

DAS RÖMISCHE RECHT IN DER PRAXIS DER EU-GERICHTE: EIN “TRANSMODERNES” WEITERLEBEN?

Dr. József Benke *

UDK: 34(37):341.645(4)EU
339.923:061.1](4)EU
341.645(4)EU
Izvorni znanstveni rad
Priljeno: lipanj 2016.

*Das zeitgenössische europäische Weiterleben des römischen Rechts fordert für sich eine tiefer gehende Recherche sowohl in der EU-rechtlichen als auch in der römischrechtlichen Literatur. Auf dem Gebiet der Rechtswissenschaft bietet die Nutzung des in mehreren wissenschaftlichen Bereichen schon bekannten Begriffs von ‘Transmoderne’ ein Desiderat. Das geprüfte Thema warf mehrere Vorfragen auf: Kann die Rede diesmal von Rezeption und Weiterleben des römischen Rechts sein, bzw. kann es dieses Mal die Rolle einer Rechtsquelle haben und als Komponente des *acquis* betrachtet werden? Ist das zeitgenössische Weiterleben des römischen Rechts in der EU als ‘postmodernes’ oder ‘transmodernes’ Phänomen ausgelegt zu werden? Nach der Untersuchung dieser Vorfragen resultierte die Prüfung der Hauptfrage vom Wesen der Postmoderne, des Postmodernismus und der Transmoderne, dass es sich hier um ein Weiterleben transmoderner Art handelt. Die Transmodernität konzentriert sich um Schwerpunkte: Als Urquelle der zu allgemeinem Grundsatz qualifizierten Rechtssätze sind die in der Rechtsprechung des Gerichtshofs sporadisch erscheinende römischrechtliche Regeln, Institutionen, *Maximen* Bestandteile des *acquis*; und die Parteien und ihre Vertreter spüren als Folge des *Klomp-Falls* in ganz Europa die Notwendigkeit der Wiederbelebung der römischrechtlichen Kenntnisse, da sie davon die Förderung ihres Obsiegens hoffen. Als Ergebnis der Untersuchungen ist die Prämisse bestätigt worden, dass es hauptsächlich die Generalanwälte waren, die von der Schöpfung der Rechtswissenschaftler auf dem Gebiet des römischen bzw. kanonistischen oder mittelalterlichen*

* József Benke, PhD, Universitätsoberassistent, Universität zu Pécs, Staats- und Rechtswissenschaftliche Fakultät, 48-as tér 1., Pécs, Ungarn; Hilfsrichter (Oberlandesgericht zu Pécs); benke.jozsef@ajk.pte.hu

Rechts oder aber auf Latein Gebrauch machen konnten, obwohl die Schlussanträge des Generalanwalts nicht zum Besitzstand der EU gehören, deswegen können die angeführten römischrechtlichen Regeln, Institutionen oder Quellen auf die zum Besitzstand gehörende Rechtsprechung nur einen indirekten oder impliziten Effekt haben. Der Aufsatz analysiert dreizehn Exemplare, die in den Schlussanträgen vorkommen, und er tangierte etwa eine gleiche Anzahl.

Schlüsselwörter: Römisches Recht; Europarecht; Europäischer Gerichtshof; Schlussanträge des Generalanwalts; Weiterleben des römischen Rechts in der EU

I. VORWORT¹

Aller Wahrscheinlichkeit nach strebt sich die Mehrheit der Verfasser, der Erschaffer und der Gestalter — sowohl in den Künsten aller Richtungen als auch in den wissenschaftlichen Fachliteraturen verschiedener Arten — danach, etwas Neues zu erstellen oder zu schöpfen. Der Grund meiner Hoffnung, diese Bemühung zum Erfolg zu verhelfen, ist zweierlei: Das zeitgenössische europäische Weiterleben des römischen Rechts fordert für sich eine tiefer gehende Recherche sowohl in der EU-rechtlichen² als auch in der römischrechtlichen³

¹ Dieser Aufsatz ist dem sich annähernden 650. Jubiläum der Gründung des Rechtsvorgängers meiner *Alma Mater*, d.h. der im Jahr 1367 von König Ludwig I. (dem Großen) nach dem Patent von Papst Urban V. etablierten *Universitas Quinqueecclesiensis* (Universität zu Pécs) gewidmet.

² Vgl. z. B. Brigitta Lurger, *Grundfragen der Vereinheitlichung des Vertragsrechts in der Europäischen Union* (Wien, Springer, 2002) S. 190-195; Michael Potacs, *Effet utile als Auslegungsgrundsatz*, in: *Europarecht (EuR)* 6/4 (2009) S. 466; Axel Metzger, *Extra legem - intra ius. Allgemeine Rechtsgrundsätze im europäischen Privatrecht* (Tübingen, Mohr Siebeck, 2009) S. 330-335, 427-428; Thomas Henninger, *Europäisches Privatrecht und Methode. Entwurf einer rechtsvergleichend gewonnenen juristischen Methodenlehre* (Tübingen, Mohr Siebeck, 2009) S. 289-299.

³ Siehe z. B. Rolf Knütel, *Ius commune und Römisches Recht vor Gerichten der Europäischen Union*, in: *Juristische Schulung (JuS)* 36 (1996) S. 768-778. Vielleicht jüngstens siehe Fernando Reinoso-Barbero, *Ein offensichtliches Paradox, Die europäische Rechtsprechung und das römische Recht*, in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte - Romanistische Abteilung (ZRG-RA)* 127 (2010) S. 345-363. In der neueren ungarischen Literatur siehe z. B. Gábor Hamza, *A római jog a XXI. században (=Das römische Recht im 21. Jahrhundert)*, in: *Magyar Tudomány (=Ungarische Wissenschaft)* 168/12 (2007) S. 1557-1562.

Literatur, und die Nutzung des in der Theologie⁴, Philosophie⁵, Geistesgeschichte⁶, in der Literaturwissenschaft⁷ und in der Theorie der Kunst (als *Remo-*

⁴ Die drei von Englert vorgelegten Denkmodelle des Verhältnisses von Christentum und moderner Gesellschaft sind die antimodernistische, die moderne und die transmoderne Perspektive. Diese letzte sei nach Englert dem modernen Gesichtswinkel verwandt, betone aber mehr als die moderne Perspektive die Kritik und Selbstkritik an der Moderne, ein Kurskorrektur der Moderne in der Richtung vom solidarischen Denken und Handeln. Seines Erachtens sind die politische oder feministische Theologie und z. B. der Ökofeminismus theologische Ausprägungen, die sich einer transmodernen Perspektive bedienen. “‘Transmodern’ sollen solche Sichtweisen heißen, die eine Revision der durch die Moderne etablierten Stile des Lebens und Denkens fordern”. Siehe Rudolf Englert, *Religiöse Erwachsenenbildung. Situation, Probleme, Handlungsorientierung* (Stuttgart, Kohlhammer, 1992) S. 143-157, 185-187. Zitat siehe S. 153. Nach Ruster sei eine (trans)moderne Antwort die Radikalisierung des christlichen Anspruchs. Siehe Thomas Ruster, *Der verwechselbare Gott. Theologie nach der Entflechtung von Christentum und Religion* (Freiburg, Herder, 2000). Vgl. auch Stefanie Rieger-Goertz, *Geschlechterbilder in der Katholischen Erwachsenenbildung* (Bielefeld, Bertelsmann, 2008) S. 194-196.

⁵ Die Postmoderne sei nach Welsch weder die Anti-Moderne noch die Transmoderne, sondern die über ihre Selbstbeschränkungen und Rigorismen hinausstrebende Moderne im Status ihrer Transformation. Er spricht von der postmodernen Moderne, wobei mit postmodern die Art und Weise gemeint ist, wie die Moderne gegenwärtig einzulösen ist. Siehe Wolfgang Welsch, *Unsere postmoderne Moderne, 7. Aufl.* (Berlin, Akademie Verlag, 2008) S. 21, 136, 138. Eine Unterscheidung zwischen Moderne und Postmoderne sei nach Ollig inzwischen im philosophischen Denken üblich geworden, die allerdings nicht überall stringent eingehalten werde, so dass eine genaue Verhältnisbestimmung von Moderne und Postmoderne noch ausstehe. Siehe Hans-Ludwig Ollig, *Philosophische Zeitdiagnose im Zeichen des Postmodernismus*, in: *Theologie und Philosophie* 66 (1991) S. 340. Siehe auch Joachim Rabanus, *Europa in der Sicht Papst Johannes Pauls II. Eine Herausforderung für die Kirche und die europäische Gesellschaft* (Paderborn, Schöningh, 2004) S. 208. Über den post-hegelianistischen Grund meinte Rodríguez Magda, dass Moderne, Postmoderne und Transmoderne eine dialektische Triade bilden, wo Transmoderne, die auch die Elemente beider anderer Richtungen beinhaltet, gleichzeitig als Kritik des Modernismus und Postmodernismus dient. Siehe Rosa María Rodríguez Magda, *La sonrisa de Saturno, Hacia una teoría transmoderna* (Barcelona, Anthropos, 1989).

⁶ Siehe Enrique Dussel, *Transmodernity and Interculturality, An Interpretation from the Perspective of Philosophy of Liberation*, in: *Transmodernity, Journal of Peripheral Cultural Production of the Luso-Hispanic World* 3/1 (2012) S. 42-43, 49-50.

⁷ Unabhängig von der Postmoderne-Diskussion taucht ‘Transmoderne’ als Bestimmungsbegriff einer gegenüber der Moderne gewandelten Erfahrungslage erstmals 1965 bei Dumitriu auf. Siehe Pertu Dumitriu, *Die Transmoderne. Zur Situation des Romans* (Frankfurt am Main, Fischer, 1965); siehe auch bei Wolfgang Welsch, *Unsere postmoderne Moderne, 7. Aufl.* (Berlin, Akademie Verlag, 2008) S. 43. Fn. 96.

dermism oder *Stuckism*⁸) schon wohl bekannten Begriffs von 'Transmoderne' — die schon als Titel einer Zeitschrift dient⁹ — bietet dem Forscher ein Desiderat auf dem Gebiet der Rechtswissenschaft.

2. WAS NICHT BEHANDELT WIRD

Als Ergebnis der Untersuchungen ist die schon an und für sich offensichtliche Prämisse bestätigt worden, dass es hauptsächlich die Generalanwälte waren, die von der Schöpfung der Rechtswissenschaftler Gebrauch machen konnten, wobei sie in den Konzepten ihrer Schlussanträge die zivilistische, rechtsgeschichtliche, romanistische, kanonistische, usw. spezielle Wissensbasis ihres Fachgebietes zur Geltung brachten. Daher ist das Gebiet der Untersuchungen auf die Aufgaben und Befugnisse des neben dem Europäischen Gerichtshof arbeitenden Generalanwalts ausgerichtet, deshalb ist unter dem Begriff "Gerichtshof" das Institution zu verstehen, wo der Generalanwalt im prozessualen Sinne positioniert ist. Demnach können z. B. der ehemalige Gerichtshof der EGKS, der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, der Gerichtshof der Europäischen Union bzw. im engeren Kreis¹⁰ das Gericht Erster Instanz bzw. das Gericht untersucht werden, aber z. B. die Rechtsprechung des Gerichts für den öffentlichen Dienst fällt aus dem Kreis der Untersuchungen.

Es ist wichtig, auch im Voraus darauf hinzuweisen, dass es kein Ziel dieser Studie ist, zu bestimmen, ob die Bezugnahme auf die zitierten Schätze des römischen Rechts, seine im europarechtlichen Sinn genommenen 'Besitzstände' ("acquis du droit romain") in den einzelnen Schlussanträgen aus romanistischer Sicht richtig ist. Der Grund dafür ist, dass der Schwerpunkt der Untersuchung ausschließlich die Tatsache und die Art und Weise des Weiterlebens ist, und nicht die Beurteilung der römischrechtlichen Kompetenz der Generalanwälte, die übrigens auf Grund der äußerst ans Ziel gebundenen Schlussanträge selbst naturgemäß nicht perzipiert werden kann¹¹.

