländer-Entwicklungsländer benutzt.⁴

¹ „The paper was supported by the EFOP-3.6.3-VEKOP-16-2017-00007, “From talent to young researcher” Activities to support the career of researchers in higher education named project.

² Ich bedanke mich herzlich bei Fr. Prof. Dr. Sabine Schlacke für die Beratung und fachliche Unterstützung.

³ „*Genetisches Material von tatsächlichem oder potentielltem Wert.*“ (Art. 2 CBD).

⁴ Thomas LOCHEN: *Die völkerrechtliche Regelungen über den Zugang zu genetischen Ressourcen.* Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 2007. 5, 112.; Peter-Tobias STOLL: Gerechte Nutzung genetischer Ressourcen zwischen Bewahrung der Artenvielfalt, Schutz indigenen Wissens und Wirtschaftsfreiheit. In: Thomas GIEGERICH – Alexander PROELSS (ed.): *Bewahrung des Ökologischen Gleichgewichts*

Die Entwicklungsländer befürchten aber die Ausbeutung ihrer biologischen Ressourcen, und diese Furcht ist nicht unbegründet. Es gibt zahlreiche Beispiele auch dafür, dass bestimmte biologische, bzw. genetische Ressourcen, und oft auch das sich auf sie beziehende traditionelle Wissen ohne Erlaubnis und auch ohne irgendeine Kompensation von ausländischen Unternehmen bei der Herstellung von bestimmten Produkten angewandt wurden, und später diese Firmen auf die so hergestellten Produkte geistige Eigentumsrechte anmeldeten. Diese Erscheinung wird in der Literatur oft mit dem Begriff der Biopiraterie⁵ bezeichnet,⁶ oder als eine Art von neuem Kolonialismus⁷ erwähnt.

Der Kampf gegen diese Ausbeutung begann auf internationaler Ebene mit dem Übereinkommen über die biologische Vielfalt (CBD, Biodiversitätskonvention).⁸ Die Biodiversitätskonvention erkennt ausdrücklich die Souveränität der Staaten über ihre genetischen Ressourcen an, und schreibt vor, dass der Zugang zu diesen genetischen Ressourcen der auf Kenntnis der Sachlage gegründeten vorherigen Zustimmung des Ressourcenstaates bedarf, und zu einvernehmlich festgelegten Bedingungen erfolgen muss.⁹ Ein Hauptziel des Übereinkommens ist, dass die Ressourcenstaaten von den Vorteilen profitieren sollten, die aus der Nutzung von den durch sie zur

durch Völker- und Europarecht. Duncker & Humblot, Berlin, 2010. 159.; Gregor KAISER: Biopiraterie – der neue Kolonialismus. *Blätter für deutsche und internationale Politik*, 10/2006, 1172–1176., 1174.

⁵ Der Begriff der Biopiraterie ist nicht technisch, und wird je nach Autor unterschiedlich definiert. Vgl. LOCHEN aaO. 7.

⁶ LOCHEN aaO. 7–8, 16–23.; Florianne KOEHLIN: Patente auf Lebewesen. »Biopiraterie« und die private Kontrolle genetischer Ressourcen. In: Tanja BRÜHL et al. (ed.): *Die Privatisierung der Weltpolitik. Entstaatlichung und Kommerzialisierung im Globalisierungsprozess.* Verlag J.H.W. Dietz Nachfolger, Bonn, 2001. 299–313., 300.; Hans-Joachim KOCH – Christin MIELKE: Globalisierung des Umweltrechts. *Zeitschrift für Umwelt und Recht (ZUR)*, 9/2009, 403–409., 405.; Christine GODT: Von der Biopiraterie zum Biodiversitätsregime – Die sog. Bonner Leitlinien als Zwischenschritt zu einem CBD-Regime über Zugang von Vorteilsausgleich. *Zeitschrift für Umwelt und Recht*, 4/2004. 202–212., 202.; Markus KOTZUR: Das Übereinkommen über die biologische Vielfalt und die Rechte indigener Völker. *Zeitschrift für Umwelt und Recht*, 5/2008. 225–233., 230.; STOLL (2010) aaO.160.; Peter-Tobias STOLL: Access to GRs and Benefit Sharing – Underlying Concepts and the Idea of Justice. In: Evanson Chege KAMAU – Gerd WINTER (ed.): *Genetic Resources, Traditional Knowledge and the Law*, Eartscan, Abingdon, Oxon – New York, 2013. 3–18., 13.; Peter-Tobias STOLL: *Gestaltung der Bioprospektion unter dem Übereinkommen für biologische Vielfalt durch international unverbindliche Verhaltensstandards: Hintergründe, Möglichkeiten und Inhalte*, Erich Schmidt Verlag GmbH & Co., Berlin, 2000. 118.; Vandana SHIVA: *Biopiraterie, Kolonialismus des 21. Jahrhunderts*, Unrast Verlag, Münster, 2002. 16–17.; Matthias BUCK – Clare HAMILTON: The Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization to the Convention on Biological Diversity.; *Rewiew of European Community & International Environmental Law (RECIEL)* 20 (1) 2011, 47–61., 48.; KAISER aaO. 1173–1174.; Oskar LUGER – Astrid TRÖSTL – Katrin URFERER: *Gentechnik geht uns alle an! Ein Überblick über Praxis und Theorie*, 2. Aufl., Springer VS, Wiesbaden, 2017. 171.

⁷ SHIVA aaO. 13–17.; KAISER aaO. 1174.

⁸ Siehe unten.

⁹ Art. 15 CBD.

Verfügung gestellten genetischen Ressourcen resultieren.¹⁰ Dieses Konzept wird oft als sog. „*access and benefit sharing-Regime*“ (ABS-Regime) bezeichnet.¹¹

Dieses Regime ist aber recht komplex und wird durch die Biodiversitätskonvention nicht detailliert geregelt. Es ist eine von den wichtigsten Ursachen davon, warum bis jetzt weltweit nur ganz wenige ABS-Vereinbarungen zustande kamen. Als Lösungsversuch wurde im Jahre 2010 das Nagoya-Protokoll beschlossen, das die ABS-Regelungen der Biodiversitätskonvention konkretisierte.¹² Das Protokoll schreibt den Vertragsstaaten vor, im Interesse der Einhaltung der ABS-Vorschriften durch die Nutzer von genetischen Ressourcen, wirksame Maßnahmen zu ergreifen.¹³ Bezüglich der Mitgliedstaaten der Europäischen Union enthält die Verordnung (EU) Nr. 511/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates¹⁴ einheitlich die diesbezüglichen Regelungen.¹⁵

Der Zweck dieses Beitrags besteht darin, die Konformität der Umsetzung des Nagoya-Protokolls durch die EU-Verordnung zu prüfen. Es wird auch untersucht, wie effektiv diese Regelungswerke zur Verhinderung der unerlaubten Ausbeutung von genetischen Ressourcen beitragen können.

¹⁰ STOLL (2010) aaO. 161–162.; Alexander PROELSS: *Artenschutz und Biodiversität II*, (17.12.2010), <https://www.wsi.uni-kiel.de/de/lehre/vorlesungen/archiv/ws-2010-11/proelss/Umweltrecht/materialien/UmweltR%20IV.pdf> <https://bit.ly/3hJW04D>; Graf Wolfgang VITZTHUM (ed.): *Völkerrecht*, 5. Aufl., De Gruyter, Berlin, New York, 2010. 488.; STOLL (2000) aaO. 3–4.

¹¹ Gerd WINTER – Evanson Chege KAMAU: Vom Biopiraterie zu Austausch und Kooperation. Das Protokoll von Nagoya über Zugang zu genetischen Ressourcen und gerechten Vorteilsausgleich, *Archiv des Völkerrechts*, Bd. 49 (2011), 373–398., 373.; KOTZUR aaO. 233.; Abschnitt 1 Leitfaden zu dem Anwendungsbereich und den Kernverpflichtungen der Verordnung (EU) Nr. 511/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates über Maßnahmen für die Nutzer zur Einhaltung der Vorschriften des Protokolls von Nagoya über den Zugang zu genetischen Ressourcen und die ausgewogene und gerechte Aufteilung der sich aus ihrer Nutzung ergebenden Vorteile in der Union (Im Weiteren: Leitfaden zu der Verordnung (EU) Nr. 511/2014.) in: *Amtsblatt der Europäischen Union* 27.08.2016, C 313/1-C 313/19; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=OJ:C:2016:313:TOC>

¹² PROELSS aaO.; Manfred NIEKISCH – Rüdiger WITTING: *Biodiversität: Grundlagen, Gefährdung, Schutz*, Springer Spektrum, Berlin, 2014. 387.; BUCK – HAMILTON aaO. 48.

¹³ Art. 15 Abs. 1, Art. 16 Abs. 1 NP; BUCK – HAMILTON aaO. 52.; Abschnitt 1.1 Leitfaden zu der Verordnung (EU) Nr. 511/2014.

¹⁴ Siehe unten.

¹⁵ Gesetzentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Verpflichtungen nach dem Nagoya-Protokoll und zur Durchführung der Verordnung (EU) Nr. 511/2014 sowie zur Änderung des Patentgesetzes (2015. 06. 24.), In: Drucksache 18/5321. 11. dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/053/1805321.pdf; Abschnitt 1 Leitfaden zu der Verordnung (EU) Nr. 511/2014.

B. Internationale Regelungen

I. Das Übereinkommen über die biologische Vielfalt (CBD)

1. Entstehungsgeschichte

Das Übereinkommen über die biologische Vielfalt (die sog. Biodiversitätskonvention, „*Convention on Biological Diversity*“ – CBD)¹⁶ ist das erste internationale Übereinkommen, das versucht, die Gesamtproblematik des Schutzes und der Nutzung der biologischen Vielfalt der Erde umfassend zu regeln. Es kam auf dem UN-Umweltgipfel von Rio de Janeiro („*United Nations Conference on Environment and Development*“ – UNCED) – an dem Regierungsdelegationen aus 178 Staaten teilnahmen – im Juni 1992 zustande.¹⁷

Die Biodiversitätskonvention wurde in Rio de Janeiro von 153 Staaten und der EU unterzeichnet. Sie trat nach Hinterlegung der 30. Ratifikationsurkunde am 29. 12. 1993 in Kraft.¹⁸ Mittlerweile sind 196 Staaten (zusammen mit der EU) an der Biodiversitätskonvention beteiligt (sie wurde aber von den USA noch nicht ratifiziert).¹⁹

2. Ziele des Übereinkommens

Nach Art. 1 CBD sind die (gleichwertigen) Ziele des Übereinkommens die Erhaltung der biologischen Vielfalt in ihrer Gesamtheit²⁰ (also die Erhaltung der Vielfalt der

¹⁶ *Convention on Biological Diversity; Übereinkommen über die biologische Vielfalt*, Bundesgesetzblatt, I. 1993. Nr. 32, 1741–1768.

¹⁷ Hans-Joachim KOCH (ed.): *Umweltrecht*. 3. Aufl., Verlag Franz Vahlen, München, 2010. 425.; Ilke MARSCHALL – Torsten LIPP – Jochen SCHUMACHER: Die Biodiversitätskonvention und die Landschaft. Strategien und Instrumente zur Umsetzung der Biodiversitätskonvention „in situ“, *Natur und Recht (NuR)*, 2008. Heft 30, 327–333., 332.; NIEKISCH – WITTING aaO. 387–388.; Rüdiger WOLFRUM: Biodiversität – juristische, insbesondere Völkerrechtliche Aspekte ihre Schutzes, In: Peter JANICH – Mathias GUTMANN – Kathrin PRIESS (ed.): *Biodiversität. Wissenschaftliche Grundlagen und gesetzliche Relevanz*, Springer-Verlag, Berlin – Heidelberg – New York, 2001. 417–443., 417, 423.; STOLL (2010) aaO. 160.; Michael KLOEPFER: *Umweltschutzrecht*, 2. Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 2011. 192.; Otto KIMMINICH – Heinrich Freiherr von LERSNER – Peter-Christoph STORM (ed.): *Handwörterbuch des Umweltrechts*, 2. überarbeitete Auflage, II. Band: Nachbarrecht – Zweitannmeldung, Erich Schmidt Verlag, 1994. 1731.; LOCHEN aaO. 114.; STOLL (2000) aaO. 3. Über das Übereinkommen siehe auch: Sabine SCHLACKE: Das Übereinkommen über biologische Vielfalt: Steuerungskraft und Perspektiven. *Archiv des Völkerrechts*, Jahrgang 54, 2016. Heft 4., 524–542.

¹⁸ KIMMINICH – LERSNER – STORM aaO. 1734.; KOCH aaO. 425.

¹⁹ “Convention on Biological Diversity: List of Parties, Convention on Biological Diversity” <https://www.cbd.int/information/parties.shtml#tab=0> (10.09.2020).

