

Acta Universitatis Sapientiae

Legal Studies

Volume 1, Number 1, 2012.

Sapientia Hungarian University of Transylvania
Scientia Publishing House

Contents

Articles

Ádám Auer

Die Corporate Governance und die soziale Verantwortung
des Unternehmens 5

Kitti Bakos

Verfahrensrechtliche Fragen des Sicherheitsanspruchs der Gläubiger
bei der Umwandlung von Gesellschaften in Ungarn 15

Tibor Nochtá

Das Verhältnis des Gesellschaftsrechts zu anderen Rechtsgebieten
des Rechtssystems in Ungarn 27

Tamás Nótári

Tatbestandsbehandlung und forensische Taktik in Ciceros Cluentiana 45

Tekla Papp

Die atypischen Verträge im ungarischen Privatrecht 91

Magdolna Sič

Why the opinion of Papinian preserved by Fragm. Vat. 9 was
not inserted into Justinian's Digest? 107

Emilija Stanković

Diocletian's Military Reforms 129

Mihály Tóth

Hungarian National Minority of Ukraine: Legal and Practical Aspects
of Realisation of Minority Rights 143

Jenő Szmodis

Legal Philosophy as a Scientific Territory 149

Book Reviews

Zsolt Kokoly

Emőd Veress: Román üzleti jog, Közjogi és magánjogi alapok. (Romanian
Business Law. Basic Principles in Public and Private Law.) 161

Magdolna Sič

Tamás Nótári: Bavarian Historiography in Early Medieval Salzburg 163



Die Corporate Governance und die soziale Verantwortung des Unternehmens (*Corporate Social Responsibility*)

Ádám Auer

Doktorand, Universität der Wissenschaften, Szeged
Staats- und Rechtswissenschaftliche Facultät
E-Mail: aueradam@gmail.com

Zusammenfassung. Im Gesellschaftsrecht erschienen neue Formen wegen den zahlreichen wirtschaftlichen und finanziellen Krisen des 20. Jahrhunderts. Die Corporate Governance und die soziale Verantwortung des Unternehmens (Corporate Social Responsibility) gehören zu diesen, und sie gelten als ein Gebiet des Gesellschaftsrechts, die sich dynamisch entwickelt. Die unmittelbaren Gründe der Corporate Governance und der sozialen Verantwortung des Unternehmens waren die weltweiten Unternehmensskandale.¹ Aus dem Gesichtspunkt des Gesellschaftsrechts hatten die Maßnahmen der Mitglieder schwerwiegende Folgen, auf die der Gesetzgeber eine Antwort geben mußte. Auf das Problem bietet in erster Linie die Corporate Governance eine Lösung, aber meiner Meinung nach kann erst Corporate Social Responsibility entsprechende Antwort geben. Nur die Verbindung beider Rechtsinstitute ermöglicht die Verhinderung einer eventuellen Krise.

Schlüsselbegriffe: Corporate Social Responsibility, Corporate Governance, Gesellschaftsrecht.

Abstract. The economic and financial crises have been effected new forms in the system of law and the legal thought during most of the last century. Corporate governance and corporate social responsibility are notably new trends in corporate law, and in other area of law (labour law, constitutional law) since the 1990-s. Professional attention has again been focused on corporate governance by a major corporate scandals and failures (such as Enron and Parmalat etc.). The viewpoint of company law understood that the actions of corporations (members or/and directors) had pregnant consequences, they have played an important role in inducing legislative changes. First of all corporate governance can mean the effective solution, but corporate social responsibility strengthens the impact in our view. On the whole the connection between both instruments can escape the future crises.

1 Kecskés 2009. 304.

I. Das vertikale System der Corporate Governance

Das vertikale System der Corporate Governance besteht aus drei Ständen: dem internationalen Stand, dem Stand der Europäischen Union und dem nationalen Stand. Zuerst formulierte die OECD den Begriff von Corporate Governance, als sie ihre Grundsätze über die Corporate Governance 1999 veröffentlichte.² Die Corporate Governance Grundsätze der OECD „betreffen das ganze Geflecht der Beziehungen zwischen dem Management eines Unternehmens, dem Aufsichtsorgan, den Aktionären und anderen Unternehmensbeteiligten (Stakeholder).“³ Aufgrund der OECD-Leitsätze definierten die Bank for International Settlements (BIS) und das Basel Committee on Banking Supervision auch die Corporate Governance.⁴ Die in diesen Dokumenten publizierten Begriffe weichen vom OECD-Begriff nicht ab. Diese Leitsätze wurden auch von der Worldbank, der International Monetary Fund und dem Financial Stability Forum angenommen.⁵ Ein breiterer Begriff wurde aber von Federal Deposit Insurance Corporation (FDIC) konstruiert, der auch einen Teil der Corporate Social Responsibility enthält.⁶ Die internationalen Leitsätze bedeuteten keine wirksame Lösung, weil diese Organe keine Sanktionen anwenden konnten. D. h. diese Leitsätze wurden als soft-law Norm erlassen.

Der Zusammenschluß der Strategie von Corporate Governance ist aber neben dem internationalen Stand auch auf der regionalen Unionsstufe bedeutend. Dieser Vorgang kann auch bei der Europäischen Union beobachtet werden. Die EU machte sich den Gedanken der Corporate Governance in 2000 zu Eigen.

Die Corporate Governance Regelung von EU hat drei Wurzeln: Die Rechtssetzung der Mitgliedstaaten – die ihre Leitsätze vor der EU herausgegeben haben: zuerst machten Spanien und Deutschland, danach Frankreich und Italien ihre Corporate Governance-Leitsätze, aufgrund des Prinzips der Freiwilligkeit.⁷ Die zweite Quelle war das Sarbanes-Oxley Gesetz (SOX) der Vereinigten Staaten von Amerika. Die Gründe der SOX waren die Unternehmenskrisen: hauptsächlich der Zusammenbruch von Enron und auch zahlreichen anderen Unternehmen (Xerox, AOL, Global Crossing, Worldcom). Das Gesetz verordnete ein wirksames Kontrollsystem und eine strengere Buchführung, die für die Unternehmen schwerer Last und nicht zuletzt Kosten bedeuteten. Die dritte Quelle waren die

2 Zuerst hat OECD die Leitsätze im 2004 umgearbeitet. <http://www.oecd.org/dataoecd/57/19/32159487.pdf>.

3 OECD-Grundsätze der Corporate Governance 2004. 11. http://www.oecd.org/document/49/0,3746,en_2649_34813_31530865_1_1_1_1,00.html.

4 Das Komitee von Basel publiziert zwei Richtlinien in 1998 und 1999. Frankóné Alpár 2007. 44.

5 IMF, World Bank: *International Standards: Strengthening Surveillance, Domestic Institutions, and International Markets*. 2003. <http://www.imf.org/external/np/pdr/sac/2003/030503.pdf>.

6 Gup 2007. 3.

7 Kecskés 2009. 304.

Krisen der den europäischen Unternehmen (in Frankreich Vivendi Universal, in Großbritannien Marconi, in Deutschland Deutsche Telekom).⁸

Man muss in der Europäischen Union wegen dieser zwei Anlässe nachdenken, auf welche Weise sie auf diese Frage reagiert. Deshalb wurde die von Jaap Winter geführte hochrangige Gruppe von Experten auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts (High Level Group of Company Law) eingesetzt. Diese Gruppe legte am 4. November 2002 ihren Schlußbericht („Moderne gesellschaftsrechtliche Rahmenbedingungen in Europa“) vor, danach erarbeitete die Kommission seinen Aktionsplan der Corporate Governance. Das Ziel des Aktionsplanes war ein voll integriertes Konzept, das bedeutete die Steigerung der Leitungs- und Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens, die Stärkung der Aktionärsrechte und Verbesserung des Schutzes der Dritter.⁹ Die Europäische Union wollte durch die Anwendung des Aktionsplanes die Corporate Governance-Strategie verbessern. Der Aktionsplan hielt die auf verschiedene Gebiete konzentrierenden Richtlinien und Empfehlungen für die Lösung geeignet. Als bedeutsamer Schritt hat die EU eine Europäische Corporate Governance Forum eingesetzt, gemäß dem 2004/706/EG Beschluß.¹⁰ Die Tätigkeiten des Corporate Governance Forums könnten einen späteren gemeinschaftlichen Auftritt vorauswerfen, bisher machte es jährliche Berichte und Analysen bekannt.

Der europäische Zusammenschluß der Corporate Governance ist in zwei Richtungen realisiert: unmittelbar in der Annäherung der gesellschaftsrechtlichen Normen und mittelbar in dem Führungssystem der Europäischen Aktiengesellschaften (Societas Europae – SE). In der ersten Richtung hat die EU das Recht der Mitgliedstaaten harmonisiert, diese Maßnahmen haben auch das Gebiet der Corporate Governance betroffen. In diesem Teil gibt es keine einheitliche Konzeption: die absondernden Teilen des Gesellschaftsrechts werden von der EU harmonisiert, aber die Richtlinien ablösen die vorherigen Empfehlungen.¹¹ Die Tätigkeit des Europäische Corporate Governance Forums beiträgt zu der Erlassung der späteren Corporate Governance Rechtsquellen.

Die europäischen Gesellschaftsformen bedeuten die zweite Richtung (Europäische Aktiengesellschaft), aber diese Richtung ist nur mittelbar, weil diese Gesellschaftsform meiner Meinung nach nicht wegen der Lösung von Corporate Governance-Problematik zustande gekommen ist, und nur die Europäische Aktiengesellschaft (Societas Europae – SE) zu dieser Richtung gehört.

8 Kecskés 2009. 304.

9 Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union (Aktionsplan), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0284:FIN:DE:PDF>.

10 Beschluß der Kommission vom 15. Oktober 2004 zur Einsetzung eines Europäischen Corporate-Governance-Forems (2004/706/EG).

11 Zum Beispiel: Richtlinie 2007/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über die Ausübung bestimmter Rechte von Aktionären in börsennotierten Gesellschaften.

In den europäischen Mitgliedstaaten haben sich zwei Gesellschaftsführungssysteme ausgebildet: die dualistische (duale) und die monistische (einheitliche) Gesellschaftsführung.¹² Das dualistische System dominiert in Deutschland, in Österreich und in den Niederlanden, das Monistische in Großbritannien, in Frankreich und in Italien.¹³

Im dualistischen System funktionieren ein Leitungsorgan (Vorstand) und ein Aufsichtsorgan (Aufsichtsrat) voneinander getrennt.¹⁴ Dieses System hat eine konzentrierte Anteilseigner-Struktur und ein schwächeres Leitungsorgan wegen der aufgeteilten, getrennten Leitungs- Kontrolle Funktionen. Die Anteilseigner sind beteiligt an der effektiven Leitung, der gemäß dieser Struktur funktionierender Gesellschaft.¹⁵ Bei dieser Struktur gibt es gewöhnlich ausschlaggebende Aktionäre, deshalb muß das Gesellschaftsrecht die kleinen Aktionäre und die Gläubiger schützen.¹⁶

Im monistischen System funktioniert ein einziges Organ (Verwaltungsrat) – das englische „*board*“ System. Der Verwaltungsrat hat einerseits Leitungsaufgaben, andererseits Überwachungs- und Beratungsfunktionen; diese Aufgaben versehen die voneinander unabhängige Mitgliedern des Verwaltungsrates (*management board*).¹⁷ Diese Struktur hat zerstreute Anteilseigner, bei diesen Anteilseigner dominiert die „Eigentums-Natur“, das einzige Interesse der Anteilseigner ist die Vermögenszunahme. Im Gegensatz zu der dualistischen Struktur wird die Gesellschaft von den starken Direktoren geführt.¹⁸ In dieser Struktur sind keine ausschlaggebenden Aktionäre zu finden, die Gesetzregelung modelliert auch mehrere Aktionäre. Die Hauptversammlung kann auch bedeutungslos betrachtet werden, in Gegensatz zu dem Verwaltungsrat, und die einzige Kontrollform ist die Tätigkeit des Wirtschaftsprüfers.¹⁹

Die Europäische Aktiengesellschaft ist eine in der Aktiengesellschaft gegründete „*sui generis*“ supranationale Rechtsform, deren Grundkapital aus den an Börse gezeichneten Aktien besteht.²⁰ Bei der Europäischen Aktiengesellschaft können sich die Gründer entscheiden, welches Leitungssystem sie wählen. Die SE-Verordnung setzt nur eine Anforderung fest: „jedoch ist eine klare Abgrenzung der Verantwortungsgebiete jener Personen, denen die Geschäftsführung obliegt, und der Personen, die mit der Aufsicht betraut sind, wünschenswert“.²¹ Das Problem des Unternehmensführungssystems konnte mit der Europäischen Aktiengesellschaft nicht gelöst werden.²²

12 Papp 2005. 11.

13 Papp 2009. 186 f.

14 Papp 2009. 187 f.

15 Angyal 2001. 216.

16 Sárközy 2008. 74 f.; Nochta 2007. 317.

17 Papp 2009. 188.

18 Angyal 2001. 207.

19 Sárközy 2008. 74.

20 Farkas–Jenovai–Nótári–Papp 2009. 525; Habersack 2003. 393.

21 Präambel (14) Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE).

22 Papp 2009. 188.

II. Die horizontale Struktur der Corporate Governance

Auf dem untersten Grad des vertikalen Systems ist die nationale, mitgliedstaatliche Regelung zu finden, dieser Teil enthält drei Gebiete, und er bedeutet die horizontale Struktur der Corporate Governance.

Die Corporate Governance kann dieser Ansicht nach in drei Teilen unterteilt werden: 1. das staatseigene Unternehmen, 2. die unbörsennotierten Gesellschaften, die sich öffentlich betätigen und 3. die börsennotierten Gesellschaften. Der erste Teil gehört auf das Gebiet des öffentlichen Rechts. Das zweite Segment war bis 2010 die sog. „graue Zone“, aber am 24. März 2010 hat ecoDa das Dokument der „*Corporate Governance Guidance and Principles for Unlisted Companies in Europe*“ veröffentlicht.²³ Dieses Dokument ist ein bedeutender Schritt in die Richtung der Verstärkung der Corporate Governance Strategie der unbörsennotierten Gesellschaften. Diese Bedeutung erkannte die Amerikanische Handelskammer (Ungarn), und sie stellte am 2. Dezember 2010 die ungarische Übersetzung dieses Dokumentes vor. Dieses Dokument enthält 14 Grundsätze, 10 Grundsätze gelten für die Familiengesellschaften, 4 Grundsätze gelten für jene Gesellschaften, die größer sind, als Familiengesellschaften, jedoch unbörsennotiert.²⁴

Das zweite Segment ist das Gebiet der börsennotierten Gesellschaften, darüber verfügt § 312 des Gesellschaftsgesetzes. Wenn die Aktien der Aktiengesellschaft an der Budapester Effektenbörse eingetragen sind, unterbreitet der Vorstand oder der Verwaltungsrat mit dem Jahresabschluß die Entsprechungserklärung der jährlichen Hauptversammlung. Der Vorstand oder der Verwaltungsrat muß die im vorigen Jahr erfolgte Ausübung der Corporate Governance in diesem Bericht zusammenfassen, und er muß sich darüber äußern, welche Abweichungen er von der Corporate Governance Empfehlung der Budapester Effektenbörse vorgenommen hat. Dieser Bericht muß auf der Homepage der Aktiengesellschaft veröffentlicht werden.²⁵

Die Budapester Effektenbörse hat seine Corporate Governance Empfehlungen zum ersten Mal in 2004 bekanntgemacht. Die erste umfassende Änderung ist am 16. Mai 2008 in Kraft getreten.

Die Gesellschaften müssen sich über ihre Unternehmensführung gemäß den Corporate Governance Empfehlungen auf zwei Weisen äußern. In dem ersten Teil der Entsprechungserklärung soll die Gesellschaft über die im gegebenen Geschäftsjahr angebrachte Unternehmensführung berichten; im zweiten Teil der Entsprechungserklärung muß die Gesellschaft berichten, wie sie die Corporate Governance Empfehlungen angewendet hat.

Die Corporate Governance Empfehlungen enthalten zwei Arten der Regelungen. Die erste Art sind die Empfehlungen (gezeichnet mit „A“), die zweite Art

23 European Confederation of Directors' Associations.

24 Das Dokument ist erreichbar: http://www.ecoda.org/docs/ECODA_WEB.pdf.

25 § 312 ungarisches Gesellschaftsgesetz.

sind die Anregungen (bezeichnet mit „J“). Für die Empfehlung gilt der Grundsatz „comply or explain“: wenn die Gesellschaft von den Empfehlungen abweicht, muß die Gesellschaft diese Abweichung begründen und dies jährlich publizieren. Für die Anregungen gilt dieser Grundsatz nicht. Den Corporate Governance Empfehlungen sind Erläuterung beigelegt. Die Corporate Governance Empfehlungen gehen auf vier gesellschaftsrechtliche Themen ein: die Rechte der Aktionäre und die Prozesse in Verbindung mit Aktionären, die Kompetenzen des Vorstandes/des Verwaltungsrates und des Aufsichtsrates, die Kommissionen, die Transparenz und die Öffentlichkeit.²⁶

Die drei Aspekte der Corporate Governance umfassen ein breites Spektrum der Gesellschaften, und ihre Struktur geht über die Kategorie der börsennotierten Gesellschaften hinaus. Dank diesen Tendenzen können in den folgenden Jahren wahre Ergebnisse erreicht werden.

III. Die soziale Verantwortung des Unternehmens – Corporate Social Responsibility

Die soziale Verantwortung des Unternehmens (Corporate Social Responsibility) gibt eine andere Antwort auf die durch die Unternehmenskrise aufkommenden Fragen. Die zwei Gebiete weichen grundsätzlich voneinander ab: meiner Meinung nach fokussiert das System der Corporate Governance auf den internen strukturellen Prozesse der Gesellschaften, aber die soziale Verantwortung ist ein solcher (vom gesellschaftsrechtlichen Blickwinkel aus) externer Prozeß, in dem die Anwendung der ethischen Normen ein dominantes Element sein muß.²⁷

Die soziale Verantwortung des Unternehmens funktioniert aufgrund des Prinzips der Freiwilligkeit, und sie wird ihm nicht wegen der Unternehmenskrise aufgezwungen. Das Erscheinung der sozialen Verantwortung kann auf zahlreiche komplexe Probleme (zum Beispiel das Problem des Wohlfahrtsstaates) zurückgeführt werden, deswegen sind die Reaktionen hierauf kompliziert.²⁸ Der herrschende Begriff der Corporate Social Responsibility ist gemäß der WBSCD definiert worden: Corporate Social Responsibility ist das anhaltende Engagement des Unternehmens dafür zur wirtschaftlichen Entwicklung und gleichzeitig die Verbesserung der Lebensqualität der Beschäftigten und ihrer Familien sowie der Gemeinde und der Gesellschaft insgesamt beizutragen.²⁹ Der Inhalt der sozialen Verantwortung des Unternehmens wird von der Fachliteratur – gemäß

26 Die Corporate Governance Empfehlungen 6-7. pp. http://bet.hu/topmenu/kibocsatok/tarsasagiranyitas/felelos_tars_ir.html?pagenum=2.

27 Diese ethischen Normen ist außer oder über Rechtsnorm gestehen.

28 Bartus 2008. 26–40.

29 <http://www.wbcsd.org/templates/TemplateWBSCD5/layout.asp?type=p&MenuId=MTE00Q>.

der Theorie von Dahlsrud – in 5 Dimensionen unterteilt: (1) die wirtschaftliche Dimension (das Unternehmen trägt zu der wirtschaftlichen Entwicklung neben seinen Profitinteressen bei), (2) die umweltschützende Dimension (die Umweltschutzvorschriften werden eingehalten), (3) die Dimension von Kontakten (die Gesellschaft hält mit seinen Beteiligten Kontakt), (4) die soziale Dimension (die Gesellschaft nimmt auf die sozialen Ansprüche Rücksicht), (5) die Freiwilligkeit (freiwillige Leistungen neben den vorgeschriebenen).³⁰ Aus diesen Dimensionen ist zu sehen, daß die Corporate Social Responsibility viele Ansichten in sich vereint. Meiner Meinung nach können wir keine Antwort auf die Frage der Unternehmenskrisen in allen Dimensionen finden: Man kann die Möglichkeit der Lösung in der sozialen Dimension und Dimension der Kontakte, bzw. ergänzend in der wirtschaftlichen Dimension suchen.

Die soziale Verantwortung des Unternehmens erschien am Anfang der neunziger Jahre in der EU-Politik. Die EU Kommission hat ihr *Grünes Buch* (Europäische Rahmenbedingungen für die soziale Verantwortung des Unternehmens) im Juli 2001 erlassen.³¹ Dieses *Grüne Buch* wurde auch zur Diskussion gestellt. Die soziale Verantwortung des Unternehmens ist „ein Konzept, das dem Unternehmen als Grundlage dient, auf freiwilliger Basis sozialer Belange und Umweltbelange in ihre Unternehmenstätigkeit und in die Wechselbeziehungen mit den Stakeholdern zu integrieren“.³² Danach entstand eine Diskussion, und mehrere Stellungnahmen und Dokumente wurden erlassen.³³ Heute definiert die EU die Corporate Social Responsibility als soziale Verantwortung, da der gesellschaftsrechtliche und zivilrechtliche Aspekt in den Hintergrund rückt.³⁴ Die Europäische Union setzt sich ein für die soziale Verantwortung des Unternehmens aber nur im Aspekt der nachhaltigen Entwicklung und des europäischen Sozialmodells. Die Europäische Union legt die CSR im engeren Sinn an, aber effizienter: Dies ist die freiwillige Verpflichtung über der gesellschaftsrechtlichen Norm hinaus.³⁵

Die soziale Verantwortung des Unternehmens bekam zahlreiche Kritiken: einerseits könnte man die soziale Verantwortung des Unternehmens von Gesellschaften nicht erwarten, weil das elementare Ziel der Gesellschaft der Profit ist;

30 Bartus 2008. 27.

31 http://europa.eu/documentation/official-docs/green-papers/index_en.htm. Hierzu s. Kun 2004, passim.

32 http://europa.eu/documentation/official-docs/green-papers/index_en.htm 5. p.

33 Z. B. Howit-Bericht (2007); Entschließung des Europäischen Parlaments vom 13. März 2007 zu der sozialen Verantwortung von Unternehmen: eine neue Partnerschaft. <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2007-0062+0+DOC+XML+V0//DE>.

34 Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses zum Thema „Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss – Umsetzung der Partnerschaft für Wachstum und Beschäftigung: Europa soll auf dem Gebiet der sozialen Verantwortung der Unternehmen führend werden 2006/C 325/14, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:325:0053:0060:HU:PDF>.

35 Ligeti 2007. 15.

andererseits sei diese Strategie beim Wettbewerb unmöglich.³⁶ Die soziale Verantwortung des Unternehmens festigt das Dilemma der Corporate Governance, aber als externer Prozeß kann sie eine reale Alternative für die Lösung des Problems bieten. Eine weitere Verbindung kann sich zwischen der sozialen Verantwortung des Unternehmens und der Corporate Governance finden, wenn wir die Struktur der Gesellschaft Schritt für Schritt durchgehen.³⁷ Die Hauptversammlung ist zur sozialen Verantwortung des Unternehmens verpflichtet, die Strategie der sozialen Verantwortung des Unternehmens wird von dem Vorstand oder Management ausgearbeitet, dies wird von dem Vorstand und den Arbeitnehmern realisiert. Wenn das wünschenswerte Verhalten sich herausbildet, danach kann sich die effiziente Entwicklung der Corporate Governance realisieren.

Die zivilrechtliche Beurteilung des Themas ist im Anfangsstadium, das Gesellschaftsrecht reagiert behutsam auf diese Fragen. Das soft-law System hat sich nach der Jahrtausendwende herausgebildet, die Entsprechungserklärung wird bis in die Mitte des Jahrzehnts angewendet, und sie muß seit drei bis vier Jahren veröffentlicht werden. Unser Bild von der Corporate Governance ist eine Momentaufnahme. Meiner Meinung nach ist das Zukunftsziel der Corporate Governance ein zweifaches: der effiziente – differenzierte und soziale – Erfolg der Gesellschaften und die Milderung der wirtschaftlichen Anomalie. Mein Anliegen war es, die Regelung der öffentlich tätigen Gesellschaften aufzuzeichnen. Gemäß der Übung der vorherigen Tendenzen können diese Richtungen in der Rechtssetzung und der Rechtswendung nachgewiesen werden.

Literatur

- KECSKÉS, A. 2009. Befektetővédelmi reformok az Egyesült Államokban és Európában. [Anlegerschutzreformen in der Vereinigten Staaten und Europa.] *Magyar Jog* 56/5. 298–307.
- FRANKÓNÉ ALPÁR, A. 2007. Governance a jegybankokban. [Governance in den Notenbanken.] *Hitelintézeti Szemle* 8/1. 44–46.
- IMF, World Bank: *International Standards: Strengthening Surveillance, Domestic Institutions, and International Markets*. 2003. <http://www.imf.org/external/np/pdr/sac/2003/030503.pdf>
- GUP, B. 2007. Vállalatirányítás bankok esetében: Számít-e az igazgatóság struktúrája? [Unternehmensführung in den Bankinstituten: Kann die Struktur der Verwaltungsrat rechnen?] *Hitelintézeti Szemle* 8/1. 1–20.
- PAPP, T. 2005. *Az Európai Unió társasági jogi normái*. [Die gesellschaftsrechtliche Normen der Europäischen Union.] Szeged.

36 Bartus 2008. 28 f.

37 Gonda 2009. 22.

- PAPP, T. 2009. Corporate governance – társaságirányítási rendszerek. [Corporate Governance – Gesellschaftsführungssysteme.] *Acta Conventus de Iure Civili* 10. 185–199.
- ANGYAL, Á. 2001. *Vállalati kormányzás, corporate governance*. [Unternehmensführung, Corporate Governance.] Budapest.
- SÁRKÖZY, T. 2008. *Üzleti jog [Geschäftsrecht]*. Budapest.
- NOCHTA T. 2007. *Társasági jog [Gesellschaftsrecht]* Budapest–Pécs.
- FARKAS, Cs.–JENOVAI, P.–NÓTÁRI, T.–PAPP T. 2009. *Társasági jog [Gesellschaftsrecht]*. Szeged.
- HABERSACK, M. 2003. *Europäisches Gesellschaftsrecht*. München.
- BARTUS, G. 2008. Szükségünk van-e jóléti vállalatokra? [Braucht man Wohlstandsunternehmen?] *Közjó és kapitalizmus* 5. 26–40.
- KUN, A. 2004. A vállalati szociális elkötelezettség tematizálásának alapvonalai az Európai Unióban. [Die Basislinien der Bedeutung von der sozialen Verpflichtung in der Europäischen Union] *Jogelméleti Szemle* 5/1.
- LIGETI, Gy. 2007. *CSR Vállalati Felelősségvállalás*. [CSR Die Verpflichtung der Unternehmen] Budapest.
- GONDA, Gy. 2009. *Úton a CSR-tól a CR felé – A CSR helye a felelős vállalati irányításban*. [Weg zur CR von CSR – Die Lage von CSR in der Corporate Governance] In *CSR Hungary Guideline*. Budapest.



Verfahrensrechtliche Fragen des Sicherheitsanspruchs der Gläubiger bei der Umwandlung von Gesellschaften in Ungarn

Kitti Bakos

Doktorandin, Universität der Wissenschaften, Szeged
Staats- und Rechtswissenschaftliche Fakultät
E-Mail: bakos.kitti.mail@gmail.com

Zusammenfassung. Die Umwandlung ist der im Gesetz über die Wirtschaftsgesellschaften¹ und im Gesetz über die Firmenpublizität, das handelsgerichtliche Verfahren und die Liquidation² geregelte Prozeß, der zwischen den Gesellschaften erfolgenden Rechtsnachfolge verwirklicht. Dieser Vorgang bedeutet aus der Hinsicht des Rechtsvorgängers eine Auflösung gleichzeitig mit der Entstehung des Rechtsnachfolgers, und von der Hinsicht des Rechtsnachfolgers verwirklicht dieses Verfahren eine Gründung – abhängig von den Formen der Umwandlung – gleichzeitig mit der Auflösung der umwandelnden Gesellschaft.³ Hinter der Umwandlung steht immer eine wirtschaftliche Notwendigkeit; die Fortführung einer Gesellschaft in der bisherigen Form kann sich aus verschiedenen Gründen als unzweckmäßig erweisen. Die in der Umwandlung beteiligte Gesellschaft kann sich auch entscheiden, mit anderen Beteiligten des Wirtschaftslebens ihre Tätigkeit fortzusetzen, oder die Gesellschaft in mehrere Wirtschaftseinheiten aufzuspalten.⁴ Die ungarische Regelung der Umwandlung stellt viele Fragen; im Zusammenhang mit dem Gläubigerschutz ist unser Ausgangspunkt, daß die Sicherheitsleistungspflicht der umwandelnden Gesellschaft im Gesetz genannt ist, aber sich daran keine Sanktion anknüpft. Nach dem Überblick der relevanten Rechtsnormen möchten wir auf die verschiedenen verfahrensrechtlichen Fragen des Gläubigerschutzes eingehen.

Schlüsselbegriffe: Umwandlung von Gesellschaften, ungarischen Gesellschaftsrecht, Sicherheitsleistung, firmengerichtliches Verfahren.

Abstract. Present paper concentrates on the procedural anomalies of the regulation of the transformation of companies in Hungary: the protection

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

2 Gesetz Nr. V von 2006 über die Firmenpublizität, das handelsgerichtliche Verfahren und die Liquidation (FG).

3 Farkas–Jenovai–Nótári–Papp 2009. 103.

4 Gál–Adorján 2010. 17.

of creditors and sanctions are examined in this research. The primary objective and aims of this paper are to put some questions that follow from the insufficient and controversial legal regulations. The starting-points of the analysis of this topic are the legal acts and norms concerning the transformation of companies presented also the points of view of literatures, the jurisdiction and the contractual practice.

The protection of creditors is set forth in the first part of the paper. In the Hungarian Companies Act is declared that all creditors whose debts originated before the first publication of the transformation shall have a right within 30 days from the second publications to demand guarantees from the company. The essence of the problem could be summarized that although the right of the creditors to demand securities and guarantees is named in the Hungarian Company Act, but sanctions aren't applied in the legal norms in case, when the guarantees still aren't given from the transferor company.

I. Ausgangspunkt

Hinsichtlich des Prozesses der Umwandlung kann die Sicherheitsleistungspflicht der umwandelnden Gesellschaft in die außerhalb der Gesellschaft laufenden Phase der Rechtsnachfolge eingefügt werden.⁵ Gemäß dem § 75 Abs. 2 GG muß die Gesellschaft innerhalb von acht Tagen nach der Unterzeichnung des Gesellschaftsvertrags darüber beim Firmenanzeiger die Veröffentlichung einer Bekanntmachung anregen, die in zwei aufeinander folgenden Nummern zu veröffentlichen ist. Die Bekanntmachung muß den Aufruf an die Gläubiger auch enthalten;⁶ im Sinne dieses Aufrufs können die Gläubiger, deren nicht abgelaufene Forderungen gegenüber der sich umwandelnden Gesellschaft vor der ersten Veröffentlichung der Entscheidung der Hauptversammlung über die Umwandlung entstanden sind, innerhalb einer mit einem Rechtsverlust verbundenen Frist von dreißig Tagen nach der zweiten Veröffentlichung der Entscheidung von der sich umwandelnden Gesellschaft bis in die Höhe ihrer Forderungen Sicherheit fordern.⁷

Im Zusammenhang mit der Sicherheitsleistung können die folgenden Frage und Problemen skizziert werden: obwohl das ungarische Gesetz das Recht für Gläubiger Sicherheit zu verlangen anerkennt und deklariert, wird keine Sanktion für jenen Fall in Aussicht gestellt, wenn die Gesellschaft ihre Verpflichtung nicht erfüllt.⁸ Der Analyse dieser Rechtslücke können wir uns von zwei Seiten nähern: einerseits müssen die Gründe der Regelung als Voraussetzung erwogen werden, andererseits muß die Anwendbarkeit der anderen Möglichkeiten des Gläubigerschutzes untersucht werden.

5 Farkas–Jenovai–Nótári–Papp 2009. 115.

6 §75 Abs 3 GG.

7 §76 Abs 2 GG; Farkas–Jenovai–Nótári–Papp 2009. 115; Kisfaludi 2007. 669; Complex Kommentar zum § 76 GG.

8 Farkas–Jenovai–Nótári–Papp 2009. 116; Kisfaludi 2007. 669.

Hinsichtlich der möglichen Ursachen der rechtlichen Regelung – verglichen mit der anderen Vorschriften des ungarischen Gesetzes – stellt sich die Frage, ob wir bei der Umwandlung eine solche rechtspolitische Ursache oder Notwendigkeit finden, die den effektiveren und wirksameren Schutz der Interesse der Gläubiger durch die Einfügung einer Sanktionsnorm verlangt.⁹ Gegenüber der Kapitalherabsetzung ergibt der Prozeß der Umwandlung nicht immer die Abnahme des Gesellschaftsvermögens, deshalb kommen die Gläubiger in diesem Fall nicht in eine nachteilige Situation. Die tatsächliche Minderung des Gesellschaftsvermögens tritt infolge der Rechtsnachfolge nicht immer ein: der Prozeß kann auch mit der Erhöhung des Kapitals verbunden sein. Daneben ist es auch im Fall der Umwandlung möglich, daß die Gesellschaft aus verschiedenen Gründen, zum Beispiel aus dem der Begleichung des Verlustes in einer anderen, weniger kapitalintensiven und administrationsbedürftigen Gesellschaftsform fortgesetzt wird, wenn sich die Rechtsnachfolge mit der Kapitalherabsetzung in Gleichklang bringen läßt.¹⁰

Mit Rücksicht auf die obererwähnten Gründe wird die Voraussetzung der Anwendung der Sicherheitsleistungspflicht der Gesellschaften im Prozeß der Umwandlung gemäß dem § 76 Abs. 3 GG definiert. Wenn die Haftung des Gesellschafters (Aktionärs) für die Verbindlichkeiten der sich umwandelnden Gesellschaft während des Bestehens der Gesellschaft beschränkt war (d. h., daß der Gesellschafter für die durch das Gesellschaftsvermögen nicht gedeckten Verbindlichkeiten der Gesellschaft – mit der im Gesetz festgelegten Ausnahme – nicht haftet), muß die in § 76 Abs. 2 GG festgehaltene Bestimmung nur in dem Fall angewendet werden, wenn die Summe des Eigenkapitals der Rechtsnachfolger-Gesellschaft niedriger ist, als sie bei der Rechtsvorgänger-Gesellschaft zum Zeitpunkt der Entscheidung über die Umwandlung war. Das Recht der Gläubiger Sicherheit von der umwandelnden Gesellschaft zu verlangen, kann in solchen Fällen nicht angewendet werden, wenn das Eigenkapital neben der beschränkten Haftung des Gesellschafters nicht geändert oder erhöht wurde. Der Gläubigerschutz bei der Umwandlung ist nur dann berechtigt, wenn sich das tatsächliche Eigenkapital der Gesellschaft infolge der Umwandlung vermindert.¹¹ Unsere Behauptung ist auch durch den § 84 Abs. 5 GG begründet, weil die Bekanntmachung des Aufrufs an die Gläubiger bei der Spaltung in jedem Fall – unabhängig von der Änderung des Eigenkapitals oder der Haftung des Gesellschafters – obligatorisch ist.¹² Gemäß dem Kommentar und der Begründung des Gesetzes über die Wirtschaftsgesellschaften kann die Verminderung des Befriedigungsfonds der Forderung den Gläubiger ungünstig treffen: Deswegen kann der Einbau einer Verteidigungsfunktion ins Regelungssystem der Umwandlung berechtigt sein.¹³

9 Kiszaludi 2007. 669.

10 Sárközy 2009. 176; Kiszaludi 2007.669; *Handbuch* 2008. 1539.

11 Gál-Adorján 2010, 100; Complex Kommentar zum § 76 GG.

12 Gál-Adorján 2010. 167.

13 Complex Kommentar zum § 76 GG.

II. Möglichkeit eines zivilgerichtlichen Verfahrens

Nach der Skizzierung unseres Ausgangspunktes muß die Rechtsprechung untersucht, und als ein weiteres Mittel für den Gläubigerschutz soll die Möglichkeit eines zivilgerichtlichen Verfahrens im Prozeß der Umwandlung untersucht werden.

In einem veröffentlichten Beschluß des Berufungsgerichts¹⁴ und nach dem Tatbestand des Rechtsfalls hat das Firmengericht unter Androhung der Ablehnung einen Beschluß zur Mängelbeseitigung während des Verfahrens zur Eintragung der Umwandlung herausgegeben, weil die umwandelnde Gesellschaft es nicht beurkundet hatte, daß die Gläubiger innerhalb von 30 Tagen nach der zweiten Veröffentlichung der Entscheidung über die Umwandlung keine Sicherheit gefordert hatten, oder diese Forderungen entsprechend beglichen worden waren. Der Vertreter der Gesellschaft hatte die Frist zur Mängelbeseitigung versäumt, deswegen hat das Firmengericht die Anmeldung zur Eintragung der Umwandlung im Beschluß abgelehnt. Das Berufungsgericht hat festgelegt, daß der Beschluß zur Mängelbeseitigung des Firmengerichts und das erstinstanzliche Urteil rechtswidrig waren. Obwohl die Bekanntmachung und die Veröffentlichung des Aufrufs an die Gläubiger im Prozeß der Umwandlung in jedem Fall obligatorisch sind, verbietet das Gesetz nicht die Eintragung der Umwandlung ins Handelsregister in jenem Fall, wenn der Gläubiger keine Sicherheit bekommen hat, die Verhandlungen noch laufen oder die Parteien nicht die Sicherheitsleistung vereinbaren konnten. Obwohl der Gläubiger Recht auf Sicherheitsleistung hat, kann aus Mangel der im Gesetz genannten gesellschaftlichen Rechtsfolgen der Firmenrichter die Eintragung der Umwandlung während des Verfahrens nicht verweigern. Gemäß dem Beschluß des Obersten Gerichtshofes können die Gläubiger ihre Forderungen auf dem Rechtsweg geltend machen und können Klage gegen die umwandelnde Gesellschaft erheben. Im Folgenden werden die Möglichkeiten und Rechtsgrundlagen der Durchsetzung im Rahmen eines zivilgerichtlichen Verfahrens untersucht,¹⁵ und gleichzeitig werden die Schwierigkeiten des Zivilprozesses aufgezeigt.

Es kann durch Vergleichung der Prozeßfristen des zivilgerichtlichen Verfahrens und die Termine des Prozesses zur Eintragung der Änderung und Umwandlung festgestellt werden, daß die Durchführung und Beendigung des Verfahrens zur Eintragung dem Urteil im Rechtsfall bezüglich der Sicherheitsleistung wahrscheinlich vorausgehen wird, weil der laufende Rechtsfall über die Sicherheiten gemäß dem § 76 GG keine Hindernisse in den Weg des Eintragungsverfahrens stellt. In diesem Fall entstehen Schwierigkeiten hinsichtlich den nächsten Fragen: die Wirtschaftsgesellschaft beendet ihre Existenz mit der Löschung aus dem Handelsregister oder bei der Umwandlung; Wenn die sich umwandelnde Firma

14 ÍH 2005. 124.

15 BH 1997. 299.

den Zeitpunkt der Umwandlung festlegt, tritt die Umwandlung nicht am Tag der handelsgerichtlichen Eintragung, sondern an dem von der Firma angegebenen Tag ein.¹⁶ Im Rahmen der Umwandlung – abhängig von der Form der Rechtsnachfolge – wird der Rechtsvorgänger aus dem Register gelöscht, und es kann nicht entschieden werden, ob der Verlust der Rechts- und Parteifähigkeit des Rechtsvorgängers im Zivilprozeß ein Parteiwechsel und eine Rechtsnachfolge nach dem § 61 ZPO¹⁷ in das Prozeßverhältnis ergibt oder nicht; bzw. ob der Rechtsnachfolger mit Haftung für diese Verbindlichkeit der gelöschten Gesellschaft belastet werden kann oder nicht.¹⁸

Diese Rechtslücken können auf die Effektivität und den Erfolg des zivilgerichtlichen Verfahrens bei der Sicherheitsleistung und Gläubigerschutz störend wirken. Es können sich auch weitere Schwierigkeiten ergeben, wenn mehrere Rechtsnachfolger infolge der Spaltung durch Neugründung ins Bild treten, oder im Fall der Spaltung durch Übernahme die Wirtschaftsgesellschaft, die aus der Spaltung durch Übernahme entsteht, nach der Änderung ihres Gesellschaftsvertrages in unveränderter Gesellschaftsform auch weiter tätig.¹⁹ Die Spaltung durch Übernahme kann auch so erfolgen, daß der aus der Gesellschaft ausscheidende Gesellschafter mit einem Teil des Gesellschaftsvermögens sich einer anderen, bereits tätigen Gesellschaft als aufnehmender Gesellschaft anschließt.²⁰ In diesem Fall haben sowohl der Rechtsvorgänger, als auch der Rechtsnachfolger schon bereits funktioniert, und infolge der Umwandlung werden sie auch fortbestehen. Zum Schluß kann es bei dieser Form der Spaltung nicht beruhigend entschieden werden, welcher Rechtsnachfolger, oder gleichzeitig der Rechtsvorgänger und der Rechtsnachfolger (bei der Spaltung durch Übernahme) in den Prozeß eintreten muß.

Neben den oben erwähnten Schwierigkeiten wird nach unserer Meinung die praktische Durchführung des zivilgerichtlichen Verfahrens aufgrund der Sicherheitsleistungspflicht der umwandelnden Gesellschaft unausführbar sein, und die Haftung des Rechtsnachfolgers für die Versäumung der Sicherheitsleistung des Rechtsvorgängers kann nicht festgelegt werden. Neben dem § 76 Abs. 2 GG könnte die Geltendmachung der Forderungen – im Rahmen eines Zivilprozesses aufgrund der Haftungsvorschriften der Umwandlung – gegen den Rechtsnachfolger und den Gesellschafter zum Ergebnis führen, wenn der Gläubiger die abgelaufenen Schulden am Fälligkeitstag nicht begleicht.

16 § 65 GG; § 57 Abs 2 FG.

17 Gesetz Nr. III von 1952 über die Zivilprozessordnung (ZPO).

18 Kisfaludi 2007. 669.

19 § 86 Abs 1 GG.

20 § 86 Abs 2 GG.

III. Ein spezielles firmengerichtliches Verfahren im Umwandlungsprozeß

Die Eintragung der Umwandlung kann dadurch nicht verhindert werden, wenn die Gläubiger keine Sicherheit von der umwandelnden Gesellschaft bekommen haben, oder sie die Garantie für nicht entsprechend halten. Der Grund dieser Anomalie ist die folgende: Das Gesetz schreibt kein spezielles firmengerichtliches Überprüfungsverfahren im Umwandlungsprozeß für die Kapitalherabsetzung der GmbH und der Aktiengesellschaft vor.²¹ Im Rahmen dieser Konstruktion bildet die erfolgreiche Beendigung des Verfahrens des Gläubigerschutzes keine Voraussetzung im Prozeß zur Eintragung der Umwandlung – im Gegensatz zur Verminderung des Kapitals –, wo die Senkung des Stammkapitals oder Grundkapitals so lange nicht ins Handelsregister eingetragen werden darf, wie der Gläubiger keine geeignete Sicherheit erhalten hat.²²

In diesem Teil des Aufsatzes möchten wir darauf eine Antwort suchen und die Ursachen der Regelung aufdecken, ob die bei der Kapitalherabsetzung geregelte Kontrolle des Firmengerichts in den Umwandlungsprozeß – auch auf die Eigenart der Umwandlung Rücksicht nehmend – eingefügt werden kann, oder nicht. Im Rahmen der Untersuchung werden auch die Voraussetzungen der möglichen Lösungen behandelt, die sowohl für die Gläubiger, als auch für die Gesellschaft ausgeglichenen Schutz bilden könnten. Bei der Annäherung an den Fragenkreis werden zuerst die Anordnungen der Kapitalsenkung zuerst überblickt, dann mit den Rechtsvorschriften der Europäischen Aktiengesellschaft verglichen. Die Regeln der SE (*Societas Europae*) erkennen auch die Sicherheitsleistungspflicht der umwandelnden Gesellschaft bei der Gründung der SE durch Verschmelzung an, daher können diese Vorschriften als Ausgangspunkt dienen.

Bei der Kapitalherabsetzung ist der Inhalt der Entscheidung in der Bekanntmachung aufzuführen, und es gilt die Gläubiger der Gesellschaft aufzufordern, daß sie für ihre vor der ersten Veröffentlichung der Bekanntmachung entstandenen und bis zu diesem Zeitpunkt nicht fällig gewordenen Forderungen Anspruch auf Sicherheit zu stellen.²³ Die Gesellschaft muß innerhalb von acht Tagen nach Ablauf der zur Einreichung der Anspruchsanmeldung gewährten Frist Sicherheit leisten, oder dem Gläubiger die Ablehnung des Antrags und dessen Grund mitteilen. Die Revision einer ablehnenden oder einer sich auf die Leistung einer vom Gläubiger für nicht ausreichend erachteten Sicherheit beziehenden Entscheidung kann der Gläubiger innerhalb einer mit einem Rechtsverlust verbundenen Frist von acht Tagen nach

21 ÍH 2005. 124; BH 1997. 299.

22 BDT 2010. 171. II; *Handbuch* 2008. 1539; § 163, 272 GG.

23 § 162 Abs 1 GG, § 271 Abs 1 und 2 GG; Farkas–Jenovai–Nótári–Papp 2009. 375, 433 f.; Kisfaludi 2007. 447, 606.

Erhalt des Beschlusses vom Firmengericht beantragen.²⁴ Das Firmengericht entscheidet – unter entsprechender Anwendung der für das Verfahren zur Gesetzlichkeitsaufsicht maßgebenden Regeln – innerhalb von dreißig Tagen nach der Einreichung des Antrags. Das Firmengericht lehnt den Antrag nach Durchführung des Verfahrens ab, oder verpflichtet die Gesellschaft zur Leistung einer geeigneten Sicherheit. Die Anordnungen der Kapitalherabsetzung schreiben *expressis verbis* die vom Gericht anwendenden Rechtsfolgen (Verweigerung oder Verpflichtung zur Sicherheitsleistung) vor, und als organischer Teil der Regelung wird auch die Sanktion im Gesetz genannt: Die Verminderung des Kapitals darf so lange nicht ins Handelsregister eingetragen werden, bis der dazu berechnete Gläubiger keine geeignete Sicherheit erhalten hat.²⁵

Die ins System der Kapitalherabsetzung eingebaute Kontrollfunktion des Firmengerichts ist den Anordnungen der Umwandlung im Gesellschaftsrecht nicht fremd, weil das SE-Gesetz bei der Gründung der SE durch Verschmelzung das spezielle firmengerichtliche Verfahren mit einigen Unterschieden auch kennt. Gemäß dem § 6 Abs. 1 Gesetz Nr. XLV von 2004 über die Europäischen Aktiengesellschaften kann der Gläubiger innerhalb einer mit einem Rechtsverlust verbundenen Frist von acht Tagen nach Erhalt des Beschlusses die Revision einer ablehnenden Entscheidung der Gesellschaft über die Sicherheitsleistung vom Firmengericht beantragen. Das Firmengericht entscheidet – unter entsprechender Anwendung der für das Verfahren zur Gesetzlichkeitsaufsicht maßgebenden Regeln – innerhalb von dreißig Tagen nach der Einreichung des Antrags.²⁶

Obwohl aus der praktischen Erfahrungen der Regelung der SE keine vertieften Folgerungen gezogen werden können, möchten wir gegen den Mangel der bezüglichen Bibliographie und weitreichenden Rechtsprechung einen Vergleich der obererwähnten Anordnungen unternehmen. Aus den theoretischen Aspekten können die folgenden Unterschiede und Parallelen der zwei ähnlichen Kontrollmechanismen (im Fall der Kapitalherabsetzung und der Gründung der SE durch Verschmelzung) beleuchtet werden:

a) Zum ersten Mal müssen die Triebfedern der analysierten Rechtsvorschriften als Voraussetzungen ausgelegt werden: Bei der Kapitalsenkung begründet die Existenzberechtigung des speziellen firmengerichtlichen Verfahrens die Verminderung des Vermögens der Gesellschaft, bei der Gründung der SE die grenzüberschreitende Kapitalbewegung.

b) Die Kontrollfunktion des Firmengerichts tritt bei der Kapitalherabsetzung nicht nur in dem Fall ein, wenn keine Sicherheit für die Gläubiger geleistet wurde: Die Anordnungen gemäß der ausdrücklichen Regel des Gesetzes gelten auch

24 § 163 Abs 1 GG; Farkas–Jenovai–Nótári–Papp 2009. 375, 433–434; Kisfaludi 2007. 448, 606.

25 § 163 Abs 1 GG, § 272 GG; Farkas–Jenovai–Nótári–Papp 2009. 375, 433–434; Kisfaludi 2007. 449, 606–607; Sárközy 2009. 275, 435; Zumbok 2007. 330, 452; BH 2003. 880.

26 § 6 Abs 3 SE-Gesetz.

dann, wenn die Gläubiger die Garantie für nicht ausreichend erachtet haben. Entgegen dieser Lösung führt uns die grammatische Auslegung des SE-Gesetzes zu jener Feststellung, daß die Überprüfungsfunktion des Firmengerichts sich auf die Versäumung der Sicherheitsleistung nur in den Fall erstreckt, wenn der Antrag der Gläubiger von der Gesellschaft abgelehnt wurde. Neben dieser Auslegung halten wir die Inanspruchnahme des Verfahrens des Firmengerichts auch in dem Fall nicht für unberechtigt, wenn die in der Verschmelzung beteiligte Aktiengesellschaft die Sicherheit für den Gläubiger zur Verfügung gestellt hat, aber der Gläubiger es für nicht ausreichend erachtet hat.

c) Beide Vorschriften enthalten jene Bestimmung, daß das Firmengericht sich unter entsprechender Anwendung der für das Gesetzlichkeitsaufsichtsverfahren maßgebenden Regeln zu entscheiden hat. Bei der Kapitalherabsetzung regelt der Gesetzgeber im § 163 Abs. 1 GG den Kreis der anwendenden Rechtsfolgen ausdrücklich. Gemäß dem verkündeten Beschluß des Berufungsgerichts kann die in den Prozeß der Kapitalsenkung eingefügte Kontrollfunktion des Firmengerichts als ein spezifisches Verfahren zur Gesetzlichkeitsaufsicht betrachtet werden. Der Gegenstand dieses eigenartigen Prozesses ist die Sicherheitsleistungspflicht der Gesellschaft, wo der Antrag der Gläubiger abgewiesen, oder die Gesellschaft zur Sicherheitsleistung verpflichtet werden muß. Neben diesen Alternativen der gerichtlichen Entscheidung können die ordentlichen Maßnahmen und Sanktionen des Verfahrens der Gesetzlichkeitsaufsicht bei der Kapitalsenkung – auf die Eigenheit der Sicherheitsleistung Rücksicht nehmend – nicht angewendet werden.²⁷

Entgegen der Verminderung des Kapitals schreibt das SE-Gesetz keine Rechtsfolgen und Vorschriften über den Inhalt des Beschlusses vor. Aus Mangel an speziellen Anordnungen kann der Richter von zwei Möglichkeiten wählen, um die Rechtslücke auszufüllen: Einerseits kann man gemäß dem § 6 Abs. 1 SE-Gesetz nicht nur die prozeßrechtlichen Anordnungen, sondern auch die Maßnahmen des Verfahrens zur Gesetzlichkeitsaufsicht bei der Beurteilung des Sicherheitsanspruchs anwenden, wenn sie ähnliche Funktionen erfüllen können. Andererseits können auch die Rechtsfolgen und die bei der Kapitalsenkung geregelten Alternativen der Entscheidung analog als maßgebend betrachtet werden.

d) In beiden Fällen (bei der Kapitalherabsetzung und bei der Gründung der SE durch Verschmelzung) bleibt Folgendes fraglich: Wie kann das Firmengericht die Gesellschaft in ihrer Entscheidung zur Sicherheitsleistung verpflichten? Die Gesetze schreiben keine weiteren Vorschriften und Vollziehungsregelungen vor; die Verpflichtung auf Leistung der Sicherheit fällt auf das Gebiet des Zivilrechts und betrifft zivilrechtliche Verhältnisse. Die Garantie kann zum Beispiel die Gründung und Eintragung einer Hypothek oder die Errichtung einer Kautionsbedeutung; gemäß dem von Tamás Sárközy herausgegebenen Kommentar zum Gesetz über die Wirtschaftsgesellschaften darf das Firmengericht die Sicherheitsleistung

27 ÍH 2010. 88; Kisfaludi 2007. 449; *Handbuch* 2008. 1078.

im Rahmen des Verfahrens nicht konkret bestimmen.²⁸ Die Erklärung von Ferenc Zumbok zum Gesetz über die Wirtschaftsgesellschaften überläßt die Festlegung der entsprechenden Garantie der Rechtsprechung.²⁹ Diese Befugnisse des Firmengerichts kollidieren übrigens mit den allgemeinen Grundsätzen des Verfahrens der Gesetzlichkeitsaufsicht, weil das Firmengericht keinen Beschluß über die finanziellen Fragen und wirtschaftlichen Entscheidungen der Gesellschaft fassen darf. Im Fall der Sicherheitsleistung berührt der Beschluß des Gerichts die finanzielle Lage der Gesellschaft, weil die Verpflichtung zur Leistung einer Garantie die Belastung des Gesellschaftsvermögens bedeutet.

e) Solange bei der Kapitalherabsetzung im Gesetz *expressis verbis* genannt ist, daß die Versäumung der Sicherheitsleistung für die Gläubiger ein Hindernis in den Weg der Eintragung der Kapitalsenkung stellt, enthält das SE-Gesetz solche Feststellungen nicht. Zur Füllung der Rechtslücken stehen zwei Möglichkeiten offen: Die Vorschriften der Kapitalsenkung können analog angewendet werden, weil ein spezielles firmengerichtliches Verfahren im Zusammenhang mit der Sicherheitsleistungspflicht der Gesellschaften nur bei der Kapitalherabsetzung ins System der Regelung eingebaut wird. Im Rahmen dieser Auslegung würde die Beurkundung der Garantieleistung eine Voraussetzung der Eintragung auch bei der Gründung der SE durch Verschmelzung bedeuten. Daneben könnte die Gesellschaft auch bestätigen, daß keine Meldung von Gläubiger binnen der auf die Rechtsdurchsetzung offenstehende Frist angekommen ist, oder die Verweigerung der Leistung einer Sicherheit rechtmäßig war. Neben dieser Alternative kann auch ein anderer Weg zur Ausfüllung der Rechtslücke eingeschlagen werden. Die Gründung der SE durch Verschmelzung kann auch als Umwandlung betrachtet werden, daher tritt die Anwendung der Vorschriften der Umwandlung als reale Möglichkeit in den Vordergrund. In diesem Fall können wir zu einem (den im Obigen ausgeführten Folgerungen gegensätzlichen) Ergebnis kommen: Die Umwandlung ist eine eigenartige Phase der Existenz der Gesellschaften, die sich von der Kapitalherabsetzung unterscheidet. Auf alle Formen der Rechtsnachfolge müssen die Regel der Umwandlung (bezüglich der Bekanntmachung und der Sicherheitsleistungspflicht) angewendet werden, die mit den ähnlichen Vorschriften der Kapitalsenkung nicht zu verwechseln sind.³⁰ Im Rahmen dieser Auslegung bildet die Versäumung der Sicherheitsleistung aus Mangel an ausdrücklichen Regeln kein Hindernis im Verfahren zur Eintragung der Umwandlung, obwohl bezüglich der Gründung der SE durch Umwandlung ein spezielles firmengerichtliches Verfahren als Regel festgesetzt wurde.

Zum Schluß können wir unsere Folgerungen im Folgenden zusammenfassen: Im Prozeß der Umwandlung erscheint ein der Kapitalsenkung ähnlich geregeltes

28 Sárközy 2009. 434; *Handbuch* 2008. 1078.

29 Zumbok 2007. 330; *Complex Kommentar* zum § 163 GG.

30 BDT 2010. 171.

und spezielles firmengerichtliches Verfahren bei der Gründung der SE durch Verschmelzung unter den verschiedenen Mittel der Gläubigerschutz.³¹ Mit Rücksicht darauf, daß die Gründung der SE sich mit der Verschmelzung durch Umwandlung durchgeführt werden kann, können wir die Kontrollfunktion des Firmengerichts im Prozeß und das Regelungssystem der Umwandlung für berechtigt halten. Infolge einer durchdachten Entscheidung des Gesetzgebers soll ein ähnliches Überprüfungsverfahren des Firmengerichts in den Prozeß der Umwandlung eingefügt werden – natürlich mit Rücksicht auf die eigenartigen Ursachen und Möglichkeiten der Rechtsnachfolge (z. B. die Haftungsvorschriften können bei der Umwandlung auch in Betracht kommen). Eine differenzierte Regelung und die Errichtung eines entsprechenden Voraussetzungssystems soll eine Kompromißlösung ergeben, die einerseits den Interessen der Gläubiger dienen könnte, andererseits auch den Gesellschaften keine unbegründete Last auflegen würde, wenn das Gesellschaftsvermögen während der Umwandlung nicht vermindert wird. Die heutigen Rechtsvorschriften über die Sicherheitsleistungspflicht der Gesellschaften sind – neben der Kapitalherabsetzung und der Gründung der SE durch Verschmelzung – durch die Regeln der Umwandlung dreipolig geworden: bei den Regeln der SE erscheint (gegenüber der Umwandlung) auch die Kontrollfunktion des Firmengerichts, aber aus Mangel der ausdrücklichen Vorschriften ist es unsicher, ob die Versäumung der Sicherheitsleistung dem Verlauf des Eintragungsverfahrens bei der Gründung der SE durch Umwandlung (ähnlich den Regeln der Kapitalsenkung) im Weg steht. Das Durchdenken der Anomalien beansprucht einen vorsichtigen Eingriff des Gesetzgebers, obwohl eine einheitliche (alle Teilfragen umfassende) Regelung schon wegen den verschiedenen Gründen der Umwandlung und der Kapitalsenkung, bzw. den Interessen der Gläubiger und der Gesellschaften nicht als möglich erscheint.