⁸ Ihr 'Credo' in Punkt 14 siehe bei Billy Childish und Charles Thomson, *Remodernism*, in: A Stuckist document. Publ. by the first Remodernist art group (est. 1999) in 2000. <http://www.stuckism.com/remod.html>.

⁹ *'Transmodernity, Journal of Peripheral Cultural Production of the Luso-Hispanic World'* – erster Jahrgang im Jahr 2010, hrsg. eScholarship und University of California.

¹⁰ Siehe das *Protokoll über die Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union* Art. 20 Abs. (4)-(5) - bzw. im Zusammenhang mit dem Beschluss und mit dem Verfahren des Gerichts siehe Artt. 49, 59. und 62.

¹¹ Vgl. aber Fernando Reinoso-Barbero, *Ein offensichtliches Paradox, Die europäische Rechtsprechung und das römische Recht*, in: ZRG-RA 127 (2010) S. 345-363. Man muss aber kritisch bemerken, dass die Analyse einiger Kardinalfälle mangelt (z. B.

Hier handelt es sich auch nicht um diejenigen wichtigen Fragen, die im Zusammenhang mit dem untersuchten Thema zwangsläufig ja auftreten, aber im letzten halben Jahrhundert aus mehreren Aspekten und von nicht wenigen Autoren mit dem Anspruch einer umfangreichen Monographie auch bearbeitet worden sind¹², und auf deren Gipfel thront heutzutage eine neue Begriffskonstruktion, d.h. "Römisches Europarecht" (Simon¹³). Eine solche Frage ist beispielsweise, wie die sog. "politische und kulturelle Romidee" (Koschaker¹⁴) in der Europäischen Union 'reinkarnierte'¹⁵. Eine ähnliche Frage ist die Kompatibilität des kontinentalen und des angelsächsischen Rechtssystems in der Europäischen Union in Anbetracht dessen, dass sowohl das Common Law¹⁶ als auch das Gemeinschaftsrecht 'das Richterrecht' (*judge made law*) als ähnliche Methode der Rechtsbildung¹⁷ haben, welches bekanntlicher Weise auch im 'Privatrecht' des antiken Roms typisch ist. Das römische Recht als "Schatzkammer der gemeinsamen europäischen öffentlich rechtlichen und privatrechtlichen Erfahrungen" (Benedek¹⁸) dient darüber hinaus auch im institutionellen Sinne als ausreichende Ausgangsbasis für die Rechtsvereinheitlichung¹⁹. Es ist kaum ein Zufall, dass die vor dem Inkrafttreten des BGB

C-23/68 - *Klomp / Inspectie der belastingen*; vgl. S. 352), gleichzeitig prüfte der Autor auch das Sekundärrecht, obwohl sein Aufsatz seinem Titel nach von der europäischen Rechtsprechung handelt.

- ¹² Jüngstens Michael J. Rainer, *Das Römische Recht in Europa* (Wien, Manz, 2012); früher aber z. B. Paul Koschaker, *Europa und das römische Recht* (München/Berlin, Biederstein, 1947).
- ¹³ Siehe Dieter Simon, *Römisches Europarecht*, in: *Rechtshistorisches Journal (RhJ)* 19 (1993) S. 315-321.
- ¹⁴ Siehe Paul Koschaker, *Europa und das römische Recht* (München/Berlin, Biederstein, 1947) S. 3, 43, 79.
- ¹⁵ Vgl. z. B. Antonio Padoa-Schioppa, *Il diritto comune in Europa, riflessioni sul declino e sulla rinascita di un modello*, in: *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEUP)* 5 (1997) S. 706-717.
- ¹⁶ "Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi..." – vgl. Charles Secondat de Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, Livre XI Chapitre 6: *De la constitution d'Angleterre*.
- ¹⁷ Neuerdings siehe z. B. Günter Hirsch, *Das Rechtsgespräch im Europäischen Gerichtshof*, in: *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 31/1 (2002) S. 1-19; Thomas Henninger, *Europäisches Privatrecht und Methode. Entwurf einer rechtsvergleichend gewonnenen juristischen Methodenlehre* (Tübingen, Mohr Siebeck, 2009) S. 264-322.
- ¹⁸ Siehe Ferenc Benedek, *A római jog és Európa (=Das römische Recht und Europa)*, in: *Jogi Beszélgetések (=Juristische Gespräche)* 2/1 (1999) S. 97-107.
- ¹⁹ Siehe Gábor Hamza, *A római jog a XXI. században (=Das römische Recht im 21. Jahrhundert)*, in: *Magyar Tudomány (=Ungarische Wissenschaft)* 168/12 (2007) S. 1560.

herausgebildete Praxis des das Pandektenrecht anwendenden und bildenden deutschen Reichsgerichts als ein mögliches Modell für den Europäischen Gerichtshof von der Literatur betrachtet wurde²⁰.

3. "POSTMODERNES" ODER "TRANSMODERNES" WEITERLEBEN?

Das gewählte Thema wirft schon auf den ersten Blick mehrere Vorfragen auf. Was kann in dieser Hinsicht überhaupt als das Weiterleben des römischen Rechts betrachtet werden? In der Wissenschaft gibt es nämlich für den Ausdruck, d.h. "das Weiterleben des römischen Rechts" keine vorherrschende Definition. Es ist jedoch bereits im Voraus offensichtlich, dass dieses bekannte Konzept aus dem Gesichtspunkt des Gerichtshofs der Europäischen Union nicht so interpretiert werden soll wie in den früheren Jahrhunderten. Die sich in der Europäischen Union verkörperte europäische Integration als Dynamik und Statikum ist nämlich allen früheren integrativen Bestrebungen gegenüber anders und neu. Durch dieses halb Jahrhundert alte Phänomen erreichte der etwa anderthalb tausend Jahre alte Prozess noch nie so einen ziemlich seltsamen Grad. Die neue öffentlich rechtliche Situation fordert daher einen neuen Ansatz, folglich müssen die nachstehenden Fragen gestellt werden: Kann die Rede diesmal von der echten Rezeption des römischen Rechts sein, bzw. kann das römische Recht dieses Mal die Rolle einer echten Rechtsquelle haben? Kann das römische Recht als Komponente des *acquis (communautaire)* betrachtet werden? Wie ist die Subsidiarität des römischen Rechts hier zu interpretieren?

Es ist offensichtlich, dass die wissenschaftlich zu beurteilende Beantwortung dieser Fragen die verfügbaren Rahmen übersteigt, so dass nur einige Anmerkungen angebracht werden können. Vor allem sind die folgenden zwei Vermutungen aufzuwerfen. Die eine ist, dass man sich an die Rezeption als Rechtsquelle mit einer prekonzipierten negativen Antwort annähern soll. Demnach kann es nicht um eine echte Rezeption bzw. um einen echten Rechtsquelle-Charakter gehen. Die andere Vermutung ist, dass die erste Vermutung eine zu positivem Ergebnis führende Neuinterpretation des Konzepts von dem sog. "Weiterleben des römischen Rechts" jedoch nicht ausschließt. Demnach sei die Neubelebung der Regeln und Institutionen des römischen Rechts in

²⁰ Jüngstens z. B. Martin Löhnig, *Rechtsvereinheitlichung Trotz Rechtsbindung. Zur Rechtsprechung des Reichsgerichts in Zivilsachen 1879-1899* (Tübingen, Mohr Siebeck, 2012) S. 96-98; siehe auch Michael J. Rainer, *Zur Rechtsprechung des Reichsgerichts bis zum Inkrafttreten des BGB, Ein Modellfall für den Europäischen Gerichtshof?* in: ZEuP 3 (1997) S. 751-761.

einigen Urteilen des Gerichtshofs oder in einigen Schlussanträgen des Generalanwalts größtenteils lediglich eine schöne Reminiszenz dieser wunderbaren Wurzel unserer gemeinsamen Rechtskultur. Die Bezugnahme auf den *“acquis du droit romain”* als historische Tatsachen sei also eher eine Art instinktive Ehrebetung bzw. sie sei lieber nur ein Mittel der Färbung der juristischen Meinung, als das echte Instrument der im strikten Sinne nehmenden juristischen Begründung. All dies weist darauf hin, dass heutzutage eine neuere Renaissance der Studie des römischen Rechts (*‘nuovo rinascimento dello studio del diritto romano’*) beobachtet werden kann. Dieser erstellte Begriff steht natürlich nicht ohne Präzedenz (vgl. *Engelmann*²¹). In der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts, also um das Ende des im geistesgeschichtlichen Sinne genommenen Zeitalters der sog. Moderne wurde nämlich der Begriff des *“rinascimento giuridico”* in der Rechtshistoriographie (siehe z. B. *Koschaker, Wieacker, Calasso, Paré, Brunet, Tremblay*) eingeleitet, der ein Hinweis auf die im 12. Jahrhundert in Italien geschehene Entdeckung des römischen Rechts war²².

Das Weiterleben des römischen Rechts im Laufe der langen Jahrhunderte — von *Byzanz* im 7. Jahrhundert über die *“Tötung”*²³ des Pandektenrechts nach dem Inkrafttreten des deutschen BGB bis hin zur speziellen Situation des heutigen süd-afrikanischen römisch-holländischen Rechts (*romeins-hollandse reg*)²⁴ — bildete sich im Wesentlichen in einem einzigen Paradigma: der

²¹ “... darf man im wahren Sinne von einer Erneuerung oder Wiedergeburt (*“Rinascimento”, “Renaissance”*) der römischen Rechtswissenschaft oder Rechtslehre sprechen, nicht dagegen von einer Wiedergeburt des römischen Rechts...” Siehe Woldemar Engelmann, *Die Wiedergeburt der Rechtskultur in Italien durch die wissenschaftliche Lehre* (Leipzig, Koehlers Antiquarium, 1938) S. 17.

²² Siehe Woldemar Engelmann, *Die Wiedergeburt der Rechtskultur in Italien durch die wissenschaftliche Lehre* (Leipzig, Koehlers Antiquarium, 1938) S. 17; Gérard Paré / Adrien Brunet / Pierre Tremblay, *La Renaissance du XIIe Siècle. Les Écoles et l’Enseignement* Vol. III (Paris, IÉM, 1933); Erich Genzmer, *Kritische Studien zur Mediaevistik*, in: ZRG-RA 61 (1941) S. 300-301; Francesco Calasso, *Medioevo del diritto*. vol. I. Le fonti (Milano, Giuffrè, 1954) S. 349-364; Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung* (Göttingen, Vandenhoeck u. Ruprecht, 1952) S. 28-29; Paul Koschaker, *Europa und das römische Recht* (München, Biederstein, 1947) S. 39-54. Vgl. auch Winfried Trusen, *Anfänge des gelehrten Rechts in Deutschland. Ein Beitrag zur Geschichte der Frührezeption* (Wiesbaden, Steiner, 1962) S. 8-11.

²³ “Das Pandektenrecht ist tot, durch das BGB.” Vgl. Joseph Partsch, *Vom Beruf des römischen Rechts in der Heutigen Universität* (Bonn, Cohen, 1920) S. 40.

²⁴ Vgl. z. B. Louis F. Van Huyssteen / Schalk W. J. Van der Merwe / Catherine J. Maxwell, *Contract Law in South Africa* (Boston, Wolters Kluwer, 2010) S. 34-36.

Begriff 'Weiterleben des römischen Rechts' startete immer aus dem Begriff des sog. 'lebendigen römischen Rechts'²⁵, und er kehrte von jeher dahin zurück oder trat er stets daraus hervor²⁶.