²⁰ KOTZUR aaO. 226.; Matthias RUFFERT: Zu den Ergebnissen der Konferenz der Vereinten Nationen für Umwelt und Entwicklung, *Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts* 1993, R. v. Decker’s Verlag, Heidelberg, 1993. 397–408. Über die Ursachen des Biodiversitätsverlustes siehe unter anderem: Bruno BAUR: *Biodiversität*, Haupt Verlag, Bern – Stuttgart – Wien, 2010. 81–96.; Jens MUTKE – Wilhelm BARTHLOTT: Biodiversität und ihre Veränderungen im Rahmen des Globalen

Ökosysteme, der Artenvielfalt, sowie der genetischen Vielfalt), die nachhaltige Nutzung ihrer Bestandteile und die gerechte Aufteilung der sich aus der Nutzung der genetischen Ressourcen resultierenden Vorteile.²¹

3. Die einschlägigen Regelungen des Übereinkommens – Zugangs- und Verteilungsordnung

Das dritte Hauptziel des Übereinkommens ist die gerechte Aufteilung der sich aus der Nutzung der genetischen Ressourcen resultierenden Vorteile.²² Dieses Ziel wird durch Art. 15 und 16 CBD konkretisiert.²³ Nach dem Übereinkommen sollen die Vertragsstaaten, die ihren genetischen Ressourcen anderen Vertragsstaaten zur Verfügung stellen (*access*), auch von den – aus der Nutzung von diesen genetischen Ressourcen resultierenden – Vorteilen profitieren (*benefit sharing*).²⁴ Dieses Regime wird „*access and benefit sharing – ABS*“ genannt.²⁵

Das Übereinkommen wendet im Art. 15. Abs.1. den Begriff „*genetische Ressourcen*“ an, und versteht darunter „*genetisches Material von tatsächlichem oder potentielltem Wert.*“²⁶ Genetisches Material bedeutet „*jedes Material pflanzlichen, tierischen, mikrobiellen oder sonstigen Ursprungs, das funktionale Erbinheiten erhält.*“²⁷ Mit dem Begriff „*potentieller Wert*“ wird die wirtschaftliche Verwertbarkeit der Ressourcen betont.²⁸

Nur diejenigen genetischen Ressourcen sind aber betroffen, die von solchen Vertragsparteien zur Verfügung gestellt werden, welche entweder Ursprungsstaaten der betroffenen genetischen Ressourcen sind, oder welche diese in Übereinstimmung

Umwelthandels: Biologische Aspekte. In: Dirk LANZERATH (u.a.): *Biodiversität* Verlag Karl Alber, Freiburg – München, 2008. 57.; Lexikon der Nachhaltigkeit: Biodiversität: https://www.nachhaltigkeit.info/artikel/biodiversitaet_1831.htm; Ursachen des Biodiversitätsverlusts: <http://www.biodiversitaet2010.ch/wissen/ursachen/> UMWELTBUNDESAMT: Biodiversität: <http://www.umweltbundesamt.de/das-uba/was-wir-tun/forschen/umwelt-beobachten/biodiversitaet>; FODOR, László: *A falu füstje. A települési önkormányzatok és a környezet védelme a 21. század eleji Magyarországon.* Gondolat Kiadó, Budapest, 2019.

²¹ Art. 1 CBD; MARSCHALL – LIPP – SCHUMACHER aaO. 328.; Hanns-Christoph EIDEN et al.: Agrobiodiversität – Schlüssel für nachhaltige Landwirtschaftsentwicklung, In: Ines HÄRTEL (ed.): *Nachhaltigkeit, Energiewende, Klimawandel, Welternährung*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2014. 194–213., 199.; Graf VITZTHUM aaO. 487.; Abschnitt 1.1 Leitfaden zu der Verordnung (EU) Nr. 511/2014.

²² Art. 1 CBD.

²³ KOTZUR aaO. 226.; LOCHEN aaO. 112–213.

²⁴ STOLL (2010) aaO.161–162.; PROELSS aaO.; Graf VITZTHUM aaO. 488.; STOLL (2000) aaO. 3–4.

²⁵ WINTER – KAMAU aaO. 373.; Abschnitt 1 Leitfaden zu der Verordnung (EU) Nr. 511/2014.

²⁶ Art. 2 CBD.

²⁷ Art. 2 CBD. Auch gentechnisch modifiziertes Material kann dem Anwendungsbereich der CBD unterfallen, und ist nach den Vorgaben des Art. 15 CBD zu behandeln. Auf der zweiten Vertragsstaatenkonferenz (COP 2) wurde festgestellt, dass humangenetische Ressourcen demgegenüber nicht dem Anwendungsbereich der CBD unterfallen. Vgl. LOCHEN aaO. 117.

²⁸ LOCHEN aaO. 117.

mit dem Übereinkommen erworben haben. Dazu kommt noch eine zeitliche Beschränkung des Anwendungsbereichs des Übereinkommens: Im Sinne von Art. 15 CDB gilt das Übereinkommen nur für solche genetische Ressourcen, die nach dem Inkrafttreten des Übereinkommens erworben werden.²⁹

Teilhabeberechtigt sind solche Vertragsparteien, die Ursprungsländer der zur Verfügung gestellten genetischen Ressourcen sind (Ursprungsländer) – also wo die genetischen Ressourcen unter *In-situ* Bedingungen³⁰ vorkommen³¹ –, oder die Staaten, die diese Ressourcen in Übereinstimmung mit dem Übereinkommen erworben haben (Erwerbsstaaten).³²

Gemäß Art. 15 Abs. 1 CBD haben die Staaten die souveränen Rechte auf ihre natürlichen Ressourcen auf ihrem Hoheitsgebiet.³³ So dürfen sie den Zugang zu genetischen Ressourcen bestimmen und regeln.³⁴ Nach dieser Regelungsbefugnis dürfen sie entscheiden, wie der Zugang und die Nutzung ihrer genetischen Ressourcen geregelt werden sollen.³⁵

Die „*Bemühungsregelung*“ des Art. 15 Abs. 2 CBD relativiert aber den Grundsatz der staatlichen Souveränität an den genetischen Ressourcen.³⁶ Danach sollen sich die Vertragsstaaten bemühen, solche Voraussetzungen zu schaffen, die den Zugang zu genetischen Ressourcen zwecks umweltverträglicher Nutzung durch andere Vertragsstaaten erleichtern.³⁷ Weiterhin dürfen keine Beschränkungen auferlegt werden, die den Zielen des Übereinkommens zuwiderlaufen.³⁸ Ein vollkommenes Zugangsverbot ist also als Regelfall nicht erlaubt.³⁹

²⁹ Ibid. 117.

³⁰ Die *In-situ*-Bedingungen sind: „*die Bedingungen unter denen genetische Ressourcen in Ökosystemen und natürlichen Lebensräumen und – im Fall domestizierter oder gezüchteter Arten – in der Umgebung, in der sie ihre besonderen Eigenschaften entwickelt haben, leben.*“ (Art. 2 CBD).

³¹ Art. 2 CBD.

³² Art. 15 Abs. 3 CBD; WOLFRUM aaO.434–435.; LOCHEN aaO. 117.

³³ Graf VITZTHUM aaO. 488.

³⁴ Art. 15 Abs. 1 CBD.

³⁵ WOLFRUM aaO. 433.; EIDEN aaO. 199.; LOCHEN aaO. 119.; WINTER–KAMAU aaO. 373.; STOLL (2000) aaO. 4.; Gudrun HENNE: *Genetische Vielfalt als Ressource. Die Regelung ihrer Nutzung*. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1998. 139.; Cary FOWLER: Rechte an geistigem Eigentum und pflanzengenetische Ressourcen, In: Gertrude KLAFFENBÖCK – Eva LACHKOVICS, et al. (ed.): *Biologische Vielfalt. Wer kontrolliert die globalen genetischen Ressourcen?*. Brandes & Apsel / Südwind, Frankfurt a.M. – Wien, 2001. 4–59., 49.; STOLL (2013) aaO. 5–6.; Gerd WINTER: Towards Regional Common Pools of GRs – Improving the Effectiveness and Justice of ABS, In: Evanson Chege KAMAU – Gerd WINTER (ed.): *Genetic Resources, Traditional Knowledge and the Law*. Eartscan, Abingdon, Oxon – New York, 2013. 19–35., 20.

³⁶ HENNE aaO. 149.; KOTZUR aaO. 226.; WOLFRUM aaO. 434.; BUCK – HAMILTON aaO. 47.; WINTER (2013) aaO. 20–21.

³⁷ STOLL (2010) aaO.161.; STOLL (2000) aaO. 4.

³⁸ Art. 15 Abs. 2 CBD; WOLFRUM aaO. 434.; STOLL(2010) aaO. 161.; LOCHEN aaO. 120–121.; WINTER – KAMAU, aaO. 373.

³⁹ WOLFRUM aaO. 434.

Der Zugang bedarf der auf Kenntnis der Sachlage gegründeten vorherigen Zustimmung („*prior informed consent – PIC*“) des die Ressourcen zur Verfügung stellenden Vertragsstaates,⁴⁰ und erfolgt zu einvernehmlich festgelegten Bedingungen („*mutually agreed terms – MAT*“),⁴¹ was eigentlich eine vertragliche Vereinbarung zwischen dem Bereitsteller von genetischen Ressourcen (oder traditionellem Wissen) und einer natürlichen oder juristischen Person ist, die die genetischen Ressourcen (oder das traditionelle Wissen) erwerben möchte (Nutzer).⁴²

Als Gegenleistung für den Zugang zu genetischen Ressourcen können die Beteiligung an der Forschung mit genetischen Ressourcen,⁴³ die Beteiligung an den aus ihnen gezogenen Vorteilen, die sich aus der kommerziellen oder sonstigen Nutzung der genetischen Ressourcen ergeben,⁴⁴ sowie der Transfer von der die genetischen Ressourcen nutzenden Technologie vereinbart werden.⁴⁵

Ein wichtiges Novum des Übereinkommens ist, dass gemäß Art. 8 lit. j CBD das traditionelle Wissen indigener Völker und lokaler Gemeinschaften geschützt werden soll.⁴⁶ Die Regelung enthält also eine „*Staatenpflicht*“ für die Achtung, Bewahrung und Erhaltung traditionellen Wissens.⁴⁷ Die Vertragsstaaten belastet in dieser Hinsicht aber nur eine „*Berücksichtigungspflicht*“, ihre Verpflichtungen sind ziemlich weich formuliert („*begünstigen*“, „*fördern*“), und werden durch den „*soweit möglich und sofern angebracht*“-Zusatz noch weiter abgeschwächt.⁴⁸

II. Das Nagoya-Protokoll

Auf dem Johannesburg-Gipfel der Vereinten Nationen zur Nachhaltigen Entwicklung im Jahre 2002 wurde beschlossen, dass im Rahmen der CBD ein internationales Regime zur Förderung der gerechten Vorteilsbeteiligung bei dem Zugang und der Nutzung genetischer Ressourcen zu verhandeln ist.⁴⁹

⁴⁰ Art. 15 Abs. 5 CBD.

⁴¹ Art. 15 Abs. 4 CBD; Graf VITZTHUM aaO. 488.; LOCHEN aaO. 122–123.

⁴² Abschnitt 1.1 Leitfaden zu der Verordnung (EU) Nr. 511/2014.

⁴³ Die Vertragsparteien müssen sich bemühen, die wissenschaftliche Forschung, wenn diese Forschung auf der Grundlage von den anderen Vertragsparteien zur Verfügung gestellten genetischen Ressourcen durchgeführt wird, unter der Beteiligung dieser Vertragsparteien, und wenn es möglich ist, in deren Hoheitsgebiet durchzuführen (Art. 15 Abs. 6 CBD).

⁴⁴ Art. 15 Abs. 7 CBD. STOLL (2010) aaO. 161–162.; Matthias HERDEGEN: *Internationales Wirtschaftsrecht*. Verlag C.H. Beck, München, 2014. 120.; WINTER – KAMAU aaO. 373.

⁴⁵ WOLFRUM aaO. 434.; Malte-Christian GRUBER: Biodiversitätsschutz als Forderung intergenerationeller Gerechtigkeit. Vorteilsausgleich und Verantwortung für zukünftige Generationen. *Natur und Recht* (NuR), 2011. Heft 33, 468–479., 469.; LOCHEN aaO. 123.; HENNE aaO. 162.

⁴⁶ EIDEN aaO. 199.; KOTZUR aaO. 226.; WINTER – KAMAU aaO. 373.

⁴⁷ STOLL (2000) aaO. 6–7.

⁴⁸ LOCHEN aaO. 131–132.

⁴⁹ WINTER – KAMAU aaO. 375.; Nina WOLFF: Die Ergebnisse des Weltgipfels über nachhaltige Entwicklung in Johannesburg: Zusammenfassung und Wertung mit Blick auf die Entwicklung des Umweltvölkerrecht. *Natur und Recht* (NuR), 2003. Heft 3. 137–143., 140–141.; STOLL (2010) aaO. 171.

Das in Rahmen von dem 10. Vertragsstaatenkonferenz (COP 10) im Jahre 2010 – als Kompromisstext⁵⁰ – angenommene Nagoya-Protokoll⁵¹ konkretisiert die Regelungen von Art. 15, 16 und 8 lit. j CBD.⁵²

Mit dem Nagoya-Protokoll wurden verbindliche Regelungen zum Zugang zu genetischen Ressourcen und zum gerechten Vorteilsausgleich festgeschrieben.⁵³ Es enthält außerdem Spezialvorschriften zum Schutz indigener Völker und lokaler Gemeinschaften.⁵⁴

Zurzeit sind 125 Staaten (zusammen mit der EU) Mitglieder des Nagoya-Protokolls.⁵⁵ Das Protokoll trat am 12. 10. 2014 in Kraft, am 90. Tag nach der Hinterlegung der 50. Ratifikationsurkunde bei den Vereinten Nationen.⁵⁶

Das Nagoya-Protokoll wurde in Namen von der Europäischen Union, Ungarn, Deutschland und vielen weiteren EU-Mitgliedstaaten während der ungarischen EU-Ratspräsidentschaft am 23. Juni 2011 unterzeichnet.⁵⁷

1. Inhalt des Nagoya-Protokolls

a) Zielsetzung

Ziel des Protokolls ist die „*ausgewogene und gerechte Aufteilung der sich aus der Nutzung der genetischen Ressourcen ergebenden Vorteile*“,⁵⁸ welches Ziel dem dritten Ziel der CBD entspricht. Es wird aber gleichzeitig auch in den Dienst der

⁵⁰ WINTER – KAMAU aaO. 375–376. Von der Entstehungsgeschichte des Nagoya-Protokolls siehe ausführlicher: BUCK – HAMILTON aaO. 48–51.

⁵¹ *Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising From their Utilization to the Convention on Biological Diversity; Protokoll von Nagoya über den Zugang zu genetischen Ressourcen und die ausgewogene und gerechte Aufteilung der sich aus ihrer Nutzung ergebenden Vorteile zum Übereinkommen über die biologische Vielfalt*, in: Bundesgesetzblatt II, 2015. Nr. 32. 1481-1508.