Konklusionen

Die Funktion der Sicherheitsleistung soll die infolge der Umwandlung veränderten Risikofaktoren ins Gleichgewicht bringen,³² daher soll es untersucht werden, welche Möglichkeiten für die Erschaffung eines Gleichgewichts zwischen den Gläubigern und den umwandelnden Gesellschaften zur Verfügung stehen, wenn der Prozeß der Umwandlung zugleich mit Kapitalsenkung verbunden ist. Die Möglichkeit eines zivilgerichtlichen Verfahrens verspricht kein richtiges Ereignis, bzw. kann ein langwieriger Zivilprozeß die Chancen auf die Erstattung der Forderungen der Gläubiger verringern. Die Versäumung der Sicherheitsleistung ist derzeit mit gesellschaftsrechtlichen Mitteln nicht geregelt, es könnte aber begründet sein, eine Kontrollfunktion des Firmengerichts in das System der Umwandlung einzubauen.

31 Gál-Adorján 2010. 182.

32 Kisfaludi 2007. 448.

Literatur

- FARKAS, Cs.–JENOVAI, P.–NÓTÁRI, T.–PAPP, T. 2009. *Társasági jog* [Gesellschaftsrecht]. Szeged.
- GÁL, J.–ADORJÁN, Cs. 2010. *A gazdasági társaságok átalakulása*. [Die Umwandlung von Gesellschaften] Budapest.
- KISFALUDI, A. 2007. *Társasági jog*. [Gesellschaftsrecht.] Budapest.
Complex DVD Jogtár – A gazdasági társaságokról szóló 2006. évi IV. törvényhez fűzött magyarázat. [Complex DVD Rechtssammlung – Kommentar zu dem Gesetz Nr. IV von 2006 über die Wirtschaftsgesellschaften.]
- SÁRKÖZY, T. 2009. *Társasági törvény, cégtörvény 2006–2009*. [Gesetz über die Wirtschaftsgesellschaften und Gesetz über die Firmenpublizität, das handelsgerichtliche Verfahren und die Liquidation 2006–2009.] Budapest.
- KISFALUDI, A.–SZABÓ, M. 2008. *A gazdasági társaságok nagy kézikönyve*. [Das große Handbuch der Wirtschaftsgesellschaften.] Budapest.
- ZUMBOK, F. 2007. *A gazdasági társaságokról szóló törvény magyarázata*. [Kommentar zum Gesetz über die Wirtschaftsgesellschaften.] Budapest.



Das Verhältnis des Gesellschaftsrechts zu anderen Rechtsgebieten des Rechtssystems in Ungarn

Tibor Nochta, Ph.D.

Universität der Wissenschaften, Pécs

Staats- und Rechtswissenschaftliche Facultät

E-Mail: nochta.tibor@ajk.pte.hu

Zusammenfassung. Zur Haupttrichtung der heutigen Kodifizierung des Privatrechts gehört nicht mehr die Rückkehr zum Handelssonderrecht, trotzdem ist ein unbestritten wichtiges Erfordernis des in den Rahmen des nationalen Rechtssystems und der europäischen Rechtsvereinheitlichung privatrechtlichen Kodifikationsprozesses die Darstellung der handelsrechtlichen Anschauung innerhalb des Privatrechts, besonders auch auf solchen Gebieten, wie das Gesellschaftsrecht, das mit ihm in enger Verbindung stehende Wertpapierrecht, das Wettbewerbsrecht weiterhin das Konkursrecht.

Schlüsselbegriffe: ungarisches Gesellschaftsrecht, Privatrecht, Rechtsharmonisierung

Abstract. Returning to a separate commercial law no longer belongs to the mainstream of today's codification of private law, but the representation of a commercial law-like view of private law within the private law is an undisputed important requirement in the context of the national legal system and in the process of the codification of the European private law, especially in areas such as company law, the law of securities – which is standing in very close connection with company law -, competition law, and further on bankruptcy law.

The law material on business associations has mostly private law character, but of course some of its provisions have the nature of public law and procedure law. It complies with company law, constitutional law, copyright, labor law, law of bankruptcy proceedings and liquidation proceedings, law of the capital market, and with the law of public accountancy. In this sense is corporate law as a synergy-phenomenon an element of the legal system.

Keywords: corporate law, branches of law, Hungarian private law

Allgemeines

Die Bedingungen für die Annäherung und der allmählichen Harmonisierung der nationalen Lösungen des Privatrechts und des Handelsrechts sind sehr günstig, weil diejenigen Erwartungen im Prozess der Kodifizierung des Privatrechts immer anwesend gewesen sind, die die handelsrechtlichen Institutionen den grenzüberschreitenden Bedürfnissen des Handels in den Dienst stellen konnten.¹

Professor Ödön Kuncz warnte am Anfang des 20. Jahrhunderts davor, das Handelsrecht einfach ins Privatrecht einzuverleiben. In einer veranschaulichten Formulierung ist *„das Handelsrecht ein aus dem Stamm des allgemeinen Privatrechts hervorragendes und sich als eine Spitze verfeinerndes besonderes Recht,“* das sich den Eigentümlichkeiten des Handelslebens anpasst.“

Es ist die Handelswelt, die am schnellsten auf die Änderungsprozesse der wirtschaftlichen Vermögensverhältnisse reagiert. Das Handelsprivatrecht ist ein in jeder Epoche auf der Schlagader der Änderungen der Wirtschaft pulsierendes Recht.

Das Rechtsmaterial über die Wirtschaftsgesellschaften ist größtenteils von privatrechtlichem Charakter, aber sämtliche seiner Bestimmungen sind selbstverständlich von öffentlich-rechtlicher und prozessrechtlicher Natur. Es weist auf den *ius specialis* – Charakter des Gesellschaftsrechts hin, dass es auch viele, sich schnell verändernde, organisatorische Normen, die nicht völlig von vertraglicher Art sind, enthält, weiterhin steht es mit dem Firmenrecht, dem Auflösungs- und Schlussabrechnungsrecht, dem Recht des Kapitalmarktes, sowie dem Recht des Rechnungswesens im Einklang. Mit diesen Eigenarten wird die Behauptung derer begründet, die die Notwendigkeit der strukturellen Separierung des Gesellschaftsrechts von dem ZGB für wichtig halten.

Von ebenso großer Bedeutung sind die Aufrechterhaltung des Einklangs mit dem Gesellschaftsrecht der Europäischen Union sowie die Verfolgung der Tendenzen in der richterlichen Praxis durch den Gesetzgeber. In diesem Sinne ist das Gesellschaftsrecht eine Synergie-Erscheinung innerhalb des Rechtssystems.

1) Das Gesellschaftsrecht als ein Teil des Privatrechts

In den verschiedenen Rechtssystemen wurden die das Handelssonderrecht repräsentierenden Gesetzbücher nicht geschaffen – hier wurden auch die Handelsgesellschaften in privatrechtlichen Gesetzbüchern – so zum Beispiel im schwei-

1 Vgl. in der ausgezeichneten Studie von Zoltán Ödön mit dem Titel *A nemzeti magánjogokról és az európai közös magánjogról* [Über die Privatrechte und über das europäische gemeinsame Privatrecht] – in der Zeitschrift *Magyar Jog* [Ungarisches Recht] Nr. 10 vom Jahre 1998 auf Seite 581 beruft sich noch auf die Studie von Jürgen Basedow mit dem Titel *„Un droit commun des contracts pour le marché commun“* – *Revue internationale de droit comparé* 1998/1. 7–28.

2 Kuncz 1922. 4.

zerischen Obligationsrecht, im italienischen Codice civile, beziehungsweise im amerikanischen Uniform Commercial Code – als immanenter Teil geregelt (*monistischen Modell*).

Die in der Richtung der monistischen Lösung wirkende Kodifizierung hat sich immer kräftiger in der Entwicklung des Privatrechts des 20. Jahrhunderts eine Bahn gebrochen. Das allgemeine Privatrecht wurde allmählich ein Empfänger des als Recht des Massenverkehrs in einzelnen historischen Epochen blühenden Handelssonderrechts und über die selbstständigen Handelsgesetzbücher – und durch sie über die Aufrechterhaltung des Handelsrechts als Sonderrechts ist langsam die Zeit vergangen.

Wo das Handelssonderrecht auch ist, dort bilden die privatrechtlichen Kodexe das Hintergrundrecht der Handelsgesetzbücher, in denen die für die Handelsgesellschaften maßgebenden Rechtssetzung gegeben ist (*dualistisches Modell*). So ist das auch im Verhältnis des gültigen ungarischen ZGB und des Wirtschaftsgesetzes geblieben.³

Im Gesetz über die Wirtschaftsgesellschaften hängen die zwingende Kraft und die Dispositivität der Regelung davon ab, welche andere Garantien durch Rechtsvorschriften bei den Bedingungen der Gläubiger, des allgemeinen Interesses, des Kapitals, der Minderheit und des lautereren Wettbewerbs gesichert werden können. Die Bedingung der „weniger Gesetze und mehr Verträge“ fordern den gesellschaftlichen Gesetzgebung ist, dass die Rechtsgarantien dazu auch in Rechtsvorschriften außerhalb des Gesellschaftsgesetzes stärker werden. Die Erreichung dieses komplexen, Rechtsgebiete umfassenden Zieles kann nur durch eine gut durchdachte Kodifikation im Bereich des Gesellschaftsrechts erfolgen. Aus dieser Hinsicht ist die Anpassung des sich auf die Wirtschaftsgesellschaften beziehenden Rechtsmaterials in das allgemeine Privatrecht die erstrangige Frage. Zweierlei Kodifikationstechniken sind hier vorstellbar. Entweder das Rechtsmaterial über die Wirtschaftsgesellschaften bleibt weiterhin in einem selbstständigen Gesetz, und die Wirtschaftsgesellschaften und ihre Gesellschafter (Aktionäre) müssen die Bestimmungen des Zivilgesetzbuches (des Weiteren: ZGB) bei den in diesem Gesetz nicht geregelten materiellen und persönlichen Verhältnissen, auf Grund einer hinweisenden Bestimmung, entsprechend anwenden, oder, auch als eine Manifestation dessen privatrechtlichen Zugehörigkeit, auch die ausführlichen Vorschriften bezüglich der Wirtschaftsgesellschaften werden vom Zivilgesetzbuch beinhaltet. In dem letzteren Fall werden die Grenzen der Rechte der Gesellschafter bei der freien Feststellung des Inhaltes des Gesellschaftsvertrages (Satzung, Gründungsurkunde) unmittelbar von dem ZGB bestimmt. Auch in diesem Fall bleibt die Bestimmung geltend, dass es weiterhin nicht als Abweichung von dem Gesetz ist, wenn der Gesellschaftsvertrag (Satzung, Gründungsurkunde) eine solche weitere Bestimmung enthält, womit sich das Gesetz nicht beschäftigt, falls diese Bestimmung nicht im Gegensatz mit der allgemeinen Funktion des

3 Vgl. Nochta 1994.

Gesellschaftsrechts, beziehungsweise mit dem Zweck der sich auf die gegebene Gesellschaftsform beziehenden Bestimmung steht, und sie die Erfordernisse der gutgläubigen Rechtswahrnehmung verletzt.

Selbstverständlich lassen sich mehrere Vorschriften des ZGB nicht automatisch auf die Gesellschaften anwenden. Die Anwendung der vertraglichen allgemeinen Bestimmungen des ZGB wird dadurch erschwert, dass die Gesellschaft einen typischen Mitwirkungsvertrag mit mehreren Subjekten darstellt, wo die Regelung der Ungültigkeit, der Vertragsverletzung und die Verantwortung beim Schadensersatz in vielen Hinsichten spezieller Plusvorschriften bedürfen. Meiner Ansicht nach muss eine Lösung gewählt werden, die gründlich überlegt wird, und die sich ein auch die richterliche Praxis entsprechend assimilierendes, lebendes Gesellschaftsrecht als Ziel setzt.

Es muss jedoch auch darauf hingewiesen werden, dass nach dem Kodifikationsvorschlag von 2011 werden die wichtigsten Normen über die Wirtschaftsgesellschaften in den neuen ungarischen ZGB integriert werden.

2) Verfassungsrechtliche und verwaltungsrechtliche Verknüpfungen

In unseren Tagen ist die Änderung der Rollenverteilung zwischen den Rechtszweigen im Gange. Die einst steifen Grenzen des öffentlichen Rechts und des Privatrechts werden langsam relativ. *Eine der bestimmenden Bedingungen der Erschaffung und Aufrechterhaltung der konstitutionellen Ordnung ist die Synthese der Verfassung und des Bürgerlichen Gesetzbuches.* Die Festsetzung der Grundlagen des neuen Wirtschaftssystems und des Wirtschaftslebens ist eine von der Verfassung zu erledigende Aufgabe, und sie obliegt nicht dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Die Verfassung ist eine Quelle des Privatrechts und darin auch des Gesellschaftsrechts auf direkte und indirekte Weise. *Die Begriffskultur sowie die Wertordnung des Verfassungsrechts und des Privatrechts stehen in gegenseitiger Wirkung miteinander, diese Wirkungen soll man auch im Gesellschaftsrecht erscheinen lassen.*

Im Gesellschaftsrecht ist unbestritten eine sehr starke Anwesenheit des öffentlichen Rechts zu erfahren, die sich am meisten in den Methoden der Regelung zeigt.⁴ Das Pendel der Regelung schwang in der Richtung der Dispositivität aus. Die Zeichen der Rückwirkung sind natürlich ebenso sichtbar.

Die Erfüllung der gegenwärtigen Rolle der Verwaltung ist heute ohne die handelswirtschaftlichen privatrechtlichen Institutionen nicht mehr möglich. Die Rol-

⁴ Siehe Jakab 2007. Er betont die positivrechtliche und rechtsdogmatische Unbegründetheit der Trennung des öffentlichen Rechts und des Privatrechts und weist darauf hin, dass abweichende Regelungsmethoden für die zwei Rechtsgebiete charakteristisch sind.

le des handelswirtschaftlichen Privatrechts entfaltet sich in unseren Tagen immer völliger in der Verwaltung aus. Sie findet in dieser Welt leicht einen Spielraum, weil dieses Rechtsmaterial mit zahlreichen privatrechtlichen Fäden durchwoben ist.⁵ Außer seinem umfassenden – auf die ganze Verwaltung auswirkenden – Inhalt knüpfen sich seine gewissen Segmente auch spezifisch a) an die staatlichen Regierungsaufgaben, oder b) an die Tätigkeit der örtlichen Selbstverwaltungen.

Ad/a. In den Marktwirtschaften wird **der Staat** auch unmittelbar ein Beteiligter an der Wirtschaft, wenn er seine Marktaktivität durch die von ihm gegründeten oder mit seiner Beteiligung tätigen Wirtschaftsorganisationen (-gesellschaften) ausübt. Es ist wichtig zu betonen, dass *auch aus dem Rechtssetzungsmonopol des Staates nicht abgeleitet werden kann, dass ein solches wirtschaftliches Normenmaterial erschaffen wird, das ihm auf seine unternehmerische Tätigkeit lautend Privilege gibt, während es für andere Marktbeteiligte Schranken setzt*. Der Staat befindet sich jedoch sowohl als Gesetzgeber als auch Schlüsselfaktor des politischen Systems so oder so, aber auch im wirtschaftlichen Leben in einer besonderen „Lage“. Zu dieser Schlussfolgerung können wir auch aus mehreren Richtungen kommen. Zum Beispiel erfordert *die verantwortliche Wirtschaft mit den öffentlichen Geldern*, dass die Verwendung des öffentlichen Eigentums, seine Investierung in auf Marktgrundlagen tätigen Unternehmen im Interesse der Öffentlichkeit eine strenge rechtliche Partitur haben soll. Andererseits kann das Staatsvermögen *niemals völlig als ein Risikokapital tätig sein*, weder der rechtliche Mechanismus der Verwendung dieses Vermögens, noch seine Haltung unter einer erhöhten gesellschaftlichen Kontrolle ermöglichen es. Ganz einfach deshalb, weil *andere gesellschaftliche, kulturelle und soziale Subsysteme die Verluste der staatlichen Unternehmen spüren werden*. Das Erfordernis der Sorgfältigkeit des guten Wirtes über das staatliche öffentliche Eigentum kann deshalb nur *in den Rahmen einer erhöhten und ständigen gesellschaftlichen Kontrolle* interpretiert werden.

Ad/b. Die gesellschaftlichen Erwartungen der Verwaltung gegenüber sind für heute schon auch hinsichtlich der Selbstverwaltungen Erfolgserfordernisse. Die Verwaltung ist ein die Wirtschaft in einem großen Maße beeinflussender Faktor.⁶ Ein organischer Teil der Tätigkeit der Selbstverwaltungen ist *die selbstständige Wirtschaft mit ihrem Vermögen*. Die selbstständige Wirtschaft und Verantwortung setzen eine selbstständige Rechtspersönlichkeit voraus, auf Grund des ZGB wird die Selbstverwaltung sogar als juristische Person und Wirtschaftsorganisation angesehen.⁷ Der Beschluss Nr. 4/1993 (12.02) des Verfassungsgerichts bestätigt die These des § 12

5 Siehe die allgemeine theoretische Analyse von Tamás Lábady über die Gestaltung des Verhältnisses des öffentlichen Rechts und des Privatrechts. Lábady 1997. 20–27. Zum Beispiel einzelne wettbewerbsrechtliche, statusrechtliche, vertragsrechtliche bzw. firmenrechtliche Normen, Normen des Verbraucherschutzes bedeuten die öffentlich-rechtlichen Beziehungen des wirtschaftlichen Privatrechts.

6 Siehe Sárközy 1999. 32–33.

7 Siehe § 685 ZGB.

Absatz (2) der Verfassung, gemäß der der Staat das Eigentumsrecht der Selbstverwaltungen beachtet. Es ist wichtig festzusetzen, dass das Vorhandensein des Selbstverwaltungseigentums aus einer Rechtsnorm stammt, und nicht mit Rechtsnachfolge entstanden ist.⁸ Diese Art des Eigentums ist ein öffentliches Eigentum, das mit dem Privateigentum identisch ist und des gleichen Rechtsschutzes teilhaftig wird.⁹

Aus dem Vergleich der maßgebenden Bestimmungen der Verfassung und des Gesetzes über die örtlichen Selbstverwaltungen folgt, dass die Selbstverwaltungen in den Rahmen der Gesetze über das Selbstverwaltungsvermögen frei verfügen und so auch eine unternehmerische Tätigkeit ausüben dürfen. Die Abgeordnetenkörperschaft ist berechtigt, über das Eigentum zu verfügen, sie darf dieses Recht auf kein anderes Organ übertragen. Die Wirtschaft mit dem Selbstverwaltungsvermögen darf gemäß den Normen des Haushalts stattfinden, weil dieser Haushalt ein Teil des Staatshaushaltes ist, und auf solche Weise ihn die Rechtsnormen bezüglich des Staatshaushalts betreffen.¹⁰

Dieses Vermögen soll in erster Linie zur Erfüllung einer verbindlichen öffentlichen Aufgabe verwendet, und nur der Restteil darf zur unternehmerischen Tätigkeit benutzt werden. Diese Tatsache wird auch davon widerspiegelt, dass *das Stammvermögen und das zur unternehmerischen Tätigkeit brauchbare unternehmerische (verkehrsfähige) Vermögen von einander getrennt werden*. Da die sorgfältige, verantwortungsbewusste Wirtschaft auch hinsichtlich des unternehmerischen Vermögens der Selbstverwaltung als Erfordernis erscheint, ist deshalb die Grundlage der Vermögensverwaltung eine *zuverlässige Vermögensregistrierung*, in der der Bereich des *Stammvermögens* und des *unternehmerischen Vermögens* markant abgegrenzt werden.

Ein wichtiges Mittel der Verwaltung des Selbstverwaltungsvermögens kann sein: Die Errichtung der eigenen Unternehmung oder die Beauftragung einer äußeren Unternehmung mit einem Vertrag. Es muss betont werden, dass die grundlegende verfassungsmäßige Aufgabe und das Ziel der Selbstverwaltungen nicht die Unternehmung auf eigene Verantwortung ist. Die Unternehmung ist „nur“ ein Mittel zur Erfüllung der öffentlichen Aufgabe. Die Zusammensetzung des Selbstverwaltungsvermögens und die Organisation der Selbstverwaltungen ist zwar in der Wettbewerbslage der Marktwirtschaft zur Unternehmung vom Haupttätigkeitscharakter nicht geeignet, aber die Verwertung gewisser Vermögenselemente – hauptsächlich im Laufe der Erfüllung der kommunalen Tätigkeiten – kann von anderen nicht gewährleistete Bevölkerungsansprüche befriedigen.

In den Rahmen der Vermögensverwertung ist die *unternehmerische Methode* auf dem Gebiet der Immobilienverwertung, der Wertpapierinvestitionen sehr

8 Siehe darüber ausführlicher die in Kecskés 2007. 133–134. befindliche Analyse.

9 Siehe den Beschluss des Verfassungsgerichts 324/B1991 über den gleichen Rechtsschutz des Eigentums der örtlichen Selbstverwaltung.

10 Siehe dazu §§ 62–83 des Staatshaushalts.

häufig, eine immer häufigere Vermögensverwertungsmethode bedeutet sogar auch die Erteilung einer Konzession. Die Wahl von all diesen Verwertungsmethoden des Selbstverwaltungsvermögens der am meisten Optimalen kann nur auf einer Verwertungs- und Verwaltungskonzeption des Selbstverwaltungsvermögens beruhen, die langfristig die Vermeidung der systemlosen und überstürzten Entscheidungen gewährleisten kann.

Auch die *persönlichen Bedingungen* haben im Laufe der Vermögensverwaltung der Selbstverwaltungen eine große Rolle, was bedeuten soll, dass Personen mit gehöriger Fachkenntnis angestellt werden müssen, und es lohnt sich, nach Bedarf eine gesonderte organisatorische Einheit aufzustellen.¹¹ Es ist wichtig, darauf hinzuweisen, dass *die Selbstverwaltung* nicht in einer behördlichen Kompetenz, sondern *in einer Eigentümerkompetenz vorgeht*, wenn sie mit ihrem Beschluss zum Beispiel die Gründungsurkunde einer Wirtschaftsgesellschaft annimmt, und über ihr Vermögen entscheidet.

Wichtige Tragpfeiler der wirtschaftlichen Selbstständigkeit der Selbstverwaltungen bedeuten: a) der ohne Gebundenheit verwendbare, mit subjektivem Recht zustehende normative staatliche Beitrag (Unterstützung) von einem während des Jahres nicht reduzierbaren Maß und b) die sich den verbindlichen öffentlichen Aufgaben anpassende Finanzierung.

Über das grundlegende rechtliche Regime in Bezug auf die Vermögenswirtschaft der Selbstverwaltungen und die Beteiligung an den Wirtschaftsorganisationen kann gesagt werden, dass *es aus dem unregelmäßigen Haufen der in den weit verzweigten verschiedenen Rechtsnormen auffindbaren Normen besteht, was für die Wirksamkeit des rechtlichen Garantiesystems nicht günstig ist.*

Wichtigere Garantieverfügungen sind die Folgenden:

– *Gemäß dem Gesetz des Staatshaushalts darf sich das Haushaltsorgan nur an solchen Wirtschaftsorganisationen beteiligen, oder nur eine solche Organisation gründen, in der seine Verantwortlichkeit das Maß seines Vermögensbeitrages nicht überschreitet, und in dem es – es sei denn, dass das Gesetz keine anderen Bedingungen vorsieht – über einen mindestens Mehrheitsführung gewährleisten den Einfluss verfügt.*

Einen Mehrheitsführung gewährleisten den Einfluss hat derjenige, der aufgrund seiner Gesellschafter- (Aktionär-)rechte oder der mit einem anderen Mitglied der Wirtschaftsorganisation (Aktionär) getroffenen Vereinbarung über mehr als fünfzig Prozent der Stimmen verfügt. Im Falle der gemeinsamen Unternehmung von mehreren Haushaltsorganen ist es genügend, wenn der Einfluss der Haushaltsorgane gemeinsam mindestens den Mehrheitseinfluss erreicht.

11 Darüber hinaus pflegt man in Ungarn die in Tatabánya herausgebildete Wirtschaftsentwickelnde Organisation zu erwähnen, die als Ergebnis der Assoziierung von mehreren Selbstverwaltungen aufgestellt wurde.

Zur Errichtung der Wirtschaftsorganisation, darin zur Gründung eines Rechtsverhältnisses des Gesellschafters (des Aktionärs), beziehungsweise zum Erwerb der Beteiligung daran im Falle des Haushaltsorgans der örtlichen Selbstverwaltung ist die Genehmigung der örtlichen Selbstverwaltung, beziehungsweise die Genehmigung der Mehrzweckassoziation der Kleinbezirke notwendig. Die Wirtschaftsorganisation der Haushaltsorgane darf keine weiteren Wirtschaftsorganisationen gründen, und sie darf keine Beteiligung an der Wirtschaftsorganisation erwerben.¹²

Hinsichtlich der Tätigkeit der unter dem mindestens eine Mehrheitsführung gewährleistenden Einfluss des Haushaltsorgans der Selbstverwaltung stehenden Wirtschaftsorganisation müssen die folgenden Verfügungen angewendet werden:

Die Normen in Bezug auf die Wirtschaftsorganisationen der Haushaltsorgane

Das Haushaltsorgan – das zentrale Haushaltsorgan – darf sich nur an einer solchen Wirtschaftsorganisation beteiligen, beziehungsweise es darf nur eine solche Wirtschaftsorganisation gründen, in der seine Verantwortung seine Vermögenseinlage nicht überschreitet, und in der es – wenn vom Gesetz keine anderen Bedingungen bestimmt werden – mindestens über einen Mehrheitseinfluss verfügt. Im Falle der gemeinsamen Wirtschaftsorganisation von mehreren Haushaltsorganen ist es genügend, wenn der Einfluss der Haushaltsorgane gemeinsam mindestens den Mehrheitseinfluss erreicht.

Die nach dem Obigen gegründete Wirtschaftsorganisation darf keine weitere Wirtschaftsorganisation gründen, und sie darf keine Beteiligung an der Wirtschaftsorganisation erwerben. Wenn das Gesetz nicht davon abweichend verfügt, ist zur Gründung der Wirtschaftsorganisation (im Weiteren: Wirtschaftsorganisation), zur Gründung des Rechtsverhältnisses des Gesellschafters (Aktionärs), beziehungsweise zum Erwerb der Beteiligung

a) im Falle des zentralen Haushaltsorgans die vorhergehende Genehmigung des Rates der Nationalen Vermögensverwaltung,

b) im Falle eines nicht unter den Punkt *a*) gehörenden Haushaltsorgans die individuelle vorhergehende Genehmigung des leitenden Organs notwendig.

Im Falle der Gründung, beziehungsweise des Einflusswerbs muss sie in der eine Entscheidung (Genehmigung) verlangenden Vorlage oder einem Antrag die geplante Weise, Quellen, innerhalb dessen besonders unter den Einnahmen der Wirtschaftsorganisation die zu erwartende Proportion, das Maß der aus den Quellen außerhalb des Staatshaushalts stammenden Einnahmen; den Wert, die Zusammensetzung des zur Verfügung stehenden Vermögens (Mittel) der Wirtschaftsorganisation,

¹² Vgl. mit den Punkten 6-7 des § 100 des Gesetzes über den Staatshaushalt.

- c) den Entwurf der Gründungsurkunde,
- d) die wichtigeren Elemente des mittelfristigen Geschäftsplans,
- e) den Sitz, den (die) Gesellschafter, die Organisationsform, die Aufgaben, den Tätigkeitsbereich der Wirtschaftsorganisation,
- f) die Zeitdauer der Tätigkeit der Wirtschaftsorganisation vorlegen, wenn sie für eine bestimmte Zeit gegründet wird, weiterhin
- g) den Entwurf des die Zusammenarbeit des Eigentümer-, (Gesellschafter-, Aktionärs)rechte ausübenden Organs und der Wirtschaftsorganisation regelnden Vertrages (Vereinbarung),
- h) die Erfüllung der in einer gesonderten Rechtsnorm vorgesehenen Erfordernisse vorlegen.

Falls der Rat der Nationalen Vermögensverwaltung auf Initiative des zentralen Haushaltsorgans die vorhergehende Genehmigung erteilt, gibt die im geschlossenen Kreis tätige AG der Ungarischen Nationalen Vermögensverwaltung dem Haushaltsorgan die notwendige Vollmacht, weiterhin trifft sie eine Vereinbarung mit dem zentralen Haushaltsorgan gemäß dem § 29 Absatz (5) des Kartellgesetzes.

Das der Regierung unterstehende Haushaltsorgan darf die Gründung der Wirtschaftsorganisation zum Zweck der Erfüllung der an die Verwendung der aus dem Staatshaushalt stammenden Quelle, weiterhin zur Durchführung eines Zentraleinkaufs nicht initiieren, es darf darin keine Gründungs- (Eigentümer)rechte ausüben, beziehungsweise es darf kein Gesellschafter- (Aktionärs-) Rechtsverhältnis gründen, es darf keine Beteiligung erwerben.

Das Maß der von der Wirtschaftsorganisation den leitenden Amtsträgern (hohen Beamten) und den Mitgliedern des Aufsichtsrates geleisteten Zuwendung und der Belohnung vom persönlichen Charakter (so besonders: Belohnung, Prämie, Arbeitslohn, Abfindung, Dividende, Geschäftsanteil des Werk tätigen, andere Zuwendung) ist im Interesse der Allgemeinheit eine öffentliche Angabe.

Das zentrale Haushaltsorgan – wenn es kein leitendes Organ ist, ist ein anderes Haushaltsorgan im Wege seines leitenden Organs – der im geschlossenen Kreis tätigen Ungarischen Nationalen Vermögensverwaltungsaktiengesellschaft (im Weiteren: i. g. K. t. UNV AG) verpflichtet, zur Kapitalerhöhung der Wirtschaftsorganisation, zur nicht verbindlichen Kapitalverringerung, zu ihrer Umgestaltung, sowie zu ihrer Liquidation mit Schlussabrechnung, weiterhin zu einer anderen in dem mit der i. g. K. t. UNV AG abgeschlossenen Vertrag des zentralen Haushaltsorgans bestimmten, zu der zur Kompetenz des höchsten Organs der Wirtschaftsorganisation gehörenden Entscheidung die vorhergehende Genehmigung des leitenden Organs zu beantragen.

Zur ausschließlichen Kompetenz des höchsten Organs der Wirtschaftsorganisation des Haushaltsorgans gehört die Entscheidung über die folgenden den in der Gründungsurkunde der Wirtschaftsorganisation oder im Falle des zentralen

Haushaltsorgans in dem mit der i. g. K. t. UNV AG abgeschlossenen Vertrag bestimmten Wert erreichenden Geschäfte:

- a) Kreditaufnahme, Aufnahme eines Darlehens,
- b) Leistung einer Garantie oder Bürgschaft,
- c) Schuldübernahme, beziehungsweise Schuldverlass,
- d) Ausgabe (Emission), Kauf von Wertpapieren,
- e) finanzielles Leasing, dauerhafter Mietvertrag,
- f) unentgeltliche Vermögenszuwendung (so besonders: Schenkung, unentgeltliche Abtretung), oder
- g) Kauf von Forderungen, Abtretung von Forderungen.

Die Wirtschaftsorganisation des Haushaltsorgans ist verpflichtet, das Haushaltsorgan und dessen leitendes Organ zu benachrichtigen, wenn der Gesamtwert seiner fälligen Schulden hundert Millionen Forint oder 10% der Bilanzsumme übersteigt.

In Bezug auf die Tätigkeit der örtlichen Selbstverwaltung, der örtlichen Minderheitsselbstverwaltung und der sich mindestens unter Mehrheitseinfluss des ihnen unterstehenden Haushaltsorgans befindenden Wirtschaftsorganisation können diese Vorschriften gemäß der Entscheidung der Selbstverwaltung angewendet werden. Im Falle der Einmannwirtschaftsorganisation des Haushaltsorgans der Selbstverwaltung darf der Gesellschafter (Aktionär) die Kompetenz dem leitenden Amtsträger nicht entziehen.

Bei einer solchen zum Zweck der Ausübung des Kommunaldienstes gegründeten Einmannwirtschaftsorganisation, für die Organisation der Ausübung welches Kommunaldienstes der Gründer (Gesellschafter, Aktionär) verantwortlich ist, und in dem ausschließlich ein Haushaltsorgan der Selbstverwaltung einen Eigentümeranteil hat, ist der leitende Amtsträger verpflichtet, unter der fachlichen Leitung, gemäß den Weisungen der in der Vertretung des Gründungsmitglieds handelnden Person mit Berücksichtigung des Erfordernisses der kontinuierlichen Fürsorge für die Ausübung des Kommunaldienstes vorzugehen. In diesem fachlichen Leitungsbereich kann das Gründungsmitglied (Gesellschafter, Aktionär) die Kompetenz dem leitenden Amtsträger entziehen oder einschränken, dadurch wird der leitende Amtsträger – im Falle der Wirtschaftsgesellschaft – von der im § 30 des Gesetzes über die Wirtschaftsgesellschaften enthaltenen Verantwortung befreit.

Im Falle der Einmannwirtschaftsgesellschaft des Haushaltsorgans der Selbstverwaltung ist der Gesellschafter (Aktionär) – mit der Ausnahme der mit der Wahl, beziehungsweise mit der Nominierung verbundenen Angelegenheiten – dem Treffen der zu seiner Kompetenz gehörenden Entscheidung vorangehend verpflichtet, die Meinung der leitenden Amtsträger sowie die des Aufsichtsrates zu erkennen. Im Falle einer unaufschiebbaren Entscheidung kann die Einholung der Meinung auch auf kurzem Weg (so besonders: Fernsprecher, Fax, E-Mail) erfolgen, die

auf solche Weise eine Meinung äuernde Person ist jedoch verpflichtet, der die Entscheidung treffenden Person ihre Meinung auch schriftlich zur Verfügung zu stellen. Die schriftliche Meinung, beziehungsweise das über die Sitzung aufgenommene Protokoll sind öffentlich, es muss zusammen mit dem Beschluss des alleinigen Mitglieds (Aktionärs) – binnen von der Beschlussfassung gerechneten dreißig Tagen – im Firmengericht unter die Firmendokumente hinterlegt werden.

Im Falle der Einmannwirtschaftsgesellschaft des Haushaltsorgans der Selbstverwaltung muss in der Gründungsurkunde

a) über die Art der Ausübung des Rechts der Begutachtung,

b) in dem Falle, wenn das Recht der Begutachtung in der Sitzung ausgeübt wird, über die Ordnung der Einberufung der Sitzung, über die Art der Mitteilung der Tagesordnung,

c) über die Art der Mittelung der Entscheidungen des Gesellschafters (Aktionärs) für die Betroffenen bestimmt werden.

– *Die Gründung des Aufsichtsrates ist wegen der Interessen der Garantie, des Schutzes des Interesses der Allgemeinheit und des Schutzes der Gläubiger verbindlich.*

Im Falle einer mindestens unter dem Mehrheitseinfluss des Staates stehenden Wirtschaftsorganisation, falls das notierte Kapital zweihundert Millionen Forint überschreitet, macht der Staatliche Rechnungshof für die Person des Vorsitzenden des Aufsichtsrates einen Vorschlag aufgrund des Ersuchens des Führers der Wirtschaftsorganisation. Zur Antragstellung müssen nach Möglichkeit sechzig Tage gesichert werden. Die aufgrund der Kandidatur des Staatlichen Rechnungshofes gewählte Person muss als von den Eigentümern nominiertes Mitglied berücksichtigt werden, und auf seine Tätigkeit, sowie auf seine Abberufung müssen die die von den Arbeitnehmern nominierten Mitglieder des Aufsichtsrats betreffenden Bestimmungen angewendet werden.

– Die Geschäftsführung macht dem höchsten Organ der Wirtschaftsorganisation einen Vorschlag für die Wirtschaftsprüferorganisation, beziehungsweise für die Person des Wirtschaftsprüfers im Einvernehmen mit dem Aufsichtsrat.

– *Der Vertrag zwischen der Wirtschaftsorganisation und ihrem Gesellschafter (Aktionär) muss binnen von der Unterzeichnung des Vertrages gerechneten dreißig Tagen unter die Firmendokumente hinterlegt werden.*

Diese Verfügung ist in dem Falle nicht maßgebend, falls die Gesellschaft und der Gesellschafter (Aktionär) einen zum Tätigkeitsbereich der Gesellschaft gehörenden Vertrag von einer durch die Gründungsurkunde bestimmten Größenordnung abschließt. Die Wirtschaftsorganisation ist verpflichtet, auch diejenige Urkunde binnen von der Unterzeichnung der Urkunde gerechneten dreißig Tagen zum Firmengericht – zum Zweck der Hinterlegung – einzureichen, die zu Gunsten einer beliebigen Person unentgeltlich ein Vermögen zukommen lässt, es sei denn, dass ihr Betrag (Wert) eine Million Forint überschreitet. Hinsichtlich

der Betragsgrenze müssen die innerhalb von zwei Jahren für dieselbe Person oder Organisation geleisteten Zuwendungen zusammengerechnet werden.

– *Das höchste Organ der Wirtschaftsorganisation ist verpflichtet, eine Satzung über die wichtigeren Prinzipien der Art und Weise, des Maßes der Vergütung, über das System der Vergütung der führenden Amtsträger der Wirtschaftsorganisation, der Mitglieder des Aufsichtsrates und anderer Arbeitnehmer in führenden Positionen zu schaffen.*

Die Satzung muss binnen von ihrer Annahme gerechneten dreißig Tagen unter die Firmendokumente hinterlegt werden. Aufgrund des in der Satzung Enthaltenen gehört zur ausschließlichen Kompetenz des höchsten Organs die Festsetzung der Vergütung (so insbesondere der Belohnung, des Arbeitslohns, der Abfindung, anderer Zuwendungen) des von der Satzung betroffenen Personenkreises.¹³

– *Im Falle der Einmannwirtschafts- oder Nonprofitgesellschaften der Haushaltsorgane der Selbstverwaltung darf der Gesellschafter (Aktionär) die Kompetenz dem führenden Amtsträger nicht entziehen.* Für die Verantwortung des führenden Amtsträgers sind entsprechend die Normen des Gesetzes Nr. IV vom Jahre 2006 über die Wirtschaftsgesellschaften maßgebend.

Bei solcher zur Ausübung einer mit der Erfüllung der öffentlichen Aufgabe oder Dienstleistung verbundenen Tätigkeit gegründeten Einmannwirtschaftsorganisation, für die Erfüllung oder für die Organisierung der Erfüllung, welcher öffentlichen Aufgabe, beziehungsweise öffentlichen Dienstleistung der Gründer verantwortlich ist, und in dem ausschließlich das haushaltsgebundene Organ oder die Haushaltsorgane über Eigentümerbeteiligung verfügen, ist der führende Amtsträger verpflichtet, mit der fachlichen Führung, nach den Anweisungen der in der Vertretung des Gründers vorgehenden Person mit der Berücksichtigung des Erfordernisses der Erfüllung der öffentlichen Aufgabe, beziehungsweise der öffentlichen Dienstleistung vorzugehen. In diesem Bereich kann der Gründer dem führenden Amtsträger die Kompetenz entziehen oder er kann sie einschränken.

– *Im Falle der Einmannwirtschaftsgesellschaft des Haushaltsorgans ist der Gesellschafter (Aktionär) – mit der Ausnahme der mit der Wahl, beziehungsweise mit der Nominierung verbundenen Angelegenheiten – verpflichtet, der zu seiner Kompetenz gehörenden Beschlussfassung vorangehend die Meinung der führenden Amtsträger, sowie die des Aufsichtsrats zu erkennen.*

Im Falle einer unaufschiebbaren Entscheidung kann die Einholung der Meinung auch auf kurzem Weg (z. B. Fernsprecher, Fax, E-Mail) erfolgen, die auf diese Weise ihre Meinung äuernde Person ist jedoch verpflichtet, ihre Meinung innerhalb von acht Tagen auch schriftlich der die Entscheidung treffenden Person zur Verfügung zu stellen. Die schriftliche Meinung oder das über die Sitzung aufgenommene Protokoll, beziehungsweise sein Auszug sind öffentlich, sie muss

¹³ Unter Arbeitslohn sind die im § 142/A Absatz (3) des Arbeitsgesetzbuches Enthaltenen zu verstehen.

zusammen mit dem Beschluss des alleinigen Gesellschafters (Aktionärs) – binnen von der Beschlussfassung gerechneten dreißig Tagen – beim Firmengericht unter die Firmendokumente hinterlegt werden.

Im Falle der Einmannwirtschafts- oder Nonprofit-Gesellschaft des Haushaltsorgans muss man in der Gründungsurkunde verfügen

– über die Art der Ausübung des Rechts der Begutachtung;

– in dem Falle, wenn das Recht der Begutachtung in der Sitzung ausgeübt wird, über die Ordnung der Einberufung der Sitzung, über die Art der Mitteilung der Tagesordnung,

– über die Art der Mitteilung den Betroffenen der Entscheidungen des Gesellschafters (Aktionärs).

Aufgrund des Gesetzes über die örtlichen Selbstverwaltungen stehen der örtlichen Selbstverwaltung – mit den im Gesetz bestimmten Abweichungen – alle Rechte zu und obliegen ihnen alle Verpflichtungen, die dem Eigentümer zustehen, beziehungsweise ihm obliegen. Über die Ausübung der dem Eigentümer zustehenden Rechte *verfügt die Abgeordneten Körperschaft*.

Die örtliche Selbstverwaltung *kann die Veräußerung, Belastung, Einbringung in die Unternehmung eines bestimmten Vermögensgegenstandes oder Vermögensteils, beziehungsweise ihre Nutzbarmachung mit einem anderen Zweck in der Selbstverwaltungsverordnung an eine örtliche Volksabstimmung knüpfen*.

Auf die bei der Gründung der unter dem Mehrheitseinfluss der Selbstverwaltung stehenden Wirtschaftsorganisationen zu regelnden Aufgaben, im Laufe der Tätigkeit auf die Aufgaben des Gründungsmitglieds (Gesellschafters, Aktionärs), des höchsten Organs der Wirtschaftsorganisation, der leitenden Amtsträger, des Aufsichtsrates müssen – wenn dieses Gesetz nicht davon abweichend verfügt – die im Gesetz über den Staatshaushalt enthaltenen Bestimmungen angewendet werden.

Die Unternehmung der örtlichen Selbstverwaltung darf die Erfüllung ihrer Pflichtaufgaben nicht gefährden. Die Selbstverwaltung darf sich an einer solchen Unternehmung beteiligen, in der ihre Verantwortung das Maß ihres Vermögensbeitrages nicht überschreitet.

All diese Bestimmungen sind berufen zu gewährleisten, dass die Betätigung des Vermögens der örtlichen Selbstverwaltungen als Risikokapital in den Unternehmungen transparente und sichere Garantien habe. Alle Verluste, die aus den nicht durchdachten und nicht verantwortlichen Entscheidungen stammen, haben auf irgendeine Weise eine Rückwirkung auch auf das Bedingungs-system der Erfüllung der öffentlichen Aufgaben. Die Erfüllung dieser Aufgaben wird von einer defizitären Investition erschwert.

Das Gesetz über die Rechtsstellung der örtlichen Selbstverwaltungen versucht in erster Linie, durch die Betonung der Bestimmungen über die Unvereinbarkeit, den legalen Umgang mit der Vermögenswirtschaftsführung und der Vermögensverwendung zu sichern. Die Rechtsvorschrift enthält sehr strenge Bestimmungen

über die Unvereinbarkeit der örtlichen Abgeordneten (und des Bürgermeisters). Demnach kann kein Abgeordneter sein:

- derjenige, unter dessen Mitwirkung funktionierende Wirtschaftsgesellschaft eine Aufgabe der Selbstverwaltung auf Grund eines mit der Abgeordnetenkörperschaft abgeschlossenen Werkvertrages, Dienstvertrages oder Arbeitsvertrages versorgt;
- der Generaldirektor, der stellvertretende Generaldirektor, der Direktor, der stellvertretende Direktor der von der Selbstverwaltung gegründeten Unternehmung, sowie das Mitglied deren Direktionsrates oder deren leitenden Gremiums;
- der leitende Amtsträger der mit der Eigentumsbeteiligung der Selbstverwaltung funktionierenden Wirtschaftsgesellschaft, der Leiter (der Generaldirektor) des Direktionsrates, der Direktion oder einer ihrer leitenden Körperschaften, oder ein mit der Gesellschaft im Arbeitsverhältnis, oder in einem anderen, auf Arbeitsdurchführung gerichteten Rechtsverhältnis stehender Leiter;
- der Generaldirektor, der stellvertretende Generaldirektor, der Direktor, der stellvertretende Direktor, das Mitglied des Direktionsrates, der Direktion oder einer leitenden Körperschaft der mit der Eigentumsbeteiligung der Selbstverwaltung funktionierenden Wirtschaftsgesellschaft.

Eine der in dem am 1. Juli 2006 in Kraft getretenen Wirtschaftsgesetz befindlichen markantesten Änderungen bezüglich der unternehmerischen Tätigkeit der Selbstverwaltungen besteht darin, dass die bisher in dem Zivilgesetzbuch geregelte gemeinnützige Gesellschaft durch die sog. Nonprofit-Gesellschaft aufgelöst wurde.¹⁴ Gemäß § 4 Abs. 1 des neuen Wirtschaftsgesetzes ist die Wirtschaftsgesellschaft eine Nonprofit-Gesellschaft, die auch auf den Betrieb einer keinen Gewinn erzielenden gemeinsamen wirtschaftlichen Tätigkeit gegründet werden kann. Diese Nonprofit-Gesellschaften werden voraussichtlich die Hauptdarsteller der Vermö-

14 Auf Grund der in Kraft tretenden Bestimmungen des neuen Gesellschaftsgesetzes konnte ab 1. Juli 2007 keine gemeinnützige Gesellschaft gegründet werden, daraus folgend sichert das Gesetz für die am 1. Juli 2007 eingetragenen oder unter Eintragung stehenden gemeinnützigen Gesellschaften eine Übergangszeit bei der Auflösung ohne Rechtsnachfolger, bzw. bei der Nonprofit-Umwandlung. Es ist wichtig, dass auf Grund § 365 Abs. 3 Wirtschaftsgesetz auch durch die Abänderung des Gesellschaftsgesetzes zu der Umwandlung in eine Nonprofit-Gesellschaft mit beschränkter Haftung kommen konnte, und zwar angesichts dessen, dass § 57 Abs. 2 ZGB für die GmbH-s die Anwendung der sich auf die GmbH beziehenden Normen als Hintergrundbestimmung verordnet. Bei der Umwandlung in eine andere Gesellschaftsform sind die Umwandlungsbestimmungen im Gesetz sinngemäß maßgebend. Der endgültige Auflösungsstermin der gemeinnützigen Gesellschaften war der 30. Juni 2009, bzw. die gemeinnützige Gesellschaft konnte höchstens bis zu diesem Datum funktionieren. Zwischen dem 1. Juli 2007 und dem 30. Juni 2009 galten die parallelen Regelungen für die beiden Formen (gemeinnützige Gesellschaft und die Nonprofit-Wirtschaftsgesellschaft). Der Gesetzgeber hat diesen Fall so gelöst, wo das Gesetz über die gemeinnützige Gesellschaft verfügt, dort sind zwischen dem 1. Juli 2007 und dem 30. Juni 2009 sowohl die GmbH als auch die Nonprofit-Wirtschaftsgesellschaft betroffen. Ab dem 1. Juli 2009 beziehen sich die Bestimmungen nur auf die Nonprofit-Wirtschaftsgesellschaften. Es ist zu betonen, dass konkret bestimmte Aufgaben versiehende gemeinnützige Gesellschaften (im Interesse der besseren durchsichtiger Machung bei der Verwendung öffentlicher Gelder) können nur als juristische Personen (bzw. mit einer beschränkten rechtlichen Verantwortung) als Nonprofit-Organisationen funktionieren.

genwirtschaft. Durch sie kann die wirtschaftlich-unternehmerische Tätigkeit der Selbstverwaltung, die die gewinnorientierten, sowie die sozialen, kulturellen und Wohlstandsgesichtspunkte verbinden kann, am besten verwirklicht werden.

Eine solche Gesellschaftsform kann in jedweder Wirtschaftsgesellschaftsform (OHG, KG, GmbH und AG) gegründet und betrieben werden, der Nonprofit-Charakter ist in dem Firmennamen anzuführen. Ein solches Rechtssubjekt kann auch durch eine gesellschaftliche Formabänderung entstehen, indem das Hauptorgan der bestehenden funktionierenden Wirtschaftsgesellschaft über das weitere Funktionieren als Nonprofit-Wirtschaftsgesellschaft entscheidet.

Eine Garantie des öffentlichen Interesses bedeutet, dass die Nonprofit-Wirtschaftsgesellschaft eine geschäftsmäßige wirtschaftliche Tätigkeit nur mit einem ergänzenden Charakter betreiben kann, und dass der Gewinn unter den Gesellschaftern nicht aufgeteilt werden kann, sondern er vermehrt das Gesellschaftsvermögen, die Gesellschaft kann sich in eine andere Gesellschaftsform nur mit der Beibehaltung seines Nonprofit-Charakters umgründen, sie kann sich mit einer wirtschaftlichen Gesellschaft von diesem Typ vereinigen, beziehungsweise sie kann sich in Nonprofit-Gesellschaften teilen.

3) Über das Verhältnis zwischen dem Arbeitsrecht und dem Gesellschaftsrecht

Die intensive Wechselwirkung zwischen dem Gesellschaftsrecht und dem Arbeitsrecht hinsichtlich der Schnittpunkte des Wirtschafts- und des Arbeitsrechts ist eine eindeutige Tatsache. Nach der das Verhältnis der zwei Kodexe bestimmenden Vorschrift sind die Vorschriften des Arbeitsgesetzbuches hinsichtlich der Rechte und Pflichten in den Arbeitsverträgen der bei den Wirtschaftsgesellschaften angestellten Arbeitnehmer, sowie auf die Arbeitskontakte anzuwenden.

Auf Grund der in die Welt *des individuellen Arbeitsrechts* passenden Bestimmung sind die als leitende Arbeitnehmer der Wirtschaftsgesellschaft geltenden Arbeitnehmer verpflichtet, in ihrem Aufgabenbereich auf Grund der Erstrangigkeit der Interessen der Gesellschaft umzugehen, und die Teilnahme der Arbeitnehmer der Wirtschaftsgesellschaft an der Kontrolle der Gesellschaftstätigkeit muss gesichert werden. Ein leitender Arbeitnehmer ist derjenige, der von dem Arbeitsgesetzbuch, beziehungsweise von dem Gesellschaftsvertrag oder der Gesellschaftssatzung der gegebenen Gesellschaft als solcher qualifiziert wird. Die Wirtschaftsgesellschaft – entweder eine juristische Person, oder keine – ist unter ihrem Firmennamen ein Arbeitgeber, sie kann also arbeitgeberische *Rechte gegenüber den Arbeitnehmern der Gesellschaft wahrnehmen*.

Gemäß der mit dem *kollektiven* Arbeitsrecht im Zusammenhang stehenden Vorschrift bezieht sich das Arbeitsgesetzbuch „auf die Arbeitsbeziehungen, be-

ziehungsweise die Befugnisse des Betriebsrates, die Kollektivverträge usw“. Der Bewegungsraum des Betriebsrates und der Geschäftsführung der Gesellschaft wird von dem Gesetz dadurch erhöht, dass es eine Abweichung von den Gesetzschriften – auf Grund der Vereinbarung der Parteien – erlaubt.

4) „Die Arbeitsverteilung“ zwischen dem Wirtschaftsgesetz und dem Gesetz über Rechnungswesen

Eine wichtige, auch aus konzeptioneller Hinsicht bedeutende Frage des Gesetzes über die Wirtschaftsgesellschaften ist die vernünftige Verteilung der auf Wirtschaftsprüfer beziehenden Vorschriften in den Bereichen des Gesellschaftsgesetzes und der Gesetze über Rechnungswesen und Wirtschaftsprüfung. Dementsprechend überlässt das Gesetz – ausgenommen bei den Aktiengesellschaften, wo die Wahl des Wirtschaftsprüfers in jedem Fall obligatorisch ist – die Bestimmung sowohl der inhaltlichen Erfordernisse der Wirtschaftsprüfung gegenüber dem Gesetz über Rechnungswesen, als auch den Fall der obligatorischen Inanspruchnahme der Wirtschaftsprüfung. Die die „Person“ des Wirtschaftsprüfers betreffenden Vorschriften (Unvereinbarkeit usw.) sind in dem Gesetz über Rechnungswesen festgelegt.

Die Begründung der Regelung des gewählten Wirtschaftsprüfers in einem Gesellschaftsgesetz besteht darin, dass zwischen der Gesellschaft und dem die Wirtschaftsprüferdienstleistung gebenden Wirtschaftsprüfer (oder der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft) ein eigenartiges gesellschaftsrechtliches Rechtsverhältnis entsteht. Dieses Rechtsverhältnis unterscheidet sich in seiner Entstehung, in Bezug auf seine inhaltlichen Eigenschaften, sowie auch in den Umständen seiner Auflösung von dem Fall, wo die Wirtschaftsgesellschaft mit einem einzigen Wirtschaftsprüfer irgendeine zivilrechtliche Vereinbarung schließt.

5) Über die gegenseitig ergänzende Beziehung zwischen dem Wirtschaftsgesetz und dem Firmengesetz, dem Konkursrecht und dem Wettbewerbsrecht

Die Wechselwirkung der beiden Gesetze und ihr einander ergänzender Charakter sind am auffälligsten. Die Untrennbarkeit des materiellen Rechts und des Prozessrechts zeigen sich in den miteinander eng verbundenen, aufeinander beziehenden Vorschriften. Dieses gegenseitige Projizieren dieser Rechtsmaterien würde sogar eine monographische Bearbeitung verdienen. Einige Themen könnten sein: Die Entstehung und die Beendigung der gesellschaftlichen Rechts-

persönlichkeit, materiellrechtliche Fragen, die Ungültigkeit der Gesellschaft, die Vertretung und die Firmeneintragung, die Fragen der gesetzlichen Kontrolle über den Gesellschaftern. Von dem Firmenrecht wird heutzutage am meisten erwartet, dass es als Grundlage für die materiellrechtlichen Vorschriften des Gesellschaftsrechts dient, und dass sie die Effektivität dieser Vorschriften und ihre schnelle Adoption in den Beziehungen des Marktes und des Geschäftes sichert.

Es sei letztendlich erwähnt, dass *die konkursrechtlichen und wettbewerbsrechtlichen* Aspekte des Gesellschaftsrechts bei der Durchführung der Prinzipien der Gläubigerinteressen, des öffentlichen Interesses, des Kapitalschutzes, sowie bei der Sicherung des anständigen Wettbewerbs eine wichtige Rolle spielen. Die Schaffung des Einklangs der gesetzlichen Regelungen ist auch in diesen Bereichen unerlässlich wichtig.

Schlusswort

Das Rechtsmaterial über die Wirtschaftsgesellschaften ist größtenteils von privatrechtlichem Charakter, aber sämtliche seiner Bestimmungen sind selbstverständlich von öffentlich-rechtlicher und prozessrechtlicher Natur. Es steht mit dem Firmenrecht, dem Verfassungsrecht, dem Veröffentlichungsrecht, dem Arbeitsrecht, dem Auflösungs- und Schlussabrechnungsrecht, dem Recht des Kapitalmarktes, sowie dem Recht des Rechnungswesens im Einklang. In diesem Sinne wird das Gesellschaftsrecht als Synergie-Erscheinung zu einem Element des Rechtssystems.

Literatur

- JAKAB, A. 2007. *A magyar jogrendszer szerkezete*. [Die Struktur des ungarischen Rechtssystems.] Budapest–Pécs, Dialog Campus.
- KUNCZ, Ö. 1922. *A magyar kereskedelmi- és váltójog vázлата*. [Der Entwurf des ungarischen Handels- und Wechselrechts.] Budapest 1922.
- KECSKÉS, L. 2007. *Polgári jog. A személyek joga*. [Zivilrecht. Das Recht der Personen.] Budapest–Pécs, Dialog Campus.
- LÁBADY, T. 1997. *Der allgemeine Teil des ungarischen Privatrechts (Zivilrechts)*. Budapest–Pécs, Dialog Campus.
- NOCHTA, T.: Társasági jogunk néhány aktuális kérdéséről. *Jogtudományi Közöny* 1994. évi 3. szám. [Über einige aktuelle Fragen unseres Gesellschaftsrechts. Anzeiger der Rechtswissenschaft Nr. 3 vom Jahre 1994.]
- SÁRKÖZY, T. 1999. *Gazdasági státuszjog* [Wirtschaftliches Statusrecht]. Budapest, Aula Kiadó.