Wenn man im Zusammenhang mit dem Wesen der sog. 'Postmoderne' von ihrer mit Recht beanstandeten Axiologie von Lyotard absieht bzw. es nicht für unabdingbar hält, um die riesigen "Denkmuster" der Menschheit (*métarécits, globaux narratifs*²⁷) auf dem Altar des wissenschaftlichen Fortschritts (*progrès scientifique*) wieder aufzuopfern, kann man mit Recht die Essenz dieses geistesgeschichtlichen Trends im reinen Paradigmenwechsel bestimmen. Die eigentümliche Denkweise der Epoche der Postmoderne, d.h. der Postmodernismus verlässt nämlich die innere Arena der in der Geistesgeschichte feststellbar variablen Begriffe von Absolute und Objektive, und tritt in das neue Schlachtfeld des für die Durchsetzung des radikalen Relativismus geführten Kampfes hinüber: daher wechselt sie das (oberste) Paradigma. Allerdings bedeutet dies nicht, dass sie dadurch erschöpft wäre. Die Postmoderne kann nämlich nicht als ein geistesgeschichtlicher Trend betrachtet werden, der angesichts seiner Motivationen einen wertneutralen Paradigmenwechsel bedeutete. Im Vergleich zu den Axiologien der früheren Trends ist die verhüllte Essenz der Postmoderne und auch das schon offene Wesen des Postmodernismus die Repräsentation der Wertwidrigkeit — genauer die Darstellung des radikal relativistischen, dekonstruktiven Nihilismus — als 'neuer Wert'. Vor diesem Hintergrund mag es klar sein, dass die in neuem Paradigma laufende Geschichte des Weiterlebens des römischen Rechts im zeitgenössischen System der EU in keiner Weise postmodern sein kann, da der Paradigmenwechsel hier weder neutral noch gar nicht destruktiv war. Das neue Paradigma wünscht nämlich die Errungenschaften des Rechts der antiken Römern keinesfalls zu entwerten, sie zu relativisieren oder sie von ihrem uralten Thron zu stürzen,

Aus ungarischer Literatur siehe jüngstens Gábor Hamza, *A dél-afrikai magánjog és a római jogi hagyomány* (=Das südafrikanische Privatrecht und die römischrechtliche Tradition), in: *Acta Facultatis Politico-Iuridicae Universitatis Scientiarum Budapestinensis De Rolando Eötvös Nominatae* 47 (2010) S. 7-21.

²⁵ Neuerdings Heinrich Honsell, *Lebendiges römisches Recht*, in: Friedrich Harrer / Heinrich Honsell / Peter Mader (eds.), *Gedächtnisschrift für Theo Mayer-Maly* (Wien, Springer, 2011) S. 225-235.

²⁶ Siehe dazu auch Reinhard Zimmermann, *Heutiges Recht, Römisches Recht und heutiges Römisches Recht*, in: Reinhard Zimmermann / Rolf Knütel / Jens Peter Meincke (Hrsgg.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik* (Heidelberg, Müller, 1999) S. 1-40.

²⁷ Siehe Jean-François Lyotard, *La Condition Postmoderne, Rapport sur le Savoir* (Paris, Editions de Minuit, 1979) S. 7.

sondern — im Gegenteil — sie etwa als ein Absolute oder ein Objektive ‘auf den Altar zu heben’.

Im Hinblick darauf geht die richtige geisteswissenschaftliche Beurteilung dieses Abschnitts des Weiterlebens schief, wenn sie unter der Ägide von der Postmoderne käme. Es ist also richtiger, das heutige europäische Kapitel der Weiterlebengeschichte des römischen Rechts als transmodern (jedoch nicht als metamodern²⁸) zu identifizieren. Die vom mexikanischen Philosoph *Enrique Dussel* gestartete anti-postmodernistische geistesgeschichtliche und philosophische Richtung setzt sich nämlich auf die Weise über die Postmoderne hinaus, dass sie ihre geistigen Wurzeln unter den Modernismus, nämlich in den Leitgedanken des Daseins eines Absoluten schlägt. Ihr Zweck ist der De(kon)struktion gegenüber die Verwirklichung einer Art überdachter Rekonstruktion, die richtige Synthese von Tradition und Modernismus²⁹.

4. ‘ACQUIS DU DROIT ROMAIN’ UND ACQUIS (COMMUNAUTAIRE)

Fraglich ist, ob die Errungenschaften des römischen Rechts (*‘acquis du droit romain’*) Teile des (gemeinschaftlichen) Besitzstandes [*acquis (communautaire)*] sind. Die Antwort darauf kann in den folgenden Thesen zusammengefasst werden.

(1) Der in der Rechtsprechung des Gerichtshofs sporadisch erscheinende römischrechtliche *acquis* (d.h. die Regeln, Institutionen oder Maximen usw.) ist ein Bestandteil des *acquis (communautaire)*, da die Gesamtheit der Rechtsprechung vom Gerichtshof und von dessen Vorgänger selbst einen Teil des Besitzstandes bildet. Auf der Grundlage der Loyalitätsklausel ist es klar, dass — wenn der Gerichtshof besagt, dass ein Rechtssatz ein allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts ist und dieser Rechtssatz allgemein ist bzw. sein Grundsatzcharakter z. B. durch seinen römischrechtlichen Ursprung bewiesen wird — die Verletzung eines eigenen oder eines im Laufe des mittelalterlichen und neuzeitlichen Weiterlebens überdachten Besitzstandelements des römischen Rechts von Anfang an — d.h. von der EGKS (1951) — zur gleichen Zeit auch die Gründungsverträge verletzt³⁰. Demnach sind die in der Rechtsprechung des Gerichtshofs als Bekräftigung der Begründung angerufenen Elemente des ‘römischrechtlichen Besitzstandes’ derart Teile der

²⁸ Vgl. z. B. Philadelpho Menezes, *A crise do passado, modernidade, vanguarda, metamodernidade* (São Paulo, Experimento, 1994).

²⁹ Vgl. Rosa María Rodríguez Magda, *Transmodernidad* (Barcelona, Rubí, 2004) S. 12.

³⁰ Siehe den Vertrag von Paris über EGKS (1951) Art. 86, Vertrag von Rom (EWG, 1957) Art. 5 und im durch den Vertrag von Lissabon (d.h. EU-Reformvertrag, 2007) modifizierten EU-Vertrag Art. 4 Abs. (3).

acquis, insofern ihre Verletzung gegen die Gründungsverträge verstößt (siehe Rechtssache *Töpfer*³¹). Dazu bilden die allgemeinen Rechtsgrundsätze die Schranken der gemeinschaftlichen Rechtsakte (z. B. der Fall *Internationale Handelsgesellschaft*³² und insbesondere der Fall *Nold*³³), so dass sie sich sowohl auf dem Gebiet der Rechtsetzung als auch auf dem Gebiet der Rechtsanwendung und Rechtsauslegung als Quelle verhalten.

(2) Gemäß Punkt 13 des in der Literatur selten behandelten³⁴ Urteils im Falle *Klomp*³⁵ (1969): "Nach einem den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsamen, auf das römische Recht zurückgehenden Grundsatz ist bei Änderung der Gesetzgebung, soweit der Gesetzgeber nicht einen entgegenstehenden Willen zum Ausdruck gebracht hat, der Auslegung der Vorzug zu geben, welche die Kontinuität der Rechtsstrukturen gewährleistet". Dies ist interessant, soweit demnach der Anspruch für die Kontinuität der Rechtsordnung von der Integration auf die Tatsache der Kontinuität der Rechtsordnung gegründet wird; und diese Kontinuität verkörpert sich darin, dass auch die die Kontinuität gewährleistende Auslegungsregel selbst kontinuierlich ist, da sie das Prinzip des in den Mitgliedstaaten allgemein vorherrschenden gemeinsamen, über römische Wurzel verfügenden — ursprünglich griechischsprachigen³⁶ — Rechtssatzes *lex posterior derogat legi priori* ist.

(3) Der *Klomp*-Fall als ein die Kontinuität des EU-Rechtssystems gewährleistender Grundsatz ist seit den 1980er Jahren gemäß den Anträgen der Parteien

³¹ Siehe C-112/77 - *Töpfer* / Kommission [1978 01019]. "Die auf die Verletzung des Grundsatzes des Vertrauensschutzes gestützte Rüge ist im Rahmen einer Klage nach Artikel 173 des Vertrages zulässig, da dieser Grundsatz Bestandteil der Gemeinschaftsrechtsordnung ist und ein derartiger Verstoß eine 'Verletzung dieses Vertrages oder einer bei seiner Durchführung anzuwendenden Rechtsnorm' [...] darstellt" – siehe Punkt 19.

³² C-11/70 - *Internationale Handelsgesellschaft mbH* / Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel [1970 01125].

³³ C-4/73 - *Nold KG* / Kommission [1974 00491].

³⁴ Siehe z. B. Axel Metzger, *Extra legem - intra ius. Allgemeine Rechtsgrundsätze im europäischen Privatrecht* (Tübingen, Mohr Siebeck, 2009) S. 330, 427; Clarence J. Mann, *The Function of Judicial Decision in European Economic Integration* (The Hague, Nijhoff, 1972) S. 354; Stefan Vogenauer, *Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, eine vergleichende Untersuchung der Rechtsprechung und ihrer historischen Grundlagen*. Bd. I (Tübingen, Mohr Siebeck, 2001) S. 385-386 (besonders Fn. 275); Orlando José Mejía Herrera, *La Unión Europea como modelo de integración. Análisis comparativo del Sistema de la Integración Centroamericana* (Editorial Universitaria, UNAN, 2008) S. 99.

³⁵ C-23/68 - *Johannes Gerhardus Klomp* / Inspectie der Belastingen [1969 00043].

³⁶ Vgl. D. 1,4,4 *Mod. lib. secundo excusationum: αἱ μεταγενέστεραι διατάξεις ἰσχυροτεραι τῶν πρὸ αὐτῶν εἰσίν.*

ein beliebter Referenzpunkt³⁷. Es wird aber wiederholt von den Generalanwälten in ihren Schlussanträgen verwiesen³⁸, und natürlich auch in den einzelnen Urteilen des Gerichtshofes³⁹ Bezug genommen⁴⁰. Größtenteils als Folge des *Klomp*-Falls spüren die Parteien und ihre Vertreter in ganz Europa die Notwendigkeit der Wiederbelebung der römisch- und pandektenrechtlichen Kenntnisse, da sie davon die Förderung ihres Obsiegens hoffen. Sie streben sich danach, im Laufe des Verfahrens den römischen Ursprung der angesichts ihrer Position vorteilhaften Institution zu beweisen, da sie dadurch erreichen können, dass der vorteilhafte normative Inhalt als allgemeiner gemeinschaftsrechtlicher Grundsatz für ihr Verfahren Rechtswirkung erhält⁴¹.

(4) Als Ergebnis dieser Bemühungen wurde das in z. B. zahlreichen Klageschriften, Schlussanträgen der Generalanwälte⁴², Urteilen des Gerichtshofes und des Gerichts⁴³ angerufene *nulla poena*-Prinzip bzw. die Prinzipien *nullum crimen sine lege* und *in dubio pro reo* zum Grundsatz des allgemeinen Gemeinschaftsrechts. So ist weiterhin die Regel *ne bis in idem*⁴⁴, die in etwa fünf Dutzend, zwischen den Jahren 1965 und 2012 entstandenen Gerichtsur-

³⁷ Vgl. z. B. C-1/82 - De Dapper / Etat luxembourgeois [1982 03709].