⁵² PROELSS aaO.; NIEKISCH – WITTING aaO. 387.; BUCK – HAMILTON aaO. 48.

⁵³ EIDEN – BEGEMANN – SCHRÖDER – BLÜMLEIN aaO. 203.

⁵⁴ PROELSS, aaO.

⁵⁵ “Convention on Biological Diversity: List of Parties, Protocol on Access and Benefit-sharing” <https://www.cbd.int/information/parties.shtml#tab=2> (10.09.2020).

⁵⁶ BUNDESAMT FÜR NATURSCHUTZ (BFN): *Nagoya-Protokoll* (Nutzung genetischer Ressourcen) https://www.bfn.de/index_abs.html, (im Weiteren: BFN, Nagoya-Protokoll).

⁵⁷ Das Nagoya-Protokoll wurde in Namen der Europäischen Union von dem ungarischen Botschafter, Csaba Kőrösi und dem Botschafter der Europäischen Union, Pedro Serrano unterzeichnet. Das Protokoll wurde von Ungarn – als Erster von den EU-Mitgliedstaaten – am 29. April 2014 ratifiziert. (Siehe: A Nagojai Jegyzőkönyv hazánkban, <http://www.biodiv.hu/nagoya-protocol/nagoyai-jegyzokonyv-hazankban>; <https://www.cbd.int/abs/nagoya-protocol/signatories/default.shtml>) Deutschland ratifizierte das Nagoya-Protokoll am 21. April 2016. (BFN: Gesetz zur Umsetzung des Nagoya-Protokolls tritt in Kraft, http://www.bfn.de/0401_pm.html?tx_ttnews%5Btt_news%5D=5842).

⁵⁸ Art. 1 Nagoya-Protokoll (Im Weiteren: NP).

anderen beiden Ziele des Übereinkommens gestellt, da das ABS-System zum Schutz der biologischen Vielfalt beitragen soll.⁵⁹

b) Geltungsbereich

aa) Zeitlicher Geltungsbereich

Das Protokoll schweigt über die zeitliche Anwendbarkeit.⁶⁰ Zu seinem Anwendungsbereich gehören auf jeden Fall die genetischen Ressourcen (und das traditionelle Wissen) von Vertragsstaaten und die aus diesen gezogenen Vorteile, auf die nach Inkrafttreten des Übereinkommens zugegriffen wurde. Der Zugriff auf genetische Ressourcen vor dem Inkrafttreten des Übereinkommens, sowie die vor diesem Datum entstandenen Vorteile gehören nicht zum Geltungsbereich.⁶¹

bb) Sachlicher Geltungsbereich

Zu seinem sachlichen Anwendungsbereich gehören die genetischen Ressourcen, die in den Geltungsbereich von Art. 15 CBD fallen, und die sich aus der Nutzung von diesen Ressourcen ergebenden Vorteile, sowie das traditionelle Wissen, welches sich auf die in den Geltungsbereich fallenden genetischen Ressourcen bezieht, und die sich aus der Nutzung von diesem Wissen ergebenden Vorteile.⁶²

cc) Personeller Geltungsbereich

Das Protokoll ist auf solche Staaten anwendbar, die Vertragsparteien sind. Einerseits auf die Ursprungsstaaten, also auf die Staaten, die die genetischen Ressourcen *In situ* besitzen, weiterhin auch auf die Staaten, die die genetischen Ressourcen in Übereinstimmung mit der CBD erworben haben. Andererseits ist das Protokoll auch auf die Nutzerstaaten anzuwenden, also auf die Staaten, innerhalb deren die erworbenen genetischen Ressourcen genutzt werden, oder Vorteile aus der Nutzung entstehen.⁶³

c) Zugangsbedingungen

Einer von den wichtigsten Vorschriften des Nagoya-Protokolls ermöglicht den Vertragsstaaten, den Zugang zu ihren genetischen Ressourcen von ihrer vorherigen

⁵⁹ WINTER – KAMAU aaO. 377.

⁶⁰ WINTER – KAMAU aaO. 378.

⁶¹ Ibid. 378.; BUCK – HAMILTON aaO. 57.

⁶² Art. 3. NP. Nach Winters und Kamaus Meinung wird der Anwendungsbereich des Zugangsregimes zusätzlich über den Begriff „*der Nutzung für Zwecke von Forschung und Entwicklung, einschließlich der Anwendung von Biotechnologie*“ umgrenzt. Vgl. WINTER – KAMAU aaO. 379.

⁶³ WINTER – KAMAU aaO. 380.

Zustimmung abhängig zu machen, und für die Nutzung von ihrer genetischen Ressourcen die gerechte Verteilung der aus der Nutzung entstehenden Vorteile zu verlangen.⁶⁴

Nach den Vorschriften des Nagoya Protokolls

„In Ausübung von souveränen Rechte in Bezug auf die natürlichen Ressourcen und vorbehaltlich der Innenstaatlichen Gesetze oder sonstigen Vorschriften über den Zugang und die Aufteilung der Vorteile bedarf der Zugang zu genetischen Ressourcen für ihre Nutzung der auf Kenntnis der Sachlage gegründeten vorherigen Zustimmung der Vertragspartei, die diese Ressourcen zur Verfügung gestellt hat [...], sofern diese Vertragspartei nichts anderes bestimmt hat.“⁶⁵

Die Vertragsstaaten, die „eine auf Kenntnis der Sachlage gegründete vorherige Zustimmung“ („*prior informed consent* – PIC“) verlangen, sollen sich um die erforderlichen Maßnahmen kümmern. Es geht dabei um Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und politische Maßnahmen.⁶⁶

Die Vertragsstaaten sollen dann für die folgenden Punkte sorgen: Rechtssicherheit; Klarheit und Transparenz ihrer Gesetze über den Zugang und über die Aufteilung der Vorteile; ausgewogene und nicht willkürliche Zugangsregeln und -verfahren; Verfügbarkeit von Informationen darüber, wie die vorherige Zustimmung zu beantragen ist; kostenwirksame, klare und rechtzeitige Entscheidung einer nationalen Behörde; Ausstellung einer Genehmigung als Nachweis der Zustimmung; die Feststellung von Kriterien und Verfahren in Zusammenhang mit der Zustimmung und Beteiligung indigener Gemeinschaften; sowie klare Regeln und Verfahren für das Verlangen und für die Vereinbarung einvernehmlich festgelegter Bedingungen.⁶⁷

Wenn genetische Ressourcen im Sinne der jeweiligen nationalen Gesetze indigener und ortsansässiger Gemeinschaften zugeordnet sind, und sie das Recht haben, über den Zugang zu diesen Ressourcen zu entscheiden, sollen diese Gemeinschaften auch in dem Zustimmungsverfahren beteiligt werden.⁶⁸ Wenn traditionelles Wissen solcher Gemeinschaften angewandt wird, bedarf es auch ihrer Zustimmung.⁶⁹

⁶⁴ Drucksache 18/5321, 1.

⁶⁵ Art. 6 Abs. 1 NP.

⁶⁶ Art. 6 Abs. 3 NP.

⁶⁷ Art. 6 Abs. 3 NP; WINTER – KAMAU aaO. 380–381.

⁶⁸ Art. 6 Abs. 2 NP.

⁶⁹ Art. 7 NP; WINTER – KAMAU aaO. 381.

Für den Zugang für nicht kommerzielle Forschungszwecke⁷⁰ (sog. Grundlagenforschung) sollten vereinfachte Bedingungen geschaffen werden.⁷¹

Die Vertragsparteien haben die Notstandssituationen zu beachten, und die Notwendigkeit eines schnellen Zugangs zu erwägen.⁷²

d) Maßnahmen zur Regeleinhaltung und zur Überwachung

Das Protokoll verpflichtet die Vertragsparteien insbesondere zum Erlass von Regelungen im Interesse der Einhaltung der ABS-Vorschriften durch die Nutzer.⁷³

Die Vertragsstaaten sind verpflichtet angemessene, geeignete und wirksame gesetzgeberische, administrative und politische Maßnahmen zu ergreifen, um zu gewährleisten, dass die innerhalb ihres Hoheitsgebiets genutzten genetischen Ressourcen und traditionelles Wissen – wenn es von dem Ursprungsstaat gefordert wird – nach Einholung der vorherigen Zustimmung erlangt worden sind, und dass einvernehmlich festgelegte Bedingungen vereinbart worden sind.⁷⁴ Für die Behandlung von Rechtsverstößen müssen geeignete, wirksame und angemessene Maßnahmen ergriffen werden.⁷⁵ Für Streitigkeiten, die sich aus den einvernehmlich festgelegten Bedingungen ergeben, müssen die Vertragsparteien Streitschlichtungsmechanismen zur Verfügung stellen.⁷⁶

Außerdem soll jede Vertragspartei nach Art. 17 Nagoya-Protokoll, soweit angebracht, Maßnahmen ergreifen, um die Nutzung der genetischen Ressourcen zu überwachen.⁷⁷ Sie müssen eine oder mehrere Kontrollstelle(n) einrichten, bestimmte Mitteilungspflichten der Nutzer von genetischen Ressourcen gegenüber den Kontrollstellen begründen und durchsetzen. Die Informationen müssen den zuständigen Behörden des Vertragsstaates, dem Ursprungsstaat und dem *ABS Clearing House* weitergegeben werden.⁷⁸

Wenn die nationale Zugangsgenehmigung eines Ursprungslandes bei der ABS-Informationsstelle angemeldet wird, gilt sie als ein international anerkanntes Konformitätszertifikat.⁷⁹ Ein international anerkanntes Konformitätszertifikat dient

⁷⁰ Zum Begriff von kommerzieller und nicht kommerzieller Forschung siehe ausführlich: Caroline von KRIES – Gerd WINTER: Defining commercial and non-commercial research and development under the Nagoya Protocol and in other contexts, In: Gerd WINTER – Evason Chege KAMAU – Peter Tobias STOLL (ed.): *Research and Development on Genetic Resources. Public domain approaches in implementing the Nagoya Protocol*. London – New York, 2015. 60–74., 65–73.

⁷¹ Art. 8 lit. a NP; WINTER – KAMAU aaO. 383.

⁷² Art. 8 lit. b NP.

⁷³ Abschnitt 1.1 Leitfaden zu der Verordnung (EU) Nr. 511/2014.

⁷⁴ Art. 15 Abs. 1, Art. 16 Abs. 1 NP; BUCK – HAMILTON aaO. 52.

⁷⁵ Art. 15 Abs. 2, Art. 16. Abs. 2 NP.

⁷⁶ Art. 18 NP; WINTER – KAMAU aaO. 385.

⁷⁷ Art. 17 NP.

⁷⁸ Art. 17. Abs. 1 lit. a NP; WINTER – KAMAU aaO. 385–386.; BUCK – HAMILTON aaO. 53–54.

⁷⁹ Art. 17 Abs. 2 NP; Abschnitt 3.3 Leitfaden zu der Verordnung (EU) Nr. 511/2014; WINTER – KAMAU aaO. 386.

als Nachweis dafür, dass der Zugang zu genetischen Ressourcen „im Einklang mit einer auf Kenntnis der Sachlage gegründeten vorherigen Zustimmung erfolgt ist und dass einvernehmlich festgelegte Bedingungen vereinbart worden sind.“⁸⁰

e) Vorteilsausgleich

Nach Art. 5 Nagoya-Protokoll hat jede Vertragspartei – wie jeweils angebracht – Gesetzgebungs-, Verwaltungs-, und politische Maßnahmen zu ergreifen, um sicherzustellen, dass Vorteile, die sich aus der Nutzung der genetischen Ressourcen oder des traditionellen Wissens, sowie aus ihrer späteren Verwendung und Vermarktung ergeben, mit dem Ursprungsstaat (bzw. Lieferstaat) und den indigenen und lokalen Gemeinschaften ausgewogen und gerecht geteilt werden. Die Aufteilung soll zu einvernehmlich festgelegten Bedingungen erfolgen.⁸¹

Das Nagoya-Protokoll definiert die Nutzung als „das Durchführen von Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten an der genetischen und/oder biochemischen Zusammensetzung genetischer Ressourcen, einschließlich durch die Anwendung von Biotechnologie (...)“⁸²

In der Anlage des Protokolls sind die möglichen finanziellen und nicht finanziellen Vorteile aufgezählt.⁸³

f) Indigene und lokale Gemeinschaften

Im Protokoll gibt es verschiedene Vorschriften, die der Berücksichtigung der Interessen von indigenen und lokalen Gemeinschaften dienen. Wenn also solchen Gemeinschaften nach innerstaatlichem Recht genetische Ressourcen zugeordnet werden, oder wenn sie mit diesen Ressourcen zusammenhängendes traditionelles Wissen besitzen, sollen die Vertragsparteien solche Maßnahmen treffen, die sicherstellen, dass die vorherige Zustimmung dieser Gemeinschaften eingeholt wird, und sie an den Vorteilen beteiligt werden.⁸⁴

g) Nationale Anlaufstellen und zuständige nationale Behörden

Jede Vertragspartei soll eine nationale Anlaufstelle für den Zugang und die Aufteilung der Vorteile benennen, die den Antragstellern, welche Zugang zu genetischen Ressourcen, oder zu sich auf genetische Ressourcen beziehendem traditionellem Wissen begehren, bestimmte Informationen zur Verfügung stellt.⁸⁵

⁸⁰ Art. 17 Abs. 3 NP; BUCK – HAMILTON aaO. 54.

⁸¹ Art. 5 Abs 1–5 NP; WINTER – KAMAU aaO. 381.

⁸² Art. 2 lit. c NP; BUCK – HAMILTON aaO. 53.

⁸³ Anlage Nagolya-Protokoll.

⁸⁴ Art. 5 Abs. 2, Art. 6 Abs. 2, Art. 7 NP; WINTER – KAMAU aaO. 384.

⁸⁵ Art. 13 Abs. 1 NP.