Tatbestandsbehandlung und forensische Taktik in Ciceros *Cluentiana*

Tamás Nótári, Ph.D., Dr. habil.

Universitätsdozent, Károli Gáspár Universität, Budapest
Staats- und Rechtswissenschaftliche Facultät
Lehrbeauftragter, Sapientia Universität, Cluj-Napoca
Lehrstuhl für Rechtswissenschaft und Europastudien
E-Mail: tnotari@kv.sapientia.ro

Zusammenfassung. Die längste uns überlieferte und tatsächlich gehaltene *oratio* Ciceros ist die im Jahre 66, d. h. im Jahre seiner Prätur für Aulus Cluentius Habitus gehaltene Rede. Aus gewisser Hinsicht ist sie einer der Edelsteine der ciceronianischen Redekunst: Ihre Narrative ist lebhaft und spannend, wie die eines Kriminalromans, die Ereignisse, die Tatorte und die Zeitebenen wechseln sich in ihr gewagt und manchmal scheinbar unlogisch, ergeben aber zum Schluß eine präzise abgerundete, geschlossene, dem Ziel des Redners dienende Einheit. Gegen Cluentius, der dem Ritterstand (*ordo equester*) angehörte, wurde einerseits mit jener Begründung Anklage erhoben, daß er seinen Stiefvater, Statius Albius Oppianicus vergiftet haben soll. Andererseits wurde gegen ihn im Prozeß auch vorgebracht, daß er vor acht Jahren in einem Prozeß, den er gegen Oppianicus deswegen angestrengt hatte, weil dieser angeblich versucht hatte ihn zu ermorden, die Richter bestochen haben soll, was zur Folge hatte, daß Oppianicus den letzten Teil seines Lebens im Exil zu verbringen hatte. Den gesetzlichen Hintergrund der Anklage wegen Giftmordes bildete die *lex Cornelia de sicariis et veneficis* aus dem Jahre 81, in der allerdings nur für jene Art der Richterbestechung eine Sanktion festgesetzt war, die von Mitgliedern des Senatorenstandes begangen wurde. Zuerst sollte der historische Hintergrund der Rede (I.) und der gesetzliche Tatbestand, d. h. die Anwendbarkeit der *lex Cornelia de sicariis et veneficis* untersucht werden (II.). Hiernach gilt es – der zweigeteilten Argumentation der Rede gemäß – unsere Aufmerksamkeit den Anklagepunkten der anhand des *iudicium Iunianum* länger behandelten Richterbestechung (III.) und des Giftmordes (IV.) zuzuwenden, und diese aus dem Aspekt der forensischen Taktik und der juristischen Tatbestandsbehandlung zu analysieren. Abschließend sollen die von Cicero in der *Cluentiana* angewandten rhetorischen Mittel unter die Lupe genommen und aus jener Hinsicht behandelt werden, wie Cicero die Chronologie der Anklagepunkte in seiner auch juristisch brillanten Argumentation behandelt, verändert bzw. entstellt hat. (V.)

Schlüsselbegriffe: Cicero, Pro Cluentio, quaestio de sicariis et veneficis, antike Rhetorik

Abstract. The statement of the defence delivered in the criminal action (*causa publica*) of Aulus Cluentius Habitus—Cicero’s longest actually delivered speech left to us—is from 66, that is, the year when Cicero was *praetor*. In certain respect, it is the precious stone of Cicero’s *ars oratoria* since its narrative is vivid, full of turns like a crime story; events, scenes, planes of time replace one another boldly, sometimes seemingly illogically but, being subordinated to the effect the orator means to attain, in an exactly premeditated sequence. Cluentius was charged, on the one hand, with poisoning his stepfather, Statius Albius Oppianicus. The other part of the charge was founded on the criminal proceedings under which eight years before Cluentius charged Oppianicus with poisoning attempt against him, as a result of which Oppianicus was compelled to go into exile—in the current lawsuit, however, the prosecution brought it up against him that the former court of justice declared Oppianicus guilty purely because Cluentius had bribed the judges. *Lex Cornelia de sicariis et veneficis* of 81 served as basis for judging crimes that provide grounds for the charge of poisoning; however, the prohibition of bribing judges applied to the order of senators only, and Cluentius belonged to the order of knights. First, we intend to outline the historical background of the oration, so to say, the historical facts of the case; then, we turn our attention to the opportunity of applying statutory facts of the case, i.e., *lex Cornelia de sicariis et veneficis*. After that—in accordance with the system of arguments divided into two of the *oratio*—we analyse handling of the charge of bribe arising in relation to *iudicium Iunianum* and discussed at length, and the counts of the indictment on poisoning commented upon shortly by Cicero, in terms of the rhetorical tactics and handling of the facts of the case followed in the speech. Finally, we examine the rhetorical tools of Cicero’s strategy to explore how the orator handled, modified or distorted the system of the charges and chronology—to support the argument, which can be considered brilliant with a lawyer’s eyes too.

I. Zum historischen Hintergrund der *Pro Cluentio*

Die Rede für Aulus Cluentius Habitus aus dem Jahre 66 wurde von Cicero in seinem zwanzig Jahre später geschriebenen *Orator* als Beispiel für die Verwendung der drei Stilarten in derselben Gerichtsrede erwähnt,¹ und er zitiert daraus² diesbezüglich eine äußerst gelungene Formulierung.³ Als Quintilian über das Urteilsvermögen des Redners schreibt, beruft er sich auf die *Cluentiana* als Musterbeispiel der gut angelegten forensischen Strategie,⁴ anderswo stellt er wiederum fest, daß in der *Cluentiana* Cicero den Geschworenen Sand in die Augen gestreut hat.⁵ Die Rede für Cluentius wird von Gellius zitiert,⁶ Plinius der

1 Cic. *Or.* 103.

2 Cic. *Cluent.* 199.

3 Cic. *Or.* 108.

4 Quint. *inst.* 6, 5.

5 Quint. *inst.* 2, 17, 21. *gloriatu est offudisse tenebras iudicibus Cluentianis.*

6 Gell. 16, 7, 10.

Jüngere hält sie für die hervorragendste rednerische Leistung Ciceros,⁷ von den Juristen beruft sich Claudius Tryphoninus auf sie.⁸ Theodor Mommsen würdigt die *Cluentiana* folgendermaßen: „Die Criminalstatistik aller Zeiten und Länder wird schwerlich ein Seitenstück bieten zu einem Schaudergemälde so mannichfaltiger, so entsetzlicher und so widernatürlicher Verbrechen, wie es der Prozeß des Aulus Cluentius in einem Schoß einer der angesehensten Familien einer italienischen Ackerstadt vor uns aufgerollt.“⁹

Der Angeklagte des Prozesses, A. Cluentius Habitus ist im nördlichen Apulien, in dem von den miteinander mehrfach verwandten und verschwägerten Auri, Albi, Cluentii und Magii dominierten Larinum geboren,¹⁰ das ein Spiegelbild der in Rom wuchernden Lasten zeigte¹¹ – und es kann nicht einmal behauptet werden, daß der Größe der Landstadt entsprechend sei.¹² Seinen Vater, Cluentius den Älteren verlor er im Jahre 88, als er fünfzehn Jahre alt war,¹³ seine Mutter, Sassia heiratete zwei Jahre später ihren Schwiegersohn A. Aurius Melinus, den geschiedenen Gatten ihrer Tochter Cluentia.¹⁴ Cicero datiert von hier an das schlechte Verhältnis zwischen dem Angeklagten und seiner Mutter und behauptet, daß ihn Sassias Verhalten dermaßen empört hatte, daß er beschloß, mit seiner Mutter keinerlei Kontakt pflegen zu wollen.¹⁵ Aurius fiel – angeblich in Folge der Machenschaften des St. Abbius Oppianicus – den sullanischen Proskriptionen zum Opfer.¹⁶ Sassia heiratete Oppianicus, der sich schon von zwei Ehefrauen, von Papia (der Witwe des Magius) und Novia getrennt hatte, bzw. zwei Gattinnen, Cluentia die Ältere und Magia verloren hatte.¹⁷

Es ist erwähnenswert, daß Cicero, als er vom Haß zwischen Oppianicus dem Älteren und Cluentius spricht, von jenem Element Gebrauch macht, das er als psychologische Motivation des von Oppianicus auf seinen Stiefsohn verübten Giftmordversuches hätte verwenden können, nämlich daß Cluentius auf die Heirat zwischen Sassia und Oppianicus mit Antipathie und Groll reagiert hat.¹⁸ Oppianicus der Jüngere, der im Jahre 66 gegen Cluentius als Ankläger auftrat, stammte von Magia, einer früheren Gattin des Oppianicus des Älteren. Oppianicus der Ältere wollte angeblich seinen Stiefsohn Cluentius vergiften lassen: Zur Ausführung seines Plans nahm er die Hilfe des C. Fabricius in Anspruch,

7 Plin. *epist.* 1, 20, 4.

8 Tryph. D. 48, 18, 39. Hierzu s. Nörr 1978, 122 ff.

9 Mommsen 1875. 528.

10 Zum Hintergrund der Vorgeschichte des Verfahrens s. Hoenigswald 1962. 109 f.

11 Vö. Sall. *Cat.* 11, 4.

12 Kroll 1924, 176.

13 Cic. *Cluent.* 11.

14 Cic. *Cluent.* 12 f.

15 Cic. *Cluent.* 16. Vgl. Hoenigswald 1962. 115.

16 Cic. *Cluent.* 25.

17 Cic. *Cluent.* 27 f.

18 Hoenigswald 1962. 116.

der zusammen mit dem Freigelassenen Scamander, den Sklaven des Cluentius behandelnden Arztes, für sein Vorhaben gewinnen wollte.¹⁹ Inwiefern der Mordversuch als bewiesen gelten kann, mag dahingestellt bleiben, Tatsache ist, daß Cluentius zuerst gegen Scamander und Fabricius, bzw. abschließend gegen seinen Stiefvater, Oppianicus den Älteren Anklage erhob. Oppianicus wurde vom Gericht mit einer ganz knappen Stimmenmehrheit für schuldig befunden und verurteilt.²⁰ Den Prozeß umgaben mehrere verdächtige Umstände, so z. B. wurden die Richter nicht vorschriftsgemäß ausgelost²¹ und der Bestechungsverdacht²² betraf mehrere Senatoren, unter anderen C. Fidiculanus Falcula,²³ M. Atilius Bulbus und Staienus.²⁴

Aufgrund all dessen schlug der Verdacht Wurzel, daß das Urteil im Prozeß gegen Oppianicus den Älteren von bestochenen Richtern gefällt wurde. Cicero versucht – trotz der Verurteilung des Oppianicus – die Lage so darzustellen, daß die Bestechung von Oppianicus selber vorgenommen wurde, und er nur diesem zu verdanken hatte, daß beinahe die Hälfte der Richter für seinen Freispruch stimmten, im Gegensatz zur einstimmigen Verurteilung des Scamander und des Fabricius. L. Quinctius, der Verteidiger des Oppianicus verdächtigte Cluentius der Richterbestechung, da seiner Anklage im Endeffekt Erfolg beschieden war, und gebrauchte als Volkstribun gerade diesen Fall als Beispiel vor der Volksversammlung, um gegen die senatorischen Gerichtshöfe zu agieren.²⁵ Der Prozeß schlug politische Wellen und mehrere Senatoren, die am Verfahren als Richter beteiligt waren, wurden wegen Korruption verurteilt.²⁶ Cicero, der im Verfahren im Jahre 74 als Verteidiger Scamanders auftrat, erwähnte den Prozeß gegen Oppianicus gerade wegen der Verurteilung des Angeklagten mit einer knappen Stimmenmehrheit, woraus er Beweise, oder zumindest Indizien auf die Bestechung der Richter durch Oppianicus, als Paradebeispiel der Korruptheit des Gerichtswesens bringen wollte.²⁷

Zwei Jahre nach seiner Verurteilung, d. h. im Jahre 72 starb Oppianicus der Ältere in der Nähe von Rom;²⁸ der Ankläger behauptete, daß ihn Cluentius vergiften ließ,²⁹ aber von den Umständen seines Todes ist uns nichts Genaueres bekannt. Seine Witwe, Sasia, verdächtigte ihren Sohn (d. h. den Stiefsohn des Oppianicus) damit, daß er Oppianicus vergiftet haben soll, und versuchte ihren

19 Cic. *Cluent.* 47 ff.

20 Vgl. Cic. *Caecin.* 29.

21 Cic. *Verr.* 2, 1, 157.

22 Cic. *Verr.* 1, 29.

23 Cic. *Caecil.* 28 f.

24 Cic. *Verr.* 2, 2, 79.

25 Cic. *Cluent.* 74 ff.

26 Classen 1985. 21.

27 Cic. *Verr.* 1, 38–40.

28 Kroll 1924, 174.

29 Vö. Cic. *Cluent.* 161 ff.

Verdacht durch Beweise, in erster Linie durch Geständnisse ihrer Sklaven, die sie einer Tortur unterziehen ließ, zu untermauern – allerdings mit wenig Erfolg.³⁰ Nachdem Cluentius in mehrere Todesfälle, die sich in der Zwischenzeit ereignet haben, verwickelt worden war, erhob im Jahre 66 aufgrund der *lex Cornelia de sicariis et veneficis* der junge – zum Zeitpunkt des Prozesses ungefähr einundzwanzigjährige³¹ – Abbius Oppianicus gegen Cluentius Anklage. Das Mordgesetz Sullas umfaßte mehrere Tatbestände: Todsschlag, unerlaubtes Tragen von Waffen, Herstellung und Verkauf, bzw. Verabreichung von Gift in Tötungsabsicht, Brandstiftung und einige Straftaten im Zusammenhang mit dem Kriminalverfahren, so z. B. die Bestechung von Richtern, um mit deren Beihilfe Unschuldige verurteilen zu lassen – das letztere Tatbestandselement bezog sich allerdings nur auf Magistrate und Senatoren.³² Cluentius gehörte – wie gesagt – dem Ritterstand an, und hatte kein Amt innegehabt, so hätte er nach dem Wortlaut des Gesetzes keine Bestechung ausüben können, die unter das besagte Gesetz fiel.³³ Das Amt des *iudex quaestionis* versah Q. Voconius Naso,³⁴ als Nebenankläger trat neben Oppianicus Titus Attius, ein junger Ritter aus Pisaurum auf.³⁵ Die Verteidigung des – in jenen Anklagepunkten, die gegen ihn vorgebracht wurden, mit größter Wahrscheinlichkeit schuldigen – Cluentius übernahm der im Jahre des Prozesses als Prätor fungierende Cicero, der mit seiner rednerischen Brillanz den Freispruch seines Klienten erwirken konnte.³⁶ Den Gerichtshof bildeten zweiunddreißig Richter, die nach der im Jahre 70 erbrachten *lex Aurelia iudiciaria* zu je einem Drittel aus dem Senatorenstand, aus dem Ritterstand und dem Stand der Ärartribunen hervorgingen.³⁷

Die ciceronianische Verteidigung läuft auf zwei Linien, der Redner wendet sich nicht sofort der Hauptanklage zu, sondern verweilt länger bei der Frage der Richterbestechung. Um seine eigene Theorie von der Richterbestechung zu belegen, behandelt er das Thema der Bestechung wahrscheinlich viel ausführlicher, als der Ankläger darauf eingegangen ist: Er schildert detailliert das üble Vorleben des Oppianicus und widmet jenen zwei Prozessen, die mit dem versuchten Attentat gegen Cluentius in Verbindung stehen, große Aufmerksamkeit. In seiner Einleitung kündigt Cicero an, daß er der von dem Ankläger angelegten Thematik folgen will, bzw. er gibt darüber Rechenschaft, warum er sich viel ausführlicher mit dem ersten, als mit dem zweiten Anklagepunkt auseinander zu setzen beab-

30 Hoenigswald 1962. 111; Kroll 1924. 175.

31 Stroh 1975. 195.

32 Hierzu s. Mommsen 1899. 628; Kunkel 1962. 64–70; Cloud 1969. 258–268; Classen 1965. 140; Humbert 1938. 276.

33 Stroh 1975. 196.

34 Cic. *Cluent.* 147 f.

35 Cic. *Cluent.* 65. 84. 156; *Brut.* 271.

36 Kroll 1924. 174.

37 Stroh 1975. 202.

sichtigt. Hiernach sollte der Anklagepunkt des Giftmordes vollkommen unbegründet sein und könnte mit wenigen Worten abgetan werden, jener der Richterbestechung hätte sich aber in den letzten acht Jahren dermaßen im Bewußtsein aller festgesetzt, daß es der einträchtigen Anstrengung der Richter und des Verteidigers bedurfte, diese Nachrede aus der öffentlichen Meinung auszumerzen. Der erste Teil der Rede besteht aus drei größeren Kapiteln, die sich mit dem Vorleben des Oppianicus des Älteren, mit dem Giftmordprozeß aus 74 und mit dem Tatbestand der Richterbestechung befassen. Im zweiten Teil der *Cluentiana*, der nun von dem eigentlichen Anklagepunkt, d. h. von der Ermordung des Oppianicus durch Cluentius handelt, werden die dunklen Kapitel des Vorlebens des Cluentius und auch die Ermordung des Oppianicus von Cicero in lapidarer Kürze und mit verdächtiger Leichtigkeit abgetan: Eine verhältnismäßig längere Ausführung erfährt nur das vom Ankläger als Beweis vorgebrachte Geständnis, das den Sklaven durch Folter entnommen wurde.

II. Die Anwendbarkeit der *lex Cornelia de sicariis et veneficis* im Cluentiusprozeß

Gleich im Prooemium trennt Cicero die Anklage wegen Giftmordes von jener, die von dem Nebenankläger Attius vorgebracht wurde und sich auf die angebliche Bestechung jenes Gerichtshofes bezog, die vor acht Jahren Oppianicus verurteilt hatte.³⁸ Die genaue Bestimmung der Anklagepunkte, die dem Prozeß gegen Cluentius zugrunde gelegen haben müssen, scheint keineswegs einfach zu sein: Die Anklage hätte sich erstens auf Meuchelmord und Giftmischerei, zweitens auf Giftmordversuch und Bestechung des Gerichts, drittens auf Mordversuch richten können.³⁹ Die Rekonstruktion der Fakten wird auch noch dadurch erschwert, daß Cicero einerseits manche Umstände, die schlechtes Licht auf seinen Klienten werfen könnten, wissentlich verschweigt, und andererseits einige, für den Zeitgenossen selbstverständliche, für den heutigen Leser aber nicht hinreichend bekannte Elemente übergeht. Ciceros Aufgabe war es, da er die Verteidigung des Cluentius übernahm, den Richtern überzeugend darzulegen, daß sein Klient jene Straftat(en), deren er angeklagt worden war, nicht begangen haben kann, d. h. er hatte gemäß der rhetorischen Theorie nach der zu dem *status coniecturalis* passenden Argumentationsweise vorzugehen.

Aus rechtshistorischer Hinsicht ist eine der interessantesten Fragen, die sich in Verbindung mit der *Cluentiana* ergeben, ob sich jene Anklage, die vom jüngeren Oppianicus gegen Cluentius aufgrund der *lex Cornelia de sicariis et veneficis* erhoben wurde, nur auf den Giftmord oder aber auch auf die Bestechung der Richter

38 Cic. *Cluent.* 1–2. 11. 119. Vgl. Humbert 1938. 287.

39 Classen 1972. 1–17; Classen 1978. 604 ff.; Köhler 1968. 100–109; Pugliese 1970. 155–181.

bezug, die Cluentius vor acht Jahren im Prozeß gegen Oppianicus den Älteren be-
gangen haben soll. Bei der Klärung dieses Problems stellt sich natürlich die Frage
nach der Zuverlässigkeit der Quellenbasis: Die ciceronianische Darstellungsweise
und seine Verweise auf den Gesetzestext sind mit großer Wahrscheinlichkeit ten-
denziös – selbst wenn er bei der Zitierung des Gesetzes keine wesentlichen Ände-
rungen hat vornehmen können –, und die uns überlieferte Form der sullanischen
Gesetze entstammt einer späteren Epoche,⁴⁰ was wiederum vermuten läßt, daß der
zum Zeitpunkt des Prozesses geltende Gesetzestext mit dem uns bekannten nicht
unbedingt als identisch gelten dürfte.⁴¹ Die spätere Fassung der *lex Cornelia de*
falsis sanktioniert zwar die aktive Form der Bestechung des Gerichts, es erscheint
allerdings als unwahrscheinlich, daß die ursprüngliche *lex Cornelia testamentaria*
ebenfalls eine solche Bestimmung enthalten hätte. Beim Bestimmungsversuch der
Anlagepunkte darf auch nicht außer Acht gelassen werden, daß im Quästionspro-
zeß der Ankläger den Richtern alles vortragen durfte, was er gegen den Angeklag-
ten vorbringen konnte, da sein Ziel nur ein allgemeiner Schuldspruch, und nicht
die Feststellung der Schuld in den einzelnen Punkten war, bzw. die Festlegung der
Strafe nicht dem Ermessen des Gerichtshofes oblag.⁴² Es ist nicht mit Sicherheit
zu bestimmen, ob bei der *delatio nominis* neben dem Gesetz, das der Anklage
zugrunde gelegt werden sollte, auch die genauen Passagen und die anderen, im
Kreise der Anklage vorzubringen gedachten Punkte genannt werden sollten, bzw.
ob diese im weiteren Laufe des Prozesses von zwingender Kraft waren.⁴³

Es ist mit gutem Grund anzunehmen, daß bei der Einleitung des Prozesses die
Anklage schriftlich fixiert werden mußte, was auch in Bezug auf die vorsullanische
Periode von Cicero in seinem Werk *De inventione* festgehalten wird.⁴⁴ Es lohnt sich,
etwas genauer unter die Lupe zu nehmen, in welchem Maß Cicero in seinen Reden
die gesetzliche Grundlage des Verfahrens präzisiert bzw. auf die Prozeßeinleitung
(*postulatio, delatio nominis, receptio nominis*) reflektiert. In seinen Gerichtsreden
lassen sich direkte Hinweise auf den Tatbestand des *crimen repetundarum*,⁴⁵ des
crimen maiestatis,⁴⁶ des *ambitus*,⁴⁷ des *peculatus*,⁴⁸ des *crimen inter sicarios et*
veneficii,⁴⁹ der *iniuria*,⁵⁰ des *furtum*,⁵¹ der *vis*,⁵² der *alea*⁵³ und des *crimen parrici-*

40 Paul. 5, 23; Coll. 1, 2, 3; D. 48, 8. Vgl. Mommsen 1899. 628 ff.; Cloud 1969. 258 ff.

41 Classen 1972. 2.

42 Classen 1972. 3.

43 Mommsen 1899. 385.

44 Cic. *inv.* 2, 58.

45 Cic. *Caecil.* 76; *Verr.* 2, 2, 142; *Q. fr.* 3, 1, 15; *fam.* 8, 8, 2, 3.

46 Cic. *Q. fr.* 3, 1, 15; *inv.* 2, 72; *fam.* 3, 2, 3; *Phil.* 1, 23.

47 Cic. *Cael.* 16, 76; *De orat.* 2, 274, 280; *Q. fr.* 1, 2, 15; 2, 3, 5; 3, 2, 3; *Cluent.* 114.

48 Auct. ad Her. 1, 22.

49 Cic. *inv.* 2, 58; *Rosc. Am.* 90; *Cluent.* 21; Auct. ad Her. 4, 23.

50 Cic. *dom.* 13; *inv.* 2, 59.

51 Cic. *Cluent.* 163; *fam.* 7, 22; *Flacc.* 43.

52 Cic. *red. in sen.* 19; *Q. fr.* 2, 3, 5; *Sest.* 90, 95.

53 Cic. *Phil.* 2, 56.

*di*⁵⁴ finden.⁵⁵ In zahlreichen Fällen beruft er sich auf ein konkretes Gesetz, so z. B. auf die *lex Plautia de vi*,⁵⁶ die *lex Iulia de pecuniis repetundis*,⁵⁷ die *lex Papia*,⁵⁸ die *lex Acilia*⁵⁹ und die *lex Scantinia*.⁶⁰ In einigen seiner Reden verweist er direkt auf die gesetzliche Grundlage der Anklagepunkte, so unter anderen in der Rede für Sextus Roscius aus Ameria,⁶¹ in der gegen Verres,⁶² in der für Scaurus,⁶³ in der für Rabirius Postumus⁶⁴ und in der für Ligarius.⁶⁵

In der *Cluentiana* bedient sich Cicero einer janusartigen Darstellungsweise. Einerseits erweckt er den Eindruck, als ob das Gerichtshof ausschließlich für den Giftmord zuständig sei,⁶⁶ da jene Passage der *lex Cornelia de sicariis et veneficis*, die sich mit der Bestechung des Gerichtes durch die Mitglieder des Ritterstandes auseinandersetzt, sich auf Cluentius, der zum *ordo equester* gehört, nicht bezieht;⁶⁷ andererseits bringt er den Anklagepunkt der Bestechung immer wieder zur Sprache. Die unter dem Vorsitz des Q. Voconius Naso tagende *quaestio* war zweifelsohne in erster Linie für die Giftmorde zuständig – was natürlich nicht ausschloß, daß andere Anklagepunkte nicht hätten vorgebracht werden können –, aber ihre Zuständigkeit konnte auch auf die erwähnten Bestechungsdelikte ausgedehnt werden.⁶⁸ Es lohnt sich allerdings, etwas länger bei den von Joachim Classen erwähnten Anklagepunkten zu verweilen, um den in der Anklage erfaßten Tatbestand genauer definieren zu können. Trotz der lückenhaften Quellenbasis kann festgestellt werden, daß in anderen Fällen aufgrund der *lex Cornelia de sicariis et veneficis* keine Anklagen wegen Richterbestechung erhoben wurden, da sich auch andere Möglichkeiten zur Verfolgung dieser Straftat boten. Es ist außerdem höchst unwahrscheinlich, daß der *iudex quaestionis* eine Anklage angenommen hätte, die dem Wortlaut des Gesetzes zuwiderläuft, oder – mit anderen Worten – zugelassen hätte, daß der Ankläger den Tatbestand des sullanischen Gesetzes mit einer *interpretatio extensiva* auch auf den Ritterstand ausdehnt. Nach Cicero soll sich Attius mehrere Male auf die *aequitas* berufen und für die extensive Interpretation des Gesetzes plädiert haben. Im Gegensatz zu ihm behandelte Cicero – obwohl er bestrebt war, Cluentius von den Folgen des Verdachtes der Richterbestechung zu

54 Cic. *Rosc. Am.* 28. 64.

55 Classen 1972. 5.

56 Cic. *fam.* 8, 8, 1.

57 Cic. *Rab. Post.* 12.

58 Cic. *Balb.* 52.

59 Cic. *Verr.* 2, 1, 26.

60 Cic. *fam.* 8, 12, 3; 8, 14, 4.

61 Cic. *Rosc. Am.* 28. 61. 64. 76.

62 Cic. *Verr.* 2, 2, 141.

63 Cic. *Scaur.* 1.

64 Cic. *Rab. Post.* 8. 9. 37.

65 Cic. *Lig.* 1. 4. 5. 9. 11.

66 Cic. *Cluent.* 1. 2. 148. 164.

67 Cic. *Cluent.* 144 ff.

68 Classen 1972. 10 f.

verschonen – die vor acht Jahren angeblich vorgefallene Bestechung des Gerichtshofes an keinem Punkt als ein wirkliches *crimen*, bzw. er zitierte keine einzige Zeugenaussage, die dies widerlegen sollte, sondern tat dieses Element als ein vom Ankläger vorgebrachtes Gerücht ab,⁶⁹ das die Gefahr in sich barg, bei den Richtern Antipathie und Voreingenommenheit gegen Cluentius zu generieren.⁷⁰

III. Das *iudicium Iunianum* und der „Anklagepunkt“ der Richterbestechung

Als Ausgangspunkt seiner Rede wählte Cicero – da seines Erachtens der Hauptankläger Oppianicus kaum etwas Erwähnenswertes gesagt hatte⁷¹ – die *oratio* des Nebenanklägers (*subscriptor*) Attius, dessen rhetorischer Leistung er seine Anerkennung nicht versagte. Schon in seinem ersten Satz versuchte er auf die Rede seines Gegners zu reflektieren bzw. deren Wirkung zu dämpfen, was jedoch Zweifel daran wachrufen kann, ob er die Argumentation des Attius ohne Entstellung hat rekonstruieren wollen.⁷² Mit jenem Anschein, als ob er der *dispositio* des Attius folgend sprechen würde,⁷³ versuchte Cicero mit großer Wahrscheinlichkeit in den Zuhörern den Eindruck der Ehrlichkeit, der wahrheitsgetreuen Darstellungsweise und des Fehlens einer besonderen forensischen Taktik zu erwecken.⁷⁴ Einige Paragraphen später mag der Hörer bzw. Leser mit Erstaunen feststellen, daß Cicero gerade mit der Umstrukturierung der anklägerischen Darstellung, d. h. mit einer eigenständigen Anordnung der Fakten, der Umstände und der Beweise die Richter von der Unschuld seines Klienten zu überzeugen versucht und hierbei betont, daß sie erst dann ihr endgültiges Urteil über die Ereignisse bilden sollten, wenn sie die von ihm vorgetragene Fassung gehört haben.⁷⁵

Dem vom Gegner – nach der Behauptung Ciceros⁷⁶ – nur ganz kurz berührten Anklagepunkt des Giftmordes (genau genommen der drei Giftmorde) blickt der Redner anscheinend voller Siegesicherheit entgegen und stellt diesem den Anklagepunkt der vor acht Jahren angeblich von Cluentius verübten Richterbestechung entgegen, die der Öffentlichkeit hinreichend bekannt sein dürfte, wobei er nachdrücklich betont, daß nur der erste Anklagepunkt in die Zuständigkeit des tagenden Gerichtshofes fällt.⁷⁷ (Die gegen Cluentius vorgebrachten Anklage-

69 Vgl. Cic. *Cluent.* 142.

70 Classen 1972. 14 f.

71 Cic. *Cluent.* 65.

72 Classen 1985. 24.

73 Cic. *Cluent.* 1. Vgl. Classen 1965. 106; Stroh 1975. 194.

74 Zum Motiv der *veritas* s. Cic. *Cluent.* 4. 5. 6. 81. 83. 88. 142. 172. 183. Vgl. Quint. *inst.* 9, 2, 19.

75 Cic. *Cluent.* 6.

76 Quint. *inst.* 4, 1, 36.

77 Cic. *Cluent.* 1. 2. Vgl. Classen 1965. 107; Hoeningwald 1962. 109.

punkte bezüglich der Giftmorde dürften nach der ciceronianischen Darstellung die folgenden gewesen sein:⁷⁸ Die Vergiftung des Oppianicus des Älteren mit der Beihilfe von Strato, Micostratus und M. Asellius,⁷⁹ die Vergiftung des C. Vibius Capax⁸⁰ und der Giftmordversuch gegen den jüngeren Oppianicus.⁸¹) Dennoch konnte Cicero die Anklage wegen Richterbestechung nicht gänzlich auf sich beruhen lassen, da Attius länger davon gesprochen hatte, und Cicero sah sich gezwungen, einen Gegenangriff zu starten: Diesen Anklagepunkt bewertet er als eine schamlose Verleumdung, die für Cluentius eine überaus große Gefahr bedeutet, und die gerade deswegen nicht mit der üblichen forensischen Taktik behandelt werden kann, bzw. deren Abwägung von den Richtern eine außerordentliche Weisheit verlangt.⁸² So konnte Cicero die Anklage hinreichend verallgemeinern, als ob sie sich gegen die Richterbestechung und die Korruption der Gerichte, und nicht gegen Cluentius gerichtet hätte.⁸³

Indem Cicero sich bemüht, Cluentius als Opfer einer seit Jahren andauernden politischen Verfolgung darzustellen, versucht er, die Sympathie der Richter für ihn zu gewinnen, und versäumt nicht, seinen Glauben an deren Sachlichkeit und Gerechtigkeitsgefühl hervorzuheben, was er mit der wiederkehrenden Betonung der *aequitas* unterstreicht.⁸⁴ Am Ende der Einleitung faßt Cicero die geplante Disposition seiner Rede zusammen, hierin aber erwähnt er nur die Strategie des juristisch irrelevanten Anklagepunktes der Richterbestechung.⁸⁵ Hierbei kündigt er an, daß die Anklage der Richterbestechung keineswegs als unbegründet dargestellt werden darf, allerdings mit jenem Vorbehalt, daß die Bestechung gerade von einem anderen Täter verübt wurde, als dies in der Öffentlichkeit als Gerücht verbreitet worden war: Im Prozeß gegen Oppianicus den Älteren soll es zweifelsohne zur Bestechung des Gerichtshofes gekommen sein, aber dies soll nicht von, sondern gerade gegen Cluentius vorgenommen worden sein.⁸⁶ Es erscheint auf den ersten Blick unnötig gewesen zu sein, dieses Element ins Bild zu führen, da es im strengeren Sinne gereicht hätte zu beweisen, daß das Gericht nicht von Cluentius bestochen worden ist. Mit dieser Taktik verfolgte Cicero ein zweifaches Ziel: Einerseits verbindet er den Fall des Scamander und des Fabricius mit dem Prozeß des Oppianicus und präsentiert die in diesen ergangenen Urteile als *praeiudicia*,⁸⁷ andererseits eröffnet er sich die Möglichkeit, sich ausführlich mit den für relevant erachteten und zur Abschreckung des Gerichtshofes und der Zuhörer tauglichen Untaten des Oppia-

78 Stroh 1975, 195.

79 Cic. *Cluent.* 169 ff.

80 Cic. *Cluent.* 165.

81 Cic. *Cluent.* 161–163.

82 Cic. *Cluent.* 2. 4. 5. 6. 77. 78. 79. 93. 95. 103. 108. 110. 113. 127. 130. 139. 202.

83 Classen 1985, 26.

84 Cic. *Cluent.* 5. 6. 7. 81. 94. 142. 147. 156. 159. 199. 200. 202.

85 Cic. *Cluent.* 9. Vgl. Classen 1965, 137.

86 Cic. *Cluent.* 9.

87 Hoenigswald 1962, 110.

nicus auseinanderzusetzen. Mit diesem Schritt – noch bevor er sich der eigentlichen Verteidigung des Cluentius zuwendet – dreht er die Kampfpositionen um, und beginnt mit dem Angriff gegen den Ankläger bzw. dessen Vater.⁸⁸

In den nächsten Sätzen wird das Ziel des Verteidigers noch eindeutiger. Das Auftreten des jüngeren Oppianicus als Ankläger erklärt er mit dessen Sohnespflicht,⁸⁹ sein eigenes Vorhaben, auf die Frevel des Oppianicus des Älteren ausführlicher einzugehen, begründet er mit seiner Pflicht als Verteidiger,⁹⁰ daß er sich nämlich dazu gezwungen fühlt, einem Lebenden dadurch helfen zu können, indem er dem Ruf eines Toten schaden, jedoch kein Unrecht tun muss.⁹¹ Indem er die Richter um Nachsicht bittet, weil er den Taten und dem Lebenswandel des Oppianicus des Älteren viel zu große Aufmerksamkeit widmet – und sie zugleich davon versichert, daß den Zuhörern auch die Lage des von ihm verteidigten Cluentius unumstritten deutlich wird, wenn er alle Umstände des Falles aufgeklärt hat –, schafft er sich die Möglichkeit, alle Elemente, die direkt oder indirekt mit dem Fall zusammenhängen, in seine Rede einbauen zu dürfen.⁹² In der Einleitung⁹³ teilt Cicero – nachdem er den Ankläger und den Nebenankläger von seiner Sympathie und scheinbaren Anerkennung versichert, bzw. seinem Bedauern über die unwürdige Lage seines Klienten Ausdruck gegeben hat – die Anklage deutlich in zwei Elemente auf: In die objektiv vielleicht besser begründbare, im konkreten Fall jedoch juristisch irrelevante, politisch allerdings als überaus gefährlich dargestellte Richterbestechung, und in den aus der Sicht des Prozesses äußerst bedeutenden, aber mit Leichtigkeit widerlegbaren Mordversuch – wobei er sowohl auf den Ankläger, als auch auf den Angeklagten nur wenige Worte verwendet, und die Aufmerksamkeit der Richter unmittelbar auf Oppianicus den Älteren richtet.⁹⁴

Die Beschreibung der Ereignisse beginnt Cicero in einem sachlichen Ton,⁹⁵ und spricht mit objektiver Zurückhaltung vom Tode des ehrbaren Cluentius des Älteren, bzw. der Ehe von Cluentia der Jüngeren mit A. Aurius Melinus.⁹⁶ Bald kommt er aber auf die Mutter des Cluentius, die ihren eigenen Schwiegersohn heiratende Sassia, zu sprechen: Hier unterbricht er den Satz bei dem Wort *Mutter* und betont, daß er Sassia bei all ihrer Niederträchtigkeit und Verwegenheit *mater* nennt⁹⁷ – vielleicht auch deswegen, weil in der lateinischen Sprache der griechische Ausdruck *mētēr*

88 Classen 1985. 29 f.

89 Cic. *Cluent.* 65. 172.

90 Cic. *Cluent.* 118.

91 Cic. *Cluent.* 10. Vgl. Classen 1965. 135.

92 Cic. *Cluent.* 11. Vgl. Humbert 1938. 277.

93 Cic. *Cluent.* 1–11.

94 Classen 1985. 32.

95 Cic. *inv.* 1, 28–29; Quint. *inst.* 4, 2, 129 f.

96 Cic. *Cluent.* 11.

97 Cic. *Cluent.* 12.

*amētōr*⁹⁸ schwer wiedergegeben werden könnte.⁹⁹ Mit der Bezeichnung *Mutter* wird der Kontrast zwischen dem familiären Band und den gräßlichen und widernatürlichen – von ihr begangenen, oder zumindest ihr zugeschriebenen – Untaten der Sasia deutlicher, was Cicero zugleich hilft, eine Gedankenbrücke zwischen den einzelnen Ereignissen zu schlagen, da sich das Verhalten von Sasia in erster Linie gegen ihre Tochter Cluentia, und nicht gegen Cluentius gerichtet hat.¹⁰⁰

Im Gegensatz zu seinem ursprünglichen, oder zumindest als solchen angekündeten Vorhaben, vom Oppianicusprozeß des Jahres 74 und den damit verbundenen Bestechungen zu sprechen,¹⁰¹ beginnt Cicero, sobald er den Namen der Sasia erwähnt hat, gleichsam vom plötzlichen Zorn mitgerissen von deren Ehe mit ihrem Schwiegersohn und der Vertreibung ihrer eigenen Tochter zu reden.¹⁰² Hierbei begnügt er sich natürlich nicht mit der nüchternen Aufzählung der Tatsachen, sondern spricht in einem Ton, der ständig in ein Fortissimo überschlägt, der ihm hilft, bei der Dramatisierung der Ereignisse von der Verteidiger- in die Anklägerrolle zu schlüpfen.¹⁰³ Seinen Angriff richtet er nicht gegen eine, an der Bestechung oder dem Giftmord unmittelbar beteiligte, sondern eine, mit der eigentlichen Anklage nur in lockerer Verbindung stehende Person, womit er – im Einklang mit den *Topoi* der antiken Rhetorik – demonstriert, daß sich die Motive der Handlungen eines jeden aus seinem Lebenswandel erkennen lassen.¹⁰⁴ Der Redner versucht nicht zufällig, die Unmut der Richter gegen Sasia aufzuwiegeln und die Anklage des jüngeren Oppianicus als einen Akt der *pietas* des Sohnes darzustellen: All dies sollte die gegen Cluentius entstandene Antipathie mindern und einen Ausgleich schaffen.¹⁰⁵ Bevor er zum eigentlichen Gegenstand seiner Rede zurückkehrt, hebt er erneut hervor, daß die Richter all dies deswegen anzuhören hatten, um ein vollständiges Bild von den Ereignissen gewinnen zu können.¹⁰⁶

Nach den Fragen, die die *pietas* des jüngeren Oppianicus aufwarf, hatte der Redner – nachdem er die eventuelle Wirkung der Sohnesliebe auf die Richter gemindert hatte, die sich dazu geeignet hätte, sie gegen Cluentius zu stimmen – gegen die folgenden Schwierigkeiten anzukämpfen. Cicero hatte über drei Fragen Entschlüsse zu fassen: Erstens ob er der Disposition der Anklage folgend die *crimina veneficii* nach dem *iudicium Iunianum* behandeln, oder ob er die Reihenfolge ändern sollte; zweitens ob er nach dem *status collectionis* (d. h. sich auf den Wortlaut des Gesetzes berufend) oder nach dem *status coniecturalis* (d. h.

98 Soph. *El.* 1154.

99 Classen 1985. 33.

100 Vgl. Cic. *Cluent.* 14. 18. 44. 167. 169. 174. 178. 186. 188. 190. 192. 199. 200. 201.

101 Humbert 1938. 276.

102 Cic. *Cluent.* 12–16.

103 Cic. *Cluent.* 14. 15.

104 Cic. *Cluent.* 23. 39. 41. 46. 50. 70. 83. 97. 101. 111. 124. 125. 167. 195.

105 Classen 1985. 35.

106 Cic. *Cluent.* 17–18.

indem er die Anklage der Richterbestechung, die angeblich von Cluentius begangen wurde, leugnet) vorgehen sollte; drittens wie er die Sympathie der Richter, die Oppianicus der Jüngere gewonnen hatte, Cluentius zuwenden sollte.¹⁰⁷

Mit dieser Erzählung zeichnet Cicero – ohne vorerst auf die Anklage selbst einzugehen – ein lebhaftes Bild vom Lebenswandel der Stiefmutter des Anklägers (d. h. der Mutter des Angeklagten), die bei der Verhandlung mit großer Wahrscheinlichkeit anwesend war, was zugleich die Motive des Anklägers durchschimmern läßt.¹⁰⁸ Mit dieser Charakterisierung von Sassia wirft der Redner – neben der Darstellung gewisser Fakten – ein grelles Licht auf den Ausgangspunkt des ganzen Prozesses bzw. jener Machenschaften und Intrigen, die gegen Cluentius gesponnen worden sind, und versucht seine Hörerschaft gleich am Anfang der Rede mit psychologischen Mitteln zu manipulieren, um während des weiteren Verlaufs des Verfahrens seine Argumente auf die hier festgelegten Werturteile aufbauen zu können.

Hiernach erinnert er seine Hörerschaft erneut an die Untaten und die Verurteilung des Oppianicus¹⁰⁹ und versucht – um jeglichen Zweifel an den Freveln des Oppianicus aus der Welt zu räumen – die von Cluentius gegen seinen Stiefvater erhobene Anklage als eine Art Notwehr zu deuten, bzw. Oppianicus als den einzigen Verantwortlichen für den fehlgeschlagenen Giftmordversuch hinzustellen.¹¹⁰ Bemerkenswert ist, daß er im Falle von Oppianicus stets von *crimina*, und nicht von einem, durch das Urteil geahndeten *crimen* spricht, als ob das Urteil wegen mehreren Straftaten ergangen wäre.¹¹¹ Mit der detaillierten Beschreibung des Verbrechenskatalogs des Oppianicus findet Cicero neben Sassia eine weitere, im Prozeß nicht direkt beteiligte Person, die eine geeignete Angriffsfläche bietet, um die Aufmerksamkeit der Richter vom konkreten Fall und vom Angeklagten abzulenken, bevor er sich der wirklichen Widerlegung der Schuldvorwürfe gegen Cluentius zuwenden würde.¹¹²

Der Redner fängt hiernach an, sich über das Schicksal der Dinaea und ihrer Familie, bzw. über das der Magia, der zweiten (oder dritten) Gattin des Oppianicus des Älteren und Mutter des Anklägers, auszulassen und den Mord an Magias Stiefbruder, die Flucht des Oppianicus, bzw. dessen Rückkehr unter der Herrschaft Sullas mit lebhaften Farben auszumalen.¹¹³ Mit der Vorgeschichte und den Vorbereitungen der Heirat zwischen Oppianicus und Sassia, d. h. der Erzählung vom plötzlichen Tod dessen zwei Söhnen, den Stiefbrüdern des Angeklagten,¹¹⁴ gibt Cicero ein Paradebeispiel für die *audacia* des Oppianicus.¹¹⁵

107 Stroh 1975. 199.

108 Cic. *Cluent.* 18. Ebenso Classen 1985. 36; Stroh (1975, 206 ff.) spricht sich jedoch dagegen aus, daß Sassia beim Prozeß persönlich anwesend gewesen ist.

109 Cic. *Cluent.* 19.

110 Cic. *Cluent.* 19–20.

111 Classen 1985. 38.

112 Classen 1985. 38.

113 Cic. *Cluent.* 21–25.

114 Cic. *Cluent.* 26–29.

115 Zur *audacia* des Charakters des Oppianicus vgl. Cic. *Cluent.* 23. 27. 29. 31. 33. 42.

Beim oberflächlicheren Lesen bzw. Zuhören entsteht der Eindruck, als wären hier Morde geschehen, und die Verantwortung für den Tod seiner Söhne auf Oppianicus lastete. Genauer betrachtet formuliert er explizit keinen der beiden Schuldvorwürfe, seine Darstellungsweise ist zwar so angelegt, daß sie jede beliebige Schlußfolgerung zuläßt, sein Ton ist aber bestens dazu geeignet, den Argwohn in den Hörern zu wecken, daß Oppianicus am Tode seiner Söhne nicht gänzlich unschuldig gewesen sein kann.

Es stellt sich die Frage, mit welchen Mitteln der Redner diesen Effekt erzielen konnte. Zuerst macht er über die Verwegenheit des Oppianicus und der Sassia allgemeine Bemerkungen, und hiernach berichtet er vom Zögern der Sassia, ihrem Freier eine Antwort zu geben – allerdings ohne vom Grunde des Zögerns berichtet zu haben. Nachdem er das Interesse seiner Hörerschaft hinreichend geweckt hat, läßt er Sassia behaupten, daß sie sich deswegen nicht für Oppianicus hätte entscheiden können, weil dieser drei Söhne hatte – hiermit vermittelt er den Eindruck, als ob Oppianicus vor die Wahl zwischen seinen Söhnen und seiner künftigen Gattin gestellt worden wäre. Cicero versäumt nicht, hier an die Geldgierigkeit des Oppianicus zu erinnern, und deutet geheimnisvoll an, daß dieser begriffen hätte, daß er gegen das Zögern der Sassia das „Heilmittel“ im eigenen Hause parat hätte. Vom Mord an den Söhnen verliert Cicero kein Wort, er berichtet nur davon, daß Oppianicus gegen seine Gewohnheit einen seiner Söhne zu sich bringen ließ, und als dieser starb, ihn in aller Eile begraben ließ. Über das Schicksal des anderen Sohnes erwähnt der Redner nur, daß dieser ermordet wurde, ohne allerdings auch nur die leiseste Andeutung auf die Person des Mörders zu machen. Somit ist für Cicero die Grundlage geschaffen, seine Folgerung ziehen zu können, daß nun der Heirat zwischen Oppianicus und Sassia nichts mehr im Weg gestanden hätte. Diese Paragraphen eignen sich hervorragend dazu, Licht auf die forensische Taktik der *Cluentiana* werfen zu können: Anscheinend weit auseinander liegende Tatsachen werden vom Redner in harmonischen Einklang gebracht und aneinander gereiht, sein abfälliger Ton vermittelt jedoch den Hörern jene unausgesprochene Folgerung, daß Oppianicus um der Ehe mit Sassia willen seine Söhne umgebracht haben muß.¹¹⁶

Cicero kann nicht zufällig so gefühlt haben: Diesen Griff hat er mit solchem Erfolg angewendet, daß er ruhig Folgerungen auf die Stimmung der Richter des früheren Prozesses – d. h. jenes Prozesses, in dem Oppianicus nicht wegen dieser Todesfälle zur Verantwortung gezogen wurde – ziehen konnte.¹¹⁷ Er richtet eine rhetorische Frage an seine Hörer, ob es selbst einen geben könnte, der Oppianicus für unschuldig oder für das Opfer der richterlichen Willkür hielte.

In der Überleitung zum nächsten Teil der Rede betont Cicero, daß er dessen Behandlung kurz fassen und bald auf die Fragen – d. h. noch nicht auf die An-

116 Classen 1985. 41.

117 Cic. *Cluent.* 29–30.

klagepunkte –, die unmittelbar seinen Klienten betreffen, zu sprechen kommen möchte, aber unterläßt nicht, den Richtern einzuprägen, vor allem auch jenen Anschein zu vermeiden, daß er sich die Anklägerrolle angemäßt hätte, da es unbedingt nötig gewesen ist, die Vorgeschichte aller, von ihm zur Sprache gebrachten Ereignisse darzutun, damit sich die Hörer ein vollständiges Bild vom Fall des Cluentius machen können.¹¹⁸ Im Folgenden läßt Cicero vermuten, allerdings ohne dies auszusprechen, daß Oppianicus am Tode gewisser Personen, so z. B. an dem seiner ersten Gattin, Cluentia, und an dem seines Bruders, C. Oppianicus, schuldig gewesen sein muß.¹¹⁹ Dies erfolgt unter dem Hinweis auf die zwei „Lieblingsstraftaten“ des Oppianicus: Auf den Giftmord und die Richterbestechung.¹²⁰ Die Aufzählung der Todesfälle ist zweifelsohne sehr wirkungsvoll und dramatisch gestaltet, führt aber die Hörer nicht näher zu ihrer Aufklärung, sondern umgibt sie mit einem noch größeren Finsternis, vor allem, weil der Redner die *Topoi* (so z. B. den des Doppelmordes an einer schwangeren Frau) und die stilistischen Mittel (unter anderen die *naphorē*, die *ntithesis*, die *xclamatio* und die *orrectio*) der forensischen Rhetorik in reicher Fülle verwendet.¹²¹

Es scheint, als ließe sich der Pathos des Bildes nicht weiter steigern, aber Cicero geht noch einen Schritt weiter, und erinnert seine Hörer an die Verbindung zwischen Sassia, der Mutter des Cluentius, und Oppianicus, dessen Stiefvater:¹²² In diesem Lichte kann er die von Cluentius erhobene Anklage legitimieren, und zwar mit der auf Cluentius lauernenden unmittelbaren Lebensgefahr.¹²³ Somit stellt er die gegen Oppianicus den Älteren vor acht Jahren erhobene Anklage als einen ebenso notwendigen Schritt dar, wie die Anklage des jüngeren Oppianicus gegen Cluentius – diesen kontrastiert er mit der Rolle der Sassia im Prozeß und dem Mordversuch des Oppianicus des Älteren gegen Cluentius, die sich nicht mit der *pietas*, d. h. weder mit den rechtlichen, noch mit den moralischen Normen vereinbaren lassen.¹²⁴ Um die unmittelbare Lebensgefahr des Cluentius deutlicher zu machen, spricht der Redner nicht mehr von dem Gift,¹²⁵ sondern von dem handfest gewordenen Mordversuch,¹²⁶ und nennt zugleich dessen Motiv: Die Gier des Oppianicus nach der Erbschaft seines Stiefsohnes.¹²⁷ (Jene Hoffnung, die Oppianicus – nach der Interpretation Ciceros – dafür gehegt haben kann, Cluentius zu beerben, läßt vermuten, daß Cluentius kein Testament gemacht hat, und sein nach der gesetzlichen Erbfolge Sassia zufallendes Vermögen früher oder

118 Cic. *Cluent.* 30.

119 Cic. *Cluent.* 30 ff.

120 Cic. *Cluent.* 39.

121 Classen 1985. 43.

122 Cic. *Cluent.* 42.

123 Cic. *Cluent.* 18–20.

124 Classen 1985. 45.

125 Cic. *Cluent.* 20.

126 Cic. *Cluent.* 43.

127 Cic. *Cluent.* 44. Vgl. Cic. *Cluent.* 27. 31. 33 f.; 36 ff.

später – eventuell dadurch, daß der „im Gattinnenmord geübte“¹²⁸ Oppianicus auch Sassia umgebracht hätte – seinem Stiefvater in die Hände gefallen wäre.¹²⁹) Bei der Beschreibung der Vorbereitungen des Mordversuches zeichnet Cicero ein ziemlich negatives Bild von Fabricius,¹³⁰ was bemerkenswert erscheint, vor allem in Anbetracht der Tatsache, daß vor wenigen Jahren Cicero dessen Verteidigung übernahm – was er allerdings mit gutem Taktgefühl erst etwas später zur Sprache bringt.¹³¹ Nach dieser Darstellung sollte – im Auftrag des Oppianicus – Fabricius einen Sklaven des Arztes von Cluentius, nämlich Diogenes zum Mord überreden, aber der Versuch schlug fehl, da der Sklave seinen Herrn gewarnt hatte, der diese Warnung an Cluentius weitergab und ihm zugleich den besagten Sklaven verkaufte. Der Redner faßt an diesem Punkt seine Erzählung verdächtig kurz: Das Gift soll bald übergeben und das Geld einige Tage später von – namentlich nicht genannten – Vertrauensmännern des Cluentius, die aus ihrem Versteck hervorsprangen bei Scamander, dem Freigelassenen der Fabricier entdeckt worden sein.¹³² Anstatt die übrigen Beweise aufzuzählen, verleiht Cicero seiner Empörung mit rhetorischen Fragen Nachdruck und teilt in einer wirkungsvollen *acclamatio* mit, daß Oppianicus von diesen – tendenziös in Plural genannten – Straftaten unter keinen Umständen hätte freigesprochen werden können.¹³³ Es steht außer Zweifel, daß die Schilderung der Tatumstände bei Weitem nicht befriedigend ist, und so manche Angriffsfläche bietet, denn das Gift konnte bei Fabricius nicht gefunden werden – einen ähnlichen, vom Ankläger aufgezeichneten Giftmordversuch riß bekanntlich Cicero einige Jahre später in seiner *Caecilia* mit Brillanz in Stücke.¹³⁴

Die Anspielungen auf die nur allgemein erwähnten und als handfest beschriebenen Straftaten machen die ciceronianische Narrative keineswegs eindeutiger.¹³⁵ Die Erwähnung des entdeckten Giftes bewegt sich auch allzusehr auf der Ebene der Allgemeinheit, da der Redner nicht genau nennt, bei wem das Gift entdeckt worden ist.¹³⁶ In Verbindung mit der Aussage des Senators Baebius wird die ciceronianische Narrative wiederum wissentlich unklar: Der Redner behauptet nämlich, daß Scamander zusammen mit dem Gift und dem Geld ertappt worden sei.¹³⁷ Davor sprach Cicero davon, daß Cluentius zuerst gegen denjenigen Anklage erhob, der mit dem Gift in der Hand ertappt worden war,¹³⁸ was keinesfalls zutreffen kann, da ansonsten nirgends erwähnt wurde, daß Cluentius irgendjemanden

128 Vgl. Cic. *Cluent.* 52.

129 Hoenigswald 1962. 116.

130 Cic. *Cluent.* 45 ff.

131 Cic. *Cluent.* 49–55.

132 Cic. *Cluent.* 47.

133 Cic. *Cluent.* 48.

134 Vgl. Cic. *Cael.* 61–69.

135 Vgl. Cic. *Cluent.* 43. 48. 189.

136 Cic. *Cluent.* 20. 50. 201.

137 Cic. *Cluent.* 53.

138 Cic. *Cluent.* 49.

ertappt hätte.¹³⁹ Das Geheimnis wird weiter umnebelt, als Cicero den Prozeß gegen Scamander zur Sprache bringt – in dem er als Verteidiger für Scamander und gegen Cluentius aufgetreten ist –, da der Redner von jenem Verteidigungsargument spricht, nach dem sich Diogenes und Scamander im Überreichen eines Medikaments und nicht des Giftes geeinigt hätten, bzw. er zitiert jene Frage des Anklägers, warum wohl Scamander einen abgelegenen Ort als Treffpunkt bevorzugt und warum er sich ganz alleine dorthin begeben hätte.¹⁴⁰ Wenn Scamander tatsächlich mit dem Gift in der Hand ergriffen worden wäre, hätte Cicero dies zweifelsohne eindeutiger formuliert. Es kann ebenfalls als eine kräftige Entstellung der Fakten angesehen werden, daß Cicero später behauptet, daß Oppianicus dabei ertappt sein sollte, als dieser seinem Stiefsohn das Gift verabreichen wollte,¹⁴¹ denn er gibt davon keine Auskunft, von wem das Gift dorthin gebracht worden sein sollte, und seine Antwort auf jene Frage, bei wem wohl das Gift gefunden worden sei, ist – vielleicht unter anderen wegen der an diesem Punkt ziemlich schlechten Überlieferung des Textes¹⁴² – ebenfalls nicht eindeutig.¹⁴³

Feststellen läßt sich Folgendes: Ein Freigelassener wurde mit einem Geldpaket und ein Sklave mit Gift ergriffen, der Sklave aber wurde später Cluentius übereignet, was seine Aussage nicht über jeden Zweifel erhaben macht,¹⁴⁴ die Aussage des Senators Baebius, der mit Cluentius ein freundschaftliches Verhältnis unterhielt, kann auch nicht für vollkommen glaubwürdig erachtet werden. In Anbetracht dessen, was die Beweise Ciceros Argumentation bzw. Rekonstruktion der Ereignisse nicht zu untermauern scheinen, konnte er sich nicht mit einer einfachen Beschreibung der Fakten begnügen, da dies nicht das von ihm erwünschte Bild abgezeichnet hätte. Anstatt dessen lenkt er einerseits die Aufmerksamkeit der Richter ab, andererseits versucht er sie mit den vom ihm aufgestellten Hypothesen zu wecken und zu ergreifen – hierbei bedient er sich der folgenden Mittel: Teils platziert er an gewissen Stellen geschickt Teilinformationen, teils überschüttet er die Richter mit einem Fragekatarakt, der aus ihnen Empörung hervorrufen soll.¹⁴⁵