³⁸ Siehe C-1/82 - De Dapper / Etat luxembourgeois [1982 03709]; C-87/01 P - Kommission / Conseil des communes et régions d'Europe (CCRE) [2003 I-07617]; C-339/00 - Irland / Kommission [2003 I-11757]; C-216/09 P - Kommission / ArcelorMittal Luxembourg u.a. [2009 00000]; C-201/09 P - ArcelorMittal Luxembourg / Kommission und Kommission / ArcelorMittal Luxembourg u.a. [2011 I-02239]; C-352/09 P - ThyssenKrupp Nirosta / Kommission [2011 I-02359].

³⁹ Vgl. C-201/09 P - ArcelorMittal Luxembourg / Kommission und Kommission / ArcelorMittal Luxembourg u.a. [2011 I-02239] Punkt 63; C-352/09 P - ThyssenKrupp Nirosta / Kommission [2011 I-02359] Punkt 73.

⁴⁰ Einige Schlussanträge setzen den römischrechtlichen Zusammenhang absichtlich aus. Siehe z. B. C-339/00 - Irland / Kommission [2003 I-11757] Punkt 24.

⁴¹ Diese Methode kann schon früher bemerkt werden, siehe C-18/57 - Nold KG / Hohe Behörde [1959 00089].

⁴² Neuerdings siehe z. B. Generalanwalt Mengozzi, 15.02.2007: C-259/05 - Pubblico Ministero / Omni Metal Service [2007 I-04945].

⁴³ Aus den Urteilen des EuGH siehe z. B. C-413/08 P - Lafarge / Kommission [2010 I-05361]; C-308/06 - Intertanko u.a. [2008 I-04057]; C-3/06 P - Groupe Danone / Kommission [2007 I-01331]; C-303/05 - Advocaten voor de Wereld VZW / Leden van de Ministerraad [2007 I-03633]; C-308/04 P - SGL Carbon / Kommission [2006 I-05977]; C-189/02 P - Dansk Rørindustri u.a. / Kommission, C-202/02 P, C-205/02 P, C-208/02 P und C-213/02 P Verbundene Rechtssachen [2005 I-05425] usw.

⁴⁴ Jüngstens Willem Bastiaan Van Bockel, *The Ne Bis in Idem Principle in EU Law*. Inaug. Diss. Leiden 2009 [impr. The Netherlands 2010].

teilen⁴⁵ angeführt wurde. In einer Reihe von Urteilen und Schlussanträgen wird weiterhin auch auf nicht römischrechtliche sondern lediglich auf lateinsprachige, von den mittelalterlichen Legisten bzw. Kanonisten formulierte Maxime verwiesen (*pacta sunt servanda*⁴⁶; *fraus omnia corrumpit*⁴⁷; *ubi jus ibi remedium*⁴⁸; *nemo debet esse iudex in propria causa*⁴⁹; *nemo suam turpitudinem alle-*

⁴⁵ Die wahrscheinlich früheste Rechtssache war nämlich C-18/65 - Gutmann / EURATOM [1966 00149], und die jüngste ist C-441/11 - Kommission / Verhuizingen Coppens [2011 00000].

⁴⁶ In kaum zählbaren Schlussanträgen und auch in einer Menge von Urteilen.

⁴⁷ Auf dieses kaum zweihundertjährige Sprichwort berufen sich eine Menge von Schlussanträgen (z. B. C-130/88 - Van de Bijl / Staatssecretaris van Economische Zaken [1989 03039]; C-206/94 - Brennet / Paletta [1996 I-02357]; C-458/05 - Jouini [2007 I-07301]; C-352/08 - Modehuis A. Zwijnenburg [2010 I-04303]) und auch ein Urteil des Gerichts (T-297/05. IPK International / Kommission [2011 II-01859]). Vgl. Axel Metzger, *Extra legem - intra ius. Allgemeine Rechtsgrundsätze im europäischen Privatrecht* (Tübingen, Mohr Siebeck, 2009) S. 303. Fn. 662. Sein zartes Alter bedeutet jedoch nicht, dass dieses Adagium keine römischen Wurzeln hätte: es stammt aus D. 50,17,78 von *Papiniani Quaestiones* in einem allgemeinen und aus D. 1.3.29 oder D. 49,14,45 pr. von *Pauli Sententiae* in steuerrechtlichem Sinne.

⁴⁸ Diese Rechtstregel erschien sich erst vielleicht unter § 89 der Einleitung des preußischen ALRs. Der Kontrapunkt dieses Grundsatzes war die verfahrensrechtliche Ansicht des englischen Rechtssystems, worin diese *legal maxim* origineller Weise rückwärts als "*ubi remedium ibi ius*" einwurzelte. Siehe Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Oxford, Clarendon, 1996) S. 6, 341-342, 410; Marc-Philippe Weller, *Die Vertragstreue. Vertragsbindung, Naturalerfüllungsgrundsatz, Leistungstreue* (Tübingen, Mohr Siebeck, 2009) S. 130-131. und siehe auch Eckhard Pache, *Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum* (Tübingen, Mohr Siebeck, 2001) S. 205; Götz Schulze, *Die Naturalobligation* (Tübingen, Mohr Siebeck, 2008) S. 64. Fn. 88. Die Maxime tauchte z. B. in Rechtssache C-354/04 - Gestoras Pro Amnistía u.a. / Rat [2007 I-01579] auf.

⁴⁹ Den Schlussanträgen in Rechtssache C-308/07 P - Koldo Gorostiaga Atxalandabaso / Parlament [2009 I-01059] nach geht der heutige, auch in den Mitgliedstaaten anerkannte Grundsatz der Unparteilichkeit ursprünglich auf diese römischrechtliche Maxime zurück. Die Regel ist jedoch kein römisches Produkt, weil diese sich ursprünglich in der *Summa* zum *Decretum Gratiani* (D.46.c.8) von *Huguccio* dem Pisaner befand. Das Konzil zu Agde (*Concilium Agatense*) 506 zielte die dem Westgotenreich von Alarich II. zugehörenden Arianer Diözesen zu vereinen. *Gratianus* nahm einen Beschluss auf, und zur Wendung "*iniuriarum suarum ultores*" fügte *Huguccio* diese Maxime hinzu. Die altertümliche Erscheinung geht auf eine Konstitution von Imperatoren *Valens*, *Gratianus* und *Valentinianus* (C. 3,5,1, a. 376) zurück. Vgl. Frederick H. Russell, *The Just War in the Middle Ages* (Cambridge, UP, 1977) S. 97. Fn. 24; Herwig Wolfram, *Die Goten. Von den Anfängen bis zur Mitte des sechsten Jahrhunderts. Entwurf einer historischen Ethnographie*. 4. Aufl. (München, Beck, 2001) S. 205; *Corpus Iuris Canonici*. Ed. Lipsiensis Secunda. Ed. E. L. Richter. Pars Prior; *Decretum magistri Gratiani*. Pars I. Dist. 46. Cap. 8. (= 146. col.); Detlef Liebs, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*. 7. voll. überarb. u. verb. Aufl. (München, Beck, 2007) S. 146-147.

*gans auditor*⁵⁰; *origo emendi vendendique*⁵¹ usw.). Mehrere Schlussanträge der Generalanwälte beziehen sich auch auf metajuristische — z. B. mythologische⁵² — Perlen der griechisch-römischen Antiquität.

5. DER ‘ACQUIS DU DROIT ROMAIN’ IN DEN SCHLUSSANTRÄGEN DER GENERALANWÄLTE⁵³

Der auf der offiziellen Webseite der EU erscheinenden Definition nach bedeutet der Besitzstand der EU, der sog. *acquis (communautaire)* das gemeinsame Fundament aus Rechten und Pflichten, das für alle EU-Länder als Mitglieder der EU im Rahmen der Europäischen Union verbindlich ist. Der Besitzstand entwickelt sich ständig weiter und umfasst: (1) den Inhalt, die Grundsätze und die politischen Ziele der Verträge; (2) die Anwendung der in den Verträgen erlassenen Rechtsvorschriften; (3) die angenommene Erklärungen und Entschließungen der EU; (4) die Rechtsakte der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik; (5) die in den Bereichen Justiz und Inneres vereinbarte Rechtsakte; (6) die von der EU geschlossenen internationalen Abkommen und

⁵⁰ Der endgültige Wortlaut dieser im Edictumkommentar von *Ulpianus* dem *Labeo* zugeeigneten Regel (vgl. Ulp. D. 44,4,4,13, vgl. auch Marc. D. 4.3.36 und Iul. D. 2,10,3,3) wurde von den Glossatoren, Kommentatoren und mit geringerer Bedeutung auch von den Kanonisten ausgearbeitet (vgl. *Glossa Ordinaria* C. 2,4,30). Siehe dazu Robert Feenstra, *Nemo auditur suam turpitudinem allegans*, in: J. E. Spruit / M. van de Vrugt (ed.), *Brocardica in honorem G.C.J.J. van den Bergh, 22 studies over oude rechtsspreuken* (Deventer, Kluwer, 1987) S. 31-36; Fritz Sturm, *Aperçu sur l'origine du brocard "Nemo auditur propriam turpitudinem allegans"*, in: *Mémoires de la société pour l'histoire du droit et des institutions bourguignons, comtois et romands* 30 (1970/1971) S. 289-324; Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Oxford, Clarendon, 1996) S. 670. Fn. 147. und S. 865. Fn. 196. Die Maxime tauchte z. B. in der Sache C-14/07 - Weiss und Partner [2008 I-03367] auf.

⁵¹ Die Sprichwort tauchte in einem Vorabentscheidungsprozess, d.h. In C-205/07 - Gysbrechts und Santurel Inter [2008 I-09947], im Zusammenhang mit Fernabsatzverträgen auf. Man darf nicht vergessen, dass Gaius vor 1800 Jahren in seiner Institutionen (III,136) lehrte, dass konsensualer Kauf in römischer Antiquität auch als Fernabsatzvertrag abgeschlossen werden konnte: einerseits durch Brief (*per epistulam*), andererseits durch Boten (*per internuntium*).

⁵² Siehe z. B. Generalanwalt *Trstenjak* im Jahr 2012 in der Rechtssache C-206/11 - Köck [2011 00000].

⁵³ Hinter den folgenden Institutionen oder Regeln stehen das Jahr und die Rechtssache, worin die Schlussanträge vorgetragen wurden: *lex Rhodia de iactu mercium* (1998, *Drouot*), *res iudicata pro veritate habetur* (2003, *Köbler*), *actio Pauliana* (2008, *Seagon*), *societas leonina* (2009, *Friz*).

diejenigen Abkommen, die EU-Länder untereinander in Bereichen schließen, die unter die Tätigkeit der EU fallen; und (7) die Rechtsprechung des Gerichtshofs der EU⁵⁴.

Gemäß dieser Definition gehören die Schlussanträge des Generalanwalts nicht zum Besitzstand der EU, obwohl diese auch als Elemente des vor dem EuGH laufenden Verfahrens ausgelegt zu werden sind. Deswegen können die in den Schlussanträgen angeführten römischrechtlichen Regeln, Institutionen oder Quellen, die aus den EuGH-Urteilen ja regelmäßig fortfallen, auf die zum Besitzstand gehörende Rechtsprechung nur einen indirekten oder impliziten Effekt haben. In den Folgenden analysiere ich kurz einige römischrechtliche — manchmal aber nur auf Latein formulierte oder mittelalterliche oder aber kirchenrechtliche — Regeln, Maximen, Institutionen, Quellen oder Aussagen, die in den Schlussanträgen vorkommen. Die Folge ist chronologisch: Die hinter den ausgewählten Institutionen eingeklammert stehenden Jahreszahlen zeigen das Jahr, in welchem der aktuelle Generalanwalt seine Schlussanträge vorgetragen hat. Ich soll bemerken, dass eine solche Enumeration niemals vollständig sein kann, und dass einige Resultate aus dem Materialien aus Umfangsgrund hier nicht mitgeteilt werden konnten⁵⁵.