Jede Vertragspartei soll eine oder mehrere zuständige nationale Behörde(n) für den Zugang und die Aufteilung der Vorteile benennen, die für die Gewährung des Zugangs, für die Ausstellung eines Nachweises über die Erfüllung der Zugangsvoraussetzungen, sowie für die Erteilung von Auskünften über die geltenden Verfahren und Anforderungen zuständig sind.⁸⁶

h) *ABS Clearing-House*

Aufgrund der Regelungen des Nagoya-Protokolls wurde eine Informationsstelle für den Zugang und die Aufteilung der Vorteile eingerichtet, die die von den Vertragsparteien zur Verfügung gestellten Informationen zugänglich macht. Diese ist das sog. *Access and Benefit-Sharing Clearing-House (ABS Clearing-House)*.⁸⁷ Die zur Verfügung zu stellenden Informationen umfassen die staatlichen Maßnahmen über den Zugang und die Aufteilung der Vorteile, die Benennung der nationalen Anlaufstellen und der zuständigen nationalen Behörden, die erteilten Genehmigungen und weitere zusätzliche Informationen.⁸⁸

i) *Common Pools*

Im Sinne des Nagoya-Protokolls können die Ursprungsstaaten, die grenzüberschreitend vorkommende genetische Ressourcen oder traditionelles Wissen besitzen, zusammenarbeiten und eventuell regionale Pools einrichten.⁸⁹ Auch globale multilaterale Vorteilsausgleichssysteme können begründet werden, im Falle von grenzüberschreitend vorkommenden genetischen Ressourcen oder traditionalem Wissen, oder auch für solche genetischen Ressourcen, für die die Einholung einer vorherigen Zustimmung nicht möglich ist. Etwa weil sie sich nicht in einem Gebiet staatlicher Souveränität befinden.⁹⁰ Die *Common Pools* können auch für solche genetischen Ressourcen geschaffen werden, deren Zugang noch vor dem Inkrafttreten des Übereinkommens passierte. So könnten auch die *Ex-situ*-Sammlungen in den Vorteilsausgleich einbezogen werden. Die Vorteile aus der Nutzung von genetischen Ressourcen und traditionellem Wissen, die von deren Nutzern durch die *Common Pools* geteilt werden, werden verwendet, um die Erhaltung der Biodiversität weltweit zu unterstützen.⁹¹

⁸⁶ Art. 13 Abs. 2 NP.

⁸⁷ „Convention on Biological Diversity: The Access and Benefit-Sharing Clearing-House“ <https://absch.cbd.int>.

⁸⁸ Art. 14. NP.

⁸⁹ Art. 11 NP; WINTER – KAMAU aaO. 388.

⁹⁰ Solche können zum Beispiel die genetischen Ressourcen sein, die auf der Hohen See, also die jenseits der Grenzen des Bereichs nationaler Hoheitsbefugnisse zu finden sind. Vgl. WINTER – KAMAU aaO. 388–389., dazu auch das Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen (*United Nations Convention on the Law of the Sea, UNCLOS*) von dem Jahre 1982. Deutsche Übersetzung: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1998:179:0003:0134:DE:PDF>

⁹¹ Art. 10 NP; WINTER – KAMAU aaO. 388–389.; BUCK – HAMILTON aaO. 59–60.

j) Mustervertragsklauseln, Verhaltensregeln, Leitlinien und bewährte Verfahren

Das Protokoll schreibt vor, dass die Vertragsparteien die Ausarbeitung und Verwendung von Mustervertragsklauseln für einvernehmlich festgelegte Bedingungen,⁹² sowie von freiwilligen Verhaltensregeln, Leitlinien und bewährten Verfahren für den Zugang und die Aufteilung der Vorteile fördern sollen.⁹³

2. Bewertung des Nagoya-Protokolls

Die ABS-Regelungen des CBD⁹⁴ werden durch das Nagoya-Protokoll konkretisiert.⁹⁵

Das Protokoll selbst verpflichtet die Nutzer nicht, eine vorherige informierte Zustimmung (PIC) einzuholen, sondern verpflichtet sie nur, die ABS-Regelungen des Ursprungsstaates zu respektieren, falls der Ursprungsstaat solche hat, und in diesem Fall die PIC-Bedingungen des Ursprungsstaates einzuhalten.⁹⁶

Eine der wichtigsten Regelungen des Nagoya-Protokolls erteilt den Vertragsstaaten die Befugnis, den Zugang zu ihren genetischen Ressourcen von ihrer vorherigen Zustimmung abhängig zu machen und für die Nutzung von den genetischen Ressourcen eine ausgewogene und gerechte Vorteilsaufteilung zu verlangen.⁹⁷ Das Nagoya-Protokoll verpflichtet die Vertragsparteien nicht, den Zugang zu ihren genetischen Ressourcen (oder dem sich darauf beziehenden traditionellen Wissen) zu regeln, wenn sie aber Zugangsregelungen treffen möchten, müssen diese Regelungen klar und eindeutig sein.⁹⁸

Im Interesse der Einhaltung der Zugangsregelungen schreibt das Protokoll weiterhin vor, dass die Vertragsstaaten geeignete und wirksame Maßnahmen ergreifen sollen, um zu gewährleisten, dass der Zugang zu den innerhalb ihres Hoheitsgebiets genutzten genetischen Ressourcen – gemäß den Zugangsvorschriften des Bereitstellerlandes – aufgrund einer vorherigen Zustimmung erfolgt ist, und dass einvernehmlich festgelegte Bedingungen vereinbart worden sind.⁹⁹

Der Regelungszweck des Protokolls ist also in diesem Sinne zweiseitig: Es will den Ursprungsländern von genetischen Ressourcen (meistens armen Entwicklungsländern) ein geeignetes Mittel sichern, damit sie verhindern können, dass ihre genetischen Ressourcen ohne Kontrolle und Gegenleistung (Vorteilsausgleich) genutzt werden. Die so bestimmten Zugangsregelungen wären aber nur schwer oder gar nicht durchsetzbar, wenn die privaten Nutzer von genetischen Ressourcen

⁹² Art. 19 Abs. 1 NP.

⁹³ Art. 20 Abs. 1 NP.

⁹⁴ Art. 15, 16 und 8 lit. j CBD.

⁹⁵ PROELSS aaO.; NIEKISCH – WITTING aaO. 387.

⁹⁶ WINTER – KAMAU aaO. 392.; BUCK – HAMILTON aaO. 51.

⁹⁷ Art. 6 Abs. 1 NP; Drucksache 18/5321, 1.

⁹⁸ Abschnitt 1.1 Leitfaden zu der Verordnung (EU) Nr. 511/2014; WINTER – KAMAU aaO. 392–393.; BUCK – HAMILTON aaO. 51.

⁹⁹ Art. 15 NP.

(Firmen, bzw. Unternehmen, usw.) nicht dazu gezwungen werden könnten, die Zugangsregelungen der betroffenen Ursprungsländer einzuhalten. Da die privaten Nutzer durch völkerrechtliche Regelungen nicht unmittelbar gezwungen werden können, die Zugangsregelungen einzuhalten, muss ein unmittelbarer Zwang angewandt werden.

Zur „Sicherung der Regeleinhaltung“¹⁰⁰ schreibt das Protokoll für die Vertragsstaaten die Verpflichtung vor, die privaten Nutzer von genetischen Ressourcen mit geeigneten Maßnahmen zur ABS-Regeleinhaltung zu zwingen.¹⁰¹ Außerdem haben die Vertragsstaaten im Interesse der Regeleinhaltung sog. „Beobachtungspflichten“ (Einrichtung von Kontrollstellen, Begründung von Mitteilungspflichten der Nutzer, Weitergabe der Informationen an die zuständigen Behörden).¹⁰²

Es ist wichtig, dass die Vertragsstaaten bei der Bestimmung der Maßnahmen für die ABS-Regeleinhaltung durch den privaten Nutzer flexibel agieren können. Da es wegen der Unterschiede der Nutzung von genetischen Ressourcen in unterschiedlichen Sektoren mit unterschiedlichen Geschäfts- und Innovationsmodellen (usw.) leicht vorkommen kann, dass bestimmte Maßnahmen in einem Sektor effektiv sind, in einem anderen Sektor aber nicht.¹⁰³

Es gibt einige Mängel im Protokoll, die hauptsächlich wegen seines Kompromisscharakters¹⁰⁴ entstanden sind. So wurde zum Beispiel die Pflicht zur Offenlegung der Herkunft von den genetischen Ressourcen bei Antrag auf Patentierung von Erfindungen, die mit der Anwendung dieser genetischen Ressourcen zustande gekommen sind, schließlich ins Nagoya-Protokoll nicht aufgenommen.¹⁰⁵

Es wird weiterhin auch bemängelt, dass solange das Protokoll den Vertragsstaaten eine ziemlich strenge Beobachtungspflicht vorschreibt, ihre Durchsetzungspflicht viel enger gefasst ist. Der herrschenden Meinung nach verpflichtet das Nagoya-Protokoll die Nutzerstaaten nur zur Sicherung der Rechtmäßigkeit des Erwerbs der genetischen Ressourcen, ihre Durchsetzungspflicht erstreckt sich aber nicht auf die Rechtmäßigkeit der Nutzung und des Vorteilsausgleichs.¹⁰⁶

Mit dem Kompromisscharakter des Protokolls ist auch zu erklären, dass das Protokoll über seine zeitliche Anwendbarkeit schweigt. Da bereits viele biologische Ressourcen in *Ex-situ*-Sammlungen¹⁰⁷ zu finden sind, forderten die

¹⁰⁰ WINTER – KAMAU aaO. 385.

¹⁰¹ Art. 15 und 16 NP.

¹⁰² Art. 17. Abs. 1 lit. a NP; WINTER v KAMAU aaO. 385–386.

¹⁰³ BUCK – HAMILTON aaO. 53.

¹⁰⁴ WINTER (2011) aaO. 58.

¹⁰⁵ WINTER – KAMAU aaO. 386.

¹⁰⁶ Gerd WINTER – Hans-Peter FRICKER – Peter KNOEPFEL: Die biotechnische Nutzung genetischer Ressourcen und ihre Regulierung. Ein integrierender Vorschlag, *Zeitschrift für Umwelt und Recht* (ZUR). 5/2015. 259–270., 269.; WINTER – KAMAU aaO. 386–387., 397.

¹⁰⁷ „*Ex-situ-Erhaltung*“ bedeutet gem. Art. 2 CBD „die Erhaltung von Bestandteilen der biologischen Vielfalt außerhalb ihrer Lebensräume.“

Entwicklungsländer einen Vorteilausgleich auch für die neuen Nutzungen der schon länger zugänglichen biologischen Ressourcen, sie wurden aber enttäuscht.¹⁰⁸

Es ist außerdem festzustellen, dass viele Regelungen des Protokolls zum „*soft law*“ gehören, weil die vorgeschriebenen Pflichten oft unter der Klausel „*soweit angemessen*“ stehen.¹⁰⁹

Durch das Nagoya-Protokoll wurde der Schutz des traditionellen Wissens indigener Völker im internationalen Recht eindeutig erhöht. Es ist aber bedauernd, dass weder der Begriff „*sich auf genetische Ressourcen beziehendes traditionelles Wissen*“, noch der Begriff „*Nutzung von traditionellem Wissen*“ im Protokoll definiert wurde.¹¹⁰

Trotz der erwähnten Mängel kann aber das Protokoll zahlreiche Errungenschaften aufweisen: So zum Beispiel, dass sich der Vorteilausgleich auch auf die Nutzung von biochemischen Substanzen erstreckt. Weiterhin, dass sich die Vertragsstaaten bei der Feststellung von Zugangsbedingungen um Rechtssicherheit und Transparenz kümmern müssen, und dass die nicht-kommerzielle Forschung, sowie auch der Zugang in Notsituationen erleichtert werden müssen. Es ist besonders zu begrüßen, dass die „Nutzerstaaten“ zur Überwachung der Durchsetzung der ABS-Regelungen verpflichtet sind, weiterhin dass die Rechte der indigenen Völkern in Zusammenhang mit den genetischen Ressourcen und dem traditionellen Wissen gestärkt werden. Die „Gründung“ eines *ABS-Clearing House* und die Ermöglichung von *Common Pools* sind ebenfalls nützlich.¹¹¹

Insgesamt kann festgestellt werden, dass das Protokoll – trotz seines Kompromisscharakters – im Falle seiner richtigen Anwendung mehr Rechtssicherheit und Gerechtigkeit sowohl für die „Ressourcenstaaten“ als auch für die „Nutzerstaaten“ bringen kann.¹¹²

C. Regelung der Europäischen Union – Verordnung (EU) Nr. 511/2014

Die rechtliche Umsetzung des Nagoya-Protokolls erfolgt in der EU durch die „*Verordnung (EU) Nr. 511/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über Maßnahmen für die Nutzer zur Einhaltung der Vorschriften des Protokolls von Nagoya über den Zugang zu genetischen Ressourcen und die ausgewogene und gerechte Aufteilung der sich aus ihrer Nutzung ergebenden Vorteile in der Union*“ (im Folgenden auch EU-Verordnung), die die völkerrechtlichen Verpflichtungen des Nagoya-Protokolls bezüglich der Einhaltung der ABS-Vorschriften durch die Nutzer einheitlich auf europäischer Ebene umsetzt.¹¹³ Die Konkretisierung bestimmter Regelungen der EU-Verordnung erfolgt durch die

¹⁰⁸ WINTER (2011) aaO. 58.; WINTER – KAMAU aaO. 397.

¹⁰⁹ WINTER – KAMAU aaO. 397.

¹¹⁰ BUCK – HAMILTON aaO. 54–56.; Zu diesem Problem siehe ausführlicher: KOTZUR aaO. 230–231.

¹¹¹ WINTER – KAMAU aaO. 397.

¹¹² Ibid. 397.

¹¹³ Drucksache 18/5321, 11.; Abschnitt 1 Leitfaden zu der Verordnung (EU) Nr. 511/2014.