Selbst jenen Umstand, daß er im Prozeß gegen Scamander als dessen Verteidiger aufgetreten ist, weiß Cicero zur Unterstützung seiner Argumentation zu verwenden:¹⁴⁶ Indem er die Umstände des Prozesses zwar detailliert, aber bei Weitem nicht allzu genau erzählt, stellt er seine Rolle darin als die Folge seiner Hilfsbereitschaft und seines Pflichtgefühls, jedoch nicht als die seiner persönlichen Überzeugung dar.¹⁴⁷

139 Classen 1985, 49.

140 Cic. *Cluent.* 53.

141 Cic. *Cluent.* 125.

142 Zur Überlieferungsgeschichte der *Pro Cluentio* s. Rizzo 1983, passim.

143 Classen 1985, 50.

144 Hierzu s. Schumacher 1982, 69–75; Molnár 1998, 243–250; Robinson 1981, 223 ff.; 235 ff.

145 Classen 1985, 51.

146 Humbert 1925, 28.

147 Cic. *Cluent.* 49–50. Vgl. Quint. *inst.* 11, 1, 74.

Um seine eigene Rolle zu verhehlen, greift er erneut Oppianicus den Älteren an, aber läßt zugleich keinen Zweifel daran aufkommen, daß die Verurteilung Scamanders und die des Oppianicus des Älteren als *praeiudicia* miteinander im engsten Zusammenhang stehen.¹⁴⁸ Die narrativen und argumentativen Schichten verschieben sich an diesen Punkten ineinander, was sich allerdings nur beim sorgfältigeren Lesen bemerkbar macht – die Richter, die Cicero zugehört haben, konnten die schwerlich bemerken. Die Beschreibung vom Prozeß gegen Fabricius bereichert uns um keine weiteren Informationen: Cicero ist bemüht, diesen – vor allem wegen dessen Freundschaft zu Oppianicus – als notwendigen Gehilfen oder zumindest als Mitwisser des Mordversuches darzustellen.¹⁴⁹ Die vom Advokaten Caepasius übernommene Verteidigung des Fabricius baut Cicero als komisches Element in seine Rede ein, um den Richtern eine kurze Rast nach den vorher lebhaft beschriebenen Untaten zu gönnen, aber die hieraus gezogenen Folgerungen sind auch eindeutig: Fabricius wurde durch sein eigenes Verhalten, d. h. gleichsam durch sein eigenes Urteil für schuldig befunden.¹⁵⁰ Von dem tatsächlichen – mit großer Wahrscheinlichkeit einstimmigen – Stimmenverhältnis gibt Cicero erst später Auskunft,¹⁵¹ was nahelegt, daß er auch hier einige Fakten und Zusammenhänge wissentlich verschweigt.¹⁵²

Erst nach dieser langen, mit zahlreichen rhetorischen Fragen und fiktiven Dialogen gefärbten Überleitung,¹⁵³ in der die Bedeutung der zuvor ergangenen Urteile erneut hervorgehoben wird, was die Schuld des Oppianicus des Älteren belegen sollte, kommt Cicero auch auf den Prozeß gegen Oppianicus zu sprechen.¹⁵⁴ Sein Ton wirkt immer aufgebrachter, was ihm ermöglicht, die detaillierte Beweisführung und Argumentation unauffällig zu überspringen, und beginnt nun sich mit dem ersten, am Anfang seiner Rede angekündigten – allerdings nicht in die Zuständigkeit des Gerichtshofes gehörenden – Anklagepunkt, nämlich mit der Bestechung der Richter im Oppianicusprozeß des Jahres 74 auseinanderzusetzen.¹⁵⁵

Bei der Ermittlung dessen, wer die Bestechung verübt hat, wird der potentielle Personenkreis von Cicero ziemlich stark eingeschränkt, indem er feststellt, daß unbedingt Oppianicus der Täter gewesen sein muß, wenn es sich beweisen läßt, daß diese Tat nicht von Cluentius begangen worden ist, bzw. wenn es belegbar ist, daß Oppianicus die Bestechung begangen hat, Cluentius notwendigerweise vom Schuldvorwurf freigesprochen werden muß.¹⁵⁶ Diese Stelle wird als hervorragendes Beispiel der Widerlegung mit Hilfe der *remotio* von Quintilian beson-

148 Cic. *Cluent.* 50–55.

149 Cic. *Cluent.* 59. 61.

150 Cic. *Cluent.* 59.

151 Cic. *Cluent.* 62. 105.

152 Classen 1985. 53.

153 Cic. *Cluent.* 59–61.

154 Cic. *Cluent.* 61–63.

155 Cic. *Cluent.* 64 ff.

156 Cic. *Cluent.* 64.

ders hochgeschätzt,¹⁵⁷ und zwar abgesehen von deren Unsachlichkeit, denn in seinen anderen Reden wollte Cicero selber auch nicht leugnen, daß im *iudicium Iunianum* die Richter sowohl vom Ankläger, als auch vom Angeklagten bestochen worden sind, allerdings nicht mit dem gleichen Erfolg.¹⁵⁸ Die klare und scheinbar ehrliche Formulierung Ciceros eignet sich hervorragend dazu, den damaligen Hörer – und auch den heutigen Leser – irrezuführen, denn er stellt seine Alternative auf der Grundlage zweier, einander auf den ersten Blick ausschließenden Behauptungen auf, und nähert sich der Frage der Richterbestechung im Folgenden auch aus dem Blickwinkel des Oppianicus: Mit dem Schuldbeweis gegen Oppianicus wird Cluentius automatisch freigesprochen, d. h. das Ziel des Redners ist es, die Schuld des Oppianicus und nicht die Unschuld des Cluentius zu belegen,¹⁵⁹ genauso wie die Ankläger wahrscheinlich ebenfalls die Schuld des Cluentius und nicht die Unschuld des Oppianicus zu beweisen versuchten.¹⁶⁰ Mit jener Behauptung, daß er den Richtern klare und eindeutige Tatsachen vor Augen zu führen gedenkt, räumt Cicero auch die restlichen Bedenken seiner Hörschaft aus der Welt.¹⁶¹ (Es erscheint nicht als überflüssig zu bemerken, daß Cicero in seiner Rede das Charakterbild des Cluentius mit einigen *Topoi* abtut¹⁶² und sich nicht weiter bemüht, die Unbescholtenheit seines Klienten mit Argumenten, die er aus dessen *vita anteacta* schöpfen könnte, zu unterstreichen.¹⁶³)

Nach der Einleitung¹⁶⁴ wendet sich Cicero der Charakterisierung des Senators Staienus, des Gehilfen des Oppianicus, zu.¹⁶⁵ In diesem Teil werden un- oder zumindest schwer trennbar *narratio* und *argumentatio* ineinander verschmolzen:¹⁶⁶ Hierin wechseln sich objektive Beschreibungen, den Anschein der Objektivität erweckende, in passende Form gekleidete Vermutungen, zweifelsohne einseitige, aber ihre Wirkung auf die Hörer nicht verfehlende Charakterbildnisse, fiktive Dialoge und mal geistreiche, mal dramatisch gestellte Fragen ab.¹⁶⁷ Ciceros Rede gleitet mit eleganter Leichtigkeit über gewisse Probleme und Fakten hinweg, so z. B. wird der Hergang des Prozesses gegen Oppianicus und dessen Verurteilung übergangen, und die Verteilung der Richterstimmen bezüglich der Schuldfrage wird mit einer weniger plausiblen Antwort abgetan. Nach dieser Erklärung sollen gerade die von Oppianicus bestochenen Richter für dessen Schuld gestimmt haben, weil sie mit der Größe des erhaltenen Betrages unzufrieden bzw. davon überzeugt gewesen sein

157 Quint. *inst.* 5, 10, 68.

158 Cic. *Verr.* 1, 39; 2, 2, 78 f.

159 Classen 1985. 56; Classen 1965. 110; Humbert 1938. 284.

160 Stroh 1975. 196.

161 Cic. *Cluent.* 64.

162 Cic. *Cluent.* 83. 133.

163 Hoenigswald 1962. 117.

164 Cic. *Cluent.* 65.

165 Cic. *Cluent.* 66.

166 Stroh 1975, 210.

167 Vgl. Classen 1985. 57.

sollten, daß der Vermittler den Großteil der Summe unterschlagen hatte.¹⁶⁸ Die weisen und die als *praeiudicia* geltenden (bzw. von Cicero als solche dargestellten), in den Prozessen gegen Scamander und Fabricius ergangenen Urteile mit einer gewissen Distanzierung betrachtenden Richter – deren Zahl, wie Cicero später etwas wage vermuten läßt, sich um die Zehn bewegt haben kann¹⁶⁹ – sollen sich der Entscheidung enthalten haben,¹⁷⁰ während fünf unbestochene Richter für die Unschuld des Angeklagten gestimmt haben sollen.¹⁷¹ Um der Hörschaft keine Zeit zu lassen, in der in ihr ein Zweifel über die Schuld des Oppianicus bzw. jene Frage, ob das Gericht tatsächlich ausschließlich von Oppianicus bestochen worden sein kann, fährt Cicero in demselben Atemzug zu den Folgen und politischen Aspekten des Prozeßes fort,¹⁷² und spricht – gleichsam als eine *captatio benevolentiae* – einen offenen Lob und Dank an die Richter für die neugewonnene „Rechtssicherheit“ aus.¹⁷³

Dies wird allerdings als eine Vorgeschichte von Cicero zusammengefaßt, nur um seine eigene Fassung vortragen, bzw. jene Frage stellen zu können, wem wohl im Interesse gestanden sein mag, das Gerichtshof im Oppianicusprozeß zu bestechen.¹⁷⁴ Der Redner vermittelt den Eindruck, als wäre die Schuld des Oppianicus von Anfang an für jeden unzweifelhaft deutlich gewesen, was durch die selbstsichere Haltung des Anklägers und die schuldbewußte Verstörtheit und die unüberlegten Handlungen des Angeklagten unterstrichen wird: Im Lichte des Prozeßausganges stellt Cicero fest, daß einzig und allein Oppianicus so verzweifelt gewesen sein kann, sich zur Bestechung der Richter zu entschließen.¹⁷⁵ Um seine Argumentation zu festigen, führt Cicero die Bücher des Cluentius den Richtern vor – allerdings ohne auf die Bücher des Oppianicus ein einziges Wort zu verschwenden –, in denen sich keinerlei Anhaltspunkte für eine solche Auszahlung finden lassen.¹⁷⁶ Von den Argumenten des Gegners greift Cicero – natürlich nach einer subjektiven Wahl – einige heraus, die er etwas umstilisiert wiederholt, wodurch er den Eindruck erweckt, als ob er diese zugleich widerlegt hätte.¹⁷⁷ Jene Tatsache, daß auch Staienus für die Schuld des Oppianicus gestimmt hat, erklärt er als bloßen Trick des Staienus, der die Bestechungssumme unterschlagen hatte und hiermit den anderen Richtern demonstrieren wollte, daß auch er von Oppianus hintergangen worden war.¹⁷⁸ Von den sechshundertundvierzigtausend Sesterzen, die Oppianicus Staienus übergab, stellt Cicero fest, daß dies zur Bestechung von sechzehn

168 Cic. *Cluent.* 75.

169 Cic. *Cluent.* 107.

170 Cic. *Cluent.* 76.

171 Cic. *Cluent.* 76.

172 Cic. *Cluent.* 77–79.

173 Cic. *Cluent.* 80–81.

174 Vö. Cic. *Cluent.* 81.

175 Classen 1985. 59.

176 Cic. *Cluent.* 82.

177 Cic. *Cluent.* 84–87.

178 Cic. *Cluent.* 83.

Richtern haargenau gereicht hätte – jenen Umstand aber, daß es zum Freispruch siebzehn Stimmen bedurfte¹⁷⁹ und in diesem Fall natürlich auch Staienus nicht leer ausgegangen wäre, verschweigt er mit großem Geschick. Diese mathematische Unebenheit mag zwar dem Leser auffallen, von den Richtern aber, die der Rede zugehört haben, ist sie höchstwahrscheinlich nicht bemerkt worden.¹⁸⁰

Hiermit könnte Cicero im Prinzip seine Argumentation auch beschließen, da er den Charakter, die Vorgehensweise und die Tatmotive des Gegners den Richtern gründlich dargelegt, die Bedeutung der früheren Prozesse eingehend geschildert hat, bzw. die Bestechung der im Jahre 74 über Oppianicus den Älteren urteilenden Richter für bewiesen erachten kann – allerdings hat er die gewichtigeren Argumente der Ankläger, die er in der *partitio* gründlich verschleiert hatte, noch nicht widerlegt. Nun findet er, nachdem er die unbedeutenderen Argumente der Gegner wirkungsvoll entschärft hat, daß die Zeit dafür gekommen ist, sich der zentralen Argumentation der Ankläger, die sich nicht mit einigen Topoi bei Seite schieben lassen, zuzuwenden.¹⁸¹

Als Anfang wiederholt er jene Behauptung der Gegner, nach der zahlreiche Urteile ergangen sind, die beweisen sollten, daß im Prozeß gegen Oppianicus die Richter von Cluentius bestochen worden waren, aber gibt hierauf sofort eine umfassende, zur Ablenkung der Aufmerksamkeit der Richter hervorragend geeignete Antwort. Indem er seine Verteidigung als Angriff tarnt, gibt er allen deutlich zu verstehen, daß darüber nie ein Urteil ergangen ist, daß Cluentius die Richter im Oppianicusprozeß bestochen hätte, bzw. daß die von den Gegnern in diesem Zusammenhang erwähnten und hierauf bezogenen Urteile für den Fall des Cluentius keinerlei Relevanz hätten, und daß Cluentius jetzt zum ersten Mal eine Gelegenheit erhalten hat, auf die Fragen der Richterbestechung im Prozeß vor acht Jahren eine Antwort geben zu können.¹⁸²

Diese Argumentation erscheint umso merkwürdiger, wenn wir bedenken, daß Cicero in der Einleitung seiner Rede selbst betont hat, daß die Richter, die über Cluentius ein Urteil fällen sollten, nur für den Anklagepunkt des Giftmordes zuständig seien, für den der Richterbestechung aber nicht.¹⁸³ Nachdem er schon länger bei dem Fragekreis der Bestechung verweilt hat, versucht Cicero mit einem kühnen Griff in seinen Hörern jenen Eindruck zu erwecken, als ob seine bisherigen Argumente bei Weitem nicht zur Argumentation *extra causam* gehörten.¹⁸⁴ Seine Meinung über die früher in Verbindung mit dem *iudicium Iunianum* ergangenen Urteile faßt der Redner folgendermaßen zusammen: Einige Urteile sollen

179 Cic. *Cluent.* 74.

180 Classen 1985. 61; Humbert 1938. 290.

181 Cic. *Cluent.* 88–116; bzw. 88–137.

182 Cic. *Cluent.* 88.

183 Cic. *Cluent.* 1 ff. Vgl. Classen 1965. 114.

184 Classen 1985. 62.

den Teil einer populären Kampagne in der Volksversammlung gebildet haben,¹⁸⁵ andere sind als bloßes Unglück zu bewerten, andere seien aus der Hinsicht des Cluentiusfalles nichtssagend und irrelevant, andere hätten einen für Cluentius günstigen Ausgang genommen, wieder anderen kann aber selbst die Bezeichnung „Urteil“ abgestritten werden.¹⁸⁶ Im Lichte all dessen schickt sich nun Cicero an den heikelsten Punkt der Vorgeschichte, nämlich die Verurteilung des C. Iunius, des Vorsitzenden des Gerichtshofes im Oppianicusprozeß zu behandeln.¹⁸⁷

Erstens hebt er die übereilte, rechtswidrige und tendenziöse Art des Prozesses gegen Iunius (d. h. die Folge des als Synonym der korrupten Gerichtsurteile gebrauchten *iudicium Iunianum*¹⁸⁸) hervor, zweitens macht er auf die politischen Motive des Prozesses aufmerksam, und drittens zieht er den Inhalt und die Begründung des Urteils in Zweifel.¹⁸⁹ Er versäumt nicht, mit Nachdruck darauf hinzuweisen, daß Iunius in Wirklichkeit nicht wegen der Annahme von Bestechungsgeldern verurteilt worden ist.¹⁹⁰ Bei diesem Argument läßt er jenen Umstand wohlwissend außer Acht, daß im römischen Kriminalverfahren dem Urteil die im Prozeß vorgebrachten Fakten, Argumente und Beweise, und nicht die bei der Erhebung der Anklage formulierten Anklagepunkte zugrunde gelegen haben – was natürlich für Cicero dazu dienen sollte, dem Urteil gegen Iunius die Kraft und Stärke eines *praeiudicium* zu nehmen.¹⁹¹ Das Verfahren gegen Iunius wird von Cicero als Produkt der Kampagne der Volkstribunen dargestellt und dessen Ausgang nicht als Urteil, sondern als verheerender Sturm beschrieben: Hierbei kontrastiert er ganz stark und bewußt die Mittel, Ziele und Motive des Gerichtsverfahrens und die der Volksversammlung, und warnt die Richter und die Zuhörer vor den Gefahren der populären Stimmungsmache der Volkstribunen.¹⁹²

Davon, daß das Urteil, obwohl der Prozeß auf den Ansporn der Volkstribunen begann, als Ergebnis eines senatorischen Gerichtshofes ergangen ist und daß Iunius zu den Freunden des Cluentius gehört hat¹⁹³ – was Cicero bereits vermuten ließ –, bzw. daß er selbst zuvor Agitation gegen die Auswüchse der populären Politik betrieben hat, schweigt der Redner, und betont mit Nachdruck, daß die Verurteilung des Iunius nicht als Urteil, sondern als unheilvoller Sturm angesehen werden kann.¹⁹⁴ Es darf nicht vergessen werden, daß der Gerichtshof Cluentius wegen Richterbestechung nicht hätte verurteilen können, aber wenn der Redner diesen Anklagepunkt nicht aus der Welt geschafft hätte, hätte die Richter nichts davon abhalten können,

185 Vgl. Cic. *Cluent.* 4. 8.

186 Cic. *Cluent.* 88.

187 Cic. *Cluent.* 89–96.

188 Stroh 1975. 195.

189 Cic. *Cluent.* 91.

190 Cic. *Cluent.* 92.

191 Classen 1985. 64.

192 Cic. *Cluent.* 93–95.

193 Cic. *Cluent.* 55.

194 Cic. *Cluent.* 96.

den Angeklagten – nicht so sehr wegen der Bewiesenheit des Giftmordes, sondern wegen ihrer Überzeugung, daß die Richterbestechung im *iudicium Iunianum* von Cluentius begangen wurde – wegen des Giftmordes zu verurteilen, da zum Urteil die Begründung nicht unabdingbar dazugehörte, und in der Schuldfrage die *quaestio* nicht unbedingt an die Bewiesenheit der einzelnen Anklagepunkte gebunden war, d. h. den Richtern die Möglichkeit offen stand, Cluentius *de facto* wegen der Richterbestechung, *de iure* aber wegen des Giftmordes zu verurteilen.¹⁹⁵

Cicero betont wiederum, daß der Fall des Iunius von jenem des Cluentius streng getrennt werden soll, und stempelt – als ob er seiner eigenen Argumentation selber Glauben schenkte – die Verurteilung des Bulbus und der anderen, im Prozeß gegen Oppianicus im Jahre 74 urteilenden Richter, gegen die teils wegen Annahme von Bestechungsgeldern, teils wegen anderen Straftaten Anklage erhoben wurde, als irrelevante Umstände ab, die einer weiteren Erörterung unwürdig seien, da es sich nicht beweisen läßt, daß die Grundlage ihrer Verurteilung mit dem Oppianicusprozeß unmittelbar in Verbindung gestanden hätte.¹⁹⁶

Der Redner bemüht sich entschlossen, den früher ergangenen Urteilen ihre Bedeutung als *praeiudicia* zu nehmen, da er gezwungen ist, auf den – für ihn wegen seiner damaligen Rolle als Verteidiger höchst unangenehmen – Prozeß gegen Staienus einzugehen.¹⁹⁷ Nach einer längeren *praeteritio*¹⁹⁸ macht er sich an den Aufbau seiner Argumentation, deren Schwächen auf den ersten Blick der Aufmerksamkeit der Richter ergangen sein müssen.¹⁹⁹ Cicero nimmt zuerst Bezug auf jene Behauptung des Anklägers – wobei natürlich dahingestellt bleiben muß, ob diese Behauptung wirklich in der Form gemacht worden ist, oder ob Cicero sie etwas entstellt wiedergegeben hat –, daß Staienus von Oppianicus Bestechungsgelder erhalten hat, was der mit der Hilfe der *argumenta e vita antea* dargestellte Lebenswandel des Staienus nicht auszuschließen scheint; jenen Punkt aber, daß im Prozeß eventuell auch jener Verdacht geäußert worden ist, daß Staienus auch von Cluentius Gelder empfangen haben kann, übergeht er natürlich aus taktischen Gründen. Erst nachdem er in einem ziemlich langen und mit Absicht unklar aufgebauten Satz seine Folgerungen gezogen hat, kommt Cicero auf Cluentius zu sprechen. Hierbei wiederholt er seine vorher aufgestellte, aber nach den Kriterien der Logik bei Weitem nicht hinreichend begründete Alternative,²⁰⁰ nach der die von Oppianicus verübte Richterbestechung die Schuld des Cluentius ausschließen würde, und greift auf jene – ebenfalls auf schwachen Beinen stehende, eher als Vermutung formulierte – Folgerung als Prämisse zurück, daß im Falle des Cluentius die Bestechung nicht bewiesen werden konnte. Dies ermöglicht dem Redner, rasch

195 Stroh 1975. 199.

196 Cic. *Cluent.* 97–98.

197 Cic. *Cluent.* 99–102.

198 Cic. *Cluent.* 99–100.

199 Classen 1985. 66.

200 Cic. *Cluent.* 9. 64.

zum Schluß dieses Gedankenganges zu kommen und die folgende Konklusion zu ziehen: Die Verurteilung des Staienus – die, genau wie die vorher erwähnten Urteile, nicht als Ergebnis eines rechtlich fehlerfreien Verfahrens, sondern als Folge eines plötzlich eintretenden Unheils angesehen werden sollte²⁰¹ – sollte nicht gegen Cluentius, sondern vielmehr als ein Beweis für dessen Unschuld ausgelegt werden.²⁰²

Mit dieser Zusammenfassung bereitet Cicero die Erzählung vom Prozeß gegen C. Fidiculanus Falcula vor, der grundlegend anders ausgegangen ist, als die eben erwähnten Verfahren, und aus dem er ebenfalls Argumente für seine Version vom *iudicium Iunianum* gewinnen will. Der Fall des Fidiculanus Falcula, der wegen *crimen repetundarum* angeklagt, aber freigesprochen worden war – und der nach der Behauptung des Anklägers im Oppianicusprozeß Bestechungsgelder von Cluentius empfangen haben soll – wurde von Attius mit Sicherheit zur Sprache gebracht. (Es ist vielleicht nicht überflüssig zu erwähnen, daß Cicero in seiner Rede für Caecina eindeutig machte, daß Falcula – nicht nur nach der Meinung der Öffentlichkeit, sondern auch nach der persönlichen Überzeugung des Redners – gerade wegen des von Cluentius erhaltenen Bestechungsgeldes für die Schuld des Oppianicus gestimmt hatte.²⁰³) Cicero löst den Freispruch des Falcula aus dem von Attius aufgezeichneten Kontext und reiht ihn den anderen als irrelevant bezeichneten *praeiudicia* an, um seiner Ausführung – nach der die Prozesse wegen Korruption gegen jene Richter, die Iunius verurteilten, nichts mit der Anklage gegen Cluentius zu tun hätten – mit einem Fall mit positivem Ausgang die Krone aufsetzen zu können.²⁰⁴ In seiner Argumentation weist Cicero mit Nachdruck auf die Kampagne hin, die der Volkstribun L. Quinctius gegen Falcula geführt hat: Den ersten Prozeß gegen Falcula behandelt er nur am Rande, den zweiten aber etwas eingehender,²⁰⁵ den jedoch verlegt er nicht auf die Unschuld, sondern vielmehr auf den Freispruch Falculas, womit er andeutet, daß der Ausgang der Prozesse gegen Scamander und Fabricius damals für die Richter hinreichenden Grund dafür bot, Oppianicus auch ohne äußeren Einfluß zu verurteilen.²⁰⁶

Weil Oppianicus nur mit einer knappen Stimmenmehrheit verurteilt worden ist,²⁰⁷ hatte Cicero seine Beweisführung auf eine festere Basis aufzubauen, da als Argument für die Schuld des Oppianicus nur ein fast einstimmiges und im Hinblick auf dessen Nachleben ein nicht so skandalumwittertes Urteil hätte dienen können. Um die Aufmerksamkeit der Hörerschaft abzulenken und ihre Wachsamkeit zu hintergehen, beginnt Cicero eine längere, mit rhetorischen Fragen reichgeschmückte Ausführung über die richterliche Meinungsbildung, in der

201 Vgl. Cic. *Cluent.* 88.

202 Cic. *Cluent.* 102.

203 Cic. *Caecin.* 28–30.

204 Classen 1985. 67.

205 Cic. *Cluent.* 103.

206 Cic. *Cluent.* 104–106.

207 Hoenigswals 1962. 110.

er zahlreiche Richter aufzählt, die einerseits für die Schuld des Oppianicus gestimmt haben, andererseits deren moralische Integrität die Rechtmäßigkeit des Urteils untermauern sollte.²⁰⁸ Dieser Exkurs ist zwar auf Vermutungen und Hypothesen aufgebaut, aber die Aufzählung der Namen sollte in der Hörschaft jenen Eindruck erwecken, als ob der Redner den Fragekreis gründlich, eingehend und objektiv behandelt hätte. Die Beschreibung der politischen Hintergründe, die Betonung des vom Volkstribunen L. Quinctius ausgehenden aufrührerischen Stimmungsmache und die Invektive gegen die Übermacht der Tribunen untermauern die Unschuld des Falcula und der anderen verurteilten Richter.²⁰⁹ Hiermit läßt Cicero dem Ankläger keine andere Wahl, als entweder der Richtigkeit und Rechtmäßigkeit der Verurteilung des Oppianicus zuzustimmen, oder aber zuzugestehen, daß den aufgezählten *praeiudicia* aus der Sicht des Verfahrens gegen Cluentius keinerlei Bedeutung zugemessen werden sollte.²¹⁰

Im Folgenden versucht Cicero nicht die Argumente der Ankläger zu widerlegen, sondern bemüht sich, sie zu vernichten und ihre Irrelevanz zu beweisen.²¹¹ Wie das skandalöse und auch noch Jahre später große Wellen schlagende *iudicium Iunianum*²¹² vom Redner nicht als wirkliches *iudicium* anerkannt wird, und er die Urteile gegen Bulbus, Gutta und Popilius nicht als aus der Hinsicht des Verfahrens gegen Cluentius relevante *praeiudicia* akzeptiert²¹³ – da sie nicht auf der richterlichen Korruption basierten –, genauso versucht er den Glauben an der Gültigkeit der im Verfahren gegen P. Septimius Severus wegen *crimen repetundarum* ergangenen *litis aestimatio* zu erschüttern.²¹⁴ Hiermit begründet er die Relativierung der im Rahmen des zensorischen *regimen morum* verhängten *infamia*²¹⁵ bzw. jene Ansicht, nach der sich diese Rüge in ihrer Bedeutung hinter die Richtersprüche einreihet.²¹⁶

Der historische und rechtstheoretische Exkurs muß für die Hörschaft eine Erfrischung bedeutet haben, Cicero aber nutzt diese kurze Verschnaufpause dazu, mit einer ziemlich gekünstelten Alternative die Autorität des zensorischen *regimen morum* zu untergraben.²¹⁷ Nach seiner Argumentation sollen entweder die zensorischen Rügen zur Grundlage für die Feststellung von Fakten dienen, oder aber diesen Maßnahmen sollte ein Beweisverfahren vorausgehen und eine Begründung folgen: Im ersten Fall hätten sie eine wahrlich tyrannische Macht in ihrer Hand, im letzteren aber sollten sie nicht nur für die Schuld des Cluentius,

208 Cic. *Cluent.* 105–107.

209 Classen 1985. 68 f.; Humbert 1938. 292.

210 Cic. *Cluent.* 114.

211 Cic. *Cluent.* 115–137.

212 Kroll 1924. 177.

213 Humbert 1938. 295.

214 Cic. *Cluent.* 115–116.

215 Kroll 1924. 178.

216 Cic. *Cluent.* 119–122.

217 Cic. *Cluent.* 123.

sondern auch für die Unschuld des Oppianicus Beweise anführen. Nach der Erstellung dieser, aus der Sicht der Logik nicht gänzlich tadellosen Alternative, noch bevor die Hörer sie richtig überdenken könnten, überschüttet Cicero sie mit der Aufzählung aller bereits genannten und angedeuteten Frevel des Oppianicus.²¹⁸ Um die Gefühle noch weiter aufzuwiegeln, überschlägt sein Ton in eine Invektive gegen die Irrtümer, die zeitliche Begrenztheit und den Mangel an der Begründung der zensorischen Rügen, in der er sich solcher Beispiele bedient, die er einerseits aus seiner eigenen Praxis, andererseits aus dem Kreise weitgehend bekannter Fälle geschöpft hat.²¹⁹

Jene Tatsache, daß die Zensoren nur zwei Richter, die am *iudicium Iunianum* beteiligt gewesen waren, mit *infamia* belegten, verleitet Cicero zu weiteren Folgerungen: Die Betonung der politischen Beweggründe des zensorischen Vorgehens und der unter den Zensoren bestehenden Uneinigkeit ermöglichen Cicero das Gewicht der zensorischen Maßnahmen weiter zu relativieren, was wiederum als Vorbereitung dazu dient, die Bedeutung der Cluentius erteilten und vom Ankläger erwähnten zensorischen Rüge hinterfragen zu können.²²⁰ Zusammen mit der Tadellosigkeit des Lebenswandels seines Klienten hebt Cicero hervor, daß Cluentius bislang nie die Möglichkeit gehabt hat, sich gegen die Verleumdungen und Verdächtigungen zu verteidigen bzw. diese zu widerlegen²²¹ – und mit diesem ziemlich unklar formulierten Satz erachtet er die Unschuld des Cluentius auch für bewiesen. Das Testament des Egnatius, in dem der Vater seinen Sohn, der im Oppianicusprozeß eine Bestechungssumme erhalten haben soll, enterbte, tut Cicero mit einer gekünstelten und nach den Regeln der Logik nicht ganz richtigen, allerdings die Argumente des Anklägers scheinbar widerlegenden Alternative ab.²²² Der Redner versucht, die Bedeutung jenes Senatskonsultes, das die Richterbestechung des Oppianicusprozeßes sanktioniert hat,²²³ wegen dessen ungenauer Formulierung und Unwirksamkeit zu bestreiten.²²⁴

Die Aufmerksamkeit der Zuhörer muß bei dieser langen, komplizierten und an geistigen Manövern reichen Ausführung zweifellos nachgelassen haben: Aber es muß gerade die Taktik Ciceros gewesen sein, seine Hörer zu erschöpfen,²²⁵ denn nach der Bestreitung der Gültigkeit der *praeiudicia* und deren Vernichtung hatte er nun seine vorher gemachten Aussagen aus dem Gedächtnis der Richter zu löschen.²²⁶ An anderer Stelle versuchte der Redner bereits jene Tatsa-

218 Cic. *Cluent.* 125.

219 Cic. *Cluent.* 126–127.

220 Cic. *Cluent.* 128–132. Vgl. Hoenigswald 1962. 111.

221 Cic. *Cluent.* 134.

222 Cic. *Cluent.* 135.

223 Vgl. Kroll 1924. 177.

224 Cic. *Cluent.* 136–138.

225 Vö. Classen 1985. 72.

226 Cic. *Cluent.* 138–142.

che, daß er einst Scamander verteidigt hatte, genauso zu seinen eigenen Zwecken auszunutzen,²²⁷ wie den Fall des Fidiculanus Falcula,²²⁸ seine Aussagen in der Rede für Aulus Caecina – die Attius mit größter Wahrscheinlichkeit nicht unerwähnt ließ – übergang er einfach, und begnügte sich damit, diese unter dem Begriff „*iudicium Iunianum*“ zu erwähnen.²²⁹ Obwohl der Ankläger Cicero im Prozeß gegen Verres mit dessen Aussagen über die Korruptheit der mit Senatoren besetzten Gerichtshöfe konfrontiert hatte, blieb dieser in seiner Antwort auf der Ebene der längst erprobten Topoi und behauptete, daß der Inhalt seiner Gerichtsreden – da diese nicht mit der Autorität des Gesetztes oder des Gerichtsurteils ins Gewicht fallen – sich immer nur auf den konkreten Fall beziehe und sich darin stets die gegebene Lage, aber keineswegs seine eigene Meinung widerspiegele.²³⁰ Als Parallele erwähnt Cicero das Beispiel des M. Antonius und des M. Crassus,²³¹ was eher als Ablenkungsmanöver, als wirkliches Argument zu bewerten ist, sich aber dazu hervorragend eignet, die Richter dazu zu ermahnen, den Fall objektiv und ohne Vorurteile betrachten zu wollen.²³²

Cicero betont auf alle relevanten, oder besser gesagt auf alle, vom Ankläger für relevant erachteten Anklagepunkte geantwortet zu haben, was dieser gegen Cluentius in Verbindung mit dem Oppianicusprozeß und der Richterbestechung vorgebracht hat,²³³ aber anstatt seine Argumente zusammenzufassen, kommt er – angeblich gegen den Wunsch seines Klienten,²³⁴ aber aus Gründen, die nachher verständlich werden sollten – zur Erörterung jener Frage, was Attius mit größter Wahrscheinlichkeit bereits am Anfang seiner Rede erwartet hätte. Der Redner bestreitet die Zuständigkeit der *quaestio*, die für die *crimina inter sicarios* und die *crimina veneficii* bestellt worden ist, für die von Mitgliedern des Ritterstandes begangenen Fälle der Richterbestechung und behauptet, daß sich ihre Kompetenz nur auf die Fälle erstreckte, in denen Senatoren beteiligt gewesen sind.²³⁵ Mit jener Entscheidung, sich der formallogischen, anstatt der inhaltsbezogenen Verteidigung zu bedienen, gelingt es Cicero einerseits seine Zuversicht und Selbstsicherheit bezüglich des Cluentiusfalles kundzutun, andererseits das Interesse der auf den inhaltlich wesentlichen Teil wartenden Richter aufrecht zu erhalten²³⁶ und sie zugleich scheinbar unbemerkt zu erschöpfen. Das längere Verweilen bei dem Fragekreis der Richterbestechung begründet Cicero einerseits mit

227 Cic. *Cluent.* 49–55.

228 Cic. *Cluent.* 103 ff.

229 Cic. *Cluent.* 138.

230 Cic. *Cluent.* 139.

231 Cic. *Cluent.* 140 ff.

232 Cic. *Cluent.* 142.

233 Cic. *Cluent.* 143.

234 Quint. *inst.* 4, 5, 20.

235 Cic. *Cluent.* 143–160.

236 Quint. *inst.* 4, 5, 10.

der vom öffentlichen Interesse verlangten Notwendigkeit,²³⁷ andererseits damit, auf die Argumente des Attius reflektieren zu müssen, die er allerdings nur flüchtig und verallgemeinernd zitiert,²³⁸ um das Gedächtnis der Richter nicht allzusehr aufzufrischen. In seinem Argument kontrastierte Attius den Wortlaut des Gesetzes²³⁹ (d. h. jene Bestimmung, daß nach der *lex Cornelia de sicariis et veneficis* nur die von den Mitgliedern des Senatorenstandes verübte aktive oder passive Richterbestechung sanktioniert werden könnte) mit dem Geiste des Gesetzes,²⁴⁰ d. h. mit der *aequitas*,²⁴¹ was auch die veränderten Umstände begründet haben, denn während zur Zeit der sullanischen Gesetzgebung die Geschworenengerichte ausschließlich mit Senatoren besetzt waren, bestanden die Gerichte nach der *lex Aurelia* aus dem Jahre 70 jeweils zu einem Drittel aus Senatoren, Rittern und Ärartribunen: Es erschien nun als billig, daß jene, die ein gleichwertiges Amt ausübten, denselben strafrechtlichen Normen unterliegen sollten.²⁴²

In der ciceronianischen Argumentation nehmen die üblichen Topoi einen beträchtlichen Platz ein: Er betont die Wichtigkeit der Gesetzgebung für die Aufrechterhaltung des Staatswesens und erinnert die Richter an ihre Aufgabe im Dienste der Gesetze.²⁴³ Er analysiert die betreffenden Passagen der *lex Cornelia de sicariis et veneficis* eingehend²⁴⁴ und legt dar, daß aufgrund dieses Gesetzes gegen Cluentius keine Anklage hätte erhoben werden können.²⁴⁵ Er behandelt die Unterschiede zwischen dem Senatoren- und Ritterstand bezüglich deren Status, und versucht sie zu legitimieren bzw. die Richter davor zu warnen, die gesetzlichen Bestimmungen durch ihr Urteil ändern zu wollen.²⁴⁶ Wenn sich Cicero von Anfang an strikt an den Wortlaut des Gesetzes gehalten hätte – womit der Ankläger wahrscheinlich gerechnet hat –, hätte er damit gleichsam zugegeben, daß Cluentius sich im Anklagepunkt der Richterbestechung schuldig gemacht hatte, und hätte sich nur auf die fehlende Zuständigkeit des Gerichtshofes wegen der Festlegung des unter die Bestimmung der betreffenden *lex Cornelia* fallenden Personenkreises berufen können, was den ohnehin schwankenden Glauben der Richter an die Unschuld des Cluentius von Grund auf erschüttert und sie vielleicht auch zu jener Folgerung verleitet hätte, daß Cluentius selbst vor einem Mord nicht zurückschreckte.²⁴⁷ In der Zusammenfassung seiner Argumente spricht Cicero erstens einen Lob an die Richter aus, die den

237 Cic. *Cluent.* 145–147.

238 Cic. *Cluent.* 145. 150.

239 Classen 1965. 111.

240 Cic. *Cluent.* 145. 150. 160.

241 Zur *aequitas* und zum Begriff der *interpretatio* s. Büchner 1954. 11 ff.; Carcaterra 1971. 627 ff.; Fuhrmann 1970. 80 ff.; Fuhrmann 1971. 53 ff.; Nótári 2004. 301 ff.; Stroux 1926, *passim*.

242 Vgl. Classen 1985. 76; Stroh 1975. 234; Hoenigswald 1962. 111.

243 Cic. *Cluent.* 146–148.

244 Cic. *Cluent.* 149 ff.

245 Cic. *Cluent.* 154.

246 Cic. *Cluent.* 148. 155. Vgl. Stroh 1975. 197.

247 Stroh 1975. 197 f.

Gesetzen den gebührenden Respekt erweisen, zweitens verweist er auf die – seines Erachtens in Bezug auf die Richterbestechung bereits erwiesene – Unschuld des Cluentius, und drittens spricht er (mit der übertriebenen und den ursprünglichen Sinn verdrehenden Vereinfachung des Gedankenganges des Attius) als verantwortungsvoll denkender Patron und Staatsmann eine Warnung an den Gerichtshof aus, mit einer extensiven Interpretation der betreffenden Passage der *lex Cornelia de sicariis et veneficis* die Autorität der Gesetze und damit die Grundlagen des Staates nicht zu erschüttern.²⁴⁸

Es stellt sich die Frage, welche Gründe Cicero dazu bewegt haben können, seine Argumentation auf die politische Ebene zu verlegen. Die Rede des Attius bietet uns keine Anhaltspunkte, da sie uns nicht erhalten blieb,²⁴⁹ und der damals geltende Text der *lex Cornelia de sicariis et veneficis* ist uns auch nur aus der ciceronianischen Rede bekannt, wobei er daran wohl keine wesentlichen Änderungen hat vornehmen können.²⁵⁰ Classen schlägt drei mögliche Erklärungen vor, mit denen sich die Taktik Ciceros begründen ließe. Erstens ist es nicht auszuschließen, daß Attius den Giftmord in den Mittelpunkt seiner Anklage gestellt und die Richterbestechung aus dem Jahre 74 zur Stimmungsmache gegen Cluentius verwendet hat, d. h. um seines Erfolges sicherer sein zu können, brachte er den Anklagepunkt der Richterbestechung nur als ein wesentliches Detail aus dem Vorleben des Angeklagten vor, wobei er sich eher auf den Sinn, und nicht auf den Wortlaut des Gesetzes stützte. Zweitens ist es auch gut möglich, daß der Mordversuch für Attius nur als Ausgangspunkt diente, um – bei einer *interpretatio extensiva* des Gesetzestextes – Cluentius wegen der skandalösen und folgenschweren Bestechung im Oppianicusprozeß verurteilen zu lassen. Drittens scheint auch jene Vermutung aus der Luft gegriffen zu sein, daß Attius jenes politische Ziel vorgeschwebt haben kann, mit Hilfe der Verurteilung des Cluentius als Exempel die Anwendbarkeit der Sanktionierung der Richterbestechung auf Grund der *lex Cornelia de sicariis et veneficis* auch auf den Ritterstand auszudehnen.²⁵¹

Gegen die politischen Motive des Prozesses sprechen die Personen der Beteiligten, nämlich daß der nicht besonders einflußreiche jüngere Oppianicus – und die aus anderen Quellen unbekannte Mutter, Sassia – von dem eher unbedeutenden Attius unterstützt worden ist, bzw. daß die Verteidigung Cicero alleine versehen hat, ohne einen der anderen angesehenen Advokaten (z. B. Q. Hortensius Hortalus) um Hilfe gebeten zu haben. Es mag weder dem Senatoren-, noch dem Ritterstand im Interesse gestanden haben, mit einer extensiven Interpretation des sullanischen Gesetzes den Täterkreis der passiven Richterbestechung auf die Rit-

248 Cic. *Cluent.* 156–159.

249 Stroh 1975. 195 ff.

250 Classen 1985. 78.

251 Classen 1985. 79.

ter zu erstrecken, weil dadurch auch der Kreis der aktiven Bestechung erweitert worden wäre und auch weitere Bestechungsfälle ans Tageslicht gekommen wären, in denen Senatoren Bestechungsgelder angenommen haben. In dieser Hinsicht hat sich – im Gegensatz zu den Bestrebungen der Populärenpolitik – die von Cicero geforderte *concordia ordinum* durchsetzen können.²⁵² Es verdient Erwähnung, daß die Reformpläne des M. Porcius Cato aus dem Jahre 61, die eine Sanktionierung jeglicher Art der Richterbestechung vorsahen, nie die Gesetzesform annehmen konnten, weil sie gerade diese *concordia* zweifelhaften Rufes und Wertes gefährdet hätten.²⁵³ Die Verlegung der Rede auf die politische Ebene muß daher das Werk Ciceros gewesen sein: Diesen Weg wählte er sich einerseits aus prozeßtaktischen Gründen – ohne dazu vom Ankläger gezwungen worden zu sein –, andererseits um seine Rolle im öffentlichen Leben betonen zu können.²⁵⁴

Zusammenfassend gilt es festzuhalten, daß Cicero den Anklagepunkt der Richterbestechung wahrscheinlich deswegen so ausführlich dargelegt hat, weil die Ankläger den Anklagepunkt des Giftmordes – der tatsächlich zur Kompetenz des Gerichtshofes gehörte – mit einer längeren, gleichsam als psychologische Einleitung dienenden Behandlung der Ereignisse des Oppianicusprozesses vorbereitet hatten, die Cicero notwendiger Weise zu widerlegen gehabt, oder zumindest entwertet haben muß.²⁵⁵

IV. Die Behandlung der Anklage des Giftmordes

Nach diesem Gedankengang schickt Cicero voraus, daß jene Ausführung, die er noch darzulegen beabsichtigt, kurz und bündig zusammengefaßt werden kann, womit er nicht nur den Umfang seiner Argumente andeutet, sondern auch das Gewicht der Anklage zu relativieren versucht, da seines Erachtens die Anklagepunkte nichts anderes sind, als bloße Fiktionen, die – nachdem er die Stimmungsmache gegen Cluentius entschärft hatte – keinen Bestand vor Gericht haben könnten.²⁵⁶ Die Argumente, die sich auf die Motive des Giftmordes richten und die Geldgierigkeit und Grausamkeit des Cluentius betonen, schiebt er mit einigen *Topoi* in aller Eile zur Seite.²⁵⁷ Keinem der Vorwürfe widmet Cicero mehr als einige Sätze, wobei er den geistreichen Repliken und Invektiven einen wesentlich größeren Raum läßt, als einer sachgerechten Widerlegung,²⁵⁸ – dennoch

252 Zur *concordia ordinum* s. Strasburger 1931. passim; Fuhrmann 1960. 481 ff.; Boyancé 1941. 172 ff.; Wirszubski 1954. 1 ff.; Nótári 2009. 91–114.

253 Vgl. Cic. *Att.* 1, 17, 8; 1, 18, 3; 2, 1, 8.

254 Classen 1985. 80 ff.

255 Classen 1985. 84.

256 Cic. *Cluent.* 160. Vgl. Humbert 1938. 294 f.

257 Hoenigswald 1962. 118.

258 Cic. *Cluent.* 161–164.

kann er den Eindruck erwecken, als hätte er die Behauptungen des Attius Punkt für Punkt widerlegt, denn die erschöpften Zuhörer müssen schon mit Ungeduld darauf gewartet haben, daß er zum Abschluß seiner Rede gelangt. Der Redner kann es sich allerdings nicht leisten, auf keinen der Giftmorde einzugehen, denn es hätte den noch so ermüdeten Richtern auffallen müssen, daß er versucht, ihre Aufmerksamkeit derart drastisch und weniger taktisch abzulenken.²⁵⁹

In Verbindung mit der Ermordung des C. Vibius Capax begnügt sich Cicero – anstatt einer Widerlegung – mit der entlastenden Aussage des L. Plaetorius und der Betonung des tadellosen Charakters des Zeugen, darüber allerdings, welcher Punkt der Aussage die Anklage widerlegen sollte, schweigt er taktisch,²⁶⁰ und ersetzt die genaue Beschreibung des Falles mit einigen allgemeinen Bemerkungen.²⁶¹ Dem Tod des Balbutius, der angeblich deswegen gestorben sein soll, weil er jenes Gift, das Cluentius dem jüngeren Oppianicus an dessen Hochzeitsmahl bereitet haben soll, ausgetrunken hatte, widmet er einen größeren Raum.²⁶² In seiner Argumentation weist Cicero zuerst auf den Mangel eines Motives hin, was er aus dem Charakter des Angeklagten ableitet, wonach er darauf zu sprechen kommt, daß Cluentius überhaupt keinen Grund dazu gehabt haben kann, sich vor dem jüngeren Oppianicus zu fürchten – auf jene Motive aber, die den Attentat des Oppianicus des Älteren auf Cluentius zu untermauern schienen,²⁶³ kommt er natürlich nicht zu sprechen.²⁶⁴ Aus dem Kreis der Motive greift Cicero nur jene heraus, die er als einfach widerlegbar erachtet, aber um diese gewichtiger darzustellen, krönt er seine Argumentation mit Fragen, um den Eindruck zu erwecken, als ob er bereits alle Fragen beantwortet hätte.²⁶⁵ Cicero begnügt sich nicht mit der Zerlegung der Anklage oder mit einer bloßen *praeteritio*, sondern bemüht sich – zumindest scheinbar –, die Behauptungen des Attius detailliert zu widerlegen. Der Redner behauptet, daß der Tod des Balbutius nicht auf einen Mord zurückzuführen ist, wofür – nach Cicero – auch dessen Krankheit zu sprechen scheint, die wiederum mit der Aussage des Blesamius des Älteren belegt werden sollte.²⁶⁶ Es erscheint nicht als unwesentlich, auf jenen Umstand hinzuweisen, daß Cicero in seiner Argumentation nicht die Zubereitung des Giftes leugnet, bzw. nicht das, daß Balbitius diesen Becher ausgetrunken hätte, sondern versucht, ausschließlich mit dessen Krankheit und erst später eingetretenem Tod der Anklage die Schärfe zu nehmen. Wie baut sich die ciceronianische Argumentation an diesem Punkt auf? Zuerst betont er die Unschuld seines Klienten, hiernach zieht er die

259 Classen 1985. 90 ff.

260 Vgl. Hoenigswald 1962. 111.

261 Cic. *Cluent.* 165.

262 Cic. *Cluent.* 166–168.

263 Cic. *Cluent.* 44.

264 Hoenigswald 1962. 120 f.

265 Vgl. Quint. *inst.* 5, 7, 37.

266 Cic. *Cluent.* 168.

vom Ankläger rekonstruierte Reihenfolge bzw. die Wahrheit der Ereignisse in Zweifel und setzt diesem mit der Aussage eines, mit dem Opfer verwandten, aber abwesenden Zeugen die Krone auf, um hiermit den Eindruck zu erwecken, auf die Argumente des Gegners eingegangen zu sein und diese widerlegt zu haben.²⁶⁷ Nachdem Cicero die zwei vorhin genannten Fälle ohne eingehende Widerlegung – allerdings mit deren Anschein – abgeschlossen hatte, konnte er sich nun dem wichtigsten Anklagepunkt zuwenden und auf die Ermordung des Oppianicus des Älteren zu sprechen kommen, die angeblich mit der Hilfe des M. Asellius von Cluentius begangen gewesen sein soll.²⁶⁸ Dieser Punkt kann aus dem Gedächtnis der Richter und der Zuhörer keineswegs verschwunden sein, und gerade in dessen Lichte wird der Aufbau der vorausgehenden fünf Sechstel der Rede verständlich. Da Oppianicus der Jüngere mit größter Wahrscheinlichkeit durch die Ermordung seines Vaters zur Anklageerhebung bewogen worden sein muß, war Cicero gleichsam gezwungen, vom Opfer im ersten Teil seiner Rede ein höchst düsteres Bild zu zeichnen, um den Richtern die Anklage als einen ausschließlich vom tiefsten Haß motivierten Rachefeldzug darzustellen, und zugleich mit einer akzeptablen Erklärung für die Todesumstände des Oppianicus des Älteren dienen zu können. Deswegen mußte Cicero die Anklagepunkte der Richterbestechung von jenem des Giftmordes streng und möglichst weit getrennt behandeln, da die bloße Tatsache der Anklage gegen den Stiefvater in den Hörern ein solches Bild von Oppianicus hätte erzeugen können, mit dem sogar der Giftmord bzw. der Giftmordversuch nicht unvereinbar gewesen wäre. Die gesonderte Behandlung der Anklagepunkte barg im Weiteren auch jene Möglichkeit in sich, daß Cicero bei der Widerlegung der Anklage wegen des Giftmordes sich bereits als auf eine Tatsache auf jene Hypothesen und Vermutungen berufen konnte, die er im ersten Teil der Rede aufgestellt hatte.²⁶⁹

Als Ausgangspunkt seiner Argumentation leugnet Cicero ganz entschieden, daß Cluentius irgendeinen Grund gehabt hätte, Oppianicus ermorden zu wollen.²⁷⁰ Er betont weiterhin – indem er sich auf die Reihe der von Oppianicus begangenen bzw. ihm zugeschriebenen Missetaten als auf erwiesene Fakten beruft –, daß es Cluentius lieber gewesen sein muß, seinen Stiefvater im Exil und in Elend leben, als tot zu sehen,²⁷¹ wobei festgehalten werden muß, daß dieser – ansonsten überaus wirkungsvolle – Topos hier gänzlich fehl am Platz gewesen ist, da Oppianicus nie gezwungen worden war, ins Exil zu gehen, und mit Sicherheit nie in Armut leben müssen. Im Folgenden zieht Cicero – genau, wie im Fall des Balbutius – die einzelnen Umstände und Fakten in Zweifel,²⁷²

267 Classen 1985, 94.

268 Cic. *Cluent.* 169–187.

269 Classen 1985, 94 f.

270 Cic. *Cluent.* 169.

271 Cic. *Cluent.* 170 f.

272 Vgl. Hoenigswald 1962, 121 f.

nämlich die Rolle des M. Asellius als Gehilfen²⁷³ und die Realität des im Brot verabreichten Giftes.²⁷⁴ Auf die Aussage Stratos, des Zeugen der Anklage, nimmt der Redner – zumindest vorläufig – geschickt keinen Bezug, sondern beginnt eine wahrhaft horrorhafte Erzählung, zu deren Hauptperson er Sassia, die Mutter des Cluentius, d. h. die Stiefmutter des jüngeren und die Gattin des Oppianicus des Älteren stellt.²⁷⁵ Hierbei gibt er sich gar keine Mühe mehr, für seine Behauptungen Beweise vorzubringen, sondern begnügt sich damit, die abscheulichsten Details der Ereignisse hervorzuheben²⁷⁶ – was mit größter Wahrscheinlichkeit die Aufmerksamkeit der erschöpften Hörerschaft geweckt haben muß – ferner die Grausamkeit der Sassia zu betonen,²⁷⁷ und schließlich sogar den Verdacht des Giftmordes auf sie zu lenken.²⁷⁸

In seiner Darstellung schreckt Cicero auch davor nicht zurück, sich – um das über Sassia gezeichnete Bild düsterer zu gestalten – in gewisse, für die Hörerschaft allerdings kaum bemerkbare Widersprüche zu verwickeln: So betont er an einer Stelle, daß Oppianicus von angesehenen Fremden umgeben war,²⁷⁹ an einer anderen aber spricht er davon, daß er von seinen Nachbarn verachtet und gemieden worden ist.²⁸⁰ Hiernach versucht er erst gar nicht, den Eindruck der Sachlichkeit der Erzählung aufrecht zu erhalten, und überschüttet seine Hörer bzw. Sassia mit Fragen und *Topoi*, und gerade an jener Stelle, wo er auf die Fragen der Ankläger eine exakte Antwort geben müßte: In Verbindung mit dem dritten Verhör des Sklaven Strabo. Es gilt hier hervorzuheben, daß die Zeugenaussagen von Sklaven nur dann als Beweismittel galten, wenn sie unter Anwendung von Folter (*tormentum, eculeus*) verhört worden sind.²⁸¹ Wegen den Umständen des Verhörs erklärt Cicero die Aussage des Strabo für ungültig – umso mehr, als der Sklave in der Verhandlung nicht vorgeführt worden ist²⁸² –, allerdings ohne auf deren Inhalt zu reflektieren.²⁸³ Hier verweist der Redner auf den Anfang seiner Rede, wo er in einer überschwenglichen *praeteritio* die Untaten der Sassia, die sie gegen ihren Sohn begangen hatte, detailliert geschildert hat.²⁸⁴ Von diesen Verbrechen hebt er das sog. *Fabricianum venenum*, d. h. den angeblichen Giftmordversuch der Sassia gegen Cluentius hervor, von dessen Umständen er sich zwar in tiefes Schweigen hüllt, den er aber aus der Hinsicht des Prozeßausganges

273 Cic. *Cluent.* 172.

274 Cic. *Cluent.* 173.

275 Cic. *Cluent.* 174–187.

276 Cic. *Cluent.* 181.

277 Cic. *Cluent.* 177.

278 Cic. *Cluent.* 175.

279 Cic. *Cluent.* 66. 78. 172. 175. 176. 182. Vgl. Hoenigswald 1962. 114.

280 Cic. *Cluent.* 41. 170. 175.

281 Cic. *Cluent.* 181–187.

282 Stroh 1975. 198.

283 Cic. *Cluent.* 181. 183.

284 Cic. *Cluent.* 188–194.

und des richterlichen Urteils als maßgebendes Faktum hinzustellen versucht.²⁸⁵ Den Untaten der Mutter setzen die Vorbereitungen des Prozesses gegen Cluentius die Krone auf,²⁸⁶ da sie mit Hilfe des Anklägers (ihres Stiefsohnes) und durch den Mißbrauch der gesetzlichen Mittel ihren Sohn zugrunde richten wollte – hierbei macht Cicero des Öfteren vom Kontrast zwischen dem Namen „Mutter“ und des unmütterlichen Verhaltens Gebrauch, und macht schließlich Sasia zur eigentlichen Anklägerin ihres Sohnes,²⁸⁷ indem er sie in einer Invektive zu einem über- bzw. untermenschlichen Monster stilisiert.²⁸⁸ Somit gelingt es Cicero, die in der Anklage lauenden Gefahren zu einer wahren *vis maior* wachsen zu lassen, denn solange das Vorgehen des jüngeren Oppianicus als Akt der (Stief)Sohnesliebe, der *pietas* gewertet werden kann, müssen die Motive der Mutter als unmenschliche Rachegeleüste gewertet werden.²⁸⁹ In der *peroratio*²⁹⁰ richtet Cicero sein Bittflehen an die Richter, das er mit pathetischen Ausbrüchen gegen Sasia krönt.²⁹¹