5.1. Fideiussio (1970). In dieser Rechtssache⁵⁶, worin das nicht ohne Präzedenzfall⁵⁷ stehende Gerichtshofsurteil auch das Prinzip des Vorrangs des übernationalen EWG-Rechts vor den Konstitutionen der Mitgliedstaaten gründete, verwies Generalanwalt *De Lamothe* in seinen Schlussanträgen auf die präklassisch römische Institution von der *fideiussio*. Nach den in dieser Rechtssache angefochtenen Verordnungen⁵⁸, konnte der Einfuhr und Ausfuhr von Getreide nur im Besitz einer Lizenz durchgeführt werden. Die Ein- und

⁵⁴ Diese Definition wurde auf der offiziellen Webseite der EU publiziert. Siehe: <http://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/acquis.html> [25.05.2016]

⁵⁵ Siehe z. B. die *iurisdictio voluntaria* in der Rechtssache C-111/94 - Job Centre [1995 I-03361]; der *ususfructus* in der Sache C-326/99 - Goed Wonen [2001 I-06831]; die Maxime von *in dubio pro libertate* in den verbundenen Rechtssachen von C-261/07 - VTB VAB NV / Total Belgium NV [2009 I-02949] und C-299/07 - Galatea BVBA / Sanoma Magazines Belgium NV [no info.]; und die *servitutes praediorum* in C-428/07 - Horvath [2009 I-06355].

⁵⁶ Siehe C-11/70 - Internationale Handelsgesellschaft mbH / Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel [1970 01125].

⁵⁷ Siehe C-6/64 - Costa / ENEL [1964 01141].

⁵⁸ Siehe die Verordnung Nr. 120/67/EWG des Rates und die Verordnung (EWG) Nr. 473/67 der Kommission.

Ausführer bekamen die Lizenz nur dann, falls sie eine Kautions stellten. Diese Kautions — außer in Fällen höherer Gewalt — verfiel aber, wenn das Geschäft nicht binnen der in der Lizenz vorgesehenen Frist durchgeführt wurde. Diese “Kautions” erschien im französischen Text als “*cautionnement*”. Dieser Begriff hat früher nur eine Bedeutung: die ihm in Artikel 2011 des französischen Code Civil gegebene, welche der *fideiussio* entsprach. Aber dieses Wort wurde auch im Sinn von der zwingend vorgeschriebenen Hinterlegung einer Geldsumme (“*caution administratif*”) gebraucht. Diese Art ist eher mit einer Pfandrechtsbestellung verwandt, die eine Art von Sicherheit ist, deren Einführung sich kaum mit der Einführung einer Sanktion den Strafzweck hat: Eine Sicherheit soll aber vorbeugen und wiedergutmachen. Deswegen fehlt der gegen die angefochtenen Bestimmungen vorgebrachte Einwand, dass die EWG-Behörden für die Einführung von Sanktionen nicht zuständig seien.

5.2. Scire leges non hoc est ... (1985). “Gesetze zu kennen bedeutet nicht, deren Wortlaut festzuhalten, sondern deren Kraft und Macht.” In dieser Sache⁵⁹ wandte der Generalanwalt die von *Celsus* stammende Regel von der teleologischen Interpretation der Normen für die Deutung der Rechtserklärungen (grammatisch fehlerhaft⁶⁰) an. In Anbetracht auch dessen inhaltlicher Irrtümlichkeit, war dieser Versuch jedoch bedeutsam, weil er eine Auflösung des Gerichtshofs bezweckte, infolge dessen es von der Gebundenheit an den in der Petition angegebenen Rechtsgrund auch in denjenigen Fällen freigestellt werden könnte, wenn die Petition, d.h. die Tatsachen oder die Rechtsgründe klar und hell ausgeführt wurden.

5.3. Lex imperfecta (1987). In seinen Schlussanträgen⁶¹ wies Generalanwalt *Mancini* ohne weiteres auf *Ulpianus* als allbekannte Rechtsquelle der Sanktionsfreiheit der *leges imperfectae* hin. Im Mittelpunkt der Sache stand die Auslegung einer Primärvorschrift, nämlich, was für eine Kompetenz die Kommission für die Vollstreckung des Artikels 118 des EWG-Vertrags hat, da dieser als eine *lex imperfecta* ausgelegt zu werden ist. Die Zusammenarbeit der EWG und der Mitgliedstaaten im Rahmen der vielleicht allerwichtigsten, miteinander sehr eng zusammenhängenden sozialen Fragen der Wanderungspolitik und der Freizügigkeit der Arbeitnehmer ist nämlich eine Verpflichtung.

⁵⁹ Siehe C-13/83 – Parlament / Rat [1985 01513].

⁶⁰ Vgl. D. 1,3,17: *scire leges non hoc est verba eorum [sic! – korrekter Weise: earum] tenere sed vim ac potestatem*.

⁶¹ C-281/85 - Allemagne, France, Pays-Bas, Danemark und Vereinigtes Königreich / Kommission [1987 03203] Verbundene Rechtssachen 283, 284, 285, 287/85.

Die Frage tauchte auf, wie die Kommission die Einhaltung der Verpflichtung erreichen und den Zusammenhang voll zur Geltung bringen konnte, ohne auf eine verbindliche Regelung zurückzugreifen. Die Antwort auf diese Frage gehört nicht zu diesem Aufsatz, jedoch die Richtigstellung eines Versehens aus der kritischen römischrechtlichen Literatur (*Reinoso-Barbero*⁶²) gehört dazu. Dieser Verfasser stellte tadelnd fest, dass für die Fachleute, die sich nicht mit römischem Recht fachgerecht beschäftigen, die Auffindung der exakten Stelle solcher Quellen eine Fangfrage sein mag. Deswegen behauptete er, dass der Generalanwalt auf den überlebten zweiten Punkt des ersten Teils der *Ulpiani regulae* (1,2) hingedeutet haben könnte. Dieses Fragment spricht aber über eine *lex minus quam perfecta*, die nicht als Parallele des Art. 118 interpretiert werden kann, weil dieser weder eine revokative noch eine repressive Sanktion beinhaltet. Deshalb ist diese Primärvorschrift ja als eine *lex imperfecta* gedeutet zu werden, deren richtige Quelle zwar von Ulpian stammte, jedoch dieser Text wurde nicht in seiner originellen, sondern in der von dem französischen Humanisten, *Cuiacius*⁶³ im 16. Jahrhundert rekonstruierten Version⁶⁴ bewahrt.

5.4. Incivile est nisi tota lege perspecta ... (1993). Über die Originalsprache der Schlussanträge bemerkte Generalanwalt *Tesauro*, dass "*ricordo l'antico canone interpretativo, attribuito a Celso ...*"⁶⁵. Diese aus den *Celsus-Digesten*⁶⁶ stammende Richtschnur der Auslegung lautet: "Es ist ungünstig, bevor man das ganze Gesetz durchsieht, aus einer einzigen Bestimmung zur Entscheidung zu kommen oder eine vorzuschlagen". In dieser Rechtssache⁶⁷ war fraglich, ob das im Jahr 1972 abgeschlossene Freihandelsabkommen zwischen der Gemeinschaft und Österreich unter Berücksichtigung der parallelen Verordnungen des EWG-Vertrags ausgelegt werden sollte. Nach dem mit den Schlussanträgen identischen Urteil des Gerichtshofs sind die Artikel des Abkommens dahin auszulegen, dass es unzulässig ist, dass die Gesundheitsbehörde eines Mitgliedstaats ein Arzneimittel aus Österreich, das in

⁶² Vgl. Fernando Reinoso-Barbero, *Ein offensichtliches Paradox, Die europäische Rechtsprechung und das römische Recht*, in: ZRG-RA 127 (2010) S. 349-350.

⁶³ Siehe Cujas, *Tituli XXVIII ex corpore Ulpiani. In eosdem titulos Notae* (Toulouse 1554). Vgl. Paul Frédéric Girard / Félix Senn, *Textes de droit romain* (Paris, Dalloz, 1967) S. 414.

⁶⁴ D.h. "*Imperfecta lex est, quae vetat aliquid fieri, et si factum sit, non rescindit, nec poenam iniungit ei, qui contra legem fecit.*"

⁶⁵ Siehe Punkt No. 15. Fn. 9.

⁶⁶ Vgl. D. 1,3,24.

⁶⁷ Siehe C-207/91 - Eurim-Pharm / Bundesgesundheitsamt [1993 I-03723]

allen Punkten mit einem von dieser Gesundheitsbehörde bereits zugelassenen Arzneimittel identisch ist, nur unter der Voraussetzung zum Verkehr zulässt, dass der Parallelimporteur Unterlagen vorlegt, die dieser Behörde bereits vom Hersteller des Arzneimittels beim ersten Antrag auf Zulassung zum Verkehr vorgelegt worden sind. Die von *Celsus* stammende hermeneutische Grundidee fungierte als Richtschnur bei der Auslegung des Verhältnisses zwischen dem Abkommen und dem EWG-Vertrag (Art. 30, 36). Der Generalanwalt verwendete die römische Regel als ein sog. Autoritätsargument⁶⁸.

5.5. Actio iudicati (1993). Identisch mit den Schlussanträgen von Generalanwalt *Lenz* äußerte der Gerichtshof in dieser Sache⁶⁹, dass das Brüsseler Übereinkommen von 1968 nicht auf solche Verfahren in Vertragsstaaten anwendbar ist, die die Anerkennung und Vollstreckung von Urteilen in Zivil- und Handelssachen aus Drittstaaten betreffen. Die Hauptfrage der Sache war eine der größten Probleme des didaktisch zwar ungenau definierten Rechtsgebietes von dem *Spellenberg*⁷⁰ stammenden⁷¹ und von *Kropholler's* Großkommentar⁷² bekräftigten europäischen Zivilprozessrechts. Dieses Problem war viel älter als selbst der neue Begriff dieses Rechtsgebietes, es war nämlich die Vollstreckung von Urteilen in Zivil- und Handelssachen aus Drittstaaten. Das *Doppel-Exequatur*-Verbot⁷³ wurde in der Fachliteratur des europäischen⁷⁴ und internationalen⁷⁵ (siehe z. B. *Szászy*⁷⁶) Zivilverfahrensrechts der 1960er Jahre mit dem *actio*

⁶⁸ Vgl. z. B. Rainer Specht, *Autoritätsargument und Erfahrungsargument im 17. Jahrhundert*, in: Jan Schröder (Hg.), *Entwicklung der Methodenlehre in Rechtswissenschaft und Philosophie vom 16. bis zum 18. Jahrhundert. Beiträge zu einem interdisziplinären Symposium in Tübingen, 18.-20. April 1996*. (Stuttgart, Steiner, 1998) S. 47.

⁶⁹ Siehe C-129/92 - Owens Bank / Bracco [1994 I-00117].

⁷⁰ Siehe Ulrich Spellenberg, *Das Europäische Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen als Kern eines europäischen Zivilprozessrechts*, in: EuR 15 (1980) S. 329-352.

⁷¹ Siehe Jens Adolphsen, *Europäisches Zivilverfahrensrecht* (Heidelberg, Springer, 2011) S. 7.

⁷² Siehe Jan Kropholler, *Europäisches Zivilprozessrecht. Kommentar zu EuGVÜ* (Heidelberg, Verlag Recht und Wirtschaft, 1983).

⁷³ Vgl. z. B. Peter Hay, *Recognition of a Recognition Judgment within the European Union, "Double Exequatur" and the Public Policy Barrier*, in: Peter Hay / Lajos Vékás et al. (Eds.), *Resolving International Conflicts. Liber Amicorum Tibor Várady* (Budapest, CEU Press, 2009) S. 143-164.

⁷⁴ Vgl. z. B. Georges Droz, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le marché commun* (Paris, Dalloz, 1972) S. 271.