„Durchführungsverordnung (EU) 2015/1866 der Kommission vom 13. Oktober 2015 mit Durchführungsbestimmungen zur Verordnung (EU) Nr. 511/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates in Bezug auf das Register von Sammlungen, die Überwachung der Einhaltung der Vorschriften durch die Nutzer und bewährte Verfahren“ (im Folgenden auch Durchführungsverordnung).

I. Inhalt der EU-Verordnung

1. Geltungsbereich

Die EU-Verordnung ist dann anwendbar, wenn die folgenden Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind: es muss sich um genetische Ressourcen (oder um sich darauf beziehendes traditionelles Wissen) handeln, die souveränen Hoheitsrechte unterliegen, und das Bereitstellerland muss zum Zeitpunkt des Zugangs Nagoya-Protokoll-Vertragsstaat sein, der über eigene Zugangsregelungen verfügt. Der Zugang muss nach dem Inkrafttreten des Nagoya-Protokolls für die EU, also ab dem 12. 10. 2014 erfolgen.¹¹⁴ Schließlich muss es sich um eine Nutzung von genetischen Ressourcen in der EU handeln.¹¹⁵

Die näheren Regelungen hinsichtlich der Geltungsvoraussetzungen sind die folgenden:

a) Materieller Anwendungsbereich

Die Verordnung gilt also bezüglich der Nutzung von genetischen Ressourcen und der Nutzung des sich darauf beziehenden traditionellen Wissens.¹¹⁶

„Genetische Ressourcen“ werden als „genetisches Material von tatsächlichem oder potenziellem Wert,¹¹⁷ das pflanzlichen, tierischen, mikrobiellen oder sonstigen Ursprungs ist und funktionale Erbinheiten enthält,¹¹⁸ definiert.¹¹⁹

Die Verordnung gilt auch für die Nutzung der sog. Derivate, aber nur dann, wenn der Zugang zu einem Derivat mit dem Zugang zur genetischen Ressource verbunden ist, von der das Derivat gewonnen wird.¹²⁰ Dabei wird das „Derivat“ „als eine natürlich vorkommende biochemische Verbindung definiert, die durch Genexpression oder den Stoffwechselprozess biologischer oder genetischer Ressourcen entstanden ist,

¹¹⁴ Art. 2 Abs. 1, 4 Verordnung (EU) Nr. 511/2014; Drucksache 18/5321, 14.

¹¹⁵ BUNDESAMT FÜR NATURSCHUTZ, Fragen zum praktischen Vollzug der Gesetze, https://www.bgbm.org/sites/default/files/greiber_bfn_abs-tagung-berlin_maerz2016.pdf, (Im Weiteren: BfN, Fragen); Riskó Andrea: *Genetikai erőforrások hasznosításának jogi szabályozása*, <https://bit.ly/3hn7A6F>

¹¹⁶ Abschnitt 2.3 Leitfaden zu der Verordnung (EU) Nr. 511/2014.

¹¹⁷ Art. 3 Nr. 2 Verordnung (EU) Nr. 511/2014.

¹¹⁸ Art. 3 Nr. 1 Verordnung (EU) Nr. 511/2014; Art. 2 CBD.

¹¹⁹ Abschnitt 2.3.1 Leitfaden zu der Verordnung (EU) Nr. 511/2014; BfN, Fragen.

¹²⁰ Abschnitt 2.3.3 Leitfaden zu der Verordnung (EU) Nr. 511/2014.

*auch wenn sie keine funktionalen Erbinheiten enthält.*¹²¹ (Beispiele für Derivate: Proteine, Lipide, Enzyme, RNA, auch organische Verbindungen, wie ätherische Öle, pflanzliche Harze.)¹²²

Die Derivate gehören dann zum Anwendungsbereich der EU-Verordnung, wenn sie aus solchen genetischen Ressourcen gewonnen sind, die ihrerseits zum Anwendungsbereich der EU-Verordnung gehören, weiterhin wenn sie von einvernehmlich festgelegten Bedingungen erfasst sind.¹²³

Von dem Geltungsbereich der EU-Verordnung sind solche genetischen Ressourcen ausgenommen, bei denen der Zugang und die Vorteilsaufteilung unter besondere internationale Regelungen fallen, die mit den Zielen des Übereinkommens und des Nagoya-Protokolls im Einklang stehen.¹²⁴

Humangenetische Ressourcen fallen nicht in den Anwendungsbereich der EU-Verordnung.¹²⁵

Für genetische Ressourcen, von denen festgestellt wurde, dass sie Krankheitserreger sind, gelten spezielle Vorschriften gem. Art. 4 Abs. 8 Verordnung (EU) Nr. 511/2014.

Traditionelles Wissen fällt dann unter die EU-Verordnung, wenn es in die Nutzung der betreffenden genetischen Ressourcen einfließt und von den einschlägigen Vereinbarungen abgedeckt ist.¹²⁶

Weitere Voraussetzung für die Anwendbarkeit der EU-Verordnung ist die Nutzung von genetischen Ressourcen in der EU. *„Nutzung von genetischen Ressourcen bedeutet das Durchführen von Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten an der genetischen und/oder biochemischen Zusammensetzung genetischer Ressourcen, einschließlich durch die Anwendung von Biotechnologie [...]“*¹²⁷ Es ist nicht relevant, ob das Ziel der Nutzung kommerziell oder nicht kommerziell ist.¹²⁸

So gilt zum Beispiel als Nutzung die Isolation einer biochemischen Verbindung zur Verwendung als neuer Inhaltsstoff für ein Kosmetikprodukt, die Züchtung einer neuen Pflanzensorte oder die Entwicklung eines genetisch veränderten Organismus, der genetisches Material einer anderen Spezies beinhaltet. Demgegenüber gilt die einfache

¹²¹ Art. 2 Nagoya Protokoll; Präambel Nr. 15 Verordnung (EU) Nr. 511/2014.

¹²² Abschnitt 2.3.3 Leitfaden zu der Verordnung (EU) Nr. 511/2014.

¹²³ BfN, Fragen.

¹²⁴ Art. 4. Abs. 4 NP; Art. 2 Abs.2 Verordnung (EU) Nr. 511/2014. So bilden zum Beispiel die in den Geltungsbereich des Internationalen Vertrags für pflanzengenetische Ressourcen (ITPGRFA) oder des WHO-Rahmenwerks für pandemische Grippeviren (PIPF) fallenden genetischen Ressourcen eine Ausnahme. Wenn aber die genetischen Ressourcen in Anwendungsbereich von ITPGRFA oder PIPF fallen, aber der Zugang in einem solchen Staat erfolgt, der nicht Vertragspartei der ITPGRFA oder PIPF, aber Vertragspartei des Nagoya-Protokolls ist, oder wenn die genetischen Ressourcen zu anderen Zwecken genutzt werden (wie z. B. Saatgut zu Pharma-Zwecken), sind das Nagoya-Protokoll und die EU-Verordnung trotzdem anwendbar. (Abschnitt 2.3.1 Leitfaden zu der Verordnung (EU) Nr. 511/2014; BfN, Fragen.)

¹²⁵ Abschnitt 2.3.1 Leitfaden zu der Verordnung (EU) Nr. 511/2014.

¹²⁶ Art. 3 Nr. 7 Verordnung (EU) Nr. 511/2014.; Abschnitt 2.3.2 Leitfaden zu der Verordnung (EU) Nr. 511/2014.

¹²⁷ Art. 3 Nr. 5 Verordnung (EU) Nr. 511/2014.

¹²⁸ BfN, Fragen; Riskó aaO. <https://bit.ly/3hn7A6F>

Lieferung oder Weitergabe einer genetischen Ressource oder das Inverkehrbringen eines Produktes, ohne dabei Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten zu betreiben¹²⁹ oder zum Beispiel die reine morphologische Forschung nicht als Nutzung.¹³⁰

b) Geografischer Anwendungsbereich

Der geografische Anwendungsbereich der Verordnung ist aus zwei Aspekten relevant. Erstens gilt die Verordnung nur für die Nutzung innerhalb der EU.¹³¹

Zweitens gilt die Verordnung nur für solche genetischen Ressourcen, über die ein Nagoya-Protokoll-Vertragsstaat souveräne Rechte ausübt, wenn dieser Staat den Zugang zu genetischen Ressourcen geregelt hat.¹³²

Die genetischen Ressourcen müssen also souveränen Hoheitsrechten unterliegen, so ist die EU-Verordnung für die genetischen Ressourcen, die außerhalb nationaler Hoheitsgewalt stehen, die z. B. von der Hohen See oder aus der Antarktis stammen, nicht gültig.¹³³

Das Bereitstellerland muss zum Zeitpunkt des Zugangs ein Nagoya-Protokoll-Vertragsstaat sein. Ein Staat gilt erst 3 Monate nach der Ratifizierung als Vertragspartei. Von „Bereitstellerland“ wird gesprochen, wenn es um ein Ursprungsland einer genetischen Ressource oder um einen solchen Vertragsstaat geht, der eine genetische Ressource in Übereinstimmung mit dem Übereinkommen über die biologische Vielfalt erworben hat.¹³⁴ „Ursprungsland“ ist das Land, das die genetischen Ressourcen unter *In-situ* Bedingungen besitzt.¹³⁵

c) Zeitlicher Anwendungsbereich

Die EU-Verordnung gilt nur für solche genetischen Ressourcen, zu denen nach dem 12. Oktober 2014 Zugang erlangt wurde. Also der Zeitpunkt des Zuganges ist entscheidend und nicht der Zeitpunkt der Nutzung.¹³⁶ Wenn genetische Ressourcen indirekt über eine Mittelsperson bezogen werden, hat der Nutzer darauf zu achten, dass die Mittelsperson beim ursprünglichen Zugang die Zugangsbedingungen erfüllt hat. Dies ist aber nur dann erforderlich, wenn der Zugang durch die Mittelsperson im Bereitstellerland erst nach Inkrafttreten des Nagoya-Protokolls erfolgte.¹³⁷

Wenn zum Beispiel ein Nutzer im Jahre 2015 genetische Ressourcen von einer Sammlung in Deutschland erhält, welche die Sammlung vor dem 12. 10. 2014 von

¹²⁹ Riskó aaO. <https://bit.ly/3hn7A6F>

¹³⁰ Abschnitt 2.3.3 Leitfaden zu der Verordnung (EU) Nr. 511/2014; BfN, Fragen.

¹³¹ Abschnitt 2.5 Leitfaden zu der Verordnung (EU) Nr. 511/2014.

¹³² Abschnitt 2.1 Leitfaden zu der Verordnung (EU) Nr. 511/2014.

¹³³ BfN, Fragen; Riskó aaO. <https://bit.ly/3hn7A6F>

¹³⁴ Abschnitt 1.2 Leitfaden zu der Verordnung (EU) Nr. 511/2014; BfN, Fragen.

¹³⁵ Art. 2 CBD

¹³⁶ Abschnitt 2.2 Leitfaden zu der Verordnung (EU) Nr. 511/2014.

¹³⁷ Abschnitt 2.1.3 Leitfaden zu der Verordnung (EU) Nr. 511/2014.

einem Bereitstellerland erhalten hat, das später Vertragspartei des Nagoya-Protokolls geworden ist, werden diese genetischen Ressourcen von der EU-Verordnung nicht erfasst.¹³⁸

d) Personenbezogener Anwendungsbereich

Die in der EU-Verordnung vorgeschriebene Sorgfaltspflicht gilt für alle Nutzer von solchen genetischen Ressourcen, die in den Anwendungsbereich der Verordnung fallen. Ein „Nutzer“ ist *„eine natürliche oder juristische Person, die genetische Ressourcen oder traditionelles Wissen, das sich auf genetische Ressourcen bezieht, nutzt.“*¹³⁹

2. Verpflichtungen von Nutzern

a) Feststellung der Anwendbarkeit der EU-Verordnung

Der Nutzer muss mit gebotener Sorgfalt prüfen, ob für die Nutzung der betroffenen genetischen Ressourcen die EU-Verordnung anzuwenden ist.¹⁴⁰

Die Voraussetzungen der Anwendbarkeit: Die genetischen Ressourcen müssen innerhalb der EU genutzt werden. (Die Nutzung im Sinne der EU-Verordnung bedeutet *„die Durchführung von Forschungs- und/oder Entwicklungstätigkeiten an der genetischen und/oder biochemischen Zusammensetzung genetischer Ressourcen.“*)¹⁴¹

Der Zugang zu den genetischen Ressourcen muss ab dem 12. 10. 2014 in einem Vertragsstaat des Nagoya-Protokolls stattgefunden haben.¹⁴² In diesem Vertragsstaat müssen Zugangsregelungen (ABS-Regelungen) gelten, die auch für die betroffenen genetischen Ressourcen gelten müssen.¹⁴³

¹³⁸ Abschnitt 2.2 Leitfaden zu der Verordnung (EU) Nr. 511/2014.

¹³⁹ Art. 3 Nr. 4 Verordnung (EU) Nr. 511/2014; Abschnitt 2.4 Leitfaden zu der Verordnung (EU) Nr. 511/2014.

¹⁴⁰ Abschnitt 3.2 Leitfaden zu der Verordnung (EU) Nr. 511/2014.

¹⁴¹ BUNDESAMT FÜR NATURSCHUTZ: *10 Schritte zur Einhaltung der Verpflichtungen aus der Verordnung (EU) Nr. 511/2014* https://www.bfn.de/fileadmin/ABS/downloads/ABS_Dokumente_ab_September_2015/20160808_Handlungsempfehlungen_ohne_Tabelle_barrierefrei.pdf, (Im Weiteren: BfN, 10 Schritte).