Das Wechseln der Disposition des Gegenstandes, der detaillierten Argumentation und der kurzgefaßten Feststellungen, bzw. das System der einander bestärkenden und untermauernden Argumente und Hypothesen bildet jene Konstruktion, mit der Cicero den Freispruch des Cluentius – was *prima facie* nicht viel Erfolg versprach – erreichte.²⁹² Es war eine zweifelsohne bedeutende Leistung, daß es Cicero gelang, die Ereignisse und Folgen des Oppianicusprozesses, der sich als Gerichtsskandal in das Gedächtnis der Römer eingepreßt hatte, wachzurufen, und diese in eine solche Beleuchtung zu stellen, die den Interessen seines Klienten entsprach.²⁹³ Mit ebenfalls meisterhafter Technik schaffte es Cicero, Zusammengehörendes zu trennen und weit auseinanderliegende Fakten, Argumente und Umstände harmonisch zu verbinden, indem er die Ebenen der *narratio* und der *argumentatio* fast bis zur Unkenntlichkeit ineinander verknüpfte.²⁹⁴

V. Forensische Taktik und zweifache Tatbestandsbehandlung in der Cluentiana

Die Behandlung der *crimina veneficii*, d. h. der tatsächlichen, juristisch relevanten Anklagepunkte an erster Stelle konnte in den Richtern jenen Eindruck erwecken, als ob Cicero versuchte, das *iudicium Iunianum*, den juristisch eher irrelevanten,

285 Cic. *Cluent.* 189.

286 Cic. *Cluent.* 190 f.

287 Cic. *Cluent.* 190–192.

288 Cic. *Cluent.* 192–194.

289 Classen 1985. 100.

290 Cic. *Cluent.* 195–202.

291 Cic. *Cluent.* 199.

292 Classen 1985. 102.

293 Humbert 1938. 114.

294 Volkmann 1885, *passim*; Stroh 1975. 210.

jedoch höchst effektvollen Teil der Anklage zu umgehen, und sich – allerdings nur scheinbar, da er nur später auf den Oppianicusprozeß zu sprechen kommt²⁹⁵ – dem von Attius erstellten System zu fügen. Wegen der Zwangswahl zwischen dem *status collectionis* und dem *status coniecturalis* entschloß sich Cicero zu einem halsbrecherischen, jedoch bereits in der *Rosciana* mit Erfolg angewandten²⁹⁶ Versuch: Er trennte seine eigenen Interessen bzw. Forderungen von denen seines Klienten, indem er behauptete, daß er sich als Verteidiger nur auf den Wortlaut des Gesetzes hätte berufen müssen,²⁹⁷ sich aber dennoch – um den Wunsch des Cluentius, der nicht nur seinen Freispruch erreichen, sondern auch seinen guten Ruf wiederherstellen lassen wollte, nachzukommen²⁹⁸ – für den schwierigeren Weg entschieden hatte, der darin bestand, die Unschuld des Angeklagten nicht nur formell, sondern auch materiell zu beweisen.²⁹⁹ Hiermit gelang es ihm, den Eindruck zu erwecken, als ob jeder einzelne der beiden *status* an und für sich genügend Gewicht besessen hätte, den Sieg im Prozeß zu sichern.³⁰⁰

Die von Cicero angewandte, auf zwei Spuren laufende Argumentation war auch den Erwartungen der Geschworenen angepaßt. Einerseits verteidigte er mit der Anwendung des *status collectionis* die Interessen des Ritterstandes, indem er sich an den Wortlaut des Gesetzes hielt, der für sie die Straffreiheit vorsah,³⁰¹ und erweckte in ihnen zugleich jene Angst, daß im Falle einer extensiven Interpretation in der Zukunft auch gegen Ritter Anklage wegen Richterbestechung erhoben werden könnte.³⁰² Andererseits brauchte sich Cicero nicht davor zu fürchten, sich den Zorn der Richter aus dem Senatorenstand zuzuziehen, da er sich mit der Anwendung des *status coniecturalis* ihre Sympathie gesichert hatte, indem er beweisen konnte, daß sich im *iudicium Iunianum* Oppianicus, und nicht Cluentius der Richterbestechung schuldig gemacht hatte, bzw. daß nur einige Richter bestochen worden waren und Staienus als einziger Geld erhalten hatte,³⁰³ wodurch es ihm gelang, die durch die Ereignisse des Jahres 74 angeschlagene Ehre des Richterstandes wiederherzustellen.³⁰⁴ Die Disposition der *Cluentiana* läßt sich – wie Stroh zutreffend festgestellt hat³⁰⁵ – folgendermaßen aufteilen: In der Erörterung des *iudicium Iunianum*³⁰⁶ werden durch den *status coniecturalis* (d. h. mit jener Behauptung, daß Cluentius den Giftmord nicht verübt hatte) die

295 Cic. *Cluent.* 59 ff.

296 Cic. *Rosc. Am.* 128 ff.

297 Cic. *Cluent.* 145.

298 Cic. *Cluent.* 144.

299 Stroh 1975. 200.

300 Quint. *inst.* 6, 5. 9.

301 Cic. *Cluent.* 150–155.

302 Cic. *Cluent.* 152. 157. Zur Gerichtsbestechung s. Mommsen 1899. 634 f.

303 Kroll 1924. 178.

304 Stroh 1975. 203.

305 Stroh 1975. 204.

306 Cic. *Cluent.* 9–160.

Senatoren,³⁰⁷ durch den *status collectionis* (d. h. mit jener Argumentation, daß aufgrund des sechsten Paragraphen der *lex Cornelia de sicariis et veneficis* Cluentius nicht strafbar sei) die Ritter angesprochen,³⁰⁸ worauf die Behandlung der *crimina veneficii* folgt.³⁰⁹

Um der dem jüngeren Oppianicus zuströmenden Sympathie jegliche Bedeutung zu nehmen, greift Cicero zu einem meisterhaften Mittel: Er läßt die Mutter des Cluentius (d. h. die Witwe des Oppianicus des Älteren bzw. die Stiefmutter des Oppianicus des Jüngeren), die gegenüber ihrem eigenen Sohn von *hostile odium* und *crudelitas* erfüllte Sassia, ins Bild treten, in deren Hand – da angeblich sie diejenige sein sollte, die die Fäden der Anklage zog – selbst der von *pietas* geleitete jüngere Oppianicus zum Rachewerkzeug wird.³¹⁰ Es lohnt sich, genauer zu untersuchen, an welchen Punkten und in welchem Kontext Sassia von Cicero erwähnt wird.³¹¹

Unmittelbar nach dem Exordium nennt er Sassia, die von Grausamkeit und Haß geleitete Mutter, als Quelle der Anklage.³¹² Jene Frage, ob Sassia (wie Classen behauptet) bei der Verhandlung anwesend war,³¹³ oder (wie Stroh und Humbert vermuten) nicht,³¹⁴ ist – da sie weder von Cicero angesprochen wird, noch wir davon unterrichtet sind, daß sie in den Zeugenstand getreten wäre – nicht zu entscheiden und vielleicht auch nicht von ausschlaggebender Relevanz. Schon hier betont er mit Nachdruck, daß Sassia eine überaus bedeutende Rolle im Prozeß spielt,³¹⁵ und daß er sie – im Interesse des Cluentius – nicht schonen kann,³¹⁶ aber worin all dies genau besteht, erfahren wir erst später, nämlich bei der Behandlung der *crimina veneficii*.³¹⁷ Das Protokoll vom Sklavenverhör ließ Attius vor Gericht vorlesen,³¹⁸ es ist jedoch fraglich, ob der Name der Sassia darin vorkam.³¹⁹ Diese – mit großer Wahrscheinlichkeit höchst subjektive und an rhetorischen Übertreibungen reiche – Darstellung der Ereignisse, die wohl kaum als Rekonstruktion genannt werden kann, bot Cicero eine willkommene Gelegenheit, eine effektvolle Invektive gegen Sassia zu beginnen.³²⁰ Jenes frühere Versprechen von einer detaillierten Ausführung³²¹ löst der Redner nur nach dieser Invektive ein, und führt den vom Verhältnis zwischen dem Angeklagten

307 Cic. *Cluent.* 9–142.

308 Cic. *Cluent.* 143–160.

309 Cic. *Cluent.* 161–187.

310 Cic. *Cluent.* 12 ff. Vgl. Quint. *inst.* 6, 5, 9; 11, 1, 62.

311 Stroh 1975. 205 ff.

312 Cic. *Cluent.* 12 ff.

313 Classen 1985. 36.

314 Stroh 1975. 206; Humbert 1925. 115 ff.

315 Cic. *Cluent.* 17.

316 Cic. *Cluent.* 18.

317 Cic. *Cluent.* 176 ff.

318 Cic. *Cluent.* 184.

319 Stroh 1975. 206.

320 Cic. *Cluent.* 176–187.

321 Cic. *Cluent.* 17.

und dessen Mutter vor der Verhandlung mit großer Wahrscheinlichkeit nichts ahnenden Richtern das Bild der zum Monster stilisierten unmütterlichen Mutter vor Augen. Nach dieser Darstellung war sie schon von Anfang an am Mordversuch gegen Cluentius beteiligt,³²² er machte ihren Stiefsohn zu ihrem Schwiegersohn, um in seiner Person einen geeigneten Ankläger gegen ihren leiblichen Sohn stellen zu können.³²³ Nach der kurzen Zusammenfassung des Sklavenverhörs³²⁴ schafft der Redner das Bild der Zeugen manipulierenden, das Verderben ihres Sohnes herbeiführenden, nach Rom geeilten, die Fäden der Anklage in ihrer Hand haltenden und sich vor der Öffentlichkeit im Verborgenen haltenden Sasia.³²⁵

Da die Ankläger Sasia wahrscheinlich unerwähnt ließen und den Gegensatz vom *pius Oppianicus* und vom *impius Cluentius* den Richtern einzuprägen versuchten, ließ Cicero – indem er das Mittel der *retorsio criminis* in Anspruch nahm – mit gutem Gefühl die von den Anklägern erstellte Charakterisierung auf sie zurückfallen: Den jüngeren Oppianicus, der wegen seines jugendlichen Alters bei den Richtern einen guten Eindruck hinterließ, konnte Cicero nicht angreifen, anstatt seiner wählte er Sasia zu seiner Zielscheibe, die zu diesem Zweck um so geeigneter zu sein schien, weil ihre um 86 mit ihrem Schwiegersohn eingegangene Ehe³²⁶ in den Richtern den Topos eines die Gesetze der Natur mißachtenden und auch vor Verbrechen nicht zurückschreckenden Weibes bestärkte.³²⁷ Sein Ziel erreicht Cicero mit der genialen Umstrukturierung der Ereignisse, denn ihm wird von dem *ordo artificiosus* ermöglicht, die zweigeteilte *narratio* in die *argumentatio* einzubauen und von hieraus auf geradem Wege zur *peroratio*, die zugleich die Rolle einer Invektive gegen Sasia einnimmt, zu gelangen. Hiernach soll sich die Aufmerksamkeit und das Bestreben der Richter nicht mehr darauf richten, den Fall des für die Verurteilung und den Tod seines Stiefvaters auf Rache sinnenden jüngeren Oppianicus zu erwägen, sondern darauf, Cluentius von der Rache seiner Mutter zu retten, die alle Gesetze des menschlichen Zusammenlebens mit Füßen tritt, und um ihr Ziel zu erreichen, die Justiz hierzu mißbrauchen will.³²⁸

In dem Teil der Rede, wo er das *iudicium Iunianum* behandelt,³²⁹ vermischt Cicero die traditionell gut trennbaren Mittel der *narratio* und der *argumentatio* mit großem Geschick. Nach der *propositio*³³⁰ und der dazwischen geflochtenen Erzählung über Sasia³³¹ beginnt er eine in der *confirmatio* gipfelnden³³² narra-

322 Cic. *Cluent.* 189.

323 Cic. *Cluent.* 190. Vgl. Kroll 1924. 175; Hoenigswald 1962. 111.

324 Cic. *Cluent.* 191.

325 Cic. *Cluent.* 192 ff.

326 Cic. *Cluent.* 12.

327 Stroh 1975. 208; Hoenigswald 1962. 113.

328 Stroh 1975. 210.

329 Cic. *Cluent.* 9–142.

330 Cic. *Cluent.* 9–11.

331 Cic. *Cluent.* 11–18.

332 Cic. *Cluent.* 81.

tio, aber deren gewisse Teile,³³³ so z. B. die Greuelthaten des Oppianicus³³⁴ und die *praeiudicia* erzählenden Paragraphen³³⁵ erfüllen den Zweck des *probabile e causa*,³³⁶ da sie jene Behauptung zu unterstreichen berufen waren, daß es nicht Cluentius, sondern Oppianicus im Interesse gestanden hat, das Gericht zu bestechen.³³⁷ Genauso geht die Argumentation über das Bestechungsgeld als *probabile e facto* dem narrativen Teil einerseits voraus,³³⁸ andererseits folgt sie ihm,³³⁹ d. h. sie umschließt die hiervon handelnde *narratio*.³⁴⁰ Jene Argumentation also, in der sich die ungefähre Chronologie der Ereignisse abzeichnet, trägt einen narrativen Charakter.³⁴¹

Dieses komplizierte Vorgehen ist unerlässlich, damit Cicero den Richtern jenen (ziemlich unwahrscheinlichen) Gedankengang akzeptabel machen kann, daß im Prozeß des Jahres 74 nicht der obsiegende Cluentius, sondern der für schuldig erklärte Oppianicus den Gerichtshof bestochen hat, und zwar auf jene Weise, daß der von ihm gedungene Mittelsmann, Staienus, den Richtern das Bestechungsgeld zwar versprochen, später aber behauptet hatte, daß der Angeklagte nicht bereit sei, zu zahlen, um die Richter gegen ihn aufzuwiegeln und sichern zu können, daß Oppianicus verurteilt werde und er die ganze Summe behalten könnte. Cicero konnte aber seinen Hörern diese Erzählung nicht ohne Vorbereitung aufzischen, so war er gezwungen, die rekonstruktive *narratio* mit der vorausgehenden *argumentatio* zu untermauern und wahrscheinlich zu machen, daß Oppianicus – in Anbetracht seiner zahlreichen Untaten und jener *praeiudicia*, die seinen Fall negativ beeinflussten – gewichtige Gründe gehabt haben muß, das Gericht zu bestechen.³⁴² Cicero gerät hier in Widerspruch mit jenem Versprechen, daß er in seiner Rede die vom Gegner aufgestellte Gliederung befolgen will,³⁴³ obwohl er sein Versprechen in der eigentlichen *narratio* mehr oder minder einlöst, trotz jenes Umstandes, daß er zuvor auf mehrere, vom Ankläger nicht berührte Punkte zu sprechen kommt. In der langen Einleitung versichert Cicero die Richter dessen, daß er sich nunmehr kurz fassen will,³⁴⁴ und kündigt gleich am Anfang der Rede an, daß er vom Tatbestand nichts zu verheimlichen und auf jeden, vom Attius erwähnten Umstand zu reflektieren vorhat.³⁴⁵

333 Cic. *Cluent.* 21–61.

334 Cic. *Cluent.* 21 ff.

335 Cic. *Cluent.* 49 ff.

336 Stroh 1975. 211.

337 Cic. *Cluent.* 62. 64. 81.

338 Cic. *Cluent.* 64 f.

339 Cic. *Cluent.* 82.

340 Cic. *Cluent.* 66–81.

341 Stroh 1975. 211.

342 Stroh 1975. 312.

343 Cic. *Cluent.* 1.

344 Cic. *Cluent.* 19. 20. 30. 36. 41.

345 Cic. *Cluent.* 1.

Das Durchbrechen der Chronologie zeigt sich bei der Behandlung der gegen den Fall des Cluentius sprechenden *praeiudicia* und des Verbrechenskatalogs des Oppianicus am deutlichsten. Der Vorsitzende (*iudex quaestionis*) des Gerichtshofes im Oppianicusprozeß, C. Iunius wurde im Jahre 74 verurteilt, und der Senat erließ noch im selben Jahr einen Beschluß, der es ermöglichte, daß die am *iudicium Iunianum* beteiligten Richter zur Verantwortung gezogen wurden.³⁴⁶ Im Jahre 73 wurde C. Fidiculanus Falcula in zwei Prozessen freigesprochen,³⁴⁷ 72 wurde P. Septimius Scaevola wegen *crimen repetundarum* und zwischen 73 und 70 M. Atilius Bulbus wegen *crimen maiestatis* verurteilt, im Jahre 70 erteilten die Zensoren M. Aquilius, Ti. Gutta, P. Popilius und Cluentius eine Rüge, 69 wurden Popilius und Gutta wegen *ambitus* und Staienus wegen anderer Verbrechen verurteilt.³⁴⁸ Der Ankläger versuchte all diese Urteile von der Art der jeweiligen Anklage unabhängig als Konsequenz des *iudicium Iunianum* darzustellen.³⁴⁹ Cicero erstellt hiergegen eine künstliche, den Interessen der Verteidigung entsprechende Chronologie, die einerseits die Urteile als Folge der vom Volkstribun Quinctius geschürften *invidia* erscheinen läßt,³⁵⁰ und andererseits mit einer Antiklimax die Aufmerksamkeit von den gewichtigeren Fällen³⁵¹ (d. h. der *listis aestimatio* des Septimius Severus,³⁵² den als unwichtig abgestempelten zensorischen Rügen,³⁵³ dem Testament des Egnatius³⁵⁴ und den Senatsbeschlüssen)³⁵⁵ auf seine eigene in den Verrinen formulierte Meinung lenkt.³⁵⁶ Hiermit erweckt er in seinen Hörern den Eindruck einer sich legenden *invidia*.³⁵⁷

Genauso deutlich wird die von Cicero der forensischen Taktik entsprechend erstellte Chronologie im Hinblick auf die von Oppianicus dem Älteren begangenen und ihm zugeschriebenen Morde und Untaten.³⁵⁸ Der erste Mord: Oppianicus ermordete seine Ehefrau Cluentia, die Tante des Cluentius.³⁵⁹ Der zweite und dritte Mord: Oppianicus vergiftete die schwangere Ehefrau seines Bruders, des C. Oppianicus und den eigenen Bruder, um an dessen Erbschaft zu kommen.³⁶⁰ Nach dem Tode seines Schwagers, des Cn. Magius, der den jüngeren Oppianicus als Erben eingesetzt hatte, überredete Oppianicus der Ältere die schwangere Wit-

346 Cic. *Cluent.* 136.

347 Cic. *Cluent.* 114.

348 Stroh 1975. 215 f.

349 Cic. *Cluent.* 115.

350 Hoenigswald 1962. 111; Kroll 1924. 174 ff.

351 Cic. *Cluent.* 89–114.

352 Cic. *Cluent.* 115–116.

353 Cic. *Cluent.* 117–134.

354 Cic. *Cluent.* 135.

355 Cic. *Cluent.* 136–138.

356 Cic. *Cluent.* 138–142.

357 Stroh 1975. 217.

358 Cic. *Cluent.* 20–41.

359 Cic. *Cluent.* 30.

360 Cic. *Cluent.* 30–32.

we zur Abtreibung und heiratete sie.³⁶¹ Der vierte Mord und die Testamentsfälschung: Mit der Hilfe eines reisenden Giftmischers ermordete Oppianicus seine ehemalige Schwiegermutter Dianeä, die ihn als Erben eingesetzt hatte, und ließ das Testament, als er die Legate schon früher hatte tilgen lassen, neu schreiben und mit einem falschen Siegel versehen.³⁶² Der fünfte Mord: Oppianicus ließ M. Aurius, den Sohn der Dianeä, dem seine Mutter vierhunderttausend Sesterzen vermacht hatte, ermorden, von dem er erfuhr, daß er in Kriegsgefangenschaft geraten war und als Sklave in Gallien lebte.³⁶³ Der sechste, siebte und achte Mord: Oppianicus ließ A. Aurius, der ihm wegen der Ermordung des M. Aurius mit einer Anklage gedroht hatte – und drei weitere Bürger aus Larinum – unter dem Vorwand der Proskriptionen töten.³⁶⁴ Der zehnte und elfte Mord: Oppianicus wollte Sasia, die Witwe des A. Aurius heiraten, die aber nicht die Stiefmutter von dessen drei Söhnen werden wollte, und Oppianicus tötete deswegen zwei von seinen drei Söhnen und ließ nur den jüngeren Oppianicus am Leben.³⁶⁵ Die Testamentsfälschung und der zwölfte Mord: Oppianicus ließ, um sich als Erben einsetzen zu lassen, das Testament des Asuvius, eines Bürgers aus Larinum, fälschen und Asuvius ermorden; hiernach bestach er den *triumvir capitalis* Q. Manlius, der eine Untersuchung wegen des Falles in die Wege leiten wollte.³⁶⁶

Cicero ändert diese Chronologie und gibt von den Verbrechen des Oppianicus in folgender Reihenfolge Rechnung: die Ermordung des M. Aurius,³⁶⁷ des A. Aurius und der drei Bürger aus Larinum,³⁶⁸ der zwei Söhne,³⁶⁹ der Cluentia,³⁷⁰ der Schwägerin und des C. Oppianicus, des Bruders,³⁷¹ die Anstiftung zur Abtreibung,³⁷² die Testamentsfälschung und die Ermordung des Asuvius,³⁷³ die Ermordung der Dinaea und die Fälschung ihres Testaments.³⁷⁴ Es stellt sich die Frage, warum Cicero diesen Weg einzuschlagen „gezwungen“ ist.³⁷⁵ Da die *narratio* in keiner direkten Verbindung mit dem Fall des Cluentius steht, kann der Redner auf die einzelnen Fälle nicht so eingehen, daß er diese mit Urkunden oder Zeugenaussagen zu beweisen versuchen könnte, sondern muß sich damit

361 Cic. *Cluent.* 33–35.

362 Cic. *Cluent.* 40–41.

363 Cic. *Cluent.* 21–23.

364 Cic. *Cluent.* 23–25.

365 Cic. *Cluent.* 26–28.

366 Cic. *Cluent.* 36–39.

367 Cic. *Cluent.* 21–23.

368 Cic. *Cluent.* 23–25.

369 Cic. *Cluent.* 26–28.

370 Cic. *Cluent.* 30.

371 Cic. *Cluent.* 30–32.

372 Cic. *Cluent.* 33–35.

373 Cic. *Cluent.* 36–39.

374 Cic. *Cluent.* 40 f.

375 Stroh 1975. 220.

begnügen, den Anschein einer eingehenden Beweisführung zu erwecken.³⁷⁶ Eine eventuelle Beweisführung wäre durch die Unwahrscheinlichkeit des von Cicero vorgetragene Kriminalromans zweifelsohne erschwert worden: Warum sollte der Serienmörder Oppianicus, dem seine eigenen Familienmitglieder zum Opfer fielen, der sich am Vermögen seiner Opfer bereicherte, der die Gattin seines Opfers heiratete, erst fünfzehn Jahre nach seinem ersten Mord zur Verantwortung gezogen worden sein; warum sollte er von mehreren als Erbe eingesetzt worden sein, obwohl es den Testierenden klar gewesen sein muß, daß sie damit ihren baldigen Tod herbeiriefen; warum sollte C. Oppianicus den Mörder seiner Gattin zu seinem Erben gemacht haben; warum sollte Oppianicus nur zwei von seinen Söhnen ermordet und den dritten am Leben gelassen haben; warum sollte Oppianicus Aurius ermordet haben, obwohl er dessen Legat schon früher, als er das Testament der Diane gefälscht hatte, aus dem Testament tilgte?³⁷⁷ Der Redner versucht die hier angeführten Gegenargumente erst gar nicht zu widerlegen, sondern er ist vielmehr bemüht, daß diese seiner Hörerschaft gar nicht in den Sinn kommen, d. h. er arbeitet anstatt mit offensichtlichen Lügen, mit subtilen Verschleierungen und raffiniertem Verschweigen, bzw. mit der willkürlichen Anordnung der Dramaturgie der Ereignisse. Daß sein Bestreben von Erfolg gekrönt wurde, wird auch dadurch bewiesen, daß auch die späteren Kommentatoren keinen Verdacht geschöpft haben und erst Winfried Stroh versucht hat, den tatsächlichen Hergang der Ereignisse zu rekonstruieren.

Daß Cicero die Ermordung des M. Aurius an erster Stelle behandelt hatte, erwies sich als meisterhafter Kunstgriff, da er als „Beweis“ für die um den Fall entstandenen Gerüchte und die von A. Aurius ausgesprochenen Drohungen,³⁷⁸ bzw. für das Ausbleiben des Prozesses den Mißbrauch der sullanischen Proskriptionen, d. h. die Ermordung des A. Aurius mit Hilfe politischer Machenschaften vorbrachte.³⁷⁹ Mit dem politischen Einfluß des Oppianicus konnte der Redner zugleich erklären, warum der Serienmörder Oppianicus erst fünfzehn Jahre nach seinem ersten Mord zur Verantwortung gezogen worden ist.³⁸⁰ Die Fragen, die in Verbindung mit dem Tod der Diane und ihrem Testament gestellt werden könnten, umgeht Cicero mit genauso großer Genialität. Als er Diane zum ersten Mal erwähnt, spricht er bloß von ihrer Krankheit und ihrem Tod bzw. über die Existenz ihres Testaments, übergeht aber die Testamentsfälschung,³⁸¹ und bringt erst später – nach einer kataraktartigen Aufzählung der Verbrechen des Oppianicus, was den neuen Mord gleichsam logisch macht – die Ermordung der Diane

376 Michel 1960. 257 ff.

377 Stroh 1975. 221.

378 Cic. *Cluent.* 23.

379 Kroll 1924. 176.

380 Stroh 1975. 222.

381 Cic. *Cluent.* 21 f.

und die Tatsache der Testamentsfälschung zur Sprache.³⁸² Daß Oppianicus bereit war, seine eigenen Söhne zu ermorden, erklärt Cicero nicht aus dem Charakter des Oppianicus, sondern aus dem der Sassia, die zur Eheschließung nur unter dieser Voraussetzung ihr Einverständnis gab – das von der den Mörder ihres Gatten heiratenden Sassia gezeichnete düstere Portrait³⁸³ schließt den Mord nicht aus, sondern macht ihn gerade wahrscheinlich.³⁸⁴ Der Mangel an Beweisen hält Cicero davon nicht ab, aus der Not eine Tugend zu machen und die Richter daran zu erinnern, daß ihre Empörung im Vergleich zur Empörung jener Richter, die vor acht Jahren den Fall des Oppianicus untersucht und die Zeugenaussagen angehört hatten, als gering erscheinen wird.³⁸⁵

Die Ermordung der Cluentia (der ersten Gattin des Cluentius), der Schwägerin und des C. Oppianicus (des Bruders) tut Cicero – angeblich um seine Rede nicht in die Länge zu ziehen – in aller Kürze ab. Allerdings veranlaßt die Erwähnung der Cluentia nach Sassia – von der Cicero nicht behauptet, daß sie bis zu dessen Tod die Gattin des Oppianicus geblieben ist – die Hörerschaft mit gutem Grund zu jener Vermutung, daß Cluentia erst später, nach Sassia zur Gattin des Oppianicus wurde, und es kommt in ihnen der Verdacht nicht hoch, daß der Redner von Ereignissen vor dem Jahre 82 spricht. Es steht außer Zweifel: Ciceros Ziel muß es gewesen sein, die Chronologie und damit auch die Hörerschaft gänzlich zu verwirren, da er die hier aufgezählten Morde nicht beweisen, höchstens beklagen konnte.³⁸⁶ Jene Geschenke, die Oppianicus Magia, der Witwe seines Schwagers gegeben hat, lassen zwar nur auf Heiratsabsichten schließen, aber Cicero stellt sie als *merces abortionis* dar, indem er sie mit der auf Anstiftung des Oppianicus vorgenommenen Abtreibung von Magia in Verbindung bringt.³⁸⁷ Um die Ermordung der Dianea und die Fälschung ihres Testaments glaubhaft erscheinen zu lassen,³⁸⁸ fügt hier Cicero die Ermordung des Asuvius ein – in dessen Testament Oppianicus als Haupterbe eingesetzt worden ist –, was durch die Aussage des Avilius, eines Komplizen des Oppianicus unterstützt wird. Hierdurch wird das Beerben seiner Opfer zu einem der Hauptmotive der Untaten des Oppianicus,³⁸⁹ was die Ermordung der Dianea und die Fälschung ihres Testaments nur zu einer Steigerung der Motive des Asuvius-Falles macht.³⁹⁰

Die *narratio der Cluentiana* ist ein Paradebeispiel für den *ordo artificialis* – bzw. für den *mos Homericus*³⁹¹ –, in der die von der *utilitas causae* bedingte Stra-

382 Cic. *Cluent.* 40 f.

383 Cic. *Cluent.* 12–16.

384 Stroh 1975. 222.

385 Cic. *Cluent.* 29.

386 Stroh 1975. 223.

387 Cic. *Cluent.* 34.

388 Cic. *Cluent.* 40 f.

389 Cic. *Cluent.* 36–39.

390 Stroh 1975. 224.

391 Quint. *inst.* 7, 10, 11.

tegie die Stelle der als Tugend angerechneten *perspicuitas* übernimmt. Aufgrund dieser Strategie werden einerseits bei der Kette, andererseits bei der Darstellung der inneren Struktur der Ereignisse die glaubhafteren und besser belegbaren Elemente vor die schwer beweisbaren – oder gar unbeweisbaren – gestellt, damit gleichsam der Kredit und der Grund für die letzteren geschaffen werden.³⁹²

Konklusionen

Um die Bravouren der *Cluentiana* technisch zusammenzufassen: Mit der getrennten Behandlung der Anklagepunkte wegen Bestechung und Giftmord verdoppelt Cicero sowohl die *narratio*, als auch die *argumentatio*; er fügt die normalerweise der *narratio* folgende *propositio* unmittelbar nach dem *prooemium* ein; bei der Behandlung sowohl des ersten, als auch des zweiten Anklagepunktes verschmelzen die *argumentatio* und die *narratio* ineinander; die als Abschluß eingefügte *peroratio* fließt direkt aus der *narratio*; die *extra causam* eingefügten Erzählungen, die freie Behandlung der Chronologie bzw. die gleichzeitige Verwendung des *status collectionis* und des *status coniecturalis* verstärken zusammen die Positionen des Verteidigers. Diese forensische Taktik versetzt den Leser bzw. den Hörer gerade deswegen in Erstaunen, weil er kein einziges Mal das Gefühl bekommt, als wäre er das Opfer einer vorsätzlichen Irreführung seitens von Cicero, und was mehr ist: Die Teile der Erzählung reihen sich in einer scheinbar logischen Kette so aneinander, daß außer Stroh fast alle Kommentatoren der Rede von der von Cicero aufgestellten Ordnung der Ereignisse ausgingen und versuchten, den historischen Tatbestand zu rekonstruieren.³⁹³

Cicero selbst beruft sich als beispielhaftes Exempel der Mischung der drei Stilarten auf seine *Cluentiana*,³⁹⁴ in der das in die Länge gezogene Exordium, die nüchtern kurzen Beschreibungen, die präzise Argumentation, die farbigen Erzählungen, die emotionalen Begründungen, der Pathos und die Ironie, der sprachliche Humor und die mit Leidenschaft eingepprägten Stichwörter, die zutreffenden Charakterisierungen, die auch Übertreibungen nicht entbehrenden Verallgemeinerungen, die mit Wucht gestellten Fragen und die invektivenartigen Exkurse in einer sonst nirgends gesehenen Harmonie verflochten werden.³⁹⁵ Cluentius wurde – dank Cicero – freigesprochen, aber, wie wir es von Quintilian erfahren können, gestand der Redner auch zu, daß dies nur mit der geschickten Manipulation der Richter erreicht werden konnte.³⁹⁶ Vielleicht auch deswegen betrachtete Cicero seine Rede für Cluentius als eine der Höchstleistungen seiner rednerischen Laufbahn,³⁹⁷ wo

392 Stroh 1975. 224 f.

393 Stroh 1975. 226 f.

394 Cic. *Or.* 103. Vgl. Humbert 1938. 280.

395 Classen 1985. 105.

396 Quint. *inst.* 2, 17, 21.

397 Cic. *Or.* 107 f.

ihm sowohl Quintilian,³⁹⁸ als auch Plinius der Jüngere, der diese *oratio* als die hervorragendste Gerichtsrede Ciceros lobpreiste, beipflichteten.³⁹⁹ Die Rede ist wahrlich beispielhaft gestaltet: Der Redner wechselt meisterhaft die Stilarten, bringt Pathos, einfache Beschreibungen und Humor miteinander in Einklang, stellt mit großer Präzision abenteuerliche Ereignisse und dramatische Persönlichkeiten dar und verbindet die Zeitebenen und Argumente plastisch miteinander, ohne – außer es steht in seinem Interesse – den Tatbestand noch rätselhafter zu machen. Er fesselte bis zum Schluß die Aufmerksamkeit seiner Hörerschaft und lenkte die Entscheidung der Richter in die von ihm gewünschte Richtung, da es ihm gelang – wie er es später selber gestand – ihnen Sand in die Augen zu streuen.⁴⁰⁰

Literatur

- BOYANCÉ, P. 1941. Cum dignitate otium. *Revue des Études Anciennes* 43. 172–191.
- BÜCHNER, K. 1954. Summum ius summa iniuria. *Historisches Jahrbuch* 73. 11–35.
- CARCATERRA, A. 1971. Ius summum saepe summast malitia. In *Studi in onore di E. Volterra, IV*. Milano, 627–665.
- CLASSEN, C. J. 1965. Cicero, Pro Cluentio 1-11 im Licht der rhetorischen Theorie und Praxis. *Rheinisches Museum* 108.104–142.
- CLASSEN, C. J. 1972. Die Anklage gegen A. Cluentius Habitus (66 v. Chr. Geb.). *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung* 89. 1–17.
- CLASSEN, C. J. 1978. Cicero, the Laws, and the Law-Courts. *Latomus, Revue des Etudes Latines* 37. 597–619.
- CLASSEN, C. J. 1985. *Recht, Rhetorik und Politik. Untersuchungen zu Ciceros rhetorischer Strategie*. Darmstadt.
- CLOUD, J. D. 1969. The primary purpose of the lex Cornelia de sicariis. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung* 86. 258–268.
- FUHRMANN, M. 1960. Cum dignitate otium – Politisches Programm und Staatstheorie bei Cicero. *Gymnasium* 67. 481–500.
- FUHRMANN, M. 1970. Interpretatio – Notizen zur Wortgeschichte. In Liebs, D. (Hrsg.) *Symptica F. Wieacker*. Göttingen, 80–110.

398 Quint. *inst.* 4, 1, 35; 6, 5, 9.

399 Plin. *epist.* 1, 20, 4.

400 Quint. *inst.* 2, 17, 21.

- FUHRMANN, M. 1971. Philologische Bemerkungen zur Sentenz 'Summum ius, summa iniuria'. In: *Studi in onore di E. Volterra, II*. Milano, 53–81.
- HOENIGSWALD, G. S. 1962. The murder charges in Cicero's Pro Cluentio. *Transactions of the American Philological Association* 93. 109–123.
- HUMBERT, J. 1938. Comment Cicéron mystifia les juges de Cluentius. *Latomus, Revue des Etudes Latines* 16. 275–296.
- HUMBERT, J. 1925. *Les plaidoyers écrits et les plaidoiries réelles de Cicéron*. Paris.
- KÖHLER, Ch. 1968. *Die Proömientechnik in Ciceros Reden: Ein Beitrag zum Verhältnis von rhetorischer Theorie und rednerischer Praxis bei Cicero*. Dissertation. Jena.
- KROLL, W. 1924. Ciceros Rede für Cluentius. *Neue Jahrbücher für das klassische Altertum* 53. 174–184.
- KUNKEL, W. 1962. *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit*. München.
- MICHEL, A. 1960. *Rhétorique et philosophie chez Cicéron. Essai sur les fondements philosophiques de l'art de persuader*. Paris.
- MOLNÁR, I. 1998. Tanúvallomások (kínvallatás) értékelése a bűnösség megállapításánál az ókori római büntetőjogban. *Acta Juridica et Politica Univ. Szegediensis* 53. 243–250.
- MOMMSEN, Th. 1875. *Römische Geschichte, III*. Berlin.
- MOMMSEN, Th. 1899. *Römisches Strafrecht*. Leipzig.
- NÓTÁRI, T. 2006. Summum ius summa iniuria – Comments on the Historical Background of a Legal Maxim of Interpretation. *Acta Juridica Hungarica* 45/1–2. 301–321.
- NÓTÁRI, T. 2009. Cum dignitate otium – Staatsgedanke und forensischen Taktik in Ciceros Rede Pro Sestio. *Revue Internationale des Drets de l'Antiquité* 56. 91–114.
- NÖRR, D. 1978. Cicero-Zitate bei den klassischen Juristen. Zur Bedeutung literarischer Zitate bei den Juristen und zur Wirkungsgeschichte Ciceros. In *Ciceroniana*. Atti del III Colloquium Tullianum. Roma, 111–150.
- PUGLIESE, G. 1970. Aspetti giuridici della Pro Cluentio di Cicerone. *Iura* 21. 155–181.
- RIZZO, S. 1983. *Catalogo dei codici della Pro Cluentio Ciceroniana*. Genova.
- ROBINSON, O. 1981. Slaves and the Criminal Law. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung* 98. 213–254.

- SCHUMACHER, L. 1982. *Servus Index. Sklavenverhör und Sklavenanzeige im republikanischen und kaiserzeitlichen Rom. Forschungen zur antiken Sklaverei 15.* Wiesbaden.
- STRASBURGER, H. 1931. *Concordia ordinum. Eine Untersuchung zur Politik Ciceros.* Leipzig.
- STROH, W. 1975. *Taxis und Taktik. Die advokatische Dispositionskunst in Ciceros Gerichtsreden.* 1975.
- STROUX, J. 1926. 'Summum ius, summa iniuria' Ein Kapitel der Geschichte der *interpretatio iuris.* Berlin–Leipzig.
- VOLKMANN, R. 1885. *Die Rhetorik der Griechen und Römer.* Leipzig.
- WIRSZUBSKI, Ch. 1954. Cicero's cum dignitate otium – A Reconsideration. *Journal of Roman Studies* 44. 1–13.



Die atypischen Verträge im ungarischen Privatrecht

Tekla Papp, Ph.D., Dr. habil.

Universitätsdozentin, Universität der Wissenschaften, Szeged

Staats- und Rechtswissenschaftliche Facultät

E-Mail: tpapp66@gmail.com

Zusammenfassung. Im vorliegenden Beitrag werden die atypischen Verträge im ungarischen Privatrecht untersucht. Zuerst sollen die generellen Charakteristika und der Weg der Entstehung der sog. atypischen Verträge analysiert werden, bzw. eine der Zuordnung der atypischen Verträge erfolgen. Hiernach wird das Verhältnis von Gesetzgebung und Rechtsprechung zu den atypischen Verträgen untersucht. Es sollen im Weiteren neue Tendenzen auf dem Gebiet der atypischen Verträge aufgezeigt werden: Hierbei werden in erster Linie der Behandlungsvertrag und der Merchandising-Vertrag berücksichtigt. Zum Schluß wenden wir uns der Problematik der scheinbar atypischen Verträge zu.

Schlüsselbegriffe: atypische Verträge, Typenzwang des Vertragssystems, Behandlungsvertrag, Merchandising-Vertrag.

Abstract. The classification of contracts has an important role: this is the instrument of the determination of the applicable law. The contracts of Hungarian private law may be divided into two groups: specified and non-specified agreements, among specified contracts typical and atypical contracts, among non-specified contracts mixed and de facto innominated agreements may be distinguished. *The regulatory bounds of Hungarian Civil Code were broadened by the development and phenomena of the market economy,* which also led to the development of different legal ‘formations’ relying on the contractual freedom declared by the great codices of natural law of the ninetieth century: the professional, businesslike management (the regular producing, service providing, commercial activity in order to get profit), the establishment and application of newer and newer contracts became possible because of the so many financial connections and connections among goods, the enormous investments, the cross-border relations of legal transactions, and new contractual techniques appeared which exceeded the traditionally institutionalized basic types of contracts: these are too detailed, self-regulating agreements tending to unification, standardization. The need of the establishment of the group of atypical - different from those contracts expressly mentioned by name in the Hungarian Civil Code - contracts arose because of the economic changes and changes in the legal practice in Hungary at the end of the 20th century.

I. Umschreibung der atypischen Verträge¹

Die Entwicklung der Marktwirtschaft und ihre Erscheinungen – welche rechtliche „Gebilde“ zur Folge hatten, die sich auf die durch die großen naturrechtlichen Kodizes des 19. Jahrhunderts deklarierte Vertragsfreiheit zurückführen lassen – *sprengen den Regelungsrahmen des Zivilgesetzbuches:*

- die geschäftsmäßige Wirtschaftstätigkeit (die regelmäßige Produktions-, Dienstleistungs-, Handelstätigkeit zum Zwecke der Erzielung von Gewinn), die massenhaften Vermögens- und Warenverbindungen, die umfangreichen Investitionen, die nationale Grenzen überschreitenden Rechtsgeschäfts-Verhältnisse ermöglichten die Einbürgerung und Verwendung immer neuer Verträge, und
- es traten neue Vertragstechniken auf, die die traditionell institutionalisierten vertraglichen Grundtypen übertrafen: auf Vereinheitlichung, Standardisierung gerichtete bzw. zu stark ins Detail gehende, selbstregulierende Vereinbarungen.

Die am Ende des 20. Jahrhunderts in Ungarn auftretenden Änderungen in der Wirtschaft und in der Rechtspraxis erweckten die Gruppe der atypischen – von den im Zivilgesetzbuch benannten Kontrakten abweichenden – Verträge zum Leben.

Für diese vertraglichen Rechtsverhältnisse ist charakteristisch, daß

a) die atypischen Vereinbarungen im allgemeinen keine ungarische Bezeichnung haben, sondern unter *einem Namen fremden Ursprungs* (z. B. Leasingvertrag, Franchise-Vertrag, Konzessionsvertrag, Syndikatsvertrag, Lizenzvertrag), oder komplizierten, das Wesentliche des Rechtsverhältnisses nicht sehr präzise ausdrückenden Bezeichnungen (z. B. Konsortsvertrag, als Vertrag, der sich auf die Beteiligung an einer Verbrauchergruppe richtet; Timesharing-Vertrag, als Vertrag, der sich auf die Erlangung des zeitlich geteilten Nutzungsrechtes an Immobilien richtet) geregelt wurden;

b) der Teil „Einzelverträge“ des *Ungarischen Zivilgesetzbuches* (Vierter Teil, III. Abschnitt) *nicht über die atypischen Verträge*. Diese lassen sich keinem der bezeichneten Vertragstypen zuordnen. Es ist anzumerken, daß dieses Kennzeichen relativ ist: die Modifizierung, Neukodifizierung des ZGB können in dieser Hinsicht eine neue Situation schaffen;

c) bei der Herausbildung und Entwicklung der Regeln der atypischen Verträge den *ausländischen praktischen und rechtsschöpferischen Mustern* sowie den einheimischen Gewohnheiten eine *wichtige Rolle* zukam. Innerhalb eines Jahrzehnts oder auch einiger Jahre klärten sich die so entwickelten rechtlichen Konstruktionen und erlangten rechtliche Regelung;

d) mit Ausnahme des Syndikats- und des Franchisevertrages die atypischen Verträge auf *gesetzlicher* (z. B. Konzessionsvertrag, selbständiger Handelsvertretervertrag) oder *Regierungsverordnungsbasis* (z. B. Handel außer Geschäften, Verträge unter Abwesenden) *oder aber durch implementierte internationale Vereinbarungen* (z. B. bei Factoring und Leasing) kodifiziert wurden;

¹ Papp 2009. 9 f.

e) sich im Zusammenhang mit diesen Vereinbarungen *in der europäischen Rechtsentwicklung Bestrebungen zur Rechtsvereinheitlichung* beobachten lassen (z. B. Richtlinie 85/577 EU über Handel außer Geschäft, Richtlinie 94/47/EU über das Timesharing, 97/7/EU über Verträge unter Abwesenden), die sich durch die Rechtsharmonisierung der Europäischen Union auch in der Ungarischen Regelung widerspiegeln;

f) auf der Grundlage von § 200 Absatz (1) ZGB (der Vertragsinhalt von den Parteien frei festgelegt werden kann. Von den Bestimmungen über die Verträge kann im gegenseitigen Einvernehmen abgewichen werden, sofern die Abweichung nicht durch eine Rechtsvorschrift verboten wird.), im Sinne der *Typenfreiheit* diese Vereinbarungen – unter Einhaltung des Verbots eines Verstoßes gegen die Rechtsvorschriften – mit beliebigem Inhalt getroffen werden können. Auch für sie sind die allgemeinen Vorschriften über die Verträge (ZGB; Teil vier; Abschnitt I.) maßgeblich;

g) zwar für einen Teil der atypischen Verträge (Syndikatsvertrag, Franchise-Vertrag, Operating Leasing-Vertrag) keine Formvorschrift besteht, während ein anderer Teil (selbständiger Handelsvertretervertrag, Konsortsvertrag, Timesharing-Vertrag, Konzessionsvertrag, Factoringvertrag, Finanzierungs-Leasingvertrag) den Rechtsvorschriften entsprechend in Schriftform zu fassen ist. Die Praxis bricht konsequent eine Lanze für die Schriftform: nicht unbedingt als Gültigkeitsbeleg, sondern eher wegen der Rolle der Sicherheit und Beweisbarkeit;

h) das Bestreben um ausführliche und genaue schriftliche Formulierungen die Anwendung der *Allgemeinen Vertragsbedingungen* und die Benutzung von *Blankoverträgen* mit sich brachte;

i) *an dem einen Pol* der atypischen Verträge – als Vertragspartner – im allgemeinen eine *Wirtschaftsorganisation* (ZGB § 685, Punkt c), oder eine Unternehmung entsprechend dem Verbraucherschutzgesetz (Gesetz CLV/1997, § 2, Punkt b) erscheint, aber mit dem immer ausgedehnter und komplexer Werden des Geschäftslebens können auch beide Subjekte des Vertragsverhältnisses Wirtschaftsorganisationen oder Unternehmungen sein (z. B. bei Verträgen unter Abwesenden, bei Factoringverträgen, beim Franchise-Vertrag);

j) die atypischen Vereinbarungen *längerfristige Marktverbindungen regeln*, demgemäß richten sie sich im allgemeinen auf ein dauerhaftes Rechtsverhältnis (außer: Verträge unter Abwesenden, Handel außer Geschäft).

II. Die Zuordnung der atypischen Verträge²

Zur Qualifizierung eines Teils der modernen Verträge wurde die Kategorie „gemischter Vertrag“ (*contractus mixtus*) erarbeitet. Zu dieser Klasse gehören jene Vereinbarungen, die Leistungen mehrerer benannter Verträge in verschiedener Form enthalten:

² Papp 2009. 11–14.

a) Es handelt sich entweder um einen *typenvereinenden* Vertrag (z. B. Kauf und Verkauf gemischt mit Schenkung), wo sich Elemente anderer Verträge vermischen, das heißt, daß nicht festgestellt und nicht getrennt werden kann, welche Verfügung welchem Vertrag zugeordnet werden kann;

b) Oder wir sprechen von einem *Typenkombinations*-Vertrag (z. B. Theatervertrag), wo Kennzeichen anderer Verträge sich nicht vermischen, sondern in einem neuen Vertrag trennbar und identifizierbar gemischt sind; siehe die Entscheidung LB Gfv. IX. 30.018/2005, in der das Oberste Gericht die im Falle des Bruches eines Vertrags des gemischten Typs – der Werks-, Auftrags- und Leasingelemente enthält – anwendbaren Rechtsfolgen nach Vertragstypen getrennt festgestellt hat; ebenfalls als typenkombinierter gemischter Vertrag gilt eine Vereinbarung zur Nutzung eines Computerprogrammes (Software), die sowohl Werks-, Miet-, Pacht- und Leasing-Vertragselemente enthält und der Gegenstand eines Rechtsstreites darüber entscheidet, die Vorschriften welchen Vertrages bei der Beurteilung maßgeblich sind (z. B. im Zusammenhang mit der Software-nutzung sind die Regelungen der Miete anzuwenden) (Tafelgericht der Hauptstadt 5. Pf. 21 373/2006/3);

c) Oder der Vertrag ist auf eine *vollkommen eigenartige Dienstleistung* gerichtet (z. B. eine Vereinbarung zur Erfüllung von „Hausmeister-tätigkeiten“; auf bestimmte Zeit geschlossener, gemischter Untermietsvertrag mit einem Auftragsvertrag zur Aushängung von Plakaten – OG LB Pfv. XI. 20.314/2006; ein zur Einführung, Nutzung und Betreibung eines Parksystems geschlossener Vertrag, der auch Anwender- und Pachtelemente beinhaltet, eine gemischte Vereinbarung, die ein dem Franchise-Vertrag ähnliches komplexes Rechtsverhältnis abdeckt – SZIT-H-GJ-2008-89), aber in anderen Charakteristika keine Besonderheiten bietet, nicht von den Verträgen im ZGB abweicht.

Die atypischen Verträge lassen sich wegen der unter Punkt 1 aufgezeigten Charakteristika – nicht bedenkenlos – *in eine der Unterarten der gemischten Verträge einordnen*. Die atypischen Verträge bilden eine eigenständige, sui generis Vereinbarungen-Gruppe, da sie alle Typen der gemischten Verträge, oder auch keinen einverleiben; die gemischten Verträge und die atypischen Verträge sind also keine identischen Kategorien: die atypische Gruppe ist (die Verschmelzung *mehrerer* gemischter Typenarten) und anders (zur gleichen Zeit nicht in diese Arten einzureihen).

*Die Innominat-Verträge gehören nicht zu den atypischen Verträgen.*³ Diese Verträge treten im allgemeinen unter dem Titel „Vereinbarung“ auf, regeln kein anhaltendes Rechtsverhältnis, sondern decken einmalige (nicht regelmäßig vorkommende) spezielle Rechtsgeschäfte ab. Von den atypischen Verträgen abweichend haben diese keine Bezeichnung, sind nicht so verbreitet, sondern individuelle, Ausnahme-Verträge ohne normative Regelung. Durch Anwendung der gemeinsamen Regeln, die sich auf ZGB-Verträge beziehen, können die aus Innominat-Verträ-

3 Zum historischen Hintergrund der sog. *contractus innominati* Nótári 2011. 313 ff.

gen herrührenden Rechte und Verpflichtungen geregelt werden; siehe als Beispiel OG LB Pfv. I/A. Nr. 20.446/2001 (im Zusammenhang mit einer Vereinbarung die dem Servitut nahesteht, aber nicht als Nutzpacht eingeordnet werden kann).

Auch die im Teil „Einzelne Verträge“ des ZGB geregelten, sog. benannten Verträge sind auch nicht atypisch, da ja gerade diese typischen Verträge sind, zu denen wir die im Alltag geschaffenen neuen Vereinbarungen ins Verhältnis setzen.

Aufgrund der Ausführungen in den ersten beiden Punkten ordnen wir die nachfolgenden Verträge den atypischen zu: Syndikatsvertrag, Vertrag unter Abwesenden, Handel außer Geschäft, selbständiger Handelsvertretervertrag, Timesharing-Vertrag, Konsortsvertrag, Konzessionsvertrag, Lizenzvertrag, Franchise-Vertrag, Leasing-Vertrag und Factoring-Vertrag.

III. Das Verhältnis von Gesetzgebung und Rechtsprechung zu den atypischen Verträgen⁴

Das Erscheinen der atypischen Verträge hatte die Entfernung von den dogmatischen Traditionen, und – anfangs – eine unsichere Rechtsanwendung zur Folge.

Bezüglich der Regelung der atypischen Verträge haben sich mehrere Ansichten herauskristallisiert:

a) Die *Absorptionstheorie*: die mit dem einzelnen atypischen Vertrag die meiste Ähnlichkeit (hauptsächlich die Übereinstimmung der wesentlichen Leistungen) aufweisenden, sich auf die benannten Verträge im ZGB beziehenden Vorschriften dafür geeignet zu machen, den gegebenen atypischen Vertrag aufzunehmen, „zu schlucken“;

b) Die *Kombinationstheorie*: Zusammenstellung einer Art „Liste“ (Koordination der Vertragssachverhalte und Rechtsfolgen) in der Hinsicht, daß die verschiedenen Aspekte des einzelnen atypischen Vertrages entsprechend den Verordnungen der im ZGB benannten Verträge zu beurteilen sind;

c) Die *Analogie-Theorie*: Anwendung der allgemeinen Regeln zu Verträgen des ZGB auf atypische Verträge;

d) Die *Kreationstheorie*: wegen der Kompliziertheit der Einpassbarkeit der atypischen Verträge in das ZGB ist dieses Rechtsgebiet durch Schaffung gesonderter Rechtsvorschriften dem Zweck des Vertrages und den Interessen der Parteien bestmöglichst entsprechend zu kodifizieren. (Die Rechtsschöpfung verfolgt im Zusammenhang mit den atypischen Verträgen derzeit diese letztere Theorie.)

Die *richterliche Praxis* betrachtet die atypischen Verträge im allgemeinen ergebnisorientiert: sie konzentriert sich nicht auf die Qualifizierung, sondern auf die Beurteilung des Rechtsgeschäfts. Deshalb wird von den Bedingungen des Vorganges ausgegangen und untersucht,

4 Papp 2009. 14–16.

- worauf der vermeintliche Wille der Parteien gerichtet war;
- was das gewünschte geschäftliche, wirtschaftliche Ziel ist;
- welches die Eigenheiten der ausbedungenen Leistung sind;
- und was die vertragschließenden Parteien bei der Regelung ihres Rechtsverhältnisses noch für wesentlich befanden, welche die hinsichtlich der Vertragschließung bestimmenden Umstände sind. Der Vertragstyp wird nicht durch die von den Parteien gegebene Bezeichnung, nicht durch den Sprachgebrauch der Parteien, sondern durch die Begriffselemente, aufgrund des Inhalts der Vereinbarung festgelegt. Die Offenheit und Flexibilität der richterlichen Anschauungsweise wird auch durch eine veröffentlichte Einzelentscheidung des Obersten Gerichts unterstrichen: der Rechtstitel der Erlangung des Eigentumsrechts läßt sich auch aus einem atypischen Vertrag feststellen, da im Sinne der Vertragsfreiheit die Vereinbarung der vertragschließenden Parteien auch dann gültig ist, wenn das ZGB den Vertragstyp im Kreise der benannten Verträge nicht enthält (EBH 2009. 1843, OG LB Kfv. IV. 37.074/2007).

IV. Neue Tendenzen auf dem Gebiet der atypischen Verträge

Der Kreis der atypischen Verträge ist in mehrfacher Hinsicht unabgeschlossen: einerseits besteht die Möglichkeit, daß die atypischen Vereinbarungen durch die – mögliche – Eingliederung in die benannten Verträge auf Kodex-Niveau gezogen werden, andererseits erfordern die sich ständig ändernden wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Umstände die Regelung der neuen Rechtsverhältnisse durch Verträge. Sofern die wesentlichen Züge, der die neuen Erscheinungen abdeckenden Vereinbarungen den Gruppenkriterien der atypischen Verträge entsprechen, lassen sie sich – nach einer längeren Periode der „Herauskristallisierung“ – in diese Vertragskategorie einreihen. Nachstehend stellen wir zwei Verträge kurz vor, die nach unserer Meinung nach einem einige Jahre dauernden Festigungs- und Verwurzelungsprozeß einmal zu den atypischen Verträgen gehören werden.

IV. 1. Der Behandlungsvertrag⁵

Die *Bezeichnung* des Vertrages stammt vom angelsächsischen *treatment contract* und dem im deutschen Sprachraum üblichen Behandlungsvertrag. In der von der Forschungsgruppe Europäisches Bürgerliches Gesetzbuch (*Study Group of European Civil Code*) erarbeiteten Vorlage (*Principles of Law; PEL*) wird der Behandlungsvertrag unter die Dienstleistungsverträge (*Service Contracts*) eingeordnet.⁶

⁵ Papp 2009. 18–21; Jobbágyi 2007, passim.

⁶ Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of

Dem Begriff zufolge ist der Behandlungsvertrag eine Vereinbarung, auf deren Grundlage der medizinische Dienstleister unter Einhaltung der fachlichen Gewohnheiten und Praxis (Protokoll), der ethischen Regeln sowie der Richtlinien mit der von Teilnehmern an der medizinischen Versorgung allgemein zu erwartenden Fürsorge dem die medizinische Versorgung in Anspruch Nehmenden/der natürlichen Person, der diese zugute kommt, eine medizinische Dienstleistung reicht. *Ziel* des Behandlungsvertrages ist die medizinische Dienstleistung entsprechend den Interessen und dem Willen des Patienten/Inanspruchnehmers (Tafelgericht Szeged Pf. III. 20 308/2007). Die *Subjekte* des Behandlungsvertrages sind einerseits der medizinische Dienstleister (eine Privatperson, juristische Person oder Organisation ohne juristische Person, die über eine, zur medizinischen Dienstleistung berechtigende, von der Medizinischen Behörde ausgestellte Genehmigung verfügt; Gesetz über das Gesundheitswesen CLIV/1997. § 3, Punkt f), andererseits der Inanspruchnehmer der medizinischen Dienstleistung (die im alltäglichen Sinne benutzte Bezeichnung „Kranker“ ist nicht genau: eine zur obligatorischen Reihenuntersuchung gehende/eine Schutzimpfung erhaltende/gebärende natürliche Person kann nicht im engsten Sinne des Wortes als Kranker betrachtet werden). Der *direkte Gegenstand* des Behandlungsvertrages ist eine medizinische Dienstleistung, der *indirekte Gegenstand* die medizinische Dienstleistung.