⁷⁵ Vgl. z. B. Reinhold Geimer, *Internationales Zivilprozessrecht* (Köln, Schmidt, 1993) S. 716.

⁷⁶ Siehe István Szászy, *International Civil Procedure. A Comparative Study* (Budapest, Akadémiai Kiadó / Leyden, Sijthoff, 1967) S. 529, 531.

iudicati-Problem gleichgestellt. Die *Exequatur*-Entscheidung eines Gerichtes ermöglicht die Vollstreckung einer im Ausland ergangenen gerichtlichen Entscheidung in dem Land, in dem sich das Gericht befindet. Eine *Exequatur*-Entscheidung kann ja nicht vor Gericht gebracht werden, um darüber ein verdoppeltes *Exequatur* zu machen. Die Parallele zwischen den Prozessen von *Exequatur* und von *actio iudicati*⁷⁷ besteht darin, dass deren Gegenstand ist, ob ein für den Kläger entschiedenes Versäumnisurteil und ob ein materiell- oder verfahrensrechtliches Hindernis der Vollstreckung eigentlich existiere.

5.6. Deterior est condicio feminarum quam masculorum (1998). "Die Stellung der Frauen ist schlechter als die der Männer", lautet die Feststellung von *Papinianus* im 31. Buch seiner *Quaestiones* — zumindest "*in multis iuris nostri articulis*", d.h. "in vielen Vorschriften unseres Rechtes". Zur Prüfung, dass sich die Welt in den letzten achtzehn Jahrhunderten nicht bedeutend umwandelte, ist es genügend die 1998 vorgetragenen Schlussanträge von Generalanwalt *Ruiz-Jarabo Colomer* in der *Mary Brown*-Sache⁷⁸ zu zitieren. "*Ius nostrum*" tauschte sich ja um, obwohl unter dem Begriff "unseres Recht" nicht mehr das römische sondern das heutige EU-Recht zu verstehen ist. Der Gerichtshof beantwortete die vom *House of Lords* vorgelegte Frage so: Es läuft der Richtlinie 76/207/EWG des Rates "zuwider, wenn eine Arbeitnehmerin zu irgendeinem Zeitpunkt während ihrer Schwangerschaft aufgrund von Fehlzeiten infolge einer durch diese Schwangerschaft verursachten Krankheit entlassen wird. Ohne Belang ist insoweit, dass die Arbeitnehmerin gemäß einer Vertragsbestimmung entlassen wurde, nach der der Arbeitgeber berechtigt ist, Arbeitnehmer ungeachtet ihres Geschlechts nach einer vertraglich festgelegten Zahl von Wochen ununterbrochener Fehlzeiten zu entlassen."

5.7. Neque leges neque senatus consulta ... (2006). Dem Sachverhalt nach trat Herr *Nardone* 1963 in den Dienst der Hohen Behörde der EGKS. 1971 wechselte er in den Dienst der Kommission, um die Aufgaben des Leiters der Schlosserei auszuüben. 1981 schied er aus dem Dienst freiwillig aus. Er trägt 1999 seinen Antrag auf Gewährung eines Ruhegehalts wegen Dienstunfähigkeit aufgrund einer Asbest-Silikose als Berufskrankheit vor. Die Kommission lehnte ihn ab. Der Kläger erhob Beschwerde. Die Klage wurde

⁷⁷ Zur *actio iudicati* siehe besonders Leopold Wenger, *Zur Lehre von der "actio iudicati"*. Eine Rechtshistorische Studie (Graz, Leuschner & Lubensky, 1901); Franca La Rosa, *L'"actio iudicati" nel diritto romano classico* (Milano, Giuffrè, 1963); Chiara Buzzacchi, *Studi sull'actio iudicati nel processo romano classico* (Milano, Giuffrè, 1996).

⁷⁸ Siehe C-394/96 - Brown / Rentokil [1998 I-04185].

durch das angefochtene Urteil des Gerichts abgewiesen. Das Gericht stellte fest, dass der Kläger 1981 freiwillig aus dem Dienst ausgeschieden sei, ohne gesundheitliche Probleme anzuführen, deswegen musste der Kläger seinen Dienst nicht aufgrund seiner Dienstunfähigkeit aufgeben, und somit befand sich der Kläger 1999 nicht in dem Statut erfassten Situation der Beamten. Die wesentliche Frage bestand darin, ob ein Beamter, der in dem Maß an einer Berufskrankheit leidet, dass er nicht in der Lage ist, nach Beendigung seines Dienstes eine neue Tätigkeit auszuüben, zu dem Zeitpunkt, zu dem die Ursachen der Krankheit offensichtlich werden, seine Rechte aus dem Statut auf Gewährung eines Ruhegehalts wegen Dienstunfähigkeit geltend machen kann. Dem Generalanwalt *Poiães Maduro* nach liegt die Schwierigkeit der Rechtssache darin, dass die Rechtsprechung (vgl. *Bähr-Urteil*⁷⁹) und das Statut nicht so gefasst sind, dass über derartige Umstände entschieden werden könnte. “Weder Gesetze noch Senatusbeschlüsse können so gefasst werden, dass sie alle Fälle berücksichtigen, die irgendwann einmal vorkommen...” — lauten die *Julianus-Digesten*⁸⁰, worauf der Generalanwalt sich in seinen Schlussanträgen berief, die abgewiesen wurden⁸¹.

5.8. Falsa demonstratio non nocet (2009). Dem aus den Institutionen von *Marcianus*⁸² stammenden und heutzutage in erweitertem Sinn angewandten⁸³ Prinzip nach “schadet eine falsche Bezeichnung nicht”. Der Ausdruck bedeutet, dass es für das Zustandekommen und die Wirksamkeit einer Willenserklärung unschädlich ist, wenn die Parteien übereinstimmend dasselbe wollen aber falsch bezeichnen⁸⁴. In diesem Vertragsverletzungsverfahren⁸⁵ nach Art. 226 des EG-Vertrages beantragt die Kommission, festzustellen, dass die Bundesrepublik Deutschland dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 7 und 11 der Richtlinie 93/37/EWG des Rates zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge verstoßen hat, dass die Stadt Köln einen “Mietvertrag über die Anmietung eines Grundstücks mit

⁷⁹ Siehe C-12/83 - *Bähr / Kommission* [1984 02155].

⁸⁰ Vgl. Iul. D. 1,3,10: “*Neque leges neque senatus consulta ita scribi possunt, ut omnes casus qui quandoque inciderint comprehendantur [, sed sufficit ea quae plerumque accidunt contineri].*”

⁸¹ Siehe C-181/03 P - *Nardone / Kommission* [2005 I-00199].

⁸² Vgl. D. 35,1,33 *pr.*

⁸³ Siehe z. B. Hans Josef Wieling, *Die Bedeutung der Regel “falsa demonstratio non nocet” im Vertragsrecht*, in: *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)* 172 (1972) S. 297.

⁸⁴ Vgl. Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Oxford, Clarendon, 1996) S. 598.

⁸⁵ Siehe C-536/07 - *Kommission / Deutschland* [2009 I-10355].

vier Messehallen" geschlossen hat, ohne ein Vergabeverfahren mit europaweiter Ausschreibung durchzuführen. Gemäß den Schlussanträgen von Generalanwalt *Trstenjak*⁸⁶ ist das zu prüfen, ob ein öffentlicher Bauauftrag im Sinne des Vergaberechts mit der Stadt Köln als Auftraggeberin vorliegt. In diesem Zusammenhang ist nicht zu verkennen, dass dieser Fall ebenfalls einen Bezug zur Problematik des simulierten Vertrages (*contractus simulatus*) aufweist, wobei auch in den nationalen Rechtsordnungen für die rechtliche Einordnung solcher Verträge ganz überwiegend auf den tatsächlichen Vertragsinhalt abgestellt wird. Generalanwalt *Trstenjak* nach befindet sich diese Wertung bereits im römischen Recht. In diesem Kreis berief sie sich einerseits auf das oben erwähnte, andererseits auf diejenige *Maxime*, die in einem justinianischen Codextitel (C. 4,22) erschien, der die Konstitutionen von Mitkaisern *Diocletianus* und *Maximianus* aus dem Jahre 294 beinhaltet. Dieses Prinzip, welches als der Vorgänger der die Nichtigkeit der simulierten Verträge im Allgemeinen aussagende, generelle Regel behandelt zu werden ist⁸⁷, lautet: "*plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur*".

5.9. Ut res magis valeat quam pereat (2009). "... dass ihr — d.h. der Wörter (*verba*) — Sinn lieber deutlicher als verdunkelt wird". Nach *Coke*⁸⁸, *Story*⁸⁹ und *Blackstone*⁹⁰ hält die angelsächsische Rechtswissenschaft die Wendung für eine *legal maxim*, die keine Vorgänger hatte. Aller Wahrscheinlichkeit nach stammte dieser für die Interpretation der Rechtsnormen sowie der Willenserklärungen geltende Grundsatz von dem 50. Buch der *Digesten* des größten römischen Klassikers, *Salvius Iulianus*: "Sobald bei Klagen oder Einreden ein zweideutiger Ausdruck (*oratio ambigua*) vorkommt, so ist es am angemessensten, ihn so zu verstehen, dass der Gegenstand, um den es sich handelt, erhalten werde, nicht dass er verloren gehe."⁹¹ Dieses Prinzip tauchte im EU-Recht

⁸⁶ Vgl. Punkte 1, 2, 88 und auch Fn. 42.

⁸⁷ Vgl. Gunter Wesener, *Das Scheingeschäft in der spätmittelaltrelichen Jurisprudenz im usus mondermus und im Naturrecht*, in: Gottfried Baumgärtel / Hans-Jürgen Becker / Ernst Klingmüller / Andreas Wacke (eds.), *Festschrift für Heinz Hübner zum 70. Geburtstag* (Berlin, de Gruyter, 1984) S. 337.

⁸⁸ Siehe Sir Edward Coke, *The Reports*. Vol. 2 (London, Butterworth, 1826) S. 94.

⁸⁹ Siehe William Wetmore Story, *A Treatise on the Law of Contracts*. 4th Revised and Greatly Enlarged Ed. Vol. II (Boston, Little & Brown, 1856; Repr. by The Lawbook Exchange, 2006) S. 9-11. und S. 16.

⁹⁰ Siehe William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*. Vol. 2 (New York, Harper & Brothers, 1852) S. 455.

⁹¹ Siehe D. 34.5.12: "*Quotiens in actionibus aut in exceptionibus ambigua oratio est, commo-dissimum est id accipi, quo res de qua agitur magis valeat quam pereat*". Vgl. Stefan Voge-

im Zusammenhang mit der Auslegung der Interpretationsgrundlage von “*effet utile*” auf⁹². Der *Oberste Gerichtshof* (Österreich) stellte eine Frage in seinem Vorabentscheidungsersuchen auf, und danach schlug Generalanwalt *Trstenjak* in ihren Schlussanträgen⁹³ dem Gerichtshof vor, die Fragen des vorlegenden Gerichts so zu beantworten, dass die Richtlinie 87/344/EWG des Rates so auszulegen ist, dass sie der Auslegung einer nationalen Bestimmung entgegensteht, wonach eine Klausel in Rechtsschutzversicherungsverträgen zulässig ist, nach der in Versicherungsfällen, in denen eine größere Anzahl von Versicherungsnehmern durch dasselbe Ereignis geschädigt wird, der Rechtsschutzversicherer und nicht der Rechtsschutzversicherte berechtigt ist, den Rechtsvertreter auszuwählen, der den Rechtsschutzversicherten in einem Gerichts- oder Verwaltungsverfahren verteidigen, vertreten oder seine Interessen wahrnehmen soll. Der Gerichtshof war mit der Meinung von Generalanwalt *Trstenjak* einig⁹⁴. Unter Berücksichtigung dieses römischrechtlichen Grundsatzes war der Generalanwalt der Meinung, dass das Recht auf freie Wahl des Rechtsvertreters entleert würde (“*pereat*”), wenn die Auslegung der Richtlinie jedem Artikel eine eigenständige Bedeutung verleihe (“*valeat*”).