¹⁴² Diese Information, ob das Ursprungsland Nagoya-Protokoll-Vertragsstaat ist, steht im *ABS-Clearing House* zur Verfügung. Der Nutzer braucht aber keine Zugangsgenehmigung oder einvernehmlich festgelegte Bedingungen vorzuzeigen, wenn die genetische Ressource nicht in den Geltungsbereich der EU-Verordnung fällt, weil der Zugang vor ihrem Inkrafttreten erfolgte. (Siehe: Abschnitt 3.2 Leitfaden zu der Verordnung (EU) Nr. 511/2014.; Riskó aaO. <https://bit.ly/3hn7A6F>)

¹⁴³ Diese Information steht auch im *ABS Clearing-House* zur Verfügung (<https://absch.cbd.int>). Falls es keine Informationen über die geltenden ABS-Regelungen im *ABS Clearing-House* zur Verfügung stehen sollten, können die nationalen Behörden des betreffenden Bereitstellerlandes um Auskunft gebeten werden. Falls es durch die nationalen Behörden bestätigt wird, dass es nationale Regelungen bezüglich des Zugangs und der Nutzung von genetischen Ressourcen gibt, können die Behörden

b) Sorgfaltspflicht

Die sog. Sorgfaltspflicht bildet den Kern der Nutzerverpflichtungen der EU-Verordnung. Nach den Vorschriften der EU-Verordnung muss jeder Nutzer von genetischen Ressourcen bei deren Nutzung mit der gebotenen Sorgfalt („*due diligence*“) vorgehen um festzustellen, dass:

- der Zugang zu den genetischen Ressourcen und dem traditionellen Wissen in Einklang mit den (in den Bereitstellerländern) geltenden Gesetzen zum Zugang und zur Aufteilung der Vorteile erfolgt ist, und
- die Vorteile gerecht zu einvernehmlich festgelegten Bedingungen im Einklang mit den geltenden Gesetzen aufgeteilt werden.¹⁴⁴

Wenn es nach den geltenden Gesetzen (des Bereitstellerlandes) vorgeschrieben ist, dürfen die genetischen Ressourcen und das traditionelle Wissen nur zu einvernehmlich festgelegten Bedingungen weitergegeben und genutzt werden.¹⁴⁵

Die Nutzer von genetischen Ressourcen (die Forscher und Entwickler) müssen also dafür sorgen, dass die genetischen Ressourcen in Einklang mit den geltenden Regelungen des Bereitstellerlandes erworben werden, dass die Nutzer sich an die vereinbarten Bedingungen halten und dass die Vorteile geteilt werden.¹⁴⁶

Die Verpflichtungen der Nutzer betreffen also nicht nur die Rechtmäßigkeit des Erwerbs der genetischen Ressourcen, sondern auch die Nutzung von genetischen Ressourcen und den Vorteilsausgleich. Damit geht die EU-Verordnung über die im Nagoya-Protokoll niedergelegten Grundsätze hinaus, das nach herrschender Meinung gegenüber den Mitgliedstaaten nur die Anforderung hat, die Rechtmäßigkeit des Ressourcenerwerbes zu sichern.¹⁴⁷

über die geltenden Regelungen Auskunft geben. Wenn es keine nationale Behörde gibt, oder wenn die Behörde nicht antwortet, hat der Nutzer – mit der gebotenen Sorgfalt – selbst über den Zugang und die Nutzung der genetischen Ressource (des traditionellen Wissens) zu entscheiden. In diesem Fall wird davon ausgegangen, dass der Nutzer alles getan hat, was zur Feststellung der Anwendbarkeit der EU-Verordnung erforderlich war. Wenn es aber sich später doch herausstellt, dass die EU-Verordnung anzuwenden ist, muss der Nutzer eine Zugangsgenehmigung einholen und einvernehmlich festgelegte Bedingungen vereinbaren, oder die Nutzung einstellen. (Siehe: Abschnitt 3.2 Leitfaden zu der Verordnung (EU) Nr. 511/2014; Rtskó aaO. <https://bit.ly/3hn7A6F>)

¹⁴⁴ Art. 4 Abs. 1 Verordnung (EU) Nr. 511/2014; Abschnitt 3.1 Leitfaden zu der Verordnung (EU) Nr. 511/2014.

¹⁴⁵ Art. 4 Abs. 2 Verordnung (EU) Nr. 511/2014.

¹⁴⁶ WINTER – FRICKER – KNOEPFEL (2015) aaO. 269.

¹⁴⁷ Ibid. 269.

c) Nachweis der gebotenen Sorgfalt

Zum Nachweis der Einhaltung ihrer Sorgfaltspflicht, haben die Nutzer die folgenden Dokumente, bzw. Informationen einzuholen, aufzubewahren (20 Jahre nach Nutzungsende)¹⁴⁸ und an nachfolgende Nutzer weiterzugeben:

- das international anerkannte Konformitätszertifikat (IRCC), (sowie Informationen über den Inhalt der einvernehmlich festgelegten Bedingungen, die für nachfolgende Nutzer relevant sind),
- oder wenn kein IRCC verfügbar ist: Informationen zu:
 - dem Zeitpunkt und Ort des Zugangs;
 - der Beschreibung der genetischen Ressourcen, oder des traditionellen Wissens;
 - der Quelle, von der die genetischen Ressourcen/das traditionelle Wissen direkt bezogen wurde, sowie nachfolgenden Nutzern;
 - dem Vorliegen oder Fehlen von Rechten und Pflichten hinsichtlich des Zugangs und der Aufteilung der Vorteile;
 - den (eventuellen) Zugangsbedingungen;
 - den (eventuellen) einvernehmlich festgelegten Bedingungen.¹⁴⁹

Die Nutzer müssen aufgrund der Analyse der ihnen vorliegenden Informationen zu der Überzeugung gelangen, dass sie den gesetzlichen Anforderungen des Bereitstellerlandes entsprechen. Wenn die Nutzer unzureichende Informationen haben, oder Unsicherheiten hinsichtlich der Rechtmäßigkeit des Zugangs und/oder der Nutzung bestehen, müssen sie eine Zugangsgenehmigung einholen und einvernehmlich festgelegte Bedingungen vereinbaren, oder die Nutzung einstellen.¹⁵⁰

Die Sorgfaltspflicht der Nutzer gilt als erfüllt, wenn der Nutzer bei der Suche nach Informationen, sowie bei deren Aufbewahrung, Weitergabe und Analyse alle Maßnahmen getroffen hat, die nach vernünftigem Ermessen zumutbar waren. Die gebotene Sorgfalt kann den Umständen entsprechend variieren. Es geht dabei aber nicht darum, ein bestimmtes Ergebnis zu erzielen, sondern es geht „*um Sorgfalt und bestmögliches Bemühen*.“¹⁵¹

Wenn ein Nutzer seiner Sorgfaltspflicht nachkommt, indem er einen vernünftigen Sorgfaltsmaßstab angewandt hat, sich aber später doch herausstellt, dass ein früherer Akteur die genetischen Ressourcen in dem Bereitstellerland widerrechtlich erworben hat, kann in diesem Fall keine Pflichtverletzung der Nutzer festgestellt werden. Er muss aber eine Zugangsgenehmigung einholen, oder die Nutzung einstellen.¹⁵²

¹⁴⁸ Art. 4 Abs. 6 Verordnung (EU) Nr. 511/2014.

¹⁴⁹ Art. 4 Abs. 3 Verordnung (EU) Nr. 511/2014; Abschnitt 3.3 Leitfaden zu der Verordnung (EU) Nr. 511/2014.

¹⁵⁰ Art. 4 Abs. 5 Verordnung (EU) Nr. 511/2014; Abschnitt 3.3 Leitfaden zu der Verordnung (EU) Nr. 511/2014.

¹⁵¹ Abschnitt 3.1 Leitfaden zu der Verordnung (EU) Nr. 511/2014.

¹⁵² Abschnitt 3.1 Leitfaden zu der Verordnung (EU) Nr. 511/2014.

Es gibt sog. Risikominderungsmöglichkeiten für die Nutzer hinsichtlich der Erfüllung ihrer Sorgfaltspflicht: Der Bezug von genetischen Ressourcen über registrierte Sammlungen und die Anwendung anerkannter bewährter Verfahren.¹⁵³

d) Vorgänge, die eine Sorgfaltserklärung erfordern

Die Nutzer haben in zwei Phasen im Forschungs- und Entwicklungsprozess gemäß Art. 7 Verordnung (EU) Nr. 511/2014 den zuständigen Behörden gegenüber eine Erklärung abzugeben, dass sie die aus dem Art. 4 Verordnung (EU) Nr. 511/2014 entstehenden Pflichten mit der gebotenen Sorgfalt einhalten: erstens, wenn sie Forschungsgelder erhalten,¹⁵⁴ zweitens in der letzten Phase der Entwicklung eines Produkts.¹⁵⁵

Im Falle einer Produktentwicklung müssen die Nutzer mit der Sorgfaltserklärung auch die einschlägigen Informationen des international anerkannten Konformitätszertifikats, oder die entsprechenden Informationen gemäß Art. 4 Abs. 3 Buchstabe b, sowie Art. 4. Abs. 5 Verordnung (EU) Nr. 511/2014 vorlegen.

Die Abgabe der Erklärungen ist in der Durchführungsverordnung (EU) 2015/1866 der Kommission folgendermaßen geregelt:

- aa) „Die Sorgfaltserklärung in der Phase der Forschungsfinanzierung“ ist bei der zuständigen Behörde des Mitgliedstaates abzugeben, in dem der Empfänger niedergelassen ist.¹⁵⁶

Der Abgabezeitpunkt der Sorgfaltserklärung wird in der Durchführungsverordnung folgendermaßen bestimmt: Die Abgabe erfolgt, nachdem die erste Finanzierungsrate eingegangen ist und nachdem alle genetischen Ressourcen, bzw. das traditionelle Wissen, die bzw. das in Rahmen der finanzierten Forschungstätigkeiten genutzt werden, bezogen wurden, aber spätestens zum Zeitpunkt des Schlussberichts oder – wenn kein solcher Bericht vorliegt – bei Projektabschluss.¹⁵⁷

Der Inhalt der Sorgfaltserklärung ist im Anhang II der Durchführungsverordnung (EU) 2015/1866 geregelt.

¹⁵³ BfN, Fragen; BUNDESAMT FÜR NATURSCHUTZ: FAQs – Frequently Asked Questions, <https://www.bfn.de/23863.html#c165710>, (Im Weiteren: BfN, FAQs).

¹⁵⁴ Also wenn für ein Forschungsvorhaben (bei dem genetische Ressourcen oder traditionelles Wissen genutzt werden) externe Finanzierung in Form eines Zuschusses gewährt wird. Die Sorgfaltspflicht gilt sowohl für die öffentliche, als auch auf die private Finanzierung. (Abschnitt 4.1 Leitfaden zu der Verordnung (EU) Nr. 511/2014).

¹⁵⁵ Art. 7 Abs. 1–2 Verordnung (EU) Nr. 511/2014; WINTER – FRICKER – KNOEPFEL (2015) aaO. 269.

¹⁵⁶ Art. 5 Abs. 1 Durchführungsverordnung (EU) Nr. 2015/1866; Abschnitt 4.1 Leitfaden zu der Verordnung (EU) Nr. 511/2014.; RISKÓ aaO. <https://bit.ly/3hn7A6F>.

¹⁵⁷ Art. 5 Abs. 2 Durchführungsverordnung (EU) Nr. 2015/1866; Abschnitt 4.1 Leitfaden zu der Verordnung (EU) Nr. 511/2014; RISKÓ aaO. <https://bit.ly/3hn7A6F>; BfN, Fragen.

- bb) „Die Sorgfaltserklärung in der letzten Phase der Entwicklung eines Produkts“ (also bei Kommerzialisierung) ist bei der zuständigen Behörde des Mitgliedstaates abzugeben, in dem der Nutzer niedergelassen ist.¹⁵⁸

Die Sorgfaltserklärung ist nur einmal abzugeben und zwar bevor eine von den nachstehenden Vorgängen erfolgen würde – also vor dem frühesten dieser Vorgänge.¹⁵⁹

- Bevor die Marktzulassung oder Genehmigung für das Produkt, das durch Nutzung von genetischen Ressourcen oder traditionellem Wissen entwickelt wurde, beantragt wird.
- Bevor die Anmeldung, die für das Produkt, das durch Nutzung von genetischen Ressourcen oder traditionellem Wissen entwickelt wurde, vor dem erstmaligen Inverkehrbringen in der EU vorgeschrieben ist, erfolgt ist.
- Bevor das Produkt, das durch Nutzung von genetischen Ressourcen oder traditionellem Wissen entwickelt wurde, und für das keine Marktzulassung, Genehmigung oder Anmeldung erforderlich ist, zum ersten Mal in der EU in Verkehr gebracht wird.
- Bevor das Ergebnis der Nutzung an eine natürliche oder juristische Person in der EU verkauft oder anderweitig weitergegeben wird, damit diese Person eine von den oben aufgezählten Tätigkeiten durchführt.
- Bevor die Nutzung in der EU beendet wird und ihre Resultat an eine natürliche oder juristische Person außerhalb der EU verkauft oder anderweitig übertragen wird.

Der Inhalt dieser Sorgfaltserklärung ist im Anhang III der Durchführungsverordnung (EU) 2015/1866 geregelt.

3. Register von Sammlungen

Das Register von Sammlungen ist ein freiwilliges, internetgeschütztes Instrument innerhalb der EU, das der Unterstützung der Nutzer bei der Erfüllung ihrer Sorgfaltspflicht dient. Es wird von der Europäischen Kommission geführt. Das Register umfasst die Verweise auf die Sammlungen von genetischen Ressourcen oder auf Teile dieser Sammlungen, die die vorgeschriebenen Kriterien erfüllen.¹⁶⁰

¹⁵⁸ Art. 6 Abs. 1 Durchführungsverordnung (EU) Nr. 2015/1866; RISKÓ aaO <https://bit.ly/3hn7A6F>; BfN, Fragen.

¹⁵⁹ Art. 6 Abs. 2 Durchführungsverordnung (EU) Nr. 2015/1866; Abschnitt 4.2 Leitfadens zu der Verordnung (EU) Nr. 511/2014; RISKÓ aaO. <https://bit.ly/3hn7A6F>; BfN, Fragen.