Nach der Untersuchung des Inhalts des Behandlungsvertrages lassen sich bezüglich der Rechte und Verpflichtungen des medizinischen Personals (hauptsächlich des Arztes) und der Kranken folgende allgemeine Feststellungen machen:

- diese stehen miteinander in Korrelation (was seitens des Arztes eine Verpflichtung und seitens des Kranken ein Recht darstellt; zum Beispiel die Verpflichtung zur Information – das Recht auf Information);

- die einzelnen Rechte werden einander ergänzend verwirklicht (zum Beispiel das Recht zur Inanspruchnahme der medizinischen Versorgung – das Einwilligungsrecht);

- eine Verpflichtung ist die Voraussetzung der Ausübung bestimmter Rechte (zum Beispiel die Dokumentationspflicht, die Datenschutzpflicht – die personenbestimmten Rechte). Auf der Grundlage des Behandlungsvertrages steht dem Kranken *das Recht zur medizinischen Versorgung* zu – welches ein Verfassungsgrundrecht ist – in dessen Sinne jeder Kranke das Recht auf eine durch seinen medizinischen Zustand begründete, kontinuierliche, entsprechende, von Diskriminierung freie Versorgung, auf Linderung seiner Schmerzen, Verringerung seiner Leiden (Gesetz über das Gesundheitswesen § 6, § 7, Absatz (1) hat. Als Unterrechte zum Recht auf medizinische Versorgung treten das *Recht des Kranken auf freie Wahl des Arztes* und das *Recht auf Inanspruchnahme der Untersuchung durch einen anderen Arzt* auf. Das Recht des Kranken auf medizinische Versorgung wird auf der Seite des Arztes als *Versorgungspflicht* realisiert, und

nur in im Gesetz über das Gesundheitswesen festgelegten Fällen kommt dem Arzt *das Recht zur Verweigerung der Untersuchung bzw. der Behandlung* zu; sofern der medizinische Dienstleister seine Versorgungspflicht nicht den Rechtsvorschriften entsprechend erfüllt, trägt er die Verantwortung für die daraus resultierenden Folgen (Entscheid EBH 1419/2006). Der Kranke entscheidet aufgrund des ihm zustehenden Selbstbestimmungsrechts, ob er von seinem Recht auf medizinische Versorgung Gebrauch macht: nimmt er die medizinische Dienstleistung (ganz/teilweise) in Anspruch oder lehnt er sie ab. Zur entsprechenden Ausübung des Selbstbestimmungsrechts ist es unabdinglich, daß *der Arzt sein mit der Auswahl der Untersuchungs- und Therapiemethoden zusammenhängendes Recht* zur Geltung bringt: Aufgrund seiner Fachkenntnis macht er dem Kranken einen Vorschlag zur Untersuchung/Behandlung, der seine Meinung dazu kund tut. Das Selbstbestimmungsrecht hängt auch eng mit dem *Recht des Kranken auf Information* zusammen: der Arzt ist verpflichtet den Kranken – unter anderen – über seinen Gesundheitszustand, die empfohlenen Untersuchungen und Eingriffe, deren Vorteile, die Folgen des Ausbleibens, die Risiken, den Verlauf der Versorgung und den zu erwartenden Ausgang, die möglichen alternativen Verfahren zu unterrichten. Die *Auskunftspflicht* belastet den Arzt nicht, wenn der Kranke auf sein Recht zur Information verzichtet, oder er mit Rücksicht auf den Gesundheitszustand des Kranken das Zurückhalten bestimmter Informationen beschließt (Gesetz über das Gesundheitswesen §1 35. Absatz (1)). Ein Unterrecht des Rechts auf Information ist die Berechtigung des Kranken die über ihn geführte *medizinische Dokumentation kennenzulernen; Einsichtnahme* in die Dokumentation und Anforderung der damit zusammenhängenden Information kann nur durch die Erfüllung der *Dokumentationspflicht* des medizinischen Dienstleisters zur Geltung gebracht werden. Die Dokumentationspflicht geht mit der *Geheimhaltungspflicht* des Arztes (der Kranke kann eine Befreiung davon geben, oder eine Rechtsvorschrift kann eine Datenlieferungspflicht vorschreiben) und dem *Datenschutz* (aufgrund des Datenschutzgesetzes gelten Daten im Zusammenhang mit dem Gesundheitszustand als besondere und verstärkt geschützte Daten; Gesetz LXIII/1992. § 2. Punkt 2. b) einher. Für die vom medizinischen Dienstleister gereichte Versorgung trifft den Kranken eine Gegenleistungspflicht (im Falle einer Privatpraxis/Privatklinik direkt, bei staatlichen Institutionen indirekt aus den Einzahlungen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer).

Der Behandlungsvertrag ist *eine konsensuale, entgeltliche zwei- (oder z. B. bei einer Organverpflanzung mehr-)seitige Vereinbarung mit facere-Charakter, die mündlich/schriftlich/durch konkludentes Verhalten abgeschlossen werden kann*. Bei der Prüfung der Position des Behandlungsvertrages unter den Verträgen kommen von den im ZGB benannten Verträgen der Auftrags- und der Werkvertrag in Frage:

– die für den Auftragsvertrag charakteristische Pflicht des Beauftragten zum persönlichen Vorgehen und das Vertrauensverhältnis zwischen Auftraggeber und

Beauftragtem einerseits, die begrenzte Möglichkeit der Wahl der Institution andererseits werden beim Versorgungsvertrag durch die Umwandlung der medizinischen Versorgung in eine Dienstleistung nicht unbedingt erfüllt: der Kranke kann sein Selbstbestimmungsrecht (und nicht Anweisungsrecht) nur dann in der Sache geltend machen, wenn der über Fachverstand verfügende Beauftragte (Arzt) seiner Auskunftspflicht genüge tut;

– der Ergebnispflichtcharakter des Werkvertrags kann nicht bei jedem Behandlungsvertrag auftreten (bei Zahnersatz ja, Zentrales Bezirksgericht Pest PKKB 31. P. 89.625/1994.; Hauptstädtisches Gericht / Főv. Bír. 41. Pf. 21.853/1997; des weiteren bei Verschönerungseingriffen, bei Schwangerschafts-unterbrechungen und Sterilisierungsverfahren, jedoch bei Herzverpflanzungen, Schädeloperationen dominiert bereits der Fürsorge-Charakter). Der Behandlungsvertrag läßt sich in keine Unterart der gemischten Verträge einordnen:

– er kann nicht als Typenkombinationsvertrag eingestuft werden, da sich schwer bestimmen läßt, welche Vertragstypen darin vermischt werden (bei einer Krankenhausbehandlung treten neben den Auftrags- und Werkvertragsselementen auch Elemente von Miet-, Hinterlegungs-, öffentlichen Versorgungsverträgen usw. auf);

– er ist nicht typenvereinend, weil keine Vermischung der Vertragsselemente beobachtet werden kann: je nach der Art der medizinischen Versorgung ändern sich die Charakteristika, die bei dem Versorgungsvertrag bestimmend werden;

– der Behandlungsvertrag richtet sich immer auf eigentümliche Dienstleistungen, die sich je nach medizinischer Versorgung ändern (siehe: Unterschied zwischen Operation – Lungenröntgen) und lassen sich so nicht auf eine spezielle Dienstleistung beschränken. Unserer Meinung nach ist der *Behandlungsvertrag ein im ZGB nicht benannter, eigenständiger, sui generis, atypischer zivilrechtlicher Vertrag*, der über sämtliche der in Punkt 1 der vorliegenden Arbeit ausgedrückten Gruppenkennzeichen verfügt (siehe noch: Komitatsgericht Csongrád / Csongrád Megyei Bíróság/ 2. Pf. 22 340/2007; BDT 2008. 36).

IV.2. Der Merchandising-Vertrag⁷

Das Wort „merchandising“ (in Deutschland ist der Begriff „Vermarktung“ gebräuchlich) bedeutet Handel/Vertrieb/Promotion des Verkaufs von Waren. Das Merchandising ist gleichermaßen eine Rechtsinstitution und eine wirtschaftliche Erscheinung: ein Mittel der Werbung und des Marketing. *Im ökonomischen Sinne* bedeutet Merchandising die Gestaltung des Geschäfts, die Einrichtung der Lokalität, die Warenvorführung, die Dekoration, die Auswahl, die Personalpolitik, die Verpackung, die Werbung und den Kaufanreiz so zu synchronisieren, daß es den Ansprüchen und Erwartungen der betreffenden Kundenzielgruppe

7 Papp 2009. 21–23; Vida 1995. 10–17; Strihó 2008, passim; Csécsy 2008, passim; Bakos–Nótári 2011. 71 ff.

entspricht. Aus *rechtlicher Sicht* wird Merchandising als Übernahme des Erscheinungsbildes/Übergabe des Imago/Imagetransfer/Übertragung des Erscheinungsbildes qualifiziert; im weiteren wird von uns letzterer Begriff verwendet. Das Wesen des Merchandising ist die sekundäre Verwendung: es bedeutet die Nutzung eines bereits zu Bekanntheit und Akzeptanz gelangten Erscheinungsbildes auf einem anderen Gebiet.

Für den Begriff des Merchandising-Vertrages finden wir drei Bestimmungen: die enggefaßte Kategorie der Sachverständigenkörperschaft für Urheberrecht, die Definition des Vertrages über die Übertragung des Erscheinungsbildes des Sportgesetzes und die Auslegung der Internationalen Vereinigung für Industrierechtschutz (AIPPI). Der Sachverständigenkörperschaft *zufolge* (Expertise Nr. 13/2003) ist das Wesen des Vertragsverhältnisses die Verwendung der charakteristischen Form und weiterer Elemente der urheberrechtlichen Werke zur Steigerung des Absatzes anderer Werke, Waren und Dienstleistungen. Auf der Grundlage des Vertrages *über die Übertragung des Erscheinungsbildes im Sportgesetz* benutzt der Verwender gegen Entgelt zur Beeinflussung der Verbraucher im Rahmen der Marketingtätigkeit den Namen, das Bildnis des Sportlers, beziehungsweise den Namen, das Abzeichen der Sportorganisation, des Sportverbandes, der Sportgemeinschaft, bzw. andere mit der Sporttätigkeit zusammenhängende ideelle Werte auf Werbetafeln, Schmuck- und Geschenkgegenständen, Bekleidung, anderen Gegenständen sowie auf elektronischem Wege (Gesetz I/2004. § 35). Auf der Grundlage des Standpunktes der *Internationalen Vereinigung für Industrierechtschutz* hat der Kontrakt den Charakter eines Verwendungsvertrages, in dessen Rahmen Symbole, Schutzmarken, Teile urheberrechtlicher Schöpfungen, die äußere Erscheinung wahrhafter oder imaginärer Personen verwendet werden, um den Verkauf der Waren, die Dienstleistung zu fördern (vorausgesetzt, daß die fraglichen Zeichen nicht ihrer ursprünglichen Funktion entsprechend, sondern zum Verkauf von Waren und Dienstleistungen durch die allgemeine Bekanntheit und Anziehungskraft der fraglichen Figuren verwendet werden).

Wir stimmen mit der am weitesten gefaßten der drei begrifflichen Annäherungen überein, weil diese auch die beiden anderen engeren Bestimmungen einbegreift: auch der von der Internationalen Vereinigung für Industrierechtschutz geschaffene Begriff beschäftigt sich mit den Teilen der Urheberwerke und imaginären Personen, im Weiteren gehört der Sportler zur Kategorie natürliche Person, und Name/Abzeichen von Sportorganisation/Sportverband/Sportkörperschaft entsprechen im weiteren Sinne dem Begriff Symbol/Schutzmarke.

Zweck des Abschlusses des Merchandising-Vertrages ist die Käufer auf dem Markt durch die Benutzung des Namens, des Bildnisses berühmter Personen, imaginärer Figuren/Zeichentrickfiguren/Roman-, Märchenfiguren/Schutzmarken usw. zu beeinflussen: sie zum Kauf zu bewegen. Die Verkaufsförderung, die Steigerung des Warenabsatzes basiert auf der positiven Beurteilung der benutzten

Personen/Zeichen, und dadurch wird das Merchandising zur effektiven Methode der Produkt-/Dienstleistungs-/Werbung (die Kosten der Markteinführung können durch Imageübernahme verringert werden). Der Umsatz der Unternehmen, die das Merchandising anwenden, steigt, sie erzielen Mehreinnahmen und werden zu Vorreitern des Konkurrenzkampfes, indem sie die rechtliche Konstruktion immer weiter ausnutzen. Die von dem Merchandising – als Marketingmittel – am häufigsten betroffenen Bereiche sind: Bekleidungs- und sich anschließende Modeartikel (z. B. Gucci-Tasche, Benetton-T-Shirt), Presseerzeugnisse und Schreibwaren (z. B. Ansichtskarte mit Hello Kitty), Unterhaltung (z. B. Werbung für ein Konzert mit Hilfe einer bekannten TV-Persönlichkeit), Geschenk- und Ziergegenstände (z. B. Winnie Puh-Becher), Produkte der Nahrungsgüterindustrie (z. B. Rozi Horváth-Gewürzmischung), Einrichtungs- und Haushaltsartikel (z. B. Tiffany-Lampe), Sportartikel und Sportausrüstung (z. B. wirbt Roger Federer für Nike Sportkleidung), Spiele (z. B. Harry Potter Gesellschaftsspiel), Gesundheits- und Schönheitspflegemittel (z. B. Penélope Cruz als L'Oréal-Gesicht) und elektronische Massenartikel (z. B. bewirbt Tiger Woods TAG Heuer Uhren).

Subjekte des Merchandising-Vertrages sind der Verwender (*merchandiser*), der zur Verbesserung der Verkäuflichkeit seiner Ware/Dienstleistung eine Übertragung des Erscheinungsbildes verwendet, und der Berechtigte, der der gewerblichen Nutzung des Namens/Bildnisses/Teile seines/r urheberrechtlichen Werkes/Firmennamens/Schutzmarke/ Warenzeichens/Logos (einer natürlichen Person, Rechtsperson, Wirtschaftsgesellschaft ohne Rechtsperson) zustimmt.

Der *direkte Gegenstand* des Merchandising-Vertrages ist der an den indirekten Vertragsgegenstand angeschlossene Gebrauch und die Ausnutzung des Goodwill/Image. Der *indirekte Gegenstand* kann ein Persönlichkeitsrecht sein (Name/Bildnis einer lebenden/historischen Person, Firmenname einer nicht natürlichen Person), Bezüge einer imaginären Person (Name, Stimme, Abbildung, mehrdimensionale Reproduktion, siehe: Spiderman, Rambo), Schutzmarke, Abbildung, Emblem (z. B. einer Sportvereinigung), Firmenname, Teile Urheberrechtlicher Werke (Tierfiguren aus Zeichentrickfilmen, eine Melodie, Buch-/Filmtitel usw.) und Prestige (z. B. T-Shirt mit dem Namen und Wappen einer berühmten Universität).

Eines der wichtigsten Elemente des *Inhalts* des Merchandising-Vertrags ist die Verwendung des Erscheinungsbildes, wofür entweder keine Zustimmung benötigt wird (z. B. Werbung für das Kaiser Bier) oder eine Zustimmung benötigt wird (z. B. die Verwendung des Bildnisses einer lebenden Person, Genehmigung der Ungarischen Akademie der Wissenschaften zum Namen einer historischen Person). Es ist auch eine sogenannte Eigenverwendung vorstellbar. Dann weitet eine Unternehmung ihr Erscheinungsbild (*goodwill*) auch auf andere Bereiche aus (z. B. ein Restaurant bringt Weine mit seinem Namen in Umlauf). Der andere wesentlichste inhaltliche Bezug des Merchandising-Vertrages ist der Rechtsschutz des Berechtigten einerseits gegenüber einer unrechtmäßigen Übertragung des Er-

scheinungsbildes, andererseits gegenüber der Verwendung des Image/Goodwill ohne Rechtstitel und Rechtsgrundlage (d. h. ohne eine Merchandising-Vereinbarung) durch Konkurrenten des Vermarkters. Das Recht sichert zur Regelung dieser Problemkreise zahlreiche und vielfältige Schutzmittel:

- die Vorschriften des ZGB zum Persönlichkeitsschutz (Gesetz IV/1959. §§ 7780, §§ 84–85),
- die Anordnungen des Schutzmarkengesetzes (Gesetz XI/1997 § 5. Absatz (1) Punkt. a), § 7, § 12. Absatz (2), § 27),
- die Regeln des Urheberrechtsgesetzes (Gesetz LXXVI/1999. § 16),
- der Abschnitt des Sportgesetzes (Gesetz I/2004, § 35),
- die Norm des Pressegesetzes (Gesetz II/1986, § 3. Absatz (1),
- die Bezüge des Werbungsgesetzes (Gesetz XLVIII/2008. § 9, Absatz (2), § 10, § 12, § 13, § 14, § 18, § 19, § 20),
- der Sachverhalt des Anhangs des Gesetzes über das Verbot der unlauteren Handelspraxis gegenüber dem Verbraucher (Gesetz XLVII/2008 Anhang Punkt 3),
- die Paragraphen des Wettbewerbsgesetzes (Gesetz LVII/1996 § 8; sekundärer Schutz, weil die Möglichkeit des Auftretens gegenüber dem Konkurrenten des Vermarkters geregelt wird).

Der Merchandising-Vertrag ist eine heterogene und komplexe Rechtsinstitution, deren *Qualifizierung* durch den Charakter des vermittelten Gegenstandes beeinflusst wird: er kann Elemente von Verlegerverträgen, Verfilmungsverträgen, Verträgen über die Verwendung bildgrafischer Schöpfungen, Verträgen über die Verwendung gebrauchsgrafischer Werke, Werbeverträgen, Sponsorenverträgen, Verträgen über die Übertragung des Erscheinungsbildes, Lizenzverträgen, Franchise-Verträgen, Verträgen über die Verwendung von Handels/Firmennamen gleichzeitig oder gesondert enthalten. Daraus schließen wir, daß der Merchandising-Vertrag aufgrund seines veränderlichen und speziellen Gegenstandes, Inhalts (ähnlich dem Behandlungsvertrag) ein *entgeltlicher atypischer Vertrag* ist, der auch über die unter Punkt 1 dieser Studie beschriebenen Charakteristika verfügt.

V. „Scheinbar atypische“ Verträge⁸

Unter die „scheinbar atypischen“ Verträge ordnen wir die Kontrakte, die aufgrund der Bezeichnung und der Formulierung des Inhaltes der Vereinbarungen den Anschein erwecken, als entsprächen sie einigen Gruppenkennzeichen des atypischen Vertrages (z. B. Name fremden Ursprungs; scheinbar gehören sie nicht zu den im ZGB benannten Verträgen; die Rolle der ausländischen Praxis bei der Adaptierung in Ungarn; die Anwendbarkeit der gemeinsamen Regeln der Verträge; sie werden hauptsächlich für den Aufbau eines dauerhaften Rechtsverhältnisses zwischen

8 Papp 2009. 23–25.

Wirtschaftsorganisationen geschlossen); in der Realität sind sie entweder als gemischte Verträge einzuordnen, oder entsprechen sie einem benannten Vertrag. Bei der Feststellung des Typus eines Vertrages ist nicht die von den Parteien festgelegte Bezeichnung und der Sprachgebrauch der Parteien bestimmend, sondern es muß vom Inhalt der Vereinbarung und deren begrifflichen Elementen ausgegangen werden. Diesen Kriterien entsprechend erfolgt die schematische Zuordnung des Distributoren-, Dealer-, Outsourcing- und Investitionsvertrages.

Im Rahmen des *Distributor-Vertrags*⁹ kauft der Distributor vom Hersteller unter Beschränkung seiner Einkaufs- und Vertriebsmärkte auf ein festgelegtes geographisches Gebiet, und vertreibt für den ihm gewährten Preisnachlaß das auf seinen Namen und zu seinen Gunsten gekaufte Erzeugnis auf der Grundlage eines Rahmenvertrages, der auf ein dauerhaftes Rechtsverhältnis abzielt (Vb/01103; DCFR: *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*). Als Synonym von Distributor werden auch die Begriffe Importeur, Weiterverkäufer, Verkäufer, Provider und Markenhändler benutzt (4/2009. /III.17./ EüM rendelet/Verordnung; 104/2007.VJ; 81/2006.VJ; 26/2006.VJ; 21/2006.VJ; 154/2004.VJ; 60/2004.VJ; VEF 2007.2.; BDT 2007. 1533). Der Distributor-Vertrag bezieht sich also auf den Kauf und Verkauf eines bestimmten Erzeugnisses, stimmt demnach mit dem Kaufvertrag (bzw. der Kaufkette) laut ZGB überein. Der Distributor ist ein Händler, der sich geschäftsmäßig mit dem Kauf und Verkauf von Waren beschäftigt. Unsere Feststellung wird auch durch die Entscheidung des Tafelgerichts Szeged (Gf. I. 30 332/2007; BDT 2008. 69) unterstützt: zwischen dem ausländischen Hersteller und dem einheimischen ungarischen Verkäufer kommt kein Kommissionsvertrag zustande, wenn der Verkäufer die Erzeugnisse mittels Kaufvertrag kauft, und im weiteren als Artikel aus dem eigenen Warenbestand an weitere Weiterverkäufer, Verbraucher weiterverkauft; der Nutzen des Handelsgeschäfts wird durch die angewandte Preisspanne abgedeckt.

Der Inhalt des *Dealer-Vertrags* kann einerseits mit den wesentlichen Eigenheiten des Distributor-Vertrages übereinstimmen: er kann auch auf Markenhändler-tätigkeit [das Urteil des erstinstanzlichen Europäischen Gerichtes in der Sache Fiatagri UK Ltd und New Holland Ford Ltd kontra Kommission der Europäischen Gemeinschaften (T-34/92); das Urteil des erstinstanzlichen Europäischen Gerichtes in der Sache John Deere Ltd kontra Kommission der Europäischen Gemeinschaften (T-35/92), 51/2005. VJ; 292/1996. VJ; 24/1995. VJ] und Durchführung von Weiterverkauf (26/2006. VJ; 2/2003. VJ) gerichtet sein. Andererseits kann der Dealer-Vertrag auch gleichzeitig für ein Rechtsverhältnis mit Kommissions-/Vertreter- und Vertriebsinhalt abgeschlossen werden (5/2004. VJ). Drittens kann auch vorkommen, daß der Dealer das Erzeugnis vom Hersteller kauft und dazu mit dem Verbraucher einen Liefervertrag abschließt (1998/150. Steuerfrage). Demzufolge deckt der Dealer-Vertrag entweder Kaufverträge oder Kommissions-

9 Ujlaki 2002, passim; Vörös 2004, passim.

verträge bzw. mit einem selbständigen Handelsvertretervertrag gemischten Kauf (mit dem eventuell auch Depositenelemente kombiniert sein können), oder mit Kauf vermischten verzögerten Kauf ab.

Der *Outsourcing-Vertrag*¹⁰ kommt zustande, wenn eine Wirtschaftsorganisation eine vollständige Dienstleistung (Tätigkeitsbereich) oder einen großen Teil davon einem aus Eigentümer- und Führungssicht unabhängigen externen Unternehmer anvertraut, wobei die möglicherweise vorhandenen internen Kapazitäten abgebaut werden. Der Grund für die Auslagerung kann die Senkung der Kosten, Ziel die Steigerung der Effektivität des Betriebes, Konzentration auf die Haupttätigkeit und das Erreichen eines höheren Leistungsniveaus sein. Der Outsourcing-Vertrag kann geschlossen werden zur Auslagerung der Verarbeitung, für Anwendungsleistungen, für Anwendungsmanagement, zur Auslagerung von System-Infrastruktur, zur Auslagerung von Infrastruktur, zur Systemauslagerung, zur Auslagerung von Betriebsabläufen, zur Auslagerung von Geschäftsstrategie usw. (87/2006. VJ; 176/2005. VJ; 40/2005. VJ; 15/2003. VJ; 98/2002. VJ; 167/2001. VJ). Unserer Meinung nach ist der Outsourcing-Vertrag als ein mit einem Auftrag gemischter Werkvertrag zu qualifizieren: auf der einen Seite trägt das Anweisungs- und Kontrollrecht, auf der anderen Seite das Bestreben nach einem sorgfältigen Verfahren, während der Erfüllung der aufgegebenen Sache das Auftragsselement in sich, während der Werkscharakter in der Dienstleistung (bei der Schaffung eines anderen durch Arbeit erreichbaren Ergebnisses) zu finden ist.

Im Hintergrund der *Investitionsverträge* findet sich immer ein bestimmtes wirtschaftliches Ziel: das Streben nach Einsparung, Mehreinnahmen oder Nutzenziehung; die wirtschaftliche Absicht der Vertragsparteien kann jedoch durch Verträge unterschiedlichsten Typs erreicht werden (BH 2007.17). Und aus juristischer Sicht ist von Bedeutung, in welcher rechtlichen Form, im Rahmen welches benannten Vertrages dies abgewickelt wird (BDT 2001. 398). Wir stimmen mit Gyöngyi Harsányi¹¹ überein, daß ein Unterschied zwischen den Verträgen in der Hinsicht gemacht werden muß, ob der Investor die Investitionsaktivität persönlich durchführt, oder ob er die Durchführung der Investitionen von einer darauf spezialisierten Unternehmung durchführen läßt. Sofern eine „persönliche Investition“ erfolgt, können wir im juristischen Sinne nicht von einem Vertrag „mit Investitionsziel“ – als benanntem, selbständigen (sui generis) Vertragstypus sprechen: die wirtschaftliche Absicht wird durch existierende Vertragstypen realisiert, so wie dem Darlehensvertrag/Einlagevertrag/mit Wertpapiergeschäften/mit Börsengeschäften/mit Kaufverträgen/mit Versicherungsverträgen/mit Gesellschaftsbeteiligungsverträgen usw. (Tafelgericht Szeged Pf. I. 20 057/2005). Ist der direkte Gegenstand der Vereinbarung eine Investitionsleistung, die von einer darauf spezialisierten Unternehmung ausgeführt wird, so handelt es sich

10 Sziebig 2006, passim.

11 Harsányi 1997. 3–6.

unserer Meinung nach um einen typenkombinierten gemischten Vertrag: darin scheint der Charakter des Auftrags (Anweisung, Kontrolle, sorgfältiges Vorgehen, Portfolioverwaltung, Kontenführung), Kommissions-/selbständiger Handelsvertreter-, innerhalb dieser Effektenbörsen-, Wertpapieranlage-, Immobilienmakler, Bausparkassen- und Versicherungsagent (Geschäftsvermittlung/-abschluß) und der Hinterlegung (Aufbewahrung übergebenen Geldes/von Wertpapieren) auf.

Konklusionen

Unseres Erachtens wird durch die Veränderungen in den wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Verhältnissen und die aus der Globalisierung resultierenden Umgestaltungen auf dem Gebiet der Verträge ein Entwicklung generiert, die ausgehend von den de facto Innominat-Kontrakten in Richtung der bezeichneten typischen Verträge weist: die vormals noch nicht aufgetretenen Vereinbarungen scheinen erstmals als de facto Innominat-Vertrag auf, und indem sie regelmäßiger auftreten, werden sie den gemischten (z. B. Anlagevertrag) oder den atypischen Verträgen (z. B. Konsortsvertrag über die Gründung und Betreibung einer Verbrauchergruppe) zugeordnet, und finden schließlich – weniger ihrer Häufigkeit als – der gesetzgeberischen Absicht wegen Eingang in das ZGB.

Literatur

- BAKOS, K.–NÓTÁRI, T. 2011. *Szellemi tulajdon – építészeti alkotás.* [Geistiges Eigentum – Schaffungen der Architektur.] Szeged.
- BAR, C. v.–CLIVE, E.–SCHULTE-NÖLKE, H. (eds.) 2008. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference.* Munich.
- CSÉCSY, Gy. 2008. *A szellemi alkotások joga.* [Das Recht der Geistesschöpfungen.] Miskolc.
- HAGYSÁNYI Gy. 1997. Befektetési jellegű szerződések kötelmi jogi elemzése. [Obligationsrechtliche Analyse der Verträge von Investitionscharakter.] *Gazdaság és Jog* 6/3. 3–6.
- JOBBÁGYI, G. 2007. *Orvosi jog.* [Medizinisches Recht.] Budapest.
- NÓTÁRI, T. 2011. *Római köz- és magánjog.* [Römisches öffentliches Recht und Privatrecht.] Kolozsvár.
- PAPP, T. 2009. *Atipikus szerződések.* [Atypische Verträge.] Szeged.
- STRIHÓ, K. 2008. A merchandising szerződés. [Der Merchandising-Vertrag.] *Jogelméleti Szemle* 9/1.

-
- SZIEBIG, P. 2006. *Kiszervezve, Elmélet és gyakorlat az IT-outsourcingban.* [Ausorganisiert, Theorie und Praxis in IT-outsourcing.] Budapest.
- UJLAKI, L. 2002. A disztribútor szerződés fogalmának értelmezése. [Interpretation des Begriffes des Distributor-Vertrags.] *Gazdaság és Jog* 10/6. 25–26.
- VIDA, S. 1995. A merchandising védjegyjogi oltalma. [Der Warenzeichenschutz von Merchandising.] *Védjegyvilág* 3. 10–17.
- VÖRÖS, I. 2004. *A nemzetközi gazdasági kapcsolatok joga, II.* [Das Recht der internationalen wirtschaftlichen Verhältnisse, II.] Budapest.



Why the opinion of Papinian preserved by *Fragm. Vat. 9* was not inserted into Justinian's Digest?

Magdolna Sič, Ph.D.

Associate Professor, University of Novi Sad

Faculty of Law

Email: rea3@eunet.rs

Abstract. According to the text of the Vatican fragment, the author of which was supposedly Papinian (*Fragm. Vat. 9*), the creditor properly purchases the pledged thing from his debtor for the price which is determined by the sum of debt and interests. The question, whether the creditor should be permitted to purchase the object of the pledge from his debtor, is very important today. If permitted, besides being an uncontrolled “private” method of enforcement, it could potentially lead to defrauding the prohibition of *lex commissoria*, to impoverishment of the debtor and enrichment of its creditor. Since even today legal science intends to approve the contemporary rules originating from the Roman law, in case of *Fragm. Vat. 9* one has to be cautious, and before coming to a final conclusion about Papinian's authorship, besides dogmatic analyses also has to pay attention to historical circumstances. The fact that the *Fragm. Vat. 9* was not inserted in Justinian's Digest opens ambiguities regarding its authorship and content. Therefore, the questions the article deals with are the following:

I. Was Papinian's real opinion preserved by *Fragm. Vat. 9*?

II. Why the rule from *Fragm. Vat. 9* was not inserted into the Digest?

Keywords: *Fragm. Vat. 9*, Papinian, pignus, *lex commissoria*, classical Roman law, Digest

I. Was Papinian's real opinion preserved by *Fragm. Vat. 9*?

The text of *Fragm. Vat. 9*¹ is preserved by the postclassical code named Vatican fragment.² According to this document, the creditor properly purchases the pledged thing from his debtor for the price which is determined by the sum of

1 Hereafter: F. V. 9.

2 The Vatican fragment (Cod. Vat. 5766) was recovered by Cardinal Angelo Mai in 1821. The manuscript originates from the beginning of the 4th century. It is a collection of texts based on fragments of juriconsults: Papinianus, Paulus, and Ulpianus, and on imperial constitutions. For more details, see Schulz 1967, 310–311.

debt and interests. Its author, as believed, was Papinian, because in the preamble of *Fragm. Vat. 9* it is written that the text was taken over from Papinian's third book of Opinions.

F. V. 9 (*Papin. III respons*): "*Creditor a debitore pignus recte emit, sive in exordio contractus ita convenerit sive postea; nec incerti pretii venditio videbitur, si convenerit, ut pecunia fenoris non solute creditor iure empti dominium retineat, cum sortis et usurarum quantitas ad diem solvendae pecuniae praestitutam certa sit.*" (The creditor properly buys the *pignus* from his debtor, regardless if it was contracted at the same time when the contract was made or later; the price is not considered uncertain in case the consensus is reached that, if the money of the loan (*fenus*) was not paid, the creditor retains the ownership by right of purchase, (the price) is determined by the capital and the sum of interests from the time when the payment of the debt was due.)

The Vatican fragment was made shortly after 318 A.D. Regardless of the fact that it is a postclassical source, according to the Romanist literature Papinian's authorship of F. V. 9 is not questionable. However, the authenticity of the text is also not proved.

According to the opinion of Schulz, which is prevailing in the literature, the compilers of the Vatican fragment only shortened the texts of classical jurists, eliminating the parts they considered unimportant. Other changes they did not make. However, besides to this opinion, there are also those Romanists who claim that the compilers of the Vatican fragment did not use the original texts of classical jurists, but they used those which had already been modified in previous times.³

Leaving aside these facts, the authenticity of Papinian's opinion preserved in F. V. 9 is considered proven by *Tryphoninus*.⁴ According to *Tryphoninus* (D. 20, 5, 12 pr.), Papinian as an imperial officer *a libellis* formulated the constitution (*rescriptum*) about the possibility that the creditor buys the pledge (*pignus*) from his debtor: D. 20, 5, 12 pr.: "*Rescriptum est ab imperatore libellos agente Papiniano creditorem a debitore pignus emere posse, quia in dominio manet debitoris.*" (Tryphoninus, Disputations, Book VIII. It was stated in a rescript by the Emperor, in reply to an application made by *Papinianus*, that a creditor could purchase a pledge from his debtor because it still remained in the ownership of the debtor.)

The part of the text "*quia in dominio manet debitoris*" (since it remained in the ownership of the debtor) alludes to the fact that in case of *fiducia* the purchase of the pledged thing by the creditor is not possible as the creditor is already the owner of the pledge (P. S. 2, 13, 3 / = Brev. P. S. 2, 12, 6/: "*Debitor creditori vendere fiduciam non potest...*" / The debtor could not vend the *fiducia* to his

3 Regarding to Ulpian's texts preserved in Vatican fragment it is confirmed. See Schulz 1967, 213.

4 For example Levy 1956, 188; Peters 1973, 142–144.

creditor.../)⁵. According to Biscardi, the “*quia in dominio manet debitoris*” part of the text is interpolated.⁶ However, having in mind that the rule: “*neque emptio... rei sue consistere potest*” (nobody can buy his own thing—Ulp. D. 50, 17, 45) was a well known classical rule to which Papinian resorted too (D. 13, 7, 41) “*rei suae nulla emptio est*” (the purchase of one’s own property is void),⁷ the question of interpolation should not necessarily rise here.

The fact that Papinian was a secretary, a *libellis* to *Severus* in the period from 26 Sept. 194 to 12 Feb. 202 (*Severus* and *Caracalla*), and that he was murdered by *Caracalla* in 212 A.D., is confirmed.⁸ On the other hand, no constitution of *Antoninus Caracalla*, about which *Tryphoninus* informs, has been preserved on the purchase of the pledge by the creditor. There are only constitutions concerning the *lex commissoria* in case of sale, but these constitutions originated from the time when Papinian was not in the imperial office any more.

Biscardi supposed that among those rescripts of *Caracalla* concerning *lex commissoria* as a clause of sale contract could be that one as well which confirms the standpoint of *Tryphoninus*.⁹ He quoted the rescript of *Caracalla* on a case, which says that if the buyer fails to pay the price in the given time, he will lose the earnest (*arra*). According to him, it is the same punishment as the interest payment in case of pledge if the debtor is in delay with debt payment: C. 4, 54, 1 (216): *Imperator Antoninus*, “*Si ea lege praedium vendidisti, ut, nisi intra certum tempus pretium fuisset exsolutum, emprix arras perderet et dominium ad te pertineret, fides contractus servanda est.*” (If you sold your land under the condition that if the price should not be paid within a certain time, the purchaser would forfeit the earnest money, and the ownership revert to you, the terms of the contract must be observed.)

However, this rescript could not be the one which confirms Papinian’s standpoint. Not only because it does not concern the purchase of the pledge from the creditor, but because of the fact that it originates from 216 A.D., when Papinian was not alive any more – he was executed by *Caracalla* in 212 A.D. Another question rises as well, whether the earnest (*arra*) was considered as a punishment around the beginning of the 3rd century A.D. or the rescript is interpolated?¹⁰

5 According to some authors, the *lex commissoria* was originally included in *fiducia cum creditore contracta* (see references in Burdese 1951, 16².); other Romanists thought that the *lex commissoria* was included in *pactum fiduciae* (see references in Burdese 1951, 17¹.). According to Frezza, no one of these opinions could be accepted since they are contrary to the principle of *fides* (Frezza 1958, 59: “la *fides*, puo essere qui invocate per negar fede all’una come all’altra opinione”); also Longo 1933, 55–56.

6 Biscardi 1962, 584.

7 Also Biscardi 1962, 588.

8 The office he held from February 202 to January 205 is not known, but there are data about him having been *praefectus praetorio* from 205 to 211 in the time of *Septimius Severus*; in 211 he was suspended and finally executed by *Caracalla* in 212. See Honoré 1994, 73–81; 190.

9 Biscardi 1962, 584.

10 According to *Gaius*, the earnest (*arra*) was the only sign that the contract was made (*Gaius Inst.* 3, 139). In the *Institutions* of Justinian (*Inst.* 3, 23 pr.), primarily under Greek influence, it

The comprehensive analyses of F. V. 9 could point out the parts of the text which are in accordance with and also those which do not correspond to the rules of classical law and to Papinian's standpoints.

There is no doubt that the quoted rule of F. V. 9 is in favor of the creditor (*creditoris causa cavetur*)¹¹, as it allows the creditor to retain the pledge as an owner (*iure empti dominium retineat*) provided that the debtor has not fulfilled his obligation within the given time (*emptio conditionalis*).¹² The acquisition of the ownership is under suspending condition. Though the creditor would not become the owner directly by the effectuation of the condition, but only on derivative way, on the basis of *iusta causa traditionis* (in the case at hand it is the contract of sale).¹³ If the pledged thing was *res nec Mancipi*, the mode of the acquisition was tradition (*traditio*)¹⁴, which in case of *pignus datum* could also be *brevi manu traditio*.¹⁵ If the object of the pledge was *res Mancipi*, only the praetorian ownership could be acquired.

As Biscardi states, according to the rules of classical law, even in the case of the sales contract with *lex commissoria* the creditor should not acquire the ownership immediately by the effectuation of the condition (that the buyer has not paid the price within the time-limit) because the sales contract is not a translative act (negotiation for transfer of ownership). Therefore, as Biscardi writes, in this case too, the creditor (*venditor*) should acquire the ownership of the thing only based on the sales contract (*iusta causa traditionis*) by tradition (*traditio*).¹⁶

The right of the creditor to sell the pledged thing (*ius vendendi*) in the classical period was a natural element (*naturalia negotii*) of *pignus*. In Justinian's time it even became *essentialia negotii*.¹⁷ Although the classical rules also permitted the purchase of the pledged thing by the creditor, it was not a typical solution in case of the pledge. Observing the fragments of classical jurists inserted into the Digest, one could state that besides the quoted text of *Tryphoninus* only the mostly disputable

became *arra poenalis*. However, besides the quoted, even other fragments of the *Digest* testify about the penal character of the earnest, for example: Scaevola, D. 18, 3, 6; 8. According to D. 18, 3, 6. Scaevola, Opinions, Book II: "Having been interrogated with reference to a contract for the sale of land dependent upon payment, I answered that, if anything was done by the purchaser to prevent the execution of the contract, and the vendor wishes to enforce it, the land would remain unsold; and whatever had been paid by way of earnest, or for any other reason, should remain in the hands of the vendor."

11 About *ius vendendi* and *lex commissoria* in function to protect the interests of creditors in classical Roman law, see Burdese 1962, 110–118; Frezza 1963, 225–227. To the contrary see Kaser 1950, 562; Peters 1973, 162–163.

12 Burdese 1951, 121; Biscardi 1962, 584.

13 Also Biscardi 1962, 589.

14 Gaius Inst. 2, 19–20; Paulus, D. 41, 1, 31 pr. *Paulus libro 31 ad edictum*.

15 Gaius, D. 41, 1, 9, 5.

16 Biscardi 1962, 589.

17 See Wigmore 1897, 28–30; Zimmermann 1996, 223–224; 1996, 436; Nótári 2011, 273.

fragment of *Marcianus* (D. 20, 1, 16, 9)¹⁸ contains a rule on purchase of the pledged thing by the creditor. In the other texts of the Digest, the problems raised by cases if one of the creditors is purchasing the thing which was charged by pledges for more creditors is discussed.¹⁹

The fragment of *Marcianus*, on first sight, proves the authenticity of the F. V. 9;²⁰ D. 20, 1, 16, 9: “*Potest ita fieri pignoris datio hypothecaeve, ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emptoris possideat rem, /iusto pretio tunc aestimandam/; hoc enim casu videtur quodammodo conditionalis esse venditio, et ita divus Severus et Antoninus rescripserunt.*” (A pledge or an hypothecation can be made as follows: “If the debt is not paid within a certain time, the creditor may hold possession of the thing by the right of a purchaser, and an estimate of the value of the same must then be made at a just price.” In this instance the transaction is held to be a species of conditional sale. The Divine *Severus* and *Antoninus* stated this in a rescript.)

Similarly, to the expression *iure empti* used by the F. V. 9, *Marcianus* utilizes the expression *iure emptoris*. While according to the F. V. 9 the creditor by the right to purchase retains the ownership of the pledge (*iure empti dominium retineat*), according to *Marcianus*, based on this right the creditor may only hold the possession of the thing (*iure emptoris possideat rem*). As it will be shown later, this difference in formulation of the texts is not negligible.

Ebrard is on the standpoint that the text of *Marcianus* is «*unheilbar interpoliert*».²¹ In the first place, the phrase *hypotheca* is a later addition.²² It is also accepted that the part of the text “*iusto pretio tunc aestimandam*” was added only later, in postclassical or in Justinian’s time.²³ The last part of the fragment, which refers to the rescript of *Severus* and *Caracalla* (probably originated from the time when Papinian held the imperial office), supposedly was interpolated as well. It is a fact that one could not find the phantom *rescript* of *Severus* and *Caracalla* on the purchase of the pledged thing by the creditor.²⁴

18 Besides the fragments of the Digest there are also rescripts of Diocletian which relate to purchase of the pledge by the creditor, for example: C. 8, 27, 10, 1. According to these rescripts, the contract was valid if the principle of bona fides was respected. However, the other rescripts of Diocletian point to the fact that the creditor should acquire only the possession of the purchased pledge by the reason to sell it (C. 8, 27, 9, 20).

19 By the reason of pauperization of the population the pawning of one thing as a security of more creditors became more frequent. If one of the creditors (who should not be the first) purchased the pledge, besides the questions of legal dogmatics (on it Ankum 2006, 9–18; Ankum 2005, 3–20), practical problems appear too: the enforcement of the claims by the pressure of *potentiores*; which one of the creditors will be in better position; as the *fiscus* had a priority right of enforcement, how to protect its interests? See on this Szűcs 2006, 613–637.

20 The works of *Marcianus Aelius* belong to the period after the government of *Caracalla*, i.e. to the end of the first half of the 3rd century.

21 According to Peters 1973, 143¹⁸.

22 See Peters 1973, 43¹⁵.

23 References in Biscardi 1962, 585²⁶; Peters 1973, 145²⁸.

24 From the time of *Severus* and *Caracalla* there is only one rescript from 194 A. D.: C. 8, 13, 1

According to the F. V. 9, the purchase of the pledge could be contracted at the time when the contract of the pledge was made, or at later times (*in continenti* or *ex intervallo*). The classical rules, however, demand that the additional pacts to *bonae fidei* contracts which are against the debtor's interest are to be made simultaneously with the main contract (*in continenti*) and not later.²⁵

Although, as Honoré states, Papinian belonged to the liberal group of jurists, which was open to answer on the requests of the changed society,²⁶ Ulpian writes that regarding this question, Papinian also accepted the rule that pacts made after concluding the contract are valid only if they served the interest of the debtor and by this reason are protected by exception (*exceptio*).²⁷ Consequently, the pact on the purchase of the pledge by the creditor contracted after the pledge contract was made could be accepted only as *datio in solutum*.²⁸

Impp. Severus et Antoninus AA. Timotheo "Debitor, qui pignorbis profitetur se creditoribus cedere, nihilo magis liberabitur." (A debtor who alleges that he has transferred to his creditors the property which he pledged to them is by no means released from liability.) According to Peters (1973, 156–158), this rescript interpreted in connection with C. 8, 34, 1 from 222 A.D. is a case of *datio in solutum* in which the *ius vendendi* was included. He treats the case as identical to that which the D. 46, 3, 45 pr. is speaking about. Paying no attention to the fact that it is a case of more creditors, Burdese (1951, 125) asks: which institution could the text relate to? However, the quoted rescript relates to the case when the pledge serves as a security for more creditors: *creditoribus cedere; cessurum creditoribus*, i. e. to the institution of *cessio bonorum*. According to the rescript, the debtor transfers the pledge to his creditors to sell it and from the purchase price to cover at least a part of their claims. The question—could one of the creditors buy the pledge for himself—was not the issue of this rescript. On *cessio bonorum* see Segura 2005, 46; Lewis 1996, 104–113; Zulueta 1921, 176. In the postclassical period the *cessio bonorum* was changed to *cessio rei*. See Szűcs 2009, 259–279.

25 Ulpianus, D. 2, 14, 7, 5 *Quin inno interdum format ipsam actionem, ut in bonae fidei iudiciis: solemus enim dicere pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis. Sed hoc sic accipiendum est, ut si quidem ex continenti pacta subsequuta sunt, etiam ex parte actoris insint: si ex intervallo, non inerunt, nec valebunt, si agat, ne ex pacto actio nascatur...*" also C. 4, 54, 8.

26 Honoré 1994, 20. Also Ankm 1989, 2811.

27 Ulpianus, D. 2, 14, 7, 5 "...*Idem responsum scio a Papiniano* (D. 18, 1, 72 pr), *et si post emptionem ex intervallo aliquid extra naturam contractus conveniat, ob hanc causam agi ex empto non posse propter eandem regulam, ne ex pacto actio nascatur. Quod et in omnibus bonae fidei iudiciis erit dicendum. Sed ex parte rei locum habebit pactum, quia solent et ea pacta, quae postea interponuntur, parere exceptiones.*" (I am aware that Papinianus said that if, after a sale, any agreement was entered into which was not a part of the contract, an action growing out of the sale could not be brought on account of this same rule, namely: 'No action can arise on a simple contract', which may also be stated concerning all *bona fide* actions. The agreement, however, will have effect on the side of the defendant, for the reason that agreements which are later interposed usually give rise to exceptions.)

28 Gaius Inst. 3, 168: "*Tollitur autem obligatio praecipue solutione eius, quod debeatur unde quaeritur, si quis consentiente creditore aliud pro alio soluerit, utrum ipso iure liberetur, quod nostris praeceptoribus placuit, an ipso iure maneat obligatus, sed aduersus petentem per exceptionem doli mali defendi debeat, quod diuersae scholae auctoribus uisum est.*" (An obligation is extinguished principally by the payment of what was due. Wherefore, the question arises that if something else was given as a fulfillment with the consent of the creditor, whether he would be released from liability by operation of law, and this opinion was held by our preceptors; or whether he remains bound by operation of law, but should defend himself by an exception on

Having in mind the provincial practice, the question whether the F. V. 9 related to *fiducia* utilized in provincial practice arises.²⁹ The dogmatic and logical inconsistency of the text gives place to this question. In this case the unclearness of the rule could not be attributed to the concise but dogmatically correct style of Papinian.³⁰ The answer lies in other arguments. The dogmatical incorrectness could be explained by the fact that the compilers of the Vatican fragment shortened the rule of Papinian, or what is more acceptable, that they united several shortened Papinaian's opinions in one text. This way the new rule of F. V. 9 was born. The process of this kind of modifications began even before the compilation of the Vatican fragment was made.

Therefore, the F. V. 9 discusses mostly two different cases. Reconstruction of the first case: "*Creditor a debitore pignus recte emit, sive in exordio contractus ita ... nec incerti pretii venditio videbitur, si convenerit, ut pecunia fenoris non solute creditor iure empti dominium retineat ...*" (The creditor properly buys the

the grounds of fraud against his creditor who brings the suit, which opinion was adopted by the authorities of the other school.) Also Diocl. and Max. C. 8, 13, 13; Diocl. and Max. C. 4, 51, 4.

29 Burdese 1962, 125⁴; Levy 1956, 188¹⁷⁶. According to Sztchlo (1938, 43), among the papyri from Egypt written in Greek language there are those which contain a kind of pledge similar to the Roman *fiducia* (Heidelberg num 1278 Z /i. e. 111./; A P. Lips. 1. /i. e. 104./ in connection with P. Grenf. II. 28 /i. e. 103). It is known as 'oné en pistei' (fiduciary purchase): the debtor transfers the ownership (sales the pledged thing) to the creditor under resolute condition. It means if he pays his debt, he will take back the ownership of the thing. Also Biscardi 1976, 183; Taubenschlag 1955, 272–275; Pringsheim 1950, 114–119. The other papyri are about contrary negotiation: sale under suspending condition. It means that the creditor (buyer) should acquire the ownership on the object of the pledge if the debtor should not pay his debt (*Verfallspfand*). It was the frequently utilized kind of pledge. It was utilized in both forms of pledge: as a pledge with transfer of possession (P. Fay. 12. 109.; P. Magd. 13.; P. Oxy. I. 114.; P. Oxy. III. 530; C. P. R. 12. /A. D. 93./) and without transfer of possession */hypotheca/* (P. Fior. 1. /i. u. 153./; P. Oxy. III. 506; P. E. R. 1444; B. G. U. II. 445; P. Lond. II. 311; P. Lond. III. 1166; P. Oxy. III. 507; P. Lond. III. 168). According to Sztchlo, furnished by the clause of *lex commissoria* its purpose was the *datio in solutum*. As he states, this kind of pledge was present in Roman law as a sale under suspending condition. For example: D. 20, 1, 12 pr. *Paulus libro 68 ad edictum. Sed an viae itineris actus aquae ductus pignoris conventio locum habeat videndum esse Pomponius ait, ut talis pactio fiat, ut, quamdiu pecunia soluta non sit, eis servitutibus creditor utatur (scilicet si vicinum fundum habeat) et, si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat: quae sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est.* (Paulus, On the Edict, Book LXVIII. Pomponius says that it should be held that an agreement can be made to pledge the right of a pathway, and the right to drive cattle, or to conduct water in such terms that if the money is not paid, the creditor can make use of such servitudes provided he has adjoining land; and should the money not be paid within a certain time, he can sell the said servitudes. This opinion should be adopted on account of its benefit to the contracting parties.) Later, in Egypt this kind of pledge developed into a form of a pledge with creditor's *ius vendendi*, however, it has remained unclear whether it happened before or after the influence of Roman law in Egypt. On the basis of the papyri, Sztchlo finds it possible only if the *Verfallsklausel (lex commissoria)* was not inserted into the contract of pledge: P. Petr. III. 57b; P. Eleph. 27a. On these questions see as well Wigmore 1897, 24. According to him: "Fiducia is the sale-for-resale form". On the connection of fiducia with *mancipatio* and *in iure cessio*, see Noordraven 1999, 117 ff.; 143 ff.; Szűcs 2008, 143–172.

30 The literature explains the difficulties of understanding Papinian's texts with his dogmatically correct and concise style, see Ankum 1989, 2810–2811.

pignus from his debtor, regardless if it was contracted at the same time when the contract was made ... the price is not considered uncertain if the consent rises about that if the amount of the loan (*fenus*) is not paid, the creditor retains the ownership by the right of the purchase ...)

If the purchase of the pledged thing was contracted at the same time when the contract of the pledge was made for the determined price (*certum pretium*), which covers the value of the pledged thing and the interests (*pecunia fenoris*, but not—*mutua pecunia*), the sale was realised practically immediately. This means that the debtor (of the loan contract) got a sum of money equal to the worth of the pledged thing reduced by the interests, which means that he sold the pledge to his creditor and gave him the pledge in possession as well (*pignus datum*). The sale is conditional. In the event the debtor would not pay his debt on time, the creditor should definitely become the owner of the pledged thing. If the debtor is able to pay the debt with interests, he can liberate the pledge (redeem it).³¹ This practice could give basis to the opinion that really it was nothing else than a kind of *fiducia* utilized in provincial practice (*Verfallspfand*).

The fragment of the *Digest* taken from Papinian's third book of Opinions testifies exactly about these kinds of problems. D. 13, 7, 40 pr.: *Papinianus libro tertio responsorum. "Debitor a creditore pignus quod dedit frustra emit, cum rei suae nulla emptio sit: nec si minoris emerit et pignus petat aut dominium vindicet, ei non totum debitum offerenti creditor possessionem restituere cogetur."* (Papinianus, Opinions, Book III. A debtor cannot legally purchase a pledge which he has given to a creditor because the purchase of one's own thing is void; for if he buys it for less than the amount of the claim and demands it, or brings suit for the ownership, the creditor is not obliged to restore possession to him unless he tenders payment of the entire debt.)

This fragment is also questionable. One could not suppose that Papinian was so incorrect that firstly he states that the debtor could not buy from his creditor the *pignus* because he is the owner (the purchase of one's own thing is void), and that thereafter he is discussing the problem that the debtor could not buy the pledge or could not vindicate it only because he has not paid the entire debt. The most plausible solution is that the text was shortened and the *fiducia* was erased from the original text: *nec si minoris emerit et /fiduciam/ petat aut dominium /pignori/ vindicet*. Therefore the reconstruction of the fragment could be as follows:

A debtor cannot legally purchase a pledge (*pignus*) which he has given to a creditor because the purchase of one's own thing is void; for if he buys it for less than the amount of the claim and demands the *fiducia*, or brings suit for the ownership of *pignus*, the creditor is not obliged to restore the ownership or possession to him unless he tenders payment of the entire debt.

According to the F. V. 9, if the debtor has not paid the debt and the interests, he has not redeemed the pledge. Therefore, the creditor would acquire the ownership

31 Also Biscardi 1962, 589.

of it on basis of the previously made contract (pact) of sale. The realization of the contract (pact) depended on the condition: “*pecunia fenoris non solute creditor iure empti dominium retineat*”. The sale contract/pact was made under suspense condition (*Verfallspfand*). According to the Romanist literature, this negotiation could not be the *fiducia* of Roman law since in case of *fiducia* the transfer of ownership to the creditor (fiduciary) has to be effectuated by *mancipatio* or by *in iure cessio*, which means ownership transfer could not be conditional.

Reconstruction of the second case: “*Creditor a debitore pignus recte emit, sive ita convenerit ... postea; nec incerti pretii venditio videbitur, ... cum sortis et usurarum quantitas ad diem solvendae pecuniae praestitutam certa sit.*” (The creditor properly buys the *pignus* from his debtor, regardless if it was contracted ... later; the price is not considered uncertain, ... the price is determined by the capital and the sum of interests from the time when the payment of the debt was due.)

In this case the pledge could be *pignus datum* and *pignus conventum* as well. The debtor (borrower) got as a loan the monetary value of the pledged thing, probably diminished by regular interest rate. If the debtor did not pay his debt until the deadline, the pledged thing was purchased by the creditor. This means that the creditor had already paid the price. If the value of the pledge is the same as the value of the loan, having in mind that the loan is the *fenus*, and the debtor is in delay, the following question arises: on what grounds could the creditor ask for the accrued interest and a principal (if it was not already deducted from the outstanding loan)? According to Papinian (D. 20, 1, 1, 3³²), in case of loan the interests should be contracted by stipulation. As stipulation is not mentioned in F. V. 9, this second case could be a case of *datio in solutum* in form of a sales contract.

Regarding the F. V. 9, the most disputable question is: why does it not speak about the right of the debtor to *superfluum*? Wigmore, describing this obligation of the creditor through Roman history, states that according to classical rules, it was a commonly accepted obligation of the creditor,³³ however up to Justinian’s time the parties could exclude it by agreement.³⁴ For example, according to C. 8, 28, 20, (294): “*si nihil specialiter convenit, ... de superfluo competit actio*” (If nothing was specially agreed upon, ... an action lies for the surplus). Starting from the fact that the pledge serves not only as a security of the loan, but it is a general security right, in which case the amount of the debt and interests is usually not identical to the value of the pledged thing, Justinian strictly obliges the creditors to recover the surplus (*superfluum*).³⁵

32 D. 20, 1, 1, 3: “... *cum ad diem minore faenore non soluto legitimae maiores usurae stipulanti recte promitti potuerint.*”

33 Wigmore 1897, 26–27.

34 Wigmore 1897, 27¹.

35 C. 8, 33, 3 (530).

What did Papinian think about *superfluum*? In the fragment inserted into the Digest also from Papinian's third book of Opinions (D. 13, 7, 42), Papinian writes that the creditor is obliged to recover the surplus: D. 13, 7, 42 "*Papinianus libro tertio responsorum. Creditor iudicio, quod de pignore dato proponitur, ut superfluum pretii cum usuris restituat, iure cogitur, nec audiendus erit, si velit emptorem delegare, cum in venditione, quae fit ex facto, suum creditor negotium creat.*" (Papinianus, Opinions, Book III. The creditor is legally bound to surrender the excess of the price together with interest in an action similar to the giving of the pledge, and he should not be heard if he wishes to substitute the purchaser since in the sale which is made in pursuance of an agreement, the creditor is transacting his own business.)³⁶

According to Feenstra, from the text of F. V. 9 one could conclude nothing about the *superfluum* since the fragment does not address the question.³⁷ His opinion is acceptable in the sense that F. V. 9, regarding the difficulties of creditors to realise the payment of the loans, protects only the interest of creditors (*creditoris causa cavetur*). Actually, the creditor estimating the value of the pledged thing will be tempted to cover his entire outstanding (the capital and the interests as well). The fragment is silent not only about the surplus which belongs to the debtor if the pledge is worth more than the debt, but moreover, it says nothing about the deficit of the creditor if the value of the pledge does not cover the entire outstanding debt. The conclusion could be that it is supposed in F. V. 9 that the value of the pledge concurs with the capital with interests, therefore raises no question about surplus.