5.10. Cuius commoda eius incommoda (2010). Diese in den Schlussanträgen von Generalanwalt *Trstenjak* für römischrechtlich gehaltene *Maxime* besagt: “Derjenige, der den Nutzen aus einer Sache zieht, auch die Nachteile tragen sollte”. Diejenige Generalregel existierte im römischen Recht sicherlich nicht, jedoch kann sie aus einigen Vorschriften über den Kauf⁹⁵, die Gesellschaft⁹⁶ und den Werkvertrag⁹⁷ rekonstruiert werden. Die Klägerin des Ausgangsverfahrens war eine spanische Verwertungsgesellschaft für Rechte des geistigen Eigentums, die Beklagte vertrieb elektronische Speichermedien in

nauer, *Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, eine vergleichende Untersuchung der Rechtsprechung und ihrer historischen Grundlagen*. Bd. I (Tübingen, Mohr Siebeck, 2001) S. 461.

⁹² Vgl. z. B. Michael Potacs, *Effet utile als Auslegungsgrundsatz*, in: EuR 6/4 (2009) S. 466.

⁹³ Siehe C-199/08 - Eschig [2009 I-08295].

⁹⁴ Die Parteien haben diese Regel schon im Jahr 1982 aufgerufen. Vgl. C-1/82 - De Dapper / Etat luxembourgeois [1982 03709].

⁹⁵ Siehe D. 18,6,7 *pr.* und I. 3,23,3. Vgl. Martin Pennitz, *Das periculum rei venditae* (Wien, Böhlau, 2000).

⁹⁶ Vgl. Inst. Gai III,149.

⁹⁷ Siehe Éva Jakab, *Kockázat és kalkuláció az építési vállalkozásnál (=Risiko und Kalkulation beim Bauunternehmen)*, in: Miskolci Jogi Szemle 1/1 (2006) S. 19-27.

Form von CD/DVD-R(W)s und MP3-Geräten. In diesem Vorabentscheidungsverfahren⁹⁸ wendete sich die *Audiencia Provincial de Barcelona* mit einer Frage an den Gerichtshof. Dem Sachverhalt des Ausgangsverfahrens nach war der Prozessgegenstand wie folgend: die Beklagte wurde von der Klägerin auf Zahlung eines pauschalen Ausgleichs für Privatkopien für von ihr im Zeitraum zwischen 2002 und 2004 vertriebene Speichermedien in Anspruch genommen. Die Frage des vorlegenden Gerichts war, wie der im Art. 5(2)b/ der Richtlinie 2001/29/EG aufgeführten Begriff des "gerechten Ausgleichs" ausgelegt zu werden ist, der gemäß dieser Regelung den Inhabern von Urheberrechten im Fall der Vervielfältigung eines Schutzgegenstands zum privaten Gebrauch zusteht. Nach dem mit den Schlussanträgen von Generalanwalt *Trstenjak* übereinstimmenden Urteil des Gerichtshofs ist die Richtlinie dahin auszulegen, dass die zwischen den Beteiligten herbeizuführende Ausgewogenheit (der "angemessene Ausgleich") bedeutet, dass der gerechte Ausgleich notwendigerweise auf der Grundlage des Schadens zu berechnen ist, der den Urhebern geschützter Werke, infolge der Einführung der Ausnahme für Privatkopien entstanden ist. Demnach sind die Personen, die über Anlagen, Geräte und Medien zur digitalen Vervielfältigung verfügen und sie zu diesem Zweck privaten Nutzern rechtlich oder tatsächlich zur Verfügung stellen oder den Nutzern eine Vervielfältigungsdienstleistung erbringen, Schuldner der Finanzierung des gerechten Ausgleichs. Da der Nutzer die wirtschaftliche Last des Ausgleichs gemäß der *Maxime cuius commoda, eius incommoda* zu tragen hat, sollten auch seine Interessen bei einer Interessenabwägung berücksichtigt werden.

5.11. Qui prior tempore potior iure (2010). "Wer zuerst kommt, mahlt zuerst"⁹⁹ — lautet das ursprünglich mit der Verpfändung von Immobilien zusammenhängende Prinzip¹⁰⁰. Nach den in dieser mit dem Internet und Gemeinschaftsmarken knüpfenden Rechtssache¹⁰¹ vorgetragenen Schlussanträgen schaltete Generalanwalt *Trstenjak* eine erfindungsreiche Parallele zwischen diesem in einer Konstitution von *Caracalla* (a.D. 213) herausgekommenen Grundsatz und einerseits den allgemeinen Regeln für die Durchführung und die Funktionen der sog. ".eu" Domäne oberster Stufe, andererseits dem elften Erwägungsgrund der Verordnung Nr. 874/2004 über das sog. "Windhundver-

⁹⁸ Siehe C-467/08 - Padawan [2010 I-10055].

⁹⁹ Vgl. z. B. Andreas Wacke, *Wer zuerst kommt, mahlt zuerst – Prior tempore potior iure*, in: Juristische Arbeitsblätter, 1981, S. 94-98.

¹⁰⁰ Siehe C. 8,17,3.

¹⁰¹ Siehe C-569/08 - Internetportal und Marketing [2010 I-04871].

fahren”, welcher lautet: “... Nach dem Abschluss der stufenweisen Registrierung sollte die Vergabe von Domännennamen generell nach dem Windhundverfahren erfolgen.” Dem Generalanwalt nach ist dieses Prinzip eine moderne Version des römischrechtlichen Sinnspruchs “*prior tempore potior iure*”¹⁰².

5.12. Donatio [animus donandi] non praesumitur (2010). “Die rechtliche Vermutung spricht gegen ein(e) Geschenk(sabsicht)” — besagt das die Rechtsvermutung der Entgeltlichkeit und das Verbot erweiterter Auslegung der Verzichtserklärungen begründende Sprichwort, die Herkunft von welchem auf eine Konstitution von Mitkaisern *Diocletianus* und *Maximianus* (a. D. 293) zurückgeht¹⁰³. Diese im Zusammenhang mit der Übertragung der Grundstücke ausgegebene Verordnung lautete, dass “irrtümlicher oder unabsichtlicher Weise nichts geschenkt werden kann”. Unsere jetzige Rechtssache¹⁰⁴ wurde durch das Vorabentscheidungsersuchen vom *VAT and Duties Tribunal, London* eingesetzt. Dem Sachverhalt nach verteilt die EMI Group Ltd. Gratskopien von Musikaufnahmen an verschiedene Personen zur Bewerbung neu erschienener Musik. Nach Angaben von EMI ist diese Verteilung für ihre Unternehmenszwecke erforderlich. Der Gegenstand des Ausgangsverfahrens war der Antrag der EMI für die Erstattung des für diese Aufnahmen abgeführten Mehrwertsteuers. Der Art. 5(6) der Sechsten Mehrwertsteuer-Richtlinie bestimmt, dass die Entnahmen für Geschenke von geringem Wert und für Warenmuster zu Zwecken des Unternehmens einer Lieferung gegen Entgelt nicht gleichgestellt werden, deswegen sind diese nicht steuerpflichtig. Diesem Absatz nach wird jedoch einer Lieferung gegen Entgelt die Entnahme eines Gegenstands durch einen Steuerpflichtigen aus seinem Unternehmen für seinen privaten Bedarf, für den Bedarf seines Personals oder als unentgeltliche Zuwendung oder allgemein für unternehmensfremde Zwecke, wenn dieser Gegenstand oder seine Bestandteile zu einem vollen oder teilweisen Abzug der Mehrwertsteuer berechtigt haben, gleichgestellt. Gemäß den Schlussanträgen von Generalanwalt *Jääskinen*¹⁰⁵ definiert der Gesetzgeber die Mehrwertsteu-

¹⁰² Vgl. Punkt 108. Fn. 34-35.

¹⁰³ Vgl. C. 8,53,10. Siehe besonders Andreas Wacke, *Donatio non praesumitur. Ein sprichwörtliches Naturrechtsprinzip gegen ein versteinertes Beweislastdogma*, in: AcP 191 (1991) S. 1-32; Andreas Wacke, *Europäische Spruchweisheiten über das Schenken und ihr Wert als rechtshistorisches Argument*, in: Reinhard Zimmermann / Rolf Knütel / Jens Peter Meincke (Hrsgg.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik* (Heidelberg, Müller, 1999) S. 353-359.

¹⁰⁴ Siehe C-581/08 - EMI Group [2010 I-08607].

¹⁰⁵ Siehe Punkte 2, 12 und Fn. 4.

er als allgemeine Verbrauchsteuer auf alle Umsätze, die eine Lieferung von Gegenständen oder eine Dienstleistung gegen Entgelt zum Gegenstand haben, und er stellt bei unentgeltlichen Umsätzen nicht auf die vordergründige Unentgeltlichkeit ab. Unentgeltliche Umsätze unterliegen in den meisten Fällen aufgrund der Bestimmungen über Lieferungen an sich selbst der Mehrwertsteuer. Bei Geschenken im Rahmen von Repräsentationsaufwendungen wird dasselbe Ergebnis durch Ausschluss dieser Gegenstände vom Vorsteuerabzugsrecht erreicht. Der Generalanwalt meinte, dass der Unionsgesetzgeber sich von dem oben genannten "alten Grundsatz" leiten zu lassen scheint.

5.13. *Impossibilium nulla obligatio est* (2011). "Nichts ist Pflicht bei Unmöglichkeit" — besagt die knappe und beißende¹⁰⁶ Maxime, die aus dem 8. Buch der Digesten von *Iuventius Celsus* stammt¹⁰⁷. Deren richtige Auslegung kann nicht zu der europaweit existierenden, privatrechtlichen Rechtsnorm, wonach ein auf anfänglich unmögliche Leistung richtender Vertrag nichtig ist, vereinfacht werden¹⁰⁸. Dem Sachverhalt dieser Sache¹⁰⁹ nach waren die Brauerei *Budějovický Budvar* (Česke Budějovice, Böhmen) und ihre Kompetitor-Firma *Anheuser-Busch* (Saint Louis, MO, USA) seit etlichen Jahre parallel berechtigt, die Marke "*Budweiser*" in dem Vereinigten Königreich innezuhaben: sie waren jeweils in den Jahren 1973 und 1974 erstmals aktiv auf dem britischen Markt aufgetreten. Wegen einigen englischen markenrechtlichen und verfahrensrechtlichen Gründen konnten die Parteien diese Situation nicht verhindern. Der *Court of Appeal, England & Wales* stellte seine Fragen in seinem Vorabentscheidungsersuchen über den Begriff von "Duldung" auf, ob der Inhaber einer Marke eine langdauernde und gefestigte redliche Benutzung einer mit seiner Marke identischen Marke durch einen Dritten im Sinn dieser Vorschrift geduldet hätte, wenn er seit langem Kenntnis von der Benutzung hatte, diese jedoch nicht verhindern konnte. Der Gerichtshof erkannte für Recht, dass dieser Inhaber der älteren Marke diese Benutzung im Sinn von Art. 9(1) der Ersten Richtlinie 89/104/EWG des Rates nicht "geduldet" hat, wenn er von

¹⁰⁶ D.h.: "... succinct and trenchant" — siehe Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Oxford, Clarendon, 1996) S. 687.

¹⁰⁷ Siehe D. 50,17,185.