¹⁶⁰ Art. 5 Abs. 1 Verordnung (EU) Nr. 511/2014; BfN, FAQs; Die Mitgliedstaaten haben auf Antrag eines Sammlungsinhabers in ihrem Hoheitsbereich zu prüfen, ob die Sammlung die bestimmten Kriterien erfüllt, und so in das Register aufzunehmen ist, und sie teilen der Kommission den Namen und die Kontaktdaten der Sammlung und ihres Inhabers, sowie die Art der Sammlung mit. Die Kommission nimmt die Angaben in das Register auf. (Art. 5 Abs. 2 Verordnung (EU) Nr. 511/2014).

Wenn der Nutzer die genetische Ressource von einer registrierten Sammlung bezieht, gilt, dass er mit gebotener Sorgfalt beim Einholen von Informationen über Ressourcen aus dieser Sammlung vorgegangen ist.¹⁶¹

4. Bewährte Verfahren

Die bewährten Verfahren bedeuten eine von der Europäischen Kommission anerkannte Kombination von Verfahren, Instrumenten oder Mechanismen, die von Vereinigungen von Nutzern (oder anderen interessierten Kreisen) entwickelt und überwacht werden, um die Einhaltung der Sorgfalts- und Erklärungsspflichten gem. Art. 4 und 7 der Verordnung (EU) Nr. 511/2014 zu ermöglichen.¹⁶²

5. Zuständige Behörden und Anlaufstellen

Im Sinne der EU-Verordnung hat jeder Mitgliedstaat eine oder mehrere zuständige(n) Behörde(n) zu benennen, die für die Anwendung der EU-Verordnung verantwortlich sind, und die Kommission von den Namen und Anschriften der Behörden zu informieren. Die Kommission muss ein Verzeichnis der zuständigen nationalen Behörden veröffentlichen.¹⁶³

Die Kommission benennt eine Anlaufstelle für den Zugang und die Vorteilsaufteilung, die als Verbindungsstelle zum Sekretariat der Biodiversitätskonvention fungiert.¹⁶⁴

6. Kontrollen der Einhaltung durch die Nutzer und Sanktionen

Die zuständigen nationalen Behörden haben zu kontrollieren, ob die Nutzer ihren Verpflichtungen gem. Art. 4 und 7 Verordnung (EU) Nr. 511/2014 nachkommen.¹⁶⁵ Die Kontrollen sollen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein.¹⁶⁶ Die Kontrollen werden nach einem Plan durchgeführt, aber auch dann, wenn einer zuständigen Behörde Informationen über die Nichteinhaltung der EU-Verordnung zur Verfügung stehen.¹⁶⁷

In Rahmen der Kontrollen können die folgenden Problempunkte geprüft werden:

- die Maßnahmen, welche der Nutzer getroffen hat, um mit der gebotenen Sorgfalt vorzugehen;

¹⁶¹ Art. 4 Abs. 7 Verordnung (EU) Nr. 511/2014; Der Inhaber der registrierten Sammlung ist verpflichtet, die genetischen Ressourcen zusammen mit allen einschlägigen Informationen bereitzustellen. (Abschnitt 3.5 Leitfaden zu der Verordnung (EU) Nr. 511/2014).

¹⁶² BfN, FAQs; Art. 8 Abs. 1 Verordnung (EU) Nr. 511/2014.

¹⁶³ Art. 6 Abs. 1–2 Verordnung (EU) Nr. 511/2014.

¹⁶⁴ Art. 6 Abs. 3 Verordnung (EU) Nr. 511/2014.

¹⁶⁵ Art. 9 Abs. 1 Verordnung (EU) Nr. 511/2014.

¹⁶⁶ Art. 9 Abs. 2 Verordnung (EU) Nr. 511/2014.

¹⁶⁷ Art. 9 Abs. 3 Verordnung (EU) Nr. 511/2014.

- die Dokumentation und Aufzeichnungen, die das Vorgehen mit der gebotenen Sorgfalt nachweisen;
- solche Fälle, in denen ein Nutzer zur Abgabe von Erklärungen gem. Art. 7 Verordnung (EU) Nr. 511/2014 verpflichtet war.¹⁶⁸

Wenn durch die Kontrolle Mängel festgestellt werden, sollen die zuständigen Behörden dem Nutzer Abhilfemaßnahmen oder sonstige Maßnahmen vorschreiben. Es können auch vorläufige Sofortmaßnahmen getroffen werden.¹⁶⁹

Die Mitgliedstaaten sollen wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen für Verstöße gegen die Artikel 4 und 7 Verordnung (EU) Nr. 511/2014 festlegen, und sollen sicherstellen, dass diese Sanktionen auch angewandt werden.¹⁷⁰

II. Bewertung der EU-Verordnung

Durch das Nagoya-Protokoll entstanden also bestimmte völkerrechtliche Verpflichtungen für die Vertragsstaaten, die sie zu erfüllen, bzw. umzusetzen haben. Für die Mitgliedstaaten der Europäischen Union setzt die Verordnung (EU) Nr. 511/2014 die relevanten völkerrechtlichen Verpflichtungen des Nagoya-Protokolls einheitlich um.¹⁷¹

Die Vertragsstaaten des Protokolls können im Sinne des Art. 6 Nagoya-Protokoll sich frei entscheiden, ob sie eine vorherige Zustimmung für die Nutzung von genetischen Ressourcen, die sich auf ihrem Hoheitsbereich befinden, verlangen und dementsprechend bestimmte Zugangsregelungen treffen (erster Regelungszweck).

Der Regelungsbereich der EU-Verordnung ist diesbezüglich enger, als der des Nagoya-Protokolls, da die EU es nicht für nötig hielt, die Zugangsregelungen zu harmonisieren. Die Mitgliedstaaten können also die Zugangsregelungen frei festsetzen, falls sie es wollen.¹⁷² Dies ist aber nicht als Mängel der Umsetzung des Nagoya-Protokolls zu verstehen, da die Festsetzung von Zugangsregelungen im Nagoya-Protokoll nur als eine Möglichkeit, und nicht als Verpflichtung der Vertragsstaaten geregelt wurde, und in erster Linie dem Interesse der Entwicklungsländer dient.

Als zweiter wichtiger Regelungszweck verpflichtet das Nagoya-Protokoll die Vertragsstaaten, geeignete, wirksame und angemessene Gesetzgebungs-, Verwaltungs- oder politische Maßnahmen zu ergreifen, um zu gewährleisten, dass der Zugang zu den innerhalb ihres Hoheitsgebiets genutzten genetischen Ressourcen (oder zu dem traditionellen Wissen) im Einklang mit einer auf Kenntnis der Sachlage gegründeten vorherigen Zustimmung erfolgt ist, und dass einvernehmlich festgelegte

¹⁶⁸ Art. 9 Abs. 4 Verordnung (EU) Nr. 511/2014.

¹⁶⁹ Art. 9 Abs. 6 Verordnung (EU) Nr. 511/2014.

¹⁷⁰ Art. 11 Abs. 1-2 Verordnung (EU) Nr. 511/2014.

¹⁷¹ Drucksache 18/5321, 1.

¹⁷² WINTER – FRICKER – KNOEPFEL (2015) aaO. 268.

Bedingungen vereinbart worden sind, so, wie die Zugangsregelungen des anderen Vertragsstaates es vorschreiben¹⁷³ (zweiter Regelungszweck).

Nach Art. 17 Nagoya-Protokoll ergreift außerdem jede Vertragspartei, soweit angebracht, Maßnahmen, um die Nutzung der genetischen Ressourcen zu überwachen.¹⁷⁴ (Diese Regelung gehört aber wegen der Wendung „soweit angebracht“ nur zum *soft law*.) Demzufolge verpflichtet das Nagoya-Protokoll nach der herrschenden Meinung die Nutzerstaaten nur zur Sicherung der Rechtmäßigkeit des Erwerbs der genetischen Ressourcen.¹⁷⁵

Die aus Art. 15-17 Nagoya-Protokoll entstehenden Verpflichtungen erfüllt die EU-Verordnung insbesondere durch die sog. Sorgfaltspflichtregelung von Art. 4 Verordnung (EU) Nr. 511/2014. Die EU-Verordnung verpflichtet die Nutzer von genetischen Ressourcen (Forscher und Entwickler) mit der gebotenen Sorgfalt vorzugehen, um festzustellen, dass der Zugang in Übereinstimmung mit den Zugangsregelungen erfolgt ist, und dass die Vorteile gerecht zu einvernehmlich festgelegten Bedingungen aufgeteilt werden.¹⁷⁶ Sie stellt außerdem fest, dass genetische Ressourcen (und traditionelles Wissen) nur zu einvernehmlich festgelegten Bedingungen weitergegeben und genutzt werden dürfen, wenn es nach den geltenden Gesetzen vorgeschrieben ist.¹⁷⁷

Die EU-Verordnung stellt also strengere Anforderungen als das Protokoll: Die Verpflichtung der Nutzer erstreckt sich nicht nur auf die Rechtmäßigkeit des Zugangs, sondern auch auf die Rechtmäßigkeit der Nutzung von genetischen Ressourcen, der Weitergabe und des Vorteilsausgleichs.¹⁷⁸

Das Nagoya-Protokoll schreibt den Vertragsstaaten vor, eine oder mehrere Kontrollstellen zu benennen, um die Nutzung von genetischen Ressourcen zu überwachen.¹⁷⁹ Hinsichtlich der verantwortlichen Organe enthält das Protokoll keine näheren Bestimmungen, was für Organe diese sein sollen. Nur das ist vorgeschrieben, dass die Vertragsstaaten überhaupt Kontrollstellen bestimmen sollen. Den Zeitpunkt der Kontrolle können die Vertragsstaaten auch relativ frei bestimmen.¹⁸⁰

Die EU-Verordnung schreibt vor, dass jeder Mitgliedstaat die zuständigen Behörden benennen soll, die für die Anwendung der EU-Verordnung zuständig sind.¹⁸¹ Die zuständigen nationalen Behörden sollen kontrollieren, ob die Nutzer ihren Verpflichtungen nachkommen.¹⁸²

¹⁷³ Art. 15-16 NP.

¹⁷⁴ Art. 17 NP.

¹⁷⁵ WINTER – FRICKER – KNOEPFEL (2015) aaO. 269.

¹⁷⁶ Art. 4 Abs. 1 Verordnung (EU) Nr. 511/2014; BUNDESAMT FÜR NATURSCHUTZ: Gesetz zur Umsetzung des Nagoya-Protokolls tritt in Kraft, http://www.bfn.de/0401_pm.html?tx_ttnews%5Btt_news%5D=5842.

¹⁷⁷ Art. 4 Abs. 2 Verordnung (EU) Nr. 511/2014.; WINTER – FRICKER – KNOEPFEL (2015) aaO. 269.

¹⁷⁸ WINTER – FRICKER – KNOEPFEL (2015) aaO. 269.

¹⁷⁹ Art. 17 P. a NP.

¹⁸⁰ WINTER – KAMAU aaO. 386.

¹⁸¹ Art. 6 Abs. 1 Verordnung (EU) Nr. 511/2014.

¹⁸² Art. 9 Abs. 1 Verordnung (EU) Nr. 511/2014.

Die EU-Verordnung schreibt dem Nutzer von genetischen Ressourcen vor, mit der gebotenen Sorgfalt („*due diligence*“) hinsichtlich des Zugangs und des Vorteilsausgleichs vorzugehen, und sie müssen auch der zuständigen Behörde gegenüber erklären, dass sie ihre Pflichten mit der gebotenen Sorgfalt einhalten.¹⁸³ Die Nutzer haben diese Erklärungspflicht entweder, wenn sie Forschungsgelder erhalten, oder wenn sie in der Endphase der Herstellung eines Produktes sind, das sie vermarkten möchten.¹⁸⁴

Die nationalen Behörden sollen nach Risikoabschätzung Kontrollpläne erstellen, und aufgrund dieser Pläne, oder eventuell anlassbezogen Kontrolle durchführen, um festzustellen, ob die Nutzer ihre Verpflichtungen erfüllen.¹⁸⁵ Wenn Pflichtverletzungen festgestellt werden, können bestimmte Maßnahmen oder Sanktionen angewandt werden.¹⁸⁶ Auch die Bestimmung der Sanktionen gehört zum Regelungsbereich der Mitgliedstaaten.¹⁸⁷

Es kann festgestellt werden, dass die EU-Verordnung sowohl hinsichtlich der Pflicht zur Sicherung der Regeleinhaltung als auch hinsichtlich der Beobachtungspflicht und Kontrollpflicht die für die Vertragsstaaten durch das Nagoya-Protokoll vorgeschriebenen Verpflichtungen erfüllt, und hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der Nutzung sogar strengere Anforderungen stellt. Zwar einige Aufgaben, wie die Benennung von den zuständigen nationalen Behörden, oder die Bestimmung der möglichen Sanktionen, den einzelnen Mitgliedstaaten überlassen werden, diese Lösung erscheint jedoch wegen der unterschiedlichen organisatorischen, wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse in den Mitgliedstaaten angemessen. Die wichtigsten Regelungen, so zum Beispiel die Sorgfaltspflicht und die Erklärungspflicht der Nutzer sind durch die EU-Verordnung einheitlich geregelt, was zu begrüßen ist, weil damit die Rechtssicherheit erhöht wird. Es dient auch der einheitlichen Rechtsanwendung, und damit der Rechtssicherheit, dass die Regelungen nicht in Form einer Richtlinie, sondern in einer unmittelbar gültigen Verordnung erlassen wurden.

Es ist auch zu begrüßen, dass die EU-Verordnung – im Gegensatz zum Nagoya-Protokoll den Begriff „*Traditionelles Wissen, das sich auf genetische Ressourcen bezieht*“ definiert, was auch der einheitlicheren Rechtsanwendung dienen kann.