On the other hand, Papinian's fragments preserved in the Digest testify that Papinian protected also the interests of the debtors. For example, in case of sale made by the clause of *lex commissoria*, protecting the debtor's interest he did not allow the creditor to ask for the payment of the price after when the application of *lex commissoria* was chosen. This fragment was also taken over from Papinian's third book of Opinions: D. 18, 3, 4, 2: "*Eleganter Papinianus libro tertio responsorum scribit, statim atque commissa lex est statuere venditorem debere, utrum commissoriam velit exercere an potius pretium petere, nec posse, si commissoriam elegit, postea variare.*" (Papinianus very properly says in the Third Book of Opinions that as soon as the clause in the contract becomes operative, the vendor must determine whether he wishes the sale to be annulled, or whether he will demand the price; for if he chooses to annul the sale, he cannot afterwards adopt a different course.)

The rule becomes clearer when it is observed in connection with the rescript of Severus Alexander (C. 4, 54, 4; 222–234. A.D.). According to this rescript, the application of *lex commissoria* is incompatible with the claim for interest.³⁸

36 Also D. 13, 7, 24, § 2.

37 Feenstra 1957, 514.

38 C. 4, 54, 4: *Imperator Alexander Severus. "Commissoriae venditionis legem exercere non potest, qui post praestitutum pretii solvendi diem non vindicationem rei eligere, sed usurarum pretii petitionem*

The texts of the Digest testifies that the creditors, even in this case, realised their demands for interest in different ways: by retaining the partial price payment or earnest, or they added to the sales contract the hire of a thing contract (*locatio conductio rei*) to collect the rent.³⁹ This way the sales contracted under the term of *lex commissoria* (if the price was not paid on time) contains also the interests. Therefore, it is reasonable that the claim for more interests was void.

Biscardi states that the purchase of the pledged thing by the creditor (pledgee) is a contrary negotiation to the sale made with the clause of *lex commissoria*. Namely, in case of the sale made with the clause of *lex commissoria*, should the buyer not pay the price on time, the thing would not be purchased. On the contrary, in case of the pledge, should the debtor not pay his debt within the due time, the thing would be purchased by the creditor (pledgee). Therefore, according to Biscardi, the *lex commissoria* as a clause in the sales contract could also be utilised as a security right since the monetary debt is nothing else but the purchase price. According to him: “*la lex commissoria in funzione di garanzia, o per melio dire, la emptio-venditio in causam obligationis—che non doveva poi differire un gran che, nella struttura,*⁴⁰ *dal pactum de retroemendo ... è uno dei negozi, coi quali si può classicamente porre in essere un obligatio rei.*”⁴¹

Peters agrees too that the *lex commissoria* clause of sale: “*si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit*”⁴² if inverted and applied on the pledge, gives the same result: “*si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus emptus sit*”. In his opinion this inversion was made in the postclassical period, precisely by the legal practice of Diocletian’s times.⁴³

The procedure presented in F. V. 9 is more typical to the medieval practice⁴⁴ than to classical jurisprudence; however, one could not deny that it

sequi maluit.”The claim of interests is incompatible also with *impetratio dominii*. C. 8, 33 (34), 2 (238): *Imperator Gordianus. “Si creditor pignus iure dominii a nostra serenitate possidere petiit et post formam praescripti alio anno usuras a vobis accepit, a beneficio impetrato recessisse videtur.”*

39 See Szűcs 2006, 73–102.

40 C. 4, 54, 2; 7; D. 19, 5, 12.

41 Biscardi 1962, 589; Biscardi 1976, 182–192.

42 *Pomponius*, D. 18, 3, 2.

43 Peters 1973, 166.

44 In the Middle Ages, different kinds of pledges were utilised: a *wette*, *vadium*, or in Fench language *gage* as a pledge by which the debtor gave the object of the pledge to his creditor under the condition that if the debt was not paid he should lose its ownership; a mortgage which was made before a judge or a city council requiring the consent of the debtor’s heirs since by this pledge the creditor was authorized to collect the fruits of the pledged thing as far as the debt was not paid and it could last for ever. See more in: Ruzsoly 2002, 311–320. According to the literature, the creditor’s right to the fruits of the pledged thing and his right to acquire ownership on the pledged thing were the means to get around the prohibition of interest collection. See Zimmermann 1996, 170; Stanojević 1966, 166; 192; Ruzsoly 2002, 314. The prohibition to collect interests was based on the Holy Scripture (St. Lucas, 6, 35: “*mutuum date nihil inde sperantes*”) and has roots early in the ancient times (Stanojević 1966, 153, e.g. the Nicean Council in 325; Leo the Great /Pope 440–445/). However, a more energetic struggle was started only in the 9th

was present in the provincial practice even in classical times,⁴⁵ and probably, in case of loan secured by pledge it was also practiced by the Romans.⁴⁶

As F. V. 9 gives the creditors a right to take interest rate (*pretii venditio ... cum sortis et usurarum quantitas ad diem solvendae pecuniae praestitutam certa sit*),⁴⁷ the question regarding Papinian's opinion about the interests emerges.

Since F. V. 9 regulates the loan with interest (*fenus*⁴⁸), in the second reconstructed case the debtor in delay owes besides the principal interests also the accrued ones. In general, the classical Roman law accepts the interests within legal interest rate.⁴⁹ The interest which exceeded the higher interest rate was only exceptionally permitted.⁵⁰

Papinian recognises the creditor's right to interest or a right on the fruits (crops) of the pledged thing within the limits of legal interest rate: D. 20, 1, 1, 3 *Papinianus libro undecimo responsorum* "Pacto placuit, ut ad diem usuris non solutis fructus hypothecarum usuris compensarentur fini legitimae usurae. Quamvis exordio

century, when the church strengthened his influence. Thus, the Canon no. 17 of Reims, during the time of Pope Leo IX ordered: "quis clericus vel laicus usuras exerceret" (Stanojević 1966, 153; Zimmermann 1996, 170). One of the ways to get around the prohibition was the utilisation of the so-called stocks and bonds which were made out to the bearer (*Inhaberpapiere*). Pope Alexander III, in 1163, extended the prohibition of collecting interest to mortgage as well with the intention of transforming it into *vifgage* in the sense that the debt should be reduced by the value of the fruits. This intention, however, was rarely respected (Ruszoly 2002, 314 f.). For instance, in 13th century Hungary, property was given in pledge with the pledgee's right of use, and if the debtor failed to pay his debt in due time, according to the common clause of the contract of pledge (document of pledge), the pledgee-creditor should acquire the right to ownership of the pledged thing. (Zichy Codex, I. 49. 1; Hajnik 1872, 337). Also, according to the document from 1283 on pledging due to failure of payment of the debt, with the clause that if the debt was not paid even in additional time, it became the pledgee's (or his heir's) eternal property along with the gains and accessories of the pledge. (Mezei 2000, 160 f.). On these problems see as well Szűcs 2002, 112–158).

45 See Burdese 1951, 197; About the absence of the right to surplus in Greek law, see Wigmore 1897, 19.

46 However, the only proof of it is the F. V. 9.

47 Biscardi (1976, 189) concerning the *pretium certum cum usuries* invokes the texts of *Ulpianus* relating to sale contract made with the clause of *lex commissoria*: D. 18, 3, 4 pr.

48 About the possibility in banking business to realize the interest established by simple pact, see Petrucci 1997, 63–97.

49 The *usura* (interest) is the value (price) for utilisation of money or other generic things (*usus—uso del capital*, see also Fuenteseca 1978, 248). It is a *fructus civilis*, which could be replaced by natural fruits or by the use of the thing (Ulpianus, D. 22, 1, 34; Paulus, D. 20, 2, 8: *Paulus libro secundo sententiarum* "Cum debitor gratuita pecunia utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pigneratae ad modum legitimum usuras retinere."; Diocletianus, C. 4, 49, 5 /290/), see Wagner 1989, 2815–2825; Modestinus, D. 20, 1, 23: "Creditor praedia sibi obligata ex causa pignoris locare recte poterit"; Marcianus, D. 20, 1, 11, 1: "cum in usuras fructus recipiat"; Severus, C. 4, 24, 1; C. 4, 32, 17. Also Korošec 2005, 21. On the past and present statement of the Church about the interest: Coppola 1997, 250–258.

50 About pawning the land with creditor's right to collect the fruits (*antichresis*), in which case the value of the fruits is not primarily determined, therefore could exceed the legal interest rate, see Thomas 2008, 8.

minores in stipulatum venerint, non esse tamen irritam conventionem placuit, cum ad diem minore faenore non soluto legitimae maiores usurae stipulanti recte promitti potuerint." (It was agreed in a contract that if interest on a debt was not paid when due, the crops of the property hypothecated should be set off against the interest, to the limit of that which was lawful. Although the lower interest was established by stipulation when it was made, that agreement is not void since if the lower rate of interest should not be paid at the appointed time, the highest legal interest rate could be legally stipulated.)

In the classical period the interest could be settled also by retention of the pledged thing by the creditor.⁵¹ C. 4, 32, 4 *Imperatores Severus, Antoninus* "*Per retentionem pignoris usuras servari posse, de quibus praestandis convenit, licet stipulatio interposita non sit, merito constitutum est et rationem habet, cum pignora condicione pacti etiam usuris obstricta sint.*"⁵² (It has been established, and it is reasonable that interest can be demanded where a pledge is retained, even though no stipulation may have been entered into, as pledges are liable for interest even under an informal agreement.)

The collection of the higher form of legal interest rate by retention of the pledged thing, according to Papinian's opinion also from his third book of Opinions, was prohibited even in case of the maritime loan (*traiecticia pecunia*): D. 22, 2, 4 *Papinianus libro tertio responsorum* pr. "*Nihil interest, traiecticia pecunia sine periculo creditoris accepta sit an post diem praestitutum et condicionem impletam periculum esse creditoris desierit. Utrubique igitur maius legitima usura faenus non debetur, sed in priore quidem specie semper, in altera vero discusso periculo: nec pignora vel hypothecae titulo maioris usurae tenebuntur.*"⁵³ (Papinianus, Opinions, Book III. It makes no difference whether the maritime loan was not at the risk of the creditor when it was contracted, or whether it ceases to be at his risk after a certain time, or upon the fulfillment of a certain condition; and therefore in either instance a higher rate of interest than is legal will not be due. In the first instance, a higher rate can never be demanded; in the second, when the risk has ceased to exist, neither pledges nor hypothecations can be retained for the purpose of collecting a higher rate of interest.)

51 Thomas 2008, 13.

52 Also Ulpianus, D 13 7 11 3; C. 4, 32, 22 *Imperatores Diocletianus, Maximianus* "*Pignorbibus quidem intervenientibus usurae, quae sine stipulatione peti non poterant, pacto retineri possunt.*" (When pledges have been delivered, interest which could not have been collected without stipulations can be retained under the agreement (*pactum*)).

53 Also Papinianus, D. 22, 1, 9, 1; Paulus, D. 12, 1, 40; Tryphoninus, D. 3, 5, 37 (38).

II. Why was the F. V. 9 not inserted into the Digest?

Having in mind the previous contemplations on F. V. 9, one of the possible answers could be that the text was left out from the Digest because it does not give the real opinion of Papinian. However, according to the Romanist literature, the authorship of Papinian is not questionable, and some parts of the F. V. 9 are in accordance with Papinian's opinions and even with the classical rules (the right of the creditor to buy the pledged thing from his debtor, to charge interests), the text in the given formulation could not belong to Papinian.

The fragment in question could have been made by an unknown author, or by shortening the opinion (*responsum*) of Papinian, or more plausible, by merging more, previously already shortened opinions of Papinian in one text. This way a new rule was made, according to which the creditor could acquire the ownership on the pledged thing, regardless of its value, purchasing it from the debtor (*iure empti dominium retineat*). This rule was common in the provincial practice and its result was nothing else but the application of the *lex commissoria* in case of pledge. Therefore, the rule of F. V. 9 has provincial origin and does not correspond to the intention of classical jurisprudence to find in every case the best and most equitable solution.

The next possible answer lies in Justinian's legislative politics, motivated by the social and economic difficulties of the postclassical period. As the following arguments testify, the rule of F. V. 9 was not in accordance with Justinian's politics.

The classical jurisprudence together with Papinian insists on respecting the legal interests limit. The F. V. 9 is silent about it. This part of the Fragment: "*cum sortis et usurarum quantitas ad diem solvendae pecuniae praestitutam certa sit*" gives the possibility to the creditor to count in the sum of the debt, even the eventually accrued interest, nevertheless the time of delay is not noticeable when the contract is made.

On the other hand, Justinian looks at the pledge not only as a security of the loan but in general as a security of the reimbursement of a debt originated from any negotiation. As a general security, the object of the pledge could be worth more but also less than the amount of the debt. Consequently, Justinian's law insists upon the just estimation of the pledge (*iusto pretio tunc aestimandam*⁵⁴),

54 Marcianus, D. 20, 1, 16, 9; C. 8, 33, 3, 5 (530): *Imperator Justinianus, "Sin autem dubitatio exorta fuerit pro venditione utpote vilioris pretio facta, sacramenti religionem creditor praestare compellatur, quod nulla machinatione vel circumscriptione usus est, sed tanti vendidit rem, quanti poterit venire: et hoc tantummodo reddi, quod ex iuramento superfluum fuerit visum."* (But when any doubt arises with reference to the sale, for instance, if it should be asserted that a lower price was paid than the property was worth, the creditor will be obliged to make oath that he was guilty of no machination or fraud, but that he sold the property for as much as he could obtain for it; and he shall only be compelled to return to the debtor any surplus which he may have sworn to.) In the Western part of the Empire, the just estimation of the pledge was required even before Justinian's time, particularly regarding the interest of the Empire (*utilitas publica*) to realise the public (*fiscal*) debt payments (primarily the taxes). Therefore, according to the law C.

even when the pledge would be sold to the creditor. Therefore, Justinian demands from the creditor to return the surplus (*superfluum*) to the debtor if the pledge is worth more than the amount of the debt, and also obliges the debtor to pay the rest of the debt if it was not covered by the value of the pledge.⁵⁵ About these obligations the F. V. 9 is also silent.

Besides these arguments, the following could also be mentioned, based on the tendency observable at Justinian that the different kinds of securities regulate in the similar way. Namely, the economic crises followed by inflation present already in the time of *Severus* and increased later as a consequence of military anarchy, barbarian invasions and constant wars made the problem of debt reimbursement an actual problem. Therefore, different ways of guarantees were utilised. On this process the provincial practice has also left its mark. In the text of the jurist from the late classical period, one can find different atypical security rights.⁵⁶

Th. 10, 17, 3 (= LRV. C. Th. 10, 9, 1 /391/) and its interpretation, the price has to be equal to the value of the sold thing. *Int.*: “*Si quicumque publici debiti enormitate constringitur, ut non possit hoc ipsum debitum nisi vendita propria facultate dissolvere, in eiusmodi debito hanc executores vel exactores formam servare debebunt, ut non ita rem praecipitent, ut res minore, quam valet pretio distrahatur nec tales sub quolibet conludio provideant emtores, ut et debitor proprietatem perdat et parum fiscus adquirat.*” (If any person should be overwhelmed by an enormous burden of public debt, so that he is not able to pay his debt except by the sale of his own property, in the case of such a debt, the enforcement officers and tax collectors must observe this general rule, namely, that they shall not so hasten the matter that the property will be sold for a price less than its value, nor shall they by any collusion provide such purchases that the debtor shall lose his property and the *fiscus* shall acquire too little). For more about this, see Szűcs 2005, 857–882; Sirks 1985, 297. On Justinian’s standpoint: Nov. Iust. 120, 6, 2, (544); Burdese 1951, 121.

55 C. 8, 33, 3, 4 (530): *Imperator Iustinianus*, “*Sed si quidem minus in pignore, plus in debito inveniatur, in hoc, quod noscitur abundare, sit creditori omnis ratio integra. Sin autem ex utraque parte quantitas aequa inveniatur, sine omni dubitatione totam rem antea pigneratam retineat. Sin autem minus quidem in debito, amplius autem in pignore fiat, tunc in hoc quod debitum excedit debitori omnia iura integra lege nostra servabuntur, creditoribus quidem feneratoris non suppositum, aliis autem debitoris creditoribus vel ipsi debitori servatum.*” (But if the pledge should be found to be worth less than the debt, the creditor shall have the right to proceed against his debtor for the deficiency. When the value of the pledge and the amount of the debt are found to be equal, there is no doubt that the creditor can retain the entire property previously pledged. If, however, the debt should amount to less than the value of the pledge, then, by Our law, the excess shall be reserved for other creditors to whom the property was not pledged, or for the debtor himself).

56 Regarding the regulation of security rights today, the rules on pledge of the late classical period (3rd century A. D.) are of utmost importance. In the 3rd century, economic crisis manifested itself in the deficit of the imperial treasury, which caused difficulties in paying salaries to military and civil officers. Since the taxes were the main sources of state incomes, to benefit the interest of the *fiscus*, the general hypothec was established on the property of taxcharged population, on the property of the persons who made a contract of public interest and also on the property of city officers, as a guarantee of fulfilment of their public obligations. The hypothec, which in the West was called *pignus* (*pignus conventum*), was frequently used not only as a security of public but also as a security of private debt. In this period appeared the problems caused by multiple pawning of debtors’ things, the problems of priority right and reimbursement of claims, and those connected with the clause of *lex commissoria*. Besides the *fiducia*, *pignus* and *hypotheca* even other ways of securities appeared: the *lex commissoria* as a clause of sale contract; a form of mixed contracts:

At the same time, the differences between the regulation of *fiducia*, *pignus* and *hypotheca* are dying out. By this reason Marcian reached to the conclusion that the *pignus* and the *hypotheca* differed only in their names.⁵⁷ This process was continued by Justinian towards a unified regulation of security rights, and the tendency is present also today, however, for other reasons.⁵⁸

Justinian's intention was to protect the interest of both parties, the creditor's and the debtor's as well. In the interest of the debtor he intended to prevent the creditor in uncontrolled acquisition of ownership on the pledged thing.

The rule of F. V. 9, which permits the creditor to acquire the ownership of the pledged thing on basis of sale (*iure empti dominium retineat*), particularly its application as a security of creditor's claim from any negotiation, without a just estimation of the value of the pledge and without the debtor's right to surplus, was not in accordance with Justinian's politics. The part of the text "*iusto pretio tunc aestimandam*" added to Marcian's text in the postclassical period points to the practice that the creditors simply took over (seized) the object of the pledge from their debtors without recovering the surplus.⁵⁹

According to F. V. 9, the creditor by purchase acquires the ownership of the pledged thing. In reality it is nothing else than the application of *lex commissoria* on the pledge. It was already practised during the government of the Severus dynasty since the rule that the creditor could only exceptionally acquire the

sale and *precarium*, sale and lease etc. A modified form of *fiducia* was also present: the sale of the pledged thing to the creditor by the debtor's right to redeem it (*pactum de retroemendo*); and to extend the existing pledge as a security for debtors' future debts (*pignus Gordianum*) became possible as well. In Roman law, regardless of the type of the pledge, its objects could be mobile or immobile things and rights as well. The strict differentiation of hypothec as a non-possessory pledge on non-movables from the *pignus* as a possessory pledge on movables is a product of the Middle Ages, and from this period the hypothec and *pignus* as specific kinds of pledges have been taken over by modern civil codes. See more in Zwälve 1887, *passim*.

57 Marcianus, D. 20, 1, 5, 1: *Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt.*

58 The intention to unified regulation of security interest is present today too. However, influenced by American law, the regulation of security on personal property (mobile things and rights and everything which is not considered immobile) and real property is observed separately: "The EBRD Model Law and UCC Article 9 both adopt the general view that personal property and real property should be dealt separately, and that the idea of personal property should be understood as widely as possible. The Model law provides that charged property may comprise anything capable of being owned; whether tangible or intangible, presently owned or to be acquired by the debtor in the future." One has to learn that the unified regulation of personal property, regardless of the kind of the charged thing and the kind of the security, is most understandable on basis of the knowledge of Roman law rules. The principle of 'single security interest' of article 9 US UCC (Uniform Commercial Code-Secured Transactions) is accepted by the Model law on secured transactions (MLST) of EBRD (European Bank for Reconstruction and Development 1994). According to the preamble of the law: "The Model Law is based on the idea of a single security right (a 'charge') in respect of all types of things and rights. The distinction between various traditional types of security rights, such as pledges of movables, pledges of rights, and mortgages is merged in one right."

59 Very possibly Marcian's pact was utilised already in Diocletian's time for evading the strict rules of *impetratio domini*. See Peters 1973, 166; Wigmore 1897, 28–29.

ownership on the object of the pledge belongs to this time. The creditor could manage transaction under public control in special procedure (*impetratio domini*).⁶⁰ Nevertheless, in the following period the forfeiture of debtor's things by creditors increased as in 320 A.D. Constantine edited the law which prohibited the creditors from the seizure the debtor's things contracting *lex commissoria* (C. Th. 3, 2, 1)⁶¹. It remains uncertain which agreement (*tali contractu*) the constitution speaks of. Later, this constitution was inserted into the *Codex Iustinianus* (8, 34/35/, 3) but at that time referring to the *pignus: commissoriae pignorum legis*. For the same reason (to prevent the uncontrolled ownership acquisition on the pledged thing by the creditor), the *fiducia* was also definitely removed from Justinian's law as a kind of pledge.

Justinian permits the *impetratio domini* (the creditor's claim to the emperor to acquire the ownership of the pledged thing) as a last solution, only under the conditions that the debtor is not able to pay his debt and an adequate buyer could not be found.⁶² Justinian regulated the proceeding related to this claim in details in 530 A.D.⁶³ by prescribing public control, just estimation of the pledged thing, even giving the debtor a possibility to repay the debt and take back the pledged thing within two years from the confirmation of the *impetratio domini*.⁶⁴ The ownership of the creditor would be definite only after the period of two years.

Regarding this rule, one has to pay attention to the fact that contrary to F. V. 9, according to Marcian's fragment, the creditor will become only a possessor of the pledged thing on purchaser's right "*iure emptoris possideat rem*", but not an owner. Modestin invokes this rule too in the case when one of more pledgees purchases the pledged thing. According to Modestin, the later pledgee does not purchase the pledge from the prior to become owner, but only to get a better position for the realisation of his own loan: D. 20, 5, 6 Mod. 8. reg. "*Cum posterior creditor a priore pignus emit, non tam acquirendi dominii quam servandi pignoris*

60 C. 8, 33, 1 (229): *Imperator Alexander Severus. "Dominii iure pignora possidere desiderans nomina debitorum, quos in solutione cessare dicis, exprimere et, an sollemnia peregristi, significare debuisti, dummodo scias omnia bona debitoris, qui pignori dedit, ut universa dominio tuo generaliter addicantur, impetrare te non posse."* (The Emperor Alexander to Nicola. When you desire to obtain the ownership of a property which has been pledged, the names of the debtors who you say have failed to make payment must be given, and you must state whether you have complied with the requisite formalities, for you are informed that you cannot obtain the ownership of the entire property pledged by your debtor, even though all of it was, in general terms, encumbered in your favor).

61 C. Th. 3, 2, 1: *Imp. Constant[inus] A. Ad populum. "Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem eius memoriam aboleri."* (Emperor Constantine Augustus to the People. Since among other captious practices, the harshness of the provision for forfeiture is especially increasing, it is Our pleasure that such provision shall be invalidated and that hereafter all memory of it shall be abolished.)

62 Burdese 1951, 206; P. Frezza 1958, 322.

63 C. 8, 33 (34), 3, 1–6; For more details, see Burdese 1951, 206–215.

64 65 C. 8, 33, 3, 3, a–c.

suis causa intellegitur pecuniam dedisse et ideo offerei ei a debitore potest."⁶⁵ (Modestinus, Rules, Book VIII. Where a second creditor purchases a pledge from the first, he is understood not to have paid him the money for the purpose of acquiring the ownership of the same, but to hold the property in pledge for his own benefit; and therefore the money can be tendered to him by the debtor.)

This text points onto the fact that the reason of the purchase of the pledged thing by the creditor, regardless whether he bought it directly from his debtor or, in case of more creditors, from the prior creditor, is a temporary possession of the pledged thing. It is reasonable since the cause of the pledge is not the acquisition of the ownership but the security of debt payment. Hence the creditor–buyer, sooner or later, after finding the adequate buyer would sell the pledged thing. According to the classical rules and those of Justinian, the creditor has a right to vend the pledged thing to third persons (*ius vendendi*). The aspiration of the third person (*extraneus*), his reason to buy the object of the pledge is to become its owner.

Conclusion

The text preserved by F. V. 9, the supposed author of which was Papinian, was not inserted into Justinian's Digest not only because it does not represent the authentic opinion of Papinian, but primarily for the reason that it was not in conformity with Justinian's legal politics.

F. V. 9 permits the creditor, if the debtor failed to repay the debt in due time, to acquire the ownership of the pledged thing by purchase.

Justinian intended a uniform regulation of real securities, protecting the creditor's as the debtor's interests equally. He permits the creditor to purchase the pledged thing if it was estimated to a just price. However, even this way the creditor could only become the possessor and not the owner of the pledge. He prohibits the utilisation of the *lex commissoria* in case of the pledge and definitely removes the *fiducia* as a kind of pledge from his code. To the creditor he gives the possibility to acquire the ownership on the object of the pledge only exceptionally, if the debtor is not able to pay his debt and if an adequate buyer for reimbursement of the credit from the purchase price could not be found. The request for acquisition of ownership on the pledged thing should be realised by the creditor under public control on the course of the special procedure of *impetratio domini*.

Consequently, as the F. V. 9 is silent about the limit on interest rate as well as about the recovery of surplus, moreover, as it does not ask for the just estimation of the price of the pledged thing, and allows the creditor, without any control, to acquire the ownership on the object of the pledge, it was contrary to Justinian's rules, hence it could not be inserted into the Digest.

⁶⁵ According to Peters (1973, 153–154), the fragment is dogmatically incorrect.

Literature

- ANKUM, H. 1989. "Pap. D. 21, 2, 65: The legal position of two heirs who sold a thing mortgaged by the deceased." In *Historia del derecho privado. Trabajos en homenaje a Ferran Valls i Taberner*. Barcelona: 1785–1811.
- ANKUM, H. 2005. "Consequences of a Pledge Extinguished by Merger in Classical Roman Law." In *Ex iusta causa traditum. Essays in honour of Eric H. Pool*. Pretoria: 3–20.
- BISCARDI, A. 1962. "La lex commissoria nel sistema delle garanzie reali." In *Studi in onore di Emilio Betti, II*. Milano.
- BISCARDI, A. 1976. *Appunti sulle garanzie reali in diritto romano*. Milano.
- COPPOLA, R. 1997. "Il problema dell'usura nella visione e nell diritto della chiesa." In *L'usura ieri ed oggi*. Bari: 250–258.
- FÖLDI A.–HAMZA, G. 1996. *A római jog története és institúciói. (History and Institutes of Roman Law.)* Budapest.
- FREZZA, P. 1963. *Le garanzie delle obbligazioni, corso di diritto romano, II*. Padova: Cedam.
- FUENTESECA, P. 1978. *Derecho Privado Romano*. Madrid.
- HAJNIK, I. 1872. *A magyar jogélet az Árpádok alatt. (Legal Life in Hungary in the Times of the Arpads.)* Pest.
- HONORÉ, T. 1994. *Emperors and Lawyers*. Oxford.
- KOROŠEC, V. 2005. *Rimsko pravo, I*. Beograd.
- LEVY, E. 1956. *Weströmisches Vulgarrecht; Das Obligationenrecht*. Weimar.
- LEWIS, N. 1996. "The Humane Legislation of Septimius Severus." *Zeitschrift für Alte Geschichte* 45/1: 104–113. <http://www.jstor.org/stable/4436409>
- LONGO, C. 1933. *Corso di diritto romano, La fiducia*. Milano.
- MEZEI, B. (ed.) 2000. *A magyar jogtörténet forrásai. (Sources of Hungarian Legal History.)* Budapest.
- NOORDRAVEN, B. 1999. *Die Fiduzia im Römischen Recht*. Amsterdam.
- NÓTÁRI, T. 2011. *Római köz- és magánjog. (Roman Public and Private Law.)* Kolozsvár.
- PETERS, F. 1973. "Der Erwerb des Pfandes durch den Pfandgläubiger im klassischen und nachklassischen Recht." In *Studien im römischen Recht*. Berlin: 150–153.
- PETRUCCI, A. 1997. "Prime riflessioni su banca ed interessi nell'esperienza Romana." In *L'usura ieri ed oggi*. Bari: 63–97.
- PRINGSHEIM, F. 1950. *The Greek Law of Sale*. Weimar.
- RUSZOLY, J. 2002. *Európa jogtörténete. (European Legal History.)* Budapest.
- SCHULZ, F. 1967. *History of Roman Legal Science*. Oxford.
- SEGURA, S. 2005. *La cessio bonorum, Étude comparée de droit romain et de droit Suisse*. Zurich.

- SIRKS, A. J. B. 1985. "La laesio enormis en droit romain et Byzantine." *The Legal History Review* 53: 291–307.
- STANOJEVIĆ, O. 1966. *Zajam i kamata*. Beograd.
- SZTEHLO, Z. 1938. *Az egyiptomi papyruszok és a római jog. (Egyptian Papyri and Roman Law.)* Miskolc.
- SZŰCS (Sič), M. 2005. "Sloboda ugovaranja i iustum pretium u rimskom i savremenom pravu." (Freedom of Contracting and Just Price according to the Rules of Roman and our Contemporary Law.) *Pravni život, Pravo i univerzalne vrednosti* 10/2: 857–882.
- SZŰCS (Sič), M. 2006. "Aktuelnost zabrane prodaje zaloge založnom poveriocu poznog Rimskog carstva." (The Actuality of Postclassical Prohibition of Purchasing the Pledge by the Creditor.) *Pravni život* 10: 613–637.
- SZŰCS (Sič), M. 2006. "Uslovljavanje prenosa svojine isplatom cene kao sredstvo obezbeđenja po rimskom i našem savremenom pravu." (Ownership Acquisition Conditionated by Price Payment as a Security according to the Roman and our Contemporary Law.) *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 2006/1: 73–102.
- SZŰCS (Sič), M. 2008. "Fiducia and Pignus in Sources of Post-Classical Roman Law—Synonyms or Terms Utilized for Different Kinds of Pledges?, II." *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2008/3: 143–172.
- SZŰCS (Sič), M. 2009. "Cessio bonorum римског права—на тему личног банкрута савременог права." (Cessio bonorum of Roman Law—Contribution to the Contemporary Institution of Personal Bankruptcy.) *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2009/2: 259–279.
- SZŰCS, M. 2002. "A modern telekkönyv megjelenésének előzményei." (Fundamentals of Modern Land Registers.) In *Ingatlan-nyilvántartás*. (ed. Salma, J.) Novi Sad: 112–158.
- TAUBENSCHLAG, R. 1955. *The Law of Greco-Roman Egypt in the light of the Papyri, II*. Warszawa.
- THOMAS, P. 2008. *Antichresis, Hemiolia, and the Statutory Limit on Interest in Gerard Noodt's De foenore et usuris*. Beograd. www.alanwatson.org/philipthomas.pdf
- WAGNER, H. 1989. "Remarks on the History of Interest on Loans." In *Historia del derecho privado. Trabajos en homenaje a Ferran Valls i Taberner*. Barcelona: 2815–2825.
- WIGMORE, J. H. 1897. "The Pledge-Idea: A Study in Comparative Legal Ideas III." *Harvard Law Review* 11/1: 18–39.
- ZIMMERMANN, R. 1996. *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*. New York.

ZULUETA, F. de 1921. "L. Guenoun, La Cessio Bonorum." *The Classical Review* 35/7–8: 176. <http://www.jstor.org/stable/697364>

ZWALVE, W. J. 1887. *A Labyrinth of Creditors: a Short Introduction to the History of Security Interests in Goods*. <http://hdl.handle.net/1887/3418>



Diocletian's Military Reforms

Emilija Stanković, Ph.D.

Professor, University of Kragujevac

Faculty of Law

Email: emilija@jura.kg.ac.rs

Abstract. From among the many changes introduced by Diocletian, the military reforms were the most important. We can even say that some other changes were either direct or indirect results of this one. Of course, the introduction of the taxation system *capitatio-iugatio* was a result of the need to increase income for growing expenses, from which the biggest one was the army. Even the Price Edict – as in the introductory part Diocletian and his co-regent admitted – was a result of concern for soldiers. The established measures of the military reforms contributed to the stability of the state and mainly to the border protection of the Empire by stopping barbarian attacks – at least temporarily.

Good side of this reform was that the increased number of soldiers and the better organisation increased the state's defence power. Besides the larger number of soldiers, expenses were raised by the fast development and by cavalry participation, which involved much higher expenses than what was needed for the infantry. Was the state able to provide the necessary funds compared to those already existent, and if it was, for how long and in what way? The military reforms could not give any more permanent result.

Another bad result was the decline in quality of the military personnel. The recruiting system did not bring the best people into the legions. Probably *latifundium* owners gave their worse workers to the army.

Keywords: Diocletian's military reform, postclassical Roman public law, *limitanei*, *comitatenses*

I. Problems

The army was the Empire's protector from foreign enemies and internal rebellions as well as the support of throne pretenders. "The Empire's military defence became the ruler's main duty and other things were under their control".¹ That was probably a reason for the introduction of new measures, the military reorganisation that Diocletian dealt with, where major attention was paid to the border defense system.²

1 Rostovtzeff 1974, 462.

2 Zosimus 2, 34

Military division into two parts by which the effectiveness of the army and soldiers' number increased was without doubt Diocletian's innovation. According to Rostovtzeff: "The military reform was the central preoccupation and it was carried out in a few years, being finished by Constantine and his successors".³

A new problem was more powerful: latifundium owners (*potentiores*) and their private army were not always loyal to the Emperor.

The role of the army increased especially during the period that preceded Diocletian's rule. That was a time when internal conflicts and riots were common and when barbarian attacks against the borders of the Empire were getting more and more frequent and serious. Because of the throne conflicts the borders were often unprotected.

Army expenditures were huge. The garrisons existing in that time were strong and were situated where the fortifying efforts were concentrated. During the time when extensive works for the Pannonian strengthening were carried out, the nearby smithery in Sisak (today a town in Serbia) had to work overtime.⁴ Having been a decisive factor not only from the point of view of the Empire's defence but also from that of the seizure of the throne, the army had constantly increasing wages. In 183 A.D., Domitian increased the wages with one third, then Caracalla (211–217) added 70 million *denarii* to the military funds.⁵ All that together brought inflation. During the fights for the throne and the military anarchy, additional income was realised from robbery, and requisitions were made.

The great extent of attention that was paid to the army can be seen from the fact that military bases had the same comforts that other towns had: aqueducts, amphitheatres and public baths.⁶ Soldiers were judged in special courts that were favouring them.⁷

Besides problems that affected all areas, certain problems affected only the army. First of all, the discipline decreased; officers had to face several problems, such as the diminished number of soldiers as well as their decreased willingness.

One defect of the army was the lack of mobility; the army became almost immobile on the borders so mutual help was impossible. The fact that soldiers founded families with neighbours from across the borders contributed to this. The once excellent Roman roads got wasted during the economic crisis and increasing banditry. The famous bandit, Bulla Felix with his men managed to maintain his positions for a few years.⁸ Besides that, such improvised solutions added to the Empire's lack of defence, so barbarians and other rebelling people took advantage of that.

3 Rostovtzeff 1957, 510.

4 MacMullen 1988, 38.

5 Dio Cassius 67, 3, 5; 78, 36, 3.

6 Boardman–Griffin–Murray 1991, 164.

7 Satirist Juvenal recommends to the one beaten by the soldier to stick his teeth and be quiet because the justice in court is hard to get (*Saturae* 16,100–112).

8 Cook 1939, 21.

What significance did the military have for Diocletian? According to the majority of the authors, it can be seen among the principal motives of establishing an edict and it was a protection from unscrupulous traders, about whom the introductory part of the edict contains some data.

II. The Former System

The military reforms that Augustus had ordered established an organisation which lasted up to the 3rd century.⁹ The new military organisation enabled the Emperor to have complete rule over the Empire. For the sake of his reforms, Augustus directed a particular part of the state budget the financing of the entire military system, what represented the most important step for finance planning taken by the Romans in those times.¹⁰ As the army increased, the expenses became larger. For instance, Caracalla's military expenses increased up to 70 million *denarii*.¹¹ As the military expenses were constantly increasing, the financial problem of meeting these needs became more important. According to Finley: "The military requestments and expenses became the Emperor's constant care and their limited actions were maximal since they were taken from the taxes and citizen's forced work".¹²

During the period of Augustus, the formation of a permanent military machinery was completed. The main military formation was the legion and had 6.000 people. Regular army and legions were placed at the borders of the provinces and were often recruited from the areas they lived in.¹³ By the end of the rule of Augustus there existed 25 legions, 8 in both Germaniae along the Reus (Rayne/Rhine), 3 in Spain, 2 in Africa, 2 in Egypt, 4 in Syria, 2 in Pannonia, 2 in Dalmatia and 2 in Moesia.¹⁴ From the placement of the legions we can conclude that the most endangered positions were in the North, towards the Germans, and in Syria.

The next Emperors kept the arrangement of the legions; they just increased their number, what again was in accordance with the increased danger from barbarians, as well as with internal riots.

From the time of Septimius Severus the number of the legions was increased up to 33; the great importance of the army shows from his words addressed to his sons: "Get along very well, pay soldiers a lot and don't care for anything else".¹⁵

9 Boardman–Griffin–Murray 1991, 163.

10 Boardman–Griffin–Murray 1991, 163.

11 MacMullen 1988, 39.

12 Finley 1979, 235; Boardman–Griffin–Murray 1991, 163.

13 Maskin 1982, 325; Boardman–Griffin–Murray 1991, 163; Grimal 1968, 178.

14 Grimal 1968, 178.

15 Dio Cassius 66, 15, 2.

Besides the primary troops there were additional ones, which were added to the legions. Legions did not exist in Rome and in Italy but Augustus formed particular units: praetorian, civil and *cohortes vigiles*, whose task was the Emperor's personal security as well as protection from public rebellions.¹⁶ Praetorians had higher wages than common soldiers and even shorter serving terms, which usually lasted from 25 to 30 years. Until the rule of Septimius Severus, the Praetorian units consisted of Italians. After his death, the relation between Italians and other nations drastically changed; Praetorians come from other parts, especially from provinces along the Danube.¹⁷ The positions of the legions and Praetorians became equal. Even during the following period, under the rule of Diocletian, the role of the Praetorians was decisive in changing and pronouncing the Emperors. The considerable participation of the Praetorians in the politics of their times made some historians see it as a reason for the Roman failure.¹⁸

Besides their regular duty, soldiers were involved even in public works. Marcus Aurelius had some bridges built by his soldiers.¹⁹ Soldiers also inspected the land and the Emperor's military structure, too.²⁰ Those duties were not the only activities that soldiers had to undertake. They took part in the transportation of grain by ships; worked in mines, prisons, paper factories as well as in river guard. We are informed on all these operations from two papyri which contain lists of soldier activity, being duty reports related to the Danube region.²¹

With the introduction of some innovations in the military field, Alexander Severus tried to strengthen the system but this contributed to the barbarisation of the Roman army. His desire was to renew the Roman army, so he tried to form one legion which would be composed only of Italians but, at the same time, it consisted mostly of Illyrians.²² Besides that, his efforts to strengthen the cavalry were quite clear; in order to achieve this he used Parthians, Alans and Goths. This process aroused another new danger. It created the opportunity to have the barbarised Roman army side with the barbarians, which happened later.

16 Grimal 1968, 178.

17 Grimal 1968, 178.

18 Grimal 1968, 178.

19 Lindsay 1968. 219.

20 Boardman–Griffin–Murray 1991, 166.

21 Boardman–Griffin–Murray 1991, 166.

22 Pareti 1967, 207.

III. *Limitanei*—*Comitatenses*

Diocletian was interested above all in border protection. During his rule, we can talk about the development of a defence system, which meant that the borders of the Empire were provided with levees, walls, fortresses and towers.²³ On the other hand, Constantine destroyed the defence system by removing the army from the borders to towns.²⁴

There are significant archaeological and epigraphic proofs of the building of strategic roads and of fortifying activity, the best ones are on the African, Syrian and Arabian borders, while some investigations found fortifications in the Rayne/Rhine and Danube regions.²⁵

Taking into consideration all troubles that an army had to face, in order to create an appropriate mobile army, Diocletian reorganised the Roman army dividing it into two parts, (groups) *comitatenses* and *limitanei*. According to Zosimus “it is sure that *comitatenses* as mobile forces were not the result of Constantine’s merits”,²⁶ but the fact is that Constantine finished many things Diocletian started. *Comitatenses* were mobile, terrain groups which were placed within the Empire. They were located on strategically suitable spots, always behind the important roads, which enabled an easy moving from one part of the state to another. In that way it was possible to offer help whenever it was necessary. The soldiers were younger men without families.

Another group, the *limitanei*, was formed as a border unit. These troops were immobile and represented a kind of village border police.²⁷ Their task was to defend certain parts of the border. On border sections which were exposed to frequent attacks, defensive fortifications were built. This was the case with the border that went down along the Danube, on present day Serbian territory. Roman authorities started to build these fortifications quite early, thus wall remainders that divided Roman Britain from the barbarians, close to the Anglo–Scottish border, are visible even today. These fortifications mark a turning point in Roman history, a transition from offensive to defensive. Soldiers lived on the border area. By cultivating that land they made a living for themselves and their families. The land that was cultivated by border troop soldiers had a particular character.²⁸ Thus the border defence system was created and given special attention.

The system of *limes* now changed and became a system of reasonably arranged fortifications and camps. The *limes* was in fact the border road, for the defence of which they built a complicated system of ditches, trenches and fortresses.

23 Jones 1966, 54.

24 Zosimus 2, 34.

25 Jones 1966, 55 f.

26 Zosimus, 2, 34, 2.

27 Sinigen 1978, 435.

28 C. Th. 7, 22, 1–12; C. 7, 15, 1 f.

Each of the above mentioned two groups took part in the defence of the Empire. The army consisted of frontiersmen, who were interested in the protection of their border section and at the same time by defending the borders from barbarian attacks, they defended their properties and families. Even though this army did not have the possibility to maneuver, they knew their territory and all of the priorities arising from this were used in the best way. This part of the army quite successfully managed to temporarily retain the enemy, until the arrival of the mobile and strong *comitatenses* troops. Such a system was taken over by the Byzantine Empire and adapted to its needs by creating the class of peasant-soldiers, called *stratiotes*.²⁹

The military advantages of this system were various; it was quite a wise action to use a considerable amount of untilled land along the borders and turn it into cultivable areas. Besides that it reduced pressure on state funds – there was not enough money to pay the entire bureaucracy and the more and more insatiable army.

With these measures, Diocletian improved the military situation in the Empire and provided for its better defence.

One more important thing related to the army of this period was the military profession as an obligation, a hereditary obligation of military service. It is not clear when that obligation appeared. It seems that before Diocletian there must have been some attempts of binding the soldiers to their profession. “A general tendency of binding people to their professions that started even before Diocletian, continued during his rule, and what is quite clear, had an influence on the soldiers.”³⁰ Soldier’s sons who were physically capable had to serve in the army just like their fathers; in case of incapability, they were involved in curial service.³¹

There are some authors who find a relation in respect of the military service with Constantine the Great, who ruled after Diocletian.³² It is possible that even before Diocletian there were some attempts to make military profession continual and hereditary. It seems likely that Constantine, in the case of breaking military prohibition regarding discharge, had to renew this order. But Diocletian made an excellent move. He provided the army with land. Land usage was restricted to military service, without formally binding soldiers to their profession. Not long after, he introduced the heredity of military profession.

Although divided into two groups, it can be stated that according to its structure, the army was a unitary body. Namely, the *comitatenses* as well as the *limitanei* consisted of infantry and cavalry units. During this period the role and significance of the cavalry increased so we can rightfully talk about

29 Ostrogorski 1959, 113.

30 Romac 1963, 54.

31 C. Th. 7, 22, 4–5, C. 12, 47.

32 Cary–Scullard 1974, 534.

its primacy.³³ An obligation of donating horses,³⁴ which was introduced in this period, makes one realize that during Diocletian's time people could not fight without the cavalry. The increased role of the cavalry was the consequence of a change in tactics and fighting strategy, which change was caused by the development of the equipment and fighting manners of barbarians. The border troops deteriorated under the several barbarian attacks, so rulers were supposed to strengthen even further the cavalry due to the large and capable cavalry of the enemy. It is possible to contribute this to the influence of Eastern people, whose army consisted mainly of cavalry.

Besides the ordinary army there was a particular army, the so called Empire's army, whose role was to protect the Emperor's people. In 312 A.D., Constantine dismissed the Praetorian Guard,³⁵ but before that already Diocletian reduced and cancelled their privileges.³⁶ Instead of the Praetorians, he chose two Illyrian legions, which under the new names of Iovianus and Herculianus had to serve as the Emperor's guard.³⁷ Constantine created a new guard, the *scholae palatinae*, which consisted of cavalry legions, mostly barbarians, about 500 persons.³⁸ There was also a certain number of young officers, the *protectores*³⁹ with new tasks such as soldier training, but at the same time, they served as the Emperor's protectors; they were called *domestici*.

Army supplying had great importance. Diocletian perfected the post office system (*cursus publicus*), to which he added transportation (*cursus claburalis*), which quite improved the military supply. So, the army on the borders received food that was requisitioned inside the country.⁴⁰ For the postal transportation they requisitioned horses and mules. The *curiales* had to take care about coachmen and companions.⁴¹

IV. The Number of Soldiers

In those insecure times, the army besides the new organisation also needed an increased number of soldiers as well as the improvement of discipline.

There is no proof of the change of military organisation after Alexander Severus, and the ones related to the time of his reign seem to be incomplete. Although

33 Cary–Scullard 1974, 534, Jones 1966, 55, Cook 1939, 398.

34 C. Th. 11, 17, 1–4.

35 Victor, *Epitome* 40, Zosimus, 2, 17.

36 Victor, *Epitome* 89, Lactantius, 26.

37 Gibbon 1978, 369.

38 Cary–Scullard 1974, 534; Jones 1966, 54.

39 C. Th. 6, 24; C. 12, 17.

40 Jones, 1966, 67; 830–834.

41 D. 50, 4, 18.

there are some data about the number of the legions, not much is known about the additional units.⁴²

The data from Diocletian's contemporaries about his army are quite insufficient too. There are a few inscriptions on marble plaques and papyrus; the size of the army can only be reconstructed through the analysis of a survived list (*Notitiae Dignitatum*) made one century later.⁴³ Any such data, however, can be quite unreliable.

Authors who have dealt with this problem talk about an increased number of soldiers.⁴⁴ But there is some disagreement concerning the common legions and the increased number of soldiers. Lactantius is of the opinion that the army of that period was "multiplied" taking into consideration the fact that each tetrarch had larger army than former *principes* had had.⁴⁵ This claim probably goes too far. We can hardly assume that the number of the troops was doubled, and it is even less possible to have been four times larger. It would be hard to understand/believe that a state, in times of demographic and economic decline, could organise an army four times larger than in earlier times.

Some authors think that the number of legions was doubled to 68 during the rule of Diocletian,⁴⁶ while others talk about a huge increase mentioning 60 legions.⁴⁷ Even though we can not find out the correct number, it is quite clear that the number of soldiers and that of legions was really increased. Judging by some survived data, soldiers were mostly placed on the borders; everything was still subordinated to border defence. Out of the 68 legions, 46 were placed on the borders, 16 were used as local reserve, while 6 were the general strategic reserves.⁴⁸ Along the Danube, instead of the 11 legions, 16 were placed; in Egypt there was only one but later on two more were added. Under the rule of Severus there were 34 legions. Probably all, except for one or two, existed before Diocletian succeeded to the throne; before Diocletian's abdication some 35 legions were added to this number. How many new legions were formed during the rule of Diocletian it can not be found out. Parallel to the number of legions, the number of soldiers increased too. The numbers mentioned are not identical. Some authors talk about 420,000 soldiers, while according to others Diocletian expanded the Roman army up to 500 or 600 thousands of soldiers.

How many soldiers did the Roman Empire have to support during the time of Diocletian? Lactantius estimated this to over a million but historians do not agree with the statement. Jones reduced this number to 645,000 and MacMullen to

42 Jones 1966, 56.

43 Jones 1966, 56.

44 Cook 1939, 397; Rostovtzeff 1957, 510; Cary–Scullard 1974, 534.

45 Lactantius, 7, 3.

46 Pareti 1967, 208; Finley 1979, 148; Sinigen 1978, 433.

47 Cook 1939, 397; Cary–Scullard 1974, 534.

48 Pareti 1967, 41; Sinigen 1978, 433.

400,000.⁴⁹ Besides the regular units, the number of soldiers grew in the additional units as well, so in the aforementioned times these consisted of about 150,000 soldiers.⁵⁰ During the time of Diocletian, the Roman Empire probably doubled the number of its legions and soldiers. However, this does not mean that the state's military power was doubled as well because, according to several sources, the new recruiting way did not bring the best people into the army.

This growth in the number of soldiers strengthened the Empire but increased the expenses of the state as well, so the former taxation system was unable to provide enough income.

V. The Recruiting System

This increased army was not made up only of Romans. For a long time Romans were in minority due to the expressed tendency of "provincialisation".⁵¹ From the times of Augustus until the rule of Caligula, Italians gave a smaller part of the legion. The soldiers were inhabitants of the Romanised provinces of the West or of the civilised Eastern provinces. With time, the number of provincials increased so that in 68 A.D. they almost made half of the number of the soldiers. A quite large part of the soldiers came from not that much Romanised provinces, especially from the Balkans.

During the time of Vespasian, every sixth legionary was Italian; in Hadrian's time the number of Italian soldiers was 1% of the total number, and the bulk of the army was made up of recruits from the Balkans and Africa. In such an army it was hard to establish the old Roman discipline.

Many sources, including the legal ones, show that many of the rulers, even Diocletian, populated the Roman land with barbarians as they realised, according to Ammianus Marcellinus, that they would have large advantages from the huge number of workers in agriculture and numerous good recruits.⁵² As barbarians came in this way to the Roman territory, the Roman army depended on barbarian volunteers. Such a structure had many dangers, among which the biggest one was the inability to control unbridled troops which consisted mostly of barbarians. The organisation devised by Diocletian could not stop these consequences. People were at the mercy of the army, and Rome was at the mercy of barbarians.

What regards the way of recruiting barbarians, there were three types of recruits. Some of them served voluntarily. Others were recruited from subordinated classes, which mostly inhabited the areas along the Northern border and the

49 Lactantius, 7, 2; Jones 1966, 680; MacMullen 1988, 41.

50 Pareti 1967, 41; Sinigen 1978, 433.

51 Stanojevic 1976, 27.

52 Ammianus Marcellinus, 25, 6, 10; 28, 1, 5; 31, 12, 6; C. Th. 5, 6, 3; 10, 12, 2; C. 48, 12.

Balkans. The third type of recruits came from the liberated tribes from outside of the Empire; those tribes were the allies of the Roman army. When they got money and food in return, these allies agreed to help the Romans fight other enemies.

Considering the increased number of soldiers, which was due to Diocletian, we should ask a question: Who could become a Roman soldier, more exactly, a soldier of the Roman army; when and in what way?

Until Diocletian's succession to the throne, the main way of forming the army was by recruiting volunteers, mostly barbarians.⁵³ These volunteers were professionals who served in the army for a salary because that was probably their only source of income. The army received poor people, peasants and liberated slaves. After Diocletian's reforms, a new way appeared what regards the formation of the army. The state institutionalised the recruiting system, which had always been relying on peasants. Arable lands were divided into units called *capitula* and every unit had to provide for a certain number of recruits, who – in exchange – would serve for indefinite time. In case some of these units did not have enough people to give the required number of recruits to the state, many of them associated in order to provide the appropriate number of recruits.⁵⁴

With this recruiting system the military quality decreased. That is, we can see that recruits were not chosen as it had been done in republican times, but they were sent by latifundium owners according to defined quota. We can assume that those who were the least valuable had to serve army, while the obligation of military service affected mostly the latifundium owners, who had to give a larger number of recruits.

Such a recruiting system rather strengthened the authority of latifundium owners by giving them more concessions besides many pretended and legal ones. This would be one more element which contributed to the destabilisation of the state, and it had serious consequences.

One of the developments was the introduction of the possibility of giving money instead of recruits, this is the so called *aurum tyronum*. This obligation for payment of a certain compensation instead of military service was a concession practised just in some provinces.⁵⁵ Later, this concession was given as a privilege to certain classes of the Roman aristocracy, to senators, who had the possibility of choosing between military service and compensatory payment.⁵⁶

The logic of this payment (*aurum tyronum*) was that in case of not getting recruits, the state could demand money in order to rent soldiers from among the barbarians and the poor.

53 Zosimus 2, 15.

54 C. Th. 6, 13, 1–2; C. 12, 43, 1–3.

55 C. Th. 7, 13, 2; Lactantius 7, 5.

56 C. Th. 7, 13, 13.

VI. Military Commanding

During the Republic and the early period of the Empire, military commanding was not separated from state ruling. Some high officials (*consules*, *dictatores* and *praetores*), besides certain liberties had a right to command over military units. Later the two functions became more separated except for the case of the rulers, who still were the supreme civil and military commanders. Under the rule of Diocletian that process became even faster. Civil authority became more separated from the military one, and on both sides the senators's and cavalry's classes lost their former significance. Acquiring the highest positions in the army and in the official hierarchy did not depend on their approved abilities and merits. Although in those times privileges related to origin and wealth existed, but also the possibilities of progress based on capability were greater. Any soldier who showed certain progress could become a guard and centurion, this latter's task was to command over 100 people. As a next step, one could become commander of the whole province, and finally supreme commander of the entire army. In order to reach all those positions, one certainly had to show some military skills such as bravery and loyalty to the Emperor. In this way the former senators of aristocratic origin lost their influence in the army. A new aristocracy based on military and civil services was created. This aristocracy was made up of the military classes and the guard.

A change that emphasised capability and not origin was certainly good. It contributed to the state's defence power.

The *magister peditum* and *magister equitum* were at the head of the army, *duces* were subordinated to them and commanded over the *limitanei* units. In some areas a few *duces* were under control of another higher ranking officer who had the title of *comes*, and their units were placed at the border fortifications with additional forces under the command of the *praefectus*.⁵⁷ As military governors, they had their *officium*.⁵⁸ The ordinary army consisted of legions, which were commanded over by a *praefectus legionis*, of cavalry units's *vexillationes*, whose commanders were the *praefecti alarum*, and of the *auxilia*. *Comitatenses* had higher salaries and more privileges than the people on borders, who (as result of their localisation) were considered as second class troops.

57 Nótári 2011, 94 f.

58 C. Th. 6, 14.

VII. Wages

The 3/4 of their wages, soldiers received in kind. Besides goods for their family, the wages could include arms, horses and fodder. Sometimes these goods were replaced by a certain amount of money. The amount of wages as well as the term of the service depended on the position of the army.

Military service lasted for 20 years for *comitatenses* and 24 for the frontier soldiers, but these latter were paid less than the *comitatenses*.

As it has already been mentioned, frontier soldiers had smaller wages probably because of the land they were given, and they were treated as second class troops who had easier task to do, and their service term was longer.

Besides their wages, soldiers, especially veterans had certain privileges such as reduced taxes for their family, and they even got certain plots of land as gift. Since the 3rd century, veteran soldiers had been given some land in the border area, however with required frontier service.⁵⁹

VIII. Estimate

From among the many changes introduced by Diocletian, the military reforms were the most important. We can even say that some other changes were either direct or indirect results of this one. Of course, the introduction of the taxation system *capitatio-iugatio* was a result of the need to increase income to face growing expenses, from which the biggest one was the army. Even the Price Edict, as in the introductory part Diocletian and his co-regent admitted, was a result of concern for soldiers. The established measures of the military reforms contributed to the stability of the state and mainly to the border protection of the Empire by stopping barbarian attacks – at least temporarily.

Good side of this reform was that the increased number of soldiers and the better organisation of the army increased the state's defence power. Besides the larger number of soldiers, expenses were raised by the fast development and by cavalry participation, which involved much higher expenses than what was needed for the infantry. Was the state able to provide the necessary funds compared to those already existent, and if it was, for how long and in what way? The military reforms could not give any more permanent result.

Another bad result was the decline in quality of the military personnel. The recruiting system did not bring the best people into the legions. Probably latifundium owners gave their worse workers to the army.