¹⁰⁸ Siehe Martin Josef Schermaier, *Impossibilium nulla obligatio. Vorverständnis, Begriff und Gegenstand der Unmöglichkeit der Leistung im römischen Recht*, in: *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo* (AUPA) 51 (2006) S. 241-268. Jüngstens in Ungarn siehe Dániel Bán, *Culpa in contrahendo. Felelősség lehetetlen szolgáltatás elvállalásáért* (= *Culpa in contrahendo. Verantwortlichkeit für unmögliche Leistung*) (Inaug.-Diss. Pécs 2013).

¹⁰⁹ Siehe C-482/09 - *Budějovický Budvar* [2011 I-08701].

dieser Benutzung seit langem Kenntnis hatte, aber keine Möglichkeit hatte, sich ihr zu widersetzen. Zwar war die rechtliche Meinung des Gerichtshofs mit den Schlussanträgen von Generalanwalt *Trstenjak* einig, ließ der Gerichtshof die Argumentation aus, wonach "niemand zu etwas Unmöglichem rechtlich verpflichtet werden kann (*impossibulum nulla obligatio est*), wäre es als unangemessen zu bezeichnen, die Rechte des Inhabers der älteren Marke im Wege der Verwirkung mit der Begründung auszuschließen, dass er sich nicht gegen die rechtswidrige Verwendung seiner Marke durch einen Dritten zur Wehr gesetzt hat, obwohl er dazu überhaupt nicht imstande war"¹¹⁰.

6. ZUSAMMENFASSUNG

1. Das zeitgenössische europäische Weiterleben des römischen Rechts fordert für sich eine tiefer gehende Recherche sowohl in der EU-rechtlichen als auch in der römischrechtlichen Literatur. Die Nutzung des in der Theologie, Philosophie, Geistesgeschichte, in der Literaturwissenschaft und in der Theorie der Kunst schon wohl bekannten Begriffs von 'Transmoderne' mag dem Forscher eine Desiderata auf dem Gebiet der Rechtswissenschaft bieten. Es ist kein Ziel dieser Studie, zu bestimmen, ob die Bezugnahme auf die zitierten Schätze des römischen Rechts aus romanistischer Sicht richtig ist. Der Schwerpunkt war nämlich ausschließlich die Tatsache und die Art und Weise des Weiterlebens.

2. Das gewählte Thema wirft mehrere Vorfragen auf: Was kann in dieser Hinsicht überhaupt als das Weiterleben des römischen Rechts betrachtet werden? Kann die Rede diesmal von der echten Rezeption des römischen Rechts sein, bzw. kann das römische Recht dieses Mal die Rolle einer echten Rechtsquelle haben? Kann das römische Recht als Komponente des *acquis (communautaire)* betrachtet werden? Wie ist die Subsidiarität des römischen Rechts hier zu interpretieren? Ist das zeitgenössische Weiterleben des römischen Rechts in der EU als 'postmodernes' oder als 'transmodernes' Phänomen ausgelegt zu werden? Nach den Untersuchungen der Vorfragen resultierte die im philosophischen Sinne ausgeführte Prüfung der Hauptfrage im Zusammenhang sowohl mit Postmoderne und Postmodernismus als auch mit Transmoderne, dass es sich hier um ein Weiterleben transmoderner Art handelt.

3. Die Transmodernität konzentriert sich um vier Schwerpunkte: a) Der in der Rechtsprechung des Gerichtshofs sporadisch erscheinende römischrech-

¹¹⁰ Siehe Punkt 72 und Fn. 44.

tliche Regeln, Institutionen, Maximen, Quellen sind ein Bestandteil des *acquis*. Wenn der Gerichtshof besagt, dass ein Rechtsatz ein allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts ist und dieser Rechtssatz sein Grundsatzcharakter durch seinen römischrechtlichen Ursprung bewiesen wird, die Verletzung eines Besitzstandelements des römischen Rechts zur gleichen Zeit auch die Gründungsverträge verletzt. b) Der Rechtssache Klomp nach wird der Anspruch für die Kontinuität der Rechtsordnung von der Integration auf die Tatsache deren Kontinuität gegründet: Diese Kontinuität verkörpert sich darin, dass auch die die Kontinuität gewährleistende Auslegungsregel selbst kontinuierlich ist, da sie das Prinzip eines in den Mitgliedstaaten allgemein vorherrschenden gemeinsamen, über römischrechtliche Wurzel verfügenden Rechtsatzes ist. c) Größtenteils als Folge des Klomp-Falls spüren die Parteien und ihre Vertreter in ganz Europa die Notwendigkeit der Wiederbelebung der römisch- und pandektenrechtlichen Kenntnisse, da sie davon die Förderung ihres Obsiegens hoffen. Sie streben sich danach, im Laufe des Verfahrens den römischen Ursprung der angesichts ihrer Position vorteilhaften Institution zu beweisen, da sie dadurch erreichen können, dass der vorteilhafte normative Inhalt als allgemeiner gemeinschaftsrechtlicher Grundsatz für ihr Verfahren Rechtswirkung erhält. d) In einer Reihe von Urteilen und Schlussanträgen wird weiterhin auch auf nicht römischrechtliche sondern auf lateinsprachige, von den mittelalterlichen Legisten bzw. Kanonisten formulierte Maxime verwiesen. Mehrere Schlussanträge der Generalanwälte beziehen sich auch auf metajuristische, z. B. auf mythologische Perlen der griechisch-römischen Antiquität.

4. Als Ergebnis der Untersuchungen ist die schon an und für sich offensichtliche Prämisse bestätigt worden, dass es hauptsächlich die Generalanwälte waren, die von der Schöpfung der Rechtswissenschaftler Gebrauch machen konnten. Daher ist das Gebiet der Untersuchungen auf den Generalanwalt ausgerichtet. Somit wurde die Praxis solcher Gerichte analysiert, wo der Generalanwalt im prozessualen Sinn positioniert ist. Die Schlussanträge des Generalanwalts gehören nicht zum Besitzstand der EU. Deswegen können die in den Schlussanträgen angeführten römischrechtlichen Regeln, Institutionen oder Quellen, die aus den EuGH-Urteilen ja regelmäßig fortfallen, auf die zum Besitzstand gehörende Rechtsprechung nur einen indirekten oder impliziten Effekt haben. Dieser Aufsatz tiefer gehend oder manchmal nur streifend analysiert etwa zwei Dutzend verschiedene römischrechtliche — manchmal aber nur auf Latein formulierte oder mittelalterliche oder aber kirchenrechtliche — Regeln, Maximen, Institutionen, Quellen oder Aussagen, die in den Schlussanträgen vorkommen.

Summary

József Benke *

**ROMAN LAW IN THE PRACTICE OF EU COURTS:
A “TRANSMODERN” SURVIVAL?**

*The question of Roman law’s survival in contemporary Europe has demanded a deeper examination of the literature of Roman law as well as of that of the EU law. The use of the notion of ‘Transmodernity’, which has already become well known in many fields of scholarship, sciences and arts, offers a true desideratum for the jurist in the area of jurisprudence. The analyzed issues brought up many preliminary questions such as: Does this continuity of Roman law form a substantial reception and a genuine survival? Does Roman law behave this time as a true source of law, and is it an element of the *acquis*? How can subsidiarity be interpreted here? How can contemporary survival of Roman law in the EU be construed: as a postmodern or as a transmodern phenomenon? After a brief investigation of the preliminaries, the analysis of the core issue regarding the essence of postmodernity, postmodernism and transmodernity suggested that this is a matter of transmodern survival. The transmodernity of the examined issue concentrates on a few nuclei: all rules, adages, maxims, institutions, and sources of Roman law, which appear in the jurisdiction of the European Court of Justice (ECJ) merely sporadically, as the well of a legal rule qualified by the ECJ as a general principle with respect to that very rule’s antique Roman origin, are veritable elements of the *acquis*. As a result of the Klomp Case, the parties and their representatives are urged to revivify their Roman law and ‘Pandektenrecht’ knowledge, because, in these very circumstances, they are able to calculate the benefits of a certain rule of Roman origin for winning the case. As a result of this research the preliminary assumption, according to which an advocate general was the only factor of EU law jurisdiction which could voluntarily and freely make use of the special legal knowledge of Roman and Canon law, the Middle Ages’ laws, and the Latin language, was confirmed. It is a fact that opinions of advocates general do not belong to the *acquis*, therefore the applied elements of the Roman legal antiquity can have an indirect and implicit effect on the jurisdiction as a true item of the *acquis*. In this paper the author examines in detail some thirteen examples of the ‘*acquis du droit romain*’, which occurred in the opinions, and analyses about the same amount of Roman and Latin legal maxims, rules, sources etc. simply tangentially.*

Keywords: Roman law, European Union law, European Court of Justice, opinion of advocate general, survival of Roman law in the EU

* József Benke, Ph. D., Senior Assistant, Faculty of Law, University of Pécs, 48-as tér 1., Pécs, Hungary; Assistant Judge (County Court of Pécs); benke.jozsef@ajk.pte.hu

Sažetak

József Benke *

**RIMSKO PRAVO U PRAKSI SUDOVA EU-a:
"TRANSMODERNI" OPSTANAK?**

*Pitanje opstanka rimskoga prava u suvremenoj Europi zahtijeva dublje istraživanje literature rimskoga prava, kao i prava EU-a. Pri tome, radi boljeg razumijevanja problema, smatra se i u pravnoj znanosti poželjnom uporaba pojma 'transmodernizam', koji je dosad već postao općepoznat u raznim poljima znanosti i umjetnosti. Prilikom provođenja konkretnog istraživanja pojavila su se različita preliminarna pitanja: Znači li kontinuitet rimskog prava ujedno i njegovu širu recepciju i stvarni opstanak? Je li rimsko pravo pravi izvor prava i čini li dio *acquisa*? Kako se ovdje može tumačiti načelo supsidijarnosti? Kako shvatiti suvremeni opstanak rimskoga prava u EU-u: kao postmoderni ili transmoderni fenomen? Nakon kratkog pregleda ovih pitanja analizom ključnih karakteristika postmodernosti, postmodernizma i transmodernosti dolazi se do zaključka da je ovdje riječ o transmodernom opstanku. Transmodernost ispitanih pitanja temelji se na sljedećem: Svako pravilo, izreka, načelo, institut i izvor rimskoga prava koji se sporadično javljaju u sudskoj praksi Suda EU-a, kao i pravila koja Sud EU-a kvalificira kao opća načela, a koja izvire iz rimskih pravnih izvora, čine stvarni dio *acquisa*. U vezi s tim može se istaknuti i značenje slučaja *Klomp*, koji strankama daje poticaj da obnove svoje znanje rimskog i pandektnog prava jer poznavanje rimskih pravnih pravila može biti odlučujuće za uspjeh u predmetu. Ispitivanje preliminarnih pitanja također je pokazalo opravdanom početnu tezu da je nezavisni odvjetnik jedini čimbenik pravosuđa EU-a koji je spreman samostalno uporabiti znanja rimskog i kanonskog prava, srednjovjekovnih prava i latinskog jezika. Iako njegova mišljenja nisu dio *acquisa*, ona mogu posredno i implicitno utjecati na pravosuđe EU-a i na *acquis*. U radu je tako detaljno analizirano 13 slučajeva 'acquis du droit romain' koji se pojavljuju u mišljenjima nezavisnih odvjetnika, dok je samo dotaknut isti broj slučajeva u kojima se javljaju rimska pravna načela, pravila, izvori i sl.*

Ključne riječi: rimsko pravo, pravo EU-a, Sud EU-a, mišljenje nezavisnog odvjetnika, opstanak rimskog prava u EU-u

* Dr. sc. József Benke, viši asistent Pravnog fakulteta Sveučilišta u Pečuhu, 48-as tér 1., Pécs, Mađarska; sudski savjetnik na Županijskom sudu u Pečuhu; benke.jozsef@ajk.pte.hu