Die Interpretation der einzelnen Regelungen, und ihrer genaueren Anwendungsvoraussetzungen war zwar manchmal nicht eindeutig genug, aber die Europäische Kommission veröffentlichte im Jahre 2016 einen Leitfaden zu dem Anwendungsbereich und den Kernverpflichtungen der Verordnung (Eu) Nr.

¹⁸³ WINTER – FRICKER – KNOEPFEL (2015) aaO. 269.

¹⁸⁴ Art. 7 Abs. 1-2 Verordnung (EU) Nr. 511/2014; Art. 5 Abs. 1-2 Durchführungsverordnung (EU) Nr. 2015/1866; WINTER – FRICKER – KNOEPFEL (2015) aaO. 269.

¹⁸⁵ Art. 9 Abs. 3 Verordnung (EU) Nr. 511/2014.

¹⁸⁶ Art. 9 Abs. 6 Verordnung (EU) Nr. 511/2014.

¹⁸⁷ Art. 11 Abs. 1-2 Verordnung (EU) Nr. 511/2014.

511/2014,¹⁸⁸ durch den mehr Eindeutigkeit bezüglich bestimmter Aspekte der EU-Verordnung geschaffen wurde.

Die Regelungen der EU-Verordnung erscheinen – im Falle der richtigen Rechtsanwendung – auch effektiv genug, um die Nutzer von genetischen Ressourcen (Firmen, Forscher) mit Sitz in den Mitgliedstaaten daran hindern zu können, die genetischen Ressourcen der Entwicklungsländer ohne angemessenen Vorteilsausgleich auszubeuten. Die Nutzer werden zwar nicht durch eine objektive Verantwortung, sondern „nur“ durch eine Sorgfaltspflicht belastet, um sich darum zu kümmern, dass der Zugang, die Nutzung, die Weitergabe von genetischen Ressourcen und der Vorteilsausgleich rechtmäßig und „vertragsmäßig“ erfolgen. Aber die Kontrollpflichten und -möglichkeiten der nationalen Behörden, sowie die in Aussicht gestellten Sanktionen können die Nutzer unter Druck setzen, damit sie rechtmäßig verfahren.

Die Regelungen sind zwar etwas bürokratisch, und durch die EU-Verordnung entstehen dem Nutzer mehr Zeitaufwand und Mehrkosten aufgrund der Sorgfaltspflichtregelung und aufgrund von Melde-, Aufbewahrungs-, Auskunft- und Mitwirkungspflichten,¹⁸⁹ diese erscheinen aber nötig und angemessen, um die Ausbeutungsmöglichkeiten der genetischen Ressourcen der Entwicklungsländer verhindern oder mindestens reduzieren zu können.

D. Bewertung der Wirkungen des Nagoya-Protokolls und der EU-Verordnung innerhalb der EU

Obwohl das CBD-ABS-Regime, das die gerechte Aufteilung der sich aus der Nutzung von genetischen Ressourcen ergebenden Vorteile bezweckte, schon im Jahre 1992 zustande kam, wurden in der Praxis bis jetzt nur ganz wenige ABS-Verträge zwischen den Ursprungsländern von genetischen Ressourcen und den Nutzern geschlossen.¹⁹⁰ Dieses Phänomen ist auf mehrere Gründe zurückzuführen. Von diesen Gründen sind zuerst die Komplexität des ABS-Regimes und der gegenseitige Vertrauensverlust an beiden Seiten (sowohl an der Seite der Ressourcenländer, als auch an der Seite der Nutzer) hervorzuheben.¹⁹¹ Der Vertrauensverlust an der Nutzerseite ist unter

¹⁸⁸ „Leitfaden zu dem Anwendungsbereich und den Kernverpflichtungen der Verordnung (EU) Nr. 511/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates über Maßnahmen für die Nutzer zur Einhaltung der Vorschriften des Protokolls von Nagoya über den Zugang zu genetischen Ressourcen und die ausgewogene und gerechte Aufteilung der sich aus ihrer Nutzung ergebenden Vorteile in der Union.“

¹⁸⁹ Drucksache 18/5321, 2.

¹⁹⁰ STOLL (2010) aaO. 169; PROELSS aaO.; WINTER – KAMAU aaO. 374-375.; WINTER – FRICKER – KNOEPFEL (2015) aaO. 268.; WINTER – FRICKER – KNOEPFEL: Die biotechnische Nutzung genetischer Ressourcen und ihre Regulierung. Ein integrierender Ansatz, In: Sanu Durabilitas Schweizerische Stiftung für Nachhaltige Entwicklung (Ed.): << Durabilitas >> 2014. Die biotechnische Nutzung genetischer Ressourcen und Ihre Regulierung, Bern, 2014. 37.

¹⁹¹ Siehe auch: Carmen RICHERZHAGEN: *Effectiveness and Perspectives of Access and Benefit-sharing Regimes in the Convention on Biological Diversity. A Comparative Analysis of Costa Rica, the Philippines, Ethiopia and the European Union*, Diss., 2007. 233–234.; STOLL (2010) aaO.165–168.

anderen auf die Ursache zurückzuführen, dass in den Nutzerstaaten typischerweise keine innerstaatlichen Maßnahmen zur Sicherung der Einhaltung der in den Ressourcenstaaten gültigen ABS-Regelungen getroffen wurden.¹⁹² (Auch aus der Biodiversitätskonvention entstanden natürlich keine unmittelbaren Verpflichtungen für die privaten Nutzer der genetischen Ressourcen.)

Diese Rechtslage wurde durch das Nagoya-Protokoll verändert, da es den Nutzerstaaten die Festsetzung von effektiven Maßnahmen vorschrieb, durch die gesichert werden kann, dass der Zugang zu den auf ihren Hoheitsgebieten genutzten genetischen Ressourcen legal – also den in den Ressourcenstaaten gültigen ABS-Regelungen entsprechend – erfolgt. Zur Umsetzung des Nagoya-Protokolls wurde in der EU die Verordnung (EU) Nr. 511/2014 erlassen, die für die Nutzer von genetischen Ressourcen die Einhaltung einer Sorgfaltspflicht hinsichtlich des Zugangs und der Nutzung von genetischen Ressourcen, sowie des Vorteilsausgleichs vorschreibt. Die Mitgliedstaaten müssen sich um die Kontrolle der Einhaltung dieser Sorgfaltspflicht kümmern, und die in Aussicht gestellten Sanktionen bestimmen. Durch diese Regelungen und Maßnahmen kann eine bessere Einhaltung der ABS-Regelungen der Ursprungsländer (falls es solche im Ursprungsland überhaupt gibt) erwartet werden, da sie nicht (nur) durch die Ursprungsstaaten, sondern auch durch die EU-Mitgliedstaaten, in denen die betroffenen genetischen Ressourcen genutzt werden, erzwingbar werden. Dadurch kann auch das Vertrauen der Ursprungsländer hinsichtlich der Geltendmachung ihrer Rechte auf Verfügung über ihre genetischen Ressourcen sowie aus den Nutzungsverträgen – mit der Zeit – verstärkt werden.

Die Kontrolle der Einhaltung dieser Sorgfaltspflicht und die Bestimmung und Zumessung der Sanktionen liegen zwar bei den Mitgliedstaaten, es ist aber wegen ihrer unterschiedlichen institutionellen, wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse auch richtig so. Hauptsache ist nur, dass die Kontrolle effektiv, und die Sanktionen angemessen aber auch abschreckend sein sollen, um Missbräuche verhindern zu können.

Die Einhaltung der ABS-Regelungen kann auch durch die Anwendung der sog. bewährten Verfahren verstärkt werden, die durch das Nagoya-Protokoll in Aussicht gestellt wurden, und nach der Regelung der EU-Verordnung von der Europäischen Kommission anerkannt werden können.

Die Beurteilung der Bedeutung der Sammlungen innerhalb der EU ist aber schon eine komplexere Frage. Was nämlich die vor dem Inkrafttreten der EU-Verordnung durch die Sammlungen erworbenen genetischen Ressourcen betrifft, gilt für diese die Verordnung nicht. Wenn zum Beispiel ein Nutzer im Jahr 2015 genetische Ressourcen von einer Sammlung in Deutschland erhält, welche die Sammlung 1997 von einem Bereitstellerland erhalten hat, das später Nagoya-Protokoll-Vertragsstaat geworden ist, gilt für diese Ressource die EU-Verordnung nicht. (Wenn aber die Sammlung bei dem Erwerb der genetischen Ressourcen einen ABS-Vertrag mit dem Ursprungsland abgeschlossen hat, können eventuell aus diesem Vertrag für den

¹⁹² WINTER – KAMAU aaO. 374–375.

Nutzer Verpflichtungen entstehen.)¹⁹³ Da aber zahlreiche genetische Ressourcen schon vor dem Inkrafttreten der EU-Verordnung in verschiedenen Sammlungen gesammelt wurden, kann die Existenz von solchen genetischen Ressourcen gegenüber den möglichen ABS-Vereinbarungen mit den Ursprungsländern kontraproduktiv wirken.

Die Situation der Nutzer wird aber durch das von der Europäischen Kommission geführte Register von Sammlungen eindeutig vereinfacht. Wenn sie nämlich die genetischen Ressourcen von einer registrierten Sammlung beziehen, gilt für sie, dass sie hinsichtlich der Einholung von Informationen mit der gebotenen Sorgfalt vorgegangen sind.¹⁹⁴ Durch die registrierten Sammlungen wird wahrscheinlich teilweise auch die Situation der Ursprungsländer verbessert, da diese Sammlungen hinsichtlich der genetischen Ressourcen, die sie in der Zukunft erwerben werden, auch über die Nachweisdokumente hinsichtlich des legalen Zugangs verfügen müssen.¹⁹⁵

In bewertender Hinsicht kann es auch bemängelt werden, dass die Offenlegungspflicht des Ursprungs der angewandten genetischen Ressourcen oder des traditionellen Wissens im Rahmen von Anträgen auf Patente weder im Nagoya-Protokoll,¹⁹⁶ noch in der EU-Verordnung vorgeschrieben wurde,¹⁹⁷ obwohl diese Offenlegungspflicht¹⁹⁸ ganz bestimmt ein weiteres wichtiges Instrument dazu gewesen wäre, die Fälle der Ausbeutung von genetischen Ressourcen, und des traditionellen Wissens verhindern zu können.

¹⁹³ Abschnitt 2.2 Leitfadens zu der Verordnung (EU) Nr. 511/2014.

¹⁹⁴ BFN, FAQs.

¹⁹⁵ DEBISSO, Kinga: A biokalkulációs elleni fellépés új irányai az Európai Unió jogában. In: POGÁCSÁS Anett (ed.): *Quaerendo et Creando. Ünnepi kötet Tattay Levente 70. születésnapja alkalmából*. Budapest, Xenia, 2014. 146–166., 156–157.

¹⁹⁶ WINTER – KAMAU aaO. 386–387., 396. Auf der 29. Sitzung der *Intergovernmental Committee on Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*, was ein spezielles Forum der *World Intellectual Property Organization (WIPO)* ist, ist 2016 ein „*Consolidated Document Relating to Intellectual Property and Genetic Resources*“ zustande gekommen. Dieses Dokument formuliert die Offenlegungspflicht bei der Anmeldung von solchen Patenten, bei denen genetische Ressourcen oder traditionelles Wissen angewandt wurden. Der Ursprungsort oder die Quelle der genetischen Ressourcen/ des traditionellen Wissens müssen angegeben werden, weiterhin müssen die ABS-Regelungen (PIC/MAT) des Ursprungsstaates erfüllt werden. (Articles 2–5 WIPO/GRTKF/IC/29/4, Siehe auch: KOVÁCS Krisztina: *Genetikai erőforrások és a szellemi alkotásokhoz fűződő jogok. A Nagojai Jegyzőkönyv végrehajtási szabályai és alkalmazása*. <https://bit.ly/3yw0iTR>). Es bleibt weiterhin auch die Hoffnung, dass große Unternehmen es sich nicht leisten können, dass sich von ihren Produkten herausstellt, dass sie ohne Zustimmung von den Ursprungsstaaten und/oder indigener Völker mit der Anwendung von ihren genetischen Ressourcen oder traditionellem Wissen hergestellt wurden. Vgl. STOLL (2010) aaO.170.

¹⁹⁷ Siehe dazu: *Ausschuss für Umweltfragen, öffentliche Gesundheit und Lebensmittelsicherheit*, Entwurf eines Berichts 2012/0278(COD), S. 37 Änderungsantrag 47; DEBISSO aaO. 162–163.

¹⁹⁸ Siehe dazu ausführlicher: Radadiana Alexandra TARIC-KOCH: *Genetische Ressourcen und die Angabe ihrer Herkunft als Problem des modernen Patentrechts*, Diss., München, Herbert Utz. Verlag GmbH, 2015. 1–227.; RICHERZHAGEN aaO. 232–233.; GODT aaO. 208–212.

Für die Vertragsstaaten bzw. Mitgliedstaaten ist aber die Möglichkeit der Regelung der Offenlegungspflicht offen geblieben.¹⁹⁹

Die Nagoya-Protokoll-Konformität der EU-Verordnung kann bestätigt werden, und diese Rechtsquelle erscheint auch effektiv genug, um zur Regeleinhaltung zu veranlassen. Die Anforderungen der EU-Verordnung sind sogar in bestimmter Hinsicht strenger, als die des Nagoya-Protokolls.

Dementsprechend kann hinsichtlich der ABS-Konformität des Erwerbs und der Nutzung von genetischen Ressourcen bzw. des traditionellen Wissens innerhalb der EU mit einem Fortschritt gerechnet werden. Auch ist ein Anstieg des Vertrauens der Ressourcenstaaten und – in Zusammenhang damit – der Anstieg der Zahl der ABS-Vereinbarungen zu erwarten. Die tatsächliche Effektivität der EU-Verordnung wird sich aber erst in der Zukunft zeigen.

¹⁹⁹ WINTER – KAMAU aaO. 386–387.