59 C. Th. 7, 1.

Literature

- BOARDMAN, J.–GRIFFIN, J.–MURRAY, O. 1991. *The Roman World*. Oxford.
- CARY, M.–SCULLARD, H. H. 1974. *A History of Rome Down to the Reign of Constantine*. London.
- COOK, S. A. 1939. *The Cambridge Ancient History, XII. The Imperial Crisis and Recovery, A.D. 193–324*. Cambridge.
- FINLEY, M. A. 1979. *The Ancient Economy*. London.
- GIBBON, E. 1978. *Decline and Fall of the Roman Empire, I*. New York.
- GRIMAL, P. 1968. *Roman Civilization*. Beograd.
- JONES, A. H. M. 1966. *The Decline of the Ancient World*. Cambridge.
- LINDSAY, J. 1968. *The Ancient World*. New York.
- MACMULLEN, R. 1988. *Corruption and the Decline of Rome*. New Haven–London.
- MASKIN, N. A. 1982. *The History of Ancient Rome*. Beograd.
- NÓTÁRI, T. 2011. *Római köz- és magánjog. (Roman Public and Private Law.)* Kolozsvár.
- OSTROGORSKI, G. 1959. *History of the Byzantium*. Beograd.
- PARETI, L. 1967. *History of the Mankind—Ancient World*. Zagreb.
- ROMAC, A. 1963. *Making Feudal Relationship and Roman Postclassical Law*. Beograd.
- ROSTOVTZEFF, M. 1957. *The Social and Economic History of the Roman Empire, I*. Oxford.
- ROSTOVTZEFF, M. 1974. *A History of the Ancient World*, Subotica.
- SINIGEN, W. G.–BOOK, A. E. R. 1978. *A History of Rome to A.D. 565*. New York.



Hungarian National Minority of Ukraine: Legal and Practical Aspects of Realisation of Minority Rights

Mihály Tóth, C.Sc.

Senior Research Fellow, National Academy of Sciences of Ukraine
Institute of State and Law by V.M.Koretsky, Kiev
E-mail: tothmihaly@meta.ua

Abstract. The Hungarian community which lives in Ukraine transformed into a national minority as a result of the creation of a series of nation states on the territory of the former Austro-Hungarian Monarchy after World War I. The Hungarian minority in Ukraine is relatively small (156.2 thousand people) but at the same time a regional national community (92% live in the Transcarpathian region) and the least integrated (assimilated) minority (95,4% of Hungarians think that their mother tongue is the language of their nationality). Despite the fact that this minority is one of the most active and successful in the rate of realisation of its rights, anxiety and concern in the Hungarian community are the negative trends which describe the socio-economic and political-cultural situation in Ukraine.

Keywords: Hungarian minority, minority rights, Ukrainian law

I. Numbers and peculiar properties

According to the census data from 2001, in Ukraine there were 156.6 thousand citizens who considered themselves to be ethnic Hungarians, that is only 0.3% of the total population.

Table No 1. According to the census data, the population of Ukraine amounted to 48.2 million citizens in 2001, which is divided into several groups according to the criterion of nationality.

The most numerous nationality	Thousand	%		Year 2001/1989, correlative to, %
		Year 2001	Year 1989	
Ukrainians	37541.7	77.8	72.7	100.3
Russians	8334.1	17.3	22.1	73.4
Belarusians	275.8	0.6	0.9	62.7
Moldovans	258.6	0.5	0.6	79.7
Crimean Tatars	248.2	0.5	0.0	5.3 x more
Bulgarians	204.6	0.4	0.5	87.5
Hungarians	156.6	0.3	0.4	96.0
Romanians	151.0	0.3	0.3	112.0
Poles	144.1	0.3	0.4	65.8
Jews	103.6	0.2	0.9	21.3

Table No 2. The number of citizens of Hungarian nationality in Ukraine and Transcarpathia

Year of Census	In Ukraine, thousand	% in relation to the total number of Ukrainian citizens	In Transcarpathia distr., thousand	% of the total population
1979			158.4	13.7
1989	164.2	0.4	155.7	12.5
2001	156.6	0.3	151.5	12.1

The above tables show that among the total population of Ukraine ethnic Hungarians get the sixth place on the basis of their number. And it can also be seen that during the period between two censuses (1989 and 2001), within an overall decrease of the population, the number of Hungarians decreased proportionately (from 0.4% to 0.3%, that is 0.1 %) as well as in absolute figures (from 164.2 thousand to 156.6 thousand). From Table 2. it turns out that the Hungarians in Ukraine, in their absolute majority, over 97%, live in the Transcarpathian region.

The data mentioned previously give us ground to assert that the Hungarian minority in Ukraine is relatively small but at the same time a regional national community. Moreover, within the Transcarpathian region, it is also a regional minority due to the fact that its overwhelming majority, over 92% of Hungarians

living in the area (almost 150 thousand people), is concentrated in 124 settlements (609 is the total number of the settlements in the Carpathian area) which are situated in a strip of about 20 km wide along Ukraine's border with Slovakia, Hungary and Romania. Transcarpathian Hungarians live mostly in rural areas, only 36% are urban residents.

An important feature of the Hungarian minority is their low level of assimilation and integration into Ukrainian society. This fact is demonstrated by the latest census figures, according to which 95.4% of Hungarians think that their mother tongue is the language of their nationality, and 60.1% stated, that they know no other language except for Hungarian.

II. Historical aspect

The Hungarian community which lives in Ukraine transformed into a national minority as a result of the creation of a series of nation states on the territory of the former Austro-Hungarian Monarchy after World War I. The current territory of the Transcarpathian region was included into the Czechoslovak Republic as a result of the Paris Peace Treaties. As a result of the First Vienna Arbitration (in November 1938) and the dissolution of Czechoslovakia (in March 1939) this territory was included (partially annexed) into the Hungarian Kingdom. In July 1945 (the date when the treaty between Czechoslovakia and the Soviet Union was signed) it was attached to the Soviet Union, having the status of the Transcarpathian region of Ukrainian SSR since January 1946.

The most tragic page in the history of Transcarpathian Hungarians opens with the arrival of the fronts of World War II. According to the order of command of the 4th Ukrainian Front, all the men of Hungarian and German nationality of military service age were deported. This campaign covered around 40 thousand people, nearly half of whom died a martyr's death in Stalin's camps.

Ukrainian Hungarians, like all other inhabitants of the Ukrainian SSR became citizens of the independent Ukraine in December 1991.

The uniqueness of the historical destiny of this minority, just like of all the inhabitants of Transcarpathia, is that they happened to become citizens of 5 states during the 20th century. Due to the adoption of the Hungarian Law on the simplified naturalisation of former citizens, some long-lived persons would have a possibility to receive their sixth citizenship without leaving their native land.

III. Implementing minority rights

Considering the rate of realisation of its rights, the Hungarian minority is perhaps one of the most active and successful national communities of Ukraine. Such activity becomes obvious to those who visit the settlements in which Hungarians form the majority or give a substantial portion of the population. As a result of local referendums and decisions of the local and central government, a significant part of such settlements were given back their historical – Hungarian – names during the period after the proclamation of independence, when changes occurred in the social and political structure (1991). Public inscriptions such as road signs, street name signs, signs on the walls of official buildings, departments, agencies, as well as advertising signs and announcements usually use Hungarian language. Hungarian national flags are hung near the Ukrainian flag on official buildings.

Due to the compact structure of the settlements, the vast majority of the Transcarpathian Hungarians are brought up and taught in their native language. Thus, in 2008 and 2009 representatives of national minorities had the opportunity to meet their educational needs in 80 pre-schools and 97 schools with the enrollment of 16.4 thousand students. Graduates of these schools have the opportunity to pursue higher education fully or partially in their native tongue at the Ferenc Rákóczi II Transcarpathian Hungarian Institute and at the Hungarian Language Department of Uzhgorod National University, where in total more than 1.8 thousand graduates of Hungarian-language schools are taught.

Significant role in the preservation and development of national, cultural and linguistic identity of Transcarpathian Hungarians belongs to the church, to social, cultural and human rights protection organisations, as well as to the numerous historical and architectural monuments that the Transcarpathian region is so rich in.

Special mention should be given to human rights and political activity inside this community. The interests of Hungarians on both local and state levels are represented by dozens of public organisations, among which the Hungarian Cultural Federation in Transcarpathia (the short name is CHCT – Kárpátaljai Magyar Kulturális Szövetség – KMKSZ) and the Hungarian Democratic Federation in Ukraine, the most numerous ones. There are parties created by them, respectively: the Hungarian Party in Ukraine-KMKSZ and the Hungarian Democratic Party in Ukraine (only these two parties are formed on a national basis in the country). Due to the activity of these parties the Hungarian minority is represented in local and regional councils in proportion to its number. The main programmatic goals of these unions are the promotion of the representatives of the Hungarian national minority, the realisation of the right to the national and cultural autonomy for all Hungarians in Ukraine in spite of their place of living, and also the national and territorial autonomy in the places where this minority

lives in compact units. These rights are provided by the national legislation and the international commitments made by Ukraine.

An active policy of Hungary in supporting the Hungarian minorities abroad plays a significant role in successfully promoting the development policy of the Hungarian minority of Ukraine. The establishment and activities of a number of cultural and educational institutions such as the Ferenc Rákóczi II Transcarpathian Hungarian Institute, the Illyés Gyula Hungarian Regional Theatre of Transcarpathia, a series of comprehensive high schools might be impossible without the support of the “motherland”. Thanks to the support of the Hungarian government and to that of non-governmental foundations and organisations, projects on monuments, publishing of periodicals and literature was made possible, as well as the accomplishment of various activities aimed at the support and development of the national and cultural identity of Hungarians in Ukraine.

IV. Problems and challenges at the beginning of the 21st century

Despite these achievements, anxiety and concern in the Hungarian community are the negative trends which describe the socio-economic and political-cultural situation in Ukraine.

The worsening of the economic situation, the high unemployment rate, the low salaries, compared to neighbouring states, as well as poor social security have contributed to the increase of emigration tendencies. Emigration, together with a sharp decrease in fertility and with high mortality rates, predicts a significant decrease in the number of ethnic Hungarians in Ukrainian society. Experts predict that should the current trend remain, the number of Hungarians in Ukraine would be less than 100 thousand people in 2050.

Some innovations made by the Ministry of Science and Education of Ukraine aimed at the maintenance of the Ukrainian language in educational processes had a negative impact on the situation and development of some educational establishments where Hungarian-language education is provided. For example, a decision that the entry examinations to higher education institutions can be taken exclusively in Ukrainian language significantly reduced the number of people willing to learn in schools where Hungarian is the language of education.

Anti-Hungarian, xenophobic manifestations, which have appeared in the recent years, are of particular concern. These manifestations are regular and result in the desecration of monuments related to Hungarian history and culture, appear in publishing and in the form of public statements in which Hungarians are described as enemies of the Ukrainian people, and Transcarpathian Hungarians as the offspring of former invaders, colonists.

Literature

FEDINEC, Cs.–VEHES, M. 2010. *Transcarpathia in 1919–2009. History, Politics, Culture*. Uzhgorod.

The Development of Humanitarian Cooperation in the Ukrainian-Hungarian Border Region: Analysis, Evaluation. Uzhgorod, 2011.

LYZANETS, P. M. 1998. *Hungarian Minority in Transcarpathia*. Uzhgorod.



Legal Philosophy as a Scientific Territory

Jenő Szmodis, Ph.D.

Senior Lecturer, Eötvös Lóránd University, Budapest

Faculty of Law

E-mail: szmodisj@t-online.hu

Abstract. The article emphasises that legal phenomena have various characters, which are discoverable just from different aspects. The article approaches the problem of multidisciplinary on the basis of some considerations of a concrete research. After that it introduces the necessity of multidisciplinary tendencies as indirect consequences of Western analytical thinking. It outlines that the evolution of legal philosophy results in a special plurality within jurisprudence. The article attempts to sketch the structure of multidisciplinary legal inquiry.

Keywords: legal philosophy, multidisciplinary, multidisciplinary legal research

I. On some personal considerations

As Dworkin warned, if we wish to take rights seriously, we have to take into consideration not only norms, rules as texts, but we should consider legal principles and numerous morally relevant momenta. Moreover, I would suggest that we should deal with the totality of human phenomenon while we attempt to discover the world of law. As I see, there is no sharp demarcation between legal principles and moral-social principles. It is also a big question how moral-social principles can become legal principles if we suppose the existence of such a sharp border. Of course, if we think this process happens by juridical authority, we hint to a formal moment again.

We should take into account that despite this, moral principles can often be grasped conceptually, they do not take their origin from the territory of conceptuality, but they are rooted deeply in the nature of man, which has been formed fundamentally by an evolutionary process. Some moral principles just have cultural origin, so their nature is discoverable wholly from cultural aspects. Dworkin asserted “A general

theory of law must be normative as well as conceptual.”¹ It may be true. However, I suppose that although all research takes place by concepts, it takes place not only by them. On the other hand, usage of concepts does not mean that objects of enquiries are exclusively concepts. Numerous legally relevant circumstances have non-conceptual, often unconscious nature. Thus, we should be highly careful with conceptual approaches, and we must strive for a varied viewpoint if we take legal philosophy seriously.

Some years ago I attempted to outline the spiritual origin of Roman law, which undoubtedly constitutes the basis of Western law, especially of the continental legal systems.² At the beginning it was clear for me that in Roman law the strictly controlled forms not only restrict prevalence of equity and justice, but those result in the autonomy of law, result in law as a separate phenomenon. The anxious-ritualistic attitude of the ancient Roman law was conspicuous as opposed to the collective ideas about the “Proper” of Indo-European tribes.

While I examined the ontological nature of the Western law, I had to accept there are numerous previous non-legal questions which can influence indirectly or directly the result of the legal research. Numerous particular problems emerge during the examination of the law, the answers of which fall under areas of other disciplines. Namely, law is often connected with religion, but wherein significant psychological phenomena appear. Thus, while we examine law, we have to answer in an appropriate way such problems, among others, which fundamentally belong to the spheres of history of religion or psychology.

And at this point we can meet a huge dilemma. We either ignore and neglect the non-legal problems because of our incompetence or we attempt to use properly the knowledge of other disciplines during our enquiry. However, if we do not take relevant non-legal aspects into account, we renounce in advance a duly sophisticated legal concept, but if we utilise the knowledge of non-legal disciplines carefully and circumspectly, we can theoretically reach a really scientific concept of law, and we can describe its mechanism. In my opinion, the latter option is more fruitful.

It is clear, previous researches ignored the connection between the Etruscan religion and the Roman law despite the fact that the religious determination of Roman law had been well known from Demelius³ to Max Weber,⁴ Wolff⁵ and McCormack.⁶ On the other hand, it has been clear for a long time that Etruscan religion had exerted influence on Roman religion. In order to see the chain of “Etruscan religion – Roman religion – Roman law” and to compare

1 Dworkin 1977. VII.

2 Szmodis 2005. *passim*.

3 Demelius 1856. *passim*

4 Weber 1978. 781–799.

5 Wolff 1951. 49.

6 McCormack 1969. 439; 444–445.

structural similarities of Roman law and Etruscan religion, we should surpass the exclusively legal aspects and we should examine the question in historical, psychological and religious contexts.

Thus, we have to use a multidisciplinary approach, which does not take notice of the limitations of previous considerations, but that always focuses on the emerging particular problems. During this process the topical question determines, selects and chooses the viewpoint of a certain discipline. That question which is best connected with the concrete discipline. Consequently, multidisciplinary legal research, at least for me, is not only a theoretically acceptable possibility, but it is a practically tested and imperative method.

II. On the problem of multidisciplinary

The well known categorical attitude and analytical character of Western thinking have necessarily developed certain specialised disciplines. However, the scientific ideas, as models, have never been identical with the reality, which, although suffers from the simplification, can take revenge. Namely, in most of the cases the one-sided logic can take us along just to a special point of cognition. However, the phenomenon starts being silent from there. Thus, in my interpretation, “Multidisciplinary Legal Research” is an approach without a too restrictive methodology to support sophisticated analysis, often by syntheses.

Ortega wrote properly, only the scientist specialises, but science itself does not.⁷ Inter- and multidisciplinary approaches have got foreground recognising this circumstance. And I distinguish interdisciplinarity from multidisciplinary at this point. Namely, in my interpretation the phenomena are interdisciplinary, and the cognition of them is multidisciplinary from different aspects. The things as momenta of reality are accessible from a lot of different possible aspects. It is true even if we do not take this circumstance into account in every case. Thus, although we tend to accept the legal institutions as being separated from other phenomena and other non-legal approaches according to our positivist tradition, law and legal phenomena are interdisciplinary.

The conceptual analysis of law provides a lot of chances to discover the internal logic of a certain law. However, as we know, the life of law has not been logic, it has been experience.⁸ It is also clear that the essence of law is in its function and this function can be realised just by the operation of law. The conceptual approaches are not able to catch this operation by analysis of the concepts. However, theoretically, the functional approaches of law can take us along to a concept of law. Of course, the analytical-conceptual way can be highly

7 Ortega y Gasset 1985. 101–109.

8 Holmes 1881. 1.

helpful in cognition, but this is true first of all for such developed legal systems which build themselves by concepts. We should not forget that our modern legal systems have not been built only by concepts and theoretical categories. Namely, these systems are continuations of a special ideological structure which consisted of Christian morality, an irrational (but often expedient and efficient) system of the feudal domination and the Roman law. These are the deeper bases of our legal systems. Consequently, we can not renounce the analysis and inquiry of the past phenomena during cognition of the nature of our law. The historical aspect has a special importance from this point of view.

It is also clear that legal philosophy is an interdisciplinary area because this domain is situated between the territory of law and the field of philosophy. In spite of this fact, the acceptance of inter- and multidisciplinary proved to be significantly harder in jurisprudence (as in humanities in general) than in natural sciences. Although this phenomenon can have various causes, I tend to think that the most probable reason for this can be found in the nature of humanities. Namely, natural science is organised on the basis of expediency, whereas ideological momenta have a bigger role in human disciplines and cultural evolution.⁹ These contain such belief-like elements (imagination and ideas) which resist new thoughts and approaches more strongly than pragmatic-rational reflections.

From these aspects the traditional analytical-conceptual attempts are especially interesting in approaches to the phenomena of normativity and validity. It is thought-provoking how the categories of phenomenon and concepts can get confused in this enquiry to a certain measure. Moreover, a certain paradox gets into these researches. We can only expound such elements from a concept which have been taken into that previously. Namely, a concept can not exist without its creator, although the phenomenon, which is covered by philosophers, can. We instinctively interrogate the modern concepts of normativity and validity on the basis of our democratic and rational ideology, however, simultaneously we tend to smuggle certain contents into the examined concept, contents which are not necessarily in the concept. Thus, we should distinguish phenomena of normativity and validity from concepts of normativity and validity. I suppose that the phenomenon of normativity (or validity) is deeply rooted in the complex of the human behaviour (this is a special conglomerate of characteristics of human behaviour),¹⁰ especially in obedience.¹¹ Fundamentally, irrational momenta get importance in this phenomenon, but rational considerations significantly do not. Numerous efforts try to explain normativity in the context of conscious decisions, and these explanations do not take into account the irrational nature of real social processes.¹² Thus, the concept of normativity (or

9 Eibl-Eibesfeldt 1989. 12.

10 Csányi 2003–2004. 221–232; see also Csányi 2006. *passim*.

11 Milgram 1974. *passim*.

12 Eibl-Eibesfeldt 1989. 12.

validity) is not discoverable by only a conceptual analysis but its approach is possible by observation and in a descriptive way. Perhaps the duality of phenomenon and concept is the biggest trap for legal philosophers. Western thinking makes us believe the conceptual way provides the best solution for cognition.

However carefully contemplating over these things, we have to accept the circumstance that we should not use previous ideological suppositions (for example natural legal thoughts about the will of the majority or legal positivistic ideas about faultless creation of the norms and validity) if we wish to discover normativity (or validity) as a value-neutral ontological category. We should previously observe the operation of such things about which subsequently we create a concept. Frankly speaking, if we examine the man-created law and its validity and normativity, it is expedient to know the real nature of humankind and not only what we wish to see about mankind and its law. However, in this case we open wide the door of legal philosophy and we have to look into the disciplines of human nature. And we cannot be sure, this we see, that it will be identical to our previous ideological expectations about humanity.

III. Evolution of legal philosophy

In the late periods of cultures an account necessarily comes to the front and a historical attitude too. This happened too in the Western culture in the 18th century. We can see this not only on the basis of Spengler's philosophy of history. Anyone can tell examples from his or her own life and on basis of personal experiences about how the progress of the age is connected with the shaping of a historical attitude and a nostalgic view-point. At that same time, namely in the 18th century, history became a discipline, and gradually the historical attitude determined other forms of thinking both in the questions of arts and in the problems of law. Also, legal history became an independent branch of humanities, showing the changeability of legal institutions and of law itself. Legal philosophy, which previously significantly dealt with the connection of law and morality and researched the proper law has become dubious from that time.

Although Grotius and Pufendorf reminded us of the culturally determined character of law, the plurality of legal forms and spirits of the legal systems became more and more clear by the opening of the historical (and of course geographical) perspective. The historical view and the interpretation of social processes on the basis of their reasons and causes brought a sociological view to the foreground while sociology also shaped an independent discipline. Legal sociology developed a separated direction of the research on the trails of the works of Ludwig Gumplowicz¹³

13 Gumplowicz 1909. *passim*.

and Max Weber¹⁴, further enlarging the perspective of legal philosophy. Also the revolution of psychology, the researches of Pierre Janet, Sigmund Freud, Alfred Adler and Carl Gustav Jung did not leave legal philosophy intact and untouched. The existence of law appears as a special interference of conscious and unconscious, instinctive mechanisms in the works of Scandinavian and American legal realism. Theories relating to culture and anthropology have helped comparative legal research, and legal anthropology came into existence too, while the scientific analysis of the literature formed the stream of “law and literature” and economy laid the foundation of the economic analysis of law. However, the traditional questions and problems of legal philosophy revolved around legal positivism and natural law in spite of gradual multidisciplinary transformation of philosophy of law.

Austin, Somló, Kelsen and Merkl, and of course Langdell could summarise the problems of law (as an autonomous phenomenon) in a so attractive way, and Stammler, Radbruch, Verdross, Rawls, Messner argued for the theory of natural law so originally that the tension of this two characteristic standpoints influenced with a special force the discussion of legal philosophy. Some decades later in the Critical Legal Studies (a highly exciting continuation of the American Legal Realism) the psychological stream became stronger again, but its (CLS) ideological disposition and its activist character was limited to the chances of this tendency in paradigmatic renaissance and regeneration of legal philosophy.

In the middle of the 20th century a new discipline came into being again, namely ethology. On the basis of the researches of Konrad Lorenz and other scientists not only animal behaviour has been examined but scientific interest has been spreading on the areas of human nature and the behaviour of mankind, and on the cognition and evolutionary description of humankind as a race. In this process, among others, Eibl-Eibesfeldt and such social-psychologists created lasting works who exposed human behaviour especially lively, which is in most cases independent of the cultural circumstances.

The ideological, quite idealistic and fundamentally speculative natural law got a chance to renewal from the biological, evolutionary view-point. Margaret Gruter attempted to approach the phenomena of law¹⁵ on the basis of biological determination of human behaviour, and such excellent legal scholars joined her efforts as Wolfgang Fikentscher.¹⁶ Thus, a new inspiration of legal thought arose again in the German cultural area after Pufendorf, Kant, Hegel, etc., but this tendency could reach breakthrough only in America. Gruter completed a pioneering work by her fundamental books, the foundation of the Gruter Institute, and by initiating international conferences. Owen D. Jones continues Gruter’s way not only by excellent writings,¹⁷

14 Weber 1978. *passim*.

15 Gruter–Bohannon 1983. *passim*; Gruter 1991. *passim*; Gruter–Masters 1998. *passim*

16 Fikentscher–McGuire 1994. 1–20. Fikentscher 2004. *passim*; Fikentscher 2009. *passim*.

17 Jones 2004. 1697–1707; Jones 1997. 167–173.

but he managed to systematise evolutionary jurisprudential efforts by the organisation of the Society Evolutionary Analysis in Law.

However, all these ambitions and exertions exist just as alternatives of the mainstream of legal philosophy. It is also clear that the biological interpretation of law¹⁸ is spreading in the same way, as the research of law as an interdisciplinary phenomenon. The establishment of the Southern California Interdisciplinary Law Journal was a quite early moment of the latter process in 1978. Nowadays inter- and multidisciplinary research and interpretation come to the foreground more and more at universities and institutes.

The common aspects of law and environment are accentuated at the Vanderbilt University Law School over and above evolution related researches of Jones. The Centre for Interdisciplinary Law and Policy Studies at the Ohio State University Moritz College wishes to illuminate the connections of law, nature, society and culture. The Interdisciplinary Academic Programs of the University of Chicago Law School reorganised in the 1990s properly shows the essence of multidisciplinary legal efforts, namely “the law does not exist in a vacuum”. However, the Planning an Interdisciplinary Curriculum of the Vermont Law School aims at a many-sided approach of law in the same way. The Yale Law School Forum on Multidisciplinary Legal Research has facilitated intellectual exchange among graduate students with research in legal or law related issues by more meetings. Especially remarkable are the researches of David Garland at New York University School of Law, which map the connections between punishment and culture.¹⁹ However, there are some ambitions to break out from our traditional concepts and theories also in Europe, eliminating boundaries between legal and non-legal phenomena. John Bell has warned properly: “The study of all legal subjects needs to be informed by theory and perspectives of non-legal disciplines.”²⁰ Related to the change of thinking, Maurio Zamboni’s article is very considerable, which marks acclimatisation of evolutionary theory in the domain of legal theory.²¹

With some superficiality we can establish that in the theoretical researches of law the cultural approach, biological-evolutionary interpretations,²² and in general multidisciplinary tendencies are gaining more and more ground.²³ The biological tendency is fundamentally related to the fact that in the past half century such an amount of scientific knowledge concerning mankind has been accumulated that cannot be neglected by legal philosophy. The change of our image about human nature allows us less and less to ground the examination of law on old and ideological thought.

18 Guttentag 2009. 270–327.

19 Garland 2009. 259–269.

20 Bell 2003. 61.

21 Zamboni 2008. 515–546.

22 Guttentag 2009. *passim*.

23 Clark 1981. 1238–1274. See a careful new opinion: Parisi 2009. 347–357.

As an explanation for the multidisciplinary approach of law it appears in most cases that lawyers have to prepare themselves for certain special knowledge relating to that profession, the rules of which will be used by them. Although this is true, there are two more cardinal reasons for changing the viewpoint. Firstly, a general inter- and multidisciplinary tendency of science, secondly the legal positivistic idea about the autonomy of law – as among others the theory of Langdell shows it – is less and less tenable. These circumstances touch first of all upon practice, legislation and application of law. However, we should know that multidisciplinary legal research, and multidisciplinary analysis of law are important in legal philosophy too.

Moreover, legal philosophy has to clarify the structural inter-relations among the approaches of different scientific disciplines. In an optimal case various approaches to law do not coexist just incidentally, haphazardly, offering only alternative aspects. Thus, in my interpretation the multidisciplinary legal research in the long run is not only a conglomerate of the coequal viewpoints, but it is a special system from generality to peculiarity, wherein the examination is fundamentally adapted to the respective ontological, law-determining levels. Namely, really existing (thus not hypothetical and imaginary) legal systems have been built on certain biological determinants, onto the basis of the complex of human behaviour. Of course, this basis permits several often conflicting solutions, but these cultural characteristics and traditions select and shape the actual institutions.

Within the culturally determined system, of course, there is room for conceptual approaches and analyses of the law, but first of all only where the legal system exhibits a definite conceptual construct. Thus, I presume that three fundamental levels of the approaches to law can be distinguished (biological, cultural and conceptual), which could be complemented by horizontal viewpoints too. We shall return to these later.

IV. The structure of multidisciplinary legal research

The multidisciplinary approach of law could have various reasons and aims. This approach could promote dialogue among disciplines, could prepare practising lawyers for application of such rules which concern special professions, could help legislation in shaping efficient norms. From the aspect of legal philosophy, namely from the aspects of existence and nature of law the multidisciplinary approach has a fundamental importance too. First of all the view about human nature can influence legal concepts. The different legal-philosophical standpoints always set out from certain ideas concerning the humanity, even if they do not explicate this circumstance. These notions are determined culturally, moreover,

there could be more anthropological ideas within a culture subsequently, but simultaneously too. In Western culture a quite holy and idealistic view existed because of the long domination of Christian morality. This notion was followed and pushed to the background by a secular-rational vision about the human. The reformation and its rational attitude played an eminent role in this process.

The irrational aspects as a consequence of modern psychology came to the front in the 19th century. Then a highly sophisticated view of the human appeared with the emergence of ethology and human ethology. Humankind is characterised in this scientific interpretation simultaneously among others by belief-like ideas (common beliefs),²⁴ inclination to constructions, altruism, indoctrinability and tendency to imitation.²⁵ Human ethology explains human character by evolutionary factors and processes, emphasising that characteristic elements can gain varying importance in various cultures. The environment and the above mentioned inclination to imitation and indoctrinability can get a huge significance in the shaping of concrete cultural forms.²⁶ General human characteristics such as sociability, sensitiveness to mutuality, obedience, the so called rule-following behaviour and distinction between own group and alien group are present in all human societies.

Consequently, during the examination of social rules and law we should set out from such scientific vision about people which describes and defines mankind as a race. This means omission of ideological views and departure from fundamentally emotionally determined approaches and concepts, and this necessarily means the consideration of the human ethological model and facts, especially the so-called complex of human behaviour. Thus, there is a fundamental biological, human ethological and evolutionary psychological level of the examination of law, which discovers for us what the human nature is in general. This human quality can create various institutions and processes, however in the reality we always meet quite definite and concrete forms of phenomena. Namely, every single culture shapes its solutions according to its own spirit and postulates them either in religion, in science and art, or relating to different social control.²⁷

So, in my interpretation, the second level of examination of law must be the cultural level, wherein cultural anthropological, legal sociological viewpoints can come to the front, and aspects of philosophy of religion and history of religion, or philosophy of history could get in focus. We should take into account this natural level in order to avoid numerous intellectual and ideological traps. For example, slavery is not accepted by natural law; however Aristotle thought this institution was coming from nature. Moreover, opposite to our modern

24 Eibl-Eibesfeldt 1989. *passim*.

25 Csányi 2003–2004. *passim*.

26 Richerson–Boyd 1998. 71–95.

27 Kohler 1885. *passim*.

human opinions, slavery has been and is present everywhere, but sometimes this phenomenon is marginal, illegal and is named euphemistically. However, it emerges so stubbornly that it cannot be opposite to nature. Consequently, we should examine very carefully the occurrence of slavery, and we should take very seriously this phenomenon in order to know, eliminate and remove that. As I suppose, this phenomenon is connected to the distinction between own group and alien group because slavery can exist relatively lastingly in intercultural or intersexual relations. (See source of slavery from captivity; black slavery; in Rome selling debtors as slaves “trans Tiberim”, so to an other group; or in general sexual slavery – usually from foreign counties.)²⁸ However, sociability, empathy and altruism are more significant within groups. Thus, we should know humans openly and without illusions to develop humane societies and legal systems.

On the verge of these two levels of the enquiry there are psychological approaches simultaneously explaining the culturally and biologically coded phenomena. In my opinion, for example, the “father-complex” theory of Jerome Frank²⁹ as a paraphrase or variation of the ideas of Feud, the feminist legal theory (at Critical Legal Studies),³⁰ and of course some of my ideas too, on the basis of Jung, mean among others such psychological analysis of law. From this aspect numerous statements of Scandinavian Legal Realism are highly relevant. These psychological-legal researches discover phenomena which have become significant just in certain cultures, although which take their origins from nature.

I regard the conceptual analysis of law as a third level of examination. This approach could have excellent importance in legal cultures wherein the concepts and categories have more special significance than in “average legal culture”. Thus, we have to use secular-rational concepts consistently because Western law gradually became secularised and detached itself from its religious roots and possibility of religious-moral interpretation. The reception of Roman law played a major role in conceptual effort. It seems that the analytical-conceptual ambitions got decisive necessarily in Western legal philosophy.

As I have mentioned, three levels (biological, cultural, conceptual) of legal examination model the levels of reality from generality to peculiarity. This is the so-called vertical system of cognition. Biological, evolutionary phenomena characterise all humankind, culturally coded phenomena are valid within a certain culture or cultural region. However, concepts could have different meanings according to the domain of use of those concepts. Thus, the various scientific approaches are not accidental and only alternative but they are complementary shaping a special system, and they impregnate each-other’s spheres.

28 Eibl-Eibesfeldt 1989. 402–421.

29 Frank 2009. *passim*.

30 McKinnon 1983. 635–658.

However, certain approaches are not situated on the axis of generality and peculiarity but they are arranged on the basis of the domain of special interests. So moral-philosophical, theological, natural legal, historical, literary (and other) approaches to law could comprehend more levels of generality and peculiarity. I regard these as a horizontal system of legal examination. Independently of this circumstance, certain horizontal approaches could be more firmly connected with some vertical aspects. For example, natural law could necessarily be connected with the human ethological analysis of law, the historical and literary researches with the cultural level. Of course, approaches of legal philosophy can be categorised in other ways because our categories are just models of the colourful world. However, we should in all cases consider that our current, temporary, concrete approach is just one of the huge pile of possible approaches. Nevertheless, we should take into consideration various aspects and approaches of law if we take legal philosophy seriously.

Literature

- BELL, J. 2003. "Legal theory in legal education – 'Anything you can do, I can do meta...'" In *Proceedings of the 21st IVR World Congress*. (ed. Svein Eng.) Stuttgart: 61–68.
- CLARK, R. C. 1981. "The Interdisciplinary Study of Legal Evolution." *The Yale Law Journal* 90/5: 1238–1274.
- CSÁNYI, V. 2003–2004. "Reconstruction of the Major Factors in the Evolution of Human Behavior." *Praehistoria* 4–5: 221–232.
- CSÁNYI, V. 2006. *Az emberi viselkedés. (Human behavior.)* Budapest.
- DEMELIUS, G. 1856. *Untersuchungen aus dem römischen Civilrechte*. Weimar.
- DWORKIN, R. 1977. *Taking Rights Seriously*. Cambridge.
- EIBL-EIBESFELDT, I. 1989. *Human Ethology*. New York.
- FIKENTSCHER, W. 2004. *Modes of Thought: A Study in the Anthropology of Law and Religion*. Tübingen. FIKENTSCHER, W. 2009. *Law and Anthropology: Outlines, Issues, Suggestions*. München.
- FIKENTSCHER, W.–MCGUIRE, M. 1994. "A Four-Function Theory of Biology for Law" *Rechtstheorie* 25: 1–20.
- FRANK, J. 2009. *Law and the Modern Mind*. New Brunswick.
- GARLAND, D. 2009. "A Culturalist Theory of Punishment." *Punishment & Society: The International Journal of Penology* 11/2: 259–269.
- GRUTER, M. 1991. *Law and the Mind: Biological Origins of Human Behavior*. Newbury Park.
- GRUTER, M.–BOHANNAN, P. 1983. *Law, Biology, Culture: The Evolution of Law*. Santa Barbara.

- GRUTER, M.–MASTERS, R. 1998. “Common Sense, and Deception: Social Skills and the Evolution of Law” In *Festschrift for Wolfgang Fikentscher*. Tübingen.
- GUMPLOWICZ, L. 1909. *Der Rassenkampf. Sociologische Untersuchungen*. Innsbruck.
- GUTTENTAG, M. 2009. “Is There a Law Instinct?” *Washington University Law Review* 87: 270–327.
- HOLMES, O. W. 1881. *The Common Law*. Boston.
- JONES, O. D. 1997. “Law and Biology: Toward an Integrated Model of Human Behavior” *Journal Contemporary Legal Issues* 8: 167–173.
- JONES, O. D. 2004. “Law, Evolution and the Brain.” *Philosophical Transactions of the Royal Society: Biological Sciences* 359: 1697–1707.
- KOHLER, J. 1885. *Das Recht als Kulturerscheinung*. Würzburg.
- MACCORMACK, G. 1969. “Formalism, Symbolism and Magic in Early Roman Law.” *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*. 37: 339–468.
- MCKINNON, C. 1983. “Feminism, Marxism, Method, and State: Toward Feminist Jurisprudence.” *Journal of Women in Culture and Society* 7: 635–658.
- MILGRAM, S. 1974. *Obedience to Authority: An Experimental View*. New York.
- ORTEGA Y GASSET, J. 1985. *The Revolt of the Masses*. Notre Dame.
- PARISI, F. 2009. “Multidisciplinary Perspectives in Legal Education.” *University of St. Thomas Law Journal* 6/2: 347–357.
- RICHERSON, P. J.–BOYD R. 1998. “The evolution of human ultra-sociality.” In *Indoctrinability, Ideology, and Warfare*. (eds Eibl-Eibesfeldt, I.–Salter, F. K.) New York. 71–95.
- SZMODIS, J. 2005. *A jog realitása. Az etruszk vallástól a posztmodern jogelméletekig. (The Reality of the Law. From the Etruscan Religion to the Postmodern Theories of Law.)* Budapest.
- WEBER, M. 1978. *Economy and Society: an Outline of Interpretive Sociology*. Berkeley.
- WOLFF, H. J. 1951. *Roman Law. An Historical Introduction*. Oklahoma.
- ZAMBONI, M. 2008. “From ‘Evolutionary Theory and Law’ to a ‘Legal Evolutionary Theory’”. *German Law Journal* 9/4: 515–546.



Veress, Emőd: Román üzleti jog. Közjogi és magánjogi alapok.

(Romanian Business Law. Basic Principles in Public and Private Law.)

Státus Kiadó, Csíkszereda, 2010. pp. 289

Zsolt Kokoly

Senior Lecturer, Sapientia University, Cluj-Napoca
Department of Legal and European Studies
Email: kokolyzsolt@yahoo.com

Following the edition of *Romanian Commercial Law* and *Romanian Economic Law* in 2004 and in 2006, a new, much-needed publication of Emőd Veress came out last year. Although law and economy students belong to its primary target group, the significance of this book is much greater than that of a university course book: due to its logical, well arranged structure, further to its vivid train of thought and to its composition of high quality, which takes into consideration the latest research as well, it can be a useful tool for practising lawyers as well. Furthermore, it can be effectively used also by a wider range of readers who are not jurists but Romanian citizens or even foreigners who are interested in the special institutions of Romanian business law or in its effects on everyday life and management.

As already mentioned above, one of the author's earlier books, the *Romanian economic law*, can be considered as the precursor of this volume as it presents one segment of its content expanded, restructured and with updated legal background. After a short introduction, the conceptual explanation of law and economy, of state and economy, and further a general overview of the characteristics of enterprises, the author examines the particularities and activities of different company types: he describes the characteristics of trading companies, of public limited companies and of limited liability companies, moving on later to changes in the status of trading companies.

The strength of the volume is that it was written considering the new Romanian Civil Code, which is coming into force soon.

The chapter on European legal company types, in which the writer touches upon the most important characteristics of legal harmonisation in company and corporate law and upon the legal principles of company law, testifies to an

extensive and thorough knowledge of the legal background and practice of the European Union.

A big merit of the chapters devoted to the regulation of bonds and the capital market and to the discussion of the economic competition is that in addition to the highly profound references to the legal background, they also contain concrete examples illustrating the differences between the various bonds and currencies.

It is worth mentioning that the author is a practising lawyer who is familiar with this complex legal field. This way his problem-oriented approach based on practical points of view, which characterises the above mentioned chapters, makes the book especially suitable to be used as a reference book by practising lawyers.



Tamás Nótári: Bavarian Historiography in Early Medieval Salzburg.

Passau, Schenk Verlag, 2010. pp. 192

Magdolna Sič, Ph.D.

Associate Professor, University of Novi Sad

Faculty of Law

Email: rea3@eunet.rs

The monograph of the Hungarian Romance Scholar and Classical Philologist Tamás Nótári on Salzburg's historiography and legal history in the early Middle Ages was published in 2010 by Schenk Publishing house in Passau. This book discusses the seven most important historical sources of the 8th and 9th centuries (the *Libellus Virgilii*, the *Gesta Sancti Hrodberti confessoris*, the *Liber confraternitatum*, the *Notitia Arnonis*, the *Breves Notitiae*, the *Carmina Salisburgenia* and the *Conversio Bagoariorum et Carantanorum*). The author strives on the one hand for philological and historical, on the other hand for legal historical results. The sources are discussed in the order of their time of origin and the writer divides his monograph in three longer chapters: the first one deals with the time of bishop Virgil, the second is about the time of (Arch)bishop Arn and in the third one the author discusses the time of the Archbishops Liumpfram and Adalwin.

In connection with Abbot-Bishop Virgil, who came from Ireland to Bavaria and was ordained in 749 as bishop of the Diocese of Salzburg, which had been founded ten years earlier, the writer analyses on the basis of four sources the cultural and political upswing which was due to Virgil's activity. Nótári argues that the works *Libellus Virgilii*, *Gesta Hrodberti* and *Liber confraternitatum* directly or indirectly belong to Virgil, i.e. he played a role in their genesis either as their author or as client. The *Libellus Virgilii*, which reports on the lawsuit between Virgil and Duke Odilo, was handed down – as Nótári remarks – not in its original form, but as a part of *Breves Notitiae*. The *Gesta Sancti Hrodberti confessoris* is a legend which discusses the life and activity of Saint Rupert, the bishop coming from Salzburg, who contributed considerably to the re-establishment of the church organisation in Salzburg. The *Liber confraternitatum*, i.e. the confraternity book of Salzburg, is a list of deceased monks of the monastery of Salzburg and it also contains the names of those people for the salvation of whose souls it

was prayed for in the monastery. A special place among the works which are attributed to Bishop Virgil is occupied by the *Kosmographie des Aethicus Ister*. Aethicus Ister is undoubtedly a pseudonym and Nótári assumes Virgil behind it, who composed this literary pamphlet in connection with the argument with Archbishop Bonifatius, the apostle of the ancient Germans.

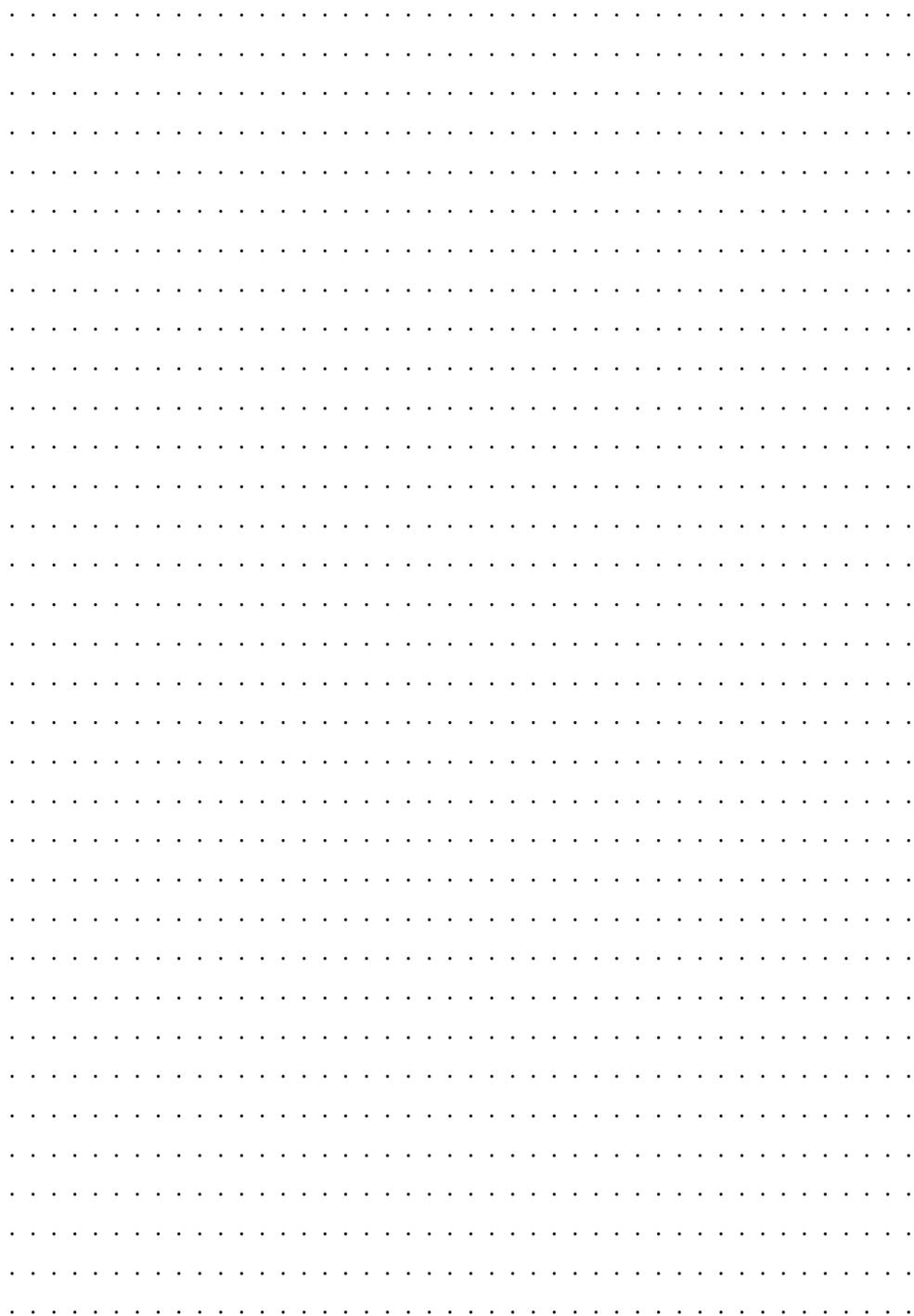
In the second chapter of his monograph Nótári discusses the historical sources of Salzburg which originate from the time of (Arch)bishop Arn, after the dethronement of the last duke of the Agilolfing line, Tassilo III. The author analyses this dethronement in detail also from the point of view of legal history. In order to safeguard the claims of the archdiocese of Salzburg to ownership, Arn got two lists drawn up of the donations which the church had received. On the basis of the *Notitia Arnonis* and the *Breves Notitiae* the author examines several questions which are related to the Bavarian legal system of the early Middle Ages. He goes into the structure of the society, the donation certificates and the contract practice.

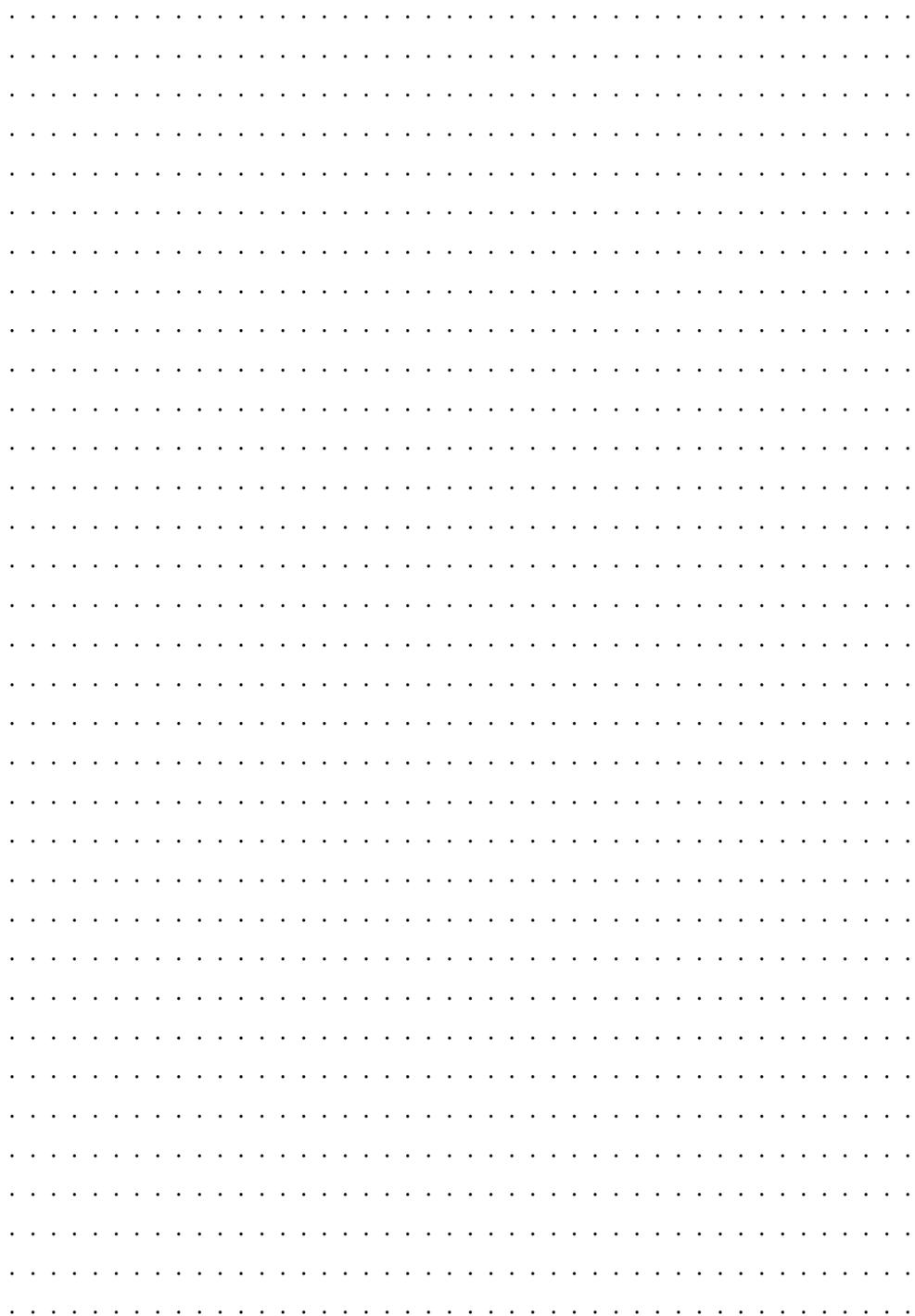
In the third part of his book the works are analysed which originate from the time of Archbishops Liupram and Adalwin, i.e. the *Carmina Salisburgensia* and the *Conversio Bagoariorum et Carantanorum*. From a legal historical point of view the latter one deserves more attention: the Conversion was composed as an indictment in the trial against Methodius, the Apostle to the Slavs, who was summoned to appear in court and was convicted by bishops of Salzburg in Regensburg. Nótári analyses, in addition to the outcome of the mission among the Carantanians, the Bavarians and the Avars, from the perspective of ecclesiastical law also the counts on which Methodius was charged by the Bavarian bishops, who wanted to safeguard the Bavarian claims over Pannonia in this way. It is extremely remarkable that Nótári devotes in his monograph much attention to the show trials of the early Middle Ages, namely to the dethronement of Tassilo III and to the proceedings against Methodius: these explanations are very useful not only for experts in Bavarian historiography, but for researchers of the political processes of the Middle Ages as well.

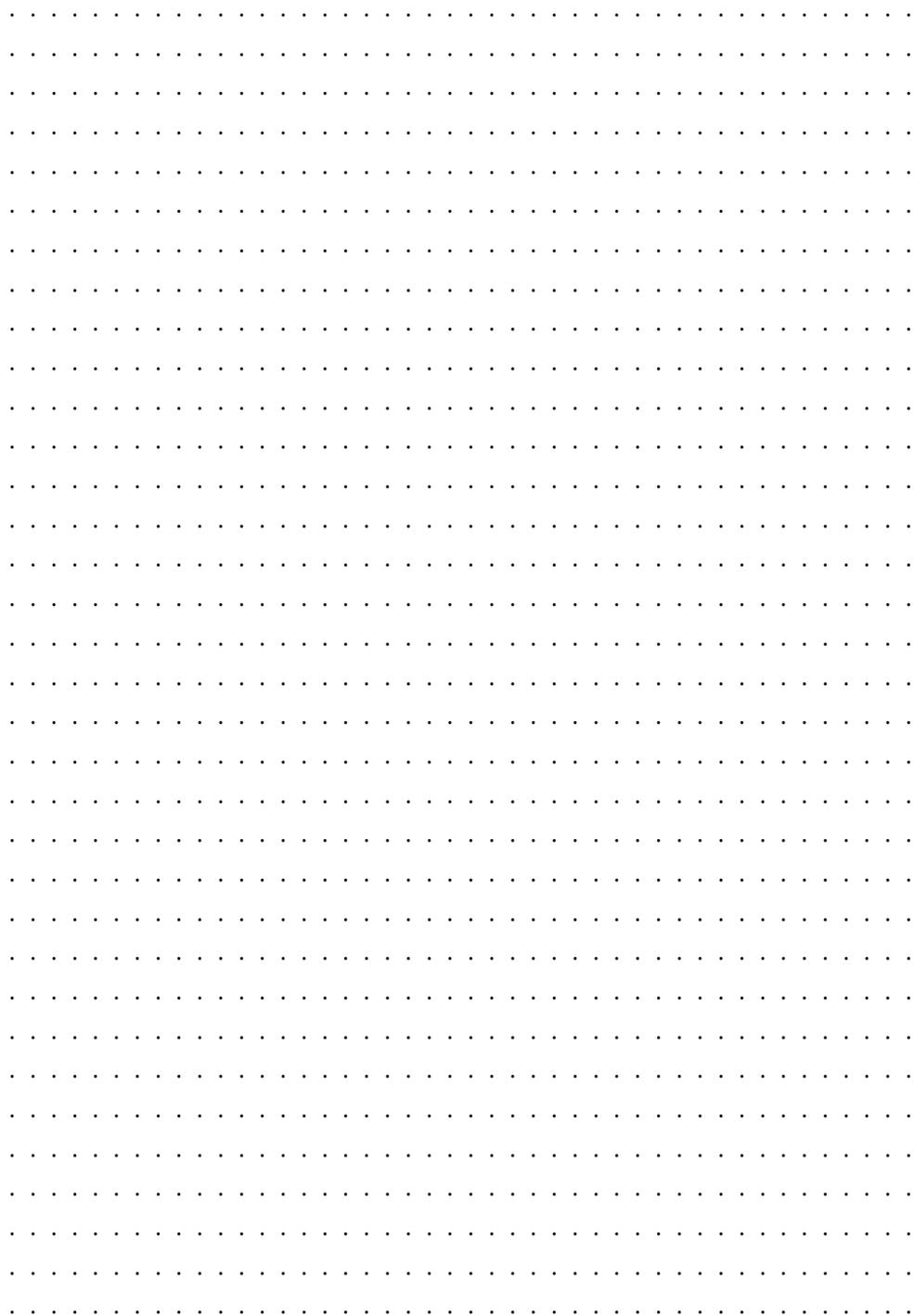
The monograph ends with a detailed list of sources and with a thorough list of references, which display a deep knowledge of the sources and the relevant literature.

Notes

A series of horizontal dotted lines for writing notes.







Acta Universitatis Sapientiae

The scientific journal of Sapientia University publishes original papers and deep surveys in several areas of sciences written in English.

Information about the appropriate series can be found at the Internet address
<http://www.acta.sapientia.ro>.

Editor-in-Chief

László DÁVID

ldavid@ms.sapientia.ro

Main Editorial Board

Zoltán A. BIRÓ

Zoltán KÁSA

András KELEMEN

Ágnes PETHŐ

Emőd VERESS

Acta Universitatis Sapientiae Legal Studies

Executive Editor

Tamás NÓTÁRI (Sapientia University, Romania)

tnotari@kv.sapientia.ro

Editorial Board

Carlos Felipe AMUNÁTEGUI PERELLÓ (Catholic University,
Santiago de Chile, Chile)

Rena VAN DEN BERGH (University of South Africa, Pretoria, South Africa)

Jean-François GERKENS (University of Liège, Liège, Belgium)

Maria Tereza GIMÉNEZ-CANDELA (Autonomous University, Barcelona, Spain)

István KUKORELLI (Eötvös Loránd University, Budapest, Hungary)

Emilija STANKOVIĆ (University of Kragujevac, Kragujevac, Serbia)

Emőd VERESS (Sapientia University, Cluj-Napoca, Romania)

Imre VÖRÖS (Institute for Legal Studies of the Hungarian Academy of Sciences,
Budapest, Hungary)

Laurens WINKEL (Erasmus University, Rotterdam, Netherlands)



Sapientia University



Scientia Publishing House

ISSN 2285-6293

<http://www.acta.sapientia.ro>

Instructions for authors

Acta Universitatis Sapientiae, Legal Studies publishes studies, research notes and commentaries, book and conference reviews in the field of legal sciences.

Acta Universitatis Sapientiae, Legal Studies is a peer reviewed journal. All submitted manuscripts are reviewed by two anonymous referees. Contributors are expected to submit original manuscripts which reflect the results of their personal scientific work. Manuscripts sent to the journal should not be previously published in other journals and should not be considered for publication by other journals.

Papers are to be submitted in English, French or German, in A4 format, electronically (in .doc or .docx format) to **the e-mail address of the executive editor: tnotari@kv.sapientia.ro**

Manuscripts should conform to the following guidelines:

The length of the papers should not exceed 7,000 words (respectively 3,000 in the case of commentaries and reviews) and manuscripts should be accompanied by a 200-250 words abstract with 3-4 key words and with authors' affiliation. Tables and graphs, if any, should be prepared in black and white, should be titled, numbered and integrated in the main text. The list of references should appear at the end of the manuscripts.

Acta Universitatis Sapientiae, Legal Studies is published twice a year: in May and December.

Citation guidelines

In footnotes

(Mommsen 1899), if page number is indicated (Mommsen 1899, 58)

In the list of references

Journal articles:

Fuhrmann, M. 1960. "Cum dignitate otium – Politisches Programm und Staatstheorie bei Cicero." *Gymnasium* 67: 481–500.

Books:

Mommsen, Th. 1899. *Römisches Strafrecht*. Leipzig.

Articles from books:

Ankum, H. 2005. "Consequences of a Pledge Extinguished by Merger in Classical Roman Law." In *Ex iusta causa traditum. Essays in honour of Eric H. Pool*. Pretoria: 3–20.